

Rechtsvergleichende Beobachtungen zur Rolle der Gesetzesmaterialien bei der Gesetzesauslegung

von Prof. Dr. *Holger Fleischer*,
LL.M., Max-Planck-Institut, Hamburg

Inhaltsübersicht

I. Einführung	318
II. Gesetzesmaterialien in Deutschland: Von der subjektiven Theorie zur objektiven Theorie und zurück?	321
1. Der Grundsatzstreit um das Ziel der Gesetzesauslegung	321
a) Subjektive versus objektive Theorie	321
b) Frühe Einwände gegen die subjektive Theorie	323
c) Heutiger Meinungsstand	325
2. Einzelfragen der Verwendung von Gesetzesmaterialien	329
a) Auswahl und Stellenwert der „Gesetzesmaterialien“	329
b) Mündliche Auskünfte	331
c) Andeutungstheorie?	332
d) Bindung an die Gesetzesmaterialien?	333
III. Gesetzesmaterialien in England: Der lange Schatten der „exclusionary rule“	334
1. Hergebrachte Auslegungstradition: die „exclusionary rule“	334
2. <i>Pepper v. Hart</i> (1992): Lockerung der „exclusionary rule“	336
3. Aktuelle Rechtsentwicklung: Fundamentalkritik und grundsätzliches Festhalten an <i>Pepper v. Hart</i>	337
IV. Gesetzesmaterialien in den Vereinigten Staaten: Zwischen Intentionalism, Textualism und Dynamic Statutory Interpretation	339
1. Intentionalism	339
a) Auslegungsziel und Auslegungsmethoden	339
b) Kritik und Antikritik	340
2. (New) Textualism	342
a) Antonin Scalia: Gesetzesmaterialien und fehlende demokratische Legitimität	342
b) Frank Easterbrook: Gesetzesmaterialien und Public-Choice-Theorie	343
c) Adrian Vermeule: Gesetzesmaterialien und Kosten-Nutzen-Erwägungen	344
3. Dynamic Statutory Interpretation	345
4. Gegenwärtiger Entwicklungsstand	346
V. Rechtsvergleichende Schlussfolgerungen	347

I. Einführung

„Es scheint, dass man als Rechtspraktiker vermeiden sollte, seine knappe Zeit mit der ohnehin unnützen Lektüre von Werken über Rechtstheorie und juristische Methodenlehre zu verschwenden“¹, schreibt ein Schweizer Bundesrichter in einem Leitfaden zur praktischen Rechtsanwendung aus dem Jahre 2009. Noch vernichtender fällt das Urteil eines ehemaligen Vizepräsidenten des Bundesverfassungsgerichts aus: „Sowohl Verbindlichkeit als auch Leistungskraft der juristischen Methodenlehre [werden] gewaltig überschätzt“, betont er, „[d]iese Lehre ist als alleiniger Maßstab rechtsstaatlicher Rechtsfindung in einem kodifizierten Rechtssystem untauglich.“²

Man wird solchen kritischen Stimmen zugeben müssen, dass die heutige Methodenlehre den Kontakt mit der Rechtsprechung und infolgedessen den Einfluss auf sie weithin verloren hat.³ Nicht zu leugnen ist auch, dass die klassischen Lehrbücher dieses Fachs Patina angesetzt haben: Manches von dem, was man dort liest, wirkt seltsam blutleer; anderes, was man gerne nachlesen möchte, wird gar nicht angesprochen. Eine dringend notwendige Auffrischung verspricht namentlich ein Ausbau der *Methodenrechtsvergleichung*. Der hohe Nutzen vergleichender Forschung für das *materielle* Recht ist allenthalben anerkannt. Es liegt daher nahe, diesen Forschungsansatz auf die Rechtsmethoden auszudehnen und den Vorrat an *methodologischen* Lösungen zu erkunden, den ausländische Rechtsordnungen bereithalten.

Wunderdinge darf man sich hiervon freilich nicht erwarten. Juristische Methodenlehre ist und bleibt im Ausgangspunkt eine *nationale* Disziplin.⁴ So wie sich etwa der Entscheidungsstil von Bundesgerichtshof und *Cour de Cassation* unterscheidet⁵, so unterscheiden sich auch die deutsche und französi-

¹ H. Seiler, *Praktische Rechtsanwendung. Was leistet die juristische Methodenlehre?*, 2009, S. 2.

² Hassemer, FS Jung, 2007, S. 231, 233; wortlautgleich *ders.*, *Rechtstheorie* 39 (2008), 1, 3.

³ So treffend *Muscheler*, FS Hollerbach, 2001, S. 99 mit dem Zusatz: „Wenn man über Methoden der Gesetzesauslegung redet, muss man drei Dinge auseinanderhalten: Methoden, die *gelehrt* werden; Methoden, die *praktiziert* werden; und Methoden, die als praktizierte *beschrieben* werden, sei es von dem, der sie praktiziert, sei es von einem Dritten.“

⁴ Gleichsinnig *Hesselink*, 83 Tul. L. Rev. 919, 936 (2009): „Legal methods that are normative and meant to contribute to the rational solution of cases according to a specific legal system are not universal but, by definition, local.“; ähnlich *Kramer*, *Juristische Methodenlehre*, 3. Aufl. 2010, S. 42 f.; *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl. 1991, S. 245.

⁵ Zum Stil höchstrichterlicher Entscheidungen *Kötz*, *RabelsZ* 37 (1973), 245; *Goutal*, 24 Am. J. Comp. L. 43 (1976); *Markesinis*, 34 Am. J. Comp. L. 349 (1986).

sche Auslegungstradition. Manche kontinentaleuropäischen Kodifikationen, wie das österreichische, schweizerische und italienische, aber auch das spanische oder portugiesische Zivilgesetzbuch, enthalten – anders als das Bürgerliche Gesetzbuch⁶ – im Einleitungsteil sogar ihre eigenen Interpretationsregeln.⁷ Weitere nationale Vorprägungen ergeben sich aus verfassungsrechtlichen Strukturunterschieden.

Dessen ungeachtet lassen sich gleichwohl Verbindungsglieder für eine *transnationale* Rechtsmethode ausmachen. Dies gilt zunächst überall dort, wo die juristische Auslegung den Sachgesetzlichkeiten der allgemeinen Hermeneutik folgt⁸: *Gadamer* „Wahrheit und Methode“⁹ wird nicht nur im deutschen Original, sondern auch in englischer, französischer oder italienischer Übersetzung studiert¹⁰ und für die juristische Interpretation fruchtbar gemacht.¹¹

⁶ Vgl. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. I, 2. unveränderte Aufl. 1896, S. 15: „In dem Entwurfe ist von jeder einschlagenden Vorschrift Abstand genommen. Eine Bestimmung, welche mehr nicht bezwecken würde, als anzuerkennen, dass der Auslegende nicht an dem Worte haften dürfe, ist überflüssig, weil selbstverständlich. Besondere Bestimmungen aber, welche darauf berechnet wären, die Auslegung zu erleichtern und die Richtigkeit ihrer Ergebnisse zu verbürgen, könnten nur leitende Gesichtspunkte zum Ausdruck bringen, deren Erforschung und Darlegung der Theorie angehört. Der Gesetzgeber, welcher den Versuch macht, Regeln dieser Art in Gesetzesparagrafen einzukleiden, disponirt nicht, sondern unterweist. Dazu kommt, dass die richtige Fassung allgemeiner rechtswissenschaftlicher Sätze in der knappen Form des Gesetzes mit schwer zu überwindenden Schwierigkeiten zu kämpfen hat; statt die Auslegung zu fördern, können solche Sätze leicht zu Problemen für die Auslegung werden.“

⁷ Vgl. *Grabau*, Über die Normen zur Gesetzes- und Vertragsinterpretation. Eine rechtsvergleichende Studie zur Geschichte und Dogmatik von Auslegungsbestimmungen in den wichtigsten europäischen Zivilrechtskodifikationen, 1993; jüngst auch *Wendehorst*, *RabelsZ* 75 (2011), Heft 4.

⁸ Zu den Besonderheiten der juristischen Hermeneutik etwa *Mastrorardi*, *Juristisches Denken*, 2. Aufl. 2003, Rn. 101 ff.

⁹ *Gadamer*, *Wahrheit und Methode*. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, 1. Aufl. 1960, 6. Aufl. 1990.

¹⁰ *Gadamer*, *Truth and Method*, 2d rev. ed. 1989; *Vérité et Méthode*, 1996; *Verità e Metodo*, 1983.

¹¹ Vgl. aus Sicht der deutschen Methodenlehre *Frommel*, Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser, 1981; aus US-amerikanischer Sicht *Esckridge*, *Gadamer/Statutory Interpretation*, 90 *Colum. L. Rev.* 609 (1990); *ders.*, *Dynamic Statutory Interpretation*, 1994, S. 58 ff.; s. auch *Dworkin*, *Law's Empire*, 1986, S. 228, sowie dessen ironische Spitze gegen den von *Justice Scalia* propagierten *Textualism*, in *Scalia*, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, 1997, S. 115: „Justice Scalia has managed to give two lectures about meaning with no reference to Derrida or Gadamer or even the hermeneutic circle, and has set out with laudable clarity a sensible account of statutory interpretation. These are considerable accomplishments.“

Auch *Wittgensteins* Sprachphilosophie¹² und *Derridas* Grammatologie¹³ werden über Rechts- und Ländergrenzen hinweg von Juristen rezipiert.¹⁴ Einheitsstiftend wirken darüber hinaus methodologische Parömien römischrechtlicher Herkunft¹⁵, die sich vielerorts in großer Gleichförmigkeit behauptet haben: Dies zeigt ein Hin- und Herwandern des Blicks zwischen *Detlef Liebs* Liste „Lateinische[r] Rechtsregeln und Rechtssprichwörter¹⁶ und *Roland/Boyers* Zusammenstellung der „Adages du droit français“¹⁷. Schließlich drängt das internationale Einheitsrecht seit längerem zur Ausformung einer transnationalen Methodenlehre.¹⁸ Dies belegt paradigmatisch Art. 7 Abs. 1 des UN-Kaufrechts¹⁹, der freilich selbst nur eine Zielbestimmung und keine kodifizierten Auslegungsmethoden enthält.²⁰

Die weiteren Überlegungen verfolgen allerdings nicht das vermessene Ziel, Umrisse einer überwölbenden europäischen oder gar weltumspannenden Methodenlehre zu skizzieren. Vielmehr wollen sie an einem Einzelproblem die Vorgehensweise der Methodenrechtsvergleichung veranschaulichen. Als Demonstrationsobjekt besonders gut geeignet erscheint die ebenso einfache wie schwierige Frage nach der Bedeutung der Gesetzesmaterialien für die Gesetzesauslegung.

¹² *Wittgenstein*, *Tractatus Logico-Philosophicus*, 1921.

¹³ *Derrida*, *De la grammatologie*, 1967.

¹⁴ Zu *Wittgenstein* etwa *Arulanantham*, *Breaking the Rules? Wittgenstein and Legal Realism*, 107 *Yale L.J.* 1853 (1998); *Busse*, *Zum Regelcharakter von Normtext-Bedeutungen und Rechtsnormen. Was leistet Wittgensteins Regelbegriff in einer anwendungsbezogenen Semantik für das Interpretationsproblem der juristischen Methodenlehre?*, *Rechtstheorie* 19 (1988), 305; *Markell*, *Bewitched by Language: Wittgenstein and the Practice of Law*, 32 *Pepp. L. Rev.* 801 (2005). Zu *Derrida* etwa *Amstutz*, *Der Text des Gesetzes. Genealogie und Evolution von Art. 1/ZGB*, *ZSR* 2007, II, 237, 245 ff.; *Critchley*, *Derrida: The Reader*, 27 *Cardozo L. Rev.* 553 (2005); *Goebel*, *Rechtsgespräch und kreativer Dissens: Zugleich ein Beitrag zur Bedeutung der Sprache in der interpretativen Praxis des Zivilprozesses*, 2001.

¹⁵ Für eine Zusammenstellung *Kramer*, FS Höhn, 1995, S. 141.

¹⁶ *Liebs*, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, 7. Aufl. 2007.

¹⁷ *Roland/Boyer*, *Adages du droit français*, 3^e éd. 1992.

¹⁸ *Gruber*, *Methoden des internationalen Einheitsrechts*, 2004.

¹⁹ Er lautet wörtlich: „Bei der Auslegung dieses Übereinkommens sind sein internationaler Charakter und die Notwendigkeit zu berücksichtigen, eine einheitliche Anwendung und die Wahrung des guten Glaubens im internationalen Handel zu fördern.“

²⁰ Vgl. etwa *Ferrari*, in *Schlechtriem/Schwenzer*, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 5. Aufl. 2008, Art. 7 Rn. 28.

*II. Gesetzesmaterialien in Deutschland:
Von der subjektiven Theorie zur objektiven Theorie und zurück?*

1. Der Grundsatzstreit um das Ziel der Gesetzesauslegung

a) Subjektive versus objektive Theorie

„Von den Einzelproblemen der Gesetzesauslegung ist keines so eingehend und zum Teil so leidenschaftlich erörtert worden, als die Frage nach dem Werte und der Verwendung der sogenannten Gesetzesmaterialien“, hieß es bereits im Jahre 1914 bei *Philipp Heck*.²¹ Die leidenschaftliche Erörterung rührt daher, dass sich hinter dem vermeintlichen Einzelproblem die Ewigkeitsfrage nach dem *Ziel der Gesetzesauslegung* verbirgt²², die jede Juristengeneration stets aufs Neue beschäftigt.²³ Um die Vorherrschaft konkurrieren zwei widerstrebende Auslegungstheorien, für die sich – terminologisch nicht ganz glücklich²⁴ – die Bezeichnungen subjektive und objektive Theorie eingebürgert haben.²⁵

Die subjektive Theorie fragt mit Variationen im Einzelnen nach dem *historischen* Willen des Gesetzgebers. Einer ihrer prominentesten Fürsprecher, der große Pandektist *Bernhard Windscheid*, hat dies dahin zugespitzt, der Rechtsanwender habe „sich unter Beachtung aller erreichbaren Momente möglichst vollständig in die Seele des Gesetzgebers hineinzudenken“²⁶. Spätere Vertreter, namentlich *Philipp Heck* als Schulhaupt der Tübinger Interessenjurisprudenz, stellten nicht mehr auf den *tatsächlichen* Willen des historischen Gesetzgebers, sondern auf dessen *normativen* Willen ab.²⁷ Man spricht

²¹ *Heck*, AcP 112 (1914), 1, 105 f.

