

**Sprache und Medialität des Rechts**  
**Language and Media of Law**

---

**Band 1**

# **Recht ist kein Text**

**Studien zur Sprachlosigkeit  
im verfassten Rechtsstaat**

**Herausgegeben von  
Friedemann Vogel**



**Duncker & Humblot · Berlin**

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek  
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten  
© 2017 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: Konrad Triltsch GmbH, Ochsenfurt  
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 2512-9236  
ISBN 978-3-428-15247-6 (Print)  
ISBN 978-3-428-55247-4 (E-Book)  
ISBN 978-3-428-85247-5 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

# **Text, Kontext und Textualismus in der juristischen Methodenlehre**

**Frank Easterbrook neu gelesen und übersetzt**

Von *Hanjo Hamann*, Bonn<sup>1</sup>

## **Abstract**

One of the leading schools of jurisprudence in the United States calls itself “textualism” and celebrates its preference for “the language and structure of the law whenever possible over its legislative history and imputed values”. Does this preference rest on an overly naïve misconstrual of linguistic objectivity? Maybe not. The present contribution introduces to German readers one of the most prominent manifestos of US textualism, in its first ever German translation. Its author, former law professor and current federal judge Frank H. Easterbrook, spells out his conception of how so-called textualism fosters modesty on the part of judges, and enhances effective democratic control of the judicial process – without at the same time embracing an anachronistically pre-modern conception of language. The propositions of his text are as timely today as they were upon publication twenty-odd years ago, and hold out an invitation for fruitful discourse across the Atlantic, which will be taken up by a German lawyer in the subsequent contribution of this volume.

*Schlüsselwörter:* Textualismus, Rechtslehre, Auslegungsmethoden, Justiz, USA

## **I. Einleitung**

### *1. Anliegen des Beitrags*

Wie verträgt sich die Annahme, dass Recht kein Text sei, mit der augenfälligen Textgebundenheit juristischen Arbeitens? Bezeichnet sich doch in den USA eine führende Strömung der Rechtsmethodik sogar ausdrücklich – und mit Stolz – als *Textualismus*.

Textualismus, so könnte man vereinfachend zusammenfassen, ist eine Denkschule, die Texte kontextfrei deuten will – sie suggeriert, der (Rechts-)Text spreche aus sich selbst und für sich selbst. Was zunächst sprachwissenschaftlich naiv anmuten

---

<sup>1</sup> Ich danke der Harvard Society for Law & Public Policy für ihr Einverständnis mit der unter II. abgedruckten Übersetzung von Easterbrook 1994, und cand. iur. Fabian Iwanczik, Dr. Stefanie Egidy, LL.M. (Yale), und Jun.-Prof. Friedemann Vogel für gründliche Vorabklärungen und überaus wertvolle Verbesserungsvorschläge. Wo ich sie (vereinzelt) in den Wind geschlagen habe, bin ich selbst schuld.

mag und auch von deutschen Juristen bisweilen als amerikanische Verschrobenheit belächelt wird – unsere Texthörigkeit hat uns ja angeblich schon das Preußische Allgemeine Landrecht im 18. Jahrhundert ausgetrieben – offeriert bei näherer Betrachtung interessante Perspektiven auf aktuelle methodische Herausforderungen. Um diese Perspektiven geht es im vorliegenden Beitrag.

Nicht *über* amerikanische Textualisten sollten wir allerdings sprechen, sondern *mit* ihnen. Der Beitrag gibt deshalb einem ihrer bekanntesten Vertreter das Wort (Easterbrook 1994), gefolgt von einer gesonderten Erwiderung aus deutscher Sicht im anschließenden Beitrag (von Ralph Christensen). Die Auseinandersetzung mit der US-amerikanischen Programmschrift soll ein fruchtbares transatlantisches Zwiegespräch anregen über jene Art, Recht zu denken, die den „Text“ zwar im Namen trägt, aber nichts entschiedener leugnet als die eigentliche Gleichsetzung von Recht und Text. Dies zumindest ist die Position, die unser Gesprächspartner im vorliegenden Beitrag vertritt.

Es ist keine neue Position mehr, aber eine nach wie vor aktuelle. Deshalb der Entschluss, ein über zwanzig Jahre altes Manifest nun erstmals auf Deutsch herauszugeben. Darin beleuchtet ein prominenter US-Bundesrichter den Zusammenhang zwischen „richtigem“ Textverständnis und Macht, Gewaltenteilung sowie demokratischer Legitimation. Er erklärt die richterliche Selbstbescheidung zum Prüfstein der demokratischen Rechtsfindung – und das bezeichnenderweise zur selben Zeit, als diesseits des Atlantik eine „Götterdämmerung“ in der Justiz beschworen und den deutschen Verfassungsrichtern Selbsterhöhung, Machtherlichkeit und Irreverenz gegenüber demokratischer Gewaltenteilung vorgeworfen wird (Großfeld 1995).

Schon dieser zeitgenössische transatlantische Kontrast macht den amerikanischen Text lesenswert, ganz zu schweigen von seinen aktuellen Bezügen, etwa zu der in Deutschland noch immer lebhaften Diskussion über Bedeutung und Stellenwert von Gesetzgebungsmaterialien (Fleischer 2013). Die originellen und streitbaren Thesen aus den 1990er Jahren scheinen kaum an Aktualität verloren zu haben – an ihnen abzuarbeiten lohnt sich auch zwanzig Jahre nach ihrer Veröffentlichung noch. Bevor sich Leser darüber ein eigenes Urteil bilden können, seien sie kurz mit Autor und Text bekanntgemacht.

## 2. Der Autor

Frank Hoover Easterbrook (Jahrgang 1948) ist ein US-amerikanischer Jurist, der in der Autorenfußnote seines hier übersetzten Aufsatzes von 1994 mit jenen beiden Ämtern genannt wird, die seinen Lebensweg am nachhaltigsten bestimmten:

„Richter, Berufungsgericht der Vereinigten Staaten für den 7. Gerichtsbezirk;  
Lehrbeauftragter, Juristische Fakultät, Universität von Chicago“.

Schon seinen Studienabschluss (*Juris Doctor, cum laude*) hatte Easterbrook 1973 an der Chicagoer Fakultät erhalten – zur selben Zeit, als dort ein junger Professor

namens Richard Posner ein Lehrbuch mit dem Titel „Die ökonomische Analyse des Rechts“ veröffentlichte, das auf einer Welle des Erfolgs für die liberale Chicagoer Ökonomik reiten sollte: Kurz darauf machten Pinochets *Chicago Boys* in Chile Schlagzeilen, während der Erzliberale Milton Friedman den Nobelgedenkpreis für Wirtschaftswissenschaften erhielt und Gary Becker (1976) den „ökonomischen Ansatz“ als neues Forschungsparadigma „zur Erklärung menschlichen Verhaltens“ ausrief. Easterbrook ging unterdessen nach Washington, D.C., und arbeitete für einige Jahre bei der Bundesanwaltschaft der USA.

