Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 93 (1974)

Artikel: Zusammenhänge zwischen Rechtssetzung und der Rechtsanwendung in allgemeiner Sicht

Autor: Noll, Peter

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896375

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 04.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

PETER NOLL

Zusammenhänge zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung in allgemeiner Sicht

Die *hermeneutische Frage* nach der Erkenntnis und der Verwirklichung des Rechts ist bisher fast immer nur von der Rechtsanwendung, vornehmlich vom Richter her, gestellt worden: Was muß der Richter tun, um das Gesetz richtig zu verstehen und anzuwenden? Die volle Problematik und zugleich die Möglichkeiten optimaler Problemlösungen kommen indessen erst in Sicht, wenn man auch die *umgekehrte* Frage stellt: Was muß der Gesetzgeber tun, damit er richtig verstanden wird? Oder allgemeiner: Welcher Inhalt soll den Gesetzen gegeben werden, damit in der Rechtsanwendung und im Vollzug die Rechtswirklichkeit so gestaltet wird, wie es dem Gesetzgeber vorschwebt oder vernünftigerweise vorschweben sollte? Einigermaßen erschöpfend läßt sich *diese* Frage nur in einer Lehre von der Methode und der Technik der Gesetzgebung beantworten[1].

In jedem Rechtsgebiet gibt es Probleme der Rechtsanwendung, die seit Jahrzehnten umstritten sind und bei denen man sich fragen muß, ob der hermeneutisch-methodische Aufwand sich noch lohnt angesichts der Tatsache, daß der Gesetzgeber im Unterschied zum Stifter einer Offenbarungsreligion ja stets noch gegenwärtig ist und den Streit entscheiden *könnte,* ihn mindestens auch da entscheiden *sollte,* wo die Probleme von großer Bedeutung sind. Die dogmatischen Streitigkeiten der Juristen und die Instrumente ihrer Hermeneutik erinnern nicht zuletzt deshalb teilweise an diejenigen der Theologen, weil die Juristen immer wieder geneigt sind zu vergessen, daß es möglich ist, erfüllbare Forderungen an den noch

[1] Vgl. dazu P. NOLL, Gesetzgebungslehre, Hamburg-Reinbek 1973.

gegenwärtigen Gesetzgeber zu stellen. Schon rein ökonomisch gesehen wäre viel gewonnen, wenn das Aufmerksamkeits- und Arbeitspotential der Juristen bis zu einem gewissen nicht unbeträchtlichen Ausmaß auch der Rechtssetzung zugeteilt würde. Solange der Satz JULIUS VON KIRCHMANNS von dem einzigen Federstrich des Gesetzgebers, der ganze juristische Bibliotheken zur Makulatur machen kann, stimmt, muß tatsächlich von der «Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft» insoweit gesprochen werden[2]. KIRCHMANNS Kritik bedeutet unter anderem, daß die Rechtswissenschaft die Vorteile der Arbeitsteilung und der im Gewaltenteilungsschema angegebenen Hierarchie nicht immer voll wahrnimmt.

Die hermeneutische Frage bezeichnet indessen nur einen Teilaspekt des Problems. Gesamthaft gesehen geht es um die *Generalfrage* (und die aus ihr folgenden Spezialfragen), wie die Kompetenzen zwischen rechtssetzenden und rechtsanwendenden Instanzen umschrieben und wie ihre Einflüsse auf die Wirklichkeit unter Berücksichtigung ihres gegenseitigen Verhältnisses, ihrer Fähigkeiten und faktischen Möglichkeiten normiert werden sollten, damit die Wirklichkeit nach vernünftigen Vorstellungen und nicht einfach im Nachvollzug der ihr selbst innewohnenden Tendenzen gestaltet wird.

Mein Beitrag beschränkt sich im verhältnismäßig weitgespannten Rahmen des Themas vornehmlich auf Fragen, die in der bisherigen Diskussion der Rechtsprechungswissenschaft[3] schon angesprochen worden sind, zugleich aber auf die Gesetzgebung zurückwirken. Zu erörtern sind die Möglichkeiten der Abgrenzung von Rechtssetzung und Rechtsanwendung, ihre Gemeinsamkeiten und ihre gegenseitige Vertretung. Dabei gehe ich von der Methodenlehre der Rechtsanwendung, besonders der Rechtsprechung,

[2] JULIUS VON KIRCHMANN, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft – Ein Vortrag gehalten in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin 1848, Darmstadt 1964.

[3] Daß die Rechtsprechungswissenschaft nur einen Teil der Aufgaben erfüllt, die der Rechtswissenschaft insgesamt gestellt sind, habe ich in meinem Aufsatz «Von der Rechtsprechungswissenschaft zur Gesetzgebungswissenschaft» (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 2, Düsseldorf 1972, S. 524ff.) nachzuweisen versucht.

aus und stelle von daher Rückfragen an die Gesetzgebung, im Bewußtsein und mit dem Vorbehalt, daß man auch umgekehrt vorgehen könnte. Der Erkenntnisgewinn dürfte indessen in beiden Fällen gleich groß sein, ob man im gedanklichen Experiment die Probleme der Rechtsanwendung bzw. ihre Lösungen als unabhängige Variable annimmt und diejenigen der Gesetzgebung als abhängige Variable, oder umgekehrt.

Das erneute Aufflammen der Methodendiskussion in der Rechtsprechungswissenschaft und das immer stärkere Vordringen von Forderungen nach oder auch nur Feststellungen der rechtsgestaltenden oder rechtspolitischen Funktion des Richters, die an vor 70 Jahren erhobene Postulate der «Freien Rechtsschule» erinnern, läßt sich wohl zu einem Teil damit erklären, daß das wissenschaftliche Interesse der Juristen sich seit dem Abschluß der großen Kodifikationen immer mehr auf die Tätigkeit des Richters konzentriert hat. Immer mehr wurden, mindestens in der Methodenlehre, dem Richter auch Aufgaben und Kompetenzen zugesprochen, die eigentlich in erster Linie dem Gesetzgeber zukamen. Vom Richter wurde «rechtspolitisches» Denken gefordert, mit der vollen Implikation aller Mißverständnisse, die dieser Begriff heraufbeschwören muß[4]. Mit anderen Worten: in der Methodenlehre der Rechtsprechung könnte sich eine rechtsstaatlich äußerst fragwürdige *Gewaltenverschiebung vom Gesetzgeber auf den Richter* anbahnen, und zwar aus dem völlig unzulänglichen Grunde, daß dem Gesetzgeber die juristisch-wissenschaftliche Hilfe, die der Rechtsprechung zugute kam, versagt blieb.

I. Das normenlogische Verhältnis zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung

Die Literatur über Normlogik, neuestens auch deontische Logik genannt, ist in den letzten 20 Jahren an Umfang sehr stark angewachsen[5]. Dennoch scheint es bisher nicht gelungen zu sein, die

[4] Vgl. dazu die differenzierende Kritik von A. MEIER-HAYOZ, Der Richter als Gesetzgeber – Zur rechtspolitischen Komponente richterlicher Tätigkeit, in: Festschrift für Max Guldener, Zürich 1973, S. 189ff.

[5] H.C. OPFERMANN, Zur Gehaltsbestimmung normativer Strukturen durch kom-

rechtslogische Struktur der Normanwendung gegenüber der Normsetzung zu klären[6].

Der bedeutendste Befürworter der Möglichkeit und Notwendigkeit einer streng *logischen Trennung von Rechtssetzung und Rechtsanwendung* war WALTHER BURCKHARDT[7]. Nach BURCKHARDT hat der Gesetzgeber «im Gesetz das praktische Postulat, die Idee einer gerechten Rechtsordnung zu verwirklichen»[8]. «Wenn der Gesetzgeber seine Aufgabe vollständig erfüllen will, muß er alle Werturteile selbst aussprechen; denn das ist *seine* Aufgabe: das *Postulat* des Gerechten in einen ohne weitere Bewertung anwendbaren Satz überzuführen. Tut er das, wie es sein Beruf ist, so bleibt der rechtsanwendenden Behörde nur noch die *ihr* zustehende andere Aufgabe, das im Grundsatz *gegebene* Werturteil auf den einzelnen Fall anzuwenden; mit anderen Worten: es bleibt ihr keine bewertende Tätigkeit mehr, sondern nur noch eine logische und historische Aufgabe: sie hat die tatsächlichen Voraussetzungen festzustellen und sie logisch unter die Begriffe des Rechtssatzes zu subsumieren. Diese logisch-historische Tätigkeit nennt man häufig im eigentlichen Sinne die juristische, im Gegensatz zur wertenden Tätigkeit des Gesetzgebers.»[9] Diese Charakterisierung des Verhältnisses zwischen gesetzgeberischer und richterlicher Tätigkeit steht in so großem Abstand zu der inzwischen wohl ganz einhelligen Meinung, die richterliche Entscheidung sei immer auch Wertentscheidung, daß man versucht ist, die Auseinandersetzung mit der Berufung auf die communis opinio abzubrechen. Dabei übersähe man, daß BURCKHARDT sehr viel exakter gedacht hat als viele Autoren nach ihm, die sich mit demselben Problem beschäftigten. BURCKHARDT meint nicht etwa, daß der Richter stets nur subsu-

binatorische Matrizenkalküle, in: Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 2, Düsseldorf 1972, S. 187ff., mit weiteren Nachweisen.

6 W. STEINMÜLLER, Kapitel «Recht», in: Angewandte Informatik (hg. von P. MERTENS), Berlin/New York 1972, S. 123; HOFFMANN-RIEM, Rechtsanwendung und Selektion, in: Juristenzeitung (deutsche), 1972, S. 297ff.

7 WALTHER BURCKHARDT, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2. Aufl., Zürich 1944 (Neudruck 1971), S. 230ff., 247ff.