²² Tiefschürfend etwa *Mennicken*, *Das Ziel der Gesetzesauslegung. Eine Untersuchung zur subjektiven und objektiven Auslegungstheorie*, 1970.

²³ Ganz ähnlich *Engisch*, *Einführung in das juristische Denken*, 10. Aufl. 2005, S. 123: „Ich bin vielmehr der Meinung, dass das ganze Problem noch nicht endgültig gelöst ist und sich wie alle echten Grundlagenprobleme nie endgültig wird lösen lassen.“

²⁴ Kritik etwa bei *Röhl/Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl. 2008, S. 631: „Subjektive‘ Auslegung ist objektiv, ‚objektive‘ Auslegung ist subjektiv.“; von „erstaunlich falsch gewählten und irreführenden Bezeichnungen“ sprechen auch *Rüthers/Fischer*, *Rechtstheorie*, 5. Aufl. 2010, Rn. 796.

²⁵ Zum folgenden die Darstellungen bei *Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl. 1991, S. 428 ff.; *Engisch* (Fn. 23), S. 112 ff.; *Kramer* (Fn. 4), S. 116 ff.; *Larenz* (Fn. 4), S. 316 ff.; *Rüthers/Fischer* (Fn. 24), Rn. 784 ff.; *Zippelius*, *Juristische Methodenlehre*, 10. Aufl. 2006, S. 21 ff.

²⁶ *Windscheid*, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. I, 7. Aufl. 1891, S. 52.

²⁷ Vgl. *Heck*, AcP 112 (1914), 1, 50, 53, 64, 77; ihm hierin folgend etwa *Looschelders/Roth*, *Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung*, 1996, S. 46 f.; *Rüthers/Fischer* (Fn. 24), Rn. 790.

insoweit auch von entstehungszeitlicher²⁸ oder historisch-teleologischer²⁹ Interpretation. Die Subjektivisten pflegen ihre Ansicht mit der Verbindlichkeit der gesetzgeberischen Zwecke und Wertungen für den Richter zu begründen³⁰, gelegentlich auch mit der größeren Wissenschaftlichkeit dieses Auslegungsverfahrens, weil dessen Ergebnisse rational kritisiert und falsifiziert werden könnten.³¹ Ob man auch *Friedrich Carl v. Savigny*, den historischen Übervater der modernen Methodenlehre³², dem Lager der Subjektivisten zuschlagen kann, wird unterschiedlich beurteilt.³³ Vieles spricht dafür, dass der subjektive Wille des historischen Gesetzgebers in seiner Auslegungslehre nur eine untergeordnete Rolle spielte.³⁴

Demgegenüber erblickt die objektive Theorie das Ziel der Gesetzesauslegung in der Erschließung des dem Gesetz selbst innewohnenden Sinnes, der objektiv-teleologisch zu ermitteln sei und sich im Zeitablauf wandeln könne. *Gustav Radbruch* hat dies in die geistreiche, aber nicht ganz ungefährliche Formel gekleidet, nach der „das Gesetz klüger sein [kann] als seine Verfasser – es muß sogar klüger sein als seine Verfasser“³⁵. Zur Begründung ließen sich die Objektivisten, unter ihnen das „Dreigestirn Binding, Wach und Kohler“³⁶ der Jahre 1885/1886³⁷, dahin vernehmen, dass sich das Gesetz mit dem

²⁸ Vgl. *Kramer* (Fn. 4), S. 116.

²⁹ Vgl. *Bydlinski* (Fn. 25), S. 428.

³⁰ Pointiert *Heck*, AcP 112 (1914), 1, 62: „Wer sich der objektiven Theorie anschließt, nimmt daher die bewußte Vereitelung legislativer Absichten in sein Programm auf.“

³¹ Vgl. *Baden*, Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im Kommunikationsprozeß, 1977, S. 186 ff.; *Rödig*, Die Theorie des juristischen Erkenntnisverfahrens, 1973, S. 181 ff.; s. auch *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 2. Aufl. 1991, S. 294, der die genetische Argumentation als einen besonderen Fall der *empirischen* Argumentation ansieht.

³² Zu seiner Auslegungslehre v. *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1840, S. 206 ff., 212 ff.; eingehend dazu *Baldus*, in *Riesenhuber* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 2. Aufl. 2010, § 2 Rn. 55 ff.; *Huber*, JZ 2003, 1.

³³ Ablehnend *Rückert*, Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny, 1984, S. 354 ff., wonach *Savignys* Ansatz sinnvoll weder subjektiv noch objektiv genannt werden könne; ferner *Schröder*, Recht als Wissenschaft, 2001, S. 224 ff., 241 f.; sowie *Meder*, Missverstehen und Verstehen, 2004, S. 125 ff.

³⁴ Näher *Huber*, JZ 2003, 1, 12; ihm folgend *Meder* (Fn. 33), S. 125.

³⁵ *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 8. Aufl. 1973, S. 207; kritisch dazu etwa *Röhl/Röhl* (Fn. 24), S. 629: „Klüger ist natürlich nicht das Gesetz, sondern für klüger halten sich seine Interpreten. Sie wollen sich deshalb vom historischen Gesetzgeber lösen.“

³⁶ *Kramer* (Fn. 4), S. 121.

³⁷ Vgl. *Binding*, Handbuch des Strafrechts, Bd. I, 1885, S. 450 ff.; *Wach*, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts, Bd. I, 1885, S. 254 ff.; *Kohler*, GrünhutsZ 13 (1886), 1 ff. Zum historisch-politischen Hintergrund dieser Werke näher *Caroni*, Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches, 1996, S. 92 ff.

Akt der Gesetzgebung von seinem Schöpfer löse und in ein objektives Dasein erhoben werde: „Mit dem Momente der Gesetzespublikation verschwindet mit einem Schlage der ganze Unterbau von Absichten und Wünschen des geistigen Urhebers des Gesetzes, ja des Gesetzgebers selbst, und das Gesetz ruht von nun an auf sich, gehalten durch die eigene Kraft und Schwere, erfüllt von eigenem Sinn.“³⁸ Darüber hinaus appellierten die Objektivisten an die wissenschaftliche Ehre der Juristen und wandten sich gegen eine kritiklose Materialiengläubigkeit: „Die Materialiennachsuche“, so der Freirechtler *Ernst Fuchs* mit der ihm eigenen Schärfe, „ist doch nur fleißige Registratorenarbeit, keine Wissenschaft“.³⁹

b) Frühe Einwände gegen die subjektive Theorie

Gegen die subjektive Theorie hat man schon früh verschiedene Argumente vorgetragen⁴⁰, die sich mittelbar auch gegen die Heranziehung der Gesetzesmaterialien richten. Manche meinen, es gäbe in der parlamentarischen Demokratie gar keinen willensfähigen Gesetzgeber⁴¹: Der moderne Gesetzgeber sei ein anonymes Wesen, das aus einer Vielzahl von Personen und damit aus einer Vielzahl von Willensrichtungen bestehe.⁴² Dieses sog. *Willensargument* verkennt aber, dass es nicht um einen natürlichen Normgeberwillen geht⁴³, sondern um die Lösung von Zurechnungsfragen⁴⁴, die in rechtsphilosophische Höhen (oder Abgründe) führen mögen⁴⁵, dem bodenständigen Aktienrechtler aber durchaus vertraut sind: So wie es einen normativen Willen der

³⁸ *Binding* (Fn. 37), S. 454 im Anschluss an *Thöl*, Einführung in das deutsche Privatrecht, 1851, S. 150.

³⁹ *Fuchs*, Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz, 1908, S. 53.

⁴⁰ Für ihre systematische Auflistung *Heck*, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, 1914, S. 67 ff., der vom Willens-, Form-, Vertrauens- und Ergänzungsargument spricht; ihm folgend *Hassold*, ZZP 94 (1981), 192, 207 ff.; für eine abweichende Einteilung *Baden*, in Rödiger (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, 1976, S. 369, 384 ff., der von Promulgations-, Unsicherheits- und Flexibilitätsargumenten spricht; ihm folgend *Röhl/Röhl* (Fn. 24), S. 628.

⁴¹ Zum Problem sog. „Kollektiverklärungen“ bereits *Bülow*, Gesetz und Richteramt, 1885, S. 35 f.; aus neuerer Zeit *Thienel*, FS Koja, 1998, S. 161, 178 ff.; *Schäffer*, FS Rill, 1995, S. 595, 602 f.; zur „Inexistenz“ eines Kollektivwillens auch *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2. Aufl. 1923, S. 169 ff.

⁴² So *Zweigert*, Studium generale 7 (1954), 380, 382.

⁴³ Dazu auch *Röhl/Röhl* (Fn. 24), S. 628: „Der Wille des Gesetzgebers ist nicht mehr als eine brauchbare Metapher für einen historischen Kontext.“

⁴⁴ Überzeugend *Christensen*, Was heißt Gesetzesbindung, 1989, S. 59; ebenso *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 355: „normative Zurechnung, nicht realpsychische Zuschreibung“.

⁴⁵ Dazu etwa *Dworkin* (Fn. 11), S. 342 ff.

Aktiengesellschaft gibt, der durch den Mehrheitsbeschluss ihrer Organe begründet wird, gibt es auch einen normativen Gesetzgeberwillen kraft Mehrheitsentscheidung⁴⁶ als gedankliches Konstrukt⁴⁷ oder demokratietheoretisch gebotene Fiktion⁴⁸.

Ein zweiter Einwand geht dahin, dass sich der Wille des Gesetzgebers wegen der zum Teil lückenhaften Quellenlage nicht mit hinreichender Sicherheit feststellen lasse. Dies kann im Einzelfall durchaus zutreffen, verfängt aber dort nicht, wo die Materialien dem Rechtsanwender ohne weiteres zur Verfügung stehen.⁴⁹ Der Rechercheaufwand im Rechtsalltag ist gerade bei jüngeren Gesetzesmaterialien mittels elektronischem Zugriff minimal; bei älteren Gesetzen mag man der Rechtspraxis eine „Auslegungsökonomie“⁵⁰ zugestehen, die nach dem Praktikablen und Zumutbaren fragt.⁵¹ Eine Variante dieses sog. *Unsicherheitsarguments* lautet, die Materialien seien manipulations- und missbrauchsanfällig.⁵² Auch das ist (leider) nicht ausgeschlossen, sei es, weil auf Betreiben interessierter Kreise bestimmte Aussagen in die Materialien „eingeschmuggelt“ werden, sei es, weil der Rechtsanwender die Materialien später nicht vollständig, sondern selektiv auswertet. Besondere Wachsamkeit ist vor allem bei der Praxis des Gesetzgebungs-„Outsourcing“ von Bundes- oder Landesministerien geboten.⁵³ All dies rechtfertigt aber keineswegs, die Gesetzesmaterialien von vornherein beiseite zu lassen.

Schließlich wurde der subjektiven Theorie immer wieder entgegengehalten, sie führe zu einer unerwünschten Orientierung des Auslegungsergebnisses am Vergangenen, einer „Herrschaft der Toten über die Lebenden“⁵⁴. Nur die objektiv-teleologische Interpretation erlaube eine fortwährende Anpas-

⁴⁶ Zum Mehrheits- oder Agentenmodell *MacCallum*, in Summers (ed.), *Essays in Legal Philosophy*, 1968, S. 237 ff., 261 ff.; dem folgend *Cramer*, *AJP* 2006, 515, 516; *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Bd. I, 10. Aufl. 2009, Rn. 361 f.

⁴⁷ In diesem Sinne *Hassold*, *ZZP* 94 (1981), 192, 207: „Gesetzgeber ist ein normativer Begriff, ein gedachtes Subjekt, dem der Gesetzesbefehl zugerechnet wird.“; ganz ähnlich *Hotz*, *Richterrecht zwischen methodischer Bindung und Beliebigkeit?*, 2008, S. 80: „normatives Konstrukt“.

⁴⁸ So *Loosbelders/Roth* (Fn. 27), S. 47 mit dem Zusatz, dass die *natürliche Meinungspluralität* der Annahme einer *normativen Willenseinheit* nicht entgegenstehe.

⁴⁹ Wie hier *Rüthers/Fischer* (Fn. 24), Rn. 791.

⁵⁰ *Jabloner*, *FS Schambeck*, 1994, S. 441, 447 f.

⁵¹ So von *Arnauld*, *Rechtstheorie* 32 (2001), 465, 475.

⁵² Vgl. etwa *Binding* (Fn. 37), S. 472 f.

⁵³ Dazu *Battis*, *ZRP* 2009, 201; sowie *Krüper*, *JZ* 2010, 655 unter der Überschrift „Law firm – legibus solutus“.

⁵⁴ *Ehrlich*, *Die juristische Logik*, 2. Aufl. 1925, S. 160; zuletzt auch *Baldus* (Fn. 32), § 3 Rn. 219: „Wir müssen uns nicht Personen aus der Vergangenheit unterwerfen, sondern nur dem Gesetz, und zwar dem heute geltenden Gesetz.“

sung des Gesetzes an neue Normsituationen. Dieses sog. *Ergänzungs- oder Flexibilitätsargument* beruht auf einer Fehldeutung des Verhältnisses der subjektiven Theorie zur Rechtsfortbildung⁵⁵: Auch die Subjektivisten beharren nicht ausnahmslos auf dem historisch bestimmten Normsinn⁵⁶, verlangen aber, dass allfällige Anpassungen vom Rechtsanwender offen gelegt und begründet werden.⁵⁷ Dieser „Begründungszwang“⁵⁸ ist kein unnötiger Ballast, sondern trägt im Gegenteil – mit einer viel strapazierten, aber gleichwohl unverzichtbaren Vokabel – zur Methodenehrlichkeit bei.⁵⁹

c) Heutiger Meinungsstand

Nach einem jahrzehntelangen Meinungskampf schienen die Kombattanten erschöpft und die wesentlichen Argumente ausgetauscht.⁶⁰ Im Schrifttum wird die objektive Theorie vielfach als herrschend bezeichnet⁶¹, doch überwiegen bei näherer Betrachtung vermittelnde Auffassungen⁶², die bald vom

⁵⁵ Klar herausgearbeitet bei *Hassold*, ZZZ 94 (1981), 192, 210: „Die Abgrenzung zwischen der Befugnis des Richters zur Rechtsfortbildung und der Rechtssetzungsprerogative des Gesetzgebers ist *nicht* Gegenstand des Streits zwischen der subjektiven und der objektiven Auslegungstheorie.“

⁵⁶ Vgl. *Röhl/Röhl* (Fn. 24), S. 628: „Die subjektive Theorie ist nicht so rigide, dass sie den Richter auf ewig an ein Gesetz bindet.“

⁵⁷ Vgl. etwa *Kramer* (Fn. 4), S. 31 f.

