

# Der Entstehungsprozess von Gesetzen als Forschungsfeld der Rechtsvergleichung

Von OLIVER UNGER, Hamburg

## Inhaltsübersicht

I. Die Rolle staatlicher Akteure im Gesetzgebungsprozess . . . . .	417
II. Die Rolle von Interessenverbänden und privatwirtschaftlichen Akteuren . . . . .	418
III. Die Sprache des Gesetzes . . . . .	419
IV. Begriff und Bedeutung von Gesetzesmaterialien . . . . .	420
V. Die Rolle der Wissenschaft . . . . .	423
VI. Die Bedeutung der Rechtsvergleichung . . . . .	425
Summary: <i>The Process of Law Making as a Field for Comparative Research</i> . . . . .	427

In den meisten europäischen Rechtsordnungen ist der Prozess der Entstehung von Gesetzen zu einem Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchung und Reflexion geworden. Die hier publizierten Referate veranschaulichen dies am Beispiel Deutschlands, Englands, Frankreichs, der Schweiz sowie der skandinavischen Länder.<sup>1</sup> Die Akteure, das Verfahren und die Dokumente eines Gesetzgebungsprozesses (die *Materialien* oder *travaux préparatoires*) ziehen ein interdisziplinäres Forschungsinteresse auf sich, in dem Rechtswissenschaftler, Politikwissenschaftler, Ökonomen und Soziologen in ertragreicher Weise miteinander in Austausch stehen.<sup>2</sup>

Die Gesetzgebungslehre, die in ihrer klassischen Prägung auf die Entstehung förmlicher Parlamentsgesetze ausgerichtet war, hat sich in jüngerer Vergangenheit zu einer umfassenden Regelungswissenschaft entwickelt, die die Vielfalt an modernen Rechtsetzungsformen (Verordnungen, Satzungen,

---

<sup>1</sup> Nicht abgedruckt ist ein weiteres Referat zur „Entstehung von Gesetzen in der Europäischen Union“ von Dr. Ingo Weustenfeld, Europäische Kommission, Generaldirektion Justiz. Seine Ausführungen konnten hier auf Grundlage einer Redevorlage berücksichtigt werden, die er der Redaktion freundlicherweise zur Einsichtnahme übermittelt hat.

<sup>2</sup> Zur Interdisziplinarität vgl. Ulrich Smeddinck, Integrierte Gesetzesproduktion: Der Beitrag der Rechtswissenschaft zur Gesetzgebung in interdisziplinärer Perspektive (2006) 35–62.

behördliche Richtlinien etc.) abzubilden sucht.<sup>3</sup> Demgegenüber steht der Beitrag der Rechtsvergleichung, um den es an dieser Stelle gehen soll, insgesamt noch in den Anfängen: Zwar gibt es heute für fast alle europäischen Rechtsordnungen mehr oder weniger ausführliche Untersuchungen über die verschiedenen Etappen, in denen eine gesetzliche Norm in der jeweiligen Rechtsordnung schrittweise Gestalt annimmt, und über die Materialien, die dabei im Einzelnen anfallen.<sup>4</sup> Vergleichsweise rar sind hingegen spezifisch rechtsvergleichende Untersuchungen, die eine nicht nur deskriptive Gesamtschau des Entstehungsprozesses von Gesetzen liefern.<sup>5</sup> Sie beschränken sich vielfach auf punktuelle Vorschläge zur Reform der eigenen Rechtsordnung im Interesse einer „besseren“ Gesetzgebung.<sup>6</sup>

Das Thema des Symposiums stellt den Rechtsvergleicher daher vor gewisse Herausforderungen. Im Folgenden soll ein erster Strukturierungsversuch unternommen werden, der zugleich als Fazit des Symposiums sowie als Anregung für künftige Arbeiten dienen möge. Es handelt sich um sechs Aspekte, deren rechtsvergleichende Aufbereitung besonders relevant erscheint.

<sup>3</sup> Plakativ *Gunnar Folke Schuppert*, *Governance und Rechtsetzung* (2011) 96: „Auf dem Weg zur Rechtswissenschaft als Regelungswissenschaft oder Zum Ausbruch aus dem Ghetto der Gesetzgebungslehre“.

<sup>4</sup> Vgl. die Literaturübersicht mit umfangreichen Nachweisen für Deutschland, Österreich, die Schweiz, die Vereinigten Staaten und Großbritannien bei *Hans Schneider*, *Gesetzgebung*<sup>3</sup> (2002) 1–9. Der dortige Hinweis auf das vergleichsweise „dürftige“ französische Schrifttum ist nach wie vor aktuell. An dieser Stelle sei lediglich auf eine Reihe neuerer Untersuchungen hingewiesen, die noch nicht in der Übersicht aufgeführt sind. Zu Deutschland: *Ortlieb Fliedner*, *Rechtsetzung in Deutschland, Gesetzgebung in der Demokratie* (2013); „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung, hrsg. von Christian Baldus/Frank Theisen/Friederike Vogel (2013). Zu England: *Daniel Greenberg*, *Craies on Legislation*<sup>8</sup> (2004) 203 ff.; *ders.*, *Laying Down the Law* (2011). Zur Schweiz: *Lucy Keller*, „Runde Tische“ in der Gesetzgebung (2008) 39 ff. Zur Europäischen Union: *Robert Thomson*, *Resolving Controversy in the European Union* (2011); *Katerina Sideri*, *Law’s Practical Wisdom: The Theory and Practice of Law Making in New Governance Structures in the European Union* (2013); *Frank M. Häge*, *Bureaucrats as Law-makers: Committee decision-making in the EU Council of Ministers* (2013).

<sup>5</sup> Eine Ausnahme: *Céline Vintzel*, *Les armes du gouvernement dans la procédure législative. Etude comparée: Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni* (2011).

