

Text und Kontext

Einführung in das Symposium über die Entstehung von Gesetzen in rechtsvergleichender Perspektive

VON REINHARD ZIMMERMANN, Hamburg

Inhaltsübersicht

<i>I. Thema des Symposiums</i>	315
<i>II. Deutschland: Verfahren, Materialien, Akteure</i>	316
<i>III. Deutschland: Die Rolle der Wissenschaft</i>	320
<i>IV. Texte verstehen</i>	324
<i>Summary: Text and Context – Introduction to the Symposium on the Process of Law Making in Comparative Perspective</i>	327

I. Thema des Symposiums

Seit einer Reihe von Jahren veranstaltet das Hamburger Max-Planck-Institut im Sommer ein Symposium zu allgemeinen Grundlagenfragen der Rechtsentwicklung und Rechtsmethode. Diese Symposien bilden gleichzeitig den akademischen Mittelpunkt der Jahrestreffen des Vereins der Freunde des Instituts.¹

Thema des Jahres 2013 ist die Entstehung von Gesetzen in rechtsvergleichender Perspektive. Dabei soll es nicht um eine Aufzählung der einzelnen Stadien gehen, die ein Gesetz im Parlament durchläuft, und auch nicht um eine Analyse der staatsorganisationsrechtlichen Rahmenbedingungen. Vielmehr sollen im Mittelpunkt die Gesetzesmaterialien stehen: Was versteht man in den europäischen Rechtsordnungen unter Gesetzesmaterialien und welche Arten gibt es? Wie entstehen sie, wer verfasst sie, welche Bedeutung

¹ Für das vergangene Jahr vgl. die unter dem Titel „Dialog zwischen Rechtswissenschaft und Rechtsprechung“ veröffentlichten Beiträge von *Wulf Goette, Martin Flohr, Geneviève Hel-leringer, Christiaan Timmermans, Paul J. du Plessis* und *Reinhard Zimmermann* in *RabelsZ* 77 (2013) 300–387.

haben sie für die Rechtsanwendung? Zudem soll gefragt werden, wer die Hauptakteure sind, die ein Gesetz prägen: Ministerialbeamte, Wissenschaftler, Kommissionen, Politiker? Gibt es so etwas wie „parliamentary drafts-men“? Gibt es, und welche Rolle spielen, „law commissions“?

Anknüpfen kann das Symposium dabei an eine Reihe von Arbeiten von Holger Fleischer,² darunter einen Sammelband mit dem Titel „Mysterium ‚Gesetzesmaterialien‘“, der auf ein Symposium im März 2012 hier im Institut zurückgeht.³ Diese Arbeiten bieten eine erste Orientierung. Im Zentrum steht bislang die Rolle der Gesetzesmaterialien bei der Gesetzesauslegung. Damit ist vor allem auch der Grundsatzstreit um das Ziel der Gesetzesauslegung angesprochen, also um die beiden Theorien, die missverständlich mit den Etiketten objektiv und subjektiv bezeichnet werden.⁴ Der vergleichende Blick schweifte bislang vor allem nach England und in die Vereinigten Staaten.⁵ Demgegenüber soll die Thematik vorliegend im allgemeinen Kontext der Entstehung von Gesetzen erörtert werden; zudem soll der Fokus, außer auf England, auch auf Frankreich und Skandinavien sowie auf der Schweiz⁶ und der Europäischen Union liegen. Den Anfang bildet ein kurzer Überblick über die Situation in Deutschland.

II. Deutschland: Verfahren, Materialien, Akteure

Gesetzesvorlagen können im Bundestag durch die Bundesregierung, aus der Mitte des Bundestages oder durch den Bundesrat eingebracht werden.⁷ Normalfall ist der dem Bundestag von der Regierung vorgelegte Gesetzentwurf.⁸ Dieser wiederum entsteht in dem fachlich zuständigen Ministerium als Referentenentwurf. Veranlasst sein kann ein solcher Referentenentwurf

² Holger Fleischer, Rechtsvergleichende Beobachtungen zur Rolle der Gesetzesmaterialien bei der Gesetzesauslegung, AcP 211 (2011) 317–351; *idem*, Comparative Approaches to the Use of Legislative History in Statutory Interpretation, Am.J.Comp.L. 60 (2012) 401–437.

³ Mysterium „Gesetzesmaterialien“, hrsg. von Holger Fleischer (2013); darin u. a. *idem*, Gesetzesmaterialien im Spiegel der Rechtsvergleichung, S. 1–44.

⁴ Bernd Rüthers/Christian Fischer/Axel Birk, Rechtstheorie⁶ (2011) R.n. 796 („erstaunlich falsch gewählt und irreführend“).

⁵ Fleischer, AcP 211 (2011) 317, 334–346; *idem*, Am.J.Comp.L. 60 (2012) 401, 416–428; *idem*, Gesetzesmaterialien (Fn. 3) 21–34.

⁶ Zu Österreich jüngst Gerhard Hopf, Gesetzesmaterialien: Theorie und Praxis in Österreich, in: Mysterium „Gesetzesmaterialien“ (Fn. 3) 95–109.

⁷ Art. 76 I Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG).

⁸ Rolf Herber, Die Vorbereitung eines Gesetzentwurfs innerhalb der Bundesregierung, in: Theorie und Methoden der Gesetzgebung, hrsg. von Werner Maihofer (1983) 31–40; Helmuth Schulze-Fieltz, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung (1988) 285–292; Hans Schneider, Gesetzgebung³ (2002) R.n. 93; Rupert Stettner, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar² (2006) Art. 76 Rn. 17–25. Allgemein zur „hegemonialen Rolle der Regierung in den Rechtssetzungsverfahren“ Armin von Bogdandy, Gubernative Rechtsetzung (2000) 56–64 und *passim*.