⁵⁸ *Meier-Hayoz*, in *Berner Kommentar ZGB*, 1962, Art. 1 Rn. 155.

⁵⁹ So auch *Rüthers/Fischer* (Fn. 24), Rn. 730d, 794, 813 und öfter; ferner *Neuner*, *Die Rechtsfindung contra legem*, 2. Aufl. 2005, S. 113; sowie *Wank*, *Die Auslegung von Gesetzen*, 4. Aufl. 2008, S. 32: „Die Berufung auf die objektive Theorie setzt dann allerdings auch voraus, dass ein solcher Alterungsprozess für ein bestimmtes Gesetz nachgewiesen wird. Dieser Nachweis wird allerdings von den Anhängern der objektiven Theorie vielfach gar nicht erst geführt.“

⁶⁰ So schon *Stratenwerth*, FS *Germann*, 1969, S. 257, 258; aus neuerer Zeit *Schluep*, *Einladung zur Rechtstheorie*, 2006, Rn. 1117, wonach die Kontroverse in der gesamten Methodenlehre „bis zur Redundanz“ geführt werde.

⁶¹ Vgl. etwa *Engisch* (Fn. 23), S. 113: „Heute ist die objektive Theorie – wenngleich in vielen Spielarten – durchaus herrschend.“; gleichsinnig *Rüthers/Fischer* (Fn. 24), Rn. 798.

⁶² Charakteristisch und wohl abgewogen *Kramer* (Fn. 4), S. 127 ff., 133 ff.; ferner *Engisch* (Fn. 23), S. 114 mit Fn. 25 und S. 123 mit Fn. 47; sowie *Hassold*, ZZZ 94 (1981), 192, 209: „Es bietet sich daher an, in *vermittelnden Lehren* Elemente der subjektiven und der objektiven Auslegungstheorie zu kombinieren oder primär die eine, bei deren Versagen subsidiär die andere der beiden Theorien anzuwenden oder beide Theorien in einem abgestuften Verfahren der Rechtsfindung zu vereinigen.“; außerdem *Ott*, *Juristische Methode in der Sackgasse?*, 2006, S. 54, wonach „in allen Fällen beide Sichtweisen zu berücksichtigen“ seien.

Boden der objektiven Auslegung⁶³, bald von dem der subjektiven Auslegung⁶⁴ fortentwickelt werden. Eine „strenge“ objektive Theorie, welche die Verwendung der Gesetzesmaterialien verbietet oder für wertlos erklärt⁶⁵, wird heute von niemandem mehr vertreten⁶⁶, ebenso wenig eine „reine“ subjektive Theorie, die den Interpreten stets an die Vorstellungen des historischen Gesetzgebers bindet.⁶⁷ Häufig wird dem Alter des Gesetzes große Bedeutung beigemessen: Bei älteren Gesetzen habe der Wille des historischen Gesetzgebers weniger Gewicht als bei jüngeren.⁶⁸ Zuweilen heißt es, der Wille des historischen Gesetzgebers sei bei denjenigen Sachproblemen normativ erheblicher, für die es keine konsensfähige Antwort gebe, als bei jenen, bei denen allgemeine Übereinstimmung darüber bestehe, wie sie zu lösen seien.⁶⁹ Vertreter der Strukturierenden Rechtslehre begreifen die Heranziehung der Gesetzesmaterialien als Sonderfall des systematischen Arguments, weil der zunächst isolierte Normtext über die genetische Auslegung mit einer Auswahl weiterer Texte verknüpft und in ein semantisches Netz eingebunden werde.⁷⁰ Schließlich findet sich die Auffassung, die historische Auslegung sei kein Auslegungskanon neben den anderen, sondern ein „transversales Kriterium“ zur Schärfung der anderen.⁷¹

⁶³ Repräsentativ *Larenz* (Fn. 4), S. 316: „Jeder der beiden Theorien liegt eine Teilwahrheit zugrunde; daher kann keine ohne Einschränkung akzeptiert werden.“, und S. 318: „Viel zu weit würde es indessen gehen, der Regelungsabsicht des historischen Gesetzgebers und seinen erkennbaren Normvorstellungen jede Bedeutung für die Auslegung abzusprechen.“

⁶⁴ Repräsentativ *Rüthers/Fischer* (Fn. 24), Rn. 820: „Das juristische Methodenproblem lässt sich nicht auf die Alternative entstehungszeitliche oder geltungszeitliche Gesetzesanwendung reduzieren. Die ‚subjektive‘ wie die ‚objektive‘ Auslegungstheorie erfassen zutreffende Teilaspekte.“

⁶⁵ So *Cosack*, Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 4. Aufl. 1907, S. 38: „als Auslegungsbefehl“ ohne „den mindesten Nutzen“; ähnlich *Kohler*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1906, S. 131; weniger streng noch *ders.*, *GrünhutsZ* 13 (1886), 1, 38.

⁶⁶ So sehr klar *Hassold*, *ZZP* 94 (1981), 192, 202.

⁶⁷ So mit ebensolcher Klarheit *Wank* (Fn. 59), S. 32.

⁶⁸ Vgl. etwa *Kramer* (Fn. 4), S. 136 f.; *Wank* (Fn. 59), S. 34; *Zweigert*, FS Bötticher, 1969, S. 442, 447; ferner *Schluep* (Fn. 60), Rn. 1119: „Ist nämlich ein Gesetz [...] vorgestern entstanden, gestern in Kraft getreten und heute anzuwenden, ist unter Vorbehalt höherer Gewalt nicht einzusehen, weshalb der Rechtsanwender von vorgestern bis heute eine neue Verständniswelt schaffen sollte.“; kritisch aber *Baden* (Fn. 40), S. 369, 392.

⁶⁹ So *Schroth*, *Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht*, 1983, S. 105.

⁷⁰ Näher *Christensen* (Fn. 44), S. 60 ff.

⁷¹ So *Baldus* (Fn. 32), § 3 Rn. 220.

Das BVerfG bekennt sich traditionell zur objektiven Theorie. Seine stehende Formel zum Ziel der Gesetzesauslegung lautet seit einem frühen Urteil aus dem Jahre 1952:

„Maßgebend für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift ist der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den diese hineingestellt ist. Nicht entscheidend ist dagegen die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder über die Bedeutung der Bestimmung. Der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift kommt für deren Auslegung nur insofern Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundsätzen ermittelten Auslegung bestätigt oder Zweifel behebt, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden können.“⁷²

Außerdem soll der Wille des historischen Gesetzgebers „nur insoweit berücksichtigt werden, als er im Gesetz selbst einen hinreichend bestimmten Ausdruck gefunden hat“⁷³. Bei jüngeren Gesetzen wird den Regelungsabsichten des Gesetzgebers tendenziell größere Bedeutung beigemessen.⁷⁴ Dessen ungeachtet erforscht das BVerfG auch bei älteren Gesetzen mit großer Sorgfalt deren Vor- und Entstehungsgeschichte und fragt immer wieder nach dem Willen des Gesetzgebers.⁷⁵ Theoretische Vorgaben und praktische Methode klaffen mithin nicht selten auseinander.⁷⁶ Dies ist misslich, auch wenn methodologische Äußerungen des BVerfG wohl keine Bindungswirkung i.S.d. § 31 BVerfGG entfalten.⁷⁷ Ebenso wenig lassen sich methodologische Widersprüche mittels einer Vorlage an den Großen Senat oder die Vereinigten Großen Senate des BGH nach § 132 GVG bereinigen.⁷⁸

⁷² BVerfGE 1, 301, 312; bestätigt in BVerfGE 10, 234, 244; 11, 126, 130; st. Rspr.

⁷³ BVerfGE 11, 126, 130.

⁷⁴ Vgl. BVerfGE 54, 277, 297: „Zumal bei zeitlich neuen und sachlich neuartigen Regelungen kommt den anhand des Gesetzgebungsverfahrens deutlich werdenden Regelungsabsichten des Gesetzgebers erhebliches Gewicht bei der Auslegung zu, sofern Wortlaut und Sinnzusammenhang der Norm Zweifel offen lassen. Über die erkennbare Regelungsabsicht darf die Auslegung in solcher Lage nicht hinweggehen.“

⁷⁵ Ausführliche Rechtsprechungsanalyse bei *Sachs*, DVBl 1984, 73; für ein aktuelles Beispiel BVerfG NJW 2009, 1469, 1471 f. Tz. 45 ff.

⁷⁶ Gleichsinnig *Rüthers/Fischer* (Fn. 24), Rn. 800: „Rechtstatsächlich betrachtet gibt das BVerfG dem historischen Argument bei der Gesetzesauslegung in aller Regel ein besonderes, oft das entscheidende Gewicht. Insofern ist seine theoretische Proklamation zur sog. objektiven Methode ein bloßes Lippenbekenntnis.“

⁷⁷ Vgl. *Remert*, in *Umbach/Clemens*, BVerfGG, 1. Aufl. 1992, § 31 Rn. 74: „Methodensätze sind keine Rechtssätze.“

⁷⁸ Dazu *Simon*, Gesetzesauslegung im Strafrecht, 2005, S. 585: „Dieses Verfahren dient allein der Klärung von Rechtsfragen, nicht aber des methodischen Weges, auf dem die Lösung eines Rechtsproblems gefunden wurde. Das führt zu der misslichen Konsequenz, dass widersprüchliche Methodenaussagen unausgeräumt nebeneinan-

Wieder aufgeflammt ist der Meinungsstreit in jüngerer Zeit unter staatsphilosophischen⁷⁹ und verfassungsrechtlichen Vorzeichen. Unter Berufung darauf, dass Methodenfragen immer auch Verfassungsfragen sind⁸⁰, befürworten einflussreiche Stimmen in der Lehre eine Rückbesinnung auf die subjektive Theorie oder zumindest eine stärkere Betonung der historischen Auslegung⁸¹: Die Verfassungsgrundsätze der Demokratie, Gewaltenteilung und richterlichen Gesetzesbindung verlangten von den Gerichten die Erforschung der Entstehungsgeschichte; diese sei der unverzichtbare erste (nicht der letzte) Schritt jeder verfassungsgemäßen Rechtsanwendung.⁸² Eine weitere Aufwertung erföhre die historische Auslegung, wenn man den Grundsätzen der gesetzgeberischen Folgerichtigkeit und Systemgerechtigkeit größere Bedeutung beimäße.⁸³

Das BVerfG hat sich zuletzt in einem viel beachteten Kammerbeschluss zur Rügeverkümmern im Strafverfahren mit dem Fragenkreis befasst.⁸⁴ Dem *Mehrheitsvotum* zufolge ist die Auslegung des einfachen Gesetzesrechts einschließlich der Wahl der hierbei anzuwendenden Methode Sache der Fachgerichte und vom BVerfG nicht umfassend auf ihre Richtigkeit zu untersuchen. Das BVerfG beschränke seine Kontrolle, auch soweit es um die Kompetenzgrenzen aus Art. 20 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 GG geht, auf die Prüfung, ob das Fachgericht bei der Rechtsfindung die gesetzgeberische Grundentscheidung respektiere und von den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung in vertretbarer Weise Gebrauch gemacht habe.⁸⁵ Ein von den Professoren-Richtern *Vofßkuble*, *Osterloh* und *Di Fabio* verfasstes *Sondervotum* ist dem mit einem Brevier zur Methodenlehre entgegengetreten: Der unter dem

der bestehen bleiben können, ja dass unterschiedliche Äußerungen nicht einmal zur Kenntnis genommen werden.“

⁷⁹ Vgl. *Zippelius* (Fn. 25), S. 23: „Zugespitzt könnte man also sagen: Welche Auslegung einer wählt, hängt davon ab, was für eine Staatsphilosophie er hat.“; zustimmend *Schröder*, FS Eisenhardt, 2007, S. 125.

⁸⁰ Vgl. *Rüthers/Fischer* (Fn. 24), Rn. 705 ff.

⁸¹ Vgl. *Deppenheuer*, DVBl. 1987, 809, 812 f.; *Hillgruber*, Journal für Rechtspolitik 9 (2001), 281; *Jestaedt* (Fn. 44), S. 328 ff., 338 ff.; *Neumer* (Fn. 59), S. 112 ff.; *Rüthers/Fischer* (Fn. 24), Rn. 780 ff.; s. auch *Auer*, ZEuP 2008, 516, 528 ff.

⁸² So mit besonderem Nachdruck *Rüthers/Fischer* (Fn. 24), Rn. 812; ähnlich *Biaggini*, in *Peters/Schäfer* (Hrsg.), Grundprobleme der Auslegung aus Sicht des öffentlichen Rechts, 2004, S. 27, 42, wonach die historische Auslegung eine „notwendige (Durchgangs-)Stufe der Normauslegung im demokratischen Verfassungsstaat“ ist.

⁸³ Dazu *Mehde/Hanke*, ZG 2010, 381, 397: „Nimmt das BVerfG die Folgerichtigkeit ernst, muss es sich stets eingehend mit den Gesetzesbegründungen auseinandersetzen und diese zur Grundlage seiner Entscheidung machen.“

⁸⁴ Vgl. BVerfGE 122, 248 = NJW 2009, 1469; dazu *Möllers*, JZ 2009, 668; *Rüthers*, NJW 2009, 1461.

⁸⁵ Vgl. BVerfG NJW 2009, 1469, 1470 Tz. 30.