8 BURCKHARDT, a.a.O., S. 234.

9 BURCKHARDT, a.a.O., S. 237.

miere und nur subsumieren solle. Solche wertungsfreie Tätigkeit wird für den Richter vielmehr erst möglich, wenn «der Gesetzgeber einesteils alle Rechtssätze» aufgestellt hat, «die zur Vollständigkeit seiner Rechtsordnung gehören», und wenn er andernteils «die Rechtssätze, die er aufstellt, vollständig» formuliert hat. Vollständig ist ein Rechtssatz, wenn er angibt, «wer verpflichtet sein soll, unter welchen Voraussetzungen und zu was er verpflichtet sein soll; er muß das Subjekt (oder die Subjekte), die Voraussetzungen und den Inhalt der Verpflichtung angeben»[10].

Hier wird nun allerdings ein erster Einwand fällig. Sollte BURCKHARDT, was aus seinen Ausführungen nicht vollständig klar wird, von der Forderung ausgehen, der Gesetzgeber solle eine in diesem Sinne vollständige Rechtsordnung, bestehend aus vollständigen Rechtssätzen, aufstellen, so wäre ihm zu entgegnen, daß dies ganz und gar unmöglich und auch nicht wünschbar ist. In diesem Punkt dürfte sich eine einläßliche Widerlegung des geradezu altertümlich gesetzespositivistisch anmutenden Standpunktes BURCKHARDTS tatsächlich erübrigen. BURCKHARDT übersah freilich nicht, daß sowohl die Rechtsordnung als auch die meisten Rechtssätze nicht «vollständig» sind und von der rechtsanwendenden Behörde im Einzelfall ergänzt werden müssen, was immer auch zur Notwendigkeit von Wertentscheidungen führt. Insoweit aber ist die Tätigkeit der «rechtsanwendenden» Behörde nach BURCKHARDT nicht mehr Rechtsanwendung, sondern Rechtssetzung. Sie tut also dasselbe wie der Gesetzgeber, allerdings bezogen und beschränkt auf den einzelnen Fall. Ist aber der anzuwendende Rechtssatz vollständig, so hat der Richter oder der Verwaltungsbeamte «abgesehen von der Feststellung der Tatsachen» nur noch «die logische Subsumtion dieser Tatsachen unter den Rechtssatz vorzunehmen». «Das ist eine rein logische Denkoperation, die sich in der Form eines Syllogismus abwickelt. Zum Beispiel: für jedes über die Grenze geführte Stück Vieh hat der Führer Fr. 20.– Zollgebühr zu zahlen. Fritz Heller hat drei Stück Ochsen über die Grenze geführt. Also hat er Fr. 60.– Zollgebühr zu bezahlen.»[11] Voraussetzung dieser «reinen Rechtsanwendung» ist stets, «daß die rechtssetzende

[10] BURCKHARDT, a.a.O., S. 237.

[11] BURCKHARDT, a.a.O., S. 241.

Behörde ihre Aufgabe *vollständig* gelöst habe..., daß der anzuwendende Satz also nicht mehr der Auslegung bedürfe»[12]. Trifft dies zu, dann besteht die Rechtsanwendung nur noch darin, die konkreten Tatsachen festzustellen, die dem abstrakten Tatbestand der Norm entsprechen, und daraus den logischen Schluß auf die Rechtsfolge zu ziehen[13].

BURCKHARDT geht bei seiner Annahme, reine Rechtsanwendung sei möglich, davon aus, daß es Rechtssätze gebe, die keiner Auslegung bedürften, oder wenigstens Sachverhalte, die so eindeutig unter die Norm fallen, daß eine Auslegung unnötig ist. Dies ist jedoch nur bedingt richtig. Bei *allen* Rechtssätzen genügt für die Rechtsanwendung die bloße Subsumtion vielmehr nur und erst dann, wenn darüber *Einigkeit* herrscht, daß die Begriffe der Norm sich mit dem konkreten Sachverhalt decken. Uneinigkeit kann aber immer entstehen und zwar grundsätzlich von zwei Seiten her: entweder gibt die *Norm* selbst dazu Anlaß, z. B. wegen ihrer *unbestimmten Formulierung,* oder der zu subsumierende Sachverhalt, weil er nicht in dem Bereich liegt, den der gesetzliche Begriff normalerweise semantisch abdeckt. Wenn der von WALTHER BURCKHARDT erwähnte Fritz Heller behauptet, Ochsen seien kein Vieh, dann wird der Zollbeamte um eine Auslegung nicht herumkommen. Er wird den Begriff «Vieh» umschreiben müssen, z. B. als größere Haustiere, die um eines wirtschaftlichen Nutzens willen gehalten werden. Auch der *Sachverhalt* aber kann zur Auslegung der scheinbar klaren Norm zwingen. Wenn die Ochsen, die Fritz Heller über die Grenze bringt, bereits geschlachtet sind, oder wenn er eine hochträchtige Kuh mitführt (ein Stück oder zwei Stück Vieh?), dann wird jedem Rechtsanwender bewußt, daß er nicht einfach subsumieren kann, sondern zuerst interpretieren muß. Noch augenfälliger wird diese Notwendigkeit, wenn der Sachverhalt von vornherein an der durch die sprachliche Konvention bestimmten Grenze oder knapp jenseits der Grenze des in der Norm verwendeten Begriffes liegt, wenn Fritz Heller beispielsweise Kaninchen, Hunde oder Silberfüchse über die Grenze bringt.

Der angeblich so eindeutige Rechtssatz, den BURCKHARDT als

[12] BURCKHARDT, a.a.O., S. 248.
[13] BURCKHARDT, a.a.O., S. 249.

Beispiel verwendet, ist also alles andere als eindeutig. Ein Gesetzgeber, der, wie es BURCKHARDT vorschwebt, beabsichtigt, der Rechtsanwendung keinen Interpretationsspielraum zu lassen, würde sich gerade nicht damit begnügen, den Ausdruck «Vieh» zu verwenden, sondern zugleich eine kasuistische, enumerative Legaldefinition aufstellen, also die Tierarten abschließend aufzählen, die als Vieh zu betrachten sind[14].

An anderer Stelle hat BURCKHARDT ausgeführt: «Es gibt auch klare Gesetze, die keiner Auslegung bedürfen; und namentlich gehört die Auslegung begrifflich nicht zur Anwendung. Angenommen auch, es gebe kein einziges durchaus klares Gesetz, so könnte man sich doch eines denken, und auch dieses Gesetz müßte man noch anwenden, um es zu verwirklichen.»[15] Diese Meinung wird auch heute noch häufig vertreten, wenn auch oft nur beiläufig und ohne nähere Begründung[16]. ENGISCH dagegen bezeichnet die Wendung, eine dem Wortlaut nach eindeutige Bestimmung bedürfe keiner Auslegung, mit Recht als irreführend[17]. Meines Erachtens sollte unterschieden werden zwischen der *abstrakten Auslegungsbedürftigkeit,* die bei jeder Norm gegeben ist, und dem *konkreten Auslegungsbedürfnis,* das in vielen, eben den sogenannten eindeutigen Fällen, fehlen kann. Das konkrete Auslegungsbedürfnis hängt von der Fallkonstellation ab und vom gegebenen oder nicht gegebenen Konsens über die Bedeutung und Anwendbarkeit der Norm. Je mehr Einhelligkeit, desto weniger konkretes Auslegungsbedürfnis, und umgekehrt. ENGISCH hebt zutreffend hervor, daß selbst die eindeutigsten Begriffe der Sprache, nämlich die Zahlen, verstanden und gedeutet werden müssen[18]. Beizufügen wäre, daß auch bei den Zahlenbegriffen die konkrete Fallkonstellation (Grenzfälle) ein konkretes Auslegungsbedürfnis hervorrufen kann.

Die Subsumtion setzt immer voraus, daß die *Übereinstimmung zwischen dem abstrakten Begriff und dem konkreten Substrat* ver-

[14] Vgl. dazu NOLL, a.a.O. (Anm. 1), S. 262f.

[15] BURCKHARDT, Einführung in die Rechtswissenschaft, Zürich 1939, S. 157.

[16] Vgl. z. B. ARTHUR KAUFMANN, Analogie und «Natur der Sache», Karlsruhe 1965, S. 4; G. STRATENWERTH, Festschrift für O.A. Germann, Bern 1969, S. 267.

[17] K. ENGISCH, Einführung in das juristische Denken, 5. Aufl., Stuttgart 1971, S. 218 Anm. 74a.

[18] ENGISCH, a.a.O.

bindlich festgestellt ist. Richtig ist die Feststellung BURCKHARDTS, daß die Auslegung als Vorformung dieser Übereinstimmung begrifflich getrennt werden kann von der bloßen Subsumtion, die sich dann allerdings auf den Akt reduziert, der im Syllogismus mit dem Wörtchen «also» angegeben wird. Gewiß gibt es die nicht seltenen Fälle, in denen *scheinbar* die einfache Subsumtion für die Rechtsanwendung genügt, weil der Sachverhalt «eindeutig» von den gesetzlichen Begriffen erfaßt wird. Diese Eindeutigkeit, die praktisch gesehen die Auslegung überflüssig macht, beruht aber stets darauf, daß die Kongruenz zwischen dem sprachlichen Ausdruck des Gesetzes, dem Sinn des Gesetzes und dem konkreten Sachverhalt von niemandem bestritten wird, weil über die Bedeutung des Gesetzes, und das heißt eben über seine Anwendbarkeit, Einigkeit herrscht. Daß ein sprachlicher Ausdruck einen konkreten Gegenstand erfaßt, ist jedoch nie logisch zwingend, sondern beruht immer auf sprachlicher Konvention. Die einfache Subsumtion setzt demnach immer voraus, daß die Auslegungsfrage schon erledigt ist, sei es, daß sie beantwortet, sei es, daß sie als unproblematisch nicht gestellt wurde[19].

Wenn GARSTKA[20] als einfachsten Fall einer Subsumtion denjenigen nennt, in welchem «Sachverhalt und Norm sich auf *gleiche* Zustände beziehen, die Norm lediglich zusätzlich eine Bewertung als geboten, verboten oder freigestellt enthält», so ist dem entgegenzuhalten, daß dann keine abstrakte Norm und keine Subsumtion mehr vorliegt, sondern eine konkrete Anordnung.