<sup>6</sup> Aus der deutschen Diskussion seien zwei Reformvorschläge erwähnt: So ist verschiedentlich die Einrichtung eines dem englischen *Office of Parliamentary Counsel* vergleichbaren „Gesetzentwurfshilfsdienstes“ angeregt worden, vgl. nur *Peter Blum*, *Wege zu besserer Gesetzgebung – sachverständige Beratung, Begründung, Folgeabschätzung und Wirkungskontrolle*, in: *Verhandlungen des 65. Deutschen Juristentages, Bd. I* (2004) I 90 ff. (kritisch: *Schneider*, *Gesetzgebung* (Fn. 4) 66). Ein anderer Vorschlag betraf die Aufnahme von Erwägungsgründen in Anlehnung an das (damalige) EG-Recht, vgl. den *Sammelband Gesetzesvorspruch*, hrsg. von Hermann Hill (1988). Keiner der beiden Reformvorschläge hat nachhaltige Resonanz gefunden.

## I. Die Rolle staatlicher Akteure im Gesetzgebungsprozess

Ganz überwiegend kommt der Regierung und ihrem Verwaltungsapparat die zentrale Rolle bei der Formulierung von Gesetzen zu. In Deutschland ist vielfach von der „beherrschenden Stellung der Ministerialbürokratie“ die Rede.<sup>7</sup> Denn die Beamten in den Bundes- und Landesministerien wirken maßgeblich an allen drei Gesetzgebungsformen mit, die das Grundgesetz vorsieht.<sup>8</sup> Vergleichbaren Einfluss besitzen die Fachministerien in Frankreich und der Schweiz<sup>9</sup> sowie die Generaldirektionen der Europäischen Kommission.<sup>10</sup>

Im Rechtsvergleich ist daher die Situation in den skandinavischen Ländern besonders interessant. Denn die Beteiligung staatlicher Akteure am Herzstück des Gesetzgebungsverfahrens – der Erarbeitung der gesetzlichen Systematik und der Formulierung des Gesetzestextes – ist dort ungleich geringer. Hans-Heinrich Vogel schildert, wie die Ministerialorganisation die eigentliche Arbeit häufig „außer Haus“ machen lässt: Den staatlichen Akteuren kommt nur die Rolle des Initiators zu. Die Formulierung des Gesetzentwurfs liegt sodann in den Händen von Kommissionen oder externen Hilfspersonen.<sup>11</sup>

Einen Mittelweg hat dagegen England eingeschlagen: Der *Parliamentary Counsel* ist zwar ein staatlicher Akteur, der im Dienst der Regierung steht und ihr gegenüber weisungsgebunden ist. Das *Office of Parliamentary Counsel* ist jedoch eine eigenständige Arbeitseinheit, die institutionell nicht Teil der Fachministerien ist, sondern dem *Cabinet Office* untersteht.<sup>12</sup> Von einer Dominanz der *Ministerialverwaltung* kann in England daher genau genommen

---

<sup>7</sup> Siehe bereits *Helmuth Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung (1988) 285 Fn. 177 m. w. N.: („Stereotypie der wissenschaftlichen Diskussion“); vgl. auch *Reinhard Zimmermann*, Text und Kontext – Einführung in das Symposium, *RabelsZ* 78 (2014) 315, 319 m. w. N. (in diesem Heft).

<sup>8</sup> Die Fachreferate der Bundesministerien erarbeiten nicht nur die Regierungsentwürfe und begleiten diese durch das parlamentarische Verfahren. Sie kooperieren auch eng mit den Regierungsfractionen bei der Ausarbeitung von Gesetzentwürfen des Bundestages (die vielfach ohnehin „verkappte“ Regierungsentwürfe darstellen, siehe dazu *Brun-Otto Bryde*, Stationen, Entscheidungen und Beteiligte im Gesetzgebungsverfahren, in: *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis*, hrsg. von Hans-Peter Schneider/Wolfgang Zeh (1989) 859, 870). Schließlich entstehen auch die Gesetzesinitiativen des Bundesrats in den Referaten der federführenden Landesministerien.

<sup>9</sup> *Jörg Schmid*, Die Entstehung von Gesetzen in der Schweiz, *RabelsZ* 78 (2014) 329, 333f. (in diesem Heft).

<sup>10</sup> *Ines Härtel*, Handbuch Europäische Rechtsetzung (2006) 344: „Schlüsselrolle“ der Europäischen Kommission im europäischen Rechtsetzungsverfahren.

<sup>11</sup> *Hans-Heinrich Vogel*, Die Entstehung von Gesetzen in Skandinavien, *RabelsZ* 78 (2014) 383, 395 (in diesem Heft).

<sup>12</sup> *Jens M. Scherpe*, Die Entstehung von Gesetzen in England und Wales, *RabelsZ* 78 (2014) 361, 363 (in diesem Heft).

nicht gesprochen werden. Während in den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen die Definition des politischen Regelungsziels sowie die gesetzestechnische Umsetzung in der Person des Ministerialbeamten zusammenläuft, sind diese beiden Funktionen in England zwischen *Ministry Official* und *Parliamentary Counsel* aufgeteilt.

## II. Die Rolle von Interessenverbänden und privatwirtschaftlichen Akteuren

Auf dem Symposium nur gestreift, in rechtsvergleichender Hinsicht jedoch nicht minder bedeutsam, ist die Einflussnahme Privater auf die Gesetzgebung.<sup>13</sup>

Zu dem Großthema Lobbyismus existieren umfangreiche politikwissenschaftliche Untersuchungen und Datensätze. Dennoch ist ein eigener Beitrag der Rechtsvergleichung denkbar und wünschenswert. Schließlich geschieht die Einbeziehung von Verbands- und Unternehmensinteressen keineswegs auf rein informelle, rechtlich nicht näher darstellbare Weise. Viele Rechtsordnungen verfügen mittlerweile über Regularien und institutionell verfestigte Formen, in denen ein Austausch zwischen der Ministerialverwaltung und Interessenverbänden in geordneten Bahnen stattfinden kann.<sup>14</sup>

Ein Beispiel für solch eine institutionell verfestigte Form der Zusammenarbeit findet sich auf europäischer Ebene: So hatte etwa die Europäische Kommission die wichtigsten Interessengruppen (bestehend aus Verbrauchern, Unternehmen und der Anwaltschaft) dazu eingeladen, ihren Beitrag zur Arbeit der Expertengruppe für einen gemeinsamen Referenzrahmen im Bereich des europäischen Vertragsrechts zu leisten.<sup>15</sup> Dieser *Key Stakeholders Round Table* kam monatlich jeweils vor den Sitzungen der Expertengruppe mit Vertretern der Europäischen Kommission und einem Rapporteur der Expertengruppe zusammen, um die Arbeitsergebnisse der Expertengruppe zu diskutieren und Änderungsvorschläge zu entwickeln.