Es folgte eine rasante und illustre Karriere: 1978 übernahm Easterbrook einen Stiftungslehrstuhl an seiner Alma Mater, schon sieben Jahre später wurde er (gerade erst 36-jährig) von US-Präsident Reagan als Richter für das ebenfalls in Chicago ansässige Berufungsgericht erkoren, dessen Bezirk die Bundesstaaten Wisconsin, Indiana und Illinois umfasst – Anrainer des *Lake Michigan* im mittleren Westen der USA. An diesem Gericht, dem er zum Zeitpunkt seines Aufsatzes bereits zehn Jahre angehörte, wirkt Easterbrook noch heute, nachdem er dort zwischen 2006 und 2013 sogar den Vorsitz geführt hatte. Daneben ist er bis heute auch seiner Universität als Lehrbeauftragter (*Senior Lecturer*) verbunden geblieben. Easterbrooks englischsprachiger Wikipedia-Artikel (abgerufen am 30.12.2016), der als kollaborativ erarbeitete und häufig herangezogene Textquelle seine öffentliche Wahrnehmung wohl am besten abbildet (und prägt), betont vor allem vier persönliche Qualitäten:

„Easterbrook ist bekannt für seine Verwendung ökonomischer Analyse, für seine legalistische [wortlautzentrierte] Auslegungsmethode, seinen klaren Schreibstil und dafür, einer der produktivsten Richter seiner Generation zu sein.“

Dazu im Einzelnen:

a) Easterbrooks rechtsökonomischer Argumentationsstil gehört zu seinen Markenzeichen – nach seiner Ernennung zum Richter hatte eine Fachzeitschrift unter der vielsagenden Überschrift „Richter Frank H. Easterbrook: Ein getreuer Anhänger der rechtsökonomischen Methode des Professors Frank H. Easterbrook“ den Einfluss seiner akademischen Lehren auf die eigene frühe Rechtsprechung nachgezeichnet (o.A. 1988). Kurz vor ihm war ein anderer ökonomisch bewegter Juraprofessor an dasselbe Gericht berufen worden: Der bereits erwähnte Richard Posner, mit dem Easterbrook seit inzwischen gut dreißig Jahren Tür an Tür arbeitet. Ungeachtet dieser zeitlichen, fachlichen und räumlichen Koinzidenz entstanden nur zwei gemeinsame Veröffentlichungen: Eine Fallsammlung und ein Aufsatz zum Kartellrecht.<sup>2</sup> Anders als Posner gehört Easterbrook – trotz seiner Mitherausgeberschaft des *Journal of Law and Economics* (1982–1991), seiner Autorenschaft an einem populären rechtsökonomischen Lehrbuch (Easterbrook & Fischel 1996) und seiner Mitgliedschaft in der neoliberalen *Mont Pèlerin Society* – nicht zu den Vorreitern der rechtsökonomischen

---

<sup>2</sup> Nachweise auf den Publikationslisten [www.law.uchicago.edu/node/514/publications](http://www.law.uchicago.edu/node/514/publications) bzw. [www.law.chicago.edu/node/79/publications](http://www.law.chicago.edu/node/79/publications).

Bewegung: In den meisten ideengeschichtlichen Darstellungen fällt sein Name allenfalls am Rande, und in einem Sammelband mit „klassischen rechtsökonomischen Aufsätzen [...] die den Kernbestand des Wissens der Disziplin verkörpern“ (Dau-Schmidt & Ulen 1998: xvii), stammten sieben der 51 ausgewählten Texte von Posner, keiner dagegen von Easterbrook.

b) Dennoch geht der Wikipedia-Artikel nicht fehl, wenn er Easterbrook als einen der produktivsten Richter seiner Generation kennzeichnet. Allein durch 6.270 Fachtexte und 41.400 Webseiten geistert der „Richter Easterbrook“,<sup>3</sup> neben seinen akademischen Meriten: 99 Fachaufsätzen und zwei Büchern. Schon wenige Jahre nach seinem hier vorgestellten Aufsatz war Easterbrook neben Cass Sunstein (dem späteren Berater von US-Präsident Obama) einer der beiden meistzitierten US-Juristen unter 50 Jahren und landete auf der Liste der meistzitierten aller Zeiten nur knapp hinter Platz 20; sein fast zehn Jahre älterer Richterkollege Posner führte die damalige Rangliste an (Shapiro 2000: 424, 426). Inzwischen gilt Easterbrook seit mindestens fünf Jahren sogar als meistzitiertes juristischer Aufsatzautor der USA nach Sunstein und Posner.<sup>4</sup>

c) Ein drittes Kennzeichen Easterbrooks ist seine wortlautzentrierte Auslegungsmethode, die ihn als Angehörigen des „Textualismus“ kennzeichnet, einer in den USA verbreiteten Lesart des strikten Gesetzespositivismus, die sich dem stärker subjektiv-teleologischen „Intentionalismus“ entgegenstellt (Nelson 2005: 352). Als führender Kopf des Textualismus galt der im Februar 2016 verstorbene konservative Richter am Obersten Gerichtshof Antonin Scalia,<sup>5</sup> der dreieinhalb Jahre vor seinem Tod in einem Interview bekundet hatte, sich den politisch nahestehenden Easterbrook als Nachfolger zu wünschen.<sup>6</sup> Dessen Verständnis von Textualismus und seine Beweggründe dafür sind Gegenstand des hier vorgelegten Textes und werden dort eingehend erläutert.

d) Zur vierten Qualität Easterbrooks, seinem klaren Schreibstil, bedarf es hier keiner weiteren Erörterungen – der Leser möge sich gleich selbst ein Bild davon machen.

---

<sup>3</sup> Trefferzahl am 30.12.2016 für die Suchanfragen [scholar.google.com/scholar?q=judge+easterbrook](https://scholar.google.com/scholar?q=judge+easterbrook) bzw. [www.google.com/search?q=judge+easterbrook](https://www.google.com/search?q=judge+easterbrook).

<sup>4</sup> Für 2011 vgl. [help.heinonline.org/2011/02/most-cited-authors-in-heinonline-heins-scholarcheck-2](http://help.heinonline.org/2011/02/most-cited-authors-in-heinonline-heins-scholarcheck-2), aktuell [heinonline.org/HOL/MostCitedAuthors?collection=journals](http://heinonline.org/HOL/MostCitedAuthors?collection=journals) (11.648 Zitationen am 13.10.2016).

<sup>5</sup> Scalia vertrat eine Spielart des Textualismus, die als Originalismus bekannt ist; dazu und zu weiteren Denkschulen [en.wikipedia.org/wiki/Judicial\\_interpretation](http://en.wikipedia.org/wiki/Judicial_interpretation) (Abruf am 30.12.2016).

<sup>6</sup> Vgl. [abcnews.go.com/Politics/scalia-wanted-judge-opposed-nra-replace-supreme-court/story?id=37010230](http://abcnews.go.com/Politics/scalia-wanted-judge-opposed-nra-replace-supreme-court/story?id=37010230) (Abruf am 30.12.2016).

