

DAS WESEN DES GESETZES (*)

Prof. Dr. Hermann EICHLER

I

1. Wenn wir vom Standpunkt heutiger Betrachtung das Wesen des Gesetzes ergründen wollen, sollten wir davon ausgehen, dass in den letzten Jahrzehnten die Zahl der erlassenen Gesetze gegenüber der früheren Zeit beträchtlich, und zwar besorgniserregend, zugenommen hat. War das Gesetz einst eine seltene Erscheinung, so ist es heute derart häufig, dass es eine Alltags-, man kann sogar sagen, eine Massenerscheinung geworden ist, entsprechend dem Zuge unseres Zeitalters. Diese Entwicklung, die oft genug geschildert und beklagt worden ist, hat zur Folge gehabt, dass die Gesamtheit der Gesetze nicht mehr übersehbar ist, dass auch nicht mehr einwandfrei feststellbar ist, welche von den früheren Gesetzen, mögen sie auch noch formell gelten, sachlich von späteren Gesetzen überholt sind. So nimmt es nicht wunder, dass Kommissionen eingesetzt werden, die das gesamte Material daraufhin untersuchen, welche Vorschriften in Zukunft als noch in Geltung befindlich anzusehen sind, eine merkwürdige Untersuchung, weil man meinen möchte, es dürfe hierüber kein Zweifel bestehen, insbesondere nicht unter denen, die zur Anwendung des Gesetzes berufen sind.

(*) Dieser Artikel stellt die Wiedergabe eines Vortrages dar, den Herr Dr. Hermann Eichler, Professor an der Hochschule für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften in Nürnberg, am 18. 4. 1958 in der juristischen Fakultät der Universität Istanbul vor einem grösseren Hörerkreis gehalten hat. Das Redaktionskomitee möchte nicht verfehlen, Herrn Prof. Eichler für seine Einwilligung zur Veröffentlichung dieses Vortrages, der grossen Anklang gefunden hat, an dieser Stelle nochmals herzlich zu danken.

In erster Linie ist von der Hochflut der Gesetze die Rechtsprechung betroffen. Der Richter ist nach der Verfassung dem Gesetz unterworfen. Das bedeutet aber, dass er der ganzen Masse von Gesetzen unterworfen ist, die die betreffende Materie regeln und immer wieder aufs neue regeln.

Einzelne Materien sind von dieser Hochflut besonders heimgesucht, wie z. B. das Sozialversicherungsrecht, das Versorgungsrecht, überhaupt das Verwaltungsrecht. Aber auch das Privatrecht vereinigt im Laufe der Zeit eine Vielfalt von Gesetzen, besonders das Arbeits- und Wirtschaftsrecht. Lediglich das Strafrecht ist, was den Bestand von Gesetzen angeht, verhältnismässig konstant geblieben.

Gesetzesanwendung läuft unter diesem Aspekt auf eine Auseinandersetzung mit einer den Einzelstreit erdrückenden Vielfalt von ineinandergreifenden zum Teil divergierenden Gesetzen hinaus, eine Aufgabe, der sich der Richter nicht entziehen darf. Die andere, höhere Aufgabe zielt auf die *Rechtsfindung* ab. Soll sie sachgerecht erfüllt werden, darf der Weg, der zu jenem höheren Ziel führt, nicht von der Masse der Gesetze versperrt werden.

Die Verwaltung leidet gleichfalls unter dieser Hochflut. Das Gebot der *Gesetzmassigkeit der Verwaltung* bringt den einzelnen Verwaltungsakt in rechtliche Abhängigkeit vom Gesetz, und zwar von allen Gesetzen, die auf dem betreffenden Gebiet, z. B. im Gewerberecht, noch in Geltung sind. Der Konflikt, in dem sich die Verwaltungsbehörden befinden, liegt auf der Hand.

Nicht zuletzt leidet der einzelne, an den sich das Gesetz wendet, der Gesetzesunterworfene, wie man ihn mitunter genannt hat, unter dieser massenhaften Entwicklung. Soweit die Vorschriften Verhaltensmassregeln enthalten, was allerdings nicht für alle Bestimmungen zutrifft, ist ein häufiger, womöglich kurzfristiger Wechsel von Gesetzen und gar ihre inhaltliche Überschneidung, überhaupt die Methode, bald hier bald dort, heut oder morgen eine gesetzliche Regelung zu treffen, geeignet, im einzelnen Unsicherheit und sogar eine gewisse Achtungslosigkeit gegenüber dem Gesetz zu erzeugen.

Auf die Gesamtheit und Rechtsgemeinschaft bezogen, erleidet

damit schliesslich das Bewusstsein der *Rechtssicherheit* Einbusse. Es schwindet zugleich das "Rechtsvertrauen", d. h. das Vertrauen zum Recht, und zwar zur höchsten rechtlichen Gebarung des Staates, der Gesetzgebung und damit das Vertrauen in die Gerechtigkeit überhaupt, die zu verwirklichen die höchste Verpflichtung eines Gemeinwesens ist.