Grundgesetz seit jeher anerkannten Befugnis der Gerichte zur Rechtsfortbildung seien ihrerseits Grenzen gezogen. Habe der Gesetzgeber eine eindeutige Entscheidung getroffen, so dürfe der Richter diese nicht auf Grund eigener rechtspolitischer Vorstellungen verändern und durch eine judikative Lösung ersetzen, die so im Parlament nicht erreichbar gewesen wäre.⁸⁶ Ob der Gesetzgeber eine solche eindeutige Entscheidung getroffen habe, könne nur durch Auslegung nach den anerkannten Methoden ermittelt werden. Ausgangspunkt der Auslegung sei der Wortlaut der Vorschrift, der allerdings nicht immer Hinweise auf „den (subjektiven oder objektivierten) Willen des Gesetzgebers“⁸⁷ gebe. Für die Beantwortung der Frage, welche Regelungskonzeption dem Gesetz zu Grunde liegt, komme neben den Gesetzesmaterialien und der Systematik des Gesetzes auch dem Verständnis der Vorschrift in der Praxis eine nicht unerhebliche Indizwirkung zu. Soweit der Gesetzgeber nach Erlass der Norm untätig geblieben sei, lasse sich aus diesem Umstand weder ohne weiteres darauf schließen, er akzeptiere eine bestimmte bzw. die gerade aktuelle Normanwendungspraxis, noch könne gar daraus gefolgert werden, er habe unter Verzicht auf sein Gestaltungsprimat eine Lösung des Sachproblems der Rechtsprechung überantwortet. Dem Gesetzgeber obliege im Hinblick auf die Geltung einer Norm keine Pflicht, sein diesbezügliches Regelungsanliegen in bestimmten Zeitabständen aufs Neue zu bestätigen.⁸⁸

2. Einzelfragen der Verwendung von Gesetzesmaterialien

Nach diesen allgemeinen Vorbemerkungen zum Ziel der Gesetzesauslegung sollen noch verschiedene Einzelfragen zur Verwendung von Gesetzesmaterialien betrachtet werden.

a) Auswahl und Stellenwert der „Gesetzesmaterialien“

Wie bereits angedeutet, werden (Bundes-)Gesetze heute von zahlreichen Mitwirkenden im Wege arbeitsteiligen Vorgehens erstellt. Beteiligt sind gewöhnlich das federführende Fachministerium, welches einen Referentenentwurf erarbeitet, die Bundesregierung, die nach interministerieller Abstimmung einen Regierungsentwurf in das Parlament einbringt, sowie Bundestag und Bundesrat mitsamt ihren jeweiligen Ausschüssen. Im Vorfeld wirken vereinzelt auch Expertenkommissionen mit.⁸⁹ Alle diese Vorarbeiten liegen re-

⁸⁶ Vgl. BVerfG NJW 2009, 1469, 1479 Tz. 97.

⁸⁷ BVerfG NJW 2009, 1469, 1477 Tz. 98.

⁸⁸ Vgl. BVerfG NJW 2009, 1469, 1477 Tz. 101.

⁸⁹ Dazu Cramer, AJP 2006, 515, 519.

gelmäßig in schriftlich dokumentierter und öffentlich zugänglicher Form vor. Welche von ihnen sind als „Gesetzesmaterialien“ verwertbar und in welchem Umfang?

Eine erste Abschtung könnte Dokumente der *Exekutive* und solche der *Legislative* unterscheiden.⁹⁰ Für sie spricht die Funktion des Parlaments als verfassungsmäßig berufener Gesetzgeber. Dessen höhere Legitimation steht allerdings in einem gewissen Spannungsverhältnis zu seiner geringeren Sach- und Fachkompetenz. Parlamentsabgeordnete äußern sich bei der Beratung und Diskussion von Gesetzgebungsvorschlägen häufig nur zu deren allgemeiner Stoßrichtung und mit Hilfe von Begriffen, die möglichst unbestimmt sind und deshalb von verschiedenen Hörern mit verschiedenen Vorstellungen gefüllt werden können.⁹¹ Ihre Redebeiträge geben dem Rechtsanwender daher oft keine weiterführenden Fingerzeige für die *rechtliche* Bedeutung einer Einzelvorschrift; die Kompromisshaftigkeit der politischen Meinungsbildung erschwert außerdem die Suche nach einer juristisch verwertbaren Intention des Gesetzgebers.⁹² Mithin verwundert es nicht, dass sich die Gerichte zumeist an die Materialien aus einem früheren Stadium des Gesetzgebungsverfahrens halten.⁹³

Rechtstheoretisch pflegt man den Indizcharakter der (Regierungs-)Begründung für den Willen des Gesetzgebers mit der sog. *Paktentheorie* zu begründen: Danach billigt das Parlament, das bei der Beratung und Beschlussfassung eines neuen Gesetzes keine eigenen Vorstellungen entwickelt, denjenigen Sinn, den die Verfasser des Entwurfs in der (Regierungs-)Begründung kundgetan haben.⁹⁴ Hierin liegt ein tragfähiger Begründungsansatz, wenn man dieses Konzept von seinen impliziten Willens- und Vertragskonstruktionen ablöst und den Vorgang der *Gesetzgebung als arbeitsteiligen Prozess* in den Vordergrund rückt.⁹⁵ Berücksichtigt man ferner, dass Regierung und

⁹⁰ Vgl. *Cramer*, AJP 2006, 515, 517.

⁹¹ Eindringlich *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl. 1999, Rn. 620; s. auch *Larenz* (Fn. 4), S. 329.

⁹² Vgl. *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1995, S. 420.

⁹³ Vgl. *F. Schmidt*, Zur Methode der Rechtsfindung, 1976, S. 24 ff.; zustimmend *Pawlowski* (Fn. 93), Rn. 618.

⁹⁴ Zuerst wohl *Wächter*, Abhandlungen aus dem Strafrechte, I, 1835, S. 242 ff.; aus neuerer Zeit *Bydlinski* (Fn. 25), S. 431 f.; *Engisch* (Fn. 23), S. 122; *Neumer* (Fn. 59), S. 104; MünchKommBGB/*Säcker*, 5. Aufl. 2006, Einl. Rn. 110; kritisch *Larenz* (Fn. 4), S. 329; sowie *Canaris*, in Grundmann/Riesenhuber (Hrsg.), Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler, Bd. 2, 2010, S. 263, 297 mit Fn. 129, wonach die dem gesetzgebenden Gremium aufgebürdete Widerspruchsobliegenheit die Kompetenzverteilung in riskanter Weise tangiere und den Zufälligkeiten des Gesetzgebungsverfahrens zu viel Raum lasse.

⁹⁵ So *Müller/Christensen* (Fn. 46), Rn. 362, die von dem Gesetzgebungsverfahren als einem „kompetitiven Handlungsspiel“ sprechen.

sie tragende Parlamentsmehrheit politisch zumeist deckungsgleich sind, ist es auch durchaus plausibel anzunehmen, dass die Regierungsbegründung die Abstimmung im Parlament maßgeblich mitgeprägt hat.⁹⁶

b) Mündliche Auskünfte

Unter den Gesetzesmaterialien versteht man üblicherweise nur urkundliche Zeugnisse. Theoretisch denkbar ist freilich auch eine mündliche Vernehmung von Personen, die am Gesetzgebungsverfahren mitgewirkt haben. Sie wird in der heutigen Methodenlehre nur selten erörtert und fast einhellig abgelehnt.⁹⁷ Der historische Erfahrungsschatz erweist sich freilich als reichhaltiger: So hatte das Kammergericht im Jahre 1910 Mitglieder einer Reichstagskommission, Reichstagsabgeordnete und Vertreter der Regierung über die Vorgänge in der Kommission eidlich (!) vernommen, um Material für die Auslegung des Mannschaftsversorgungsgesetzes vom Mai 1906 zu gewinnen⁹⁸, und mit dieser Vorgehensweise beim Reichsgericht durchaus Zusage gefunden: „[Der Richter] ist bei seiner Tätigkeit nicht beschränkt auf die Gesetzgebungsdrucksachen und sonstigen Urkunden, sondern gegebenenfalls auch in der Lage, bestimmte Vorgänge durch Anhörung von Zeugen oder Auskunftspersonen anderer Art aufzuklären und festzustellen.“⁹⁹ Demgegenüber hat es der österreichische Oberste Gerichtshof in einer Entscheidung aus dem Jahre 1950 als unzulässig angesehen, die Verfasser eines Gesetzesentwurfes als Zeugen „über die Absicht des Gesetzgebers“ zu vernehmen¹⁰⁰:

„Die Ansicht [...] kann gar nicht energisch genug zurückgewiesen werden. Sie würde eine völlige Bagatellisierung der Rechtsprechung und eine Verletzung der verfassungsmäßigen Unabhängigkeit der Gerichte herbeiführen. Ist ein Gesetz einmal im Bundesgesetzblatt veröffentlicht, so unterliegt seine Interpretation nur mehr der Rechtsprechung. Die ehemaligen Gesetzesverfasser haben an ihr keinen Teil mehr.“¹⁰¹

⁹⁶ Überzeugend *Looschelders/Roth* (Fn. 27), S. 159.

⁹⁷ Vgl. etwa *Bydlinski* (Fn. 25), S. 449 f.: „Die Begrenztheit des menschlichen Erinnerungsvermögens und Lebens einerseits, die Anforderungen der Rechtssicherheit und Gleichbehandlung andererseits sprechen in der Tat sehr dagegen, die Auslegung generell-abstrakter Normen möglicherweise unterschiedlich ausfallen zu lassen, je nachdem, ob bestimmte Personen noch als Auskunftsquelle zur Verfügung stehen oder nicht.“; abw. *Reinicke/Reinicke*, MDR 1952, 141, 142.

⁹⁸ Die Entscheidung des KG ist – soweit ersichtlich – nicht veröffentlicht, sondern wird nur in Zeitungsberichten erwähnt; ablehnend *Klein*, JW 1911, 834; zustimmend *Salmann*, JW 1912, 321.

⁹⁹ RGZ 81, 276, 282.

¹⁰⁰ Vgl. OGH JBl. 1950, 507 Leitsatz 2.

¹⁰¹ OGH JBl. 1950, 507, 508.

Für diese Auffassung mag man anführen, dass Ministerialbeamte oder Regierungsmitglieder nachträglich geneigt sein könnten, ursprünglich übersehene Rechtsprobleme oder unerwünschte Auswirkungen eines neuen Gesetzes als Zeugen in eigener Sache zu ihren Gunsten zu korrigieren. Außerdem bestünde die Gefahr, dass der rechtspolitische Meinungskampf vor Gericht fortgesetzt würde.

c) *Andeutungstheorie?*

Nicht einheitlich beurteilt wird in der modernen Methodenlehre, ob der Wille des historischen Gesetzgebers nur insoweit berücksichtigt werden kann, als er im verkündeten Gesetzeswortlaut einen, wenn auch unvollkommenen, Ausdruck gefunden hat. Verschiedene Literaturstimmen halten bis heute an dieser Andeutungstheorie fest.¹⁰² Sie versuchen dadurch das sog. *Form- oder Promulgationsargument* der Objektivisten zu entkräften, wonach den Adressaten nur der verfassungsgemäß veröffentlichte Gesetzestext bindet, nicht aber irgendwelche apokryphen Materialien.¹⁰³ Auch das BVerfG scheint dieser Leitlinie zu folgen.¹⁰⁴ Aus rechtsvergleichender Sicht weist Art. 9 Abs. 2 des portugiesischen *Código Civil* in dieselbe Richtung, wonach der Wille des Gesetzgebers unbeachtlich ist, wenn er im Wortlaut nicht einmal angedeutet wird.¹⁰⁵ Die vordringende Gegenmeinung hält die Andeutungstheorie für methodisch überholt¹⁰⁶ oder befürwortet sie nur in modifizierter Form¹⁰⁷.

In der Tat billigt die Andeutungstheorie der Wortlautgrenze ein zu großes Gewicht zu. Jedenfalls Materialien „*praeter verba legis*“¹⁰⁸ können – wenn auch

¹⁰² Vgl. *Hassold*, ZZZ 94 (1981), 192, 208; *Schäffer* (Fn. 41), S. 595, 615; wohl auch *Kramer* (Fn. 4), S. 129.

¹⁰³ Vgl. *Hassold*, ZZZ 94 (1981), 192, 208: „Diesem – an sich zutreffenden – Argument wird der Wind aus den Segeln genommen durch die Andeutungstheorie.“

¹⁰⁴ Vgl. BVerfGE 11, 126, 130, wonach der Wille des historischen Gesetzgebers „nur insoweit berücksichtigt werden [kann], als er im Gesetz selbst einen hinreichend bestimmten Ausdruck gefunden hat.“

¹⁰⁵ Wörtlich heißt es dort: „Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso.“

¹⁰⁶ So *Rüthers/Fischer* (Fn. 24), Rn. 799 i.V.m. Rn. 734 ff.; kritisch auch *Jestaedt* (Fn. 44), S. 340 f., wonach die *Form* der Normerzeugung nicht ohne weiteres mit deren *Inhalt* identifiziert werden dürfe; Generalkritik mit 16 Einzelargumenten gegen die Andeutungstheorie bei *Simon* (Fn. 78), S. 232–257.

¹⁰⁷ So *Wank* (Fn. 59), S. 33: „Erweitert man die Theorie dahin, dass Anhaltspunkte für den Willen des Gesetzgebers mit Hilfe aller Auslegungskriterien gefunden werden können, [...] kann der Andeutungstheorie zugestimmt werden.“

¹⁰⁸ *Kramer* (Fn. 4), S. 139.

mit geringerer Aussagekraft – Anhaltspunkte für die Auslegung geben.¹⁰⁹ Anders verhält es sich grundsätzlich bei Materialien „*contra verba legis*“¹¹⁰, weil sonst aus einem *Nicht-Normtext* gegen einen *Normtext* entschieden würde.¹¹¹ Möglich bleiben aber die Korrektur eines Redaktionsversehens und eine teleologische Reduktion.¹¹²

d) Bindung an die Gesetzesmaterialien?

Eine letzte Frage geht dahin, ob der Rechtsanwender an die Ausführungen und Erläuterungen in den Gesetzesmaterialien gebunden ist. Eine solche Bindung wird heute ganz überwiegend abgelehnt¹¹³; vielmehr besteht breite Übereinstimmung darüber, dass die Gesetzesmaterialien lediglich „Hilfsmittel der Forschung“¹¹⁴ darstellen, gleichsam „Fährten“¹¹⁵ auf der Suche nach dem historischen Willen des Gesetzgebers, die für den Rechtsanwender nur eine „Anleitungsfunktion“¹¹⁶ haben. Die Meinungsverschiedenheiten beginnen bei der Frage nach dem *Rangverhältnis* des historisch-genetischen Auslegungskriteriums zu den anderen Auslegungskriterien. Von Vertretern der juristischen Diskurstheorie wird gelegentlich eine Vorrangregel dahin formuliert, dass Argumente, die an den Willen des Normgebers anknüpfen, anderen Argumenten grundsätzlich vorgehen.¹¹⁷ Zudem mehrten sich die Stimmen derer, die zwar keine unbedingte *Befolgungspflicht* der Gesetzesmaterialien, wohl aber eine *Konsultationspflicht* des Rechtsanwenders postulieren.¹¹⁸

¹⁰⁹ Abw. *Kramer* (Fn. 4), S. 139, der solchen Erwägungen unter Berufung auf das Formargument der Objektivisten „keine eigentliche normative Relevanz“ zubilligt.

