

*Grundbegriffe der Rechtskultur*

«Grundbegriffe unserer Rechtskultur» – unter diesem Arbeitstitel versammelte sich in der ersten Hälfte dieses Jahres eine Gruppe von Juristen und Juristinnen des Berner Instituts für Öffentliches Recht in der EUG (der Reformierten Universitätsgemeinde), um die Texte, die nun in einer mehrteiligen Folge erscheinen werden, konzeptionell vorzubereiten, zu schreiben und dann zu diskutieren. Initiiert hatte ich diese Gruppe, weil mir schien, dass Nichtjuristen erstaunlich und erschreckend wenig Kenntnisse über die Grundstruktur des Rechtsdenkens verfügen, das für unser staatliches und soziales Zusammenleben so fundamental ist. Weshalb nur ist es Intellektuellen hierzulande zwar peinlich, von neuerschiedenen Romanen, von Diskursanalyse oder vom Abstraktem Expressionismus keine Ahnung zu haben, während sie fröhlich bekennen, die neue Bundesverfassung nicht einmal gelesen zu haben? Die Redaktion der *ZeitSchrift* freut sich darüber, dass wir mit Prof. Andreas Kleys Beitrag über das Legalitätsprinzip diese Serie eröffnen können. Es folgen in den nächsten Heften Beiträge über das Prinzip der Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns, über Treu und Glauben, über Rechtsgleichheit und Vertragsfreiheit sowie über die Unschuldsvermutung – Begriffe, die vielleicht technisch und blass klingen mögen, in denen aber Grundelemente unserer Staats- und Gesellschaftsethik auskristallisiert sind.

Niklaus Peter

ZeitSchrift / Reformatio 49/2000, Heft 6, S. 359-365

*Andreas Kley***Das Gesetzmässigkeitsprinzip**

Von der Herrschaft des Rechts zur Herrschaft der Juristen und zurück

*Herrschaft des Rechts*

Eine der erstaunlichsten Erfahrungen für mich als praktisch tätiger Jurist war der Glaube und das Vertrauen der Nichtjuristen in das «Recht», eine Haltung von einiger Wirkung. Denn wo gibt es noch einen Lebensbereich, in den das Recht nicht hineinspielt und damit nicht auch der juristische Rat gefragt wäre? Unter Nichtjuristen lassen sich Sachdiskussionen meistens abrupt stoppen, wenn von approbierter Seite als juristisches Argument

vorgebracht wird: «Das ist rechtlich nicht zulässig.» Damit wird der – angeblich rechtlich unzulässigen – Diskussion der Boden entzogen, als gäbe es nur eine einzige, durch das Recht «geheiligte» Lösung. Woher kommt das?

Die Staatsphilosophie kennt im Grunde zwei Modelle von staatlicher Herrschaft, die schematische *Herrschaft der Gesetze* über die Menschen und die *personale Herrschaft* eines Menschen über Menschen. Letztere – so jedenfalls die Auffassung der Antike – scheint der Idee der Gerechtigkeit besser zu dienen. Platon ging deshalb vom Philosophenkönig aus, der die gerechte Herrschaft ausübt. Er zog also eine weise, personifizierte Macht der formalistischen Herrschaft der Gesetze vor. Denn dieses Ideal eines Herrschers sollte für Einsichtigkeit, Mass und Edelmut zeugen und deshalb über den schematischen Gesetzen stehen. Am Ende seines Lebens aber entdeckte Platon die beste aller praktikablen Lösungen im Gesetzesstaat. Die Herrschaft der Gesetze sei einer personifizierten Macht vorzuziehen: «Die Leute aber, die heutzutage Herrscher genannt werden, habe ich Diener der Gesetze genannt, nicht um neue Ausdrücke zu prägen, sondern ich glaube, mehr als von allem andern hängt davon für einen Staat seine Erhaltung und das Gegenteil ab. Denn einem Staat, in welchem das Gesetz geknechtet und machtlos ist, einem solchen sehe ich den Untergang bevorstehen. In welchem es aber Gebieter über die Herrschenden und die Herrschenden Sklaven des Gesetzes sind, dem Staat sehe ich Fortbestand und alle Güter zuteil werden, welche die Götter je Staaten verliehen haben»<sup>1</sup>.