Die geschilderten Erscheinungen treten innerhalb der einen Rechtsordnung mehr, innerhalb der anderen weniger auf, in ganzen gesehen handelt es sich um ein gesamteuropäisches Phaenomen.

2. Fragen wir uns nun, worauf die Hypertrophie der Gesetzgebung beruht!

Es sind verschiedenartige Ursachen, die zusammenwirken.

Geistig vorbereitet ist die Entwicklung durch den Rechtspositivismus des 19. und 20. Jahrhunderts. Hierauf gründet sich der Gesetzesabsolutismus, der die gesamte Rechtsordnung als ein in sich geschlossenes Normensystem begreift und selbst die Gesetzeslücke noch durch eine entsprechende Anlehnung an andere Normen schliesst. Nach dieser Grundkonzeption sind alle denkbaren Sachverhalte des Daseins durch Normen gedeckt oder doch abdeckbar. Je mehr der zu reglementierende Stoff anschwillt, man denke hierbei z. B. an die Planung zwangswirtschaftlicher Eingriffe, umso mehr schwillt das Gesetzesvolumen an.

Die weitere Frage lautet, worauf es zurückzuführen ist, dass jener Stoff in zunehmendem Masse wächst. Oder anders ausgedrückt: welche Kräfte sind es, die in solchem Umfang gesetzeseinitiativ wirken und welche Zwecke sind es, die sie anstreben? Damit stellt sich zugleich die Frage, wer ist der grosse Gesetzesinitiator unserer Zeit?

Zweifellos ist es in erster Linie der Staat selbst, der eine überaus rege Gesetzgebungsinitiative auf allen Gebieten entfaltet, die seiner Herrschaftsgewalt oder Daseinsvorsorge unterliegen. Da der staatliche Macht- und Einflussbereich erheblich angewachsen ist, so besonders in wirtschaftlichen und sozialen Bereichen, wächst auch insoweit der Drang zur Reglementierung aller in Betracht kommenden Lebensverhältnisse. Dies darf aber nicht so aufgefasst werden,

als ob der Staat dank seiner hoheitlichen Stellung selbst der Schöpfer des Rechtes sei, wie mitunter angenommen worden ist, es sind vielmehr nur die staatlichen Organe zugleich die gesetzgebenden Organe.

Auf der anderen Seite hat sich die "Bereitschaft" der Gesellschaft "zum Gesetz" in gleicher Weise gesteigert. Die hochindustrialisierte Gesellschaft unseres Zeitalters strebt in höchstmöglichem Masse eine gesetzliche Sanktionierung ihrer wirtschaftlichen Zielsetzungen und sozialen Daseinsgestaltung an. Hierbei treten Gruppen und Parteien gegeneinander auf, so dass der Widerstreit der beteiligten Interessen auf der Ebene der Gesetzgebung ausgetragen wird. Ein solches Ringen ist an sich betrachtet, als Kampf um das Gesetz gesehen, vom demokratischen Standpunkt durchaus verständlich. Dahinter steht nun aber eine Anschauungsweise, die vom Wesen des Gesetzes her gesehen, zu Besorgnis Anlass gibt.

Der Ruf nach dem Gesetz wird durch ein Streben nach *Sicherheit* im weitesten Sinne motiviert, nach einer Sicherung so mannigfacher, detaillierter und widerstreitender Interessen, dass der Gesetzgeber überfordert erscheint. Das Gesetz ist zum Sicherheitsmittel in allen Lebenslagen geworden, der Gesetzgeber erscheint - übertrieben ausgedrückt - wie der grosse Versicherer des ganzen Lebensrisikos. Hierbei waltet die Vorstellung eines *Perfektionismus* ob, wie wenn mit dem Mittel des Gesetzes alle Gruppeninteressen verwirklicht werden könnten.

Der Normativismus, der die Vertragspraxis des Wirtschafts- und Soziallebens beherrscht, zu erinnern ist an die Ausbreitung allgemeiner Geschäftsbedingungen und Tarifverträge, ist von der rechtsgeschäftlichen Sphaere auf die Gesetzgebung übersprungen.

Das Gesetz ist vielfach herabgezogen auf das Niveau der Reglementierung, Regulierung des Managements und Arrangements. Mit Recht hat man aus diesen Gründen von einer "Not" der Gesetzgebung gesprochen.

II.

