

Wahrheiten im Recht?

Peter Forstmoser

Wahres Recht: ewig, weltumspannend und gerecht?

Zur Frage der Wahrheit im Recht hat Cicero in seinem *Lex-vera*-Text eine wahrhaft flächendeckende Umschreibung vorgelegt:

«Das wahre Gesetz ist die richtige Vernunft in Übereinstimmung mit der Natur. Es erfasst alle, ist ständig gleichbleibend und ewig. Dieses Gesetz kann nicht abgeschafft werden. Man kann nichts von ihm wegnehmen noch ihm etwas entgegensetzen. Kein Senatsbeschluss und keine Volksabstimmung kann seine Verbindlichkeit aufheben. Es braucht keinen Erklärer und keinen Ausleger. Es ist dasselbe in Rom und Athen, heute und später. Es umspannt alle Völker und Zeiten als ewiges und unveränderliches Gesetz.»

Wahres Recht ist also *ewiges, unabänderliches, überall geltendes Recht*. Über seinen *Inhalt* ist damit freilich nichts ausgesagt. Würde man dazu einen juristischen Laien befragen, dann würde wohl bald einmal der Begriff «*Gerechtigkeit*» fallen. Wahres Recht ist gerechtes Recht; dass auch ungerechtes Recht «wahr» sein sollte, möchte wohl niemand vertreten.

Naturrechtler contra Positivisten

Von Juristen wird derselbe Gedanke – Gerechtigkeit als unverzichtbares Element des Rechtsbegriffs – in der sogenannten *Naturrechtslehre* hervorgehoben: «Das Recht hat der Gerechtigkeit zu dienen», bringt der Schweizer Otto Germann diese Überzeugung auf den Punkt und leitet daraus eine wichtige Konsequenz ab: «Für das positive [also das staatlich gesetzte] Recht bedeutet dies, dass ihm das Naturrecht ethische Grenzen zieht, vor denen auch der Gesetzgeber Halt zu machen hat. Missachtet ein Staat diese Grenzen oder will er mit seinen Gesetzen überhaupt nicht der Gerechtigkeit dienen, so werden diese zu blossen Machtgeboten, die nicht mehr als Recht zu gelten vermögen.»

Die Vorstellung, es gebe ein Naturrecht, das dem staatlich gesetzten Recht Schranken setzt, ist freilich keineswegs unangefochten. Die Gegner der Naturrechtler, die sogenannten *Positivisten*, wollen Recht nicht über seinen Inhalt

definieren. Für sie ist Recht nur das, aber immer das, was die dazu legitimierte Stelle in einem dafür vorgesehenen formellen Verfahren als Recht verabschiedet hat. Das Recht wird also mit der verfassungsmässigen politischen Macht verknüpft, die es hervorbringt und seine Geltung garantiert. Schon das römische Recht kannte die Sentenz: *Quod principi placuit, legis habet vigorem*¹, was im 17. Jahrhundert von Thomas Hobbes in das bekannte Credo des Absolutismus: *Auctoritas, non veritas facit legem*² umgegossen wurde. Aus der Sicht der positivistischen Rechtslehre wird damit zwar nicht Gerechtigkeit in einem materiellen Sinne, wohl aber *Rechtssicherheit* und damit eben auch ein – wenngleich formelles – Gerechtigkeitselement sichergestellt. Mehr sei unter den Rahmenbedingungen von subjektiver Wertevielfalt über die Definition des Rechtsbegriffs nicht zu erreichen. Hans Kelsen, der wohl bekannteste Vertreter des Positivismus dieses Jahrhunderts, dessen «Reine Rechtslehre» jedem europäischen Juristen zumindest dem Namen nach geläufig ist, bezeichnet die Hoffnung, materielle Gerechtigkeit über die Definition des Rechts realisieren zu können, kühl als «schönen Traum der Menschheit», den der Jurist, auch wenn er ihn noch so lebhaft träume, nicht irrtümlich für seine Realität halten solle.