### 3. Der Text

Der vorliegend übersetzte Aufsatz ist vielleicht nicht Easterbrooks bekanntester, doch gemessen an dessen Länge (er ist mit gut neun Zeitschriftenseiten für US-amerikanische Verhältnisse sehr kurz) einer seiner meistbeachteten. Es handelt sich um einen Klassiker der US-amerikanischen Auslegungslehre, der bis heute in mindestens 245 anderen Fachaufsätzen Erwähnung fand – damit ist er Easterbrooks meist-zitierter Aufsatz nach 1989.<sup>7</sup>

Die Autorenfußnote des Aufsatzes weist darauf hin, dass der Text aus einem Vortrag beim Symposium der „Federalist Society“ 1993 entstanden sei und sich zum Teil aus einem längeren Aufsatz speise, der in der Rechtszeitschrift der staatlichen Florida-Universität erscheinen sollte („Einführung und Fußnoten wurden dementsprechend gekürzt.“). Die angekündigte Veröffentlichung des längeren Textes scheint indessen nie erfolgt zu sein – eine Veröffentlichung Easterbrooks in der *Florida State University Law Review* ist nicht nachweisbar. Bei der „Federalist Society“ handelt es sich um eine von liberal-konservativen Juristen gegründete Gelehrtenengesellschaft, die sich auf den Textualismus verpflichtet und mit über 60.000 Mitgliedern zu den einflussreichsten rechtspolitischen Kräften der USA gehört. Ihr Spiritus Rector war Antonin Scalia, dessen solcherart exponiertes Engagement wohl auch seine spätere Berufung an den Obersten Gerichtshof befördert hatte (Toobin 2007: 15 f.).

Veröffentlicht wurde Easterbrooks Aufsatz in der Harvard-Zeitschrift für Rechts- und Staatslehre (*Harvard Journal of Law & Public Policy*) – der wohl einflussreichsten rechtspolitischen Zeitschrift der USA,<sup>8</sup> die seit 38 Jahren drei Mal jährlich erscheint und sich als „Schwesterorganisation“ der Federalist Society in Harvard zum „führenden Forum für konservative und liberale Rechtswissenschaft“ erklärt.<sup>9</sup>

Der hier vorgestellte Aufsatz steht in der Chronologie mittig zwischen vier ähnlich langen rechtmethodischen Aufsätzen Easterbrooks in derselben Zeitschrift (Easterbrook 1984; 1988; 1996; 2008), die sich bei Interesse zur weiterführenden Lektüre eignen.

### 4. Editorische Vorbemerkungen

Die nun folgende Übersetzung stammt vom Autor des vorliegenden Beitrags. Editorische Anmerkungen und Erläuterungen wurden *[kursiv in eckigen Klammern]* eingefügt, die Seitenumbrüche des Originals in *[tiefergestellter Fettschrift]*. Die Fußnoten des Originaltextes wurden weitestmöglich in eingeklammerte (textinterne Literatur-

---

<sup>7</sup> Vgl. [heionline.org/HOL/AuthorProfile?search\\_name=Easterbrook,%20Frank%20H.](http://heionline.org/HOL/AuthorProfile?search_name=Easterbrook,%20Frank%20H.), Abruf am 14. 10. 2016.

<sup>8</sup> So das Law Journal Ranking der Universität Washington and Lee unter <http://lawlib.wlu.edu/LJ> (Combined Score 2015, Fachselektion *Public Policy, Politics and the Law*) am 30. 12. 2016.

<sup>9</sup> [www.harvard-jlpp.com/about](http://www.harvard-jlpp.com/about) (Abruf am 30. 12. 2016).

nachweise) umgewandelt, Formatierungen ohne Kennzeichnung sinngemäß aus dem Original übernommen.

Ich habe versucht, bei der Übertragung des Textes den ursprünglichen Duktus Easterbrooks nachzuempfinden, der ihn ausweislich seiner Wikipediaseite ja gerade kennzeichnet – so wie auch andere US-amerikanische Bundesrichter, etwa Easterbrooks Unterstützer Scalia, dessen sprachgewaltige Rhetorik ebenfalls Juristen aller politischen Lager beeindruckte.

Zugleich wollte ich den Text aber für deutsche Juristen erschließen und habe mir deshalb bei der Übersetzung gewisse Freiheiten genommen. Das beginnt im Titel des Aufsatzes, wo ich *structure* mit „Systematik“ statt „Struktur“ übersetze, und setzt sich im Text verschiedentlich fort: Institutionen werden eingedeutscht („Oberster Gerichtshof“ statt *Supreme Court*, „Gesetzgeber“ bzw. „Abgeordnetenhaus“ statt *Congress*), Rechtsbegriffe sinngemäß übertragen („gesetzgeberische Intention“ statt *original* bzw. *legislative intent*, „Insolvenzordnung“ statt *bankruptcy code*, „Fallrecht“ statt *common law*, „Korruptionsverfahren“ statt *RICO case*, „Rechtssicherheit“ statt *predictability*).

Zum Teil mussten für denselben englischen Begriff verschiedene deutsche Übersetzungen erhalten: Der Begriff *legislative history* etwa wird je nach Kontext entweder als „historische Auslegung“ (wo es um die Methodik geht), oder als „Gesetzgebungsmaterialien“ (wo es um die Texte geht) übersetzt, der Begriff *law* entweder als „Gesetz“ oder als „Recht“, der Schlüsselbegriff *intent* je nach Kontext als „Wille“, „Absicht“, „Zweck“ oder „Intention“. Dabei waren Verkürzungen unvermeidbar und einige Konnotationen unweigerlich *lost in translation* – wie etwa die in den USA traditionsreiche Differenzierung zwischen *rules and standards*, deren Konnotationsfülle meine Übersetzung „klare Regeln und Generalklauseln“ nicht einmal annähernd widerspiegeln kann. Allen des Englischen mächtigen Lesern sei deshalb vorrangig die Lektüre des Originals empfohlen, das online im Universitäts-Dokumentenarchiv *Chicago Unbound* frei verfügbar ist.<sup>10</sup>

Für die Übrigen aber wird es nun Zeit, die Übersetzung für sich sprechen zu lassen.

## **II. „Text, Geschichte und Systematik in der Gesetzesauslegung“ (Easterbrook 1994)**

Alle Richter befolgen eine einfache Regel: Wenn das Gesetz eindeutig ist, wende es an. Aber die wenigsten Menschen treten vor ihren Richter mit eindeutigen Fällen. Wozu Zeit und Geld verschwenden? Menschen wenden sich an Gerichte, wo Texte mehrdeutig, widersprüchlich oder so alt sind, dass ihre einstige Eindeutigkeit in den Wandlungen von Sprache oder Rechtskultur verloren ging.

---

<sup>10</sup> Unter [chicagounbound.uchicago.edu/journal\\_articles/1170](http://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles/1170).

In diesen Fällen gibt es keine einfache Lösung, denn Worte werden nicht mit Bedeutung geboren. Worte beziehen ihre Bedeutung aus Kontexten, deren es viele gibt: Andere Worte, soziale oder sprachliche Konventionen, oder Probleme, die den Autor bewegten. Texte richten sich an eine Vielzahl von Empfängern, und zwar mit bestimmten Zwecksetzungen. Diese Zwecke, und mit ihnen die Bedeutung, ändern sich mit dem Kontext und der Zeit.