1. Den geschilderten Tendenzen entgegenzuwirken, ist eine

Aufgabe, die sich vom Wesen des Gesetzes her stellt. Die Wesenheit der Rechtsnorm lässt sich freilich nicht begrifflich erläutern. Nur die charakteristischen Züge lassen sich andeuten. Gemeinhin werden die Allgemeinverbindlichkeit und zwangsweise Durchsetzbarkeit als ein besonderes Merkmal der Rechtsnorm gegenüber anderen Normen hervorgehoben. Hierin kommt der Vorrang des Gesetzes vor Normierungen anderer Art zum Ausdruck. Letzten Endes gründet sich die Vorstellung von der Superiorität des Gesetzes auf seine Herkunft und Entstehung. Es ist die Vorstellung der gesetzgebenden Gewalt, der höchsten Macht, des obersten Organs des Staates, wovon das Gesetz seinen Ausgang nimmt; darüber hinaus der Gedanke, dass das Gesetz berufen ist, den Gemeinwillen zu repräsentieren. Nach antiker, insbesondere griechischer und römischer Auffassung ist das Gesetz sogar göttlichen Ursprunges - eine Anschauung, die noch im Sachsenspiegel wiederkehrt.

In alledem offenbart sich eine Wertung des Gesetzes, die es rechtfertigt, die "dignitas legis" zum Ansatz einer Wesensbetrachtung zu machen. Wir verstehen darunter die dem Gesetz innewohnende *Würde* - ein Wert, der durch die Existenz des Gesetzes an sich, mit ihm selbst also, gegeben ist, so dass er nicht durch Umschreibungen erklärt zu werden vermag. Getragen wird die Gesetzeswürde von der Tradition und Funktion, von Vermächtnis und Aufgabe.

2. a) Die innere Würde verleiht dem Gesetz ein Niveau, das näher zu bestimmen ist. Es zeigt sich hauptsächlich in der Eignung des Gesetzes für einen Stoff oder deutlicher negativ ausgedrückt: in der Ungeeignetheit einer Materie für ein Gesetz. Würde und Beruf des Gesetzes bedingen sich hiernach. Soll seine Würde gewahrt bleiben, muss der Erlass der Rechtsnorm vor allem indiziert, angemessen und notwendig sein.

b) Unter *Indikation* der Gesetzgebung verstehen wir hier, dass die Gebung des Gesetzes unter Berücksichtigung aller Umstände überhaupt angezeigt ist. Eine Operation mag aus diesem oder jenem Grunde wünschenswert sein, ob sie nach Lage der Dinge indiziert ist, das ist eine andere Frage.

Ein Gesetz ist z. B. nicht angezeigt, wenn der Stoff, um dessen Regelung es geht, noch nicht zur legislativen Reife gelangt ist. Ebenso, wenn die geplante Regelung aller Voraussicht nach durch den Gang der Geschehnisse demnächst überholt oder in *praxi* überhaupt nicht durchführbar sein wird.

c) Die *Angemessenheit* der Gesetzgebung bedeutet, dass das Gesetz das angemessene Mittel zum angestrebten Zweck ist. Die Materie wird hierbei in ein inneres Verhältnis zum vorgegebenen Niveau der Norm gesetzt.

Nicht darum geht es, ob das Sachgebiet zur Kompetenz des Gesetzgebers gehört, sondern darum, ob die konkrete Regelung niveaugerecht ist. Hierfür ist naturgemäss ihr inneres Gewicht massgebend. Es kommt darauf an, ob sie sich dazu eignet, unter die Sanktion, unter den Befehl des Gesetzes zu treten.

Von diesem Standpunkt mag es z. B. zweifelhaft sein, ob das Gesetz dazu berufen ist, alle Einzelheiten der Verkehrsregelung zu normieren und beispielsweise den ständigen Wandel der Geschwindigkeitsbegrenzungen zu legitimieren. Oder ob es dem Gesetz angemessen ist, die von Jahr zu Jahr schwankenden Grundsätze der Steuerveranlagung zu regeln.

d) Was schliesslich die *Notwendigkeit* des Gesetzes angeht, so ist dem Worte zu entnehmen, dass der Rechtssetzungsakt eine Gesetzesnot zu *wenden* berufen ist. Gemeint ist die Unausweichlichkeit des Gesetzes in concreto. Hiervon kann keine Rede sein, wenn der Akt des Parlamentes in Wahrheit mehr administrativen als legislatorischen Charakters ist. Hiermit sind wir unter dem Gesichtspunkt der Wesenheit des Gesetzes bei der allgemeinen Problematik angekommen, die sich aus dem Verhältnis der gesetzgebenden Gewalt zur Exekutive ergibt. Es mag in diesem Zusammenhang erneut darauf hingewiesen werden, dass die gesetzgebenden Organe durch fortlaufende Aenderung der Gesetzgebung die Verwaltung zu leiten in der Lage sind. Deshalb ist es auch berechtigt, die Parlamente unserer Zeit unter diesem Blickpunkt der Gesetzeshyperthrophie als die "eigentlichen Leiter" der Verwaltung anzusehen. Indes haben wir hierbei nicht die Abgrenzung der staatlichen Gewalten im Auge, sondern das Wesen des Gesetzes im Wi-