Die Prophezeiung Platons hat sich im Laufe der Geschichte bis in die Gegenwart bewahrheitet. Es sind die geschichtlichen Erfahrungen des Machtmissbrauchs, welche der Idee der *Gesetzesherrschaft* als wesentlichem Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips in der Neuzeit zum Durchbruch verholfen haben. Daher ist es nur folgerichtig, wenn die neue Bundesverfassung die Gesetzesherrschaft an prominenter Stelle nennt: Artikel 5 Absatz 1 der neuen Bundesverfassung bestimmt: «Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht.» In diesem Satz kondensiert sich die seit der Antike gesammelte Erfahrung der Menschen im Umgang mit Macht.

#### *Die Wohltat des Gesetzes – geschichtliche Beispiele*

(1) Voltaire hat in verschiedenen Schriften die französische Strafjustiz seiner Zeit kritisiert. In seiner Schrift «Preis der Gerechtigkeit und der Menschenliebe» unterstrich er dabei die Notwendigkeit einer Herrschaft des Gesetzes. Er schilderte die verschiedenen Varianten des Verbrechens der Blutschande, dessen Bestrafung er für eine «Wohltat» hielt. Dennoch fuhr er fort mit folgenden Sätzen, die für das Gesetzmässigkeitsprinzip bahnbrechend waren<sup>2</sup>:

«Frankreich hat kein ausdrückliches Gesetz gegen diese Arten von Verbrechen; aber einige Gerichte haben sie aus eigener Voll-

macht mit dem Tod bestraft. Hierbei kann man die Vorzüge der englischen Gesetzgebung beobachten. Jeder Richter, der eine von dem Gesetz nicht bestimmte Strafe ansetzen würde, wäre strafwürdig. Diejenigen, welche an dem Ruder des Staats sitzen, müssen durch ihre Klugheit Gesetze anordnen, jede Strafe nach der Beschaffenheit des Verbrechens abwägen und sowohl die Beklagten als die Richter in Schranken halten.»

Voltaire beschreibt mit diesem Zitat nichts anderes als die Geschichte des Gesetzmässigkeitsprinzips. Der Grundsatz, dass die vom Staat ausgesprochene Strafe in einem Gesetz schon abstrakt angekündigt sein muss, damit im Straffall eine Bestrafung tatsächlich erfolgen kann, ist in England entstanden und praktiziert worden. Von dort verbreitete er sich in Nordamerika und später in Frankreich. Voltaire hielt fest, «dass die Gesetze strafen sollen, nicht die Menschen»<sup>3</sup>. Damit war nichts anderes als der Gedanke ausgedrückt, dass eine abstrakte Gesetzesherrschaft der personalen Herrschaft vorzuziehen sei. Die französische Menschenrechtserklärung von 1789 bestimmte im Sinne von Voltaires Aufklärungsschriften in Art. 8 Satz 2: «Niemand kann auf Grund eines Gesetzes bestraft werden, das nicht vor Begehung der Tat erlassen, verkündet und gesetzlich angewandt worden ist.»

(2) Das Prinzip der Gesetzmässigkeit jeder Strafe hat in einem führenden Fall, den das deutsche Reichsgericht im Jahr 1900 zu entscheiden hatte, eine entscheidende Rolle gespielt. Ein Angeklagter hatte von einer Freilandleitung elektrische Energie abgezweigt. Nach Entdeckung der Tat wurde der Mann des Diebstahls bezichtigt. Er habe – um die Worte der entsprechenden gesetzlichen Vorschrift zu gebrauchen, – eine «fremde, bewegliche Sache weggenommen». Das deutsche Reichsgericht hatte die nicht ganz einfache Frage zu entscheiden, ob die in den Drähten «fliessende» Elektrizität eine fremde, bewegliche Sache sei<sup>4</sup>. Es führte im Urteil aus: «Indes wie dem auch sei, solange die Naturwissenschaft mit dem Zugeständnisse sich bescheidet, dass man über das eigentliche Wesen der Elektrizität noch im unklaren sei, bedarf der Strafrichter sich nicht für befugt erachten, an die Stelle der Hypothese den Satz als ausgemachte Wahrheit zu setzen, dass die Elektrizität ein Stoff, der elektrische Strom eine körperliche Sache in jedem natürlichen Sinne sei.» Der Satz «Keine Strafe ohne Gesetz» (nulla poena sine lege) bilde für den Richter eine streng zu wahrende Schranke, über welche ihn auch das Bestreben, einem Rechtsgefühl, einer Anforderung des Verkehrslebens auf Schutz gegen Beeinträchtigung von Rechtsgütern gerecht zu werden, nicht hinwegtragen dürfe. Der Angeklagte wurde freigesprochen und seine «Ableitung» entging einer Bestrafung. Daraufhin wurde das deutsche Strafgesetzbuch um diesen Tatbestand ergänzt.

