

Stellungnahmen zum Beitrag von Max Baumann «Nur “nur” – über abschliessende und nicht abschliessende Aufzählungen im Gesetz und in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung» (LeGes 2001/2, S. 85 – 96).

Immer nur «nur»?

Andreas Lötscher | *Die Hinzufügung des Wörtchens «nur» vor Aufzählungen behebt wohl nicht die von Max Baumann zusammengestellten Auslegungsprobleme. Im Gegenteil, eine pauschale Verwendung von «nur» in solchen Fällen dürfte oft mehr verwirren als Klarheit stiften.*

Abschliessende Aufzählungen in Erlassen sollen möglichst immer mit «nur» markiert werden, nicht-abschliessende mit Ausdrücken wie «insbesondere» o.ä.: Nur so sei Klarheit zu erreichen über die Frage, ob Aufzählungen abschliessend zu verstehen seien oder nicht. Zu diesem Ergebnis kommt Max Baumann nach der Analyse einiger Begründungen von Bundesgerichtsurteilen in seinem Aufsatz «Nur “nur” – Abschliessende und nicht abschliessende Aufzählungen im Gesetz und in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung» (LeGes 2001/2 S. 85–95).

Wie ist dieser Vorschlag zu beurteilen? Vorweg aus der Sicht der täglichen Redaktionsarbeit in der Bundesverwaltung: Lieber nicht so. Doch der Reihe nach:

1. Nach der fest etablierten Praxis in der Gesetzesredaktion der Bundesverwaltung gilt eine Aufzählung als abschliessend, solange sie nicht mit Partikeln wie «namentlich», «insbesondere» o.ä. markiert ist. Es ist auch nicht so, dass solche Aufzählungen bei der Redaktion nicht auf diesen Punkt hin überprüft würden; im Gegenteil ist dies eine der Standardfragen, die sich die Redaktionskommission in allen derartigen Fällen stellt. Wie die meisten der dargestellten Beispiele zeigen (vgl. etwa die Beispiele 6 und 7), geht im Übrigen auch das Bundesgericht davon aus, dass eine unmarkierte Aufzählung ohne Weiteres als abschliessend auszulegen ist. Von daher scheint sich kein Handlungsbedarf zu ergeben.
2. Woher rühren dann die Probleme, die Max Baumann zu seinem Vorschlag veranlassen? Betrachten wir die angeführten Beispiele.
 - a. Beispiel 6 (Ziffer 14.04 des Anhangs der Verordnung über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Invalidenversicherung, SR 831.232.51, BGE

104 V 88) erweist sich für unsere Fragestellung als relativ bedeutungslos. Das Problem liegt nicht in einer unklaren Sachlage oder Formulierung, sondern darin, dass der deutsche und italienische Wortlaut nicht mit dem französischen übereinstimmt. Abweichend vom deutschen und italienischen Wortlaut wird im Französischen eine Aufzählung mit «comme» eingeleitet und damit als nicht abschliessend markiert. Ein derartiges redaktionelles Versehen kann nicht gegen eine bestimmte Formulierung sprechen, umgekehrt stützt die Tatsache, dass dadurch ein Problem entsteht, die übliche Interpretation der Aufzählungen eher (sonst gäbe es keine konfligierenden Lesarten).

- b. Nicht einschlägig für unser Problem ist m.E. auch Beispiel 1 (Art. 18 der Krankenpflege-Leistungsverordnung, SR 832.11.31, BGE 124 V 185). Selbst von der Beschwerdeführerin wird offensichtlich nicht bezweifelt, dass die Aufzählung von Krankheiten abschliessend gemeint ist. Sie argumentiert jedoch, dass eine solche abschliessende Aufzählung nicht gesetzeskonform ist und dass das erlassgebende Departement damit die ihm von Gesetz und Bundesrat übertragene Kompetenz überschritten habe. Die von Max Baumann angeführten längeren Ausführungen des Bundesgerichts über Auslegungsprobleme drehen sich denn auch nicht um den Charakter der Aufzählung an sich, sondern darum, ob auf Grund des Gesetzes und der Materialien eine solche abschliessende Aufzählung von Krankheiten gesetzeskonform sei oder nicht.
- c. Von Max Baumann selbst als mehr oder weniger bedeutungslos wird eine allfällige Präzisierung durch «nur» in Beispiel 4 (§ 1 des Anwalts-gesetzes des Kantons Thurgau. BGE 98 Ia 597) bezeichnet. Auch wenn die dortige Aufzählung von fachlichen Vorbedingungen für eine Zulassung zum Anwaltsberuf abschliessend ist, können anders gear-tete, übergeordnete Voraussetzungen, etwa persönliche Vertrauens-würdigkeit, zusätzlich berücksichtigt werden. Solche allgemeineren Voraussetzungen bleiben aber ausserhalb des engeren Rahmens fachlicher Voraussetzungen, also spielt es keine Rolle, ob deren spezi-ellere Kriterien abschliessend aufgezählt werden oder nicht.
- d. Es fragt sich ferner, was die Beispiele 3 und 7 für unser Problem wirk-lich zeigen. In Beispiel 7 (Art. 80e des Bundesgesetzes über interna-tionale Rechtshilfe, SR 351, BGE 126 II 495) wird zunächst in einer Aus-legung nach dem Wortlaut eine Aufzählung eindeutig als abschlies-send anerkannt. Dieses Fazit wird dann mit der Feststellung