Reine Subsumtionen kann selbstverständlich auch der *Computer* ausführen. Nur ist damit gerade dem Juristen nicht geholfen. Denn die juristische Arbeit im Rahmen des Syllogismus, auf dem die Rechtsanwendung beruht, besteht nicht in der einfachen und selbstverständlichen Ziehung des Schlußsatzes, sondern im Zuordnen von Obersatz und Untersatz. Stehen diese unstreitig fest, ist beispielsweise klargestellt, daß A ein Nettovermögen von

[19] Grundsätzlich übereinstimmend: J. ESSER, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt a.M. 1970 (2. Aufl. 1972), S. 40ff.

[20] H. J. GARSTKA, Ein Regelungsmodell der Rechtsanwendung, in: Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 2, Düsseldorf 1972, S. 347ff., 345.

Fr. 100000.– besitzt (Untersatz) und daß das Gesetz dafür eine kantonale Vermögenssteuer von Fr. 112.– festsetzt (Obersatz), dann hat der Jurist nichts mehr zu tun. Das Ausrechnen des Steuerbetrages kann auch ein Apparat besorgen. Dieser kann auch in Funktion treten, wenn in jedem einzelnen Fall viele verschiedenartige Subsumtionen vorgenommen werden müssen, vorausgesetzt, die Prämissen sind unstreitig. Der Automat kann also ein ganz erhebliches Arbeitsvolumen bewältigen, z. B. für die Festsetzung der Steuer außer der Höhe des Einkommens und des Vermögens auch das Alter des Pflichtigen, Beruf, Familienverhältnisse usw. berücksichtigen, aber all dies ist keine juristische, sondern rein rechnerische Arbeit. Sobald eine Voraussetzung der Steuerbemessung zweifelhaft oder streitig wird, sobald entweder der Sachverhalt genauer festgestellt werden oder ein rechtlicher Begriff ausgelegt werden muß, tritt der Jurist wieder an die Stelle des Computers, es sei denn, die betreffende Auslegungsfrage wurde schon bei der Programmierung beantwortet.

II. Wesentlichkeit der «graduellen» Unterschiede zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung

Jede Rechtsanwendung läßt sich zwar formallogisch als ein Syllogismus auffassen, mit Obersatz, Untersatz und Schlußsatz, doch die Aufstellung des Untersatzes und seine Zuordnung zum Obersatz sind nie logisch zwingend; logisch zwingend ist immer nur die Aufstellung des Schlußsatzes, wenn Obersatz und Untersatz bereits feststehen und einander zugeordnet sind. Wenn feststeht, daß Mord mit lebenslangem Zuchthaus bestraft wird (Obersatz) und daß X eine Tat begangen hat, die als Mord zu qualifizieren ist (Untersatz), dann ist der Schluß auf die Verhängung der lebenslangen Zuchthausstrafe (Schlußsatz) eine Selbstverständlichkeit, die keine weiteren Überlegungen erfordert. Rechtsanwendung bedeutet also zum geringsten Teil Anwendung von Sätzen der Logik.

Rechtsanwendung wäre demnach qualitativ dasselbe wie Rechtssetzung, soweit es sich um Auslegung und ergänzende Rechtsfindung handelt. Diesen Schluß hat WALTHER BURCKHARDT tat-

sächlich gezogen: «Zwischen Ergänzung des Gesetzes durch Auffinden eines neuen Rechtssatzes, Ausdehnung eines gegebenen Rechtssatzes nach Analogie und Auslegung ist nur ein Unterschied des Grades, und überall gilt dasselbe: was der Richter im Gesetz nicht entschieden findet, muß er selber entscheiden, wie es der Gesetzgeber hätte tun müssen, in sachlicher Abwägung der Interessen unter dem Gesichtspunkt des Gerechten.»[21] Die Annahme eines «nur» graduellen oder quantitativen Unterschiedes zwischen Auslegung, ergänzender Rechtsfindung intra legem oder praeter legem und gesetzgeberischer Rechtssetzung scheint gerade für die neueste Methodenlehre typisch zu sein, obwohl nirgends recht deutlich gemacht wird, worin hier eigentlich der genaue Unterschied zwischen Qualität und Quantität liegen sollte. Wenn der Richter, was heute wohl unbestritten ist, immer wieder auf «offene Werturteile und die Möglichkeit ihrer überzeugenden Begründung» rekurrieren muß, «dann besteht aber auch kein qualitativer Unterschied zwischen der Fortbildung, die sich im ‹besseren Verständnis vorhandenen Rechts› zeigt und noch als Interpretation gilt, gegenüber der Fortbildung im Wege der ‹Lückenfüllung›, die sich als Ergänzung des immerhin intentional ‹vorhandenen› Systems versteht, wie schließlich gegenüber einer ‹offenen› Rechtsfortbildung jenseits dieses Rahmens... Das Problem der Gewinnung des Obersatzes ist in den drei Kategorien der Fortbildung nur graduell verschieden: Die Wertentscheidung ist bei der ‹Fortbildung› in keiner Stufe etwas anderes, als was schon bei der Wahl zwischen ‹vorhandenen› Regelungsmustern in die Verantwortung des Rechtsanwenders fällt»[22].

Quantitative Unterschiede können und müssen hier aber genauso wesentlich sein wie qualitative, zumal es überhaupt auf einem Vorurteil beruht, sie als weniger wesentlich anzusehen als qualitative. Könnten und dürften die rechtsanwendenden Behörden schlechthin und schrankenlos dasselbe tun wie der Gesetzgeber und gäbe es weder einen Primat des Gesetzes noch eine kontrollierbare Bindung an das Gesetz, so wären Gesetze und Gesetzgebung sinnlos, der Rechtsstaat illusorisch, Kommunikation und soziale

[21] BURCKHARDT, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft (oben Anm. 7), S. 238 f.
[22] ESSER, a.a.O., S. 175.

Koordination überhaupt unmöglich. Jedes Gemeinwesen, vor allem aber der demokratische Rechtsstaat, ist auf eine *Hierarchie der staatlichen Steuerungsfunktionen* angewiesen, und diese Hierarchie setzt einseitige Bindungen und Abhängigkeiten zwischen den Rechtsakten der verschiedenen Kompetenzstufen ebenso voraus wie Durchbrechungen des hierarchischen Durchgriffs, z. B. in der Unabhängigkeit der Rechtsprechung. Werden die «graduellen» oder «quantitativen» Unterschiede zwischen Rechtsanwendung und Rechtssetzung nicht ernstgenommen, dann entsteht «die Gefahr, daß man im Fall von Zweifeln über eine Vorschrift des Gesetzes gar nicht erst versucht, es nach seinem Sinn auszulegen, nach den ihm immanenten Wertungen, sondern ihnen das eigene Werturteil substituiert, was dann leicht zu Willkür und Urteilen contra legem führen kann, jedenfalls dem Geist des Gesetzes als Hort der Rechtssicherheit widerspricht»[23].

Wenn die methodologische Literatur in der angegebenen Weise von graduellen Unterschieden zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung spricht, so unterstellt sie damit nur, daß sich die *Grenzen nicht exakt* angeben lassen. Die Ausdrucksweise ist mindestens mißverständlich; denn nach der Logik können gerade zwischen quantifizierbaren Daten die Unterschiede am genauesten festgestellt werden, und dies gilt auch für das Recht, wo unbestrittenermaßen die Zahlenbegriffe den geringsten Auslegungsaufwand erfordern; nur Grenzsachverhalte können hier zu Zweifeln führen, indem sich z. B. bei Altersgrenzen die Frage stellen kann, ob es auf den Zeitpunkt der Geburt ankommt oder auf Mitternacht vor der Geburt. Davon, daß die Unterschiede zwischen Rechtsanwendung und Rechtssetzung, zwischen Auslegung und den verschiedenen Formen freier Rechtsfindung mit den bisher zur Verfügung stehenden Mitteln der Logik quantifizierbar wären, kann freilich keine Rede sein. Trotzdem *gibt* es die Unterschiede, und ihre unterschiedliche Größe läßt sich auch evident machen. Offenbar hängen sie mit der verschiedenen *Reichweite von Konsens* zusammen, sei es im Bereich der semantischen Tragweite von

[23] O. A. GERMANN, Methodische Grundfragen, Basel 1946, S. 9 und 111 f.; DERSELBE, Kommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, 1. Liefg., Zürich 1953, Art. 1, N. 13 Abs. 2.

sprachlichen Ausdrücken im Gesetz, sei es über *Zweck- und Wertvorstellungen,* die im einzelnen Rechtssatz oder in der gesamten Rechtsordnung zum Ausdruck kommen. Daß, um beim Beispiel BURCKHARDTS zu bleiben, Ochsen Vieh sind, wird nach der sprachlichen Konvention von niemandem bezweifelt. Sachverhalt und gesetzlicher Ausdruck decken sich; die Bindung des Rechtsanwenders ist straff. Ebenso besteht Übereinstimmung zwischen dem sprachlichen Ausdruck und dem (fiskalischen) Zweck des Rechtssatzes: die Einfuhr von Vieh ist zu einem bestimmten Satze zollpflichtig. Problematischer wird die Sache dann, wenn *Zweck und sprachlicher Ausdruck auseinanderfallen,* weil entweder jener weiterreicht als dieser oder umgekehrt. Beispiele für weiterreichende Zwecke sind vor allem im Strafrecht häufig anzutreffen und zum Teil zu historischer Bedeutung gelangt, so etwa die Frage, ob Elektrizität als Sache im Sinne des Diebstahlstatbestandes angesehen werden könne, was die französische Rechtsprechung bejaht, die deutsche verneint hatte[24]. Im Gegensatz zur deutschen Lehre hat die schweizerische bei diesen Diskrepanzen meistens den *Vorrang des Zweckes* betont: Wortlaut und sprachlicher Sinn seien immer nur Mittel zur Feststellung der ratio legis[25].