(3) Das Gesetzmässigkeitsprinzip spielt nicht nur im Strafrecht; es gilt auch im Subventionsrecht. Nach gesetzlicher Vorschrift leistet in der Schweiz der Bund Beiträge an Parzellen-

zusammenlegungen von Privatwäldungen. Einige Grundeigentümer wollten ihren Wald zusammenlegen und ersuchten um entsprechende Bundessubventionen. Der Bund teilte den Geschworenen mit, die heutige Finanzlage des Bundes verlange, dass er Prioritäten setze und seine Mittel auf Projekte beschränke, die ohne Bundesmittel nicht mit erträglichen Restkosten für den Waldeigentümer zu realisieren seien. Das Projekt habe keine Dringlichkeit; dem Projekt könne deshalb kein Bundesbeitrag zugesprochen werden. Das von den Waldeigentümern angerufene Bundesgericht<sup>5</sup> hob den negativen Entscheid auf. Denn soweit es um Ausgaben für Bundesbeiträge geht, auf die ein gesetzlicher Anspruch bestehe, sei das Parlament nicht frei, Kredite zu sprechen oder zu verweigern, sondern es müsse für die auf gesetzlicher Grundlage existierenden Ansprüche auf Subventionen die entsprechenden Kredite jedes Jahr im Budget einstellen. Reicht der ursprünglich im Budget vorgeschriebene Betrag nicht aus, so sei vom Parlament ein Nachtragskredit zu bewilligen, damit die gesetzlichen Verpflichtungen eingehalten werden können.

Will der Staat also bei den Subventionen Geld einsparen, so darf er nicht tiefere Kredite erteilen, sondern die Gesetze, die Subventionen zusprechen, müssen geändert werden. Dies geschieht meistens dadurch, dass in den Subventionsgesetzen sogenannte «Kann-Formulierungen» eingesetzt werden oder dass die Subventionen unter den Vorbehalt genehmigter Kredite gestellt werden. Das Beispiel zeigt drastisch den äusserst engen Spielraum, den jede Budgetpolitik gerade wegen des Gesetzmässigkeitsprinzips besitzt.

(4) Abgaben sind von den Menschen immer schon als eine belastende Sache empfunden worden. Aus diesem Grunde hält Art. 127 Abs. 1 der Bundesverfassung fest, dass das Steuergesetz den Kreis der Steuerpflichtigen, den Gegenstand der Steuer und den Tarif ausdrücklich enthalten muss. In einem einschlägigen Fall erhob ein Kanton eine Abgabe auf den Nachlass der Erblasser. Das Steuergesetz enthielt indessen keine derartige Steuer, sie wurde über Jahrzehnte rein gewohnheitsrechtlich erhoben. Das Gewohnheitsrecht ist indessen kein Ersatz für eine fehlende gesetzliche Grundlage, denn es kann nur dort entstehen, wo das Gesetz eine Lücke hinterlässt, die zwingend geschlossen werden muss. Bei den Steuern ist dies nicht der Fall. Will man eine Steuer erheben, so muss dies vom Gesetzgeber ausdrücklich beschlossen werden.

#### *Herrschaft der Juristen: Auslegungsmacht*

Das Gesetzmässigkeitsprinzip bindet die Verwaltungsbehörden, die Gerichte und die einzelnen an präzise und vorab formulierte Normen oder Regeln. Allerdings muss jedes Gesetz, auch das allerklarste, ausgelegt werden, bevor es auf den einzelnen «Fall» angewendet wird. Diese Auslegung entpuppt sich aber oftmals als eigentliche «Einlegung», denn die Möglichkeiten der

Auslegung sind derart gross, dass die Gesetzesbindung im Einzelfall stark gelockert und vielleicht sogar – realistisch besehen – aufgehoben wird. Bei Laien – wie die eingangs geschilderte Erfahrung zeigt – und selbst bei Juristen und Juristinnen ist das Bewusstsein dafür wenig entwickelt. Allerdings sind die das Recht konkret anwendenden Personen mitunter mit dem Phänomen vertraut, heisst es doch bei Laienrichtern oft: «Wir entscheiden nach unserm Geschmack, juristisch lässt sich alles begründen.»