Das ist der große Reiz der historischen Auslegung. Sie gibt Anhaltspunkte<sup>11</sup> wo andere Zugänge scheitern. Zugleich folgt daraus der immergleiche Einwand: Anhaltspunkte eröffnen Zugänge zur Untersuchung, entscheiden aber selbst nichts. Solche Anhaltspunkte sind einseitig, hergestellt von Mitarbeiterstäben und womöglich privaten Interessenverbänden (o.A. 1992). Ein Sherlock Holmes würde die Anhaltspunkte sichten, die treffsichersten ermitteln und unfehlbare Schlüsse ziehen. Doch keiner von uns ist ein würdiger Nachfolger für Holmes, nicht einmal für Oliver Wendell.<sup>12</sup> Auch an unseren besten Tagen irren wir. Und unsere Tage sind selten die besten. Schon steht der nächste Fall vor der Tür, wir müssen unsere Aufmerksamkeit teilen und unsere Schlüsse werden fehlbar (Scalia 1993). Wir hören aus Debatten heraus, was wir hören wollen – und wollen ganz Unterschiedliches hören (Easterbrook 1990: 778–780). Selbst wenn wir alle dasselbe hörten: Anhaltspunkte zu suchen bindet Ressourcen und verursacht mehr Aufwand als es Nutzen stiftet.

Ich bezweifle nicht, dass diese Bedenken den Rückgriff auf Gesetzgebungsmaterialien nicht gänzlich versperren. Wie Richter Mikva schrieb: „Wir kämpfen<sub>[62]</sub> nicht gegen Gesetzgebungsmaterialien – nur gegen *schlechte* Gesetzgebungsmaterialien“ (Mikva 1989: 982). Töpfchen von Kröpfchen zu unterscheiden ist schwer. Man hätte wohl damals dabei sein müssen. Trotzdem hält der Gesetzgeber Materialien für sinnvoll – zweifellos weil auch er die Grenzen der Sprache und den Sinn von Anhaltspunkten erkennt. Würden Abgeordnete glauben, dass Richter durch Gesetzgebungsmaterialien zu oft von der richtigen Fährte abgebracht werden, würden sie damit aufhören – oder uns verbieten, das Zeug zu benutzen. Manche Länder haben Gesetze, die noch weiter gehen als die Auslegungsvorschriften im Wörterbuchgesetz<sup>13</sup> und Richtern vorschreiben, wann sie – wenn überhaupt – Gesetzgebungsmaterialien nutzen dürfen. In den USA dagegen duldet der Gesetzgeber noch immer die Verwendung

<sup>11</sup> [Hier und im Folgenden bezeichnet Easterbrook als „Anhaltspunkt“ (clue) Materialien außerhalb des auszulegenden Textes, also textexterne Indizien für die Bedeutung des Textes.]

<sup>12</sup> [Oliver Wendell Holmes, der Jüngere (1841–1935), war von 1902 bis 1932 Richter am Obersten Gerichtshof der USA. Sein deutscher Wikipedia-Artikel (Abruf am 30. 12. 2016) hebt „seine lange Amtszeit, seinen kurzen und prägnanten Argumentationsstil sowie seine ausgesprochene Überzeugung“ hervor, „als Vertreter der Rechtsprechung die Entscheidungen des demokratisch gewählten Gesetzgebers respektieren zu müssen“ – dadurch wurde er zeitweise zu einem der drei meistzitierten US-Juristen aller Zeiten (Shapiro 2000: 424).]

<sup>13</sup> 1 U.S.C. § 1 (1988). [Die US-amerikanische Bundesrechtskodifikation (United States Code) enthält im ersten Titel „Allgemeine Bestimmungen“, in deren erstem Kapitel „Auslegungsregeln“ der § 1 Sprachregelungen über Zahlwörter, Geschlecht und Zeitformen vorsieht und einzelne Begriffe definiert. Volltext unter [uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title1-section1&edition=prelim](http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title1-section1&edition=prelim), Abruf am 30. 12. 2016.]

von Materialien. Wenn der Verfasser eines Gesetzes dessen Geschichte einer Dokumentation für wert befindet – wer sind Richter, dass sie sich darüber hinwegsetzen dürften?

Das reicht aus, so scheint mir, um Anhaltspunkten in vielen Fragen nachzugehen: Eine Vorschrift regelt Zölle auf importierte Früchte. Ist eine Tomate Frucht oder Gemüse?<sup>14</sup> Fragen wir doch die Gesetzgebungsmaterialien, die uns möglicherweise sagen, ob der Gesetzgeber die wissenschaftliche oder laiensprachliche Bedeutung von „Frucht“ meinte. Eine andere Vorschrift enthält Sonderregeln für Rentenfonds, deren Mitglieder „praktisch alle“ Lastwagenfahrer sind. Nur die Gesetzgebungsmaterialien helfen uns erkennen, ob damit zwei Drittel, drei Viertel, vier Fünftel oder eine ganz andere Grenzziehung gemeint ist.<sup>15</sup>

\*

Moment. Bin ich nicht ein berühmter Gegner der historischen Gesetzesauslegung? Der bin ich tatsächlich, und zwar aufgrund der Überzeugung, dass das Graben nach Anhaltspunkten in Debattenprotokollen den Blick der Richter aufs Gesetz so nachhaltig wie nachteilig verändert.

Eine Jurisprudenz, die sich Gesetzgebungsmaterialien zum *Freund* erwählt, statt zur bloßen Zweckbekanntschaft, entwertet unweigerlich die Gesetzessprache. Wir benutzen unser Wissen über die Zeit, aus der der Text stammt, um Absichten, Ziele, Anliegen und Werte seiner Verfasser abzuleiten. Die sind es, und nicht Gesetzesregeln, die wir in Ausschussberichten und Debattenprotokollen finden – genau jene Dinge, die absichtlich aus dem beschlossenen Text herausgelassen wurden. Mit anderen Worten gewöhnt man sich also daran, zu Beginn das Abstraktionsniveau zu steigern. Hat der Richter sich dann die Werte hinter dem Text zueigen gemacht, geht er dazu über, diesen Werten im vorliegenden Fall zur Geltung zu verhelfen. [63]

Niemand würde behaupten, dass klare Regeln immer einer Generalklausel vorzuziehen wären, oder umgekehrt. Was aber bei dieser Auslegungsmethode auffällt, ist, dass sie klare Regeln in allen schwierigen Fällen in Generalklauseln verwandelt. Eine Auslegungsmethode, die sich auf Werte und zugeschriebene Absichten konzentriert,

---

<sup>14</sup> Vgl. den Fall *Nixon gegen Hedden* (1893) in: *United States Reports* 149, S. 304 ff., demzufolge Tomaten Gemüse sind, statt Früchte.

<sup>15</sup> Dazu ein Fall des Berufungsgerichts für den 7. Gerichtsbezirk: *Continental Can Corporation gegen Chicago Truck Drivers Pension Fund* (1990) in: *Federal Reporter*, 2nd Series 916, S. 1154. [Als Berichterstatter für dieses Urteil hatte *Easterbrook* sich für die in anderen Gesetzen übliche Schwelle von 85 % entschieden und die abweichende Fürsprache eines Abgeordneten für 50.1 % so kommentiert: „Da Sprache eine Übung in geteilter Verständigung ist, zählen individuelle Lesarten einzelner Abgeordneter nichts. Darum ging es bei *Alice* und *Goggelmoggel*: Wenn alle eine neue Bedeutung für ein Wort akzeptieren, hat sich die Sprache geändert; wenn ein Sprecher seine eigene Bedeutung erfindet, endet das in *Kakophonie* statt *Kommunikation*.“]

versagt es dem Gesetzgeber, klare Regeln aufzustellen – mit all ihren Stärken, ihren Schwächen und ihrem beschränkten Anwendungsbereich.