Den *Naturrechtlern* ist dieses positivistische Rechtsverständnis (das heute der herrschenden Lehre entspricht) zutiefst zuwider. Die historische Erfahrung – so rufen sie in Erinnerung – habe gezeigt, wohin diese Haltung führe: Machtmissbrauch im Absolutismus des Ancien Régime, Naziterror, Un-Rechtsordnungen kommunistischer Staaten: In jedem Falle habe die Überantwortung des Rechts an das politische System eine *Bankrotterklärung der Gerechtigkeit* bedeutet. Anderes sei auch nicht zu erwarten von einem Recht, das inhaltlich neutral und damit letztlich beliebig verstanden werde.

Franz Bydlinski, namhafter Naturrechtsvertreter aus Österreich, hat unlängst eine Pervertierung des westlichen Rechtsdenkens infolge positivistischer Verblendung konstatiert. Er fordert dazu auf, endlich jene unselige Sichtweise als «grossen wissenschaftsgeschichtlichen Unsinn» zu erkennen und aufzugeben. Wie alle Naturrechtler will er den Rechtsbegriff an die *ewigen Gesetze der Moral* zurückkoppeln und die Entscheidung über Recht und Unrecht nicht einem «zufälligen» Gesetzgeber überlassen. Wo sich das Recht nur als Zwangsordnung verstehe und nicht mehr erkennen lasse, wie sich der Mensch gerechterweise verhalten solle, da könnten die Folgen nicht ausbleiben: «Rauschgift, Alkoholmissbrauch, sexuelle Promiskuität, Desinteresse an geregelter Arbeit», «zunehmende Korruption, das Anwachsen öffentlicher und privater Aggressivität jeden Kalibers bis hin zum Phänomen des Terrorismus und seiner Sympathisanten ...» – kaum eine gesellschaftliche Katastrophe, die sich – immer nach Bydlinski – nicht auf das verfehlt Rechtsdenken zurückführen liesse.

Überlegenheit des Naturrechtsdenkens?

Vergleicht man die hier plakativ vorgestellten gegensätzlichen Standpunkte der Positivisten und der Naturrechtler, dann scheint die Überlegenheit des Naturrechtsdenkens offenkundig: Während das positive, staatlich gesetzte Recht den Stempel der Beliebigkeit, vielleicht gar der staatlichen Willkür trägt, scheinen die überpositiven, die naturrechtlichen Normen der menschlichen Verfügbarkeit entzogen und damit ewig und wahr. Voraussetzung dieses Konzepts ist freilich, dass man diese ewigen und wahren Gerechtigkeitspostulate erkennen kann.

Kriterien zur Umschreibung der Gerechtigkeit?

Es hat in der Tat nicht an Anstrengungen gefehlt, Kriterien zur Umschreibung der Gerechtigkeit zu finden und so den Gerechtigkeitsbegriff mit materiellem Gehalt zu füllen.

So wurde etwa erklärt, ein Entscheid sei nur dann gerecht, wenn der Urteilende diesen auch gegen sich selbst akzeptieren würde. (Negativ ausgedrückt: «Was Du nicht willst, das man Dir tu', das füg auch keinem andern zu.»). Andere wollten zum Beispiel die Privilegierung einzelner dann als gerecht anerkennen, wenn sie auch im Interesse der Allgemeinheit liegt. Und schliesslich wurde als gerecht die Ordnung postuliert, die das grösstmögliche Glück für die grösstmögliche Zahl von Menschen erzielt.