derstreit zwischen "Norm und Massnahme". Ob freilich die Gesetze in Rechtsnormgesetze und Massnahmegesetze eingeteilt werden können und nach welchen Merkmalen gegebenenfalls eine solche Unterscheidung vorzunehmen ist, bleibt eine weitere, hier nicht zu beantwortende Frage. Der Wesensbetrachtung unseres Phänomens genügt die Feststellung, dass die Massnahme- oder Einzelfallgesetzgebung vom Standpunkt der Notwendigkeitsprüfung her gesehen, die wir hier gerade vornehmen, Bedenken ausgesetzt ist. Denn, wenn es zu den Kriterien des sogenannten Massnahmegesetzes gehört, dass mit ihm die Legislative in den Vollzug übergreift, erhebt sich von Fall zu Fall der Zweifel, ob der Gesetzgeber von seiner eigentlichen Aufgabe betrachtet mit dem Massnahmegesetz noch etwas Notwendiges tut.

III.

1. Regelungen, die in das Einzelne gehen, tendieren zu kurzfristiger Geltung, weil die in concreto gegebene Sachlage, die den Gegenstand des Gesetzes bildet, zeitlich begrenzt zu sein pflegt oder Änderungen unterworfen ist, die ein erneutes Eingreifen des Gesetzgebers erfordern. Wir rühren damit die Problematik des Zeitgesetzes, des temporär beschraenkten Gesetzes an.

Die Geltungsdauer kann von vornherein im Gesetz durch Angabe eines Endtermins limitiert sein. Die Kurzfristigkeit der Gesetzsexistenz liegt unter Umständen in der Natur der Sache, wenn die Normierung etwa die Veranstaltung einer Messe oder ein bestimmtes Getreidewirtschaftsjahr betrifft. Die zeitliche Begrenzung braucht sich aber nicht a priori zu manifestieren, sondern tritt mitunter erst im späteren Wandel der Geschehnisse hervor, so dass das Gesetz nunmehr der konkreten Situation nicht mehr gerecht wird, so z. B. wenn sich die Erwartung des Gesetzgebers nicht erfüllt.

Freilich ist solchen Wandlungen jedes Gesetz ausgeliefert, auch eine Kodifikation des bürgerlichen Rechts, die auf lange Sicht angelegt ist, wenngleich sie in viel geringerem Grade als das Einzelfallgesetz, das von vornherein interimistische Züge trägt, anfällig ist.

2. Mag auch das Verfassungsrecht keine Handhabe bieten, so lässt sich doch das Zeitmoment von einer Wesensbetrachtung des Gesetzes aufgreifen. Man hat nämlich gesagt, dass die Stabilität das massgebende Charakteristikum des Gesetzes sei, allerdings mit der Einschränkung, dass diese Stabilität den Nachteil der Erstarrung mit sich bringen könne, worin sich zugleich die Gefahr der Rückständigkeit des Gesetzes ankündige.

Die Forderung nach Stabilität des Gesetzes tritt von vornherein in einen natürlichen Gegensatz zu den Geboten der Anpassung des Gesetzesstoffes an die veränderten politischen, wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse. Das Gesetz steht somit im ständigen Spannungsverhältnis zwischen dem Erfordernis kontinuierlicher gleichbleibender Regelung und Aufrechterhaltung der Rechtssicherheit einerseits und dem Bewegungszustand, in dem sich der ständige Fluss der Dinge befindet, andererseits. Nach Goethe's Wort: "Es erben sich Gesetz und Recht wie eine ew'ge Krankheit fort" scheint das lähmende Beharrungsmoment zu überwiegen. Was die Menschen dazu treibt, unter den Druck einer Rechtsregel zu treten, hängt von der Zeitsituation, den politischen Machtverhältnissen und den wirtschaftlichen und sozialen Umständen, die einem ständigen Wandel unterworfen sind, ab. So hat jedes Gesetz seine eigene Entstehungsgeschichte, Aufgabe und Tendenz. Die Gesetze sind von Volk zu Volk verschieden. Sie müssen dem Volk, für das sie geschaffen sind, so genau angepasst sein, wie Montesquieu sagt, dass es nur zufällig geschehen könnte, dass sie auch einem anderen Volke entsprächen, ebenso der bestehenden oder der erst zu errichtenden Regierungsform (*à la nature et au principe du gouvernement qui est établi, ou qu'on veut établir*). Die Gesetze müssen weiter entsprechen *au physique du pays* (der Natur des Landes); "au climat glacé, brûlant ou tempéré; à la qualité du terrain, à sa situation, à sa grandeur; au genre de vie des peuples, laboureurs, chasseurs ou pasteurs: elles doivent se rapporter au degré de liberté que la constitution peut souffrir; à la religion des habitants, à leurs inclinations, à leurs richesses, à leur nombre, à leur commerce, à leurs mœurs, à leurs manières". Will man zum Ausdruck bringen, dass das Gesetz von allen diesen und vielen anderen Umständen dauernd abhängig ist und in Abhängigkeit zu halten ist, so kann