Diese Änderung der Strukturen des Gesetzes und der Abstraktion, mit der wir es erfassen, folgt nicht aus einer „schlechten“ historischen Auslegung, sondern gerade aus einer kunstgerechten. Diejenigen, die sich dagegen widersetzen, tun es nicht, weil sie meinen, Sprache *sei* simpel und gesetzliche Vorschriften „eindeutig“; stattdessen halten sie dafür, dass nur ein relativ mechanisches Herangehen mit den Annahmen demokratischer Machtausübung vereinbar sei. Betrachten wir einige solcher Annahmen näher.

Erstens erwarten wir vom Rechtssystem verständliche Anweisungen, die einheitlich ausgelegt werden. Das erfordert stumpfen Simplizismus. Er erleichtert Planungen, ermöglicht Prozessvergleiche und vermeidet die Suche nach Nadeln, die den Richter stechen, wenn man nur in der Lage ist, sie im Heuhaufen riesiger Dokumentenarchive zu finden.

Zweitens will ein politisches Gemeinwesen Richter im Zaum halten. Wir sollen treue Vasallen sein, nicht freie Herren. Je weiter sich unser Spielfeld dehnt – nicht nur Gesetze, sondern auch Debattenprotokolle, nicht nur Vorschriften, sondern auch zugrundeliegende Werte, usw. – desto freier werden Richter. Dagegen sprechen sowohl Gründe der Demokratietheorie als auch solche der Rechtssicherheit.

Drittens wollen wir den Gesetzgeber stärken. Überlasst ihm die Regelsetzung. Das bedeutet, den gesetzgeberischen Ansatz mitzutragen, welcher es auch sei – befolgen statt verschieben. Das Ausweichen von klaren Regeln auf generalklauselartige Lesarten macht Kompromisse zunichte und untergräbt bereits die *Möglichkeit*, zu entscheiden. Mitunter formuliert der Gesetzgeber übermäßig detailreich, weil er befürchtet, dass Richter ihm ausweichen *werden*. Niemand, der die Umweltgesetzgebung kennt, kann sich dem Eindruck entziehen, dass hier die Detailgenauigkeit übertrieben wurde, um den Akteuren am Schalthebel die Hände zu binden.

Viertens wollen wir den Gesetzgeber zügeln. Mir ist klar, dass dies das genaue Gegenteil der dritten Erwägung ist. Aber auch dies ist ein wichtiger Teil des Gesamtplans. Der Gesetzgeber muss durch beide Kammern handeln. Er bedarf präsidentialer Billigung. Gesetze müssen veröffentlicht werden. Diese Anforderungen verwirklichen wichtige Werte – sie reduzieren die Menge an Gesetzgebung und bringen Aushandlungsprozesse ans Licht, wo <sup>[64]</sup> sie sich überprüfen lassen. Wer augenzwinkernd Gesetze aus heißer Luft verabschiedet oder manche Sachen in die Ausschussberichte verschiebt, umgeht diese Beschränkungen – Richter können dagegenhalten, indem sie darauf bestehen, den Wortlaut der Gesetze ernstzunehmen.

Fünftens wollen wir das Recht vernünftig gestalten, den Inhalt der Vorschriften verbessern. Doch dieses Ziel, das Räume ich ein, ist gänzlich nachrangig gegenüber den ersten vier, und mit ihnen für gewöhnlich unvereinbar. Es lässt sich nur durch eine Strategie erreichen, die Zwecke definiert und zu erreichen sucht – eine Strategie, die uns empfindlich darin beschneidet, die vier vorrangigen Ziele zu erreichen. Das

Recht *funktionsfähig* zu machen, geziemt Richtern nur im Alltagsgeschäft; an die Substanz dürfen in erster Linie die politischen Gewalten. „Richtige Lösungen zu finden“ mag ein vorrangiger Zweck des *Rechts* sein, ohne ein vorrangiger oder auch nur besonders wichtiger Zweck seiner Auslegung zu sein.

Die ersten vier Zwecke und die Nachrangigkeit des fünften bilden das, was zunehmend „Textualismus“ genannt wird: Verzicht auf allgemeine Aussagen, weitestmögliche Bevorzugung von Sprache und Systematik des Rechts gegenüber historischer Auslegung und Wertzuschreibung – die Suche also nach Bedeutung in Strukturen und in der objektiven Kultur des Rechts, statt in „Absichten“. Die Bezugnahme auf Absichten ist doch nur eine Methode, größere Allgemeinheit zu beanspruchen und neue Ausflüchte zu schaffen.

\*

Habe ich damit gerade die „gesetzgeberische Intention“ gebranntmarkt? Diese Wendung hat sich für die konservative Verfassungsrechtsprechung eingebürgert. Sie ist die unterschwellige Norm in der Gesetzesauslegung. Richter suchen und vollziehen den Willen des Gesetzgebers.

Doch mit dieser Aussage fangen die Probleme erst an. Betrachten wir zwei mögliche Bedeutungen der „gesetzgeberischen Intention“.

ERSTE: Da Auslegung ein soziales Unterfangen ist, weil Worte keine natürliche Bedeutung haben und Wirkung erst aus dem Kontext beziehen, müssen wir Kontexte konsultieren. Die Ziele, Zwecke und Belange der Autoren bringen Licht ins Dunkel. Intentionen erhellen damit unsere Textlektüre, vermitteln uns seine Bedeutung.

ZWEITE: Der Gesetzgeber geht über alles. Worte sind ein armseliges Werkzeug, durch das das Abgeordnetenhaus seine Entscheidungen ins Werk setzt. Wir sollten versuchen, ohne diesen Zwischenschritt an die Entscheidungen heranzutreten. Entscheidungen sind Gedanken der Autoren, Texte also <sup>[65]</sup> lediglich Indizien für Intentionen, die ihrerseits das echte Recht bilden. Wo immer wir bessere Indizien finden, sollten wir uns ihrer bedienen.

Beide Lesarten lassen sich in Gerichtsentscheidungen nachweisen, die das Banner der Loyalität zur gesetzgeberischen Intention vor sich hertragen. Doch man beachte, wie unterschiedlich sie sind. Die erste heiligt den Text, erkennt aber die Schwierigkeiten seiner Aus-Deutung; die zweite heiligt den Willen. In der Praxis mögen sie höchst unterschiedliche Ergebnisse zeitigen.

Was als Kritik an der historischen Auslegung erscheint, ist vor allem Kritik an der zweitgenannten Lesart von Intentionen. Diese Kritik beruht darauf, dass die Gedanken *[der Abgeordneten]* unwissbar sind, dass sie den Präsidenten und die meisten Beteiligten des Gesetzgebungsverfahrens ausblenden, und dass die Suche nach flüchtigen Absichten Richter dazu ermächtigt, selbst de facto Recht zu setzen.

Wie soll man auch Behauptungen über die Befindlichkeiten toter Abgeordneter widerlegen?

Betrachten wir einige Beispiele, um die angemessene Bedeutung gesetzgeberischer Intentionen zu ergründen. Ich ordne sie in zwei Gruppen: (1) bloßer Wille; (2) aufgezeichneter Wille plus deutungsoffene Gesetze.