resümiert, dass die Aufzählung «grundsätzlich abschliessend» ist und es wird erwogen, welche Ausnahmen denkbar wären. Zu Recht bemerkt Max Baumann dazu, dass damit der «Gipfel der Unklarheit erreicht» ist (S. 94). Entweder ist eine Aufzählung abschliessend oder nicht. Im vorliegenden Fall argumentiert das Gericht, dass die Auslegung nach dem Wortlaut auch materiell gerechtfertigt ist, m.a.W. es bestätigt dem Gesetzgeber, dass er sinnvoll legiferiert und präzise formuliert hat. – In die gleiche Richtung gehen die Ausführungen des Bundesgerichts bei Beispiel 3 (Art. 3 der Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung, SR 814.011, BGE 116 Ib 50). Eine Aufzählung wird hier durch die Formulierung «Dazu gehören...» eingeleitet, was man gar nicht anders als nicht-abschliessend verstehen kann. Das Gericht geht aber auf den Wortlaut gar nicht ein, sondern macht sich den Aufwand, zu begründen, dass diese Aufzählung aus materiell-rechtlichen Gründen nicht-abschliessend sein muss. Es schadet natürlich nie, wenn man begründen kann, dass die aus dem Wortlaut abzuleitende Bedeutung einer Bestimmung auch inhaltlich Sinn macht. Wenn sich das Gericht darüber Gedanken macht, heisst das aber nicht, dass der Wortlaut nicht klar wäre.

- e. Dies trifft insbesondere bei Fallbeispiel 5 zu (Art. 41 des Bürgerrechtsgesetzes, SR 141.0, BGE 120 Ib 193). Zweifel an der abschliessenden Natur einer Aufzählung wurden hier nicht vom Bundesgericht vorgebracht, sondern von einer Partei, und zwar mit dem Argument, dass die Entstehungsgeschichte gegen die dem Wortlaut nach abschliessende Auslegung der Bestimmung über die Nichtigklärung von Einbürgerungen spreche; neben der Nichtigklärung gebe es noch die Möglichkeit des Widerrufs. Das Gericht weist in seinen Erwägungen nach, dass diese Begründung nicht zutreffend ist; es bestätigt also den klaren Wortlaut des Gesetzes (wenigstens seiner deutschen Version; die irreführenden Randtitel im Französischen und Italienischen werden als unpräzise und bedeutungslos bewertet). Aus dem Argument, neben der «Nichtigklärung» in Artikel 41 BÜG gebe es noch eine Möglichkeit des Widerrufs, folgt im übrigen aber auch nichts in Bezug auf die Natur der Aufzählung von Nichtigkeitsgründen: Widerrufsgründe würden nicht unter die Nichtigkeitsgründe fallen, sondern sie müssten eine eigene Gruppe von Bedingungen bilden. Auch die Einfügung eines «nur» würde hier die Parteiargumentation nicht verhindern.