---

<sup>13</sup> Zu Deutschland vgl. Zimmermann, RabelsZ 78 (2014) 315, 316 ff. m. w. N.

<sup>14</sup> Vgl. etwa Benedikt Oiberding, Rechtliche Möglichkeiten der Steuerung von Interessentpolitik: eine Untersuchung am Beispiel der Gesetzgebung des Deutschen Bundestages (2013) 113–128 (zu ausländischen Regelungen).

<sup>15</sup> Nähere Informationen zu dem *Key Stakeholders Round Table in the Area of European Contract Law* unter <[http://ec.europa.eu/justice/contract/cesl/stakeholder-meeting/index\\_de.htm](http://ec.europa.eu/justice/contract/cesl/stakeholder-meeting/index_de.htm)> (1.12.2013). Dort sind auch die Schlussfolgerungen der insgesamt 9 Sitzungen, die zwischen September 2010 und April 2011 stattgefunden haben, veröffentlicht.

### III. Die Sprache des Gesetzes

Die Ideale der Klarheit, Einfachheit und Bestimmtheit eines Gesetzes wirken als Vermächtnis aus Zeiten der Aufklärung bis heute fort.<sup>16</sup> An ihnen müssen sich die Verfasser von Gesetzestexten in allen Rechtsordnungen messen lassen. Die Verständlichkeit von Gesetzen ist daher bereits seit längerer Zeit Gegenstand von wissenschaftlichen Untersuchungen, an denen Juristen, Sprachwissenschaftler und Psychologen gleichermaßen beteiligt sind.<sup>17</sup> Vereinzelt ist dieses Thema auch aus rechtsvergleichender Perspektive beleuchtet worden.<sup>18</sup>

In vielen Ländern haben die für die Gesetzgebung zuständigen Akteure zudem Bestrebungen zur Verbesserung der sprachlichen Qualität von Gesetzen unternommen. In Deutschland existiert ein eigener *Redaktionsstab Rechtssprache*.<sup>19</sup> Auf europäischer Ebene gibt es in Gestalt des *lawyer-linguist* gar ein eigenes Berufsprofil.<sup>20</sup> Die Rechtsordnungen könnten in dieser Hinsicht einiges voneinander lernen. Vor besondere Herausforderungen sind dabei die Länder gestellt, die – wie etwa die Schweiz, Finnland und Norwegen – gleich mehrere Gesetzessprachen miteinander in Einklang bringen müssen.<sup>21</sup> In besonderer Weise gilt dies auch für die europäischen Rechtssetzungsakte.<sup>22</sup>

<sup>16</sup> Zu diesem Vermächtnis siehe etwa *Kent D. Lerch*, Gesetze als Gemeingut aller: Der Traum vom verständlichen Gesetz, in: *Die Sprache des Rechts*, hrsg. von dems., Bd. I (2004) 225, 226–228.

<sup>17</sup> Instruktiver Überblick zur internationalen Forschungslage bei *Christian F. G. Schendera*, Die Verständlichkeit von Rechtstexten: Eine kritische Darstellung der Forschungslage, in: *Sprache des Rechts I* (vorige Fn.) 321–373.

<sup>18</sup> Siehe etwa *Timothy Millett*, der aus Sicht des Rechtsanwenders einzelne Bestimmungen des französischen und englischen Staatsangehörigkeitsrechts unter systematischen, sprachlichen und stilistischen Gesichtspunkten miteinander vergleicht, *ders.*, A Comparison of British and French Legislative Drafting (with particular reference to their respective Nationality Laws), *Stat LR* 130 (1986) 130–160.

<sup>19</sup> *Zimmermann*, *RabelsZ* 78 (2014) 315, 318.

<sup>20</sup> Siehe dazu die aktuellen Stellenausschreibungen des *European Personnel Selection Office* (EPSO). Aus ihnen geht hervor, dass derzeit 630 Rechts- und Sprachsachverständige beim Europäischen Gerichtshof, 96 Rechts- und Sprachsachverständige beim Rat der Europäischen Union und 82 Rechts- und Sprachsachverständige im Europäischen Parlament beschäftigt sind. Beim Europäischen Gerichtshof sind die Rechts- und Sprachsachverständigen mit der Übersetzung von Urteilen, Beschlüssen und Schlussanträgen betraut. Beim Rat und Parlament sind sie vielfach eng in den Gesetzgebungsprozess eingebunden und üben in den informellen Verhandlungsrunden nicht selten entscheidenden Einfluss auf die konkrete Formulierung von Richtlinien und Verordnungen aus.

<sup>21</sup> Zur Schweiz vgl.: *Mehrsprachige Gesetzgebung in der Schweiz*, juristisch-linguistische Untersuchungen von mehrsprachigen Rechtstexten des Bundes und der Kantone, hrsg. von *Rainer Schweizer/Marco Borghi* (2011).

<sup>22</sup> Siehe dazu auch die umfangreiche Studie von *Réka Somssich/Judit Várnai/Anna Bérczi*, *Study on lawmaking in the EU multilingual environment* (2010) (im Auftrag der Europäischen Kommission).