Bei näherem Zusehen zeigt sich, dass mit solchen Formeln nur scheinbar eine allgemeingültige inhaltliche Umschreibung der Gerechtigkeit gewonnen wird: Sie können nämlich nur durch persönliche und damit subjektive Werte mit Inhalt gefüllt werden. Die Vorstellungen darüber, was man für sich akzeptieren möchte, gehen auseinander, ebenso die Auffassungen dazu, was für die Allgemeinheit von Interesse ist oder das grösstmögliche Glück für die grösstmögliche Zahl von Menschen sicherstellt. (Was ist von grösserem allgemeinem Interesse oder führt zu grösserem Glück: eine Unternehmensführung, die Arbeitsplätze und Dividenden sicherstellt, eine lupenrein gesungene Arie oder ein perfekt verwandelter Penalty?)

Gleichbehandlung als Grundlage einer gerechten Ordnung?

Es scheint also schwer, ewige und unabänderliche Gerechtigkeitsätze zu formulieren. Über *einen* Gedanken wird sich allerdings schnell Einigkeit finden lassen: dass es einer gerechten Ordnung entspricht, gleiche Sachverhalte gleich

zu behandeln. So hat bereits der berühmte römische Jurist Ulpian folgende Regel formuliert: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*³. Eine moderne Ausformulierung dieser uralten Vorstellung von Gerechtigkeit enthält der berühmte Art. 4 Abs. 1 unserer Bundesverfassung: «Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich.» Es gilt also, *jedem das Seine zu geben, Gleiches gleich, Ungleiches aber ungleich zu behandeln*.

Keiner von uns würde den Gerechtigkeitsgehalt dieses Satzes bestreiten. Aber wissen wir, was er besagt? Gehen wir dieser Frage etwas genauer nach.

a) Zunächst ist zu überlegen, *wann ein gleicher Tatbestand, wann ein ungleicher vorliegt*. Je nach Ort und Zeit fallen die Antworten völlig unterschiedlich aus. So ist es für uns heute – durchaus anders als früher – selbstverständlich, dass Unterschiede der Rasse und der Religion nicht berücksichtigt werden dürfen. Schon weniger klar ist auch heute noch, ob – und in welchen Bereichen – die Nationalität ein Kriterium der Differenzierung sein soll. Und wie steht es – um ein weiteres Thema anzusprechen, in welchem sich zur Zeit ein Wandel anzubahnen scheint – mit der Gleichstellung von lesbischen und schwulen mit verheirateten heterosexuellen Paaren?

b) Selbst wenn man zum Schluss kommt, dass zwei Tatbestände gleichwertig und deshalb auch gleich zu behandeln sind, ist man noch keineswegs am Ziel. Es stellt sich nun nämlich die weitere Frage, ob *absolute Gleichheit* anzustreben ist oder ob nur der *Massstab* derselbe sein, das Ergebnis aber differenziert ausfallen soll. Auch dazu ein Beispiel: Absolute Gleichheit im Sinne einer «Gleichheit nach Köpfen» dominiert das Genossenschaftsrecht. Im Aktienrecht dagegen werden die Rechte der Gesellschafter abgestuft, und lediglich der Massstab – die Kapitalbeteiligung – ist grundsätzlich einheitlich.

c) Steht endlich fest, dass in einer bestimmten Frage nicht absolute Gleichheit, sondern nur (aber immerhin) Gleichheit des Massstabes verlangt ist, dann ist weiter zu entscheiden, *was denn als Massstab dienen soll*.

Nehmen wir als Beispiel den Arbeitslohn: Hier mag zunächst einmal anerkannt sein, dass keine Differenzierung nach Rasse, Staatsbürgerschaft und Geschlecht vorzunehmen ist. Insofern wird absolute Gleichheit postuliert (wenn auch in der Realität keineswegs stets eingehalten). Ebenso ist wohl unbestritten, dass nicht jedem der identische Lohn zukommen soll. Wie aber ist zu differenzieren? Die Antwort fällt – je nach ökonomischer Ausgangslage und Weltanschauung – unterschiedlich aus:

- Der Manchesterliberale, der vom Darwinschen Modell ausgeht, wonach sich der Bessere durchsetzt und durchsetzen soll, wird die Abstufung nach den Leistungen vornehmen.
- Der klassische Kommunist wird dagegen einer Verteilung des Arbeitsergebnisses

nach den Bedürfnissen das Wort reden. Er wird dem Vater einer kinderreichen Familie und Mann einer bettlägerigen Frau mehr zusprechen als dem Alleinstehenden, obwohl dieser am Arbeitsplatz weit mehr leistet als der ausserberuflich stark beanspruchte Familienvater.