¹¹⁰ *Kramer* (Fn. 4), S. 139.

¹¹¹ Dazu *Müller/Christensen* (Fn. 46), Rn. 441; im Ergebnis auch *Kramer* (Fn. 4), S. 140.

¹¹² Zu beiden Fällen *Kramer* (Fn. 4), S. 140 f.

¹¹³ Abw. aber *Gelzer*, recht 2 (2005), 37, 45.

¹¹⁴ *Engisch* (Fn. 23), S. 123.

¹¹⁵ *Cramer*, AJP 2006, 515, 517.

¹¹⁶ *F. Schmidt* (Fn. 93), S. 19.

¹¹⁷ Vgl. *Alexy* (Fn. 31), S. 305: „Es gilt also als pragmatische Regel die Argumentationslastregel: Argumente, die eine Bindung an den Wortlaut des Gesetzes oder den Willen des historischen Gesetzgebers zum Ausdruck bringen, gehen anderen Argumenten vor, es sei denn, es lassen sich vernünftige Gründe dafür anführen, den anderen Argumenten den Vorrang einzuräumen.“; dem folgend *von Arnould*, Rechtstheorie 32 (2001), 467, 476 f.; *Grigoleit*, ZNR 2008, 259, 263 f., 270: „Im Verhältnis zur objektiv-teleologischen Auslegung kommt dem historisch-genetischen Befund ein präsumtiver Vorrang zu, der aber durch überwiegend gewichtige teleologische Erwägungen aufgehoben werden kann.“; ablehnend *Heun*, AöR 116 (1991), 185, 206.

¹¹⁸ Vgl. *Kramer* (Fn. 4), S. 138; *Raisch*, Vom Nutzen der überkommenen Auslegungskanonens für die praktische Rechtsanwendung, 1988, S. 32; *Rüthers/Fischer*

III. Gesetzesmaterialien in England: Der lange Schatten der „exclusionary rule“

1. Hergebrachte Auslegungstradition: die „exclusionary rule“

In England bot sich dem methodisch interessierten Beobachter lange Zeit ein diametral entgegengesetztes Bild¹¹⁹: Seit einer Entscheidung aus dem Jahre 1769, *Millar v. Taylor*, galt der Rückgriff auf die Niederschriften parlamentarischer Debatten als unzulässig.¹²⁰ Diese Ausschlussregel pflegt man als *exclusionary rule* zu bezeichnen.¹²¹ Sie ist einmal ironisch dahin umschrieben worden, dass kein englischer Richter, der Gesetzesauslegung betreibt, unter dem Bett nachschaue: „No English judge looks under the bed.“¹²² Zur Begründung der Ausschlussregel verwies man auf ein ganzes Bündel verfassungsrechtlicher und praktischer Erwägungen¹²³: *Erstens* lasse es die uneingeschränkte Redefreiheit der Abgeordneten nach Art. 9 der *Bill of Rights* (1689)¹²⁴ nicht zu, parlamentarische Äußerungen vor Gericht zu diskutieren oder gar zu kritisieren.¹²⁵ *Zweitens* verlange das Gebot der

(Fn. 24), Rn. 730c, 789, 794; *Neuner* (Fn. 59), S. 104 f.; in diese Richtung schon *Heck*, AcP 112 (1914), 1, 114 f., 206.

¹¹⁹ Vorzügliche rechtsvergleichende Aufbereitungen bei *Hager*, Rechtsmethoden in Europa, 2009, Rn. 138 ff.; *Vogenaier*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, 2001, Bd. 2, S. 967 ff.

¹²⁰ *Millar v. Taylor* (1769) 4 Burr 2303, 2332 (*Willes J*) (KB): „The sense and meaning of an Act of Parliament must be collected from what it says when passed into law, and not from the history of changes it underwent in the House where it took its rise. That history is not known to the other house or to the Sovereign.“

¹²¹ Rückblickend *Pepper v. Hart* [1993] AC 593, 630D: „Under present law, there is a general rule that references to Parliamentary material as an aid to statutory construction is not permissible (‘the exclusionary rule’).“

¹²² *Herbert, Bardot M.P.? And other Modern Misleading Cases*, 1964, S. 167.

¹²³ Zusammenfassend *Pepper v. Hart* [1993] AC 539, 633A (*Lord Browne-Wilkinson*): „Thus the reasons put forward for the present rule are first, that it preserves the constitutional proprieties leaving Parliament to legislate in words and the courts (not Parliamentary speakers), to construe the meaning of the words finally enacted; second, the practical difficulty of the expense of researching Parliamentary material which would arise if the material could be looked at; third, the need for the citizen to have access to a known defined text which regulates his legal rights; fourth, the improbability of finding helpful guidance from Hansard.“; eingehend *Vogenaier* (Fn. 119), S. 1208 ff.

¹²⁴ Wörtlich heißt es dort: „That the freedom of speech, and debates or proceedings in parliament, ought not to be impeached or questioned in any court or place out of parliament.“

¹²⁵ Vgl. etwa *Davis v. Johnson* [1979] AC 264, 350 (*Lord Scarman*): „Secondly, counsel are not permitted to refer to Hansard in argument. So long as this rule is maintained by Parliament (it is not the creation of the judges), it must be wrong for the judge

Rechtssicherheit, dass Gesetze dem Bürger öffentlich zugänglich und ohne Rückgriff auf weitere Materialien verständlich seien.¹²⁶ *Drittens* erweise sich die Materialienrecherche als außerordentlich zeitraubend und gleiche der Suche nach einer Nadel im Heuhaufen: „and more often than not the needle is not there“¹²⁷.

In jüngerer Zeit wuchs die Kritik an der *exclusionary rule*. *Lord Denning*, der wohl einflussreichste englische Richter des 20. Jahrhunderts und *Master of the Rolls*, gab in zwei Entscheidungen aus den Jahren 1977 und 1981 zu, heimlich in *Hansard*, dem Publikationsorgan der Parlamentsdebatten¹²⁸, geblättert zu haben¹²⁹, und stellte die rhetorische Frage, warum Richter bei der Suche nach der Bedeutung eines Gesetzes im Dunkeln tappen sollten, wenn sie leicht das Licht anknipsen könnten.¹³⁰ Die *Law Commission* räumte in ihrem umfangreichen Bericht über *statutory interpretation* aus dem Jahre 1969 die Bedeutung der Parlamentsmaterialien für die Gesetzesauslegung ein, vermochte sich aber aus praktischen Erwägungen nicht zur Aufgabe der Ausschlussregel durchzuringen.¹³¹

to make any judicial use of proceedings in Parliament for the purposes of interpreting statutes.“

¹²⁶ Vgl. etwa *Fothergill v. Monarch Airlines Ltd.* [1981] AC 251, 279 (*Lord Diplock*): „[...] the need for legal certainty demands that the rules by which the citizen is to be bound should be ascertainable by him (or, more realistically, by a competent lawyer advising him) by reference to identifiable sources that are publicly accessible.“

¹²⁷ *Lord Reid*, (1972–73) XII J.S.P.T.L. 22, 28 (1972–73): „We say we are trying to find the intention of Parliament. So why do we not look at Hansard? Because we would be looking for a needle in the haystack and more often than not the needle is not there.“

¹²⁸ Die Bezeichnung stammt von der *Hansard*-Familie. *Luke Hansard* war der Drucker des *Journal of the House of Commons* von 1774 bis 1828, seine Söhne und Enkel führten das Geschäft fort.

¹²⁹ Vgl. *Davis v. Johnson* [1979] AC 264, 276 f. (*Lord Denning*); *Hadmore Production v. Hamilton* [1983] 1 AC 191, 201 (*Lord Denning*): „But in cases of extreme difficulty, I have often dared to do my own research. I have read Hansard just as if I had been present in the House during a debate on the Bill. And I am not the only one to do so.“

¹³⁰ Vgl. *Davis v. Johnson* [1979] AC 264, 276 (*Lord Denning*): „Some may say – and indeed have said – that judges should not pay any attention to what is said in Parliament. They should grope about in the dark for the meaning of an Act without switching on the light. I do not accede to this view.“

¹³¹ Vgl. *The Law Commission (No.21) and The Scottish Law Commission (No. 11), The Interpretation of Statutes*, 1969, S. 31 f.

2. *Pepper v. Hart* (1992): Lockerung der „*exclusionary rule*“

Einen methodischen Paradigmenwechsel¹³² brachte erst die Grundsatzentscheidung *Pepper v. Hart* aus dem Jahre 1992¹³³, in der es um die Auslegung eines Steuergesetzes ging: Privatschulen hatten ihren Lehrern vertraglich zugesagt, deren Kinder für ein Fünftel der üblichen Schulgebühren auszubilden. Für die steuerliche Bemessung dieses geldwerten Vorteils kam es nach dem *Financial Act 1976* auf die dadurch entstehenden „Kosten“ an. Die Finanzverwaltung stellte auf die Durchschnittskosten eines Schülers ab, die steuerpflichtigen Lehrer auf die Zusatz- oder Grenzkosten, die weitaus geringer ausfielen, weil die Kapazitäten der Privatschule nicht ausgeschöpft waren. Es stellte sich heraus, dass sich ein Abteilungsleiter des Finanzministeriums während der parlamentarischen Debatte für die Zusatzkosten als maßgebliche Bemessungsgrundlage ausgesprochen hatte. Das *House of Lords*, das ursprünglich zugunsten der Finanzverwaltung entscheiden wollte, rückte daraufhin mit 6:1 Richterstimmen von der *exclusionary rule* ab: Es sei nicht einzusehen, so die von *Lord Browne-Wilkinson* verfasste Mehrheitsmeinung, warum die Gerichte dem Willen des Gesetzgebers durch Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien nicht zur Durchsetzung verhelfen sollten.¹³⁴ Allerdings knüpft das *House of Lords* die Lockerung der *exclusionary rule* an drei Voraussetzungen: *Erstens* müsse die auszulegende Vorschrift mehrdeutig oder unklar sein oder zu einem sinnwidrigen Ergebnis führen. *Zweitens* kämen nur parlamentarische Stellungnahmen eines Ministers oder eines sonstigen Betreibers des Gesetzesvorschlags in Betracht. *Drittens* müsse eine solche Stellungnahme eindeutig sein.¹³⁵ *Lord Mackay* wandte in seiner *dissenting opinion* ein, dass die Prozessvertreter die Gesetzesmaterialien nach den

¹³² Dazu auch *Brudney*, 85 Wash. U. L. Rev. 1, 6 (2007): „*Pepper v. Hart* was a watershed decision in constitutional as well as practical terms“.

¹³³ [1993] AC 593.

¹³⁴ Vgl. *Pepper v. Hart* [1993] AC 593, 635A (*Lord Browne-Wilkinson*): „But in a few cases it may emerge that the very question was considered by Parliament in passing the legislation. Why in such a case should the courts blind themselves to a clear indication of what Parliament intended in using those words?“

¹³⁵ Vgl. *Pepper v. Hart* [1993] AC 593, 640C (*Lord Browne-Wilkinson*): „I therefore reach the conclusion, subject to any question of Parliamentary privilege, that the exclusionary rule should be relaxed so as to permit reference to Parliamentary materials where (a) legislation is ambiguous or obscure, or leads to an absurdity; (b) the material relied upon consists of one or more statements by a Minister or other promoter of the Bill together if necessary with such other Parliamentary material as is necessary to understand such statements and their effect; (c) the statements relied upon are clear.“

neuen Interpretationsregeln praktisch in allen Fällen durchforsten müssten, was die Prozesskosten bedrohlich anschwellen lasse.¹³⁶

3. Aktuelle Rechtsentwicklung: Fundamentalkritik und grundsätzliches Festhalten an *Pepper v. Hart*

Die Reaktionen auf *Pepper v. Hart* fielen gemischt aus. Akademische Kritik wurde vor allem unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten geübt: Es stelle eine Verletzung der Gewaltenteilung dar, wenn die Meinung des zuständigen Ministers bei ausbleibenden Änderungen des Gesetzesvorschlages als Artikulation des Parlamentswillens verstanden werde.¹³⁷ Eine solche Auslegungspraxis biete der Regierung zudem Anreize, umstrittene Punkte, vor deren Aufnahme in den Gesetzestext sie zurückscheut, in die parlamentarische Debatte und damit in *Hansard* einzuschleusen.¹³⁸ Weiterhin habe sich das *House of Lords* nicht mit den erkenntnistheoretischen Problemen auseinandergesetzt, welche die Annahme eines einheitlichen Gesetzgeberwillens aufwerfe.¹³⁹

¹³⁶ Vgl. *Pepper v. Hart* [1993] AC 593, 614G (*Lord Mackay*): „I believe that practically every question of statutory construction that comes before the courts will involve an argument that the case falls under one or more of these three heads. It follows that the parties' legal advisors will require to study *Hansard* in practically every such case to see whether or not there is any help to be gained from it.“; 615F: „Your Lordships are well aware that the costs of litigation are a subject of general public concern and I personally would not wish to be a party to changing a well established rule which could have a substantial effect in increasing these costs against the advice of the Law Commissions and the Renton Committee unless and until a new inquiry demonstrated that that advice was no longer valid.“

¹³⁷ Vgl. *Styles*, *Oxford Journal of Legal Studies* 14 (1994), 151, 157: „[A]s the vast majority of authoritative statements by promoters are in practice made by ministers, the referral by the courts to such statements will in practice mean that the courts are directly referring to the opinions of the government ministers. Thus not only have the courts formally surrendered their powers in favour of Parliament but they have in fact surrendered them to the Government – to the executive acting through the legislature. This would constitute a major power shift in the British constitution.“; gleichsinnig *Kavanagh*, *L. Q. Rev.* 121 (2005), 98, 102.

¹³⁸ Vgl. *Kavanagh*, *L. Q. Rev.* 121 (2005), 98, 106 f.: „The rule in *Pepper v Hart* contains an obvious temptation for the executive to bypass the burdensome enactment process in order to specify the details of legislation through the less onerous route of expressions on intent in Parliamentary debates.“; *Munday*, *Justice of the Peace* 170 (2006), 124, 127: „It is also a concern that, through this medium, interpretations could be deliberately embedded by the more cunning political managers or by those who head the dominant political groupings.“

¹³⁹ Vgl. *Munday*, *RabelsZ* 75 (2011), Heft 4; eingehend auch *Lord Steyn*, *Oxford Journal of Legal Studies* 21 (2001), 59, 64 ff.