Interessanterweise hat ausgerechnet in England – dem Land, das traditionell sein Recht in vergleichsweise geringem Maß förmlichen Gesetzgebungsakten verdankt – das Streben nach einer einheitlichen und kohärenten Gesetzessprache die weitreichendsten institutionellen Folgen gehabt: Das Sprachideal stellt, wie Jens Scherpe zeigt, noch heute den zentralen Legitimationsgrund für die im Rechtsvergleich eigentümliche Stellung der *Parliamentary Counsel* dar.<sup>23</sup> Während anderswo die Gesetze das Gemeinschaftswerk vieler Beteiligten sind,<sup>24</sup> schreibt in England allein die Hand des jeweiligen *Counsel*.

#### IV. Begriff und Bedeutung von Gesetzesmaterialien

Die hier publizierten Referate vermitteln einen Eindruck von der Vielzahl an Dokumenten, die als Materialien bei der Auslegung von Gesetzesbestimmungen in Betracht kommen. Grundsätzlich kann alles, was das Verständnis einer Norm fördern<sup>25</sup> oder über den Entstehungsprozess einer Gesetzesbestimmung Aufschluss geben kann,<sup>26</sup> unter den Begriff der „Gesetzesmaterialien“ fallen.

Es bietet sich daher an, zwischen einem weiteren und einem engeren Materialienbegriff zu unterscheiden.

Unter den Materialien im weiteren Sinne sind alle Quellen zu fassen, auf die sich die Akteure im Verlauf eines Gesetzgebungsprozesses stützen. Dazu gehören etwa Dokumente aus dem Vorstadium eines Gesetzesvorhabens, die dem Gesetzgeber vorliegenden Textstufen der internationalen Regelwerke (CISG, PICC, PECL, DCFR etc.), die seinerzeitige wissenschaftliche Literatur oder der Normbestand verwandter Rechtsordnungen.<sup>27</sup> Im Rahmen der europäischen Gesetzgebungspraxis sind daher die Grün- und Weißbücher sowie die Folgenabschätzungsberichte als Materialien im weiteren Sinne einzuordnen. Das Grünbuch ist ein von der Europäischen Kommission verfasstes Diskussionspapier zu einem bestimmten Thema. Es steht zu Beginn eines Ordnungs- oder Richtlinienvorschlages und soll eine öffentliche und wissenschaftliche Diskussion über die politische Zielsetzung hervorrufen.<sup>28</sup> Ein Weißbuch enthält dagegen bereits konkretisierte Vor-

<sup>23</sup> Scherpe, RabelsZ 78 (2014) 361, 364.

<sup>24</sup> Für Deutschland, vgl. Schneider, Gesetzgebung (Fn. 4) 68.

<sup>25</sup> Zimmermann, RabelsZ 78 (2014) 315, 325.

<sup>26</sup> Schmid, RabelsZ 78 (2014) 329, 331.

<sup>27</sup> Dazu Zimmermann, RabelsZ 78 (2014) 315, 326. Ähnlich bezeichnet auch Schmid, RabelsZ 78 (2014) 329, 30 „zusätzliche Dokumente, die ein Gesetzesprojekt beeinflusst haben“ als Materialien in nicht-amtlichem, weiterem Sinne.

<sup>28</sup> Aus dem Bereich des Privatrechts etwa das Grünbuch „Optionen für die Einführung eines europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen“ (KOM(2010) 348

schläge für ein Vorgehen in einem bestimmten Bereich.<sup>29</sup> Für die wichtigsten Gesetzesinitiativen führt die jeweils federführende Dienststelle der Europäischen Kommission zudem eine Folgenabschätzung (*impact assessment*) durch.<sup>30</sup> Diese soll gewährleisten, dass Verordnungen und Richtlinien „auf der Grundlage transparenter, vollständiger und ausgewogener Informationen“<sup>31</sup> ausgearbeitet werden. Zu diesem Zweck werden die vorhandenen Daten ausgewertet und die Vor- und Nachteile eines Gesetzesvorschlags in einem abschließenden Bericht zusammengefasst.<sup>32</sup> Jede Kommissionsdienststelle verfügt über ein eigenes Referat, das für die Folgenabschätzung verantwortlich ist. Ferner gibt es einen dienststellenübergreifenden Ausschuss für Folgenabschätzung (*Impact Assessment Board, IAB*), der für Fragen zur „Methodik oder [...] angemessenen Untersuchungstiefe“ kontaktiert werden kann.<sup>33</sup>

Innerhalb der Materialien im engeren Sinne – also der Dokumente, die aus dem konkreten Gesetzgebungsverfahren selbst hervorgehen – ist zwischen öffentlich zugänglichen und nicht veröffentlichten Materialien zu unterscheiden. Mit Ausnahme der skandinavischen Länder<sup>34</sup> und der Europäischen Union,<sup>35</sup> die eine bemerkenswert transparente Veröffentlichungspraxis verfolgen, sind die untersuchten Rechtsordnungen tendentiell eher restriktiv. Dies betrifft insbesondere die Publikation von Entwürfen aus den frühen Stadien des Gesetzgebungsverfahrens, dem sogenannten *Agenda Setting*. Die wirklich aussagekräftigen, weil kontroverse Fragen aufgreifenden Arbeitsdokumente – wie etwa die E-Mail-Kommunikation anlässlich einer

---

endg. vom 1.7.2010). Vgl. hierzu die Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, veröffentlicht in *RabelsZ* 75 (2011) 371–438.

<sup>29</sup> Weißbücher sind verhältnismäßig selten. Während die Europäische Kommission pro Jahr zehn und mehr Grünbücher veröffentlicht, waren es in den vergangenen Jahren nie mehr als zwei bis drei Weißbücher. Zum Vorhaben eines Europäischen Vertragsrechts existiert etwa kein eigenes Weißbuch.

<sup>30</sup> Siehe *Anne C. M. Meuwese*, *Impact Assessment in EU Lawmaking* (2008).