- Im sozialen Wohlfahrtsstaat, wie er sich in den westlichen Ländern durchgesetzt hat, findet man eine Mischung der beiden Extreme: Leistung wird zwar honoriert, doch soll zugleich besonderen Bedürfnissen Rechnung getragen werden.

Beispiele für die Orts- und Zeitgebundenheit des Rechts

Recht ist also abhängig von Ort und Zeit, seine Inhalte wandeln sich, oft kurzfristig. Selbst ein unveränderter Gesetzestext kann innert weniger Jahrzehnte völlig unterschiedliche Bedeutungen haben. Zwei Beispiele:

a) Aus dem XIV. Amendment der amerikanischen Verfassung, welches eine «equal protection of the laws» gewährleistet, wird die rechtliche Gleichheit aller amerikanischen Bürger hergeleitet. Daraus folgt auch das *Recht auf gleiche Ausbildungsmöglichkeiten*. Hierzu hat sich im Laufe der letzten Jahrzehnte folgende Praxis entwickelt:

- Im Jahr 1896 stellte der amerikanische Supreme Court in einem berühmten Entscheid (Plessy versus Ferguson) die sogenannte «equal but separate»-Regel auf, indem er eine Gesetzesbestimmung von Louisiana schützte, wonach in den Eisenbahnwagen «equal but separate accommodations for the white and coloured races» vorhanden sein sollten. Es war also zulässig, eine Trennung der Sitzgelegenheiten vorzuschreiben, vorausgesetzt nur, Weissen und Farbigen stünden gleichwertige «accommodations» zu.⁴ Die «equal but separate-Doktrin» galt analog auch für Schulen.
- Ein halbes Jahrhundert später, 1954, entschied dagegen der oberste amerikanische Gerichtshof in einem weiteren «landmark case» (Brown versus Board of Education), dass die Trennung der Schulen dem Postulat der Gleichbehandlung widerspreche. Sie bedeute in Wahrheit einen Ausschluss der farbigen Minderheit von den Möglichkeiten, die den Weissen eingeräumt würden. («In the field of public education the doctrine of «separate but equal» has no place.»)
- Ende der sechziger und zu Beginn der siebziger Jahre gingen einige Staaten mit dem Segen der Gerichte noch weiter: Sie stellten fest, dass die formelle Aufhebung der Rassentrennung in den Schulen für sich allein nicht zum Ziele führte: Wohl war es theoretisch den Farbigen möglich, Schulen für Weisse zu besuchen. Faktisch aber gingen die Kinder in die Schulen der

Nachbarschaft, und da Weisse und Farbige meist in getrennten Distrikten leben, blieb die Rassentrennung bestehen. Daher wurden sog. *affirmative actions* gefordert, positive Massnahmen zur Verwirklichung materieller Gleichheit, unter anderem das «bussing»: Kinder aus Farbigenvierteln wurden täglich mit Bussen in «weisse» Schulen gebracht und teils auch umgekehrt.