durch Festlegungen in Regierungserklärungen und Koalitionsverträgen, durch internationale Verträge, durch die Verpflichtung zur Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Union in nationales Recht, durch Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts oder des Bundesgerichtshofs, die eine Korrektur oder Ergänzung des Gesetzesrechts notwendig oder wünschenswert erscheinen lassen, durch wissenschaftliche Kritik am bestehenden Rechtszustand, durch neue regelungsbedürftige Problemlagen, durch technischen Fortschritt, wirtschaftlichen und sozialen Wandel oder auch durch Anstöße von Interessenverbänden. Letztendlich ist es Aufgabe der Ministerialreferenten, die Rechtsentwicklung für ihren Zuständigkeitsbereich kritisch zu verfolgen und zu prüfen, ob es eines Eingreifens des Gesetzgebers bedarf.⁹

Der Referentenentwurf ist dann den anderen beteiligten Ministerien zur Ressortbeteiligung zu übermitteln,¹⁰ ferner ist der Entwurf einer Gesetzesvorlage den Ländern, kommunalen Spitzenverbänden und Vertretungen der Länder beim Bund möglichst frühzeitig zuzuleiten, wenn deren Belange berührt sind,¹¹ und es ist für eine rechtzeitige Beteiligung „von Zentral- und Gesamtverbänden sowie interessierten Fachkreisen“ zu sorgen.¹² Eine derartige Konsenssuche im Vorfeld wichtiger Gesetzgebungsvorhaben ist charakteristisch für den modernen, „kooperativen“ Staat.¹³ Der staatsexterne, fachliche Sachverstand soll dem Gesetzgebungsvorhaben zugutekommen; gleichzeitig soll dieses damit aber auch gewissermaßen „verbandsfest“ gemacht werden.¹⁴ Gesetzesvorlagen sind zu begründen.¹⁵ Das ergibt sich für Gesetzesvorlagen der Bundesregierung aus § 42 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien; ein entsprechendes *verfassungsrecht-*

⁹ Zum Prozess des sogenannten „agenda setting“ im vorparlamentarischen Verfahren und zu den beteiligten Akteuren vgl. *Peter Blum*, Wege zu besserer Gesetzgebung – sachverständige Beratung, Begründung, Folgeabschätzung und Wirkungskontrolle, in: Verhandlungen des 65. Deutschen Juristentages, Bd. I (2004) I 61–I 71; zu „Produktionsanlässen für Gesetze“ *Ulrich Smeddinck*, Integrierte Gesetzesproduktion (2006) 130–155; zum vorparlamentarischen Verfahren ferner *Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis (vorige Fn.) 280–292; *Schneider*, Gesetzgebung (vorige Fn.) Rn. 92–102. Zu den Themen Veranlassung zur Gesetzgebung und Vorbereitung neuer Gesetze siehe in rechtshistorischer Perspektive *Bernd Mertens*, Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen (2004) 17–83.

¹⁰ § 45 Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO).

¹¹ § 47 I GGO.

¹² § 47 III GGO.

¹³ Dazu *Florian Becker*, Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung (2005); *Gunnar Folke Schuppert*, Governance und Rechtsetzung (2011) 60–72.

¹⁴ *Becker*, Strukturen (vorige Fn.) 113 (unter Hinweis auf *Wilhelm Hennis*). Allgemein zur sachverständigen Beratung des Staates *Andreas Voßkuhle*, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland³, hrsg. von Josef Isensee/Paul Kirchhof, Bd. III (2005) § 43.

¹⁵ Dazu *Ulrich Seibert*, Gesetzesmaterialien in der Gesetzgebungspraxis, in: Mysterium „Gesetzesmaterialien“ (Fn. 3) 112–126. Dort (S. 119) auch zu den Eigenheiten von Regierungsentwürfen. Rechtshistorisch zum Thema amtliche Begründungen und deren Veröffentlichung *Mertens*, Gesetzgebungskunst (Fn. 9) 123–141.

liches Gebot gibt es demgegenüber nicht.¹⁶ In der Begründung sind unter anderem die Gesetzesfolgen darzustellen.¹⁷ Interessant ist ferner, dass Gesetzentwürfe möglichst frühzeitig einem „Redaktionsstab Rechtssprache“ zur Prüfung auf ihre sprachliche Richtigkeit und Verständlichkeit zuzuleiten sind.¹⁸

Ist schließlich eine Gesetzesvorlage dem Bundeskabinett vorgelegt und von diesem beschlossen worden, folgt das in seinen Grundzügen im Grundgesetz geregelte und hier nicht näher darzustellende förmliche Gesetzgebungsverfahren, das insbesondere eine Beteiligung des Bundesrats vorsieht.¹⁹ Dessen Rechte unterscheiden sich je nachdem, ob es sich um ein Zustimmungsgesetz oder ein Einspruchsgesetz handelt. Letzteres ist der Regelfall;²⁰ ein Einspruch des Bundesrats kann hier durch den Bundestag überstimmt werden. Was den Bundestag betrifft, so vollzieht sich die Hauptarbeit an den Gesetzentwürfen in den zuständigen Ausschüssen; für den Bereich des Zivilrechts ist dies der Rechtsausschuss.²¹ Nach § 70 I der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages kann der Rechtsausschuss (wie jeder andere Ausschuss) „[z]ur Information über einen Gegenstand seiner Beratung [...] öffentliche Anhörungen von Sachverständigen, Interessenvertretern und anderen Auskunftspersonen vornehmen.“

Welche Materialien heutzutage²² im Rahmen der Vorbereitung eines normalen Gesetzes auf dem Gebiet des Zivilrechts anfallen, zeigt beispielsweise der Band von Gerhard Wagner über das am 1. August 2002 in Kraft

¹⁶ Dreier/Stettner (Fn. 8) Art. 76 GG Rn. 16; Blum, Wege (Fn. 9) I 33; vgl. auch Christian Waldhoff, Gesetzesmaterialien aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: Mysterium „Gesetzesmaterialien“ (Fn. 3) 75, 78–80.

¹⁷ § 43 Ziff. 5 i. V. m. § 44 GGO; dazu Blum, Wege (Fn. 9) I 51–I 60; Smeddinck, Gesetzesproduktion (Fn. 9) 389–418; Schuppert, Governance (Fn. 13) 83–90.

¹⁸ § 42 V GGO. Allgemein zur Bedeutung von Sprache für das Recht und speziell zum „Redaktionsstab Rechtssprache“, der seit 2009 beim Bundesministerium der Justiz angesiedelt ist (ursprünglich unter Trägerschaft der Gesellschaft für Deutsche Sprache), vgl. Sabine Leutheusser-Scharnberger, Die Sprache der Juristen, die Sprache des Rechts, ZRP 2012, 93–94.