man von einer Adaptation des Gesetzes sprechen, worunter wir die adäquate Anpassung des Gesetzes an alle für seine derzeitige inhaltliche Gestaltung in Betracht kommenden Gegebenheiten begreifen. Vom Standpunkt des Postulates der Stabilität erweist sich jene kontinuierliche Anpassung als Labilität des Gesetzes. Jedoch ist die Antithese scheinbar, denn jene Stabilität laesst sich nur im Rahmen einer natürlichen Fortentwicklung des Rechts als Prinzip verfechten.

3. Das zeitliche Moment wird noch von einer anderen Seite der Gesetzgebung sichtbar. Der Normsetzer stellt zunächst eine Rahmenregelung auf und führt die allgemeine Reglementierung später zu einem noch ungewissen Zeitpunkt naeher aus oder durch bzw. überlässt dies hierzu ermaechtigten Stellen. In der Zwischenzeit besteht nicht nur Ungewissheit, ob und gegebenenfalls wann solche Ausführungsbestimmungen ergehen werden, sondern auch über die vermutliche Ausdehnung der Detaillierung. Wann ein solches im Flusse der Entwicklung befindliches Gesetzgebungswerk zum definitiven Abschluss gelangt, vermag niemand recht zu sagen, weil immer wieder infolge der unzureichenden Gesamtvorplanung die Notwendigkeit auftreten kann, neue Regelungen einzuflechten. Auf diese Weise kann es geschehen, dass ein Sachgebiet in fortlaufender gesetzgeberischer Behandlung steht.

Gewiss ist der Gesetzgeber nicht in der Lage, alle künftigen Entwicklungen vorzuschauen und entsprechende Vorkehrungen zu treffen, aber er darf auch nicht der Ausführungsverordnung vorbehalten, was im Grunde genommen ins Gesetz gehört. Denn das Verhältnis von Gesetz und Ausführungsvorschriften ist durch Erfahrungswerte festgelegt, die im Wesen des Gesetzes liegen.

Vielfach ist das Hauptgesetz nicht berufen, auch nicht in der Lage, alle Einzelheiten zu regeln, so z. B. wenn den Ausführungsbestimmungen die Berücksichtigung örtlicher Besonderheiten vorbehalten bleibt. Gesetzestechnisch gesehen ist daher die Ermächtigung der Exekutive in gewissem Umfang unvermeidbar. Aber die Delegation der Legislative an die Regierung oder Fachministerien bewirkt, dass die Durchführungsverordnungen, die später von den zuständigen Verwaltungsbehörden erlassen werden, nicht mehr von

dem lebendigen Gemeinwillen getragen werden. Je weiter die Methode der Ermächtigungsgesetzgebung um sich greift - sie hat derartige Ausmasse angenommen, dass von einer "motorisierten Gesetzgebung" gesprochen worden ist-, um so mehr wird die innere Verbindung des positiven Rechts mit dem allgemeinen Rechtsbewusstsein gelöst. Es gehört aber nach demokratischer Auffassung zum Wesen des Gesetzes, dass es durch den Willen des Volkes, den Gemeinwillen legitimiert wird.

IV.

1. Max Rümelin hat im Jahre 1924 ausgeführt (AcP 122, 311): "Die allgemeine Rechtsüberzeugung wird gesichert und gestärkt dadurch, dass ihre Grundlagen in dem Gesetz Ausdruck finden, und das ist namentlich dann von hohem Wert, wenn in Zeiten wie den unsrigen allerhand Kräfte am Werk sind, diese Überzeugung zu zersplittern und zu untergraben. Dabei ist die Fassung des Gesetzes gewiss nicht gleichgültig. Man wird zwar niemals darauf ausgehen können, in unseren verwickelten Verhältnissen das Gesetzbuch seinem ganzen Inhalt nach der breiten Masse des Volkes verständlich zu machen. Aber ein grosser Vorzug ist es, wenn der Gesetzgeber, wie dies bei dem Schweizer *Eugen Huber* der Fall war, es versteht, gerade die grundlegenden, das Ethos berührenden Leitgedanken so zu formulieren, dass das Volk sein eigenes Rechtsbewusstsein darin wiedergespiegelt findet. Auch im übrigen wird darauf zu achten sein und es kann erreicht werden, dass der Gesetzestext jeweils den mit den geregelten Gegenständen vertrauten Laien zugänglich bleibt, mag auch innerlich der Jurist noch erheblich mehr aus den Worten zu entnehmen vermögen."

