

Replik zu den Stellungnahmen «Nur *nur*» (LeGes 2001/2 und 2002/2)

Nur «nur» (LeGes 2001/2, 87ff.) wurde aus der Sicht des Praktikers geschrieben, aus der (oft leidvollen) Erfahrung, dem eigenen Klienten oder der eigenen Klientin erklären zu müssen, warum z.B. der Streit über das Vorhandensein oder Fehlen einer Versicherungsdeckung (vgl. mein Beispiel 1) am Ende zum reinen Streit über Worte ausarten kann, der im schlimmsten Fall – mit wechselndem Erfolg (vgl. mein Beispiel 2) – über mehrere Instanzen ausgefochten werden muss. Ich habe nicht gefordert, dass «nur» oder ein anderer «Quantifikator» in die Erlasse aufgenommen werden müsse, sondern dass – vor der definitiven Verabschiedung einer Norm («schon in den ersten Entwürfen») – eine «abschliessende» Diskussion darüber zu führen sei, ob eine Aufzählung als geschlossen oder offen zu betrachten sei (vgl. mein Fazit auf S. 94). Bei den Mitarbeitenden des Rechtsdienstes der St. Galler Staatskanzlei ist diese Botschaft offensichtlich angekommen (LeGes 2002/2, 145), was mich natürlich freut.

Meinen Kollegen und Kolleginnen vom Arbeitskreis Recht und Sprache ARES (LeGes 2002/2, 133ff.) gebe ich gerne Recht, dass der Qualifikator «nur» einen diskriminierenden Effekt, eine Diktumsgradierung zur Folge haben kann, die in einem Erlass zu vermeiden ist. Hingegen bestärken mich aber ihre Ausführungen – gerade auch zum Thema «zu viel» oder «zu wenig» an Bedeutung –, dass die Thematisierung der Quantifikation in der Gesetzesredaktion (nicht im Erlass selber) oft heilsame Wirkungen haben könnte, gerade weil dadurch erst klar wird, dass eine Aufzählung möglicherweise zu Anwendungsproblemen in der Praxis führt. Sicher richtig ist auch, dass selbst bei sorgfältiger Prüfung nie alle Unschärfen (Vagheiten/Mehrdeutigkeiten) vermieden werden können, aber eine bewusste und (z.B. in den Botschaften) dokumentierte Auseinandersetzung kann deren Häufigkeit erheblich verringern.

Sie kann aber noch weit mehr, womit ich bei der Kritik von Andreas Löttscher angeht bin (LeGes 2002/2, 127ff.): Bei meinem Beispiel 6 (Verordnung über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die IV) hätte ein klarer Hinweis auf die Abgeschlossenheit der Aufzählung in den Materialien den Übersetzungsfehler («comme ...») wahrscheinlich verhindern können, ja eigentlich verhindern müssen. Dies hätte nicht nur für den konkret zu beurteilenden Fall, sondern für alle ähnlich gelagerten Fälle zu einer anderen Einschätzung des Verfahrensrisikos geführt, und zwar – was aus der Sicht

der Praxis besonders wichtig ist – schon bezüglich der Einleitung eines (erstinstanzlichen) Verfahrens überhaupt.

Im Beispiel 2 (altes Aktienrecht) hätte eine Formulierung des Gesetzesentwurfes (nicht des Gesetzes), die mit «nur» begonnen hätte («Nur wenn Aktien ...») mit Sicherheit Aufmerksamkeit und als Folge höchstwahrscheinlich auch Widerspruch und damit die entscheidende Gegenfrage – Wirklich nur? – ausgelöst. D.h. die Chance, dass die hier bestehende Lücke im Gesetz (deren Existenz zwei Vorinstanzen und die Literatur verneint hatten) entdeckt worden wäre, hätte sich erheblich verbessert.

Als letztes Beispiel sei Fall 3 (Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung) nochmals aufgenommen: Wäre den Materialien zu entnehmen gewesen, dass sich der Gesetzesredaktor oder die Gesetzesredaktorin mit der Frage der Abgeschlossenheit der betreffenden Aufzählung befasst hatte, hätte sich das Bundesgericht seine materiellen Ausführungen zur Abgeschlossenheit einer schon rein sprachlich nicht abgeschlossenen Aufzählung mit einem einzigen Satz ersparen können, der ungefähr wie folgt hätte lauten können: «Wie aus den Materialien klar hervorgeht, ist diese Aufzählung nicht abschliessend, was sich übrigens schon aus der sprachlichen Einleitung mit *Dazu gehören ...* ergibt.»

Entscheidend ist aber etwas anderes: Wäre in den Materialien – auf Grund eines vom Gesetzesredaktor oder Gesetzesredaktorin platzierten Quantifikators – tatsächlich etwas über den abschliessenden oder nicht abschliessenden Charakter der Aufzählung nachzulesen gewesen, hätte sich hier diese Rechtsfrage gar nicht gestellt bzw. könnte (in anderen Fällen) unter Umständen ein Verfahren überhaupt vermieden werden. Ich kann mir den Anwalt oder die Anwältin nicht vorstellen, der versuchen würde, durch alle Instanzen hindurch die Abgeschlossenheit einer Aufzählung durchzufechten, wenn in den Materialien begründet ausgeführt wird, dass und warum eine Liste nicht als abschliessend betrachtet werden kann (Ausnahmen, begründet in der Person des Anwaltes und/oder der speziellen «Natur der Sache», wie immer vorbehalten).

Mit anderen Worten: es ist von grösster praktischer Relevanz, wenn diese Fragen im Gesetzgebungsverfahren schon geklärt und die Ergebnisse (z.B. in den Botschaften) dokumentiert werden, wenn kein Quantifikator im Erlass selber erscheinen soll. Ein vom Redaktor oder der Redaktorin in den Entwürfen gesetzter Quantifikator – ob «nur», «ausschliesslich» oder ein anderer – ist ein einfaches aber wirksames Arbeitsmittel, das die entscheidende Frage – wirklich nur? – auslösen und damit viel dazu beitragen kann, – andere Fehler (wie den Übersetzungsfehler in Beispiel 6) zu verhindern

- Lücken zu entdecken (wie in Beispiel 2) oder
- unnötige Verfahren (wie im Beispiel 3) zu vermeiden.

Nicht vergessen werden darf auch, dass die in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung veröffentlichten Fälle nur die Spitze eines Eisberges sind. Das Problem stellt sich ja nicht nur in der Rechtssetzung auf Bundesebene, sondern vor allem auch in der insgesamt viel umfangreicheren kantonalen Gesetzgebung, die noch längst nicht in allen Fällen das hohe Niveau der Bundesrechtssetzung erreicht. Die durch Verwendung eines Quantifikators (quasi als Katalysator) «erzwungene» bewusste Klärung der Frage «abschliessend/nicht abschliessend?» kann nach meiner Überzeugung viel dazu beitragen, unnötige Verfahren schon bei unteren Instanzen und vor allem auch im Bereich des kantonalen Rechts zu vermeiden. Darum ging und geht es mir nur, wirklich nur darum.

Max Baumann, Universität Zürich