¹⁹ Art. 76 und 77 GG. Überblick zuletzt bei Thomas Mann, Gesetzgebungsverfahren, in: Leitgedanken des Rechts, Bd. I (2013) § 33; vgl. auch Schulze-Fielitz, Theorie und Praxis (Fn. 8) 292–354; Smeddinck, Gesetzesproduktion (Fn. 9) 177–207. Rechtshistorisch Mertens, Gesetzgebungskunst (Fn. 9) 166–209.

²⁰ Dreier/Stettner (Fn. 8) Art. 77 GG Rn. 11 f.

²¹ Nach Auskunft der Homepage des Deutschen Bundestages beraten die 37 Mitglieder des Rechtsausschusses „Gesetzgebungsvorhaben zu allen Bereichen der Rechtspolitik, unter anderem zum Verfassungs-, Zivil- und Strafrecht“.

²² Einen „historischen Längsschnitt“ bietet Jan Thiessen, Die Wertlosigkeit der Gesetzesmaterialien für die Rechtsfindung – ein methodengeschichtlicher Streifzug, in: Mysterium „Gesetzesmaterialien“ (Fn. 3) 45, 52–74. Zur „Materialienfrage“ im 19. Jahrhundert vgl. Peter Fischer, Auslegungsziele und Verfassung, in: FS Klaus Tipke (1995) 187, 194–196 sowie bereits Eberhard Baden, Zum Regelungsgehalt von Gesetzgebungsmaterialien, in: Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, hrsg. von Jürgen Rüdiger (1976) 369, 373–392.

getretene Zweite Schadensrechtsänderungsgesetz, das zu einer signifikanten Reform des Haftungsrechts geführt hat.²³ Der Band von Wagner erhebt den Anspruch, die Arbeit mit dem neuen Recht zu erleichtern und bietet deshalb, unter anderem, einen Abdruck der einschlägigen Gesetzesmaterialien, die jeweils den einzelnen Paragraphen zugeordnet und in systematischer Reihenfolge aufgeführt sind. Dabei handelt es sich um die Begründung des Regierungsentwurfs, die Stellungnahme des Bundesrats auf diesen Regierungsentwurf und die Gegenäußerung der Bundesregierung auf die Stellungnahme des Bundesrats. Hinzu kommen gelegentlich Beschlussempfehlungen des Rechtsausschusses mit Begründung sowie einschlägige Gesetzentwürfe aus der vorangegangenen Legislaturperiode und Entschließungsanträge der Regierungsparteien. Allerdings fehlen Auszüge aus den Plenarprotokollen.²⁴

Hauptakteure, die ein Gesetz prägen, sind damit in erster Linie die Referenten im zuständigen Ministerium.²⁵ Gelegenheit, Einfluss auszuüben, haben weiterhin Parlamentarier, vor allem soweit sie dem Rechtsausschuss oder einem anderen fachlich zuständigen Ausschuss angehören, die Landesregierungen über den Bundesrat (wobei auch hier die maßgeblichen fachlichen Impulse von den Ministerialbeamten der Bundesländer ausgehen, die in den Ausschüssen des Bundesrates sitzen) und die Interessenverbände.²⁶ Diese haben vielfach informelle Kommunikationswege in die fachlich zuständigen Ministerien; sie sind in Expertengremien vertreten, die von der Bundesregierung zur Beratung und auch zur Vorbereitung geplanter Gesetze eingesetzt werden;²⁷ und sie sind, wie bereits erwähnt, auf ministerieller Ebene im Rahmen der Erstellung des Referentenentwurfs zu konsultieren. Hinzu kommt das Anhörungsverfahren nach § 70 der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages als zentrale Mitwirkungsform der

²³ *Gerhard Wagner*, Das neue Schadensersatzrecht (2002).

²⁴ Das Gesetz wurde zweimal im Plenum beraten; die Reden im Rahmen der ersten Beratung (im Dezember 2001) wurden nur zu Protokoll gegeben, diejenigen im Rahmen der zweiten Beratung wurden auch tatsächlich gehalten.

²⁵ Nach *Hans-Joachim Mengel*, Gesetzgebung und Verfahren (1997) 288 kommt den Ministerialreferenten eine „kaum zu überschätzende Rolle“ im Gesetzgebungsprozess zu; vgl. ferner etwa *Herber*, Vorbereitung (Fn. 8) 33f. Allgemein zu den „Akteuren des Gesetzgebungsnetzwerks“ (zu denen er auch die Medien, die gesetzessvollziehende Verwaltung, die gesetzinterpretierende Rechtsprechung und die gesetzüberprüfende Verfassungsgerichtsbarkeit rechnet) *Schuppert*, Governance (Fn. 13) 44f.; vgl. ferner *Smeddink*, Gesetzesproduktion (Fn. 9) 75–101; *von Bogdandy*, Gubernative Rechtsetzung (Fn. 8) 55–106; *Mann*, Gesetzgebungsverfahren (Fn. 19) Rn. 4f.

²⁶ Einen Überblick über diese bietet *Schuppert*, Governance (Fn. 13) 45–49. Allgemeiner von „gesellschaftlichen Akteuren“ spricht *Smeddink*, Gesetzesproduktion (Fn. 9) 94–98.

²⁷ *Blum*, Wege (Fn. 9) I 69f.; dazu *Thorsten Anderl*, Gesetzgebung und kooperatives Regierungshandeln (2006) 73–96; *Smeddink*, Gesetzesproduktion (Fn. 9) 380f.; *Schuppert*, Governance (Fn. 13) 60–72. Nach Angaben von *Blum* gab es im Jahre 2001 insgesamt 125 „wesentliche“ Expertengremien der Bundesregierung.