Versuchen wir heut - nach einem Menschenalter - eine Vorstellung von der Zugänglichkeit des Gesetzes, von der Nähe der einzelnen zum Gesetze, zu erlangen, so zeigt sich, dass sich der Kreis der mit den geregelten Materien vertrauten Laien mit zunehmender Spezialisierung des Stoffes immer mehr verengt. Auf die Rechtsgemeinschaft als ganzes bezogen bedeutet dies, dass die Gesamtheit dem Gesetzgebungswerk als ganzem immer mehr entrückt wird, je mehr Sondermaterien in den Griff des Gesetzgebers gelangen. Die Folge ist, dass im allgemeinen der Abstand zum Gesetz grösser geworden ist.

Hinzu kommt, dass die Gesetze auf den einzelnen Lebensgebieten, etwa im Beamtenrecht, derart miteinander verknüpft sind, dass sie ohne Rückverweisung nicht weiterentwickelt werden können. Gesetzestechnisch besteht ein Unterschied, ob innerhalb ein und derselben Kodifikation, etwa des Handelsgesetzbuches, von einer auf die andere Bestimmung verwiesen wird, oder ob ein Gesetz auf ein vor Jahren erlassenes, und dieses wiederum auf ein noch früher ergangenes Bezug nimmt usw. Diese Art der Verschachtelung stört den Aufbau der Gesamtregelung, erschwert die Erkenntnis des Zusammenhanges und das Verständnis des Gesetzes überhaupt, das im übrigen noch durch andere Faktoren erschwert wird.

Hierher gehört vor allem die Prägung neuer Begriffe durch das Mittel des Gesetzes. Hierbei handelt es sich nicht um das Verhältnis von Abstraktion zur Konkretisierung, sondern um die gesetzliche Erweiterung der juristischen Nomenklatur, die sich allerdings in der Zwangslage sieht, mit der allgemeinen Begriffsbildung Schritt zu halten oder im Rückstand zu bleiben.

Die Gedanken, die um den Zugang zum Gesetz kreisen, sind bereits zum Gegenstand schöngeistiger Darstellung gemacht. In Franz Kafka's "Erzählungen" (S. 158) steht vor dem Gesetz ein Torhüter. Ein Mann vom Lande bittet "um Eintritt in das Gesetz", den der Hüter verweigert. Jener Mann sitzt viele Jahre vor dem Tore zum Gesetz, aber er bittet immer wieder vergeblich um Einlass. Schliesslich kommt er, innerlich gebrochen ob dieser frustralen Bemühung, an das Ende seiner Tage. Da fragt ihn der Torhüter, hinter dem noch mehrere Wächter den Zugang zum Gesetz versperren, "was willst du denn jetzt noch wissen?". "Alle streben doch nach dem Gesetz", sagt der Mann, "wieso kommt es, dass in den vielen Jahren niemand ausser mir Einlass verlangt hat". Darauf erwidert der Torhüter dem Sterbenden; "Hier konnte niemand sonst Einlass erhalten, denn dieser Eingang war nur für Dich bestimmt. Ich gehe jetzt und schliesse ihn".

2. Die Geltung des Gesetzes ist unabhängig vom Willen des einzelnen, aber das Gesetz gilt natürlich nicht nur um seiner selbst willen, sondern um der Ordnung des Daseins einer Rechtsgemein-

schaft willen. Das Verhalten ihrer Angehörigen wird durch die Regeln des Rechts mitbestimmt. Ausgenommen ist hiervon der gesetzefreie Teil des Rechtsverkehrs. Gerade insofern als das Gesetz Verhaltensmassregel, Richtschnur menschlichen Verhaltens ist, erfährt die Forderung nach Verstaendlichkeit des Gesetzes ihre innere Berechtigung. Das gilt vor allem für die gesetzliche Strafandrohung, die sich an bestimmte Verhaltensweisen knüpft. Strafrechtliche Tatbestände sind immer und überall kurz und knapp, eindeutig und klar, vor allem ohne Verweisungen gefasst worden.

Das Gesetz ist dem Menschen nicht nur gegeben, sondern gleichsam "aufgegeben", insofern nämlich, als er die Konsequenzen zu tragen hat für den Fall, dass er sich nicht danach richtet. Will er seine Handlungsweise der Rechtsnorm anpassen, so muss sie derart beschaffen sein, dass sie ihm ermöglicht, sein Tun und Lassen den verordneten Rechtsfolgen entsprechend einzurichten. Das Gesetz muss daher im Hinblick auf die Vorausberechenbarkeit menschlichen Verhaltens *verlässlich* sein. Das führt uns zu der Frage, wie das Gesetz auszulegen ist, z. B. wenn es Lücken aufweist oder mehrdeutig ist. Für die Auslegung gelten im Prinzip dieselben Grundsätze wie für die Interpretation rechtsgeschaeftlicher Erklärungen. Auszugehen ist vom Wortlaut des Gesetzes, wobei der wirkliche Wille des Gesetzgebers zu erforschen ist, vorausgesetzt, dass dieser Wille im Gesetz irgendwie Ausdruck gefunden hat. Ist er nicht eindeutig, so bieten u. U. die Entstehungsgeschichte des Gesetzes und die Interessenabwägung, die dem Gebote zugrunde liegen, Anhaltspunkte für den Inhalt. Ist aber der Gesetzeswortlaut eindeutig, so bewendet es dabei, d.h. es kommt die Entstehungsgeschichte nicht in Betracht, weil das Vertrauen des vom Gesetz Betroffenen auf die Verlässlichkeit des verkündeten Gesetzestextes geschützt werden muss.

Bei der Auslegung ist selbstverständlich der innere Zusammenhang der Vorschrift mit den übrigen Bestimmungen des Gesetzes und der gesamten Rechtsordnung zu berücksichtigen.

Vom Standpunkt des Postulates der Verlässlichkeit der Rechtsnorm gehört es zum Wesen des Gesetzes, dass es frei von Widersprüchen ist, und zwar sowohl in sich selbst als auch im Ver-

hältnis zu anderen Gesetzen. Wenn es naemlich in der einen oder anderen Hinsicht widerspruchsvoll ist, so treten Zweifel an seiner Vereinbarkeit mit anderen Normen und damit an seiner Gültigkeit auf. Dadurch erleidet die Verlässlichkeit Einbusse.

Noch weiter geht die Forderung, dass das Gesetz aufrichtig ist. Der Gesetzgeber kann sich nicht insgeheim vorbehalten, das Erklärte nicht zu wollen, ein solcher Vorbehalt wäre unbeachtlich. Indes bieten Allgemeinbegriffe, wie soziale Gerechtigkeit, Sicherheit, Ordnung u.s.w. die Handhabe zu Gesetzesverkehrungen. In solchen Fällen verbirgt sich hinter den Begriffen des Gesetzes möglicherweise ein anderer Sinn und Zweck als ihnen nach der traditionellen Auffassung zukommt. Wenn der Gesetzgeber die "verkehrte" Sinndeutung von vornherein billigend in Kauf nimmt, ist das innerlich unaufrichtig und deshalb unverlässlich im Sinne der vorgetragenen Lehre.

3. Die bisher erörterten Wesensmerkmale der Konstanz, Verständlichkeit und Verlässlichkeit des Gesetzes sind Forderungen, die sich letztlich aus der Rechtssicherheit ableiten. Sie können nur durch die Rechtspositivität erfüllt werden. Aber der höhere Wertmasstab des positiven Rechtes ist die Gerechtigkeit, wie Radbruch in seiner Einführung in die Rechtswissenschaft (S. 43) dargetan hat: "wo die Ungerechtigkeit positiven Rechts ein solches Mass erreicht, dass die durch das positive Recht verbürgte Rechtssicherheit gegenüber dieser Ungerechtigkeit überhaupt nicht mehr ins Gewicht fällt, hat das ungerechte positive Recht der Gerechtigkeit, einem überpositiven Recht zu weichen".

Die Idee der Gerechtigkeit, die aller rechtlichen Gebarung eigen ist, durchwaltet in erster Linie die Setzung des Rechts, die Schaffung der Ordnung des Rechts selbst. Wiewohl Gesetz und Recht schlechthin gleichgesetzt zu werden pflegen, tritt die Divergenz in der Gegenüberstellung des gerechten Gesetzes zu dem ungerechten Gesetz zutage. Die immer wieder gestellte, hier nicht zu beantwortende Frage lautet, wieweit es heute noch ein "Recht" im geschichtlich-ursprünglichen Sinne gibt, ein Recht "alten Stils" also, wie es jüngst Ebel in seiner Geschichte der Gesetzgebung formuliert hat, "das da ist, auch wo das Gesetz es nicht erfasst oder

kennt, und ein Recht, an dem die Allmacht des Gesetzes ihre Grenze findet" (S. 105).

Es dient, wie wir meinen, überhaupt der Bestimmung des Wesens des Gesetzes, seine Grenzen zu ziehen.

Vor allem bilden die Grund- und Menschenrechte unverrückbare Grenzen des Gesetzgebers, wie sie sich aus dem Verfassungsrecht im einzelnen ergeben. Ausserhalb des rechtlichen Bereiches stösst das Gesetz auf Grenzen, die das Leben setzt. Es mag nur z. B. erwähnt werden, dass sich der Ablauf des Familienlebens einer familienrechtlichen Regelung weithin entzieht, weil es seiner Natur nach der Regelmässigkeit widerstrebt. In diesem Bereich erweist sich das persönliche, individuell bestimmte Lebensverhältnis in einem gewissen Umfang als gesetzesfreie zwischenmenschliche Beziehung. Dieser Gedanke ist weiter auszubauen. Bis zu welcher Grenze verträgt überhaupt das Zusammenleben der Menschen eine gesetzliche Ordnung, das ist die Frage, die zu der Antithese "Der Mensch und das Gesetz" zwingt.