- Damit einher ging die Einsicht, dass echte Gleichheit nur dann realisiert werden könne, wenn die schlechteren Startchancen farbiger Schüler berücksichtigt würden. Verschiedene Universitäten und Colleges gingen daher dazu über, die jährlich neu zuzulassenden Studenten nach ihrer Hautfarbe zu kontingentieren, was dazu führte, dass Farbige mit schlechteren Notendurchschnitten zugelassen wurden als Weisse.
- Hiergegen haben seit den späten siebziger Jahren verschiedentlich weisse Studenten geklagt, die nun ihrerseits rügten, diskriminiert zu werden. Die Urteile in diesen und weiteren Fällen von Quotenregelungen zugunsten von Minderheiten ergeben kein einheitliches Bild: Allgemein wird zwar anerkannt, dass «affirmative actions» zulässig sind, wenn dadurch früher geschaffene Ungleichheiten korrigiert werden sollen. Im einzelnen gehen aber die Meinungen der Richter und Gerichte stark auseinander. Auf eine «*unité de doctrine*» wartet man bisher vergeblich.

b) Ein zweites Beispiel, diesmal aus dem eigenen Land: die Gleichbehandlung von Mann und Frau:

- 1887 hatte das Bundesgericht über das Begehren einer Juristin – der ersten an der Universität Zürich promovierten Frau – zu entscheiden, die als Anwältin ihres Ehemannes vor Gericht zugelassen werden wollte. Die Beschwerdeführerin stützte sich auf den bereits zitierten Gleichheitssatz der schweizerischen Bundesverfassung.⁵ Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, unter anderem mit folgender Begründung:

«Wenn nun die Rekurrentin zunächst auf Art. 4 der Bundesverfassung abstellt und aus diesem Artikel scheint folgern zu wollen, die Bundesverfassung postuliere die volle rechtliche Gleichstellung der Geschlechter auf dem Gebiete des gesammten öffentlichen und Privatrechts, so ist diese Auffassung eben so neu als kühn; sie kann aber nicht gebilligt werden ... Art. 4 der Bundesverfassung darf ... nicht in dem, zu geradezu unmöglichen Konsequenzen führenden, Sinne aufgefasst werden, dass derselbe schlechthin jede Verschiedenheit in der rechtlichen Behandlung einzelner Personenklassen verbiete ... Nun erscheint aber nach der jedenfalls zur Zeit noch zweifellos herrschenden Rechtsauffassung die verschiedene rechtliche Behandlung der Geschlechter auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts, speziell in Bezug auf das Recht der Bethätigung im öffentlichen Leben, als eine der innern Begründung keineswegs entbehrende.»⁶

- Eine Generation später, im Jahre 1923, war das Bundesgericht ganz anderer Meinung und entschied, kantonales Recht, das Frauen den Zugang zur Advokatur verweigere, sei bundesverfassungswidrig. Der Kanton Freiburg hatte unter anderem argumentiert, ein Verstoß gegen die Rechtsgleichheit liege nicht vor, weil der Anwaltsberuf nicht nur Frauen verschlossen sei, sondern auch Personen, die in ihren bürgerlichen Ehren und Rechten eingestellt worden seien (!). Das Bundesgericht verwarf solche und ähnliche Erwägungen. Es wies auf den sozialen und ökonomischen Wandel der letzten Jahrzehnte hin und hielt fest, die politischen Rechte würden zwar den Frauen in der Schweiz im allgemeinen weiterhin verwehrt, im *Wirtschaftsleben* habe aber die Gleichberechtigung der Geschlechter Einzug gehalten. «La différence de sexe n'est donc plus en elle-même une raison suffisante pour refuser aux femmes l'accès à telle profession déterminée; on doit encore rechercher si les conditions particulières de cette profession rendent les femmes inaptes à l'exercer. Or tel n'est certainement pas le cas de la profession d'avocat.»⁷
 - Bis zur Einführung auch der *politischen Gleichberechtigung* dauerte es nochmals ein halbes Jahrhundert: Noch 1959 lehnten die Schweizer Männer mit einem Stimmenverhältnis von 2:1 die Einführung des Frauenstimmrechts im Bund ab. Erst 1971 wurde dieses – nun mit fast genau umgekehrtem Stimmenverhältnis – auf Bundesebene angenommen. Ab 1959 erfolgte die Einführung des Frauenstimm- und -wahlrechts in den Kantonen, und 1990 wurde die politische Gleichberechtigung der Frau schliesslich auch im Kanton Appenzell-Innerrhoden eingeführt, hier freilich nicht durch Volksabstimmung, sondern aufgrund eines Diktats des Bundesgerichts.
 - 1981 wurde dieser Entwicklung ein weiterer Meilenstein hinzugefügt. Der damals neu eingeführte Art. 4 Abs. 2 der Bundesverfassung lautet: «Mann und Frau sind gleichberechtigt. Das Gesetz sorgt für ihre Gleichstellung, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit. Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit.»
 - Die konsequente Umsetzung dieser Verfassungsbestimmung ist heute noch nicht abgeschlossen. Sie soll beschleunigt werden durch das neue Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann, das 1996 oder 1997 in Kraft gesetzt werden soll. Das Gesetz lässt übrigens auch Ungleichbehandlungen zu, wenn sie zum Ziel haben, Gleichheit zu verwirklichen. So wird in Art. 3 zwar betont, es dürften «Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ... aufgrund ihres Geschlechts weder direkt noch indirekt benachteiligt werden ...», dann aber präzisiert: «Angemessene Massnahmen zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung stellen keine Diskriminierung dar.»
- Als eine solche Massnahme waren in letzter Zeit gelegentlich auch Quotenregelungen⁸ im Gespräch, die sich bisher allerdings nicht durchsetzen konnten.⁹