Die Konsensreichweite ist beim Sprachsinn um so größer, je präzisere Begriffe das Gesetz verwendet. Denn die Exaktheit der Begriffe bestimmt sich gerade durch die Größe des Einverständnisses über ihre Bedeutung. Dasselbe kann vom Zweck des Gesetzes nicht in gleicher Weise gesagt werden. Viele Gesetze verfolgen insgesamt und in ihren einzelnen Teilen sehr allgemeine, sehr umfassende Zwecke, und auch diese können noch umstritten sein. So will das *Strafrecht* Rechtsgüterschutz verwirklichen, nach einem Teil der Lehrmeinungen zugleich aber auch ethische Grundwerte[26]. Eine

[24] H. H. JESCHECK, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Berlin 1969, S. 96.

[25] O. A. GERMANN, Methoden der Rechtsfindung, ZStR 1963, S. 365ff., 368f.; A. MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar zum ZGB, Bd. I, Art. 1, N. 136.

[26] Die letztere Meinung wird vor allem von H. WELZEL (DasDeutsche Strafrecht, 11. Aufl., Berlin 1969, S. 1ff.) und G. STRATENWERTH (Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Köln usw. 1971, S. 29f.) vertreten. Richtig scheint mir, beide Prinzipien zur gegenseitigen Einschränkung zu verwenden, also das Strafrecht nur einzusetzen, wenn sowohl eine Rechtsgüterverletzung als auch ein Verstoß gegen ethische Grundwerte vorliegt.

Auslegung nach dem Rechtsgüterschutzprinzip oder nach dem Prinzip des Schutzes ethischer Grundwerte, die nicht durch andere Prinzipien eingeschränkt wird, führt aber sehr rasch in eine Vielstraferei hinein, wie sich mit vielen Beispielen aus der schweizerischen und der deutschen Rechtsprechung belegen läßt[27]. Gewiß kann der Zweck des Gesetzes, worauf vor allem GERMANN hingewiesen hat, im Strafrecht wie in anderen Rechtsgebieten auch zu

[27] Vgl. z.B. BGE 87 IV 157 (versuchte Abtreibung schon beim Betreten der Praxis des Arztes, der sich aber weigert, den Eingriff vorzunehmen) und die zutreffende Kritik bei STRATENWERTH (Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, Bern 1973, S. 49); BGE 96 IV 61 (Nötigung auch bei Drohung mit einer erlaubten Unterlassung, die die Stellung des «Bedrohten» nicht verschlechtert); BGE 87 IV 115ff. (Unterschlagung auch an Forderungen möglich) und Kritik bei STRATENWERTH, a.a.O., S. 157. – Kritisch zur deutschen Rechtsprechung vor allem H. BINDOKAT, Teleologie und Analogie im Strafrecht, Juristenzeitung (deutsche) 1969, S. 541 ff. Das eindrücklichste Beispiel, das BINDOKAT anführt, bildet die ausdehnende Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Unfallflucht nach § 142 StGB: «Es will vielleicht einleuchten, daß die Flucht auch von einem anderen Ort als dem Unfallort einsetzen kann, wenn der Unfallbeteiligte erst auf der Weiterfahrt von seiner Beteiligung an dem Unfall Kenntnis erlangt hat (BGHSt 14, 89, 94). Hat man sich aber einmal auf diese Bahn begeben, wie will man dann bestreiten, der Zweck erfordere unter solchen Umständen auch eine Rückkehr des Fahrers an den Unfallort (BGHSt 18, 114, 119; 20, 258). Ist die Rückkehr zwecklos, so wandelt sich, folgt man dem Zweckgedanken weiter, die Rückkehr- in eine Meldepflicht (BGHSt 5, 124, 129). Schließlich ist es nur konsequent, auch das Verschleiern von Tatspuren als Unfallflucht anzusehen (KOHLRAUSCH/LANGE, Strafgesetzbuch, 1961, Anm. V zu § 142). Die Rechtsprechung (BGHSt 5, 130) hat zwar vor dem letzten Schritt Bedenken gehabt, aber sie hat doch den Fahrer bestraft (BGHSt 14, 213, 218), der nach Rückkehr an den Unfallort gegenüber der Polizei falsche Angaben gemacht hat, weil jener unter solchen Umständen seine Rückkehrpflicht nicht erfüllt habe. Sie ist zwar bald von der Anzeigepflicht abgerückt (BGHSt 7, 112, 117), weil die Umwandlung des Fluchtverbotes in ein Anzeigegebot gegen den Grundgedanken des § 2 StGB verstoße. Aber die praeter legem entwickelte Rückkehrpflicht ist gefestigte Rechtsprechung... An einer übermäßigen Berücksichtigung des Zwecks krankt auch die Rechtsprechung zur Urkundenfälschung, die zum Schutz des Rechtsverkehrs den Beweiszeichen Urkundenqualität zuerkennt. Sie führt, wie ihr die Kritik mit Recht entgegenhält, ins Uferlose, da die Beweiszeichen unabsehbar und von den Kennzeichen nicht abzugrenzen sind, darüber hinaus aber auch zur Unbilligkeit, da Bagatellen als Urkundendelikte erscheinen und gleichgelagerte Fälle nicht gleich behandelt werden» (BINDOKAT, a.a.O., S. 545).

einschränkender Auslegung führen, nämlich dann, wenn der Zweck weniger weit reicht als der Wortlaut[28], doch ist der Rechtsgüterschutz natürlich ein viel allgemeineres und weiter reichendes Programm, als es in den einzelnenRechtssätzen angegeben werden kann.

Im Strafrecht ergeben sich freilich Grenzen schon dadurch, daß die Tatbestände das geschützte Rechtsgut entweder nennen oder doch leicht erkennen lassen. Dann ist es sicher unzulässig, ein anderes Rechtsgut, wenn auch ähnliches, ebenfalls unter den Tatbestand zu subsumieren, z. B. unter die Lebensgefährdung nach Art. 129 StGB auch die Gesundheitsgefährdung[29]. Häufig, sogar meistens, setzt das Gesetz nicht nur einen *Zweck,* z. B. den Schutz eines bestimmten Rechtsguts, sondern nennt auch die *Mittel,* die diesem Zweck dienen oder die – im Strafrecht – verpönt sind, weil sie den gesetzgeberisch verfolgten Zweck besonders stark zu beeinträchtigen geeignet sind. Hier liegen vor allem bei einer kasuistischen Gesetzgebung die Schwierigkeiten für die Rechtsanwendung. Die Bestimmung des Gesetzeszweckes kann grundsätzlich nicht weiterhelfen, wenn es darum geht, die Mittel zu umgrenzen. Wohl kann man etwa im Strafrecht sagen, Zweck des Gesetzes sei es, nur besonders verwerfliche Mittel, mit denen eine Rechtsgüterverletzung bewirkt wird, zu pönalisieren, damit wird aber unter der Etikette des Gesetzeszwecks eine im Grunde gegenläufige Überlegung einbezogen, von der zwar der Gesetzgeber ebenfalls ausgegangen ist, bei deren Einbezug aber der Gesetzeszweck nicht mehr eindimensional definiert werden kann, sondern eine Abwägung zwischen verschiedenen rechtspolitischen Zielen voraussetzt. So bezweckt ganz allgemein das Strafgesetzbuch eben nicht nur Rechtsgüterschutz, sondern zugleich Schutz des potentiellen Angeschuldigten vor nicht voraussehbaren und ungerechtfertigten Anklagen und Verurteilungen, und noch deutlicher wird dieses antinomische Verhältnis im Strafprozeßrecht, wo es einerseits um möglichst effiziente Verbrechensverfolgung und andererseits um möglichst effizienten Schutz der Verfolgten vor unzulässigen Eingriffen geht.

[28] GERMANN, Kommentar zu Art. 1 StGB, N. 9 und 10.

[29] GERMANN, a.a.O.

Für das Strafrecht ist die *Garantiefunktion* ebenso wichtig wie die *Rechtsgüterschutzfunktion*. Die ratio legis gibt demnach nur dann taugliche Anleitung, wenn sie von vornherein mehrdimensional und antinomisch gesehen wird. Gerade im Rechtsstaat werden Zwecke nie ohne Rücksicht auf die Mittel verfolgt, kein Zweck heiligt die Mittel, und außerdem hat man längst erkannt, daß im sozialen Handeln und insbesondere in der Gesetzgebung jedes Mittel zugleich als Zweck gesehen werden kann und umgekehrt[30]. Die ratio legis müßte demnach als hochdifferenziertes und zahlreiche Wertabwägungen enthaltendes Überlegungsschema angesehen werden[31]. Trifft dies aber zu, kann sie unmöglich auch nur annähernd gleiche Konsensreichweite beanspruchen wie der Sinn von sprachlichen Ausdrücken, die einigermaßen geläufig und präzise sind. Das Problem ist eben die eingeschränkte Zweckverfolgung, die überhaupt den humanen Rechtsstaat kennzeichnet.