<sup>31</sup> Leitlinien der Europäischen Kommission zur Folgenabschätzung (SEK(2009) 92 vom 15.1.2009) S. 4.

<sup>32</sup> Zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht vgl. den mehr als 200-seitigen Bericht zur Folgenabschätzung: *Commission Staff Working Paper, Impact Assessment, SEC(2011) 1165 final* vom 11.10.2011.

<sup>33</sup> Leitlinien der Europäischen Kommission zur Folgenabschätzung (Fn. 31) 11.

<sup>34</sup> Schweden ließ anlässlich seines Beitritts zur Europäischen Union im Jahr 1995 eigens eine Protokollerklärung in die Schlussakte des Beitrittsvertrages aufnehmen. Sie hat folgenden Wortlaut: „Die Öffentlichkeit der Verwaltung und insbesondere der allgemeine Zugang zu offiziellen Dokumenten sowie der verfassungsrechtliche Schutz der Personen, die Informationen an die Medien weitergeben, sind und bleiben fundamentale Grundsätze, die Bestandteile des verfassungsrechtlichen, politischen und kulturellen Erbes von Schweden darstellen“; *Abl.* 1994 C 241/397.

<sup>35</sup> Ausführlich zur Transparenz in den einzelnen Phasen der europäischen Gesetzgebung: *Christoph Sobotta*, *Transparenz in den Rechtsetzungsverfahren der EU* (2001) 87–276.

interministeriellen Ressortabstimmung – finden ohnehin keinen Weg in die Öffentlichkeit oder interessierte Fachkreise.<sup>36</sup>

Zur Bedeutung der Materialien für die praktische Rechtsanwendung müssen an dieser Stelle einige allgemeine Anmerkungen genügen: Ihre Relevanz hängt zum einen von dem Umfang ab, in dem die Materialien überhaupt zugänglich sind. Sofern Dokumente weder veröffentlicht werden noch im Einzelfall durch ein Gericht oder eine wissenschaftliche Einrichtung eingesehen werden dürfen, können sie nicht zur Auslegung gesetzlicher Normen beitragen. Zum anderen ist die Bedeutung von Materialien davon abhängig, ob sie von der jeweiligen Rechtsordnung als Auslegungsquelle anerkannt werden. Guillaume Meunier berichtet, dass die französischen Gerichte – abgesehen von bedeutsamen Verfahren auf den Gebieten des Völker- und Verfassungsrechts – die *travaux préparatoires* nur selten zu Rate ziehen.<sup>37</sup> Auch der Europäische Gerichtshof steht der historischen Auslegung nach wie vor mit gewissen Vorbehalten gegenüber. In seinen Entscheidungen dient die Entstehungsgeschichte einer Norm nur selten als wirklich tragender Gesichtspunkt. Die Materialien aus dem Gesetzgebungsverfahren werden zwar berücksichtigt, häufig jedoch nur zur Unterstützung eines bereits auf anderem Wege gefundenen Auslegungsergebnisses.<sup>38</sup> In der Literatur wird dieser zurückhaltende Ansatz des Gerichtshofs mit dem „besonderen Kompromiss- und Verhandlungscharakter“ des europäischen Gesetzgebungsprozesses in Zusammenhang gebracht.<sup>39</sup> In anderen Rechtsordnungen misst man der Entstehungsgeschichte einer Norm dagegen größere Bedeutung bei: Herangezogen werden kann dort grundsätzlich alles, was einen Beitrag zur Auslegung einer Norm leisten kann.<sup>40</sup>

Nicht selten wird der Einwand erhoben, die Masse an verfügbaren Materialien sprengt entweder von vornherein das knapp bemessene Zeitkonto des zuständigen Richters oder lasse die Urteilsfindung der Beliebigkeit anheimfallen, indem sich für jede opportune Rechtsbehauptung irgendwo in

---

<sup>36</sup> Siehe auch Meunier, *Les travaux préparatoires* from a French Perspective, RabelsZ 78 (2014) 346, 352 (in diesem Heft).

<sup>37</sup> Meunier, RabelsZ 78 (2014) 346, 357.

<sup>38</sup> Bernhard W. Wegener, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta<sup>4</sup> (2011) Art. 19 EUV Rn. 13 m. w. N.

<sup>39</sup> Siehe Calliess/Ruffert/Wegener (vorige Fn.) Art. 19 EUV Rn. 13 mit Verweis auf die „häufig gegenläufige[n] Stellungnahmen der an der Rechtsentstehung maßgeblich beteiligten Gemeinschaftsorgane und der Mitgliedstaaten“.

<sup>40</sup> Dies führt mitunter zu ungewöhnlichen Methoden: In Deutschland legte eine Partei eines Rechtsstreits vor dem Oberlandesgericht Frankfurt a. M. die schriftliche Stellungnahme eines Bundestagsmitglieds vor, das als Berichterstatter am Gesetzgebungsverfahren beteiligt gewesen war. Das Gericht folgte dem im konkreten Fall mangels hinreichender Substantiierung nicht. Siehe zu diesem Fall und den mit einer „Zeugenbefragung“ von Abgeordneten verbundenen methodischen Fragestellungen Holger Fleischer, Gesetzesauslegung durch Befragung von Bundestagsabgeordneten?, NJW 2012, 2087–2091.



der Fülle an vorhandenen Materialien ein Nachweis finden lasse.<sup>41</sup> Belastbare rechtsvergleichende Forschung zu der tatsächlichen richterlichen Sprechpraxis wäre insofern sehr willkommen.

## V. Die Rolle der Wissenschaft

Die Rolle der (Rechts-)Wissenschaft bei der Entstehung von Gesetzen ist in den einzelnen Rechtsordnungen durchaus unterschiedlich ausgeprägt.