Wandelbarkeit – die einzige Wahrheit im Recht?

Der Befund ist eindeutig. Ob wir nun Jahrhunderte oder auch nur Jahrzehnte oder Jahre Revue passieren lassen, ob wir verschiedene Kulturen oder auch nur verschiedene Länder miteinander vergleichen: *Vorgegebene, «ewige» Inhalte des Rechts lassen sich nicht feststellen. Die einzige Wahrheit, die bisher nicht falsifiziert wurde, ist die der steten Wandelbarkeit von Recht und Gerechtigkeitsvorstellungen.* Jede Rechtsnorm – und sei sie noch so fundamental – ist letztlich ein *Produkt von Zeit und kulturellem Umfeld.* Diese Eigenschaft des Rechts ist universell, gleichgültig ob das Recht als Gesetz, als Gewohnheit oder als Richterspruch in Erscheinung tritt oder gar als vermeintlich ewiges und überpositives Naturrecht.

Die Rechtsgeschichte der letzten zweitausend Jahre ist voll von *«ewigen Wahrheiten»*, denen der Lauf der Geschichte längst den Stempel der Antiquiertheit aufgedrückt hat. Wieviele autokratische Staatsformen in Antike, Mittelalter und Neuzeit – gottgewollt oder gesellschaftsvertraglich begründet – haben nicht ewige Geltung beansprucht, bis sie im Dunkel der Geschichte verschwunden sind? Das gilt auch für gesellschaftliche Gliederungen (noch ausgangs des 18. Jahrhunderts war die ständische Ordnung als die einzig legitime, naturgesetzlich vorgegebene Organisationsform gelobt worden, bis sie – jedenfalls in Westeuropa – im Gefolge der Französischen Revolution hinweggefegt wurde). Und es gilt auch für die neuen, nachrevolutionären *«Wahrheiten»*, vielleicht sogar für den demokratischen Rechtsstaat, den wir für die gerechteste aller Staatsformen halten und gerne als über Zeit und Raum, ewig und universell verbindlich verstehen möchten.