Verbände im Rahmen des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens.²⁸ Gelegenheit, Einfluss auszuüben, haben schließlich auch Anwälte, vor allem, wenn sie nicht nur als Berater konsultiert werden, sondern wenn Anwaltskanzleien mit der Anfertigung vollständiger Gesetzentwürfe beauftragt werden. Inwieweit ein derartiges „Gesetzgebungsoutsourcing“ tatsächlich stattfindet bzw. zulässig ist, ist unklar.²⁹

III. Deutschland: Die Rolle der Wissenschaft

Wie steht es nun mit dem Einfluss der Wissenschaft? Er entspricht, soweit es um formalisierte Einflussformen geht, im Wesentlichen demjenigen der Verbände.³⁰ Das wird deutlich etwa bei der Beteiligung auf ministerieller Ebene nach § 47 III der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien. So erhielt die Zivilrechtslehrervereinigung vom Bundesjustizministerium die Referentenentwürfe des Patientenrechtegesetzes und des Gesetzes zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr zur Stellungnahme zugesandt.³¹ Auch zu den Anhörungen nach § 70 Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages werden, soweit es um Gesetzentwürfe im Bereich des Zivilrechts geht, Zivilrechtslehrer eingeladen (freilich nicht über die Zivilrechtslehrervereinigung, sondern gleichsam freihändig). Deren Stellungnahmen werden nicht selten vom Deutschen Bundestag veröffentlicht.³² Hinzu kommen gelegentlich von der Bundesregierung in Auf-

²⁸ Dazu *Becker*, Strukturen (Fn. 13) 114–117.

²⁹ *Shuppert*, Governance (Fn. 13) 77–79 (unter der Überschrift „Die Gesetze der Kanzleien“); *Julian Krüper*, Lawfirm – legibus solutus?, JZ 2010, 655–662; *Ulrich Battis*, Anwaltliche Beratung bei der Gesetzesvorbereitung, ZG 2011, 58–68; *Michael Klöpfer*, Gesetzgebungsoutsourcing: Die Erstellung von Gesetzentwürfen durch Rechtsanwälte, NJW 2011, 131–134; *Mann*, Gesetzgebungsverfahren (Fn. 19) Rn. 8 („[...] eine externe Ausarbeitung vollständiger Gesetzentwürfe [sollte] wegen der Gefahr möglicher Interessensverflechtung und der fehlenden Gemeinwohlverpflichtung der Anwaltskanzleien auf Ausnahmen beschränkt bleiben und in jedem Fall transparent gemacht werden“).

³⁰ Allgemein zur Differenzierung von Interessenvertretern und Sachverständigen *Becker*, Strukturen (Fn. 13) 101–103; *Völkühle*, Sachverständige Beratung (Fn. 14) § 43 Rn. 17–20.

³¹ Für diese Stellungnahmen bestanden nur recht kurze Fristen (8 Wochen für das Patientenrechtegesetz; 6 Wochen für das Gesetz zur Bekämpfung von Zahlungsverzug). Aus diesem Grunde wurde jeweils ein Vorstandsmitglied der Zivilrechtslehrervereinigung mit der Abgabe einer Stellungnahme betraut. Die Stellungnahme zum Patientenrechtegesetz wurde in einer überarbeiteten Fassung veröffentlicht, siehe *Gerhard Wagner*, Kodifikation des Arzthaftungsrechts? – Zum Entwurf eines Patientenrechtegesetzes, VersR 2012, 789–802; die Stellungnahme zum Gesetz zur Bekämpfung von Zahlungsverzug liegt dem Kurzbeitrag von *Wolfgang Ernst*, „Rechtzeitige Zahlung“ – Reformabsicht des BMJ, ZIP 2012, 751, zugrunde.

³² So z. B. im Falle der Anhörungen zum Europäischen Kaufrecht (21.11.2011); zum Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (30.1.2013) oder zur Verbraucherrechterrichtlinie (17.4.2013).

trag gegebene rechtsvergleichende Studien, etwa diejenige des Hamburger Max-Planck-Instituts zur Vorbereitung des Lebenspartnerschaftsgesetzes.³³

Schließlich sind Wissenschaftler auch in Expertenkommissionen vertreten, die zur Vorbereitung von Gesetzesvorhaben eingesetzt werden können.³⁴ Eine permanente Expertenkommission, die so gut wie ausschließlich aus Professoren besteht, ist der 1953 gegründete Deutsche Rat für Internationales Privatrecht; er versteht sich „als Beratungsorgan des Bundesjustizministeriums und wird von diesem [...] bei allen wichtigen Gesetzgebungsvorhaben“ im Gebiet des internationalen Privatrechts eingeschaltet.³⁵ Die bekanntesten Beispiele für *ad hoc* eingesetzte Expertenkommissionen auf dem Gebiet des Bürgerlichen Rechts bieten das Bürgerliche Gesetzbuch und das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, die am 1. Januar 1900 und am 1. Januar 2002 in Kraft getreten sind. So gehörte der fünfköpfigen sogenannten Vorkommission, die der Bundesrat 1874 zur Vorbereitung des BGB eingesetzt hatte, Levin Goldschmidt an,³⁶ und in der 1. Kommission saßen mit Bernhard Windscheid der führende Pandektist seiner Zeit und mit Paul von Roth ein damals bekannter Gelehrter des deutschen Privatrechts und der deutschen Rechtsgeschichte an der Universität München.³⁷ Die Vorarbeiten zur Modernisierung des Schuldrechts begannen mit 24 Gutachten und Vorschlägen zur Überarbeitung des Schuldrechts, die 1981 und 1983 in drei Bänden veröffentlicht³⁸ und auf einer Sondertagung der Zivilrechtslehrervereinigung diskutiert worden sind,³⁹ führten dann zur Einsetzung einer Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, der vier prominente Zi-

³³ Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften, hrsg. von Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt/Hein Kötz/Peter Dopffel (2000).

³⁴ Dazu aus der Perspektive der Rechtsgeschichte *Mertens*, Gesetzgebungskunst (Fn. 9) 104–122.

³⁵ *Dieter Henrich*, Gerhard Kegel und der Deutsche Rat für Internationales Privatrecht, in: Akademische Gedächtnisfeier für Gerhard Kegel (2007) 15. Vgl. auch *Rolf Wagner*, 50 Jahre Deutscher Rat für Internationales Privatrecht, IPRax 2004, 1 (das Bundesjustizministerium habe den Rat „quasi ‚adoptiert‘“ und erhalte „eine streng wissenschaftlich fundierte und objektiv fachliche Beratung“).