Hiermit schliesst sich der Kreis der Wesensbetrachtungen, die der Grundeigenschaften des Gesetzes gewidmet sind. Es hat sich herausgestellt, dass das Gesetz unter einem *einheitlichen* Wesensmerkmal nicht zu erfassen und zu begreifen ist. Mehrere Komponenten wirken zusammen, überlagern sich und widerstreiten einander.

Das Gesetz ist sowohl rechtlich verwirklichte Daseinsordnung als auch machtpolitische Gestaltung.

Ist das Gesetz in der Rechtsgemeinschaft bereits als lebendige Ordnung vorgeformt, überwiegt der erstgenannte Wesenszug. Will aber der Gesetzgeber mit dem Gesetz erst eine "Wirklichkeit" herstellen, kommt der andere Zug zum Tragen. Dann gewinnt Bedeutung, was unlängst Freyer in seiner "Theorie des gegenwärtigen Zeitalters" ausgeführt hat (S. 66): "Der positive Optimismus des Utopisten ist, dass das Gesetz... Wirklichkeit bewirkt..." "Sein Prinzip ist: wie ich die Gesetze gebe... so werden sich die Verhältnisse auch gestalten..." Man hat diese Wirkungsweise an vielen eingelebten Institutionen beobachtet und traut sie nun auch

den rational erdachten, durch Verordnung eingeführten oder noch einzuführenden zu."... Es gibt eine Gesetzgebungs- und Verfassungskunst, die den Menschen friedliebender oder kampfbereiter, geduldiger oder gespannter, harmloser oder wachsamer, einfügsamer oder aktiver machen kann, je nachdem wie sie ihn will oder *Lraucht*". Stets aber ist das Gesetz seinem Wesen nach Rechtssetzungsakt. Denn seiner Herkunft nach ist es im Recht, das den Menschen durch das Gesetz zuteil werden soll, verwurzelt.

Die Mittlerrolle zwischen dem Recht und dem Menschen macht die eigentliche Wesenheit des Gesetzes aus.

Im Rahmen dieser Ausführungen ist das Wort "Gesetzgebungskunst", auf die im Grunde genommen die ganze Wesenschau bezogen ist, gefallen.

Für diese Kunst gelten Erfahrungssätze, die aus der uralten Schule der Gesetzgebung in formeller und sachlicher Hinsicht gewonnen worden sind. Die literarische Zusammenfassung aller dieser empirischen Werte steht noch aus.

Sie beziehen sich auf das "Ob" des Gesetzes - wenige Gesetze sind besser als viele - und auf das "Wie" des Gesetzes, insbesondere auf seine Sprache und Fassung, die einfach, klar und kurz sein möge. Schliesslich auf das Mass dessen, was das Gesetz von der Rechtsgemeinschaft und den in ihr lebenden Menschen verlangen kann, auf das Anforderungsniveau des Gesetzes, für das letztlich jeder Mensch mit seinen begrenzten Möglichkeiten das Mass der Dinge ist. Alles dies von überragender Gesamtschau zu überblicken, fordert Weisheit des Gesetzgebers. Die Forderung ist selbstverständlich auch dann berechtigt, wenn die Gesetzgebung nicht in *einer* Hand ruht wie in früheren Zeiten, sondern auf mehrere Organe verteilt ist, die sich wiederum aus zahlreichen Mitgliedern zusammensetzen, wie dies in unserer Zeit der Fall ist. Es schwebt nämlich die Einrichtung eines besonderen Organes vor, das nach den Regeln der Kunst arbeitet, d.h. das die Befolgung jener Grundsätze überwacht, die für eine kunstvolle Gesetzesschöpfung in Betracht kommen.

Denn es ist an dem, dass das Gesetz ein wahrhaftes Kunst-

werk ist, wie es der römischrechtlichen Vorstellung entspricht, die vom Rechte als von einer "ars aequi et boni" ausgeht.

Die entscheidende und in diesem Zusammenhang letzte Frage hat dann zu lauten: "Wer ist berufen, einem solchen Überwachungsorgan anzugehören, das letztlich über die Kunstgerechtigkeit des Gesetzes befindet?" Suchen wir nach einem Vorbild in der Geschichte, so ist es nicht die breite Masse der am Gesetzgebungsvorgang Beteiligten, es sind vielmehr die "weisen Männer in Rate". So bewährt sich das Ideal der Antike, dessen Vorbildlichkeit den ständigen Wandel der Jahrhunderte überdauert hat, das Ideal des weisen Gesetzgebers.