Selbst die Menschenrechte, für deren Verbindlichkeit wir übrigens im Geltungsbereich der Europäischen Menschenrechtskonvention und der OSZE keine überpositiven Begründungen bemühen müssen, genießen keineswegs den Absolutheitscharakter, den wir ihnen gerne zuerkennen möchten. Man muss weder auf die Nazizeit noch auf die Kriege in Jugoslawien und Tschechien noch auf das Gedankengut der islamischen Fundamentalisten verweisen, um sich ihrer Fragilität bewusst zu werden. Schon der Umstand, dass wir – weniger bei uns als bei andern – ständig Menschenrechtsverletzungen wahrnehmen (die *«Verletzer»* sehen es anders!), zeigt, dass die *Annahme, es gebe allgemein anerkannte, wirklich universelle, räumlich und zeitlich unbeschränkt wirksame Gerechtigkeitsvorstellungen, eine Illusion ist.*¹⁰

Neu ist diese Erkenntnis nicht. Schon Pascal hat das berühmte Wort geprägt: *«Trois degrés d'élévation du pôle renversent toute la jurisprudence; un métri-*

dien décide de la vérité; en peu d'années de possession, les lois fondamentales changent ... Vérité au deçà des Pyrénées, erreur au delà.»¹¹

Etwas prosaischer hat das Schweizerische Bundesgericht vor einigen Jahren dieselbe Aussage gemacht:

«Die Frage, ob für eine rechtliche Unterscheidung ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist ..., kann zu verschiedenen Zeiten verschieden beantwortet werden ... Gerade im Hinblick auf die Gleichbehandlung von Mann und Frau zeigt sich deutlich, dass der Entscheid der Frage, ob eine tatsächliche Verschiedenheit eine unterschiedliche rechtliche Behandlung zu rechtfertigen vermag, von den Anschauungen der Zeit abhängig ist.»¹²

Kapitulation der Juristen, Allmacht der Politiker?

Der Jurist kann also nicht für sich beanspruchen, Gralshüter ewiger Wahrheiten zu sein. Soll er deswegen resignieren, sich reinschicken, blosses Werkzeug zur Durchsetzung beliebiger, ständig sich ändernder Inhalte zu sein? Einer solchen Kapitulation lässt sich doch einiges entgegenstellen:

- Zunächst: Zu verlangen ist, dass Recht in einem *bestimmten, vorgegebenen Verfahren* durch die formal dafür Zuständigen gesetzt und dass es ebenso verfahrensgetreu im Einzelfall durchgesetzt wird. Bindung an Verfahren schützt zwar nicht vor der Beliebigkeit rechtlicher Inhalte, aber immerhin vor *Willkür im Einzelfall*.
- Gerade das Bewusstsein der Wandelbarkeit rechtlicher Inhalte verlangt sodann nach *Begründung*. Der Zwang, die Grundlagen einer Entscheidung und die Argumentation offenzulegen, ist der bessere Schutz gegen «ungerechte» Urteile als eine diffuse Berufung auf ewige Rechtswahrheiten.
- Und schliesslich: Auch der Jurist darf – und muss – seine *persönlichen Überzeugungen*, seine Wertordnung, sein «Vorverständnis» in seine Arbeit einfließen lassen. Doch soll er dies tun im Bewusstsein, dass er dabei die Grenzen seiner Wissenschaft überschreitet und deshalb für sich und seine Zunft insoweit keine privilegierte Stellung beanspruchen darf. Bei aller Professionalität in der Handhabung sind und bleiben es doch *persönliche* Wertungen und Überzeugungen, *persönliche* «Wahrheiten», von denen er sich leiten lässt, nicht solche, die auf gott- oder naturgewollten, vorgegebenen ewigen Normen beruhen.