³⁶ Zur Vorkommission *Werner Schubert*, Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB: Einführung, Biographien, Materialien, in: Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, hrsg. von Horst Heinrich Jakobs/Werner Schubert (1978) 33–36, 69–72, 160–185; vgl. zuletzt *Walter Boente*, Nebeneinander und Einheit im Bürgerlichen Recht (2013) 147 f.

³⁷ Kurzbiographien der Mitglieder der 1. Kommission finden sich bei *Schubert*, Materialien (vorige Fn.) 72–87. Insbesondere Windscheids Kommissionstätigkeit gilt als „sehr wirkungsvoll“: *Deutsche und Europäische Juristen*⁵, hrsg. von Gerd Kleinheyer/Jan Schröder (2008) 460.

³⁸ Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, Bd. I und II (1981); Bd. III (1983).

³⁹ Die Referate sind dokumentiert in: AcP 183 (1983) 327–724; vgl. ferner bereits AcP 181 (1981) 80–125 (Bamberger Tagung der Zivilrechtslehrervereinigung).

vilrechtslehrer angehörten und die 1992 ihren Abschlussbericht vorlegte,⁴⁰ und sie kulminierten schließlich, nachdem das Bundesjustizministerium im Spätsommer 2000 einen Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes⁴¹ vorgelegt hatte und nachdem dieser Diskussionsentwurf auf einem Symposium von Zivilrechtslehrern in Regensburg heftig kritisiert worden war,⁴² in der Einsetzung zweier weiterer Gremien: einer Bund-Länder-Arbeitsgruppe und der Kommission Leistungsstörungenrecht. Während der Bund-Länder-Arbeitsgruppe für die von ihr behandelten unterschiedlichen Themenbereiche nur jeweils ein Vertreter der Zivilrechtslehrer angehörte, war die Kommission Leistungsstörungenrecht im Wesentlichen eine Professorenkommission.⁴³

Im Übrigen nehmen Wissenschaftler natürlich nicht nur durch ihre unmittelbare Beteiligung Einfluss auf den Gesetzgebungsprozess, sondern auch durch ihre Schriften, soweit sie denn von Abgeordneten und Ministerialbeamten zur Kenntnis genommen werden. Das gilt für den Sturzbach an Kritik, der auf den Ersten Entwurf des BGB niederging,⁴⁴ es gilt für die konventionellen Literaturformen wie Kommentare, Monographien und Aufsätze, und es gilt für Texte von Wissenschaftlergruppen wie die *Principles of European Contract Law*.⁴⁵ Traditionell besonders einflussreich sind auch die Gutachten, Referate, Diskussionen und Beschlüsse der Deutschen Juristen-

⁴⁰ Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, hrsg. vom Bundesminister der Justiz (1992). Der Kommission gehörten neben den Professoren Diederichsen, Kötz, Medicus und Schlechtriem vier Ministerialbeamte, sechs Richter, ein Notar und ein Anwalt an.

⁴¹ Abgedruckt in: Schuldrechtsmodernisierung 2002, hrsg. von Claus-Wilhelm Canaris (2002) 3–347.

⁴² Die Regensburger Referate sind dokumentiert in: Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, hrsg. von Wolfgang Ernst/Reinhard Zimmermann (2001).

⁴³ Näheres bei *Claus-Wilhelm Canaris*, Einführung, in: Schuldrechtsmodernisierung 2002 (Fn. 41) S. IX–XI; Überblick über die früheren Stadien der Reform bei *Reinhard Zimmermann*, Schuldrechtsmodernisierung?, in: Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform (vorige Fn.) 1, 13–22. Im März 2001 fand in Berlin eine erneute Sondertagung der Zivilrechtslehrervereinigung statt; die dort gehaltenen Referate sind dokumentiert in: JZ 2001, 475–560.

⁴⁴ Vgl. die hübsche Schilderung bei *F. W. Maitland*, The Making of the German Civil Code, in: The Collected Papers of Frederic William Maitland, hrsg. von Herbert Albert Laurens Fisher, Bd. III (Nachdruck 1981) 474, 480 („A tornado broke loose. It rained, it poured books and pamphlets“). Für einen Überblick über die Kritik am Ersten Entwurf siehe *Werner Schubert*, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung (1966) 35–45.

⁴⁵ *Principles of European Contract Law*, hrsg. von Ole Lando/Hugh Beale, Bd. I und II (2000); *Principles of European Contract Law*, hrsg. von Ole Lando/Eric Clive/André Prüm/Reinhard Zimmermann, Bd. III (2003). Zu deren Einfluss auf die BGB-Reform vgl. *Reinhard Zimmermann*, Ius Commune and the Principles of European Contract Law: Contemporary Renewal of an Old Idea, in: *European Contract Law*, hrsg. von Hector MacQueen/Reinhard Zimmermann (2006) 36 f.

tage. Die Verhandlungen des 12. Deutschen Juristentages 1875 zum ehelichen Güterrecht bilden nur ein frühes Beispiel.⁴⁶

Der Entstehungsprozess eines Gesetzes kann mithin durchaus komplexer sein als der zunächst geschilderte Normalfall; und entsprechend komplex ist dann auch die Materialiensituation.⁴⁷ Zur Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs gibt es nicht nur die von Benno Mugdan 1899 herausgegebenen und fälschlich sogenannten „gesamnten“ Materialien mit den Motiven der 1. Kommission,⁴⁸ den Protokollen der 2. Kommission, der Denkschrift des Reichsjustizamtes, dem Bericht der XII. Kommission des Reichstags sowie Protokollen der Plenarsitzungen des Reichstags.⁴⁹ Daneben stehen vor allem die Vorentwürfe der Redaktoren und ihre Begründungen,⁵⁰ aber auch eine Fülle von Anträgen, Sitzungsprotokollen, Stellungnahmen und Beschlüssen, die erst seit den späten 1970er Jahren veröffentlicht worden sind.⁵¹ Für die Schuldrechtsmodernisierung enthält der Materialienband von Canaris

⁴⁶ Dazu Reinhard Zimmermann, *Intestate Succession in Germany*, in: *Intestate Succession*, hrsg. von Kenneth G.C. Reid/Marius de Waal/Reinhard Zimmermann (in Vorbereitung) unter X. 2. Allgemein vgl. Barbara Dauner-Lieb/Johannes W. Flume, *Über die fachliche Arbeit der Deutschen Juristentage und ihre Wirkungen auf dem Gebiet des Zivilrechts*, in: *FS Deutscher Juristentag 1860–2010* (2010) 103–125; Lutz Diwell, *Der Deutsche Juristentag aus der Sicht des Bundesministeriums der Justiz*, in demselben Band, 561–584.