Die *Diskrepanz zwischen Zweck und Wortsinn* läßt sich noch am leichtesten überbrücken, wenn für sie kein Grund ersichtlich ist. Man pflegt dann von einem Versehen des Gesetzgebers zu sprechen. Beispiele dafür sind die Tatbestände der Sachentziehung und der Unterschlagung im Strafgesetzbuch. Nach Art. 143 StGB ist wegen *Sachentziehung* strafbar, «wer ohne Bereicherungsabsicht eine bewegliche Sache dem Berechtigten entzieht und ihn dadurch schädigt». Bei der Formulierung dieses Tatbestandes ist der Gesetzgeber von der Vorstellung ausgegangen, daß jede Wegnahme oder jedes Vorenthalten einer Sache mit Bereicherungsabsicht entweder als Diebstahl oder als Veruntreuung bzw. Unterschlagung strafbar sei. Dabei hat er übersehen, daß alle diese Tatbestände neben der Bereicherungsabsicht die Aneignungsabsicht voraus-

30 Nachweise bei NOLL, Gesetzgebungslehre, S. 108 ff.

31 «Es gibt nähere und entferntere, niedere und höhere Zwecke. Der Begriff des Zweckes ist elastisch und vieldeutig... Irgendwie erscheint der Begriff der teleologischen Auslegung als zu eng. Daher hat man anstelle eines teleologischen ein ‹kausales› Rechtsdenken gefordert. ‹Auslegung aus dem Grunde› wäre vielleicht passender, weil umfassender als ‹Auslegung aus dem Zweck›.» (ENGISCH, a.a.O., S. 81). GERMANN (Methodische Grundfragen, S. 65 ff., 78 ff., 125 ff.) bezeichnet daher den *Sinn* des Gesetzes als für die Auslegung maßgeblich, und dieser ergibt sich besonders aus den dem Gesetz zugrundeliegenden *Zwecken* und *Wertungen*.

setzen. Wenn der Täter mit Bereicherungsabsicht, aber ohne Aneignungsabsicht handelt, kann er nicht wegen Diebstahls, Veruntreuung oder Unterschlagung bestraft werden, sondern höchstens wegen Sachentziehung. Nach dem Wortlaut von Art. 143 kann derjenige, der eine Sache einem andern vorübergehend wegnimmt, um sich durch die Benützung der Sache, die er sich nicht aneignen will, zu bereichern, nicht bestraft werden. Denkbar ist dieser Fall vor allem bei Sachen, die einen hohen Benützungswert haben, z. B. Computern, komplizierten Bearbeitungsmaschinen usw. Wer ohne Bereicherungsabsicht handelt, wird bestraft, wer mit Bereicherungsabsicht handelt, soll straflos ausgehen. Das Ergebnis enthält einen klaren Wertungswiderspruch: die Verwirklichung eines zusätzlichen Unrechts- und Schuldmerkmals (Bereicherungsabsicht) soll zur Straflosigkeit führen. Das Bundesgericht ist in der Tat vor diesem stoßenden Ergebnis nicht zurückgeschreckt[32]. Sinn- und zweckgemäß ist indessen nur eine Auslegung, die das Versehen des Gesetzgebers behebt und den Tatbestand für erfüllt erklärt, wenn entweder Bereicherungsabsicht oder Aneignungsabsicht oder beide fehlen[33].

Ein ähnliches Versehen ist dem Gesetzgeber beim Tatbestand der *Unterschlagung* nach Art. 141 StGB unterlaufen. Danach ist strafbar, wer mit Bereicherungsabsicht sich eine fremde Sache aneignet, «die ihm durch Naturgewalt, Irrtum, Zufall oder sonst ohne seinen Willen zugekommen ist». Hier hat der Gesetzgeber diejenigen Fälle übersehen, in denen der Täter eine fremde Sache zunächst ohne Aneignungs- und Bereicherungsabsicht einem andern wegnimmt und sich erst später entschließt, die Sache sich anzueignen und sich mit ihr zu bereichern, indem er sie z. B. einem Dritten verkauft. Wegen Diebstahls kann er nicht bestraft werden, weil er

[32] BGE 85 IV 21; kritisch dazu STRATENWERTH, a.a.O., S. 205. Das Bundesgericht hat sich dabei möglicherweise von dem früher (BGE 72 IV 137) aufgestellten Satz leiten lassen, daß sich der Richter über den «klaren Wortlaut» des Gesetzes nicht hinwegsetzen dürfe, auch wenn dieser auf einem Versehen des Gesetzgebers beruhe. Doch ist dieser Satz in der gesamten Rechtsprechung des Bundesgerichts nie konsequent befolgt worden. Dagegen scheint die deutsche Lehre den «möglichen Wortsinn» des Gesetzes als äußerste Grenze der zulässigen Auslegung im Strafrecht zu betrachten (JESCHECK, a.a.O., S. 113).

[33] GERMANN, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 9. Aufl., Zürich 1972, S. 248.

im Augenblick der Wegnahme weder Aneignungs- noch Bereicherungsabsicht hatte. Die spätere Aneignung könnte nach dem Wortlaut von Art. 141 auch nicht als Unterschlagung bestraft werden, weil die Sache dem Täter nicht «ohne seinen Willen zugekommen ist», sondern mit seinem Willen. Auch hier würde also nach dem Wortlaut der Vorschrift der höhere Unrechtsgehalt der Tat, der durch die eigenmächtige Wegnahme verwirklicht ist, zur Privilegierung führen. Auch hier drängt sich eine «berichtigende» Auslegung auf.

Beiden Fällen ist gemeinsam, daß sowohl der (Schutz-)Zweck des Gesetzes als auch die im Gesetz erkennbaren Grenzen der Zweckverfolgung auf bestimmte Tatmodalitäten für eine *gegen den eindeutigen Wortlaut der Bestimmung gerichtete, ausdehnende Auslegung zuungunsten des Täters* sprechen. Zweck des Gesetzes ist der Schutz des Eigentums, vor allem seines wirtschaftlichen Wertes, auch des Nutzwertes (bei der Sachentziehung); begrenzt wird die Zweckverfolgung durch die ebenfalls klar erkennbare Beschränkung auf die Tatmodalitäten der Wegnahme, des Vorenthaltens und der Aneignung von fremden Sachen. Der Wortlaut hat nicht die Funktion einer Eingrenzung und Einschränkung der Verfolgung des Schutzzweckes, sondern reine Abgrenzungsfunktion gegenüber anderen Tatbeständen, wobei die Abgrenzung systematisch unrichtig gezogen wurde, weil der Gesetzgeber an bestimmte Fälle, die er zweifellos für strafwürdig erachtet hätte, nicht dachte.

Soweit Zweck und Begrenzung der Zweckverfolgung im Gesetz erkennbar sind, tut der Richter, der seine Auslegung danach ausrichtet, zweifellos *etwas anderes als Rechtssetzung*. Er setzt keine neuen Zwecke und löst keine Zweckbegrenzungen auf; sein Urteil bleibt *Nachvollzug* der im Gesetz schon ausgedrückten Gedanken. Anders wäre es, wenn er einen neuen Zweck setzte, z. B. ein bisher nicht geschütztes Rechtsgut unter Strafschutz stellte, oder wenn er eine erkennbare Begrenzung der Zweckverfolgung auflöste, etwa neben der vorsätzlichen auch die fahrlässige Sachbeschädigung pönalisierte.

Auch bei der Lückenausfüllung, bei der *Rechtsfindung praeter legem,* ergibt die teleologische Methode ein einigermaßen zuverlässiges Kriterium der Abgrenzung zwischen Rechtsanwendung

und Rechtssetzung. Bei den sogenannten Ausnahmelücken oder Wertungslücken beispielsweise stellt der Richter fest, daß der Wortlaut des Gesetzes weiter reicht als der im Gesetz erkennbare Zweck. Wird beispielsweise bei den Delikten gegen Individualinteressen, etwa bei der Sachbeschädigung, die Einwilligung des Verletzten als außergesetzlicher Rechtfertigungsgrund anerkannt, oder der Heileingriff nicht unter den Tatbestand der Körperverletzung subsumiert, so wird damit lediglich klargestellt, daß der Wortlaut des Gesetzes über den Zweck des Gesetzes hinausgeht. Vorausgesetzt, der Zweck wird immer als vorrangig angesehen, sind auch diese Fälle nicht eigentlich problematisch[34].

Auch bei der *freien Rechtsfindung intra legem*[35] bleibt der Richter in einem ihm vom Gesetz gegebenen Rahmen, wenn er beispielsweise feststellt, ob der Mörder aus «besonders verwerflicher Gesinnung» gehandelt hat oder ob eine Darstellung im Sinne von Art. 204 StGB «unzüchtig» ist. Bei diesen «wertausfüllungsbedürftigen» Begriffen ist die Bindung des Richters an das Gesetz innerhalb des gesetzlichen Rahmens kaum mehr objektiv feststellbar, und daher sind solche Begriffe, jedenfalls da, wo sie die Strafbarkeit begründen, vom Legalitätsprinzip her allemal fragwürdig. Zwar wird gesagt, der Richter solle sich nach den im Gesetz und in der Rechtsordnung immanenten Wertvorstellungen richten, doch sind solche gesetzlich meistens nicht fixiert und oft auch nicht aus dem Gesetz ableitbar, sondern es verhält sich vielmehr so, daß der Gesetzgeber auf in der Gesellschaft vorhandene, oft äußerst umstrittene und selbstverständlich auch wandelbare Wertvorstellungen verweist. Gesetzliche Regeln über die Begriffe der Verwerflichkeit oder der Unzucht wären auch schwer vorstellbar. Wenn aber der Richter von verschiedenen vorhandenen Wertvorstellungen eine bestimmte für verbindlich erklärt, so setzt er Recht, wenn auch mit gesetzlicher Erlaubnis und in einem vom Gesetz gezogenen

[34] GERMANN, Kommentar zu Art. 1 StGB, N. 12; DERSELBE, Methodische Grundfragen, S. 131 ff.; NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, Basel 1955, S. 2 ff.

[35] GERMANN, Kommentar zu Art. 1 StGB, N. 13; Methodische Grundfragen, S. 136 ff.; MEIER-HAYOZ, Lücken intra legem, in: Festschrift für O. A. Germann 1969, S. 150 ff.

Rahmen[36]. Nur insoweit er eben im Rahmen dieser Kompetenz bleibt, wendet er zugleich Recht an, im übrigen aber außerrechtliche Normen.