- f. Umgekehrt scheint Beispiel 2 gelagert zu sein (Art. 682 OR, SR 220, BGE 109 II 130): Es geht um eine Aufzählung von Gründen, bei denen eine Eintragung in das Aktienbuch nicht (oder nur unter ganz bestimmten Gründen) verweigert werden kann. Die Aufzählung ist dem Wortlaut nach abschliessend, gleichwohl kommt das Bundesgericht – gegen die Vorinstanzen – zum Schluss, dass ein weiterer, nicht genannter Grund, die Fusion, als Grund anzuerkennen sei. Genau genommen argumentiert aber das Bundesgericht nicht, dass die Aufzählung nicht-abschliessend sei oder nicht-abschliessend gemeint gewesen sei, sondern, dass der Gesetzgeber «an diese Möglichkeit [der Fusion] offenbar nicht gedacht hat» (S. 135). Der Gesetzgeber formulierte eine abschliessende Aufzählung und meinte sie auch so. Woran man nicht denkt, darüber kann man nicht qualifiziert schweigen, das ist die Argumentation des Bundesgerichts. Kein «nur» könnte ein solches Versehen reparieren, umgekehrt: auch wenn ein «nur» dastünde, würde sich das Bundesgericht veranlasst sehen, ein Versehen des Gesetzgebers über die Auslegung des Sinns und Zwecks der Norm zu ergänzen.
3. Fazit: In keinem der analysierten Beispiele liegt die Ursache des Problems – sofern überhaupt ein Problem bestand – darin, dass die Natur der Aufzählung sprachlich unklar war. Die Gründe waren vielmehr regelmässig externer Natur: ein Versehen durch den Erlassgeber oder in der Übersetzung, die Frage, ob ein engerer Gesichtspunkt (der durch eine Aufzählung präzisiert wurde) nicht noch durch ein weiteres, über- oder nebengeordnetes Kriterium zu ergänzen sei (was die Aufzählung selbst nicht direkt berühren würde) oder ob eine abschliessende Aufzählung überhaupt zulässig war. In keinem Fall bezweifelte das Gericht, dass der Erlassgeber in der unmarkierten Aufzählung eine abschliessende Aufzählung formulierte und in dieser Formulierung auch das sagte, was er meinte. Auch kann keine zusätzliche Präzisierung durch «nur» das Problem beheben, dass ein Gericht eine Formulierung, bei der dem Erlassgeber nach seiner Meinung ein materielles Versehen unterlaufen ist, in abweichender Art auslegt.
4. Man könnte allerdings auch so noch argumentieren, dass «nur» zwar in den behandelten Beispielen nicht entscheidend sei, aber generell doch wenigstens ein nützliches Präzisierungsinstrument wäre. Aber auch dies trifft nicht zu. «Nur» hat zusätzliche spezielle Funktionen in der Sprache,

die keineswegs in jeder Aufzählung sinnvoll sind. «Nur» setzt Erwartungen und spezielle Kontexte voraus, drückt Gegenaussagen zu solchen Erwartungen aus und impliziert oft auch Wertungen. Das ist zwar auch in Gesetzesbestimmungen zuweilen sinnvoll, («nur» ist effektiv gar nicht selten), aber nicht in jeder Situation ist der Gebrauch von «nur» in dieser Weise angebracht; im Gegenteil würde seine Hinzufügung oft nur Unklarheit schaffen. Art. 9 des Zivildienstgesetzes (ZDG) (SR 824.0) zählt die Inhalte der Zivildienstpflicht abschliessend auf. Es würde in hohem Masse verwirren, wollte man den abschliessenden Charakter dieser Aufzählung mit «nur» hervorheben:

Art. 9 *Inhalt der Zivildienstpflicht*

Die Zivildienstpflicht umfasst [nur]:

a. ...

b. ...

Oder in Artikel 28 Absatz 4 ZDG wird verboten, dass Überstunden und andere besondere Arbeitszeitregelungen durch finanzielle Abgeltung oder Zeitausgleich abgegolten werden. Es würde den Sinn der Bestimmung fast ins Gegenteil verkehren, wollte man diese Aufzählung mit «nur» markieren (man würde nach anderen, nicht erwähnten Abgeltungsmassnahmen suchen, die erlaubt sind):

⁴ *Ausgeschlossen sind [nur]:*

a. *die finanzielle Abgeltung von Überstunden sowie von Schicht-, Nacht- und Wochenendarbeit;*

b. *die Gewährung eines Zeitausgleichs infolge von Schicht-, Nacht- und Wochenendarbeit.*

Ob «nur» dasteht oder nicht, macht oft einen Bedeutungsunterschied aus, der weit darüber hinaus geht, eine Aufzählung als abschliessend zu markieren.

5. Ein Grundprinzip der Gesetzessprache lautet: Klarheit und Einfachheit. Diesem Grundprinzip folgt eine Aufzählung – so gut wie die Nennung auch nur eines einzelnen Substantivs – wenn sie genau diejenigen Elemente nennt, die gemeint sind, nicht weniger, aber auch nicht mehr. Warum muss ein Gesetzesredaktor mehr schreiben als «A und B», wenn er genau «A und B» meint? Eine solche Forderung würde jeder Formulierungsethik für eine klare Gesetzessprache widersprechen.

Natürlich soll man immer darauf achten, dass man das formuliert, was man meint – und wissen, was man meint. Aufzählungen sind in dieser Beziehung wahrscheinlich relativ fehleranfällige Stellen in Erlassentwürfen; mit dieser leisen Befürchtung von Max Baumann kann man einig gehen. Wie anfangs erwähnt, ist nicht zuletzt die verwaltungsinterne Redaktionskommission sich dessen bewusst und prüft auch hier, ob der Text das sagt, was der Verfasser/die Verfasserin meint und ob der Verfasser/die Verfasserin sich im Klaren darüber ist, was er/sie meint und was der Text sagt. Das kann aber auch ohne die umständliche und potenziell verwirrende Eselsbrücke von «nur» geleistet werden.