⁴⁷ Eine zusätzliche Komplexitätsebene existiert heute angesichts der europäischen Regelungsvorgaben, die hinter einer zunehmenden Zahl nationalstaatlicher Gesetze stehen (zu den Zahlen vgl. Schuppert, *Governance* (Fn. 13) 56–59). Damit werden die Materialien der europäischen Rechtsakte mittelbar auch für die nationalstaatlichen Gesetze relevant, die deren Umsetzung dienen.

⁴⁸ Diese „Motive“ beruhen auf der Begründung der Vorentwürfe, ergänzt um die Beratungsergebnisse der 1. Kommission. Sie wurden von sogenannten „Hilfsarbeitern“ (die aus dem Justizdienst der Bundesstaaten stammten) erarbeitet, sind aber von der 1. Kommission nicht genehmigt worden. Die Begründung der Vorentwürfe ist in vollem Umfang erst 1980–1986 publiziert worden, die Protokolle der 1. Kommission finden sich bei Jakobs/Schubert (vgl. sogleich Fn. 51). Insgesamt gelang es damit den Hilfsarbeitern, das ihnen vorliegende Material ganz erheblich zu kürzen. Zur Literaturgattung der Motive und Protokolle vgl. Thiesen, *Wertlosigkeit* (Fn. 22) 61–65; zu den Motiven der 1. Kommission zur Ausarbeitung des BGB vgl. Schubert, *Materialien* (Fn. 36) 49f., 310; *Kurzbiographien der Hilfsarbeiter* ebd. 87–91. Sehr kritisch zum Wert der Motive bereits RG 3.5.1902 – Rep. V. 59/02, RGZ 51, 272, 274. Boente, *Nebeneinander* (Fn. 36) 189, 207 macht die nur beschränkt zugänglichen Gesetzgebungsmaterialien dafür verantwortlich, dass das „Wissen um das vom Gesetzgeber Gewollte nur zu bald“ schwand.

⁴⁹ Benno Mugdan, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, 5 Bände (1899).

⁵⁰ Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, hrsg. von Werner Schubert, 15 Bände (1980–1986).

⁵¹ Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, hrsg. von Horst Heinrich Jakobs/Werner Schubert, 16 Bände (1978–2002). Ein Überblick über die Entstehung des BGB mit Nachweis der Quellentexte findet sich bei Stefan Stolte, in: *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, hrsg. von Mathias Schmoeckel/Joachim Rückert/Reinhard Zimmermann, Bd. I (2003) S. XXXVII.

die wichtigsten Dokumente,⁵² doch eine genaue Rekonstruktion des Entstehungsprozesses des neuen Verjährungsrechts ist nur anhand weiterer, dort nicht erfasster Dokumente möglich.⁵³

IV. Texte verstehen

Gelegentlich wird gefordert, „Möglichkeiten und Grenzen einer gestuften Bedeutung verschiedener Materialien“⁵⁴ auszuloten und diese in eine Art hierarchische Ordnung zu stellen. Ein derartiges Unterfangen scheint mir jedoch zum Scheitern verurteilt. Im Übrigen ist seine Durchführung auch nicht erforderlich. Denn auf einer allgemeinen Ebene lässt sich kaum mehr sagen, als dass das vergleichsweise größte Gewicht den Äußerungen derjenigen Akteure im Gesetzgebungsprozess zukommen muss, die dem Gesetz und seinem Text tatsächlich zugrunde liegen. Das können die im Regierungsentwurf dokumentierten Vorstellungen eines Ministerialreferenten sein, aber auch etwa die in einem Aufsatz oder Lehrbuch niedergelegten Gedanken eines Wissenschaftlers, der, wie Claus-Wilhelm Canaris im Falle des neuen Leistungsstörungenrechts, ein bestimmtes Gesetz maßgeblich geprägt hat.⁵⁵ Es können übrigens auch für einzelne Teile des Gesetzes ganz unterschiedliche Akteure sein.

Wichtiger ist ein zweiter Punkt. Die Frage der Bedeutung der Gesetzesmaterialien wird in der Regel auf den nicht näher differenzierten Vorgang der Gesetzesanwendung bezogen: eine Anwendung aus heutiger Sicht und anlässlich eines konkret zu lösenden Problems. Damit ergibt sich dann die Konstellation eines möglichen Konflikts zwischen „entstehungszeitlicher“ und „objektiv-teleologischer“ Auslegung, von denen entweder die eine oder die andere für die Problemlösung maßgeblich sein soll.⁵⁶ Um zu ermitteln,

⁵² Schuldrechtsmodernisierung 2002 (Fn. 41).

⁵³ Näheres bei Reinhard Zimmermann/Detlef Leenen/Heinz-Peter Mansel/Wolfgang Ernst, *Finis Litium?*, Zum Verjährungsrecht nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, JZ 2001, 684–686.

⁵⁴ *Fleischer*, AcP 211 (2011) 317, 350; *idem*, Gesetzesmaterialien (Fn. 3) 41. Fleischer selbst scheint mit einer Hierarchisierung der Materialien je nach demokratischer Legitimation ihrer Verfasser zu liebäugeln, verweist jedoch selbst unter dem Stichwort „Paktentheorie“ auf ein gewichtiges Gegenargument: AcP 211 (2011) 330f.; *idem*, Gesetzesmaterialien (Fn. 3) 14f. – Im Sinne des Textes wohl auch *Fischer*, Auslegungsziele (Fn. 22) 187, 205f.

⁵⁵ Vgl. *Claus-Wilhelm Canaris*, *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, in: *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, hrsg. von Dietmar Willoweit (2007) 419, 430.