Angesichts der Komplexität der Sachfragen und der begrenzten personellen Ressourcen in den Ministerien kommt kein Land mehr an der Einbeziehung externen Sachverständes vorbei. Wissenschaftliche Erkenntnis findet dabei auf ganz unterschiedliche Weise Eingang in den Gesetzgebungsprozess: Ministerialbeamte haben nicht selten ein einschlägiges akademisches Vorleben, Zeitschriften werden zu Rate gezogen, externe Gutachten zu bestimmten Sach- und Rechtsfragen eingeholt,<sup>42</sup> wissenschaftliche Hilfsdienste in die staatlichen Verwaltungsstrukturen integriert<sup>43</sup> oder Professoren zu Gutachtern im Rahmen der parlamentarischen Anhörungen bestellt. Die Mittel und Wege sind so zahlreich, dass der Einfluss der Wissenschaft in einem derart weit verstandenen Sinne kaum fassbar ist. Das stellt eine gehaltvolle rechtsvergleichende Forschung vor gewisse Hürden.

In einigen Rechtsordnungen geht die Rolle der Wissenschaft jedoch über die bloß mittelbare Einbeziehung wissenschaftlichen Sachverständes hinaus. In ihnen wird die Erarbeitung und Formulierung des konkreten Normtextes *selbst* in die Hände von Wissenschaftlern gelegt. Dies geschieht in aller

<sup>41</sup> Zu diesem Einwand auch *Meunier*, *RabelsZ* 78 (2014) 346, 356f.

<sup>42</sup> So zieht etwa die Europäische Kommission, insbesondere bei weniger weitreichenden Gesetzesinitiativen, anstelle von Grün- und Weißbüchern häufig externe Gutachten heran. Auch im Rahmen des Folgenabschätzungsverfahrens beauftragt die Kommission – jeweils nach öffentlicher Ausschreibung – Forschungsinstitute und Beratungsunternehmen mit der Erstellung vorbereitender Gutachten, insbesondere zur Erhebung und Evaluierung empirischer Daten. So erhielt im November 2010 die belgische IBF International Consulting den Auftrag für eine Studie zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht: „The aim of the study was to assist the Commission in gathering further evidence on the problems identified and to carry out an economic analysis of the impacts of the main policy options set out in the Green Paper. The contractor carried out economic analysis and modelling, supplemented by in-depth interviews with representatives of business and consumer organisations and legal professionals“; *Commission Staff Working Paper, Impact Assessment* (Fn. 32) 61.

<sup>43</sup> In Deutschland ist der Wissenschaftliche Dienst eine eigene Verwaltungseinheit des Deutschen Bundestags (Abteilung W). Er versteht sich jedoch ausdrücklich nicht als „Gesetzgebungshilfsdienst“, sondern dient der Versorgung der Abgeordneten mit unabhängigen und sachgerecht aufbereiteten Informationen und soll auf diese Weise ein parlamentarisches Gegengewicht zur Sachkompetenz der Ministerialverwaltung herstellen. An der Formulierung von Gesetzen ist der Wissenschaftliche Dienst nicht unmittelbar beteiligt. Vgl. *Wolfgang Zeh*, *Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages – ein Gesetzgebungshilfsdienst?*, in: *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*, hrsg. von Jürgen Rüdiger (1976) 173–187.

Regel durch sogenannte Expertenkommissionen.<sup>44</sup> Hier vollzieht sich der Einfluss von Wissenschaft auf die Gesetzgebung auf besonders effektive und transparente Weise. Denn die Kommissionen nehmen ihre Arbeit in einem sehr frühen Stadium des Gesetzgebungsverfahrens auf, in dem noch nicht jede Gestaltungsmöglichkeit durch das Netz an politischen Absprachen und Kompromissen, das sich (spätestens) ab Beginn des parlamentarischen Verfahrens über ein Gesetzesprojekt legt, ausgeschlossen ist. Für die rechtsvergleichende Forschung ist daher das Kommissionswesen ein lohnender Untersuchungsgegenstand.

Überblickt man die Situation in den einzelnen Rechtsordnungen, so lassen sich ganz unterschiedliche Arten von Kommissionen finden. Grob kann man zwischen ständigen Kommissionen sowie *ad hoc*-Kommissionen, die nur zur Erarbeitung eines bestimmten Gesetzes einberufen und anschließend wieder aufgelöst werden, unterscheiden.

Die besten Beispiele für ständige Kommissionen mit großem und thematisch breitem Einfluss bieten die Rechtsordnungen des *common law*. Die Verdienste der *Law Commission* für England und Wales<sup>45</sup> sowie der *Scottish Law Commission*<sup>46</sup> sind zwar nicht ohne Weiteres der Wissenschaft in einem institutionellen Sinne zuzurechnen: Die *Commissioners* sind keineswegs nur Professoren, sondern überwiegend Richter, *barristers* und andere Rechtspraktiker. Zudem verantworten nicht die *Commissioners* selbst, sondern *Parliamentary Counsel*, die an die *Law Commission* abgeordnet werden, die eigentliche Formulierung der Gesetzentwürfe.<sup>47</sup> Bemerkenswert ist gleichwohl die wissenschaftliche Methode, welche die *Law Commission* wie kaum eine andere Kommission bei der Erarbeitung und Formulierung ihrer Gesetzentwürfe heranzieht. Ihre Stellung außerhalb des unmittelbaren politischen Betriebes erlaubt es ihr, mit der dazu erforderlichen Zeit und Sorgfalt, häufig unter Einbeziehung rechtsvergleichenden Materials, ganze Rechtsbereiche von Grund auf zu systematisieren und wegweisende Lösungen für neue Rechtsfragen zu entwerfen.<sup>48</sup> Es ist der Rückgriff auf diese Methode, der die *Law Commission* zu einem herausragenden Beispiel für das Ineinandergreifen von Wissenschaft und politischem Gestaltungswillen macht.

---

<sup>44</sup> In den skandinavischen Ländern ist es dagegen nicht unüblich, nur einen einzelnen Professor als Sachverständigen mit einem Gesetzesprojekt zu beauftragen. Dazu *Vogel*, RabelsZ 78 (2014) 383, 395. So früher auch in der Schweiz, vgl. *Schmid*, RabelsZ 78 (2014) 329, 334.