BLOSSER WILLE. Nehmen wir an, wir erkannten den Willen zweifelsfrei, aber er entspräche nicht dem geschriebenen Gesetz. Ich denke an den *Isla-Petroleum*-Fall von 1988:<sup>16</sup> Der Gesetzgeber errichtet ein Preiskontrollsystem für Öl. Das scheitert katastrophal, schafft lange Warteschlangen und verteilt das Öl nach politischem Druck, statt nach Wirtschaftlichkeit. Zuletzt hebt der Gesetzgeber die Beschränkungen auf, und in den vorbereitenden Debatten rufen beide politischen Lager einstimmig nach dem Markt. Die Ausschussberichte halten fest, dass marktförmige Preisbildung gewollt ist.

Als das Bundesgesetz ausläuft, richtet Puerto Rico ein Preiskontrollsystem ein, das exakt dem eben ausgelaufenen entspricht. Darf der Freistaat [*Puerto Rico*] diese Vorschriften durchsetzen, oder sind sie unwirksam? Ein Berufungsgericht (nicht meines!) entschied einstimmig, dass die Entscheidung des Gesetzgebers zugunsten des Marktes vorgehe. Der Oberste Gerichtshof hob die Entscheidung ebenso einstimmig auf, unter Verweis auf den Unterschied zwischen gesetzgeberischen Absichten und gesetzlichen Vorschriften. Wir kannten die Absicht des Gesetzgebers. Er wollte den Markt in Ruhe lassen. Aber diese Absicht wurde nicht in Formen rechtlicher Bindung ausgedrückt. Kein Gesetz mit Billigung beider Kammern, keine Unterzeichnung durch den Präsidenten. Also kein Gesetz. Sehnsüchte sind keine Gesetze – nicht einmal wenn die Sehnsüchtigen in der Gesetzgebung sitzen. Auch Meinungsumfragen unter <sup>[66]</sup> Abgeordneten sind keine Gesetze. Das Verfahren der Zustimmung bestimmt den Unterschied zwischen Meinung und Recht.

Betrachten wir einen Parallellfall aus meiner eigenen Praxis: Der Gesetzgeber verabschiedet ein neues Kapitel der Insolvenzordnung. Dürfen laufende Verfahren nach diesem neuen Kapitel 12 durchgeführt werden? Das Gesetz sagte nein. Der Sitzungsbericht sagte ja – und beschrieb detailliert, unter welchen Umständen laufende Verfahren überführt werden können. Wohl in der Hektik am Schluss der Beratungen, nach den mit Bleistift eingezeichneten Änderungen, hatte jemand den falschen Zettel genommen und an den Präsidenten geschickt. Aber da war er nun, und wir entschieden, dass der Text sich gegen die Absicht durchsetze, denn nur der Text hatte das Gesetzgebungsverfahren durchlaufen.<sup>17</sup> Wenn wir uns davon lösen, im Text nur Anhaltspunkte für den Willen zu suchen, wenn wir erkennen, dass wir die Bedeutung eines in Kraft gesetzten Textes zu erschließen suchen, ist der Fall einfach.

---

<sup>16</sup> Puerto Rico Department of Consumer Affairs gegen *Isla Petroleum Corporation* (1988) in: *United States Reports* 485, S. 495 ff.

<sup>17</sup> Verfahren *Sinclair* beim Berufungsgericht für den 7. Gerichtsbezirk (1989) in: *Federal Reporter*, 2nd Series 870, S. 1340.

ERLÄUTERUNGEN DEUTUNGSOFFENER TEXTE. Normalerweise gelingt es dem Gesetzgeber, Texte in Kraft zu setzen, die zumindest einen lückenhaften Bezug zum Zeitgeschehen haben. Wer füllt die Lücken aus? Gerichte? Behörden? Der [Gesetzgebungs-]Ausschuss? Die Wille-als-Vorschrift-Denkshule setzt auf den Ausschuss – wie Richter Frankfurter einst verriet, blicken Arbeitsgerichte nur dann ins Gesetz, wenn der Ausschussbericht unklar ist.<sup>18</sup> Diese Haltung ließ es nötig erscheinen, Richter in Umerziehungslager zu schicken, aus denen sie nun langsam zurückkehren.

Zum Beispiel ein Fall von 1991, der Amerikanischen Krankenhausvereinigung gegen die nationale Arbeitsbehörde (NLRB).<sup>19</sup> Der Gesetzgeber hatte die Behörde verpflichtet, die relevanten Tarifgruppen jeweils im Einzelfall zu bestimmen. Die entsprechende Vorschrift benannte die Anzahl von Tarifgruppen (sieben) für Krankenhäuser, mit Ausnahmenvorschriften für besondere Fälle. Das Gericht sah zunächst keinen Widerspruch zwischen Vorschriften und Einzelfallentscheidungen. Vorschriften seien nur die Entscheidungsgrundlage für die Behörde in jedem Fall, den sie entscheidet. Dann nahm es den Ausschussbericht zur Hand, der die Behörde ermahnte, einen Wildwuchs von Tarifgruppen in Krankenhäusern zu vermeiden. Der Behördenvertreter behauptete nicht, dass der Bericht den Text ändere; er argumentierte vielmehr, der Bericht konkretisiere das Erfordernis, Entscheidungen im Einzelfall zu treffen.

Keineswegs, hielt das Gericht dagegen. Berichte benennen Ansichten – Intentionen also – aber diese Ansichten erzeugen keine Vorschriften. Sie erklären lediglich, wie zukünftige Vorschriften gestaltet werden sollen. Ich zitiere: [67]

Wir halten dafür, dass die Mahnung in den Ausschussberichten sich am ehesten als eine Art Ankündigung an die Behörde verstehen lässt, dass – wenn die Behörde nicht angemessen auf das Problem des Wildwuchses in dieser Branche eingeht – der Gesetzgeber eine gesetzliche Abhilfe schaffen könnte. In dieser Lesart obliegt es der anmahnden Institution, Abhilfe zu schaffen, wenn die Mahnung nicht beachtet wird. ... Wenn der Gesetzgeber meint, die Behörde habe dem Problem nicht die „angemessene Beachtung“ geschenkt, möge der Gesetzgeber eine passende Erwiderung ersinnen. (1545 f.)

Hier sieht man, wie der klare unmittelbare Wille des Gesetzgebers außen vor gelassen wird. Man wird sicherlich annehmen, dass Richter Scalia<sup>20</sup> den Entscheidungstext geschrieben hat, und dass zwei bis vier [der neun] Richter anderer Auffassung waren, angeführt vermutlich von den Richtern White oder Stevens, die den Gesetzgebungsmaterialien und der Wille-als-Vorschrift-Lehre am treuesten ergeben

<sup>18</sup> Vgl. Greenwood gegen Vereinigte Staaten (1956) in: United States Reports 350, S. 366, 374 (in wohlbedachter Zuschreibung der Behauptung zu einem namenlosen Witzbold). [Felix Frankfurter (1882–1965) war ein im Kindesalter aus Österreich emigrierter jüdisch-orthodoxer Jurist, der als bedeutender Arbeitsrechtsgelehrter seine letzten 23 Berufsjahre am Obersten Gerichtshof der USA verbrachte und in der Liste der meistzitierten US-Juristen aller Zeiten zwei Plätze hinter Frank Easterbrook rangierte (Shapiro 2000: 424).]