⁵⁶ Die Frage, welche Rolle die Gesetzesmaterialien in der Rechtsprechung tatsächlich spielen, ist deshalb im Grunde identisch mit der Frage, inwieweit die Gerichte der „subjektiven“ oder der „objektiven“ Theorie folgen. Näher dazu *Holger Fleischer*, Zur Rolle der Gesetzesmaterialien in der Rechtsprechung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs, in: *FS Wulf Goette* (2011) 75–95; *idem*, Gesetzesmaterialien (Fn. 3) 20f.; *Thiessen*, Wertlosigkeit

ob eine Norm auf einen bestimmten Sachverhalt „passt“, muss der Rechtsanwender jedoch erst einmal die Norm verstehen.⁵⁷ Eine Norm ist ein Text, der von Teilnehmern einer bestimmten Diskursgemeinschaft zu einem bestimmten Zeitpunkt formuliert worden ist und dessen Sinn sich, wie der Sinn jedes Textes, häufig erst vor diesem Hintergrund erschließt. Text und Kontext gehören zusammen. Zur Erschließung des Kontextes einer Norm bedarf es der Rekonstruktion ihrer Entstehungsgeschichte: Für welche Frage versuchte ein bestimmter Gesetzestext eine Antwort zu geben, für welche Probleme eine Lösung? Warum ist ein Gesetz so formuliert, wie es formuliert ist? Auf welchen Vorstellungen gründet der Gesetzeswortlaut? Was waren die Lösungswege, die dem Gesetzgeber für das Regelungsproblem offenstanden, mit dem er konfrontiert war? Welchen dieser Lösungswege wählte er und warum?⁵⁸ Zur Beantwortung dieser Fragen bedarf es einer Ermittlung der Rechtslage, wie sie zur Zeit des Tätigwerdens des Gesetzgebers bestand und in die der Gesetzgeber damit, bestätigend oder reformierend, eingegriffen hat.⁵⁹ Konstituentien dieser Rechtslage können wiederum Gesetze sein, ferner Rechtsprechung und Literatur. Zu berücksichtigen ist aber nicht nur der juristische Kontext; auch der wirtschaftliche, soziale oder politische Hintergrund kann für das Verständnis einer Norm von Bedeutung sein.

Um ein Gesetz zu verstehen, bedarf es deshalb zunächst einmal rechtshistorischer Grundlagenarbeit, idealerweise in Form eines historisch-kritischen Kommentars.⁶⁰ Damit relativiert sich auch die Frage nach den Materialien, denn für die rechtshistorische Rekonstruktionsarbeit zu berücksichtigen ist alles, was das Verständnis fördert und das spezifische Profil der vom Gesetzgeber gewählten Lösung klärt. Das sind natürlich die Materi-

(Fn. 22) 50f. Eine „deutliche Geringschätzung der Gesetzgebungsmaterialien durch die neuere deutsche Doktrin“ konstatiert *Fischer*, Auslegungsziele (Fn. 22) 194, der demgegenüber die Bedeutung der Materialien akzentuiert; so auch bereits *Baden*, Regelungsgehalt (Fn. 22) 392–405.

⁵⁷ In ähnlichem Sinne hierzu und zum Folgenden *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie (Fn. 4) Rn. 730b–730d, 778–820.

⁵⁸ Dies sind die Ausgangsfragen für die Beiträge zum Historisch-kritischen Kommentar zum BGB, hrsg. von Mathias Schmoeckel/Joachim Rückert/Reinhard Zimmermann, Bd. I (2003); Bd. II (2007); Bd. III (2013).

⁵⁹ Vgl. dazu auch *Friedrich Carl von Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Erster Band (1840) 214: „Das historische Element hat zum Gegenstand den zur Zeit des gegebenen Gesetzes für das vorliegende Rechtsverhältniß durch Rechtsregeln bestimmten Zustand. In diesen Zustand sollte das Gesetz auf bestimmte Weise eingreifen, und die Art dieses Eingreifens, das was dem Recht durch dieses Gesetz neu eingefügt worden ist, soll jenes Element zur Anschauung bringen“; zur historischen Auslegung bei Savigny auch *Thiessen*, Wertlosigkeit (Fn. 22) 57–61.

⁶⁰ Dazu *Sonja Meier*, Historisch-kritisches Kommentieren am Beispiel des HKK, ZEuP 19 (2011) 537–546; *Miloš Vec*, Flaggschiffe und Stiefkinder: Rechtsgeschichte als historische Kommentierung des geltenden Rechts, ZEuP 19 (2011) 547–563.

alien im engeren Sinne: die von den Gesetzgebungsakteuren verfassten Entwürfe, deren Begründungen, und die um diese Entwürfe in den für die Gesetzesvorbereitung zuständigen Gremien geführten Debatten. Es sind aber auch die Materialien, auf die sich die Gesetzgebungsakteure ihrerseits stützten: die für die seinerzeitige Rechtslage maßgeblichen Quellen einschließlich der darauf bezogenen Literatur sowie in anderen Ländern geltende Normen und die mit ihnen gesammelten Erfahrungen.⁶¹ Zu den Materialien des BGB im weiteren Sinne gehören deshalb der Dresdener Entwurf (der dessen Beratungen in Teilen sogar unmittelbar zugrunde gelegt werden musste)⁶² ebenso wie das Pandektenlehrbuch von Bernhard Windscheid⁶³ oder die kritischen Stellungnahmen zum Ersten Entwurf. Die für das Verständnis der Schuldrechtsmodernisierung maßgeblichen Erkenntnisquellen umfassen die *Principles of European Contract Law* und das UN-Kaufrecht ebenso wie die Vorträge von Ulrich Huber auf der Regensburger⁶⁴ oder von Canaris auf der Berliner Zivilrechtslehrtagung.⁶⁵ Auch nachträgliche Äußerungen der maßgeblichen Akteure, man denke etwa an die Literaturgattung der Ministerialkommentare, können einen gewissen Erkenntniswert haben,⁶⁶ wenngleich die mit ihnen bisweilen verfolgten strategischen Ziele (politische Vermarktung des Gesetzes; Interpretation nicht des tatsächlich erlassenen Gesetzes, sondern des Gesetzes, das dem Verfasser des Kommentars eigentlich vorgeschwebt hat) kritisch in Anrechnung zu bringen sind.⁶⁷

⁶¹ So finden sich etwa in den Vorentwürfen zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Fn. 50) in der Regel bewundernswert umfassende rechtsvergleichende Überblicke. Zur Kenntnisnahme und Übernahme von fremden Gesetzen in rechtshistorischer Perspektive *Mertens*, Gesetzgebungskunst (Fn. 9) 63–79.