<sup>45</sup> Vgl. *Scherpe*, RabelsZ 78 (2014) 361, 370, 374.

<sup>46</sup> Zu ihr *George Gretton*, Of Law Commissioning, *Edinburgh LR* 17 (2013) 119–151.

<sup>47</sup> An dem Nutzen einer solchen Arbeitsteilung zweifelnd: *Gretton*, *Edinburgh LR* 17 (2013) 119, 141–143: „At times I felt like a discarnate spirit attempting to communicate at a séance“.

<sup>48</sup> Vgl. dazu und zum methodischen Vorgehen der schottischen *Law Commission Gretton*, *Edinburgh LR* 17 (2013) 119, 128–133, 138–143.

*Ad hoc*-Kommissionen sind wesentlich weiter verbreitet. In einigen Rechtsordnungen findet man sie vor allem bei besonders durchgreifenden und rechtlich anspruchsvollen Großreformprojekten. So wurden wichtige Reformen des französischen *Code civil* durch Kommissionen unter der Leitung der Professoren Pierre Catala und François Terré vorangetrieben.<sup>49</sup> Für Deutschland sei aus neuerer Zeit nur auf die Vorbereitung der Schuldrechtsreform aus dem Jahr 2002 verwiesen.<sup>50</sup> In anderen Rechtsordnungen gehören Kommissionen gar zum gesetzgeberischen Tagesgeschäft, begleiten also auch eher einfach gelagerte Gesetzgebungsprozesse. Dies ist etwa in den skandinavischen Ländern der Fall, in denen das Kommissionswesen eine historisch weit zurückreichende Tradition hat.<sup>51</sup> Die Europäische Kommission setzt *expert groups* für unterschiedliche Arten von Gesetzesinitiativen ein.<sup>52</sup> Sie sind keineswegs immer, insbesondere jedoch bei weitreichenderen Gesetzgebungsprojekten und abhängig vom zu regelnden Sachverhalt oft auch mit Professoren besetzt. Unter den 17 Mitgliedern der im Jahr 2010 einberufenen Expertengruppe für einen gemeinsamen Referenzrahmen im Bereich des europäischen Vertragsrechts befanden sich beispielsweise 13 Vertreter aus der Wissenschaft.

Es sind jedoch auch gegenläufige Tendenzen zu beobachten. Die Schweiz, deren große Kodifikationen noch im letzten und vorletzten Jahrhundert der Hand bedeutender Zivilrechtslehrer entsprangen, ist dafür ein gutes Beispiel. Jörg Schmid konstatiert in seinem Referat, dass in der Schweiz nur noch wenig Gebrauch von Experten oder Expertenkommissionen gemacht wird.<sup>53</sup> Ist die Zeit der Kommissionen also in Wirklichkeit schon verstrichen? Oder hat die in der Schweiz zu beobachtende Zurückhaltung andere, landesspezifische Gründe, die nicht ohne Weiteres auf die Nachbarrechtsordnungen übertragen werden können? Diese Fragen bedürfen noch einer genaueren Untersuchung.

## VI. Die Bedeutung der Rechtsvergleichung

Auch die Rolle der Rechtsvergleichung im Entstehungsprozess von Gesetzen verdient nähere Betrachtung. Denn der Rechtsetzungsprozess ist – das sollte dieser Beitrag gezeigt haben – nicht nur ein lohnender Forschungs-

<sup>49</sup> Siehe *Meunier*, *RabelsZ* 78 (2014) 346, 349 f.

<sup>50</sup> *Zimmermann*, *RabelsZ* 78 (2014) 315, 321 f.

<sup>51</sup> Dazu *Vogel*, *RabelsZ* 78 (2014) 383, 394 f.

<sup>52</sup> Das Register der Europäischen Kommission unter <<http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm>> verzeichnet derzeit (1.12.2013) insgesamt 754 „aktive“ Expertengruppen. Viele der dort gelisteten Gruppen sind jedoch ausschließlich oder überwiegend mit Vertretern von Mitgliedstaaten besetzt.

<sup>53</sup> *Schmid*, *RabelsZ* 78 (2014) 329, 334.

gegenstand *für* die Rechtsvergleichung. Die Rechtsvergleichung ist vielmehr auch *ihrerseits* ein wichtiges Instrument, dessen sich die jeweiligen Akteure bei der Erarbeitung eines Gesetzentwurfs bedienen.

In der legislativen Praxis geschieht der Rückgriff auf Erkenntnisse der Rechtsvergleichung in mannigfaltiger Form, Häufigkeit und Intensität. Anlass hierfür können sein: die grenzüberschreitende Natur der zu regelnden Materie, die Komplexität einer bestimmten Rechtsfrage, die Produktivität einer Expertenkommission, die gesellschaftspolitische Brisanz eines bestimmten Themas oder die Erwartung, mit Hilfe einer rechtsvergleichenden Umschau das Regelungsvorhaben argumentativ untermauern zu können. Je nach Einzelfall werten die mit einem Gesetzentwurf befassten Akteure bereits vorhandene rechtsvergleichende Literatur nur aus, geben externe Gutachten neu in Auftrag oder holen gar auf diplomatischen Kanälen eigene Erkundigungen über die Rechtslage in bestimmten Ländern ein.<sup>54</sup> Zu all diesen Fragen sind Untersuchungen für einzelne Rechtsordnungen selten.<sup>55</sup> Darauf aufbauende vergleichende Untersuchungen sind erst noch durchzuführen.