In der Richterschaft ist die anfängliche Begeisterung über *Pepper v. Hart* allmählich einer gewissen Ernüchterung gewichen: *Lord Hoffmann* klagte im Gefolge dieser Entscheidung über gestiegene Prozesskosten und Effizienzverluste, nach zehnjähriger Erfahrung habe sich *Lord Mackay*, der damalige *dissenter*, als besserer Prophet erwiesen mit seiner Vorhersage, wie selten die Parlamentsdebatten hilfreich seien, verglichen mit der enormen Belastung der Anwaltschaft bei ihrer Auswertung¹⁴⁰; *Lord Millett* sprach in einer Rede vor der *Chancery Bar* von einer „regrettable decision“¹⁴¹ und *Lord Steyn* warb in seiner *Hart Lecture* in Oxford aus dem Jahre 2000 für eine teilweise Rechtsrückbildung von *Pepper v. Hart*: Im Lichte praktischer Erfahrungen habe sich der Rückgriff auf parlamentarische Materialien als kostspieliger Luxus erwiesen¹⁴², der kaum Vorteile bringe und verfassungsrechtlich fragwürdig sei: Er gebe der Exekutive das Recht, jeden Gesetzesvorschlag mit einer eigenen Glosse zu versehen, und versetze sie so in den Stand, selbst Recht zu setzen.¹⁴³

Ungeachtet dieser Kritik und gewisser Einschränkungen in nachfolgenden Entscheidungen hält das *House of Lords* – bzw. der *UK Supreme Court*, wie das Gericht seit 2009 offiziell heißt – im Grundsatz weiter an *Pepper v. Hart*

¹⁴⁰ Vgl. *Robinson v. Secretary of State*, [2002] N. Ir. L.R. 390, 405 (*Lord Hoffmann*): „Speaking for myself, I think that Lord Mackay has turned out to be the better prophet. Reference to Hansard are now fairly frequently included in argument and beneath those references there must lie a large spoil heap of [parliamentary] material which has been mined in the course of research without yielding anything worthy even of a submission.“; zuletzt *Chartbrook Ltd v. Persimmon Ltd* [2009] 3 WLR 267, 281D (*Lord Hoffmann*): „Your Lordships’ experience in the analogous case of resort to statements in Hansard under the Rule in *Pepper v Hart* [1993] AC 593 suggests that such evidence will be produced in any case in which there is the remotest chance that it may be accepted and that even these cases will be only the tip of a mountain of discarded but expensive investigation.“

¹⁴¹ *Lord Millett*, 20 Statute L. Rev. 107, 110 (1999).

¹⁴² *Lord Steyn*, in Markesinis (ed.), *The Clifford Chance Millennium Lectures*, 2000, S. 79, 87: „expensive luxury in our legal system“.

¹⁴³ Vgl. *Lord Steyn*, *Oxford Journal of Legal Studies* 21 (2001), 59, 68: „It was a rule of constitutional importance which guaranteed that only Parliament, and not the executive, ultimately legislates; and that the courts are obliged to interpret and apply what Parliament has enacted, and nothing more or less. To give the executive, which promotes a Bill, the right to put its own gloss on the Bill is a substantial inroad on a constitutional principle, shifting legislative power from Parliament to the executive. [...] *Pepper v Hart* treats qualifying ministerial policy statements as canonical. It treats them as a source of law. It is in constitutional terms a retrograde step: it enables the executive to make law.“; ferner *Chartbrook Ltd v. Persimmon Ltd* [2009] 3 WLR 267, 281D (*Lord Hoffmann*): „*Pepper v Hart* has also encouraged ministers and others to make statements in the hope of influencing the construction which the courts will give to a statute [...]“.

fest.¹⁴⁴ Mit feinem Spott hat ein Lordrichter den Anhängern der überkommenen *exclusionary rule* kürzlich sogar zugerufen, sie täten so, als sei derjenige, der offen in den Gesetzesmaterialien blättere, mit einem Schmuttelheftchen erwischt worden.¹⁴⁵ Ein letztes: Indem *Pepper v. Hart* den Rückgriff auf die Entstehungsgeschichte eröffnet, befördert die Entscheidung zugleich den vordringenden *purposive approach* bei der Gesetzesauslegung im englischen Recht, der den subjektiven Gesetzeszweck als Leitlinie der Interpretation anerkennt.¹⁴⁶ Die überkommene *literal rule*, die ganz auf den Gesetzeswortlaut fixiert war, scheint damit endgültig überwunden.

IV. Gesetzesmaterialien in den Vereinigten Staaten: Zwischen Intentionalism, Textualism und Dynamic Statutory Interpretation

In der Frühphase der Vereinigten Staaten übernahmen die dortigen Gerichte mit dem englischen Rechtssystem auch dessen Auslegungsregeln einschließlich der *exclusionary rule*.¹⁴⁷ Eine methodische Emanzipation setzte erst nach dem amerikanischen Bürgerkrieg in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts ein.¹⁴⁸

1. Intentionalism

a) Auslegungsziel und Auslegungsmethoden

Die dann folgende sog. klassische Periode ist gekennzeichnet durch den Siegeszug des *Intentionalism*, der den Willen des historischen Gesetzgebers zu ermitteln versucht. Repräsentativ hieß es in verschiedenen Entscheidungen

¹⁴⁴ Argumentationsgesättigte Stellungnahme bei *Vogener*, Oxford Journal of Legal Studies 25 (2005), 629; kritisch zuletzt *Munday*, *RabelsZ* 75 (2011), Heft 4.

¹⁴⁵ Vgl. *Cooke*, 53 *Int'l & Comp. L. Q.* 273, 282 (2004): „Some traditionalists react as if to be seen openly to read Hansard is akin to being caught with pornography.“

¹⁴⁶ Vgl. *R (o/a Quintavalle) v Secretary of State for Health* [2003] 2 AC 687, 700: „The pendulum has swung towards purposive methods of construction. This change was not initiated by the teleological approach of European Community jurisprudence, and the influence of European legal culture generally, but it has been accelerated by European ideas. [...] [T]he shift towards purposive interpretation is not in doubt.“

¹⁴⁷ Vgl. etwa *The Charles River Bridge v. The Warren Bridge*, 36 U.S. 420, 545 (1837): „We adopt and adhere to the rules of construction known to the English common law.“

¹⁴⁸ Vorzügliche rechtsvergleichende Aufbereitungen bei *Melin*, Gesetzesauslegung in den USA und in Deutschland, 2005, S. 77 ff. und *passim*; *Brudney*, Below the Surface: Comparing Legislative History Usage by the House of Lords and the Supreme Court, 85 *Wash. U. L. Rev.* 1 (2007); und *Healy*, Legislative Intent and Statutory Interpretation in England and the United States, 35 *Stan. J. Int'l L.* 231 (1999).

des *Supreme Court*: „The intention of the lawmaker constitutes the law.“¹⁴⁹ Es versteht sich von selbst, dass der Entstehungsgeschichte des Gesetzes bei einem solchen Auslegungsziel eine Schlüsselrolle zukommt. Den endgültigen Bruch mit der hergebrachten *exclusionary rule* brachte die Entscheidung des *Supreme Court* in Sachen *Church of the Holy Trinity v. U.S.*¹⁵⁰ aus dem Jahre 1892.¹⁵¹ Allerdings wurde die Bedeutung der Gesetzesmaterialien in der Spätphase der klassischen Periode zugunsten einer stärker wortlautgetreuen Auslegung zurückgedrängt. Zur Begründung verwies man darauf, dass der Gesetzeswortlaut das beste Indiz für die gesetzgeberische Absicht sei.¹⁵²

b) Kritik und Antikritik

Anfang des 20. Jahrhunderts formierte sich allmählich eine Gegenbewegung, welche die Fokussierung auf die Gesetzesmaterialien und den Formalismus der klassischen Spätphase scharf attackierte. Mit den inzwischen geflügelten Worten von *Oliver Wendell Holmes*: „The life of the law has not been logic, it has been experience.“¹⁵³ Die einzelnen Kritikpunkte der *legal realists* klingen aus deutscher Sicht vertraut: Ein kollektiver Wille des Gesetzgebers lasse sich nicht feststellen.¹⁵⁴ Zudem würden einzelne Abgeordnete im Parlament strategisch argumentieren, um ein politisch gewolltes Gesetz durchzusetzen oder ein ungewolltes zu verhindern. Schließlich sei die Suche nach dem *legislative intent* so beliebig, dass Richter unter Berufung auf einen angeblichen Willen des Gesetzgebers ihre eigenen Wertungen einschmuggeln könnten.

¹⁴⁹ *U.S. v. Hartwell*, 73 U.S. 385, 396 (1868); *Atkins v. The Disintegrating Company*, 85 U.S. 272, 301 (1873); *Indianapolis & St. L. R. Co. v. Horst*, 93 U.S. 291, 300 (1876).

¹⁵⁰ 143 U.S. 457 (1892).

¹⁵¹ Dazu *Baade*, 69 Tex. L. Rev. 1063, 1091 n. 644 (1991): „[Holy Trinity] mark[ed] the definite rejection of the Court’s exclusionary rule.“; ferner *Frickey*, 77 Minn. L. Rev. 241, 247 (1992): „Holy Trinity Church is the case you always cite when the statutory text is hopelessly against you.“

¹⁵² Vgl. *The Saratoga*, 9 F. 322, 325 (1880): „The primary maxim for ascertaining the intent of a statute is to look first of all to the language of the act itself.“; aus englischer Perspektive zuvor bereits *The Sussage Peerage*, 8 Eng. Rep. 1034, 1057 (1844): „The words themselves alone [...] best declare the intention of the lawgiver.“

¹⁵³ *Holmes*, *The Common Law*, 1881, S. 1.

¹⁵⁴ Vgl. *Radin*, 43 Harv. L. Rev. 863, 870 (1930): „A legislature certainly has no intention whatever in connection with words which some two or three men drafted, which a considerable number rejected, and in regard to which many of the approving majority might have had, and often demonstrably did have, different ideas and beliefs.“

Dessen ungeachtet hat die Bedeutung der Entstehungsgeschichte in der amerikanischen Spruchpraxis seit den dreißiger Jahren des vergangenen Jahrhunderts beständig zugenommen. Der *Supreme Court* zeigte sich entgegen früherer Tradition sogar bereit, von einem eindeutigen Gesetzeswortlaut abzurücken, wenn sich aus der Entstehungsgeschichte ergab, dass ein Festhalten hieran offensichtlich nicht dem Willen des Gesetzgebers oder dem Zweck des Gesetzes entsprach.¹⁵⁵ Der sog. *plain meaning rule*, die dem zuvor entgegenstand, wurde nur mehr der Status eines Erfahrungswertes, eines „axiom of experience“¹⁵⁶, zugeschrieben. In jüngerer Zeit betont der *Supreme Court* indes wieder stärker den Wert des Gesetzeswortlauts. In bemerkenswerter Übereinstimmung mit der stehenden Formel des BVerfG¹⁵⁷ heißt es in einer neueren Entscheidung aus der Feder von *Justice Kennedy*:

„As we have repeatedly held, the authoritative statement is the statutory text, not the legislative history or any other extrinsic material. Extrinsic materials have a role in statutory interpretation only to the extent they shed a reliable light on the enacting Legislature’s understanding of otherwise ambiguous terms. Not all extrinsic materials are reliable sources of insight into legislative understandings, however, and legislative history is vulnerable to two serious criticisms. First, legislative history is itself often murky, ambiguous, and contradictory. [...] Second, judicial reliance on legislative materials like committee reports [...] may give unrepresentative committee members – or, worse yet, unelected staffers and lobbyists – both the power and the incentive to attempt strategic manipulations of legal history to secure results they were unable to achieve through the statutory text.“¹⁵⁸

Im Schrifttum beharren zahlreiche Stimmen ebenfalls auf der Zulässigkeit und Nützlichkeit entstehungsgeschichtlicher Auslegung, auch wenn Missbrauchsmöglichkeiten nicht geleugnet werden.¹⁵⁹ Zuweilen wird versucht, zwischen verschiedenen Formen von Gesetzesmaterialien zu unterscheiden, indem man etwa Redebeiträgen während der Parlamentsdebatte eine schwächere Indizwirkung beilegt als Ausschussberichten.¹⁶⁰ Mit dem sog. *Purposivism* hat sich schließlich eine weitere, dem *Intentionalism* allerdings eng ver-

¹⁵⁵ Vgl. *U.S. v. American Trucking Associations*, 310 U.S. 534, 543 f. (1940); *U.S. v. Dickerson*, 310 U.S. 554, 562 (1940).

¹⁵⁶ *Boston Sand & Gravel Co. v. U.S.*, 278 U.S. 41, 48 (1928) (*Holmes, J.*).

¹⁵⁷ Fn. 72.

¹⁵⁸ *Exxon Mobil Corp. v. Allapattah Services, Inc.*, 545 U.S. 546, 568 f. (2005).

¹⁵⁹ Repräsentativ etwa *Breyer*, 65 S. Cal. L. Rev. 845, 847 (1992): „I should like to defend the classical period and convince you that those who attack it ought to claim victory once they have made judges more sensitive to problems of the abuse of legal history they ought not condemn its use altogether. They should confine their attack to the outskirts and leave the citadel at peace.“

¹⁶⁰ Vgl. etwa *Maltz*, 63 Tul. L. Rev. 1, 27 (1988): „In contrast to committee reports and explanations of floor managers, most statements made during debate by either supporters or opponents are not strong evidence of general legislative understanding.“

wandte Auslegungslehre herausgebildet: Ihr gelten Gesetzesmaterialien nur insoweit als relevant, als sie dem Verständnis des allgemeinen Gesetzeszweckes, des „purpose of the statute“, dienen.¹⁶¹

2. (New) Textualism

In jüngerer Zeit hat die soeben geschilderte Zurückdrängung des Gesetzeswortlauts zugunsten der Entstehungsgeschichte zunehmend Kritiker auf den Plan gerufen. Sie kleideten ihre Kritik zunächst in ein ironisches Gewand: Man solle den Gesetzestext bei der Auslegung zu Rate ziehen, so ihre scherzhafte Auslegungsdirektive, aber nur, wenn die Entstehungsgeschichte mehrdeutig sei.¹⁶² Das Lachen verging ihnen, als der *Supreme Court* 1971 tatsächlich in diesem Sinne judizierte: „The legislative history [...] is ambiguous. [...] Because of this ambiguity, it is clear that we must look primarily to the statutes themselves to find the legislative intent.“¹⁶³ Gegner des *Intentionalism* entwickelten daraufhin einen methodischen Alternativentwurf, für den sich die Bezeichnung (New) *Textualism* eingebürgert hat. Sie befürworten die Rückkehr zu einer streng am Wortlaut orientierten Gesetzesauslegung und lehnen sonstige Auslegungsmethoden grundsätzlich ab. Das gilt mit Begründungsunterschieden im Einzelnen auch für einen Rückgriff auf die Gesetzesmaterialien.

a) Antonin Scalia: Gesetzesmaterialien und fehlende demokratische Legitimität

Antonin Scalia, Richter am *Supreme Court* und wortmächtiger Anführer der Textualisten, spricht den Gesetzesmaterialien jede demokratische Legitimität ab¹⁶⁴ und hält ihre Heranziehung sogar für verfassungswidrig.¹⁶⁵ Sein Hauptargument gleicht dem Form- oder Promulgationsargument deutscher Objektivisten: Die *legislative history* sei nicht in dem für Gesetze vorgese-

¹⁶¹ Vgl. *Hart/Sacks*, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law* (Eskridge/Frickey eds., 1994), S. 1379: „The history should be examined for the light it throws on general purpose.“

¹⁶² So etwa *Frankfurter*, 47 *Colum. L. Rev.* 527, 543 (1947): „Spurious use of legislative history must not swallow the legislation so as to give point to the quip that only when legislative history is doubtful do you go to the statute.“

¹⁶³ *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe*, 401 U.S. 402, 412 Fn. 29 (1971).

¹⁶⁴ Vgl. *Conroy v. Aniskoff*, 507 U.S. 511, 519 (1993) (Scalia, J., concurring): „The greatest defect of legislative history is its illegitimacy.“

¹⁶⁵ Vgl. *Scalia*, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, 1997, S. 3, 29 ff., 35.

henen Verfahren verabschiedet worden und habe daher keinerlei bindende Wirkung für die Gerichte. In Abwandlung der berühmten Sentenz von *Chief Justice Marshall in Marbury v. Madison*¹⁶⁶ formuliert *Scalia*: „We are a government of laws, not of committee reports.“¹⁶⁷ Außerdem rügt er, dass es in 99,99% aller streitigen Auslegungsfälle gar keinen gesetzgeberischen Willen gebe, so dass Schlussfolgerungen aus der Entstehungsgeschichte notwendig falsch seien.¹⁶⁸ Dem Einwand, sein Rechtsverständnis sei formalistisch, begegnet er offensiv: „Of course it’s formalistic! The rule of law is *about* form.“¹⁶⁹ Eine eng am Wortlaut orientierte Auslegung, ergänzen andere, erhöhe die Vorhersehbarkeit von Entscheidungen und habe sogar einen pädagogischen Effekt: Ein Gesetzgeber, der merke, dass die Gerichte dem Wortlaut mehr Bedeutung beimessen, werde sich mit seinen Formulierungen mehr Mühe geben.¹⁷⁰

*b) Frank Easterbrook: Gesetzesmaterialien
und Public-Choice-Theorie*

Frank Easterbrook, Bundesrichter und früher Vordenker der ökonomischen Analyse im Gesellschaftsrecht, begründet seine Skepsis gegenüber der Entstehungsgeschichte vornehmlich mit Erkenntnissen der *Public-Choice*-Theorie, also der neuen politischen Ökonomie¹⁷¹: Sie legten den Schluss nahe, dass Gesetzesmaterialien besonders manipulationsanfällig seien und ein Einfallstor für Gruppeninteressen böten, die im Parlament keine Mehrheit gefunden hätten. Vor diesem Hintergrund bezeichnet er die „legislative history“

¹⁶⁶ 5 U.S. 137, 163 (1803): „The government of the United States has been emphatically termed a government of laws, and not of men.“

¹⁶⁷ *Wisconsin Public Intervenor v. Mortier*, 501 U.S. 597, 621 (1991) (*Scalia, J.*).

¹⁶⁸ Vgl. *Scalia* (Fn. 165), S. 3, 31 f.: „What is most exasperating about the use of legislative history, however, is that it does not even make sense for those who *accept* legislative intent as the criterion. It is much more likely to produce a false or contrived legislative intent than a genuine one. The first and most obvious reason for this is that, with respect to 99.99 percent of the issues of construction reaching the courts, there *is* no legislative intent, so that any clues provided by the legislative history are bound to be false.“

¹⁶⁹ *Scalia* (Fn. 165), S. 3, 25.

¹⁷⁰ Vgl. *Summers*, 89 Mich. L. Rev. 1302, 1320 (1991): „At the same time, judicial adherence to the ordinary meaning of ordinary words in the statute may encourage the legislature to legislate more explicitly and thereby discourage ‚legislation‘ hidden in mere committee reports and the like [...]. Judicial adherence to the relevant ordinary meanings of ordinary words can also operate to encourage careful drafting and thus serve not only legitimacy and democracy but also the values specific to the rule of law.“

¹⁷¹ Vgl. etwa *Arrow*, *Social Choice and Individual Values*, 2d ed. 1963; *Buchanan/Tullock*, *The Calculus of Consent*, 1962.

auch als „loser’s history“, weil Abgeordnete zunehmend nach der Devise vorgehen: „If you can’t get your proposal into the bill, at least write the legislative history to make it look as if you’d prevailed.“¹⁷² Darüber hinaus warnt *Easterbrook* vor einer Verfälschung des im Gesetz getroffenen Kompromisses: Die Gerichte dürften eine bewusst vage Gesetzesformulierung nicht unter Berufung auf einen angeblich wahren Willen des Gesetzgebers korrigieren.¹⁷³

c) *Adrian Vermeule: Gesetzesmaterialien und Kosten-Nutzen-Erwägungen*

Adrian Vermeule, früher *law clerk* bei *Scalia* und heute Professor an der *Harvard Law School*, hat jüngst den wohl radikalsten Neuentwurf einer Methodenlehre vorgelegt. In seiner Monographie „Judging Under Uncertainty“ wirbt er für einen *institutional turn*, der sowohl den judiziellen Irrtumskosten bei der Rechtsfindung als auch der fehlenden Präjudizienbindung in Methodenfragen Rechnung trägt.¹⁷⁴ Richter wüssten im Vorhinein nicht, so seine These, ob die Auswertung der Entstehungsgeschichte mehr Klarheit als Verwirrung erzeuge; sicher sei indes, dass sie zu beträchtlichen Kosten führe.¹⁷⁵ Unter Kosten-Nutzen-Gesichtspunkten und bei Anwendung des Prinzips des unzureichenden Grundes aus der Entscheidungstheorie empfehle es sich daher, von allen weiteren Auslegungsmethoden, namentlich der historischen Auslegung, abzusehen, wenn der Gesetzeswortlaut eindeutig sei.¹⁷⁶

¹⁷² *In re Sinclair*, 70 F.2.d 1340, 1343 (7th Cir. 1989) (*Easterbrook*, J.).

¹⁷³ Vgl. *Easterbrook*, 11 Harv. J.L. & Pub. Pol’y 59, 63 (1988); *ders.*, 50 U. Chi. L. Rev. 533, 540, 544 (1983): „Almost all statutes are compromises, and the cornerstone of many a compromise is the decision, usually unexpressed, to leave certain issues unresolved. [...] My suggestion is that unless the statute plainly hands courts the power to create and revise a form of common law, the domain of the statute should be restricted to cases anticipated by its framers and expressly resolved in the legislative process.“; zusammenfassend zuletzt *Manning*, 98 Cal. L. Rev. 1287 (2010): „Second-generation textualism argues that lawmaking inevitably involves compromise; that compromise sometimes requires splitting the difference; and that courts risk upsetting a complex bargain among legislative stakeholders if judges rewrite a clear but messy statute to make it more congruent with some asserted background purpose.“

¹⁷⁴ Vgl. *Vermeule*, *Judging Under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*, 2006; dazu die Besprechungen von *Eskridge*, 119 Harv. L. Rev. 2041 (2006); *Nelson*, 74 U. Chi. L. Rev. 329 (2007); *Siegel*, 92 Minn. L. Rev. 387 (2007).

¹⁷⁵ Vgl. *Vermeule* (Fn. 174), S.183 ff.

¹⁷⁶ Vgl. *Vermeule* (Fn. 174), S. 193.

3. *Dynamic Statutory Interpretation*

Hinzuweisen ist schließlich noch auf eine neuere Gegenströmung zum *Textualism*, die sich das Ziel einer dynamischen Gesetzesauslegung auf ihre Fahnen geschrieben hat. Sie hält, vergleichbar der geltungszeitlichen Auslegung deutscher Prägung, eine richterrechtliche Anpassung des Gesetzes an veränderte Verhältnisse auch gegen den Willen des historischen Gesetzgebers für möglich. Ihre Anhänger eint das Misstrauen gegenüber der Legislative und das Bestreben, im Wege dynamischer Auslegung eine Lähmung des Kongresses zu überwinden und Mängel der Gesetzgebung auszumerzen. Im Übrigen zählen zu den Repräsentanten der *Dynamic Statutory Interpretation* so unterschiedliche Geister wie der Rechtsphilosoph *Ronald Dworkin*¹⁷⁷, der Rechtsökonom *Guido Calabresi*¹⁷⁸, der Rechtstheoretiker *William Eskridge*¹⁷⁹ und der *Behaviorial-Law-and-Economics*-Mitbegründer *Cass Sunstein*¹⁸⁰. Zur Beschreibung ihres Interpretationsmodells greifen sie auch auf bildhafte Vergleiche zurück: Nach einem nautisch inspirierten Bild ist ein Gesetz wie ein Schiff, das vom Gesetzgeber gebaut und auf eine Reise geschickt wurde; der Kurs des Schiffes wird von ihm nur sehr grob vorgegeben; auf hoher See bestimmt in erster Linie die Besatzung über die genaue Route.¹⁸¹ Einer weiteren Metapher zufolge gleicht der Auslegungsprozess einer Art Fortsetzungsroman, bei dem verschiedene Schriftsteller nach und nach eine Geschichte erzählen; der Gesetzgeber verfasst mit dem Normsetzungsakt nur das erste Kapitel dieser Geschichte.¹⁸²

¹⁷⁷ Vgl. *Dworkin* (Fn. 11), S. 313 ff.

¹⁷⁸ Vgl. *Calabresi*, *A Common Law for the Age of Statutes*, 1982, S. 1, 87–89, 214–216.

¹⁷⁹ Vgl. *Eskridge*, *Dynamic Statutory Interpretation*, 1994, S. 49 ff. und passim.

¹⁸⁰ Vgl. *Sunstein*, 103 *Harv. L. Rev.* 405 (1989).

¹⁸¹ So *Aleinikoff*, 87 *Mich. L. Rev.* 20, 21 (1988): „Congress builds a ship and charts its initial course, but the ship's ports-of-call, safe harbors and ultimate destination may be a product of the ship's captain, the weather, and other factors not identified at the time the ship sets sail. This model understands a statute as an on-going process (a voyage) in which both the shipbuilder and subsequent navigators play a role. The dimensions and structure of the craft determine where it is capable of going but the current course is set primarily by the crew on board.“

¹⁸² In diesem Sinne *Dworkin*, 60 *Tex. L. Rev.* 527, 541 (1982): „Suppose that a group of novelists is engaged for a particular project and that they draw lots to determine the order of the play. The lowest number writes the opening chapter of a novel, which he or she then sends to the next number who adds a chapter, with the understanding that he is adding a chapter to that novel rather than beginning a new one, and then sends the two chapters to the next number, and so on.“

4. Gegenwärtiger Entwicklungsstand

Insgesamt präsentiert sich die Auslegungslehre in den Vereinigten Staaten als wenig homogen. Noch heute gilt daher in gewisser Weise der ernüchternde Befund von *Henry Hart* und *Albert Sacks* aus dem Jahre 1958, dass „the hard truth of the matter is that American courts have no intelligible, generally accepted, and consistently applied theory of statutory interpretation“^{183,184} Dies rührt zum Teil daher, dass die *stare decisis*-Wirkung des US-amerikanischen Präjuziziensystems nicht für methodologische Aussagen der Gerichte gilt.¹⁸⁵ Abseits der Verfassungsauslegung, die den rechtswissenschaftlichen Diskurs dominiert, zeigen sich indes in der Interpretation einzelstaatlichen Rechts Bestrebungen, durch gesetzliche Auslegungsregeln oder richterrechtliche Vorgaben zu einer besseren Vorstrukturierung der Entscheidungsfindung zu gelangen.¹⁸⁶ Sie laufen nach Einschätzung mancher Beobachter auf einen *New Modified Textualism* hinaus, der eine klare Hierarchie der Auslegungsmethoden kennt: „textual analysis, then legislative history, then default judicial presumptions – and it includes legal history“¹⁸⁷. Als ein besonders prominentes Beispiel werden die Auslegungsregeln des texanischen *Code Construction Act* genannt:

„§ 311.023. Statute Construction Aids

In construing a statute, whether or not the statute is considered ambiguous on its face, a court may consider among other matters the (1) object sought to be attained; (2) circumstances under which the statute was enacted; (3) legislative history; (4) common law or former statutory provisions, including laws on the same or similar subjects; (5) consequences of a particular construction; (6) administrative construction of the statute; and (7) title (caption), preamble and emergency provision.“

¹⁸³ *Hart/Sacks* (Fn. 161), S. 1169.

¹⁸⁴ Zuletzt in diesem Sinne *Foster*, 96 *Geo L.J.* 1863, 1866 (2008): „Scholars and judges [...] have agreed that this characterization continues to be an accurate description of American courts.“

¹⁸⁵ Vgl. *Foster*, 96 *Geo L.J.* 1863, 1872 (2008): „Many scholars have asserted in passing that the courts do not give doctrines of statutory interpretation *stare decisis* effect without engaging in further analysis.“; *Gluck*, 119 *Yale L.J.* 1750, 1754 (2010): „Methodological *stare decisis* – the practice of giving precedential effect to judicial statements about methodology – is generally absent from the jurisprudence of mainstream federal statutory interpretation, but appears to be a common feature of some states’ statutory case law.“

¹⁸⁶ Näher *Gluck*, *The States as Laboratories of Statutory Interpretation: Methodological Consensus and the New Modified Textualism*, 119 *Yale L.J.* 1750 (2010).

¹⁸⁷ *Gluck*, 119 *Yale L.J.* 1750, 1758 (2010).

V. Rechtsvergleichende Schlussfolgerungen

Welche Schlussfolgerungen lässt dieser rechtsvergleichende Streifzug durch die Welt der Gesetzesmaterialien zu?

1. Zunächst ist allenthalben ein neu erwachtes Interesse an Fragen der Methodenlehre und Gesetzesauslegung zu beobachten.¹⁸⁸ Beendet scheint damit eine lange Zeitspanne wissenschaftlichen Desinteresses¹⁸⁹, die man in den Vereinigten Staaten in Anlehnung an *Raymond Chandlers* berühmten Roman als „The Big Sleep“ bezeichnet hat.¹⁹⁰ Gesetzesauslegung galt vielen Juristen währenddessen als „merely a thing one does, not a discrete subject one discusses and analyses“¹⁹¹. Gleichsinnig hatte sich hierzulande *Ernst Rabel* geäußert: „Jeder gute Jurist hat eine Methode“, ließ er sich vernehmen, „aber er redet nicht darüber.“¹⁹² Dass dieses Schweigegelübde nun länderübergreifend gebrochen wird, ist löblich und etwa für die Ausarbeitung einer Europäischen Methodenlehre ebenso erfreulich wie unerlässlich.¹⁹³

2. Sodann zeichnet sich mit aller gebotenen Vorsicht eine gewisse Konvergenz der Rechtsmethoden in den kontinentaleuropäischen und angelsächsischen Systemen ab¹⁹⁴: Der Rückgriff auf die Gesetzesmaterialien gilt heute fast überall als zulässig.¹⁹⁵ Aus rechtsvergleichender Sicht nicht überraschend,

¹⁸⁸ Stellvertretend für viele *Eskridge* (Fn. 11), S. 1: „Statutory interpretation is the Cinderella of legal scholarship. Once scorned and neglected, it now dances in the ballroom.“

¹⁸⁹ Vgl. noch *Weisberg*, 35 *Stan. L. Rev.* 213 (1983): „[T]he general contemporary American view of statutory interpretation is that there is not a great deal to say about the subject. As a result, nothing else as important in the law receives so little attention.“

¹⁹⁰ Vgl. den Aufsatztitel von *Frickey*, *From the Big Sleep to the Big Heat: The Revival of Theory in Statutory Interpretation*, 77 *Minn. L. Rev.* 241 (1992).

¹⁹¹ *Frickey*, 77 *Minn. L. Rev.* 241 (1992).

¹⁹² Wiedergegeben bei *Fikentscher*, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Bd. I, 1975, S. 10; sowie bei *Bydlinski*, in *Schilcher/Koller/Funk* (Hrsg.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, 2000, S. 9, 23; dazu auch *Fleischer*, in *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Stabwechsel*, 2009, S. 29, 40.

¹⁹³ Näher *Fleischer*, *RabelsZ* 75 (2011), Heft 4.

¹⁹⁴ Allgemein dazu *Kramer*, in *Assmann/Brüggemeier/Sethe* (Hrsg.), *Unterschiedliche Rechtskulturen – Konvergenz des Rechtsdenkens*, 2001, S. 31, 33 ff.; sowie die monumentale, zweibändige Studie von *Vogenauer* (Fn. 119).

¹⁹⁵ Vgl. *Vogenauer* (Fn. 119), S. 1256: „Mittlerweile bestehen also zwischen der deutschen, der französischen und der englischen Rechtsprechung keine Unterschiede mehr im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte.“; ferner *Healy*, 35 *Stan J. Int'l L.* 231, 233 (1999): „The Article concludes that English rules of statutory interpretation have become much more like U.S. rules and that *Pepper* itself shows how English law can be transformed, notwithstanding the House of Lords' effort to place principled, clear and significant limits on intentionalist interpretation.“

ist das hiesige Meinungsbild allerdings homogener als in den Vereinigten Staaten mit seinen bekannten Ausschlägen nach links und rechts: Einen *Antonin Scalia*, der die Verwertung von Gesetzesmaterialien für unzulässig hält, gibt es in Deutschland nicht (mehr¹⁹⁶); in England hat *Lord Steyn* die Rolle des Chefkritikers übernommen, wenn auch mit weniger weit reichenden Thesen als *Scalia*.¹⁹⁷

3. In keiner der betrachteten Rechtsordnungen hat sich ein institutionell abgesichertes Verfahren zur Bereinigung widersprüchlicher Methodenaussagen in der Spruchpraxis herausgebildet: Hierzulande steht dafür weder § 31 BVerfGG (Bindungswirkung der Entscheidungen des BVerfG) noch § 132 GVG (Vorlage an den Großen Senat des BGH) zur Verfügung, in den angelsächsischen Systemen nehmen methodologische Aussagen nicht an der bindenden Wirkung präjudizieller Entscheidungen (*stare decisis*) teil. Ob dieser Befund nach Remedur verlangt oder nicht¹⁹⁸, ist anderwärts zu vertiefen.

4. Was das Arsenal von Argumenten gegen eine Verwertung der Entstehungsgeschichte anbelangt, so haben die Gerichte erkenntnistheoretische Einwände fast nirgendwo aufgegriffen. Sie scheuen vor der Beantwortung epistemologischer Fragen verständlicherweise zurück.¹⁹⁹ Stattdessen spielen verfassungsrechtliche Erwägungen in der Spruchpraxis wie im wissenschaftlichen Diskurs eine immer größere Rolle. Dies entspricht einem generellen Trend zur Konstitutionalisierung der Methodenlehre. Dem nüchternen Prag-

¹⁹⁶ Zu früheren Vertretern die Nachweise in Fn. 65.

¹⁹⁷ Dazu auch *Brudney*, 85 Wash. U. L. Rev. 1, 20 (2007): „In his Hart Lecture delivered at Oxford in May 2000, Lord Steyn assumed a lead critic’s stance comparable to Justice Scalia’s role in the Supreme Court.“

¹⁹⁸ Tendenziell zurückhaltend für das deutsche Recht *Simon* (Fn. 78), S. 588: „Vielleicht hat sich – womöglich unter dem Einfluss der seit den 1970er Jahren verstärkt aufkommenden methodenkritischen Diskussion – die Erkenntnis durchgesetzt, dass in Methodenfragen überzeitliche Einsichten kaum zu gewinnen sind. Gerade auch deshalb mag man daran zweifeln, ob eine Bindungswirkung in Methodenfragen überhaupt erstrebenswert wäre. Dahingehende Zweifel ändern freilich nichts daran, dass auch auf diesem Gebiet widersprüchliche Äußerungen und Verfahrensweisen zu vermeiden und anders lautende Standpunkte (des eigenen Gerichtshofes!) zur Kenntnis zu nehmen sind.“; befürwortend für das US-amerikanische Recht *Foster*, 96 Geo. L.J. 1863, 1910 (2008): „Courts should give doctrines of statutory interpretation stronger *stare decisis* effect than they give to doctrines of substantive law. The net benefits of giving *stare decisis* effect to doctrines of statutory interpretation are greater than the net benefits of giving *stare decisis* effect to doctrines of substantive law.“

¹⁹⁹ Ähnlich die Beobachtung von *Vogener*, Oxford Journal of Legal Studies 25 (2005), 629, 633: „All these are highly contentious jurisprudential and, ultimately, epistemological issues, and maybe this is why the courts refrained from entering this debate.“

matismus angelsächsischer Prägung fällt es leichter als der deutschen Doktrin, die Heranziehung der Gesetzesmaterialien auch unter Kosten-Nutzen-Gesichtspunkten zu würdigen. Hierzulande wirken Effizienzerwägungen eher im Verborgenen: Wenig erörtert wird etwa, ob die viel beschworene Andeutungstheorie für eine gewisse Auslegungsökonomie sorgt.

5. Größere Wachsamkeit von Rechtsprechung und Rechtslehre ist nach den Erkenntnissen der *Public-Choice*-Theorie²⁰⁰ gegenüber der Gefahr einseitig gefärbter Gesetzesmaterialien geboten. Auch auf Parlamentsebene bedarf es einer gründlicheren Vorfeldkontrolle zur Verhinderung allfälliger Manipulationen. Besonders sensibel sind Vorarbeiten im Rahmen des Gesetzgebungs-„Outsourcing“. Ihre Auslegungsrelevanz setzt gleichsam eine doppelte Paktentheorie voraus: Das federführende Ministerium macht sich die externe Vorlage ganz oder teilweise zu eigen, Bundestag und Bundesrat den Regierungsentwurf. Dies ist nicht von vornherein ausgeschlossen, doch fällt es mitunter schwer, sich dem Sog eines vorformulierten Gedankens zu entziehen. Die moderne Verhaltensökonomie spricht anschaulich von einem sog. Anker-effekt (*status quo bias*).²⁰¹

6. Ein strenge Bindung an das entstehungsgeschichtliche Argument findet heute fast nirgendwo mehr Anhänger. Die Gesetzesmaterialien bilden nur ein Hilfsmittel – „aid“ und „guide“, wie es in *Pepper v. Hart* heißt²⁰² – zum besseren Verständnis mehrdeutiger Vorschriften. Die moderne Diskussion verschiebt sich damit auf das Gewicht der Entstehungsgeschichte und das Rangverhältnis verschiedener Auslegungsmethoden.²⁰³ Feste Vorrangregeln haben sich hierfür weder in Deutschland noch in den angelsächsischen Systemen herausgebildet: Es gibt keine Logarithmentafel für die Gesetzesauslegung, so der große amerikanische Richter-Professor *Felix Frankfurter*, kein Auslegungskriterium hat ein bestimmtes Gewicht.²⁰⁴

²⁰⁰ Kritisch dazu, dass die Ergebnisse der *Public-Choice*-Theorie in der deutschen Methodenlehre bisher kaum beachtet werden, auch *Melin* (Fn. 148), S. 320, der zur Erklärung darauf verweist, dass der Skeptizismus gegenüber dem Gesetzgebungsverfahren hierzulande nicht in gleichem Maße verbreitet sei wie in den Vereinigten Staaten.

²⁰¹ Vgl. *Krüper*, JZ 2010, 655.

²⁰² Vgl. *Pepper v. Hart* [1993] AC 593, 617D and G (*Lord Griffith*), 634D and 639F (*Lord Browne-Wilkinson*).

²⁰³ Vgl. *Brudney*, 85 Wash. U. L. Rev. 1, 60 (2007): „The debate within the Law Lords between legislative history advocates and sceptics thus goes to weight more than admissibility.“

²⁰⁴ Vgl. *Frankfurter*, 47 Colum. L.J. 527, 543 f. (1947): „Unhappily, there is no table of logarithms for statutory construction. No item of evidence has a fixed or even average weight. One or another may be decisive in one set of circumstances, while of little value elsewhere.“

7. Kein rechtsvergleichender Konsens herrscht in der Frage einer Konsultationspflicht der Gesetzesmaterialien: Manche sehen in ihr geradezu ein verfassungsrechtliches Gebot, andere lassen die Materialienverwertung demgegenüber nur zu, wenn die betreffende Vorschrift mehrdeutig oder unklar ist.

8. Allgemeine Interpretationsregeln für die Gesetzesmaterialien gibt es bisher nicht.²⁰⁵ Es ist aber eine lohnende Aufgabe für die Rechtswissenschaft, Möglichkeiten und Grenzen einer gestuften Bedeutung verschiedener Materialien auszuloten²⁰⁶, vom vorbereitenden Bericht einer Expertenkommission über die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses bis hin zu nachträglichen Erläuterungen aus tatsächlich oder vermeintlich erster Hand in einem Referentenkommentar.²⁰⁷ Zudem sollten sich Richter und Rechtsanwender intensiver mit dem Zustandekommen der gesetzgeberischen Vorarbeiten beschäftigen, um deren Stellenwert besser einschätzen zu können.²⁰⁸

9. Ein letzter Ratschlag richtet sich nicht an den Richter oder Rechtsanwender, sondern an den Gesetzgeber: Weil Gesetzesmaterialien aus der heutigen Auslegungswirklichkeit nicht mehr hinweg zu denken sind, emp-

²⁰⁵ Vgl. *Schroth* (Fn. 69), S. 86: „Allgemeine Interpretationsregeln für die Gesetzesmaterialien scheint es allerdings nicht zu geben.“; *Simon* (Fn. 78), S. 260: „Feste Regeln für die Verwertung und Interpretation der Gesetzesmaterialien existieren nicht. Die bereits im 19. Jahrhundert für die ständische Gesetzgebung entwickelten Anleitungen, wie im Regel- und Konfliktfall mit legislativen Äußerungen zu verfahren ist, sind eher in Vergessenheit geraten und fanden keine Fortschreibung. Die theoretische Enthaltensamkeit erstaunt [...]“

²⁰⁶ Vgl. aus US-amerikanischer Sicht *Brudney*, 85 *Wash. U. L. Rev.* 1, 67 (2007): „To be sure, there is a broadly recognized hierarchy of reliable legislative history sources. Conference reports, standing committee reports, and explanatory floor statements by bill sponsors or managers are clustered near the top, while legislative inaction, statements by nonlegislative drafters, and post-enactment history are arrayed close to the bottom.“

²⁰⁷ Andeutungen bei *Alexy/Dreier*, in *MacCormick/Summers* (eds.), *Interpreting Statutes*, 1991, S. 87: „For instance, sources of cognition can be parliamentary minutes, committee minutes, commission minutes, official in justifications and commentary statements in the media. In general, everything may be taken into account. The more official a commentary statement and the closer its relation to the parliamentary plenum, the greater is its weight. Of the greatest weight is an intention expressed clearly and unanimously by all participants in the plenum.“; s. auch *Fischer*, FS *Tipke*, 1995, S. 196, 205 f.

²⁰⁸ Ebenso *Bennion*, 14 *Statute L. Rev.* 149, 162 (1993): „Courts and practitioners should be better educated in the techniques and practices of legislative drafting. Then they would better understand the nature of the task they have to carry out when enactments fall to be construed.“; in Deutschland hat man sich seit mehr als 100 Jahren kaum mehr mit Einzelfragen der Materialienentstehung und -nutzung beschäftigt; bemerkenswerte Ausnahmen bilden *Baden* (Fn. 31), S. 369 ff.; sowie *Fischer* (Fn. 207), S. 196.

fehlt sich eine tiefere Reflexion über ihre Funktion, Zielsetzung und Detailtiefe²⁰⁹: Bilden sie gleichsam eine Verlängerung des Gesetzestextes zur Regelung von Einzelfragen und ein Auffangbecken für Zweifelsfragen, die im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens akut geworden sind? Oder sollten sie sich – dem Vorbild des *Purposivism* folgend – ausschließlich oder jedenfalls vorrangig zu dem allgemeinen Gesetzeszweck äußern?

²⁰⁹ Ansätze bei *Schulze-Fielitz*, *Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung*, 1988, S. 280 ff., 371 ff. und passim.