<sup>19</sup> In: Supreme Court Reporter 111, S. 1539.

<sup>20</sup> [Dazu oben, im Haupttext vor Fn. 6.]

sind. Nun, die Entscheidung stammt tatsächlich von Richter Stevens – er schrieb die Urteilsbegründung. Ich zitierte seine Worte, abweichende Sondervoten gab es keine. In der Tat, neue Zeiten.

\*

Ich betone noch einmal, was sich von selbst verstehen sollte: „Offenkundige Bedeutung“ in der Sprache zu suchen, ist töricht. In den interessanten Fällen ist Bedeutung nicht „offenkundig“; sie muss zugeschrieben werden; die Wahl zwischen verschiedenen Bedeutungen muss besser fundiert sein als mit einem Wörterbuch – das ja nur ein Museum der Worte, ein historischer Katalog statt ein Werkzeug zum Entschlüsseln von Gesetzen ist.

Jede Theorie der Bedeutung muss juristisch fundiert sein. Was verlangt die Verfassung vom Gesetzgeber, um ein Gesetz zu produzieren? Was ist das angemessene Verhältnis zwischen Lebenszeitrichtern und sich fortentwickelnder Gesetzgebung? Soweit die Vorschriften der Verfassung die Frage zulassen: Wie teuer kommen uns Fehler aufgrund ausdehnender Auslegung zu stehen, im Vergleich zu Fehlern aufgrund restriktiver Auslegung? Das sind die richtigen Fragen, und ich glaube, man findet die Antwort in einer relativ fantasielosen, mechanischen Auslegungsmethode.

Hinter allem bisher Gesagten stehen acht Annahmen über die Auslegung im Allgemeinen, und das Zusammenspiel in der Auslegung durch Gesetzgeber und Gerichte im Besonderen. Je mehr dieser Annahmen man akzeptiert, desto wahrscheinlicher wird man meine Schlussfolgerung akzeptieren, dass Gesetzestext und Systematik – statt historischer Auslegung und Zweck (tatsächlichem oder zugeschriebenem) – die richtige Grundlage für die Bedeutungssuche bieten. Jetzt ist nicht die Zeit, diese Annahmen zu erläutern oder zu rechtfertigen, deshalb werde ich sie schlicht aufstellen. [68]

1. *Der Zweck ist leer.* Schau Abgeordneten in die Köpfe, und du findest ein kunterbuntes Durcheinander. Manche bemühen sich, dem allgemeinen Wohl zu dienen – aber sie sind uneins, was das ist. Manche bemühen sich, wiedergewählt zu werden – sie bedienen Interessenverbände und Förderer. Die meisten tun beides ein bisschen. Und in manchen Köpfen findet man Gedankenwelten, für die sich nur Schüler von Sigmund Freud interessieren. Die Zwecke einer natürlichen Person sind flüchtig, die einer kollektiven Einheit fiktiv.<sup>21</sup> Diese Differenzierungen stecken eine gehörige Spielwiese ab – sie geben Richtern Spielraum, aber keine „Bedeutung“, die sich dem Gesetzgeber zuschreiben ließe.

---

<sup>21</sup> Dazu allgemein Shepsle 1992. [Aus dem deutschen Schrifttum bspw. Hamann (2014: 448f.): „Wer ist der Gesetzgeber? Die Frage klingt banal, und ist doch so einfach gar nicht zu beantworten. ... Spricht man anthropomorphisierend vom ‚Gesetzgeber‘, kann nichts anderes gemeint sein als das differenzierte System von institutionellen Wechselbeziehungen, das in Deutschland aus der Gewaltenteilung entsteht.“]

2. *Schwierige Fragen haben keine richtige Lösung.* Tun wir doch nicht so, als könnten Texte jede Frage beantworten. Wir müssen stattdessen zugeben, dass es Lücken in Gesetzen gibt, genauso wie im Recht insgesamt. Wo der Text keine Antwort bereithält, sollte das Gericht keine hineinlegen – weder kraft Gesetzgebungsmaterialien oder Moralphilosophie, noch kraft Ökonomik! Stattdessen sollte der Auslegende andere Rechtsquellen anzapfen, darunter Behörden, Fallrecht und private Entscheidungen (vgl. Easterbrook 1983).

3. *Gesetze sind Geist-los.* Gesetzgebung ist Kompromissfindung. Kompromisse atmen keinen Geist; sie „sind“ einfach. Zum Beispiel: Wo ein subjektives Klagerecht fehlt, mag eine materielle Vorschrift beschränkt wirken – aber das war der Preis dafür, dass gewisse Gruppen der Vorschrift überhaupt zugestimmt haben. Ein Klagerecht hinzuzudenken mag die Rechtsdurchsetzung verbessern, aber vereitelte Rechtsdurchsetzung war vielleicht die eigentliche Voraussetzung für den Erlass der Vorschrift. Das mag prinzipienlos sein, aber es ist die Art, wie Kompromisse funktionieren. Das Recht ist ein Vektor, kein Pfeil.<sup>22</sup> Dies gilt besonders wenn man den Einfluss von Interessenverbänden sieht.

4. *Regeln sind keine Generalklauseln.* Manchmal bestimmt der Gesetzgeber Werte oder Ziele, die die Exekutive oder Judikative verwirklichen sollen, aber oft konkretisiert er auch die Mittel, schafft damit Schlupflöcher, vergrößert aber die Rechtssicherheit. Wer Geschichte und zugeschriebenen „Geist“ nutzt, um den einen Ansatz in den anderen zu verwandeln, entehrt die gesetzgeberische Entscheidung genauso wie wenn er den Gesetzesgehorsam ausdrücklich verweigert.

5. *Die Verfassung bestimmt, was „Gesetz“ ist.* Der willensbasierte Ansatz scheitert nicht bloß am Fehlen eines sinnvollen Willens, sondern auch an unserer Verfassung, die eine Einigung auf einen *Text* durch zwei Kammern des Abgeordnetenhauses und den Präsidenten erfordert. Egal wie gut wir die Wünsche und Sehnsüchte der *Abgeordneten* kennen, nur durch <sup>[69]</sup>Einbettung in ein Gesetz schafft *der Gesetzgeber* verbindliche Befehle (vgl. Slawson 1992).

6. *Legislaturperioden sind befristet.* Die wertvollste, und knappste, politische Ressource ist Zeit, und die Verfassung nutzt diese Knappheit zur Beschränkung gesetzgeberischer Macht. Richter haben diese Beschränkung zu respektieren. Fantasiervolle Auslegung, die danach fragt, wie ein aufgelöstes Abgeordnetenhaus eine Frage beantwortet haben würde wenn es befragt worden wäre, überdehnt dessen Legislaturperiode über die verfassungsmäßige Dauer hinaus – und ist natürlich ohnehin Fantasterei, da wir uns jede beliebige Antwort denken können, solange wir uns Frage und Antwort zugleich ausdenken.<sup>23</sup> Nur der aktuelle Gesetzgeber, und nicht der Homunculus in des Richters Kopf, ist zur Rechtssetzung befugt.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> [Als Vektor wird in der Physik das Resultat aus verschiedenen Kraft- oder Einflusskomponenten bezeichnet, die jeweils durch Pfeile dargestellt werden.]