Die Analyse der Methoden der Rechtsfindung führt somit zum Ergebnis: Daß die Unterschiede zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung nicht logisch exakt angegeben werden können und namentlich auch nicht bei allen Fällen und Formen von Rechtsanwendung gleich sind, bedeutet nicht, daß es sie nicht gibt. Es ist ein gerade bei Juristen oft anzutreffender Irrtum, anzuneh-

[36] MEIER-HAYOZ (a.a.O., S. 154ff.) unterscheidet bei der Ausfüllung von Lücken intra legem zwischen der kasuistischen Methode, bei welcher der Richter der inhaltlich zu wenig bestimmten Regel denjenigen Sinn beimißt, «der zu dem ihm gerecht erscheinenden Ergebnis führt», und der legislatorischen Methode, bei welcher er den unbestimmten gesetzlichen Begriff durch eine generelle Regel ausfüllt, die auch für künftige Fälle anwendbar sein soll. Die legislatorische Methode ist zwar, weil sie Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit besser garantiert, im allgemeinen vorzuziehen, sie kann aber dann nicht angewendet werden, wenn es um die Berücksichtigung äußerst verschiedenartiger individueller Verhältnisse geht, z. B. um die Bestimmung der «wichtigen Gründe» für die Auflösung eines Verlöbnisses (MEIER-HAYOZ, a.a.O., S. 155). Außerdem besteht bei der legislatorischen Methode die in der Rechtsprechung nicht immer vermiedene Gefahr, daß die richterliche Formel entweder zu eng oder zu weit gefaßt wird (ein Beispiel für die zweite Alternative bildet die Bundesgerichtspraxis zum strafrechtlichen Begriff der Gewerbsmäßigkeit) oder daß der Richter die Lücke nur scheinbar ausfüllt, indem er mit bloßen Leerformeln arbeitet. Von Leerformeln muß immer dann gesprochen werden, wenn die in der richterlichen Regel verwendeten Begriffe genauso unbestimmt und «wertausfüllungsbedürftig» sind wie der gesetzliche Begriff. Um eine Leerformel handelt es sich beispielsweise, wenn das Bundesgericht den Begriff der «Unzüchtigkeit» mit dem Hinweis auf den «geschlechtlichen Anstand» und das «Sittlichkeitsgefühl» zu umschreiben versucht (BGE 78 IV 35). Vgl. zu ähnlichen Problemen im deutschen Recht: NOLL, Begriff und Funktion der «guten Sitten» im Strafrecht, in: Festschrift zum 150jährigen Bestehen des Oberlandesgerichts Zweibrücken, Wiesbaden 1968, S. 206ff. Beim strafrechtlichen Begriff der «Unzüchtigkeit» wäre freilich auch die Verwendung der kasuistischen Methode unzulässig; denn der gesetzliche Begriff soll keineswegs eine individualisierende Behandlung verschiedener Fälle ermöglichen, er verweist vielmehr auf außerrechtliche Vorstellungen. Diese müßte der Richter möglichst genau zu erfassen versuchen, und er müßte immer dann die Herleitung der Strafbarkeit aus dem unbestimmten Begriff ablehnen, wenn über die außerrechtlichen Wertvorstellungen, auf die der gesetzliche Begriff verweist, kein allgemeiner Konsens herrscht (NOLL, a.a.O., S. 229).

men, Unterschiede, die sich nicht genau definieren lassen, seien nicht vorhanden.

III. Rechtsstaatliche Garantien bei der Rechtssetzung durch Rechtsanwendungsinstanzen: die Bindung an Präjudizien – Die Kritik am Methodenpluralismus

Mit der gewohnheitsrechtlich eingehaltenen Bindung an eigene Präjudizien übernimmt die Rechtsprechung positive Qualitäten der Gesetzgebung. Die *Entscheidungsgründe,* vor allem die publizierten, sollen auch künftig für die gleichen Fälle maßgeblich sein, nicht anders als ein Gesetz. Nach Art. 1 ZGB muß der Richter bei der Ausfüllung von Lücken im Gesetz nach einer generellen Regel entscheiden; denn nur eine Regel, nicht die Einzelfallentscheidung als solche, läßt sich wieder auf künftige Fälle anwenden.

Die präjudizielle Selbstbindung, die die Rechtsanwendung der Gesetzgebung im Blick auf das Gleichheitsprinzip ähnlich macht, ist eine Grundregel rechtsstaatlicher Rechtsanwendung, und doch findet sie sich nirgends verbindlich verankert, es sei denn in höchst allgemeiner Weise im Gleichheitssatz von Art. 4 BV.

Es dürfte alles andere als selbstverständlich sein, daß die geschriebene Rechtsordnung dieses Prinzip nicht enthält und daß der Gesetzgeber auf den gedanklichen Prozeß der Rechtsanwendung überhaupt kaum Einfluß nimmt. Art. 1 und 4 ZGB und Art. 1 StGB sind, soweit ich sehe, die einzigen methodischen Regeln unserer Rechtsordnung, und in ausländischen Rechtsordnungen verhält es sich nicht anders. Dabei könnte mit einem verbindlichen Katalog von Methodenregeln, ganz allgemein und von jedem Einzelproblem abgesehen, bewirkt werden, daß die Einzelentscheidungen auch in problematischen Fällen, wenn nicht für den Rechtsuchenden, so doch für seinen juristisch ausgebildeten Berater, besser vorauszusehen sind.

Methodenpluralismus und *fehlende Methodenoffenheit* scheinen es dem Richter zu gestatten, sich mindestens in Zweifelsfällen von der Bindung an das Gesetz weitgehend zu lösen, indem das aus irgendwelchen, meistens nicht einmal genannten Gründen er-

wünschte Ergebnis entweder mit Scheinargumenten oder mit der gerade dieses Ergebnis stützenden Methode begründet wird. In Wirklichkeit knüpft jedoch die präjudizielle Bindung, die die Rechtsprechung einhält und die die Rechtsuchenden und ihre Berater festzustellen suchen, kaum an methodische Prinzipien an – diese werden auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung verhältnismäßig selten angesprochen –, sondern an die handfesten Ergebnisse. Nur deshalb sind Methodenverschleierung und Methodenpluralismus überhaupt erträglich. Für den Rechtsuchenden, der wissen möchte, wie sein Fall entschieden wird, genügt es, wenn er die Ergebnisse kennt, zu denen die Rechtsprechung gelangt ist; der methodische Weg, der zu ihnen geführt hat, ist ihm verhältnismäßig gleichgültig. Hat das Bundesgericht einmal entschieden, daß die Tradition beweglicher Sachen kausal ist und daß man ohne causa nicht Eigentümer an übertragenen Sachen wird, so wird, je länger diese Praxis gedauert hat, die Methode, die zu dem Ergebnis führte, desto unwesentlicher. Bei allen offenen Rechtsfragen beobachten wir dasselbe. *Präjudiziell wirksam werden die Ergebnisse, nicht die oft nicht einmal vorhandenen methodischen Überlegungen, die der Begründung dienen.* Die Ergebnisse werden als dogmatische Lehrsätze formuliert und können als solche auf spätere Fälle angewendet werden. So bezieht sich beispielsweise die präjudizielle Wirkung von BGE 96 IV 16 auf den als Auslegungsergebnis festgehaltenen Satz, Waffe im Sinne von Art. 123 Ziff. 1 Abs. 2 StGB sei jeder Gegenstand, der nach seiner Bestimmung zu Angriff oder Verteidigung diene, also auch der Gummiknüppel eines Polizisten. Der Fall bildet übrigens ein schönes Beispiel für die Auswahl der Methode vom erwünschten Ergebnis her. Der Entscheid wird mit dem Hinweis auf «Wortlaut und Systematik des Gesetzes» (S. 19) begründet, und die teleologische Argumentation des Beschwerdeführers, Waffen könnten nur solche Gegenstände sein, die geeignet seien, erhebliche Verletzungen herbeizuführen, wird ausdrücklich zurückgewiesen. Unbegründet bleibt, warum hier die sonst auch vom Kassationshof als vorrangig bezeichnete teleologische Auslegung vor «Wortlaut und Systematik» zurücktreten sollte. Die den Entscheid wahrscheinlich wirklich motivierende Überlegung des Bundesgerichts ist zwar ebenfalls

«teleologisch», bezieht sich aber auf Zwecke, die in Art. 123 Ziff. 1 Abs. 2 StGB nicht zum Ausdruck kommen, sondern vom Bundesgericht in «rechtspolitischer» Absicht gesetzt werden: «Die Polizei besitzt keinen Freibrief zum Gebrauch des Gummiknüppels. Andererseits wird ein Polizist, der in Erfüllung seiner Pflicht aus zureichenden Gründen zur Waffe greift, auch beim Strafrichter Schutz und bei unbedeutenden Überschreitungen Verständnis finden (BGE 94 IV 7f.). Ein Schläger aber, der unbeteiligte, sich in keiner Weise zur Wehr setzende Personen mit dem Gummiknüppel traktiert und verletzt, verdient weder Verständnis noch Schutz. Gegen solches Tun ist im wohlverstandenen Interesse der Polizei selbst von Amtes wegen strafrechtlich einzuschreiten.» (S. 20)

Der Fall ist methodisch auch deshalb besonders interessant, weil das Ergebnis sowohl vom «eindeutigen» Wortlaut (im Sprachgebrauch herrscht Einigkeit darüber, daß ein Gummiknüppel eine Waffe ist) als auch von der rechtspolitischen Argumentation gedeckt wird, nicht aber mit Sicherheit auch vom Zweck der Vorschrift. Der Konsens über den Wortsinn reicht weiter als der Konsens über den Normzweck. Zwar liegt es am nächsten, den Zweck der Vorschrift darin zu sehen, daß bei der Verwendung von Mitteln, die die Gefahr schwerer Körperverletzungen in sich tragen, die Strafverfolgung von Amtes wegen eintreten solle; doch wäre es nicht unhaltbar, eine erweiterte Zwecksetzung anzunehmen, etwa die verstärkte präventive Bekämpfung bewaffneter und daher besonders aggressiver Auseinandersetzungen, die stets die Gefahr einer Eskalation in sich tragen.

Den Kritikern des in der Praxis unleugbar vorhandenen Methodenpluralismus ist allerdings zuzugeben, daß bei allen denjenigen Rechtsanwendungsproblemen, für die keine Präjudizien bestehen, die von der Praxis beanspruchte Möglichkeit, zwischen verschiedenen Methoden, die unter Umständen zu entgegengesetzten Ergebnissen führen, frei und beliebig zu wählen, größte Rechtsunsicherheit hervorruft. Daher ist ein berechtigtes Bedürfnis nach *«Methodenmonismus»* oder nach einer *Hierarchie der methodischen Prinzipien* nicht von der Hand zu weisen. Diese letztere ist von den schweizerischen Autoren wohl mehrheitlich auch postuliert worden, am konsequentesten von GERMANN[37]. Grammatikalische,

systematische und historische Argumentationen sollten immer nur dienende Funktion haben für die Ermittlung der stets vorrangigen ratio legis. Die Rechtsprechung, besonders die strafrechtliche, ist diesen Überlegungen zwar grundsätzlich, aber doch nicht ausnahmslos gefolgt[38].