Anmerkungen

- 1 Was dem Herrscher gefällt, das hat die Kraft eines Gesetzes. (Ulpian).
- 2 Die Staatsgewalt und nicht die Wahrheit ist es, welche Recht schafft.
- 3 Gerechtigkeit ist der beständige und immerwährende Wille, jedem das Seine zu geben.
- 4 Schon damals erklärte freilich ein Richter – Harlan – in einem Minderheitsvotum: «Everyone knows that the statute in question had its origin in the purpose, not so much to exclude white persons from railroad cars occupied by blacks, as to exclude coloured people from coaches occupied by or assigned to white persons.» Er wies damit darauf hin, dass die so garantierte Gleichheit bloss formeller Natur war.
- 5 Art. 4 Abs. 1: «Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich.»
- 6 Bundesgerichtsentscheid 13 S. 1 ff (1887).
- 7 Bundesgerichtsentscheid 49 I 14 ff (1923).
- 8 Ein Begehren, für das Stadtparlament eine Mindestvorgabe von 40% Frauen- bzw. Männeranteil gesetzlich zu verankern, ist in Bern in einer Abstimmung vom 10. September 1995 mit Zweidrittelmehrheit abgelehnt worden.
- 9 Der Gleichberechtigung soll auch dadurch Rechnung getragen werden, dass in der Formulierung von Gesetzen und Verfügungen vermehrt geschlechtlich neutrale Formulierungen angestrebt oder beide Geschlechter genannt werden. Als Minimum gilt dabei die in Erlassen des Bundes mittlerweile obligate Fussnote, wonach sich Personenbezeichnungen auf Personen beider Geschlechter beziehen sollen. Gelegentlich treibt der Drang nach sprachlicher Gleichbehandlung auch seltsame Blüten. So ist in den bundesrätlichen Erläuterungen zum Vorentwurf des Geldwäschereigesetzes zu lesen: «Es ist der Bank nämlich erlaubt, auf die Identifizierung der wirtschaftlich berechtigten Person zu verzichten, wenn der/die Anwalt/in oder der/die Notar/in bescheinigt, dass er/sie im Rahmen seiner/ihrer üblichen Tätigkeit handelt.»
- 10 Gerade in Urteilen der Nazizeit finden sich übrigens immer wieder Verweisungen auf vorgegebene Werte, die «über» dem positiven Recht stehen sollen. Dies – und nicht das Beharren auf einem «positivistischen», formell korrekten Vorgehen – war der Hauptgrund für die «Unrechtsurteile» dieser Zeit.
- 11 «Drei Breitengrade stürzen die ganze Jurisprudenz um; ein Meridian entscheidet über die Wahrheit; nach wenigen Jahren der Geltung ändern sich die grundlegenden Gesetze... Wahrheit diesseits der Pyrenäen, Irrtum jenseits.»
- 12 Bundesgerichtsentscheid 106 Ib 189 (1980).

Wahrheiten im Recht?

Peter Forstmoser

Peter E. Ochsner/Peter Lutz (Hrsg.)

Wahrheiten auf der Spur

Politiker, Wissenschaftler, Philosophen, Unternehmer nehmen Stellung

288 Seiten, gebunden

Fr./DM 49.-/öS 382.-

ISBN 3 280 02341 6

Wahrheiten auf der Spur

HERAUSGEBER

PETER E. OCHSNER

PETER LUTZ

POLITIKER,

WISSENSCHAFTLER,

PHILOSOPHEN,

UNTERNEHMER

NEHMEN STELLUNG

PETER ARBENZ

ROBERT BARTH

SIDONIA BLÄTTLER

RUTH DURRER

GERTRUD ERISMANN-PEYER

THOMAS FLEINER-GERSTER

PETER FORSTMOSE

PETER FUHRER

ERICH GYSLING

DANIEL HELL

ELISABETH HSU

THOMAS ISLER

CHRISTIAN J. JÄGGI

BEAT KAPPELER

ULRICH KNELLWOLF

GEORG KOHLER

HANS-ULRICH LAPPERT

ANTON LEIST

IRENE MARIA MARTI

ALFRED M. NIEDERER

MICHAEL RINGIER

HEINRICH RÖHRER

THOMAS RUDIN

GERHARD SCHWARZ

VRENI SPOERRY

BERNHARD STAUFFER

WALTER TEMPERLI

DANIEL TEWLIN

DENNIS C. TURNER

ANDREAS WIMMER

Verlag Füssli

Separatdruck (S. 216 ff) aus: