

§ 2 Ökonomische Annahmen der Gesetzgebung

Die vorliegende Untersuchung greift den Impuls des angloamerikanischen *Law and Political Economy*-Ansatzes auf, wonach der Gesetzgebung bestimmte ökonomische Annahmen¹ zugrunde liegen, die im Wege der wissenschaftlichen Analyse offengelegt werden können.² Indem die gesetzgeberischen Annahmen sichtbar gemacht werden, wird insgesamt zur Rationalisierung (nicht nur) des rechtswissenschaftlichen Diskurses beigetragen.³ Diese Analyse beruht auf einigen methodischen und theoretischen⁴ Prämissen, die vorab expliziert werden sollen.

Dazu wird in einem ersten Schritt präzisiert, welche Dimension ökonomischen ‚Wissens‘ vorliegend interessiert und der hierfür verwendete Begriff der gesetzgeberischen ‚Annahmen‘ von verwandten Begrifflichkeiten abgegrenzt (A.). Geklärt werden muss zudem, ob sich der intentionale Begriff der Annahme tatsächlich auf ein Kollektiv wie die Gesetzgebung anwenden lässt. Dabei kann an jüngere rechtstheoretische Arbeiten zum ‚Willen des Gesetzgebers‘ angeknüpft werden (B.). Hierauf aufbauend wird dargestellt, wie gesetzgeberische Annahmen aus den Gesetzesmaterialien und mittels kontextualisierender Berücksichtigung von Literatur und Rechtsprechung rekonstruiert werden können (C.).

-
- 1 Die Bezeichnung als ökonomische Annahmen wird in der Folge entfaltet. Vorweggreifend sollen hierunter solche Annahmen verstanden werden, die die Wohngesetzgebung (→ § 3) aufbauend auf neoklassischen (→ § 4), polit-ökonomischen (→ § 5) und auf Gedanken der Sozialen Marktwirtschaft beruhenden (→ § 6) Verständnissen begründen.
 - 2 Einführend *Britton-Purdy/Grewal/Kapczynski/Rahman*, Yale L. J. 2020, 1784; siehe aber bereits in den 1980ern *Olsen*, Harvard Law Review 1983, 1497; explizit auch, in verschiedenen Varianten, *Renner/Kindt*, JZ 78 (2023), 972 (975).
 - 3 Einer Hermeneutik des Verdachts, für Rechtsfindung und richterliche Entscheidung beschrieben u.a. durch *Kennedy*, in: Tomlins/Desautels-Stein (Hrsg.), *Searching for Contemporary Legal Thought*, 2017, S. 365 (365 ff.), wird somit vorgebeugt. Dass ideologische Präferenzen und Vorverständnisse nicht mehr nur als Vorwurf verstanden, sondern als ökonomische Annahmen sichtbar werden, ermöglicht eine De-Ideologisierung von Diskussionen. Für den deutschen Kontext vgl. *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl, 1972, S. 7 f.; politikwissenschaftlich *Münch*, Interpretative Policy-Analyse, 2016, S. 47.
 - 4 Zur inhaltlichen Vorbereitung der Analyse → §§ 4–6.

A. Begriff und Bedeutung gesetzgeberischer Annahmen

Die Feststellung, dass die Gesetzgebung auf ökonomisches Wissen zurückgreift, ist ebenso banal wie ihre Folgen komplex sind. Als normatives Programm ist die Gesetzgebung auf Wissen über ihre Regelungsgegenstände angewiesen.⁵ Die Verarbeitung ökonomischen Wissens durch die Gesetzgebung lässt sich somit im Kern der Debatte um Interdisziplinarität, oder präziser: um die kognitiven Grundlagen des Rechts, verorten.⁶ Gleichwohl ist die Frage danach, welche Ideen und Vorstellungen ‚die Gesetzgebung‘ bei der Rechtsetzung im Kopf hatte bzw. wie sich dies überhaupt analysieren lässt, rechtswissenschaftlich noch nicht abschließend durchdrungen.⁷

5 → § 1 Fn. 9. Zur Terminologie u.a. *Hoffmann-Riem*, Die Verwaltung 49 (2016), 1 (4): „Realbereich“; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, 11. Aufl. 2013, S. 251 Rn. 235a: „Sachbereich“. Allg. *Fassbender*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.) HStR Bd. 4, 3. Aufl. 2006, § 76 Rn. 2; *Gutmann*, in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Hrsg.), Selbstreflexionen, 2. Aufl. 2021, S. 93 (101 f.); zur Integration von Expertise anhand des Gesetzgebungsverfahrens i.w.S. und mit Thematisierung des Verhältnisses von Wissen zu politischen Zielvorstellungen *Frenzel*, in: I. Augsberg (Hrsg.), Extrajuridisches Wissen, 2013, S. 177 (180 ff.); siehe auch *Huber*, Einbindung von Expertise, 2021. Vgl. aus jüngerer Zeit zum Wissen im Recht die Beiträge in *Münkler* (Hrsg.), Dimensionen des Wissens im Recht, 2019; für Wissen als Ausgangspunkt einer privatrechtlichen Untersuchung *Schrader*, Wissen im Recht, 2017.

6 Als „kognitive Offenheit des Rechts“ der eigentlichen Interdisziplinarität vorgelagert bei *Gutmann*, in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Hrsg.), Selbstreflexionen, 2. Aufl. 2021, S. 93 (101 f.); zur Interdisziplinarität, in deren Zuge es darum gehe, dass „anderen Disziplinen zugrundeliegende Denkweisen in das rechtswissenschaftliche Verständnis hineingetragen“ werden, *Münkler*, in: Münkler (Hrsg.), Dimensionen des Wissens im Recht, 2019, S. 3 (14), Herv. d. Verf.

7 Zwar bieten rechtssoziologische und politikwissenschaftliche Arbeiten in Tradition der Interpretativen Policy-Analyse (→ § 1 Fn. 8) seit geraumer Zeit entsprechende Ansätze zur Untersuchung der gesellschaftlichen und diskursiven Aushandlungsprozesse von Politikvorstellungen, insbesondere auf in herkömmlichen Policy Analysen ausgeblendete narrative und symbolische Bezüge sowie Bedeutungszuschreibungen, an, siehe bspw. *Hajer*, in: Fischer/Forester (Hrsg.), The Argumentative Turn in Policy Analysis and Planning, 1993, S. 43; *Abolafia*, Journal of Public Administration Research and Theory 14/3 (2004), 349. Für den vorliegend interessierenden gesetzgeberischen Rückgriff auf extrajuridisches Wissen wird jedoch schwerpunktmäßig an öffentlich-rechtliche Diskussionen angeknüpft, die einen engeren Bezugsrahmen und gleichzeitig sicheres Fundament für entsprechende Überlegungen bieten; für die Anknüpfung auch politikwissenschaftlicher Diskursanalyse an u.a. den Wissensbegriff *Nullmeier*, in: Keller/Hirsland/W. Schneider/Viehöver (Hrsg.), Handbuch sozialwissenschaftliche Diskursanalyse, 3. Aufl. 2011, S. 309 (310 f.); *Münch*, Interpretative Policy-Analyse, 2016, S. 33 ff., 53 f.

I. Wissen im Recht

In jüngerer Zeit hat sich vor allem die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft damit hervorgetan, das Wissen im Recht zu thematisieren.⁸ Dabei ist der Begriff des Wissens meist⁹ mit einem spezifischen Bedeutungssinn verbunden: Wissen steht in einem engen Zusammenhang mit seinen Vorstufen Daten und Informationen und ist Grundlage und Ergebnis der Informationsgewinnung.¹⁰ Demnach entsteht Wissen dadurch, dass Informationen in ein Muster bestehender Erkenntnisse¹¹ so eingebettet werden, dass sie verstanden und genutzt werden können.¹² In anderen Worten handelt es

-
- 8 Münkler, in: Münkler (Hrsg.), Dimensionen des Wissens im Recht, 2019, S.3; I. Augsberg, in: I. Augsberg (Hrsg.), Extrajuridisches Wissen, 2013, S.3 (7 ff.); Vesting, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwR, Bd. I, 3. Aufl. 2022, § 20 Rn.1, 10 ff.; Voßkuhle, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwR, Bd. I, 3. Aufl. 2022, § 1 Rn.12. Gleichwohl lässt sich auf eine lange Tradition des Wissens bzw. der „Erkenntnis“ im Recht zurückblicken, überblicksartig Lüdemann, in: Boysen et al. (Hrsg.), Netzwerke, 2007, S.266 (266 ff.); zu Rezeptionszyklen bereits → § 1 Fn.2. Insb. fanden in den 1960er und 70er Jahren intensive Diskussionen über die Integration sozial- und wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse statt, bspw. die Debatte zur Ökonomik in der JuristenZeitung (Fezer, JZ 41 [1986], 817; C. Ott/Schäfer, JZ 43 [1988], 213; Fezer, JZ 43 [1988], 223).
- 9 Als „ritualisierte[] Abgrenzung“ bei Wischmeyer, Informationssicherheit, 2023, S.26 Fn.38. Auf eine erkenntnistheoretische als weitere Verständnisvariante verweist u.a. Münkler, in: Münkler (Hrsg.), Dimensionen des Wissens im Recht, 2019, S.3 (7 f.); für verschiedene Grundlagen siehe auch Schrader, Wissen im Recht, 2017, S.1 ff.; überblicksartig Spiecker gen. Döhmman, Rechtswissenschaft 1 (2010), S.247 (251 ff., 255 f.); Trute, DV Beiheft 9 (2010), 11 (11 ff.).
- 10 Daten sind als „Zeichen“ der Ausgangspunkt des Wissens. Indem Daten eine Bedeutung erlangen werden sie zur „Information“. Dies geschieht dadurch, dass die Daten kontextualisiert und selektiert werden und so ein Neuigkeitswert produziert wird, ausführlich Albers, RTh 33 (2002), 61 (67 ff.); Kluth, in: Spiecker gen. Döhmman/Colin (Hrsg.), Generierung und Transfer staatlichen Wissens, 2008, S.73 (75 f.); Trute, DV Beiheft 9 (2010), 11 (15); Vesting, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwR, Bd. I, 3. Aufl. 2022, § 20 Rn.18 ff., 26 ff.; Münkler, in: Münkler (Hrsg.), Dimensionen des Wissens im Recht, 2019, S.3 (6); jüngst aufgearbeitet durch Mauer, Datenbanken, 2024, S.44 ff.
- 11 Etabliert: „Bestand an Erkenntnissen“, Vesting, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwR, Bd. I, 3. Aufl. 2022, § 20 Rn.26; Hoffmann-Riem, in: I. Augsberg (Hrsg.), Ungewissheit als Chance, 2006, S.17 (23); Hoffmann-Riem, Die Verwaltung 49 (2016), 1 (6 f.); bei Willke, Supervision des Staates, 1997, S.20: „Präferenzregeln“. Kritisch zum institutionellen Anklang diverser Wissensverständnisse Grosche, in: Münkler (Hrsg.), Dimensionen des Wissens im Recht, 2019, S.27 (30 ff.).
- 12 Willke, Supervision des Staates, 1997, S.20; Vesting, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwR, Bd. I, 3. Aufl. 2022, § 20 Rn.26; Trute, DV Beiheft 9 (2010), 11 (15); Spiecker gen. Döhmman, Rechtswissenschaft 1 (2010), 247 (253); Hoffmann-Riem, in:

sich bei Wissen um eine Erfahrungsstruktur, die durch die Selektion von Informationen anhand des bestehenden Wissens neues Wissen schafft.¹³ Die Komplexität der Wissensproduktion, insbesondere die in seine Struktur eingeschriebene Selektivität, Kontextabhängigkeit, Reflexivität und wer tenden Elemente, führt zu einer Normativität und einem gewissen Un sicherheitsgrad jeglichen Wissens.¹⁴ Wissen ist daher nicht mit der Wirk lichkeit gleichzusetzen, sondern beschreibt vielmehr „Erklärungsansätze“ oder „Wirklichkeitsausschnitte“, die auf den vorausgehenden Wissensstruk turen basieren und als konstruktivistische Welterklärungen nebeneinander stehen.¹⁵ Damit ist nicht gesagt, dass dieses Wissen durch das Recht und die Rechtswissenschaft nicht rezipiert werden sollte.¹⁶ Gleichwohl ist anzu-

Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Verwaltungsrecht in der Informationsge sellschaft*, 2000, S. 9 (12).