Das Gesetzgebungsverfahren auf europäischer Ebene unterscheidet sich insofern von demjenigen in den nationalen Rechten, als es eines besonderen Anlasses für den Rückgriff auf die Rechtsvergleichung hier nicht bedarf. Das Europarecht verfügt in Gestalt des Subsidiaritätsprinzips über einen eigenen Garantiemechanismus, der die fortwährende Bedeutung der Rechtsvergleichung im Entstehungsprozess von Gesetzen gewährleistet. Denn der Grundsatz der Subsidiarität hält Parlament, Rat und Kommission vor Erlass einer jeden Verordnung oder Richtlinie dazu an, die in den Mitgliedstaaten vorhandenen rechtlichen Lösungen auf ihre Effektivität hin zu untersuchen und miteinander zu vergleichen.

Die Bedeutung der Rechtsvergleichung als Instrument für den Gesetzgeber reicht zurück auf die Anfänge der rechtsvergleichenden Disziplin überhaupt: Ab dem frühen 19. Jahrhundert rückte in vielen europäischen Rechtsordnungen die zeitgenössische Gesetzgebung der Nachbarländer in den Vordergrund des wissenschaftlichen Interesses und wurde durch Monographien und Beiträge in eigens gegründeten Zeitschriften erschlossen. Beson-

---

<sup>54</sup> In dieser Hinsicht bemerkenswert ist der aus dem Bundesministerium der Justiz stammende Entwurf des Gesetzes über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes (BT-Drucks. 17/11295 vom 5.11.2012). Neben einer ausführlichen Darstellung zur Rechtslage in knapp 20 Staaten der Welt finden sich hier auch Hinweise zu den Quellen, auf die sich die Gesetzesverfasser stützten: So habe etwa die Rechtslage in der Türkei durch eine Anfrage der deutschen Botschaft beim türkischen Gesundheitsministerium in Erfahrung gebracht werden können (S. 11).

<sup>55</sup> Zur deutschen Gesetzgebungspraxis vgl. Ulrich Drobniß/Peter Dopffel, Die Nutzung der Rechtsvergleichung durch den deutschen Gesetzgeber, RabelsZ 46 (1982) 253, 263–271; Ulrich Drobniß, Rechtsvergleichende Vorbereitung von Gesetzgebung in der Bundesrepublik Deutschland, in: Gesetzgebung und Rechtskultur, hrsg. von Heinz Schäffer (1987) 141–144.

ders bündelte sich das Interesse auf den Feldern, die – bedingt durch die technischen und gesellschaftlichen Veränderungen der Zeit – nach neuen Lösungen verlangten (Eisenbahnrecht, Patent- und Urheberrecht, Hypothekenrecht etc.).<sup>56</sup> Es entstand eine explizit anwendungsorientierte *législation comparée*, die ihre Aufgabe nicht allein in der bloßen Beschreibung der fremden Rechte sah, sondern sich selbst als „Inspiration für staatliche Gesetzgebung“ verstand.<sup>57</sup> Dies traf bei den Gesetzgebern der damaligen Zeit – von den Verfassern des spanischen *Código civil* bis zu den Redaktoren des BGB – auf große Resonanz, wie die umfangreiche Heranziehung und Auswertung des rechtsvergleichenden Schrifttums durch sie beweist.<sup>58</sup>

Eine anwendungsorientierte Rechtsvergleichung hat auch in der Gegenwart ihren festen Platz. Die äußeren Umstände sind gewiss andere als noch zu Beginn des 19. Jahrhunderts. Doch bieten sie der Rechtsvergleichung einen nicht minder fruchtbaren Boden: Die Digitalisierung aller Bereiche der Gesellschaft wirft unentwegt neue Fragen auf, die nur mit Hilfe rechtsvergleichender Grundlagenforschung gesetzestechisch bewältigt werden können.<sup>59</sup> Auf die stetigen Impulse, die die Europäisierung des (Privat-) Rechts für die Rechtsvergleichung bedeutet, ist bereits hingewiesen worden. Das Zeitalter der *législation comparée* ist daher keineswegs vorbei.

## Summary

### THE PROCESS OF LAW MAKING AS A FIELD FOR COMPARATIVE RESEARCH

Whereas legal literature considering the legislative process traditionally had more regard to formal parliamentary laws, the recent past has seen the emergence of a comprehensive and more contoured conception of treatises, taking into account the diverse forms that legal provisions assume in modern times (e. g. regulations, by-laws, administrative rules). The role to be played by comparative scholarship in this inquiry is still very much in its early stages of definition. Whereas studies can be found for most European legal systems as regards the various stages of law making and the legislative materials

<sup>56</sup> Siehe Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht*, Bd. II (1989) 56–63; vgl. auch Stefan Vogenauer, *Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung um 1900*, *RabelsZ* 76 (2012) 1122, 1130–1133.

<sup>57</sup> So Ralf Michaels, *Rechtsvergleichung*, in: *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, hrsg. von Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt/Reinhard Zimmermann, Bd. II (2009) 1267.

<sup>58</sup> Coing, *Europäisches Privatrecht* (Fn. 56) 62.

<sup>59</sup> Zum Umgang mit *digital content* in Verbraucherverträgen siehe beispielsweise die im Auftrag der Europäischen Kommission verfasste 300-seitige rechtsvergleichende Untersuchung von Marco Loos/Natali Helberger/Lucie Guibault u. a., *Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts* (2011).

created in this process, comparative analyses that go beyond providing merely a descriptive overview are relatively rare. Such efforts are generally limited to isolated proposals for the reform of a given legal system, aiming at the drafting of “better” laws.

Thus, the topics explored at the symposium “The Development of Legal Rules in Comparative Perspective” (“Die Entstehung von Gesetzen in rechtsvergleichender Perspektive”), held on 29 June 2013 at the Max Planck Institute in Hamburg, posed distinct challenges for the comparative scholars in attendance. The present paper makes a first attempt at addressing the matter in a systematic manner and should at the same time serve to summarize the conference findings and inspire further work. The article considers six different aspects of law-making which would appear to have particular relevance within a comparative framework: the role of governmental institutions, the role of interest groups and private stakeholders, the language of the law, the relevance of legislative materials, the role of academia and the importance of comparative research.