IV. Wechselseitige Beeinflussung von Rechtssetzung und Rechtsanwendung – Vorrang und Grenzen der Rechtssetzung durch den Gesetzgeber

Die in der heutigen Lehre wieder vorhandenen Tendenzen, die die Unterschiede zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung einebnen wollen, werden scheinbar durch die Tatsache gestützt, daß es der Gesetzgebung stets unbenommen bleibt, Auslegungen, Lükkenausfüllungen usw., also *Konkretisierungen von Normen durch entsprechende Ergänzung der Gesetze,* selber vorzunehmen, somit im Ergebnis dasselbe zu tun wie die Rechtsanwendung. Der Gesetzgeber kann einem im Gesetz verwendeten Ausdruck eine Legaldefinition beigeben, er kann weite oder unbestimmte Begriffe kasuistisch auffüllen und konturieren, und er kann selbstverständlich auch *Lücken im Gesetz durch Neusetzung von Normen beseitigen.* Wie bereits hervorgehoben, wird das ganze Problem der Interpretation und der Rechtsfindung allgemein überhaupt erst in seiner gesamten Relevanz gesehen, wenn man dieselben Fragen, mit denen sich die Rechtsanwendung befaßt, auch der Gesetzgebung stellt. Welche Probleme soll der Gesetzgeber selbst lösen und welche kann er der Rechtsanwendung zur Lösung überlassen? Daß hier die verschiedensten Antworten möglich sind und auch tatsächlich gegeben werden, zeigt schon ein oberflächlicher Vergleich von Gesetzen verschiedener Zeiten und Orte. Das schweizerische Strafgesetzbuch enthält eine Legaldefinition der Urkunde[39], die im

[37] GERMANN, Methoden der Rechtsfindung, ZStR 1963, S. 365ff.

[38] Für Vorrang der ratio legis beispielsweise: BGE 87 IV 118, 88 IV 93, 89 IV 118ff., 98 IV 201; für Vorrang des Wortlautes: BGE 71 IV 155, 72 IV 137; für Vorrang von «Wortlaut und Systematik»: BGE 96 IV 19.

[39] Art. 110 Ziff. 5 StGB.

wesentlichen dem entspricht, was die deutsche Rechtsprechung ohne die entsprechende gesetzliche Anleitung selbständig entwickelt hat[40]. Der Gesetzgeber übernimmt immer wieder Ergebnisse der Rechtsprechung; oft greift er aber auch ein, um solche zu korrigieren. So befaßt sich die zur Zeit tätige Expertenkommission zur Vorbereitung der Revision des Besonderen Teils des schweizerischen Strafgesetzbuches vor allem auch mit der Frage, ob und wo die Ergebnisse der Rechtsprechung unbefriedigend sind und vom Gesetzgeber korrigiert werden sollten. Gesetzgebungsmethodisch ist dieses Vorgehen sicher richtig und erwünscht. Es entspricht der *obersten Kontrollfunktion und Legitimation des Gesetzgebers,* daß er sich mindestens hin und wieder überlegt, ob er mit dem, was die Rechtsanwendungspraxis produziert hat, einverstanden sein kann. Vermehrte *Institutionalisierung der Rückmeldung von Schwierigkeiten und Mißerfolgen bei der Rechtsanwendung* bildet allgemein ein wichtiges Postulat der Gesetzgebungslehre.

Gesetzgeber und Richter bzw. Verwaltungsbehörde können sich also in ihrer Tätigkeit gegenseitig vertreten. Aber der Gesetzgeber umschreibt die Vollmachten. Es gibt keine Grenzen, die er nicht überschreiten *kann,* wohl aber Grenzen, die er einhalten *sollte.* Diesen Grenzen liegen dieselben rechtsstaatlichen Wertvorstellungen zugrunde wie den Grenzen der Kompetenzen der Rechtsanwendungsorgane. Der Bürger muß sich auf das einmal gesetzte Recht verlassen können, und das bedeutet für die Gesetzgebung ein *Verbot der Rückwirkung belastender Gesetze* sowie ein *Verbot der Einzelfallentscheidung,* soweit diese zugleich einen Übergriff in die Kompetenz der Rechtsanwendungsinstanz darstellt. Für die rechtsanwendenden Instanzen wiederum ergibt sich aus derselben Forderung nach der Verläßlichkeit einmal gesetzten Rechts die Bindung an das Gesetz. Ob der Richter oder ob der Gesetzgeber selbst von seinem eigenen Programm abweicht, in beiden Fällen wird der Bürger von nicht voraussehbaren Rechtsfolgen überrascht; er steht nicht mehr unter dem Recht, sondern unter willkürlich ausgeübter Macht.

[40] A. SCHÖNKE/H. SCHRÖDER, Strafgesetzbuch, Kommentar, 16. Aufl., München 1972, § 267, N. 2ff.

V. Die Rechtsschutzinteressen, die den Inhalt der «Rechtsicherheit» bestimmen, und ihr Einfluß auf die Grenzen zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung sowie auf die Gesetzgebungstechnik

Es gibt der Rechtsordnung gegenüber bestimmte Erwartungen, zugleich elementare Interessen des Bürgers und Normadressaten, die nur die Gesetzgebung, nicht auch die Rechtsanwendung optimal befriedigen kann. Ich habe diese Interessen, nach denen sich die Gesetzgebungstechnik ausrichten muß, als Prävisionsinteresse, Gleichbehandlungsinteresse und Legitimationsinteresse bezeichnet[41]. Das *Prävisionsinteresse* überwiegt in allen denjenigen normierten Verhältnissen, in denen der einzelne sein Verhalten nach der gesetzlichen Norm ausrichten muß, um nachteilige Sanktionen zu vermeiden oder Rechtspositionen zu wahren. In diesen Bereichen sollte der Gesetzgeber selbst möglichst genau die Voraussetzungen der Rechtsfolgen statuieren. Im Strafrecht gehören dazu die Grenzen der Strafbarkeit. Hinsichtlich der Höhe einer zu verhängenden Strafe besteht dagegen weder dasselbe Interesse an der genauen Voraussehbarkeit noch die Möglichkeit einer exakten Quantifizierung; keiner der anerkannten Strafzumessungsgründe enthält quantifizierbare Größen. Geringer als bei *präventiven Verhaltensnormen* ist das Prävisionsinteresse allgemein bei *Reparationsnormen,* die nicht die Funktion haben, das Verhalten zu steuern, sondern die Folgen normwidrigen Verhaltens zu regeln oder auszugleichen. So erstaunt es nicht und ist auch nicht zu beanstanden, daß nicht nur bei der Strafzumessung, sondern auch bei der Zumessung von Schadenersatz Ermessensbegriffe, die einen individualisierenden Ausgleich ermöglichen sollen, eine große Rolle spielen. Besonders illustrativ ist das von MEIER-HAYOZ angeführte Beispiel der Regelung der Gründe für die einseitige Auflösung des Verlöbnisses nach Art. 92 ZGB[42]. Das Gesetz spricht lediglich von «wichtigen Gründen». Eine allgemeine Definition wichtiger Gründe läßt sich natürlich auch nicht auf dem Wege richterlicher Rechtsfindung aufstellen. Daß dennoch die Personen, die sich verlobt haben, nicht unter unerträglicher Rechtsunsicher-

[41] Gesetzgebungslehre, S. 192ff.

[42] MEIER-HAYOZ, Lücken intra legem (oben Anm. 35), S. 155f.

heit leiden, erklärt sich daraus, daß die Normen über die Auflösung des Verlöbnisses und über etwaige Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche reine Reparationsfunktion haben. Niemand läßt sich wegen der Bestimmungen über Verlöbnisbruch und dessen Folgen zu einem Verlöbnis oder Verlöbnisbruch motivieren oder davon abhalten.

Das Prävisionsinteresse verlangt nach möglichst bestimmten gesetzlichen Normen und Begriffen, also nach solchen, über deren Bedeutung ein breiter Konsens herrscht. Überall da, wo das Prävisionsinteresse vorrangig ist, z. B. bei der Bestimmung der Grenzen der Strafbarkeit oder bei den Regeln des Straßenverkehrs, sollte der Gesetzgeber unbestimmte Begriffe tunlichst vermeiden, um so mehr, als auch die Rechtsanwendungspraxis die notwendige Präzisierung nicht immer nachholen kann. Ein Beispiel dafür bildet der unbestimmte Begriff der Unzüchtigkeit. Das Bundesgericht versuchte ihn präzisierend zu definieren als eine nicht leicht zu nehmende Überschreitung des geschlechtlichen Anstandes. Diese Definition ist jedoch nicht genauer als der gesetzliche Begriff, da über die außerrechtlichen Normen des geschlechtlichen Anstandes kein allgemeinerer Konsens herrscht als über den gesetzlichen Begriff der Unzucht. Auch die präjudizielle richterliche Kasuistik bringt zusätzliche Präzision nur in dem Maße, wie es sich um die genau gleichen Fälle handelt[43].

Insoweit kann Kasuistik der Präzisierung dienen. Im übrigen aber ist eine kasuistische Regelung nicht notwendigerweise genauer als eine generelle, jedenfalls dann nicht, wenn die allgemeinere Norm keine unbestimmteren Begriffe verwendet als die gesetzliche Kasuistik. Kasuistik dient demnach nur dann und insoweit dem Prävisionsinteresse, als sie an die Stelle eines unbestimmten generellen Begriffs tritt, so in allen enumerativen Definitionen, wenn beispielsweise der Begriff des jagdbaren Wildes durch eine Aufzählung der jagdbaren Tierarten kasuistisch aufgefüllt wird.

Eine andere Funktion hat die Kasuistik da, wo sie dem *Gleichbehandlungsinteresse* dient, indem sie gleichartige Fälle derselben

[43] z. B. wurde die sogenannte Feinmassage in BGE 98 IV 256 wie schon in BGE 71 IV 94 als unzüchtig erklärt.