- 13 Albers, RTh 33 (2002), 61 (71); Trute, DV Beiheft 9 (2010), 11 (15); I. Augsberg, *Informationsverwaltungsrecht*, 2014, S. 29; Mauer, *Datenbanken*, 2024, S. 45 f.
- 14 Münkler, in: Münkler (Hrsg.), *Dimensionen des Wissens im Recht*, 2019, S. 3 (7, 9); Münkler, *Expertokratie*, 2020, S. 59 ff., 397 ff.; Hoffmann-Riem, in: I. Augsberg (Hrsg.), *Ungewissheit als Chance*, 2006, S. 17 (insb. 22 f.); zur Sozialität von Wissen allgemein Knoblauch, *Wissensoziologie*, 3. Aufl. 2014, S. 14 ff.
- 15 Voßkuhle, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), *GVwR*, Bd. I, 3. Aufl. 2022, § 1 Rn. 25, 29, 31, auch „Wirklichkeitsbeschreibung“ (Rn. 39); Hoffmann-Riem, DV Beiheft 2 (1999), 83 (86): „Wirklichkeitskonstruktionen“; Albers, RTh 33 (2002), 61 (72); weiter zu einem konstruktivistischen Wirklichkeits- bzw. Realitätsbegriff im Recht Starck, JZ 27 (1972), 609; Gusy, JZ 46 (1991), 213; Scherzberg, in: Engel/Halfmann/Schulte (Hrsg.), *Wissen, Nichtwissen, unsicheres Wissen*, 2002, S. 114 (114 f., 119); Voßkuhle, in: Bauer et al. (Hrsg.), *Umwelt, Wirtschaft, Recht*, 2002, S. 171 (185, insb. Fn. 75); Hoffmann-Riem, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Methoden der Ver waltungsrechtswissenschaft*, 2004, S. 9 (30 f.); Hoffmann-Riem, *Die Verwaltung* 49 (2016), 1 (7); im Kontext „ökonomischen Wissens“ Lüdemann, in: I. Augsberg (Hrsg.), *Extrajuridisches Wissen*, 2013, S. 121 (145 f.); Lüdemann, in: Boysen et al. (Hrsg.), *Netzwerke*, 2007, S. 266 (281 f.); überblicksartig für die Soziologie Knoblauch, *Wissensoziologie*, 3. Aufl. 2014, S. 153 ff. Dieses konstruktivistische Verständnis bildet die Brücke zu interpretativen Policy-Analysen, die die politische Aushandlung und Bedeutungszuschreibung von Realitäts- und Problemverständnissen fokussieren (vgl. Münch, *Interpretative Policy-Analyse*, 2016, S. 7 ff.), und zur feministischen wie auch post-kolonialen Rechtswissenschaft (explizit bspw. Liebscher, *Rasse im Recht*, 2021).
- 16 Zum Wert solcher Wirklichkeitskonstruktionen u.a. Grosche, in: Münkler (Hrsg.), *Dimensionen des Wissens im Recht*, 2019, S. 27 (37 ff.); Lüdemann, in: Engel/Eng lerth/Lüdemann/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), *Recht und Verhalten*, 2007, S. 7 (28 ff.); Scherzberg, in: Engel/Halfmann/Schulte (Hrsg.), *Wissen, Nichtwissen, un sicheres Wissen*, 2002, S. 114 (119); als Methodenfrage Möllers, in: Voßkuhle/Ei fert/Möllers (Hrsg.), *GVwR*, Bd. I, 3. Aufl. 2022, § 2 Rn. 10. Die Frage ist daher nicht (mehr), inwiefern es notwendig und „erlaubt“ ist, auf ökonomisches Wissen zurückzugreifen, Lüdemann, in: I. Augsberg (Hrsg.), *Extrajuridisches Wissen*, 2013,

erkennen, dass das jeweilige Wissen von den die Wissensproduktion anleitenden Erfahrungsstrukturen abhängt und dies normative Auswirkungen hat.¹⁷

Aufgrund dieses Charakters des Wissens wird diskutiert, welche (rechtswissenschaftlichen) Kriterien für die Rezeption extrajuridischen Wissens, auch angesichts dessen „normativer Vorannahmen“, gelten können.¹⁸ Die in diesem Zuge entwickelten Programme und Kriterien beziehen sich jedoch maßgeblich auf das ‚Wie‘ der Rezeption durch die Rechtswissenschaft angesichts der mit diesen Vorannahmen verbundenen Unsicherheiten, nicht aber auf die Vorannahmen an sich.¹⁹ Das reflexive Moment der Wissenspro-

S. 121 (122, 144 f.). Diese Diskussionsfrage der 1970er und 80er Jahre macht heute anderen Fragestellungen, wie nach dem ‚Wie‘ der „methodengerechten Rezeption“ Platz. Die Bedeutung von Wissen als Grundlage gesetzgeberischen Handelns sollte also nicht negiert, jedoch auch nicht überhöht (Expertokratie) werden, vgl. Münkler, in: Münkler (Hrsg.), Dimensionen des Wissens im Recht, 2019, S. 3 (16 ff.); Münkler, APuZ 72.26/27 (2022), 7 (13); ausführlich Münkler, Expertokratie, 2020.

- 17 Münkler, in: Münkler (Hrsg.), Dimensionen des Wissens im Recht, 2019, S. 3 (9 f.); von notwendigem, aber zuweilen problematischem „Hintergrundwissen“ schreibt Grosche, in: Münkler (Hrsg.), Dimensionen des Wissens im Recht, 2019, S. 27 (48 f.); Lüdemann, in: Engel/Englerth/Lüdemann/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), Recht und Verhalten, 2007, S. 7 (17). Ausführlich auch die Prämissenkritik von Lepsius, in: Bertschi et al. (Hrsg.), Demokratie und Freiheit, 1999, S. 123 (139 ff.), an den explizit als „Wirklichkeitskonstruktionen“ benannten ökonomischen Modellannahmen, die Steuerungspessimismus als vermeintlich neutraler Gesellschaftsbeschreibung zugrunde liegen (ebd., 134). Kritisch zu unterschiedlichen Anforderungen an deskriptives, analytisches und explizit normatives Wissen – u.a. auch durch ökonomische Theorie wie bei van Aaken, in: Bungenberg (Hrsg.), Recht und Ökonomik, 2004, S. 1; weiter hierzu → § 4 A. – Münkler, Expertokratie, 2020, S. 397 ff., 430 ff.; Lepsius, JZ 60 (2005), 1 (2).
- 18 Vgl. Münkler, in: Münkler (Hrsg.), Dimensionen des Wissens im Recht, 2019, S. 3 (15); Vesting, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwR, Bd. I, 3. Aufl. 2022, § 20 Rn. 69; Voßkuhle, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwR, Bd. I, 3. Aufl. 2022, § 1 Rn. 29: „methodisch bewusster[r] Umgang mit der ‚Wirklichkeit‘“ als Anspruch der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft; ausbuchstabielt durch Voßkuhle, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Voßkuhle (Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft, Recht, 2002, S. 171 (188 ff.); allgemein Lüdemann, in: Boysen et al. (Hrsg.), Netzwerke, 2007, S. 266 (275): „Rezeptionstheorie“; weiter hierzu Münkler, Expertokratie, 2020, S. 406 ff.
- 19 → § 2 Fn. 16. Dies mag auch daran liegen, dass die Diskussion im Verwaltungsrecht angesiedelt ist; hier dienen ‚Informationen‘ zuvorderst als Entscheidungsgrundlage, vgl. Kaufhold, in: I. Augsberg (Hrsg.), Extrajuridisches Wissen, 2013, S. 151 (155), m.w.N.; I. Augsberg, in: I. Augsberg (Hrsg.), Extrajuridisches Wissen, 2013, S. 3 (10); Hoffmann-Riem, Die Verwaltung 49 (2016), 1 (8); Lüdemann, in: I. Augsberg (Hrsg.), Extrajuridisches Wissen, 2013, S. 121 (145 f.).

duktion, die zugrunde liegenden „Strukturen oder Muster[] des Wissens“²⁰, bleibt in den Wissensdiskursen – gerade bezogen auf die Gesetzgebung – nach wie vor unterbelichtet.²¹ Insbesondere hat sich für den Bereich der Gesetzgebung, obwohl dort die Wahrnehmungen und Interpretationen gesellschaftlicher Verhältnisse als politische Grundlage gesetzlicher Regelungen umso bedeutsamer sind, noch keine Begrifflichkeit zur Bezeichnung der zugrunde liegenden Wissensstrukturen als „Deutungsmuster“²² durchgesetzt. Insofern lässt sich festhalten, dass die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft den Wissensbegriff zwar zuletzt geschärft und für ihren verwaltungsrechtlichen Kontext prozeduralisiert hat. Gleiches kann jedoch nicht über die vorliegend interessierenden Wissensstrukturen der Gesetzgebung gesagt werden, die vielmehr eine weitere Präzisierung und begriffliche Festlegung erfordern.

II. Gesetzgeberische Wissensstrukturen

Wenn auch nicht vertieft für die Gesetzgebung, so werden grundlegende Wissensstrukturen im Recht durchaus thematisiert und im Zuge der Begriffsbildung die jeweiligen Erkenntnisinteressen konkretisiert. Dies soll auch vorliegend geschehen, wobei an den bestehenden Arbeiten und Diskursen, insbesondere an Untersuchungen zur richterlichen Entscheidungsfindung und wissenschaftlichen Selbstreflexion, – auch begrifflich – Anleihen genommen werden.²³ Entgegen den dort etablierten Begrifflichkeiten Prämissen, Vorverständnis und Paradigma verwendet die vorliegende Untersuchung den Begriff der ‚Annahmen‘, um die der Gesetzgebung zugrunde liegenden Wissensstrukturen als Deutungsmuster zu beschreiben. Diese Terminologie erklärt sich nicht aus sich heraus; die Duden-Definition ist

20 Vesting, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVWR, Bd. I, 3. Aufl. 2022, § 20 Rn. 26.

21 Vgl. Münkler, in: Münkler (Hrsg.), Dimensionen des Wissens im Recht, 2019, S. 3 (7); problematisiert bei Münkler, Expertokratie, 2020, S. 417 ff., m.V.a. Engel, in: Engel/Englerth/Lüdemann/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), Recht und Verhalten, 2007, S. 363 (388), der vorschlägt, dass sich die juristischen Rezipientinnen insb. dort, wo die normativen Implikationen wenig bekannt sind (ergänzend: in Vergessenheit geraten), als „Ideologiekritiker betätigen“.

22 Hoffmann-Riem, DV Beiheft 2 (1999), 83 (86); Hoffmann-Riem, in: I. Augsberg (Hrsg.), Ungewissheit als Chance, 2006, S. 17 (23). Der Begriff wird vorliegend weitgehend synonym zu dem der Wissensstrukturen verwendet, vgl. weiter Münch, Interpretative Policy-Analyse, 2016, S. 34.

23 Eine Systematisierung findet sich bspw. bei J. Braun, Leitbilder, 2015, S. 27 ff.

denkbar knapp²⁴ und im rechtswissenschaftlichen Schrifttum wird der Begriff der ‚Annahmen‘ vorausgesetzt.²⁵ Da er aber bereits dafür verwendet wird, grundlegende Wissensstrukturen aufzudecken und zu reflektieren,²⁶ eignet er sich grundsätzlich für eine solche Beschreibung. Gegenüber den verwandten Begrifflichkeiten zeichnet er sich dadurch aus, dass er (noch) keinem spezifischen Kontext zugeordnet ist und dadurch – negativ formuliert – am wenigsten präzisiert, positiv: am wenigsten festgelegt, ist. Um den Begriff der ‚Annahmen‘ für die hiesige Verwendung zu schärfen, sind einige Abgrenzungen erforderlich.

Aus dem bisher Gesagten ergibt sich bereits, dass der an anderer Stelle verwendete Begriff gesetzgeberischer „Prämissen über Tatsachen“²⁷ nicht das erfasst, was die vorliegende Untersuchung antreibt. Zum einen interessieren vorliegend nicht die ökonomischen Erkenntnisse ‚an sich‘.²⁸ Stattdessen stehen deren hintergründige Strukturen und Unsicherheit im Vordergrund, denn die Ökonomie wird als methodische Wissenschaft begriffen,

24 Dort als dritte Begriffsvariante: „Vermutung, Ansicht“, <https://www.duden.de/rechtshreibung/Annahme#Bedeutung-3>.

25 So wird der Begriff der Annahmen teilweise zur Definition anderer Begrifflichkeiten verwendet, bspw. J. Braun, Leitbilder, 2015, S. 24, 41, wonach Annahmen gewissermaßen das sind, was in einem Leitbild bildlich gebündelt werden kann. Zu „unvollständig theoretisierten Vorannahmen“ Croon-Gestefeld, Gemeininteressen im Privatrecht, 2022, S. 268 Fn. 39.

26 Vgl. Hoffmann-Riem, Die Verwaltung 49 (2016), 1 (4): die Norm als „Transformator von Annahmen“. Siehe auch Croon-Gestefeld, Gemeininteressen im Privatrecht, 2022, S. 23, die herausarbeitet, „welche expliziten und welche verdeckten Annahmen über das Recht“ innerhalb der privatrechtswissenschaftlichen Selbstbeschreibung bestehen; oder Wischmeyer, Zwecke im Recht, 2015, S. 7, der die „theoretischen Vorannahmen“ untersucht, von denen das jeweilige „Verständnis des Zweckbegriffs abhängt“; früh auch schon bei Habermas, Faktizität und Geltung, 7. Aufl. 2019, S. 485. Vgl. zudem für weitere rechtstheoretische Verortungen, wenngleich unter der Begrifflichkeit des Vorverständnisses, Renner/Kindt, JZ 78 (2023), 972 (974 ff.). Geläufig ist auch die Bezeichnung als „Grundannahmen“ (etwa bei Morlok, in: Engel/Morlok [Hrsg.], Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung, 1998, S. 1 [5]; Hoffmann-Riem, DV Beiheft 2 [1999], 83 [102]; Bumke, JZ 69 [2014], 641 [647]), die zwar auf den grundlegenden Charakter der Annahmen verweist, vorliegend jedoch keinen weiteren Erkenntnisvorteil birgt. Vgl. weiter im Englischen „assumption“, Olsen, Harvard Law Review 1983, 1497 (1498), und wenn als gesellschaftliche Leiterzählung verdichtet „structure of consciousness“.

27 Frieling, Gesetzesmaterialien, 2017, S. 119.

28 Siehe aber zur Integration derartigen ökonomischen Wissens L. Winkler, Regulierung von Bestandsbauten, 2023.

die Erklärungsansätze und Modelle, aber keine faktische *Wahrheit* liefert.²⁹ Zum anderen deutet der Begriff der Prämissen³⁰ auf eine selbstreflexive Erfassung der eigenen Vorstellungen. Er eignet sich daher insbesondere für den wissenschaftlichen Kontext.³¹ Vorliegend werden jedoch gerade die nicht reflektierten, nicht explizierten ökonomischen Vorstellungen der Gesetzgebung untersucht, die aus ihrem disziplinären Diskussionskontext entfernt wurden. Insofern zeichnet sich die Aneignung ökonomischer Wissensstrukturen durch die Gesetzgebung durch einen besonderen Gestaltwandel derselben aus: Extrajuridische Vorstellungen oder auch politische Strategien werden nicht einfach ins Recht übernommen, sondern übersetzt.³² Während sich viele ökonomische Theorien und Diskussionen durch eine selbstkritische Limitierung eigener Aussagegehalte und ein spezifiziertes Erkenntnisinteresse auszeichnen, werden sie in vereinfachter und absoluter Form in den politischen Diskurs übertragen.³³ Gesetzgeberische

- 29 Vgl. Lüdemann, in: I. Augsberg (Hrsg.), Extrajuridisches Wissen, 2013, S. 121 (145 f.); mit Blick auf den *Homo Oeconomicus* ausführlich Lüdemann, in: Engel/Englerth/Lüdemann/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), Recht und Verhalten, 2007, S. 7 ff.; weiter Lüdemann, in: Boysen et al. (Hrsg.), Netzwerke, 2007, S. 266 (283), der auch positive ökonomische Theorien als „Bilder des Seins“ beschreibt. Zur „Wirklichkeit“ → siehe bereits oben.
- 30 Oder gar „Grundprämissen“, wie bei Voßkuhle, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Schmidt (Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht, 2002, S. 171 (193), bzgl. des neoklassischen Paradigmas (→ § 4 A.).
- 31 Treffend daher der Begriff der „professionelle[n] Prämissen“ bei Hoffmann-Riem, DV Beiheft 2 (1999), 83 (86); Offenlegung von Prämissen als „Aufklärung des Verständnishorizonts“, I. Augsberg, Informationsverwaltungsrecht, 2012, S. 29.
- 32 Noch für den rechtswissenschaftlichen Kontext Jestaedt, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 185 (203 [f.]); I. Augsberg, in: I. Augsberg (Hrsg.), Extrajuridisches Wissen, 2013, S. 3 (16 ff., 21 f., 24 f.); von Arnould, in: Funke/Lüdemann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, 2009, S. 65 (94 ff.); ausführlich Münkler, Expertokratie, 2020, S. 407 ff., m.w.N.; speziell für die Piketty-Rezeption Croon-Gestefeld, JZ 74 (2019), 340 (345). Auch generell ist die Rezeptionstheorie maßgeblich auf die Wissenschaft ausgerichtet, vgl. Lüdemann, in: Boysen et al. (Hrsg.), Netzwerke, 2007, S. 266 (278). Für die Gesetzgebung wurden und werden kaum Regeln formuliert – was auch am Charakter politischer Entscheidungen liegt. Weiter → siehe unten, § 2 A. IV.
- 33 Beispielhaft dazu, wie sich das ordoliberalen Wissenschaftsvokabular als Bestandteil der Alltagssprache etabliert hat, Küsters, Ordoliberal Language, 2023, S. 1 ff., 84, 91 ff. und passim. Das gilt im Übrigen auch, wenn gleich in anderer Art und anderem Ausmaß, für die Rechtswissenschaft, genauer die Rechtsökonomik – wie später in der Auseinandersetzung mit Werken zu ökonomischer Theorie im Recht und mit rechtsökonomischen Analysen des Mietrechts erkennbar werden wird, → § 4 B.; § 6 B. Siehe weiter parallel für die rechtswissenschaftliche Rezeption Hoffmann-Riem, DV Beiheft 2 (1999), 83 (85); Voßkuhle, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwR,

Annahmen zeichnen sich gegenüber wissenschaftlichen Prämissen also dadurch aus, dass sie seltener expliziert und reflektiert werden und in keinem wissenschaftlichen, sondern einem politischen Diskussionskontext stehen.

Doch auch wissenschaftliche Prämissen werden nicht konstant mit der gleichen Intensität hinterfragt. Stattdessen lässt sich regelmäßig eine „gemeinsame intuitive Einstellung von Wissenschaftsakteuren zum Forschungsbereich“ feststellen, „die Empirie, Normen und Werte beinhaltet, welche als selbstverständlich vorausgesetzt werden.“³⁴ Diese oft implizite³⁵ Bündelung disziplinärer, forschungsdeterminierender Faktoren wird als Paradigma bezeichnet.³⁶ Obwohl bisweilen die Rede davon ist, dass Gesetze einem bestimmten außerrechtlichen Paradigma verpflichtet sind, erfasst auch dieser Begriff nicht den Kern des vorliegenden Interesse. Denn bei Paradigmen handelt es sich um „übergreifende[] Linien“ wissenschaftlicher Ideen: Sie betreffen nicht einzelne Fragestellungen, sondern die Betrachtungsperspektive und somit einen größeren Theorierahmen.³⁷ Insofern verhalten sich Paradigmen auf einer den hier interessierenden Annahmen übergeordneten Ebene. Obwohl auch gesetzgeberische Annahmen gebündelt werden können, sollen sie vorliegend vielmehr abgeschichtet und dif-

Bd. I, 3. Aufl. 2022, § 1 Rn. 39; bzgl. *Law and Economics* im akademischen Bereich in den USA Herzog, JZ 78 (2023), 968 (969), m.w.N.; für insofern disziplinäre Arbeitsteilung Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 4. Aufl. 2015, S. 78, mit Kritik S. 79. Hervorzuheben ist, dass Juristinnen beim Import ökonomischen Wissens meistens nicht selbstverständlich von eigenem Wissen ausgehen, wie im Hinblick auf andere Sozialwissenschaften teilweise gängig, vgl. Lepsius, JZ 60 (2005), 1 (1 ff.).

34 Baer, „Der Bürger“, 2006, S. 86; J. Braun, Leitbilder, 2015, S. 35. Zurückgehend auf Kuhn, Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, 1967; vgl. Knoblauch, Wissenssoziologie, 2014, S. 239 f.; Weingart, Wissenschaftssoziologie, 2003, S. 42 ff. Prägend für das Bewusstsein von „Rechtsparadigmen“ in der Rechtswissenschaft Habermas, Faktizität und Geltung, 7. Aufl. 2019, S. 468 ff., insb. S. 470.

35 Vgl. für den Kontext des Sozialstaatsdiskurses: „Die historische Vergegenwärtigung des Paradigmenwandels hat dem eigenen paradigmatischen Rechtsverständnis den Status eines bloß intuitiv orientierenden Hintergrundwissens genommen“, Habermas, Faktizität und Geltung, 7. Aufl. 2019, S. 470 (Herv. i.O.).

36 J. Braun, Leitbilder, 2015, S. 35; Kuhn, Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, 1967, S. 28.

37 J. Braun, Leitbilder, 2015, S. 35; Kuhn, Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, 1967, S. 28 f.; dazu Knoblauch, Wissenssoziologie, 2014, S. 239, der Paradigmen strukturell mit Präzedenzfällen vergleicht. Siehe auch beispielhaft Baer, „Der Bürger“, 2006, S. 93, mit verschiedenen Prototypen (Obrigkeitsstaat, liberaler Staat, Sozialstaat, Verwaltungsstaat, schwacher Staat); im Verwaltungsrecht: das steuerungstheoretische Paradigma (Voßkuhle, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers [Hrsg.], GVwR, Bd. I, 3. Aufl. 2022, § 1 Rn. 21) oder die Umstellung auf die Information als neues Paradigma (I. Augsberg, Informationsverwaltungsrecht, 2014, S. 6).

ferenziert werden.³⁸ Wenngleich mit dem Begriff des Paradigmas somit zwar der implizite Charakter der gesetzgeberischen Annahmen beschrieben wird, ist er daher auf einer zu hohen Betrachtungsebene angesiedelt.

Ein dritter Begriff, der zur Beschreibung grundlegender Wissensstrukturen verwendet und im rechtswissenschaftlichen Kontext vor allem für die richterliche Entscheidungsfindung relevant ist, ist der des Vorverständnisses.³⁹ Hierbei handelt es sich um eine „strukturtheoretische Beschreibungskategorie im hermeneutisch gefassten Verstehensprozess“, die davon ausgeht, dass das Verstehen einer Information (gedacht als Text) vom Vorverständnis, das die Interpretin an die Information heranträgt, geprägt ist.⁴⁰ Das Vorverständnis verweist somit eindrücklich auf die Bedeutung von Wissensstrukturen und Deutungsmustern. Allerdings nähert sich der Begriff diesen Strukturen aus der entgegengesetzten Perspektive: Das Vorverständnis betrifft die Informationsverarbeitung durch ihre Kontextualisierung, kurz: das Verstehen. Für die Untersuchung der Gesetzgebung interessiert hingegen, welche Wissensstrukturen die *Textentstehung* beeinflussen, das heißt, wie sie sich produktiv äußern.⁴¹ Mit den Annahmen wird somit ein dem Verstehensprozess vor- oder nachgelagerter Schaffensprozess erfasst.⁴² Zudem handelt es sich beim Vorverständnis um eine zwar nicht-individuelle, aber subjektabhängige Kategorie: Auch wenn das

38 Auf Ebene der Paradigmen ließen sich bspw. die marktwirtschaftliche Grundausrichtung des Wohnsektors oder die Neuausrichtung an Dekommodifizierung und Demokratisierung betrachten, die jeweils verschiedene Annahmen bündeln.

39 J. Braun, Leitbilder, 2015, S. 39 ff.; Baer, „Der Bürger“, 2006, S. 87; zum Begriff auch Esser, Vorverständnis und Methodenwahl, 1972, S. 12 f.; F. Müller/Christensen, Juristische Methodik, 11. Aufl. 2013, S. 275 ff. Rn. 268 ff.

40 J. Braun, Leitbilder, 2015, S. 39 (f.). Prägend Gadamer, Hermeneutik Bd. I. Wahrheit und Methode (1960), 6. Aufl. 1990, S. 271 ff.; Esser, Vorverständnis und Methodenwahl, 1972, S. 137 ff.; weiter Vesting, Rechtstheorie, 2007, § 6 II. Rn. 210, 216; aktuell Hirzel, Macht und Methode, 2023, S. 102.

41 Parallel beschreibt Hoffmann-Riem, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 9 (55), die „deskriptiven Annahmen über die soziale Realität und Funktionsweise realer Abläufe, die der Normentstehung und -anwendung zu Grunde liegen.“ Dort bzw. im Folgenden (S. 55 ff.) jedoch weitgehend synonym verwendet mit dem Begriff der Prämissen.

42 Selbstverständlich kann auch jedes Schaffen als ein Verstehen bzw. jedes Verstehen als ein Schaffen verstanden werden, Gadamer, Hermeneutik Bd. I. Wahrheit und Methode (1960), 6. Aufl. 1990, S. 271; Vesting, Rechtstheorie, 2007, § 6 II. Rn. 211. Für den vorliegenden Kontext interessiert gleichwohl nicht die Interpretation ökonomischen Wissens durch die Gesetzgebung (ihr Vorverständnis), sondern wie sie die Erkenntnisse ihrer genuin gesetzgebenden Tätigkeit zugrunde legt. Insofern wird das Begriffspaar Annahme – Vorverständnis als zwei Seiten einer Medaille verwendet.

Vorverständnis nicht im luftleeren Raum entsteht, wird es von der jeweiligen Interpretin an die Information herangetragen und ist von ihren persönlichen, auch professionellen Erfahrungen geprägt.⁴³ Folglich betrifft der Begriff des Vorverständnisses zwar präzise den Prozess der Rechtsfindung durch Auslegung oder Entscheidung, er eignet sich jedoch weniger zur Thematisierung von Wissensstrukturen für die legislative Rechtsetzung.⁴⁴

Während die alternativen Begrifflichkeiten somit allesamt ausscheiden, konnte das hiesige Verständnis der ‚Annahmen‘ durch die Abgrenzung geschärft werden. Prämissen, Paradigmen, Vorverständnisse und Annahmen verweisen allesamt auf die dem Wissen zugrunde liegenden Strukturen und Denkmuster, heben aber unterschiedliche Dimensionen hervor. Mit dem Begriff der ‚Annahmen‘ lassen sich dabei solche extrajuridischen Wissensstrukturen beschreiben, die einen produktiven Prozess wie die Gesetzgebung anleiten, ohne dabei zwingend spezifisch reflektiert zu werden. Insbesondere erweist sich als ein Vorteil des Begriffs, dass er sowohl offene oder reflektierte als auch verdeckte, unbewusste oder jedenfalls unausgesprochene⁴⁵ Deutungsmuster erfasst.⁴⁶ Gerade die impliziten Annahmen, auch als „Hintergrundannahmen“ bezeichnet, formen gesetzgeberische Vorstell-

Zur Zirkularität weiter u.a. *Albers*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), *GVwR*, Bd. I, 3. Aufl. 2022, § 22 Rn. 10.

- 43 Vgl. *J. Braun*, *Leitbilder*, 2015, S. 40 f.; *Vesting*, *Rechtstheorie*, 2007, § 6 II. Rn. 214 ff.; *F. Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, 11. Aufl. 2013, S. 277 Rn. 271. Von „persönlichen Vorverständnissen“ schreibt bspw. *Voßkuhle*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), *GVwR*, Bd. I, 3. Aufl. 2022, § 1 Rn. 31; zur Bedeutung des „eigenen Vorverständnis“ ebd., Rn. 29 Fn. 154 (Herv. d. Verf.), m.w.N. Insofern erweist sich der hier zugrunde gelegte Begriff der Annahmen als näher am Begriff der Prämissen und Paradigmen. Dennoch beschreibt auch der Begriff der Annahme eine intentionale Kategorie, ausführlich → § 2 B.
- 44 Aus diesem der Arbeit zugrunde liegenden Begriffsverständnis des ‚Vorverständnisses‘ erklärt sich die Abweichung von den Begrifflichkeiten bei *Renner/Kindt*, *JZ* 78 (2023), 972 (975).
- 45 Der implizite Charakter der Annahmen macht sie nicht zu implizitem Wissen i.S.v. bspw. *Hoffmann-Riem*, in: *I. Augsberg* (Hrsg.), *Ungewissheit als Chance*, 2006, S. 17 (25 f.); *Fassbender*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR* Bd. 4, 3. Aufl. 2006, § 76 Rn. 8; *Trute*, *DV Beiheft* 9 (2010), 11 (19). Nicht die Kommunizierbarkeit des Wissens, sondern der nicht ausdrücklich gemachte Charakter der Annahmen steht im Vordergrund.
- 46 Vgl. *Croon-Gestefeld*, *Gemeininteressen im Privatrecht*, 2022, S. 23; *Grosche*, in: *Münkler* (Hrsg.), *Dimensionen des Wissens im Recht*, 2019, S. 27 (28): „implizit oder explizit zugrunde gelegte[] Annahmen“; *Wischmeyer*, *Zwecke im Recht*, 2015, S. 402: „Diese Annahmen werden regelmäßig nicht ausdrücklich gemacht.“

ungen untergründig.⁴⁷ Sie zeichnen sich zudem häufig „durch ein betont erzählendes Element“⁴⁸ aus und weisen somit eine Nähe zu Begrifflichkeiten wie der Wirklichkeitserzählung⁴⁹ auf.

III. Argumente als Schlüssel

Doch wenn Annahmen selten explizit gemacht werden, wie lassen sie sich überhaupt aufdecken? Ermöglicht wird dies dadurch, dass aus disziplinären Theorien Netzwerke entstehen, die nicht nur Gedankengänge und Denkgebäude, sondern auch eine gemeinsame Sprache und spezifische Argumentationslinien teilen.⁵⁰ Der Begriff der Annahmen umfasst daher zwar selbst nur den Bereich der Vorannahmen, verweist aber auch auf die auf ihnen basierenden Argumente und den semantischen Bereich. Dabei lassen sich Konjunkturen von Argumentationen ausmachen, deren Untersuchung Aufschluss darüber bieten kann, welche Argumente wann (und gegebenenfalls weshalb) besonders wirkmächtig waren und sind. Diese Ebene der Argumentationskonjunkturen steht vorliegend jedoch nicht im Zentrum des Interesses; es stellen sich andere Fragen. Denn während die Argumentationslinien einem Rationalisierungsprozess grundsätzlich zugänglich sind, entziehen sich die Annahmen diesem häufig. Stattdessen werden

47 Vgl. Croon-Gestefeld, *Gemeininteressen im Privatrecht*, 2022, S. 27; zum Anspruch, „sämtliche normative[] Hintergrundannahmen der Expertise“ aufzudecken, Münkler, *Expertokratie*, 2020, S. 419; anders nuanciert als Bindung juristischen Denkens an „bestimmte unausgesprochene [...] Allgemeinvorstellungen“ bei K. Vogel, Schlußwort, VVDStRL 24 (1965), S. 247 (251). Eindrücklich Lüdemann, in: Engel/Englerth/Lüdemann/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), *Recht und Verhalten*, 2007, S. 7 (17), dass nicht auszuschließen sei, „dass die methodologische Annahme rationaler Nutzenmaximierung auch die Einstellungen der Menschen prägt, die mit diesem Modell arbeiten“; Engel, in: Engel (Hrsg.), *Methodische Zugänge*, 1998, S. 11 (35).

48 Croon-Gestefeld, *Gemeininteressen im Privatrecht*, 2022, S. 27.

49 Zur Bedeutung einführend C. Klein/Martínez, in: C. Klein/Martínez (Hrsg.), *Wirklichkeitserzählungen*, 2009, S. 1; im Zuge der Interpretativen Policy-Analyse van Hulst et al., *Critical Policy Studies* 2024, 1 (8 ff.); zur methodischen Verwendung der Erzähltheorie in der Rechtswissenschaft Croon-Gestefeld, *Gemeininteressen im Privatrecht*, 2022, S. 25 ff. Weiter zum verwandten Begriff des Narrativs, womit (im rechtswissenschaftlichen Kontext) unterschiedliche „Sammlungen von Aussagen, Einschätzungen und Hypothesen über die Entwicklung“ des Rechts gemeint sind, Bumke, in: Marsch/Münkler/Wischmeyer (Hrsg.), *Apokryphe Schriften*, 2018, S. 47 (55), zur Wirkung von Narrativen (56). Dies wird insb. im Kontext der Sozialen Marktwirtschaft relevant, → § 6 A. III. 3., B. V.

50 Zu *weichen* Bausteinen Küsters, *Ordoliberal Language*, 2023, S. 3 f. und passim.

auch in der argumentativen Auseinandersetzung die zugrunde liegenden Annahmen oft genug nicht offengelegt, was eine Verständigung erschweren und Perspektivverengungen bewirken kann. Dem entgegenwirkend sollen vorliegend nun gerade die Annahmen sichtbar und damit reflektierbar gemacht werden. Obwohl daher die Argumentationskonjunkturen nicht im Fokus stehen, sondern zugunsten der zugrunde liegenden Annahmen abgeschichtet werden, ist die Untersuchung zwangsläufig zweistufig angelegt, weil die Argumente gewissermaßen den Schlüssel zu den Annahmen darstellen: Erst die Kenntnis der Argumente erlaubt, die ihnen zugrunde liegenden Annahmen zu rekonstruieren.⁵¹

IV. Notwendigkeit der Rekonstruktion

Die „Notwendigkeit der Dekonstruktion kognitiver Entscheidungsgrundlagen“ ist ein wesentliches Element im Umgang mit Wissen im Spannungsfeld zwischen Demokratie und Expertise.⁵² Dies gilt vorliegend umso mehr, weil sich implizite gesetzgeberische Annahmen auf spezifische Weise auswirken: Disziplinäre Erkenntnisse werden in diesem Prozess verabsolutiert und mit einem rechtlichen Geltungsanspruch versehen.

Indem ökonomisches Wissen rezipiert wird, wird es von seinen disziplinären Wurzeln entfernt. Dabei transformiert die Rechtsetzung die extrajuridischen Annahmen, so dass sie sich in die Rechtsnorm einfügen.⁵³ In diesem Prozess ändern sich der Inhalt und Charakter des Wissens, es entsteht ein anderes Wissen.⁵⁴ Komplexes und umstrittenes extrajuridisches Wissen wird hierbei vielfach vereinfacht⁵⁵ und vorherrschende Perspektiven nor-

51 → §§ 4–6.

52 Anders gelagert Münkler, Expertokratie, 2020, S. 419 ff., zu möglichen Grenzen S. 464 f.; vgl. auch I. Augsberg, Informationsverwaltungsrecht, 2014, S. 291.

53 Parallel Grimm, in: McCrudden (Hrsg.), Understanding Human Dignity, 2013, S. 381 (386); → s.o., § 1. Überblickartig Bonß, in: Bentele/Rühl (Hrsg.), Theorien öffentlicher Kommunikation, 1993, S. 437 (443 f.) und passim.

54 Bonß, in: Bentele/Rühl (Hrsg.), Theorien öffentlicher Kommunikation, 1993, S. 437 (445); Hoffmann-Riem, in: Bentele/Rühl (Hrsg.), Theorien öffentlicher Kommunikation, 1993, S. 461 (462); Hoffmann-Riem, DV Beiheft 2 (1999), 83 (85); daran anschließend Voßkuhle, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Schmidt (Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht, 2002, S. 171 (182): Gestaltwandel aufgrund eines „Filter[s] spezifischer Verwendungstauglichkeit“, d.h. dass Erkenntnisse anderer Disziplinen den „vom professionellen Stab der jeweiligen Disziplin zugemessenen Erklärungsgehalt“ einbüßen.

55 Parallel für die rechtswissenschaftliche Rezeption Hoffmann-Riem, DV Beiheft 2 (1999), 83 (85): „Banalisierung und Trivialisierung“ im Prozess der Assimilation;

malisiert⁵⁶. Dieser Übersetzungsprozess verlangt keinen Vorwurf, sondern entspricht bereits dem Charakter wissenschaftlicher Modelle und Theorien als Mittel der Komplexitätsreduzierung und als „alternative Techniken, Gesellschaft darzustellen.“⁵⁷ Gleichwohl steigert diese Praxis – zumal verschiedenen Arten von Wissen eine unterschiedliche ‚objektive‘ Bedeutung zugemessen wird –⁵⁸ das „Risiko suboptimaler Wissensnutzung“⁵⁹. Das gilt nicht nur mit Blick auf offensichtlich normative Annahmen, die von der Ökonomie an das Recht herangetragen werden, sondern insbesondere auch für die „impliziten Vorannahmen, die vermeintlich deskriptive Theorien transportieren“, die aber „mit dem Eingang ins Recht normativ relevant werden.“⁶⁰ Denn „auch die Filter, durch die wir die Wirklichkeit wahrnehmen, können unsere Einstellungen und damit gewissermaßen durch die Hintertür den Stil des Rechts prägen.“⁶¹

Vofßkuhle, in: Vofßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), *GVwR*, Bd. I, 3. Aufl. 2022, § 1 Rn. 39; Münkler, *Expertokratie*, 2020, S. 415. Vgl. auch Herzog, *JZ* 78 (2023), 968 (969), zu „wenig reflektierten, naturalisierten Vulgärvarianten des neoklassischen Mainstreams“.

- 56 Parallel auch K. Vogel, *Schlußwort*, *VVDStRL* 24 (1965), S. 247 (251): „[Z]war philosophieren die Juristen in der Regel nicht selber, aber sie übernehmen bestimmte philosophische Leitgedanken, die jeweils zu ihrer Zeit im Schwange sind, als selbstverständlich und legen sie ihrer eigenen Argumentation stillschweigend zugrunde“; Thurn, *Welcher Sozialstaat?*, 2013, S. 12. Anders formuliert: Im Zuge der Gesetzgebung entscheidet sich, welches Wissen gesellschaftlich als gültig und relevant anerkannt wird, vgl. Riegner, in: Münkler (Hrsg.), *Dimensionen des Wissens im Recht*, 2019, S. 89 (92 f.). Dies ist auch Ausgangspunkt feministischer wie auch rassismuskritischer Rechtswissenschaft, vgl. u.a. Liebscher, *Rasse im Recht*, 2021.
- 57 von Arnould, in: Funke/Lüdemann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie*, 2009, S. 65 (91, insb. auch Fn. 142); als Beispiel dient u.a. Lüdemann, in: Engel/Englerth/Lüdemann/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), *Recht und Verhalten*, 2007, S. 7 (18 f.); Lüdemann, in: Boysen et al. (Hrsg.), *Netzwerke*, 2007, S. 266 (281 f.).
- 58 Lepsius, *JZ* 60 (2005), 1 (2); ausführlich Münkler, *Expertokratie*, 2020, S. 430 ff.; → § 2 Fn. 17.
- 59 Hoffmann-Riem, in: I. Augsberg (Hrsg.), *Ungewissheit als Chance*, 2006, S. 17 (23).
- 60 von Arnould, in: Funke/Lüdemann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie*, 2009, S. 65 (90 f.); Lüdemann, in: Boysen et al. (Hrsg.), *Netzwerke*, 2007, S. 266 (281 f.); Engel, in: Engel/Englerth/Lüdemann/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), *Recht und Verhalten*, 2007, S. 363 (387 f.); Münkler, *Expertokratie*, 2020, S. 59.
- 61 Lüdemann, in: Engel/Englerth/Lüdemann/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), *Recht und Verhalten*, 2007, S. 7 (17), m.V.a. Engel, in: Engel (Hrsg.), *Methodische Zugänge*, 1998, S. II (35); Engel, in: Engel/Englerth/Lüdemann/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), *Recht und Verhalten*, 2007, S. 363 (364, 387 f.); Münkler, *Expertokratie*, 2020, S. 59 (ff.); allgemein Starck, *JZ* 27 (1972), 609 (610, 613 f.).

Während dieser „Konstruktionscharakter“, der der „ökonomischen Realität“ eigen ist, zwar hervorgehoben und vor der einfachen Übertragung in das Recht gewarnt wird,⁶² muss eine Untersuchung dessen, ob und wie die Gesetzgebung bereits ökonomische Annahmen aufgreift, erst erfolgen. Die Notwendigkeit einer solchen Untersuchung wird durch das spezifisch gesetzliche Charakteristikum der Geltung gesteigert: Dadurch, dass ökonomische Annahmen Sinn und Bestandteil von Gesetzen werden, „werden sie mit einer juristischen Normativität aufgeladen [...], die sie im Ursprungskontext nicht besaßen.“⁶³ Werden die ökonomischen Annahmen aus ihrer Disziplin ins Recht transformiert, erhalten sie einen Geltungsanspruch und werden durch staatliche Autorität durchsetzbar.⁶⁴ Gleichzeitig ist dieser Schritt die Grundlage dafür, dass grundsätzlich nicht mehr die ökonomischen Wurzeln, sondern die juristischen Auslegungsmethoden und die rechtliche Bedeutung maßgeblich sind.⁶⁵

B. Annahmen ‚der Gesetzgebung‘

Gesetzgeberische Annahmen sichtbar zu machen, stellt sich vor diesem Hintergrund als methodische Notwendigkeit dar. Dabei ergeben sich jedoch nicht unerhebliche theoretische Probleme. Da die Annahmen selten explizit gemacht werden, sondern uns als Grundlage von und in Form

62 I. Augsberg, Informationsverwaltungsrecht, 2014, S. 291.

63 von Arnould, in: Funke/Lüdemann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, 2009, S. 65 (89); Hoffmann-Riem, DV Beiheft 2 (1999), 83 (85 ff.); bereits einleitend → § 1, insb. Fn. 13, 14.

64 Parallel Grimm, in: McCrudden (Hrsg.), Understanding Human Dignity, 2013, S. 381; ähnlich Hoffmann-Riem, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 9 (59): „Rechtsmacht zur Selektion und verwendungsorientierten Transformation“ sowie „Rechtsmacht zur Rechtsanwendung“; von Arnould, in: Funke/Lüdemann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, 2009, S. 65 (89 ff.): „normative Aufladung“; Poscher, in: Hage/von der Pfordten (Hrsg.), Concepts in Law, 2009, S. 99 (102 ff.). Parallel dazu, wie Ideen durch ihre Einbettung in (rechtliche) Institutionen auf Dauer Wirkung entfalten, Nullmeier, in: Keller/Hirsland/W. Schneider/Viehöver (Hrsg.), Handbuch sozialwissenschaftliche Diskursanalyse, 3. Aufl. 2011, S. 309 (315).