Die Arbeiten von *Bernd Rütters*<sup>6</sup> über die unbegrenzte Auslegung haben diesen Sachverhalt klar belegt. Dafür zieht Rütters das bemerkenswerte Musterbeispiel des deutschen Ehegesetzes von 1938/1946 heran<sup>7</sup>. Der Wortlaut von § 55 des Ehegesetzes blieb in den drei völlig unterschiedlichen politischen Systemen des Dritten Reiches, der DDR und der Bundesrepublik unverändert. Gleichwohl führte der unterschiedliche politische Hintergrund zu ganz verschiedenen Auslegungsergebnissen ein- und derselben Norm. Nach Abs. 1 der Vorschrift konnte eine zerrüttete Ehe geschieden werden, wenn die Wiedereinstellung einer dem *Wesen der Ehe* entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht zu erwarten war. Und nach Abs. 2 war der Widerstand des unschuldigen Ehegatten unbeachtlich, wenn die Aufrechterhaltung der Ehe bei rechter Würdigung ihres Wesens sittlich nicht gerechtfertigt war.

Das *nationalsozialistische Reichsgericht* stellte das «Wesen der Ehe» und die «sittliche Rechtfertigung» einer Scheidung ganz in den Dienst der nationalsozialistischen Weltanschauung<sup>8</sup>. Ein wesentlicher Zweck des § 55 lag darin, «die für die Allgemeinheit nützliche Überführung ehebrecherischer Verhältnisse in volkspolitisch wertvolle Ehen zu ermöglichen»<sup>9</sup>. Auf diese Weise sollten die bevölkerungspolitischen Ziele des «erbgesunden» Nachwuchses verwirklicht und die «rassischen Mischehen» möglichst leicht geschieden werden. Sogar volkswirtschaftliche Gesichtspunkte wurden berücksichtigt, wenn die Ehe die «Schaffenskraft» einer scheidungswilligen Partei beeinträchtigte. Im Ergebnis stellte das Reichsgericht geringe Anforderungen an eine Ehescheidung.

Das *oberste Gericht der DDR*<sup>10</sup> verstand das «Wesen der Ehe» im selben Gesetz im Rahmen der «antifaschistisch-demokratischen Ordnung des neuen Staates». So sei die Ehe nicht eine private Angelegenheit der Eheleute, sondern sie habe auch gesellschaftliche Ideale, nicht zu letzt die *Arbeitsfreude* (sic!) zu fördern. Die Ehe solle die wirtschaftlichen und sozialistischen Pflichten der Bürger nicht beeinträchtigen. Ein Ehegatte dürfe nicht vom andern an der Teilnahme an gesellschaftlichen Funktionen behindert werden, ansonsten sei die Ehe zu scheiden. Ähnlich wie das Reichsgericht ist das Oberste Gericht der DDR zur Unterstützung der Herrschaftsideologie *scheidungsfreudig*.

Gerade gegenteilig wandte der *bundesrepublikanische Bundesgerichtshof*<sup>11</sup> dieselbe Vorschrift an. Der Bundesgerichtshof begründete seine rigorose Scheidungsfeindlichkeit unter Hinweis auf eine «sittliche Ordnung und das in ihr wurzelnde Institut der Ehe»<sup>12</sup>. Die Sittenordnung sei eine vorgegebene, unangreifbare, den Sinn jedes Einzelschicksals bestimmende Ordnung menschlichen Zusammenlebens. Aus dem institutionellen Sinn der Ehe folgerte der Bundesgerichtshof: «Diese vom Senat vertretene Auslegung wird nicht nur vom Wortlaut gefordert, sie verdient auch aus sittlichen Erwägungen den Vorzug. Die Ehe besteht ihrem sittlichen Wesen nach ... in der Begründung der fortwährenden Verwirklichung einer bis zum Tode eines der Ehegatten fortdauernden und zur Familiengemeinschaft sich erweiternden Lebensgemeinschaft der Ehegatten ... *Nach diesem ihrem Wesensbild ist die Ehe grundsätzlich unauflöslich*»<sup>13</sup>. Das Zustandekommen und die Geltung gerade dieser sittlichen Normen begründete der Bundesgerichtshof nicht.

Das Wesen der Ehe erzeugt je nach Herrschaftsideologie bei *unverändertem Gesetzeswortlaut* ein entsprechendes, sinnfälliges Auslegungsergebnis. Rüthers kam zu einem Ergebnis, das erschrecken müsste: «Der Wortlaut der Vorschriften hat de facto für das Auslegungsergebnis nur eine begrenzte, angesichts der vorstehenden Analysen darf man sagen, untergeordnete Bedeutung»<sup>14</sup>.

#### Wertungen offen legen

Die unterschiedlichen Auslegungsergebnisse machen auf die methodischen Grundlagen dieses Vorgehens aufmerksam. Hier zeigt sich die bemerkenswerte Gemeinsamkeit, dass alle drei Gerichte die Ehe als ein aussergesetzliches, vorgegebenes Institut ansehen, das bestimmte Funktionen in einem höheren Ganzen erfüllt. Rüthers setzt daher zu einer Kritik des institutionellen Denkschemas an. Im Ergebnis berufen sich die drei Gerichte mit einem philosophisch-metaphysischen Rückgriff auf eine wesensbestimmende, vorgegebene Ordnung. Die Wesensargumentation ist nach Rüthers ausserordentlich fragwürdig, da eine Begründung für gerade dieses Wesen, welches ein Rechtsinstitut bestimmt, nicht gegeben werden kann. «Das Wesensargument liefert beliebig die jeweils zeitgerechte oder erwünschte Ideologie im Gewand juristischer Wissenschaftlichkeit»<sup>15</sup>. In einem Nebel begrifflicher Scheinargumentation wird interpretative Normsetzung als traditioneller Deduktionsmechanismus getarnt.

Können die Gesetze also nicht neutral und textgetreu ausgelegt werden? In der Tat ist das nicht möglich, denn nach den Erkenntnissen der juristischen Hermeneutik wird das Auslegungsergebnis notwendigerweise von einem Vorverständnis beeinflusst. Es gibt nur die eine Möglichkeit, die Einflüsse und Wertungen möglichst offenzulegen und deutlich zu machen. Die Auslegung kehrt damit an den Ursprung der Problematik zurück.

Das Gesetzmässigkeitsprinzip fordert im Grunde genommen eine «Versprachlichung» staatlicher Herrschaft: Die Ausübung der Herrschaft muss sich sprachlich ankündigen, und im Parlament findet ein Diskurs über das politisch wünschbare Recht statt. Im Bereich der Auslegung muss dieser Diskurs fortgesetzt werden; denn auch die Auslegung selbst lässt Werte miteinfließen, die – analog zur parlamentarischen Debatte – der sprachlichen Diskussion bedürfen. Von daher ist die Forderung, die das Gesetzmässigkeitsprinzip stellt, nichts anderes als eine Bewusstmachung staatlicher Herrschaft auf sprachlicher Ebene. Es ist letztlich Ausdruck eines Menschenbildes, das den Menschen als Subjekt zeigt, das im Diskurs steht. Der Diskurs bezieht sich auf die abstrakte Gestaltung der politischen Ordnung in der Gesetzgebung und auf deren konkreten Umsetzung in der Rechtsanwendung. In diesem Sinne herrscht das Gesetz nicht einfach, sondern es gibt den rechtsunterworfenen Menschen eine Stimme im Rechtsanwendungsdiskurs.

#### Anmerkungen

<sup>1</sup> Platon, *Gesetze*, Buch I-IV, 715a ff.

<sup>2</sup> Vgl. Voltaire, *Republikanische Ideen*, Hrsg. von Günther Mensching, Frankfurt a. M. 1986, S. 89 ff. insb. S. 136.

<sup>3</sup> Ebenda, S. 140.

<sup>4</sup> Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Band 32 (1900), S. 181–185. Bundesgerichtsentscheid (BGE) 110 Ib 155 ff.

<sup>5</sup> Vgl. vor allem *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 1973, und *Wir denken die Rechtsbegriffe um... Weltanschauung als Auslegungsprinzip*, Zürich/Osnabrück 1987.

<sup>6</sup> Nämlich § 55 des Ehegesetzes, der später zu § 48 des Ehegesetzes von 1946 des alliierten Kontrollrates wurde.

<sup>7</sup> Vgl. Rüthers, *Auslegung* (Anm. 6), 404 ff.

<sup>8</sup> Rüthers, *Rechtsbegriffe* (Anm. 6), 49.

<sup>9</sup> Vgl. Rüthers, *Rechtsbegriffe* 54 f.

<sup>10</sup> Vgl. Rüthers, *Auslegung* (Anm. 6), 411 ff.

<sup>11</sup> Rüthers, *Auslegung* (Anm. 6), 413 m.H.

<sup>12</sup> Bundesgerichtshof in Zivilsachen, Band 18, 17.

<sup>13</sup> Rüthers, *Auslegung* (Anm. 6), 435.

<sup>14</sup> Rüthers, *Rechtsbegriffe* (Anm. 6), 14 und 68 Anm. 59.