<sup>23</sup> In der Tat ein hartnäckiger Fehlschluss. Außer den modernen Vertretern vgl. Blackstone 1765: 59–60. Siehe auch Easterbrook 1988.

7. *Bedeutung folgt nicht der Wahlurne.* Worte beziehen ihre Bedeutung aus der Gemeinschaft der Interpreten, was die Frage aufwirft: Welche Interpreten? Generalisten oder Spezialisten? Gesetzgeber oder Gesetzesunterworfenen? Zeitgenossen der Entstehung eines Gesetzes, oder seiner Anwendung? Gesetze sind für die Verbindlichkeit gemacht, für die Verewigung einer Lösung, die der erlassende Gesetzgeber entwickelte, und sie ändern sich nicht, solange der Gesetzgeber nicht positiv etwas Neues bestimmt. Das bedeutet, dass die richtige Interpretengemeinschaft diejenige der Zeitgenossen des erlassenden Gesetzgebers ist.<sup>25</sup> Die Bedeutung von Gesetzen wandelt sich nicht mit den politischen Zeitläuften.

8. *Auslegende sind normale Menschen.* Richter sind überlastete Generalisten, keine Philosophen oder Sozialwissenschaftler. Auslegungsmethoden, die für Experten geeignet sind, eignen sich nicht für Generalisten (Schauer 1990; 1992: 733). Generalisten sollten bescheiden und unkompliziert sein. Zwar könnten Spezialisten differenziertere Ansätze entwickeln,<sup>[69]</sup> doch müssen Generalisten erkennen, dass ihr Versuch, dasselbe zu erreichen, ungleich höhere Verfahrens- und Fehlerkosten produzieren würde.<sup>26</sup>

### III. Literatur

Becker, Gary S. (1976): *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: University Press.

Blackstone, William (1765): *Commentaries on the Laws of England in Four Books*. Band 1: *Book The First*. Oxford: Clarendon.

Dau-Schmidt, Kenneth G. / Ulen, Thomas S. (1998): *Law and economics anthology*. Cincinnati: Anderson.

Easterbrook, Frank H. (1983): *Statutes' Domains*. In: *University of Chicago Law Review* 50, S. 553 ff.

Easterbrook, Frank H. (1984): *Legal Interpretation and the Power of the Judiciary*. In: *Harvard Journal of Law & Public Policy* 7, S. 87 ff.

Easterbrook, Frank H. (1988): *The Role of Original Intent in Statutory Construction*. In: *Harvard Journal of Law & Public Policy* 11, S. 59 ff.

---

<sup>24</sup> Tafflin gegen Levitt (1990) in: *United States Reports* 493, S. 455, 461: „Die Kläger ... behaupten, dass der Gesetzgeber in Ansehung der vorliegenden Frage den Bundesgerichten ausschließliche Gerichtsbarkeit in zivilen Korruptionsverfahren eingeräumt haben würde. Das Argument ... geht fehl, denn selbst wenn wir verlässlich erkennen könnten, was der Gesetzgeber in Ansehung dieser Frage gewollt haben würde, steht uns diese Spekulation nicht zu.“ Eine neuere Entscheidung meint, dass fantasievolle Auslegung „unsere Rolle gründlich verkennt“, und charakterisiert sie als „Usurpation“ [*Machtergreifung*] (*West Virginia Hospitals Incorporated gegen Casey* [1991] in: *United States Reports* 499, S. 83, 100).

<sup>25</sup> Siehe *West Virginia Hospitals* (vorige Fn.) und oben Fn. 15.

<sup>26</sup> [Ähnl. Hamann (2014: 450): „Jedes System der Gewaltenteilung muss die mögliche Fehlervermeidung durch das Mehraugenprinzip gegen die mögliche Fehlererzeugung durch das Mehrköcheprinzip abwägen.“]

- Easterbrook, Frank H. (1990): What's So Special About Judges? In: *Colorado Law Review* 61, S. 773 ff.
- Easterbrook, Frank H. (1994): Text, History, and Structure in Statutory Interpretation. In: *Harvard Journal of Law & Public Policy* 17, S. 61 ff.
- Easterbrook, Frank H. (1996): Alternatives to Originalism. In: *Harvard Journal of Law & Public Policy* 19, S. 479 ff.
- Easterbrook, Frank H. (2008): Originalism and Pragmatism: Pragmatism's role in Interpretation. In: *Harvard Journal of Law & Public Policy* 31, S. 901 ff.
- Easterbrook, Frank H. / Fischel, Daniel R. (1996): *The Economic Structure of Corporate Law*. Harvard: University Press.
- Fleischer, Holger (2013): *Mysterium „Gesetzesmaterialien“*. Bedeutung und Gestaltung der Gesetzesbegründung in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Großfeld, Bernhard (1995): Götterdämmerung? In: *Neue Juristische Wochenschrift* 48, S. 1719–1723.
- Hamann, Hanjo (2014): Redaktionsversehen. Ein Beitrag zur Legislativfehlerlehre und zur Rechtsförmlichkeit. In: *Archiv des öffentlichen Rechts* 139, S. 446–475.
- Mikva, Abner J. (1989): Statutory Interpretation: Getting the Law to be Less Common. In: *Ohio State Law Journal* 50, S. 979 ff.
- Nelson, Caleb (2005): What is Textualism? In: *Virginia Law Review* 91, S. 347–418.
- o.A. (1988): Judge Frank H. Easterbrook: A Faithful Adherent of the Law & Economics Approach Advocated by Professor Frank H. Easterbrook. In: *Law & Contemporary Problems* 50, S. 265–277.
- o.A. (1992): Wy Learned Hand Would Never Consult Legislative History Today. In: *Harvard Law Review* 105, S. 1005 ff.
- Posner, Richard A. (1973): *Economic analysis of law*. 1. Aufl. Boston: Little, Brown & Co.
- Scalia, Antonin (1993): *Votum in United States Supreme Court, Urt. v. 31.3.1993 – Conroy v. Aniskoff*. In: *Supreme Court Reporter* 113, S. 1567–1572.
- Schauer, Frederick (1990): Statutory Construction and the Coordinating Function of Plain Meaning. In: *Supreme Court Review*, S. 231 ff.
- Schauer, Frederick (1992): The Practice and Problems of Plain Meaning. A Response to Aleinkoff and Shaw. In: *Vanderbilt Law Review* 45, S. 715 ff.
- Shapiro, Fred R. (2000): The Most-Cited Legal Scholars. In: *Journal of Legal Studies* 29, S. 409 ff.
- Shepsle, Kenneth (1992): Congress is a “They,” not an “It”: Legislative Intent as Oxymoron. In: *International Review of Law and Economics* 12, S. 239 ff.
- Slawson, David (1992): Legislative History and the Need to Bring Statutory Interpretation Under the Rule of Law. In: *Stanford Law Review* 44, S. 383 ff.
- Toobin, Jeffrey (2007): *The Nine: Inside the Secret World of the Supreme Court*. 1. Aufl. New York: Random House (Doubleday Broadway Publishing).