65 Parallel Grimm, in: McCrudden (Hrsg.), Understanding Human Dignity, 2013, S. 381 (384); extrajuridisches Wissen wird zum „Bestandteil der Rechtsordnung selbst“, Münkler, in: Münkler (Hrsg.), Dimensionen des Wissens im Recht, 2019, S. 3 (14); vgl. beispielhaft Poscher, in: Hage/von der Pfordten (Hrsg.), Concepts in Law, 2009, S. 99 (101 f.); weiter Lüdemann, in: Engel/Englerth/Lüdemann/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), Recht und Verhalten, 2007, S. 7 (41 ff.).

gesetzgeberischer Argumente gegenüberstehen, erfordert ihre Dekonstruktion eine Kenntnis der mit den jeweiligen Argumenten verbundenen Wissensstrukturen.⁶⁶ Dieser inhaltlichen Grundlegung vorgelagert ist jedoch die Frage, ob und wie ein Kollektiv wie die Gesetzgebung überhaupt Annahmen entwickeln kann: Lässt sich sinnvoll davon sprechen, dass ‚die Gesetzgebung‘ entsprechende Annahmen hat? Oder ist der Prozess der Gesetzgebung nicht viel zu komplex und pluralistisch? Diese Fragen nach der Intentionalität kollektiver Entitäten beschäftigen die Rechtswissenschaft seit langem in verschiedenen Ausprägungen und sind jüngst mit Blick auf den ‚Willen des Gesetzgebers‘ intensiv diskutiert worden.⁶⁷ Aus diesen Diskussionen können aufgrund der strukturellen Verwandtschaft mit und Nähe zum gesetzgeberischen Willen auch Folgerungen für die Untersuchung der Annahmen abgeleitet werden. Denn die Annahmen liegen dem Willen als Deutungsmuster der Wirklichkeit zugrunde und formen ihn bewusst und unbewusst. Sie sind insofern Teil der gesetzgeberischen Intention.

Gleichwohl sind sowohl die Begründung als auch die Methode (→ C.) der Rekonstruktion eines kollektiv intentionalen ‚Willens des Gesetzgebers‘ weder trivial noch unumstritten.⁶⁸ Von der Praxis wird eine gesetzgeberische Kollektivintention selten begründet, sondern weitgehend ohne Problembewusstsein bejaht oder jedenfalls unterstellt.⁶⁹ Gleichzeitig wird die Fähigkeit einen Willen zu bilden – oder hier: Annahmen zu haben – naturalistisch begründet auf individuelle psychologische Vorgänge beschränkt.⁷⁰

66 Dies ist Gegenstand der → §§ 4–6, in denen das Analyseschema für die Untersuchung erarbeitet wird.

67 Insb. *Wismeyer*, Zwecke im Recht, 2015, S. 225 ff., 377 ff.; *Wismeyer*, JZ 70 (2015), 957; und mit einem anders gelagerten Ansatz *Sehl*, Was will der Gesetzgeber?, 2019, S. 99 ff.

68 Zu den Herausforderungen und einer methodischen Selbstbeschränkung *Sehl*, Was will der Gesetzgeber?, 2019, S. 143, 146 ff. Ausführungen zum sog. Unsicherheitsargument finden sich auch bei *Fleischer*, AcP 211 (2011), 317 (324).

69 Überblickartig *Wismeyer*, Zwecke im Recht, 2015, S. 226 ff. Mit Problembewusstsein beispielhaft *Frieling*, Gesetzesmaterialien, 2017, S. 132, der schlussendlich einen wertenden, „normativen“ Willensbegriff zugrunde legt; ähnlich *Fleischer*, AcP 211 (2011), 317 (323 f.); siehe weiter *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik, 1996, S. 46 f., für einen fingierten Willen, der als rechtliche Fiktion für die Rechtsordnung ebenso Bedeutung haben muss; kritisch zum Willen des Gesetzgebers als Fiktion bzw. einer rechtsimmanent geschaffenen Größe hingegen *Sehl*, Was will der Gesetzgeber?, 2019, S. 97 ff.

70 Sog. Willensargument. Siehe *Fleischer*, AcP 211 (2011), 317 (323 f.); *Frieling*, Gesetzesmaterialien, 2017, S. 131 (m.w.N.). Demgegenüber macht *Wismeyer*, JZ 70 (2015), 957 (960), die auf dieser Annahme fußende Kritik am gesetzgeberischen Willen zum Ausgangspunkt seiner Klärung des Willensbegriffs. Für das kritisierte naturalistisch-

Ein ‚Wille des Gesetzgebers‘ wird daher aufgrund des Kollektivcharakters der gesetzgebenden Organe Bundestag und Bundesrat und ihres Zusammenwirkens im Gesetzgebungsverfahren grundsätzlich in Frage gestellt. Mithilfe verschiedener unter dem Dach der Sozialphilosophie entwickelter Erklärungsansätze zur Beschreibung kollektiver intentionaler Handlungen konnte die herrschende Praxis zuletzt aber rationalisiert werden.⁷¹ Hierbei können insbesondere ein verantwortungstheoretischer und ein sozialontologischer Ansatz unterschieden werden.

Ausgangspunkt des verantwortungstheoretischen Rekonstruktionsansatzes ist die Feststellung, dass Rechtsetzung als kollektiver Prozess nur „im Modus des ‚Wir‘“⁷² funktioniert. Indem die Beteiligten wechselseitig aufeinander Bezug nehmen und sich auf das gemeinsame Projekt einlassen, indem sie ihre Pläne verschränken und sich durch Organisationsregeln eine gemeinsame Struktur geben, lässt sich das Gesetzgebungsverfahren nicht mehr als bloße Aggregation von individuellen Willen beschreiben, sondern als ein aufeinander bezogenes Gemeinsames.⁷³ Entscheidend dafür, dass die Kollektiventscheidung nicht mehr „ohne Rest“ auf die Individuen zurückzuführen ist, sind die Entscheidungsstrukturen.⁷⁴ Aufgrund ihrer rationalisierenden Binnenorganisation kann die Gesetzgebung insoweit als Musterbeispiel für Verfahren und Entscheidung eines kollektiv intentional handelnden Akteurs gelten.⁷⁵ Indem sie wesentliche Entscheidungsschritte abbilden, fungieren die Gesetzesmaterialien danach als Indizien zur Ermittlung des gesetzgeberischen Willens.⁷⁶

individuelle Verständnis siehe F. Müller/Christensen, *Juristische Methodik*, 11. Aufl. 2013, S. 96 Rn. 67 d, S. 505 Rn. 443; ähnlich selbstverständlich Looschelders/Roth, *Juristische Methodik*, 1996, S. 46.

71 Hierzu im Folgenden insb. Wischmeyer, JZ 70 (2015), 957; Wischmeyer, *Zwecke im Recht*, 2015, S. 377 ff.; Sehl, *Was will der Gesetzgeber?*, 2019, S. 99 ff.

72 Wischmeyer, JZ 70 (2015), 957 (961).

73 Wischmeyer, JZ 70 (2015), 957 (960 f.).

74 Wischmeyer, JZ 70 (2015), 957 (962); ausführlich Wischmeyer, *Zwecke im Recht*, 2015, S. 241 f., demzufolge sich über diese Binnenstruktur die Parallelen von individueller und kollektiver Entscheidungsfindung zeigen. Frieling, *Gesetzesmaterialien*, 2017, S. 133, beschreibt das Entscheidungsfindungsverfahren in dieser Konstruktion als „Ersatz“ für die natürliche Willensbildungsfähigkeit des Menschen.

75 Wischmeyer, *Zwecke im Recht*, 2015, S. 247; Wischmeyer, JZ 70 (2015), 957 (963).

76 Wischmeyer, JZ 70 (2015), 957 (963); zu den im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens produzierten Texten Waldhoff/Rennert, in: Grimm/König (Hrsg.), *Lektüre und Geltung*, 2020, S. 83 (101 f.), eingrenzend, dass die Materialien auf verschiedene Autorinnen zurückzuführen sind und nicht das Gesetz sondern Zwischenschritte begründen ebd., (103).

Auch aus sozialontologischer Perspektive ist das Gesetzgebungsverfahren zwar im Hinblick auf die Verantwortlichkeit für den Gesetzestext relevant, es werden jedoch weitere unmittelbare Hinweise auf die konkretisierte kollektive Willensbildung gesucht.⁷⁷ Insofern geht dieser Ansatz davon aus, im Verlauf der Rechtsetzung „geteilte Absichten“ ermitteln zu können.⁷⁸ Dazu werden „die mentalen Einstellungen der Individuen und ihre Koordination untereinander“⁷⁹ in den Blick genommen.⁸⁰ Für die Willensbildung als Auslegungsfrage ist die Koordination hinsichtlich der inhaltlichen Konkretisierung des Gesetzestextes relevant, da auf dieser Ebene „bewusste und explizite Zuschreibungen, welche Bedeutung die Abgeordneten mit dem Gesetzestext verbunden wissen wollten“, erfolgen.⁸¹ Der gesetzgeberische Wille lässt sich so als „von der einfachen Mehrheit der Abgeordneten im Bundestag bzw. Bundesrat geteilte[] Absichten“ verstehen, „dem Gesetzestext im Zeitpunkt seiner Verabschiedung eine bestimmte Bedeutung zuzuschreiben.“⁸² Erneut gelten die Gesetzesmaterialien als entscheidende „empirische Indizien“, um den geteilten Willen zu ermitteln.⁸³

Sowohl mit dem verantwortungstheoretischen als auch mit dem sozialonthologischen Ansatz muss ein ‚Wille des Gesetzgebers‘ nicht mehr bloß behauptet werden. Stattdessen lässt sich eine kollektive, geteilte Intention mit beiden Ansätze nunmehr theoretisch begründen. Darauf basiert

77 Vgl. *Sehl*, Was will der Gesetzgeber?, 2019, S. 104 ff. Die verantwortungstheoretische Perspektive wird aufgrund ihrer Kriterien als zwar hilfreich für die Rechtsanwendung, theoretisch jedoch „zu grobkörnig“ befunden, ebd., S. 106.

78 *Sehl*, Was will der Gesetzgeber?, 2019, S. 106 ff., 151 ff.

79 *Sehl*, Was will der Gesetzgeber?, 2019, S. 107.

80 *Sehl*, Was will der Gesetzgeber?, 2019, S. 106 ff. Die Verabschiedung eines Gesetzes beweist für diesen Ansatz, dass auf einer gewissen Ebene „geteilte Absichten“ (hinsichtlich Ziel, Vorgehen, Form etc.) vorlagen, ebd., S. 110 f.

81 *Sehl*, Was will der Gesetzgeber?, 2019, S. 113 Fn. 437.

82 *Sehl*, Was will der Gesetzgeber?, 2019, S. 147. Dass die von einer Mehrheit geteilten Absichten ausreichen, ergibt sich aus einem Erst-Recht-Schluss im Hinblick auf den Gesetzgebungsakt (ebd., S. 140 m.w.N., S. 115 ff.). Die Absichten der Opposition zählen an sich nicht. Sie entfalten nur insoweit Wirkung, als dass ihre Aussagen bei der Rekonstruktion des Mehrheitswillens hilfreich sind und auch sie den Gesetzestext „als Handlung der Gesetzgebung akzeptieren [muss], nachdem sie im politischen Prozess mit ihren Positionen und Argumenten unterlegen ist“ (ebd., S. 140, insb. Fn. 548). Hiergegen lässt sich aus verantwortungstheoretischer Perspektive insbesondere einwenden, dass aus dem diskursiven Charakter des Gesetzgebungsverfahrens folge, dass der Gesetzesbeschluss kein bloßes Obsiegen der Mehrheit darstellt, *Wischmeyer*, Zwecke im Recht, 2015, S. 361 f. Hierzu wiederum *Sehl*, Was will der Gesetzgeber?, 2019, S. 141 ff. Zum methodischen Umgang → § 2 C.