Rechtsfolge zuführt. Statt beispielsweise im Strafrecht weite Strafrahmen zu ziehen, die es dem Richter ermöglichen, die Fälle nach ihrer verschiedenen Schwere verschieden zu behandeln, kann der Gesetzgeber im Gesetz selbst verschiedene Fallkategorien nach ihrer unterschiedlichen Schwere umschreiben und mit unterschiedlichen Strafdrohungen versehen. Die gesetzliche kasuistische Regelung, die dann an die Stelle der richterlichen Kasuistik tritt, ist sinnvoll, wenn die zu berücksichtigenden Unterschiede erheblich sind und die Unterscheidungskriterien im Gesetz so gewählt werden, daß sie die für die Wertung wesentlichen Unterschiede richtig bezeichnen. So enthalten alle Strafgesetzbücher qualifizierte und privilegierte Tatbestände der vorsätzlichen Tötung; denn es wäre mit dem Gleichbehandlungsinteresse unverträglich, die notwendige Differenzierung dem Richter zu überlassen mit einem Strafrahmen, der von einem Jahr Gefängnis (Art. 113 StGB) bis zu lebenslangem Zuchthaus (Art. 112 StGB) reichen würde. Nicht allen Gesetzgebern ist es aber gelungen, vor allem für den qualifizierten Fall, den Mord, die Kriterien zu finden, die die richtige Wertung enthalten. Das Kriterium des Vorbedachtes (préméditation) des französischen Gesetzes führt immer wieder dazu, daß Fälle, die nicht zu den schwersten gehören, dennoch der Höchststrafe zugeführt werden (z. B. Tötung mit Vorbedacht, aber aus Mitleid), und dasselbe gilt für einzelne Merkmale des kasuistisch gefaßten deutschen Mordtatbestandes, vor allem für die Heimtücke (z. B. Tötung eines Arg- und Wehrlosen, aber aus Verzweiflung). Dient die Kasuistik weder der Präzisierung (weil kein genauer genereller Begriff zur Verfügung steht) noch der unterschiedlichen Behandlung wertmäßig verschiedener Fälle, so ist sie überflüssig. Gesetze und gesetzliche Bestimmungen mit überflüssiger Kasuistik sind leider nicht allzu selten; sie sind es vor allem, die zur zunehmenden Unübersichtlichkeit der Rechtsordnung beitragen[44].

Auf dem *Legitimationsinteresse* schließlich beruhen das Legalitätsprinzip und das Prinzip des Vorranges des Gesetzes. Nur der Gesetzgeber soll grundlegende rechtliche Neuerungen von großer Tragweite schaffen können. Alles staatliche Handeln soll grund-

[44] Ausführlich darüber meine Gesetzgebungslehre, S. 264ff.

sätzlich vom Gesetzgeber normativ vorgezeichnet werden – und sei es auch nur durch eine Ermächtigung zu selbständigem Handeln anderer Instanzen –, weil nur der Gesetzgeber die unmittelbare demokratische Legitimation besitzt. Nach dem Legitimationsinteresse sind gesetzgeberische Entscheidungen in weiten Bereichen auch da erforderlich, wo Prävisionsinteresse und Gleichbehandlungsinteresse nicht in Frage stehen, weil es nicht um die Behandlung künftig sich ereignender Fälle nach generellen Normen geht, sondern um einmalige Anordnungen von großer Tragweite, z. B. um die Einrichtung neuer staatlicher Instanzen und deren Organisation oder um größere Bauwerke, z. B. Nationalstraßen, die dem Allgemeininteresse dienen oder dienen sollen. Aber auch im Bereich der generellen Normsetzung kann das Legitimationsinteresse eine ausdrückliche Entscheidung durch den Gesetzgeber gebieten. Nur er ist befugt, die Grundsätze der Rechtspolitik zu bestimmen. Darum dürfen Verordnungen der Exekutive nur aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung erlassen werden. Auch das Legalitätsprinzip des materiellen Strafrechts und des Verwaltungsrechts beruht auf dem Legitimationsprinzip. Die rechtsanwendenden Instanzen sind grundsätzlich nicht befugt, auf dem Wege freier Rechtsfindung neue Straftatbestände aufzustellen oder sonstige Eingriffe in die Rechte des Bürgers zu ermöglichen.

VI. Aufgaben der Rechtssetzung im Blick auf die Probleme der Rechtsanwendung

Die Methodenprobleme der Rechtsanwendung sind immer zugleich Probleme der Rechtssetzung, und es zeigt sich, daß eine Gesetzgebung, die sich dieser Probleme bewußt ist, sie an Zahl und Schwierigkeit erheblich verringern kann. Den bekannten KIRCHMANNschen Federstrich des Gesetzgebers hat es tatsächlich immer wieder gegeben. Ein neuestes Beispiel bildet die Beseitigung der unglücklichen Kasuistik des schweren Diebstahls nach der früheren Fassung von § 243 des deutschen Strafgesetzbuches[45],

[45] Die alte Bestimmung wurde geändert durch das Erste Strafrechtsreformgesetz vom 24. Juni 1969.

die immerhin hundert Jahre lang Lehre und Praxis ausgiebig beschäftigt und Prüfungskandidaten gequält hat. Ohne zum illusorischen Postulat des Gesetzespositivismus nach Lückenlosigkeit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung zurückzukehren, kann man versuchen, zu *gesetzgeberischen Regeln* zu gelangen, die *Schwierigkeiten für die Rechtsanwendung vermeiden* helfen oder in Grenzen halten. Solche Regeln können sich aus den oben dargestellten Grundsätzen ergeben, wenn sie auf die jeweils vorliegende Gesetzesmaterie konkretisiert werden. Das heißt, der Gesetzesredaktor wird sich bei jeder konkreten Problemlösung überlegen müssen, ob und inwiefern z. B. generelle oder kasuistische Normen, bestimmte oder (um individualisierender Verschiedenbehandlung durch die Rechtsanwendung willen) unbestimmte Begriffe der Erreichung des Gesetzeszweckes besser dienen. Dabei muß das *Verständnis des Gesetzesadressaten und der Rechtsanwendungsbehörden* mitberücksichtigt werden. Schon EUGEN HUBER hatte zutreffend hervorgehoben, daß die Gesetzgebungstechnik sich sowohl nach dem Verständnis und der Mentalität des Adressaten (Berechtigten, Verpflichteten oder Betroffenen) als auch des Rechtsanwenders ausrichten muß[46]. Das Zivilgesetzbuch, das grundsätzlich die Verhältnisse von jedermann regelt, muß mit anschaulichen Begriffen operieren und soweit wie möglich Vereinfachung durch Generalisierung anstreben. Bei einem Atomgesetz wäre dies schon von der Materie her unmöglich. Der wohlberatene Gesetzgeber wird ebenso auf die Zusammensetzung, Ausbildung und Mentalität des Rechtsstabes Rücksicht nehmen, z. B. darauf, ob Berufsrichter oder Laienrichter erstinstanzlich urteilen. Was für einen Richter selbstverständlich ist, braucht es nicht für einen Polizisten oder Zollbeamten zu sein. Damit erklärt und rechtfertigt sich auch die fast allgemein feststellbare größere Ausführlichkeit von Gesetzen und Verordnungen, die von einfachen Verwaltungsbeamten angewendet werden, gegenüber solchen, die die Gerichte anwenden. Die Verordnungskompetenz der Exekutive, die primär dem hierarchischen Durchgriff und damit der allgemeinen Gleichbehandlung dient, enthält sekundär zugleich die Möglichkeit der

[46] EUGEN HUBER, Schweizerisches Civilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf I, Bern 1901, S. 12.

Instruktion und Ausbildung des Beamtenstabes in der Rechtsanwendungstechnik. Diese Möglichkeit bleibt im Bereich der Rechtsprechung wegen des damit kollidierenden, vorrangigen Prinzipes der richterlichen Unabhängigkeit verschlossen. Für den Rechtsuchenden werden damit allerdings unter Umständen auch einige Nachteile in Kauf genommen, die sich etwa dann realisieren, wenn eine untere Instanz beharrlich von der feststehenden höchstrichterlichen Praxis abweicht, mit der Folge, daß alle von der betreffenden Rechtsfrage Betroffenen jeweils den unter Umständen kostspieligen Gang durch sämtliche Instanzen antreten müssen. Paradox ist bei solchen freilich ziemlich seltenen Situationen, daß derjenige, zu dessen Gunsten die untere Instanz in Abweichung von der Rechtsprechung der höheren Instanz entscheidet, am Schluß der Benachteiligte ist: er verliert den Prozeß erst, nachdem sein Fall durch alle Instanzen gezogen worden ist, und er hat den entsprechenden Aufwand an Zeit und Kosten zu tragen. Im Zivilprozeß kann er sich wenigstens dazu entschließen, die Sache schon vor der unteren Instanz aufzugeben und sich mit der Gegenpartei entsprechend zu einigen; in Strafsachen ist ihm aber auch diese Möglichkeit verschlossen. Man könnte sich daher überlegen, ob in solchen Fällen nicht gerechterweise ein Teil der Prozeßkosten auf die Staatskasse genommen werden sollte.

Die *Unabhängigkeit der Gerichte* auf allen Instanzenebenen bleibt dennoch ein unverzichtbares Prinzip des Rechtsstaats. Es neu zu reflektieren im Blick auf die Rechtswirklichkeit, darf nie zur Forderung nach seiner Abschaffung, wohl aber zur Suche nach Möglichkeiten des Ausgleichs seiner negativen Auswirkungen führen.

Auch die Freiheit und Unabhängigkeit der Gerichte muß der Freiheit des Bürgers dienen. Die Fälle, in denen untere, aber auch höhere und höchste Instanzen gesetzwidrig entscheiden, wenn auch unbewußt, sind nicht allzu selten. Sie bleiben unentdeckt, wenn weder der Betroffene noch sein Anwalt es merken. Wir dürfen uns nicht der Illusion hingeben, daß die wissenschaftliche Lehre, vor allem die abstrakte und hohe Ansprüche stellende Methodenlehre, die Praxis auf allen Ebenen ungebrochen beeinflußt. Bescheidenheit in der Betrachtung der Wirkungsbreite der eigenen wissenschaftlichen Tätigkeit bleibt immer angebracht.