⁶² Wegen des Todes des für den Teilentwurf Obligationenrecht zuständigen Bearbeiters, Franz Philipp von Kübel, im Januar 1884; vgl. Historisch-kritischer Kommentar zum BGB/*Stolte* (Fn. 51) S. XXVII.

⁶³ *Bernhard Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts⁷ (1891). Dies ist die letzte von Windscheid selbst besorgte Auflage; danach wurde das Werk bis zur 9. Auflage (1906) von Theodor Kipp weitergeführt.

⁶⁴ *Ulrich Huber*, Das geplante Recht der Leistungsstörungen, in: *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform* (Fn. 42) 31–183.

⁶⁵ *Claus-Wilhelm Canaris*, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, *JZ* 2001, 499–524.

⁶⁶ Dazu *Thiessen*, Wertlosigkeit (Fn. 22) 69–73. Zur Frage einer mündlichen Vernehmung von Personen, die am Gesetzgebungsverfahren mitgewirkt haben, vgl. *Fleischer*, AcP 211 (2011) 317, 331 f.; *idem*, Gesetzesauslegung durch Befragung von Bundestagsabgeordneten?, *NJW* 2012, 2087–2091; *idem*, Gesetzesmaterialien (Fn. 3) 15–18; *Thiessen*, Wertlosigkeit (Fn. 22) 65–69.

⁶⁷ Doch auch die Materialien im engeren Sinne sind auf ihre Authentizität und Verlässlichkeit zu überprüfen; das gilt schon für die „Motive“ zum BGB (vgl. oben Fn. 48); auf ein neueres Beispiel, in dem die Verfasser der Gesetzesbegründung „einen Textabschnitt aus dem Abschlussbericht der Schuldrechtsreformkommission übernommen [haben], der nicht mehr zu dem Gesetzestext passt, auf den sich die Begründung beziehen sollte“, weist *Thiessen*, Wert-

Erst ein derart dichtes Verständnis einer Norm bietet eine verlässliche Grundlage für deren kritische Reflexion aus heutiger Sicht: Ist der Gesetzestext von Redaktionsversehen verunstaltet? Waren die von den Verfassern des Gesetzes implizit oder explizit zugrunde gelegten Annahmen fehlerhaft? Ist das Gesetz überhaupt geeignet, die mit ihm verfolgten Ziele zu erreichen? Ist es lückenhaft? Ist die Abstimmung der Normen untereinander missglückt? Bestehen insoweit Wertungsinkohärenzen? Weiterhin: Hat sich das Gesetz in der praktischen Anwendung seit seiner Entstehung bewährt? Haben sich neue, damals nicht vorausgesehene Probleme ergeben und kann das Gesetz darauf noch befriedigende Antworten bieten? Haben sich die sozialen oder wirtschaftlichen Umstände seit Normerlass geändert? Hat sich die allgemeine gesellschaftliche Einschätzung bestimmter Sachverhalte geändert? Dies sind Fragen, die den Anlass für eine Fortbildung (bzw. Reform) des Rechts bieten können. Inwieweit eine solche Rechtsfortbildung ein Eingreifen des Gesetzgebers erfordert oder auch von der Rechtsprechung ins Werk gesetzt werden kann, ist im Einzelnen umstritten.⁶⁸ Diese Frage bildet nicht den Gegenstand des heutigen Symposiums. Hier kann es nur um den Rationalitätsgewinn gehen, der dann eintritt, wenn der Richter sich die Diskrepanz zwischen dem, was der Gesetzgeber einmal gesagt hat, und dem, was heute unter dem damals Gesagten verstanden werden soll, bewusst macht und wenn er sich damit dazu anhält, diese Diskrepanz argumentativ zu überbrücken.⁶⁹ Er muss also offenlegen, aus welchen Gründen er das Recht fortzuentwickeln gedenkt, und das setzt voraus, dass er den Ausgangspunkt für diese Fortbildung gewissenhaft rekonstruiert.

Summary

TEXT AND CONTEXT – INTRODUCTION TO THE SYMPOSIUM ON THE PROCESS OF LAW MAKING IN COMPARATIVE PERSPECTIVE

On 29 June 2013, on the occasion of the annual meeting of the Association of Friends of the Hamburg Max Planck Institute, a symposium took place on the topic of “The Process of Law Making”. This essay is based on

losigkeit (Fn. 22) 49 (unter Berufung auf Gerhard Wagner) hin. Auch bei den *Comments* zu den Texten des *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* begegnet dies *cut-and-paste*-Verfahren; vgl. z. B. Nils Jansen/Reinhard Zimmermann, Vertragsschluss und Irrtum im europäischen Vertragsrecht, AcP 210 (2010) 196, 223f. Zum Problem der Verlässlichkeit der Materialien vgl. auch Fischer, Auslegungsziele (Fn. 22) 206f.

⁶⁸ Zur Begrenzungsfunktion des Vorbehalts des Gesetzes für die richterliche Rechtsfortbildung vgl. nur Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³ (1995) 246f.

⁶⁹ In diesem Sinne jüngst auch Thiessen, Wertlosigkeit (Fn. 22) 74.

the lecture introducing that symposium. First, it provides an overview of the position in Germany: the procedure to be adopted, the different actors involved, and the documents produced in the various stages of law making by means of legislation. Secondly, the essay analyzes the role and influence of legal scholarship in the process of law making by means of legislation. And, thirdly, it reflects on the fact that the application of a statute normally involves two stages. A statute is a text that has been formulated at a specific time by specific persons and in response to, or in contemplation of, specific problems or challenges. It needs to be understood against that background and in that context. This implies a historical approach. Such understanding provides a reliable basis for a critical reflection of that text from today's perspective, and in view of the challenges and problems with which the modern lawyer is faced.