83 *Sehl*, Was will der Gesetzgeber?, 2019, S. 192, 189 ff.

jeweils ein Programm zur Rekonstruktion dieser Kollektivintention mit Hilfe verschiedener Materialien. Hieran lässt sich für die Rekonstruktion gesetzgeberischer Annahmen anknüpfen. Dabei verfolgt die Untersuchung ein im Vergleich zur teleologischen Auslegung bescheidenes Ziel: Während die Rekonstruktion des gesetzgeberischen Willens sogar dazu herangezogen wird, den Inhalt des geltenden Rechts im Rahmen der Auslegung mitzubestimmen,⁸⁴ werden vorliegend lediglich Aussagen über die den gesetzgeberischen Willen prägenden und die Gesetzesfassung leitenden Annahmen getroffen. Daher muss vorliegend keine Bewertung und Auswahl unter diesen beiden und weiteren verwandten Ansätzen erfolgen; ein pragmatischer, methodisch reflektierter Umgang genügt.

C. Methodik der Rekonstruktion

Die beiden Ansätze begründen die Rekonstruktion eines gesetzgeberischen Willens jeweils vor dem Hintergrund sozialphilosophischer Theoriebildung. Darauf aufbauend wählen sie mit unterschiedlicher Begründung und Gewichtung verschiedene Materialien aus, die als Indizien fungieren.⁸⁵ Neben dem Gesetzestext selbst, der als objektiver Bezugspunkt Ausgang und Grenze der Überlegungen sein soll, kommen insbesondere die amtlichen Drucksachen⁸⁶ in Betracht.⁸⁷ Da der Gesetzestext nur der Zielpunkt des Verfahrens ist und mit dem hier verfolgten Vorgehen nicht nur dieses

84 Vgl. zum Ziel der Auslegung *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik, 1996, S. 21 m.w.N.; *Waldhoff/Rennert*, in: Grimm/König (Hrsg.), Lektüre und Geltung, 2020, S. 83 (98 f.), m.w.N. Zur Entwicklung der methodischen Aussagen des BVerfG zu subjektiver und objektiver Auslegung *Burkiczak*, RTh 52 (2021), 23.

85 Für eine umfassende Zusammenstellung der als Erkenntnisquellen in Betracht kommenden Gesetzesmaterialien siehe *Frieling*, Gesetzesmaterialien, 2017, S. 25 ff.; für die Ermittlung des Willens des Verfassungsgebers *Hirzel*, Macht und Methode, 2023, S. 156 ff. Eine aktuelle Zusammenstellung der nach dem BVerfG in Frage kommenden Materialien im Rahmen der Auslegung findet sich in BVerfGE 149, 126 <154 f., Rn. 74> – *sachgrundlose Befristung* [2018]. Demgegenüber mit Bezugnahme auch auf Äußerungen einzelner Abgeordneter BVerfGE 157, 223 <284 f., Rn. 158> – *Berliner Mietendeckel* [2021].

86 Zur im Folgenden verwendeten Bezeichnung der amtlichen Drucksachen, die im Zeitpunkt des Gesetzesbeschlusses öffentlich waren, als „Gesetzesmaterialien“, siehe *Sehl*, Was will der Gesetzgeber?, 2019, S. 171 f.

87 Nachträgliche Zeugenbefragungen bleiben außer Betracht, *Sehl*, Was will der Gesetzgeber?, 2019, S. 170 f.; zu mündlichen Auskünften auch *Fleischer*, AcP 211 (2011), 317 (331 f.); zur Diskussionen anreizenden Entscheidung des BVerfG zum Ersten Wohnungsbaugesetz (BVerfGE 1, 299 [insb. Ls. 2 u. 3]), die genau genommen nur

Ergebnis, sondern auch das Verfahren bedeutsam ist, entfalten auch sie grundsätzlich Relevanz.⁸⁸ Der konkrete Stellenwert der Materialien ergibt sich dabei gerade aus der (jeweiligen) Herleitung der Möglichkeit kollektiver gesetzgeberischer Annahmen. Aus *verantwortungstheoretischer* Perspektive sind die Dokumente maßgeblich, die der Gesetzgebung als Vorstufen zuzurechnen sind und die letztendliche Entscheidung in Form eines Gesetzes als deren Intention und Ratio erkennen lassen.⁸⁹ Als strukturierende Kriterien für die Auswahl gelten daher Repräsentativität, Schlüsselstellung, Transparenz und Konsistenz.⁹⁰ Die *sozialontologische* Perspektive betont die Möglichkeit zur Bildung mehrheitlich geteilter Absichten. Auch hierbei gelten die Kriterien der Transparenz, Konsistenz, Kontinuität und insbesondere der Repräsentativität, verstanden als kommunikative Rückbindung in die Fraktionen.⁹¹ Daher werden die Materialien der Ausschussphase besonders hoch gewichtet.⁹²

In einer Verbindung der Ansätze wird die Auswahl der gesichteten Dokumententypen vorliegend damit begründet, dass sich aus ihnen geteilte Annahmen ermitteln lassen⁹³ oder dass sie verantwortungstheoretisch Rückschlüsse auf gesetzgeberische Annahmen zulassen.⁹⁴ Die methodische Bewertung hängt jedoch nicht nur von der Materialenauswahl ab, sondern auch davon, wie mit ihnen argumentativ umgegangen wird.⁹⁵ In der Rekonstruktionsarbeit gilt, dass einzelne Aussagen in einem Dokument nicht ausreichen, um eine gesetzgeberische Annahme abzubilden: Da es sich bei den Gesetzesmaterialien um Indizien handelt, kommt es stets auf eine „Zusammenschau *mehrerer* zur Verfügung stehender Materialienaussagen und Textdokumente“⁹⁶ und somit deren „narrative, indiziengestützte Verknüpfung“⁹⁷ an. Dies kann nur durch eine umfassende Sichtung der Mate-

den Ausschluss nachträglicher Gesetzesbegründungen intendierte, siehe *Burkiczak*, Rth 52 (2021), 23 (29 f.).

88 Insb. *Wischmeyer*, JZ 70 (2015), 957 (963).

89 *Wischmeyer*, JZ 70 (2015), 957 (963).

90 *Wischmeyer*, JZ 70 (2015), 957 (964 f.).

91 *Sehl*, Was will der Gesetzgeber?, 2019, S. 171 f., 230 ff.

92 *Sehl*, Was will der Gesetzgeber?, 2019, S. 229: „Ohne einen entsprechend qualifizierten Materialienfund aus der Ausschussphase oder, in seltenen Fällen, aus dem Plenum lässt sich eine Rekonstruktion eines ‚Willen des Gesetzgebers‘ nicht sättigen.“

93 Vgl. *Sehl*, Was will der Gesetzgeber?, 2019, S. 151.

94 *Wischmeyer*, Zwecke im Recht, 2015, S. 377 ff.; *Wischmeyer*, JZ 70 (2015), 957 (963 ff.).

95 Vgl. für Argumentationsregeln *Sehl*, Was will der Gesetzgeber?, 2019, S. 92.

96 *Sehl*, Was will der Gesetzgeber?, 2019, S. 188 (Herv. i.O.).

97 *Sehl*, Was will der Gesetzgeber?, 2019, S. 192.

rialien und Kontrastierung verschiedener Aussagen – durch „detaillierte Aufschlüsselung“ und „hermeneutische Feinarbeit“ –⁹⁸ erreicht werden.⁹⁹ Somit ist eine methodisch sensible und transparente sowie durch Materialiennachweise gesättigte *Rekonstruktionserzählung*¹⁰⁰ erforderlich.

Aufbauend auf diesen Überlegungen ergibt sich für die vorliegende Untersuchung die folgende Auswahl an Gesetzesmaterialien¹⁰¹: Von besonderer Bedeutung sind neben dem Gesetzestext der Gesetzentwurf samt Begründung¹⁰² und die Dokumente der Ausschussphase¹⁰³. Dies gilt umso mehr, als dass sich über einen Abgleich dieser Dokumente mögliche Änderungen in den verschiedenen Phasen des Gesetzestextes, das heißt mögliche Wandlungen, aber auch die Konsistenz der Annahmen herausar-

98 Waldhoff/Rennert, in: Grimm/König (Hrsg.), Lektüre und Geltung, 2020, S. 83 (106), m.V.a. Wischmeyer, Zwecke im Recht, 2015, S. 385–393.

99 Vgl. die Metapher der „Freilegung eines Mosaiks“ bei Hirzel, Macht und Methode, 2023, S. 152.

100 So die im Folgenden verwendete Bezeichnung nach Sehl, Was will der Gesetzgeber?, 2019, S. 188, in Bezug auf die „Ermittlung“ des gesetzgeberischen Willens, m.V.a. Wischmeyer, Zwecke im Recht, 2015, S. 398, und dessen Bezeichnung „historisches Narrativ“. Insofern sei erneut auf die Nähe von Annahmen und Erzählungen hingewiesen, → § 2 A. II.

101 Im Verlauf der Untersuchung werden die Untersuchungsgegenstände einzeln kontextualisiert und ein Materialienkorpus gebildet, jeweils → § 7 A., B.; § 8 A., B.; § 9 A., B.; § 10 A., B. Als Schritte einer Diskursanalyse parallel Landwehr, Historische Diskursanalyse, 2. Aufl. 2018, S. 98 ff., 102 ff.

102 Da sich der Bundestag diese Dokumente mit der ersten Beratung und Überweisung an die Ausschüsse zu eigen macht (§§ 79, 80 GOBT) und sie „Grundlage und Bezugspunkt der gesamten parlamentarischen Prozedur“ bilden, Wischmeyer, Zwecke im Recht, 2015, S. 390; Wischmeyer, JZ 70 (2015), 957 (965). Mit demselben Ergebnis, aber gegen diese „fiktionalisierte Aneignung“ bzw. für deren Begründungsbedarf, da dieser Akt auch als bloßer ordnungsgemäßer Fortgang des Gesetzgebungsverfahrens verstanden werden kann, Sehl, Was will der Gesetzgeber?, 2019, S. 207. Die nachträgliche Aneignung sei daher „nur eine Zurechnungskonstruktion mit zweifelhafter Begründung“ (ebd.). Entscheidender seien Diskussionen auf der Basis fraktionsinterner Zurechnungsstrukturen (ebd., S. 208 ff.). Zur Billigung im Sinne der klassischen Paktentheorie Fleischer, AcP 211 (2011), 317 (330), m.w.N.

103 §§ 63 Abs. 1, 66 GOBT. Zur Begründung, dass sich das Parlament auch diese in zweiter Lesung zu eigen mache, Wischmeyer, Zwecke im Recht, 2015, S. 393; Wischmeyer, JZ 70 (2015), 957 (965). Wiederum mit demselben Ergebnis bzw. mit hoher Relevanzzuschreibung für die Ausschussdokumente, aber mit abweichender Begründung Sehl, Was will der Gesetzgeber?, 2019, S. 177 ff. Vermutet wird demnach, dass das, was von den Ausschussmitgliedern vertreten wird, auch von den übrigen Mitgliedern ihrer Fraktion geteilt wird, ebd., S. 206 ff.

beiten lassen.¹⁰⁴ Ebenfalls berücksichtigt werden, wenngleich nachrangig, die Dokumente aus dem Mitwirkungsprozess des Bundesrates im ersten und zweiten Durchgang¹⁰⁵ sowie aus dem Vermittlungsausschuss¹⁰⁶. Keine Beachtung finden hingegen die Vorarbeiten aus der Ministerialsphäre, die Ausarbeitungen und Stellungnahmen von Verbänden oder durch Expertinnen im Zuge der öffentlichen Anhörungen im Ausschuss. Auch wenn diese Ansichten im parlamentarischen Prozess hinzugezogen werden, bleiben sie solche von außerhalb des unmittelbar gesetzgeberischen Prozesses stehenden Personen. Die Mitarbeiterinnen und Expertinnen werden durch ihre Befassung ebenso wenig zum Gesetzgeber, wie die gegenzeichnenden Ministerinnen oder die verkündende Bundespräsidentin. Ihre Akte sind für die gesetzgeberische Kollektivintentionalität nicht bzw. nur mittelbar beachtlich; jedenfalls müssten die Expertenaussagen durch eine Bezugnahme aufgenommen werden.¹⁰⁷ Selbst außerhalb der kollektiven Willensbildung verorten sich zudem Abgeordnete über persönliche Erklärungen gem. § 31 GOBT, die daher ebenfalls außer Betracht bleiben.

Auch insgesamt kommt den Äußerungen einzelner Abgeordneter oder Regierungsvertreterinnen nach den Plenarprotokollen grundsätzlich nur geringe Bedeutung zu.¹⁰⁸ Gegen ihre Berücksichtigung sprechen regelmäßig

104 Insofern sind auch die Änderungen im Entwurfstext in zweiter Lesung sowie die Abstimmung über den (modifizierten) Gesamtentwurf (§§ 81 ff. GOBT) beachtlich (*Wismeyer*, *Zwecke im Recht*, 2015, S. 393 f.), die jedoch in vielen Fällen mit den Abstimmungen in der Ausschussphase übereinstimmen sollten.

105 Gerade im ersten Durchgang zeigen die Dokumente vielfach lediglich zwischen Bundesregierung und Bundesrat strittige Punkte auf, nicht aber eine durch den Bundestag zugeschriebene Bedeutung. Dennoch lassen sich auch aus diesen Dokumenten Hinweise auf gesetzgeberische Annahmen und Zuschreibungen ermitteln, gerade durch Kontrastierung. Dazu *Sehl*, *Was will der Gesetzgeber?*, 2019, S. 177.

106 Diese bleiben bei *Wismeyer*, *Zwecke im Recht*, 2015, S. 394, außer Betracht. Vgl. zudem *Sehl*, *Was will der Gesetzgeber?*, 2019, S. 224 f., demzufolge die Arbeit des Vermittlungsausschusses aus sozialontologischer Perspektive nicht überzubewerten sei, weil sich die „geteilten Absichten“ auf größere politische Linien bezögen und somit auf einer anderen Ebene diskutiert werde. Bei Berücksichtigung des speziellen Charakters des Vermittlungsausschusses lassen sich jedoch Bedeutungen ausfindig machen, indem Formulierungen kontrastiert werden oder zurückverfolgt wird, wo sich entsprechende Entscheidungen angedeutet haben.

107 *Sehl*, *Was will der Gesetzgeber?*, 2019, S. 133 f.; dafür, dass Ausschussanhörungen der Binnenorganisation und Entscheidungsvorbereitung dienen, *Wismeyer*, *Zwecke im Recht*, 2015, S. 393.

108 Mit einem Fokus auf Parlamentsdebatten hingegen *Stiel et al.*, *DIW Wochenbericht* 18 (2025), 254.

ihre fehlende Repräsentativität¹⁰⁹ und der Charakter des Plenums als ein „Ort der Parteilichkeit und der Differenz“¹¹⁰. Jedoch können diese Aussagen an Bedeutung gewinnen, indem sie zuvor herausgearbeitete Annahmen stützen oder herausfordern. Schließlich können durch die plakative Darstellung in den Plenardebatten relevante Zwecksetzungen und Annahmen hervorgehoben und pointiert sowie Argumentationsstränge weitergeführt und verdeutlicht werden. Somit ermöglicht eine kontextsensible Handhabung, zu überprüfen, ob und inwieweit sich aus Einzelaussagen Hinweise auf gesetzgeberische Kollektivannahmen ergeben.¹¹¹

Dies verdeutlicht die Relevanz des methodischen Umgangs mit den ausgewählten Materialien: Materialienaussagen leben durch ihre Kontextualisierung und Kontrastierung. Hierbei bieten sich zum einen Vergleiche verschiedener Dokumente innerhalb eines Gesetzgebungsverfahrens und mit Dokumenten aus vorherigen Gesetzgebungsverfahren an.¹¹² Auf diese Weise können die Konsistenz, der Abbruch von Argumentationslinien sowie die Weiterentwicklung gesetzgeberischer Annahmen überprüft werden. Zum anderen kann der Konsens der Mehrheit durch einen Abgleich mit den Beiträgen der Opposition oder den Diskussionen im Bundesrat identifiziert werden. Auch wenn bei dieser näheren Betrachtung unterschiedliche Schwerpunktsetzungen sichtbar werden, muss daraus nicht folgen, dass die Annahmen in einem unauflösbaren Widerspruch stehen und das Projekt, gesetzgeberische Annahmen auszumachen, scheitert.¹¹³ Es können sich vielmehr auch unterschiedliche Annahmen in einem Gesetz niederschlagen – ihr Charakter ist nicht immer eindeutig und widerspruchsfrei, sondern teils fragmentarisch, inkohärent und weniger zielgerichtet als ein Wille.¹¹⁴ Daher gilt eine bei der Ermittlung des gesetzgeberi-

109 Wischmeyer, JZ 70 (2015), 957 (964).

110 Wischmeyer, Zwecke im Recht, 2015, S. 391; Wischmeyer, JZ 70 (2015), 957 (965). Insofern zeigen sich Parallelen zum Umgang mit den Materialien aus dem Vermittlungsausschuss.

111 Ähnlich bzgl. des Willens Sehl, Was will der Gesetzgeber?, 2019, S. 221; mit einem Beispiel für eine mögliche Ausnahme auch Wischmeyer, Zwecke im Recht, 2015, S. 391 f. Fn. 310.

112 Zu dieser Praxis Sehl, Was will der Gesetzgeber?, 2019, S. 55; Simon, Gesetzesauslegung im Strafrecht, 2011, S. 317. Hinweise auf fruchtbare Kontrastierung liefert insofern die (rechts-)wissenschaftliche Literatur.

113 Bereits für die Auslegung wird betont, dass der Kompromisscharakter parlamentarischer Gesetzgebung berücksichtigt werden müsse, Waldhoff/Rennert, in: Grimm/König (Hrsg.), Lektüre und Geltung, 2020, S. 83 (104).

114 Vgl. parallel Croon-Gestefeld, Gemeininteressen im Privatrecht, 2022, S. 23 f.: „Zwischentöne“; vgl. auch Münch, Interpretative Policy-Analyse, 2016, S. 20.

schen Willens zu beachtende Konsistenzregel im Sinne durchgehaltener Argumentationslinien¹¹⁵ bei der Rekonstruktion gesetzgeberischer Annahmen nur eingeschränkt. Denn eine streng an Konsistenz ausgerichtete Analyse liefe Gefahr, die für Annahmen charakteristischen Widersprüche zu überdecken bzw. zu harmonisieren und ist angesichts des Untersuchungsziels nicht zielführend. Es werden stattdessen gerade auch Entwicklungen und Brüche nachgezeichnet und offengelegt. Indem Inkonsistenzen offen angesprochen werden, wird somit auch vermieden, ein durch selektive Auswahl verzerrtes Bild zu vermitteln.¹¹⁶ Denn das sich aus jeder Darstellung ergebende Problem eigener Vorverständnisse und Gewichtungen wird durch den impliziten Charakter der Annahmen und die mit der Übersetzung extrajuridischer Annahmen ins Recht verbundenen Herausforderungen noch gesteigert.

Mit diesen methodischen Herausforderungen kann nur offensiv und transparent umgegangen werden: Durch umfassende methodische und theoretische Rationalisierung soll die Darstellung erklärt und reflektiert werden,¹¹⁷ das Vorgehen so nachvollziehbar und an den entwickelten Maßstäben messbar sein.¹¹⁸ Dabei wird an etablierte Vorgehensweisen bei der Ermittlung des gesetzgeberischen Willens angeknüpft. Zudem werden die Materialienaussagen nicht isoliert betrachtet, sondern mithilfe von Rechtsprechung und Schrifttum in ihren historischen und rechtlichen Kontexten reflektiert.¹¹⁹ Die wesentlichen Passagen werden nicht nur zusammen-

115 Wischmeyer, JZ 70 (2015), 957 (964 f.).

116 Vgl. Sehl, Was will der Gesetzgeber?, 2019, S. 188, 190 ff.

117 Zum Sprechen über die Methode als Zwang zur Reflexion und Ermöglichung von Diskurs und Kontrolle Hoffmann-Riem, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 9 (11, weiter 51 f.); instruktiv Voßkuhle, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Schmidt (Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht, 2002, S. 171 (188 ff.).

118 Vgl. Bumke, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 73 (125); dass insbesondere normativ-kritische Wissenschaftsbeiträge – so wird *Law and Political Economy* verstanden – auf eine solche intersubjektive Nachvollziehbarkeit angewiesen seien, betonen Renner/Kindt, JZ 78 (2023), 972 (974). Siehe weiter im Kontext der genetischen Auslegung Sehl, Was will der Gesetzgeber?, 2019, S. 90 ff., zu Nachvollziehbarkeit (Erfassen der Argumentation) und Kontrollierbarkeit (Bewerten) als wesentliche methodische Ansprüche.

119 Parallel Thurn, Welcher Sozialstaat?, 2013, S. 9, der zum einen das „jeweils zugrundeliegende Sozialstaatsverständnis“ und zum anderen „das in der Auseinandersetzung dokumentierte Wissenschaftsverständnis“ und den „Umgang mit (fremden und eigenen) ideologischen Vorverständnissen“ analysiert; vgl. zudem die Aussagen

gefasst, sondern als wörtliche Zitate wiedergegeben. Auch hierdurch soll Transparenz hergestellt und die Grundlage der eigenen Schlussfolgerungen offengelegt werden. Dass die vorgenommene Rekonstruktion nur eine Erzählung von vielen ist, wird schließlich im Kapitel zur Analyse der Milieuschutzesatzungen in Auseinandersetzung mit einer abweichenden Rekonstruktionserzählung des Bundesverwaltungsgerichts illustriert.¹²⁰ Die bestehenden Unsicherheiten werden somit antizipiert und eingeeht, so dass der Erkenntnisgewinn des Vorgehens – die Weiterentwicklung des hermeneutischen Vorgehens zur Rekonstruktion gesetzgeberischer Annahmen – überwiegt.

zum deskriptiv-kritischen Vorgehen bei *Pichl*, Untersuchung im Rechtsstaat, 2022, S. 35.

120 → § 10 C. I. 2. b., D. I.

