

Die »Natur der Sache« und der Hüter der Verfassung

Tradition und Verfassungspraxis einer rechtspolitischen Formel

Recht ist ein System, das eine spezifische Ordnung regeln und garantieren soll. Allerdings ist das Recht kein geschlossenes Ordnungssystem. Dies gilt insbesondere für die Verfassung, die als Grundordnung der politischen Gemeinschaft notwendig lückenhaft bleibt. Da sie nur die *Grundordnung* regelt, kann und will sie »von vornherein nicht den Anspruch der Lückenlosigkeit oder gar systematischer Geschlossenheit« erheben; ja sie muss »unvollkommen und unvollständig bleiben, weil das Leben, das sie ordnen will, geschichtliches Leben ist und darum geschichtlichen Veränderungen unterliegt«¹. Wie aber soll sich die Rechtsprechung verhalten, wenn sie eine Entscheidung bei einer lückenhaften Gesetzeslage zu treffen hat? Im 19. Jahrhundert sprachen viele deutsche Autoren in solchen Fällen eine Empfehlung aus, die Heinrich Dernburg auf eine bis heute viel zitierte Formel brachte: »Die Lebensverhältnisse tragen ... ihr Maß und ihre Ordnung in sich. Diese den Dingen innewohnende Ordnung nennt man Natur der Sache. Auf sie muß der denkende Jurist zurückgehen, wenn es an einer positiven Norm fehlt oder wenn dieselbe unvollständig oder unklar ist.«²

Seither haben sich Rechtstheoretiker und Rechtspraktiker vielfach an der Formel der »Natur der Sache« orientiert. Sie gingen von der jeweiligen Ordnung der »Lebensverhältnisse« aus, wenn es in einem Streitfall keine klare Gesetzeslage gab. Diese Tradition zieht sich, ungeachtet einiger Konjunkturschwankungen, bis in die Verfassungspraxis der Gegenwart. So hat auch das Bundesverfassungsgericht seit seinem Bestehen in einer Reihe von Entscheidungen mit der »Natur der Sache« argumentiert und damit auf eine alte, aber keineswegs unumstrittene juristische Denkfigur zurückgegriffen³. Strittig ist nicht nur ihre methodische Zulässigkeit, sondern auch ihre verfassungspolitische Wirkung.

Entsprechend mangelt es nicht an verfassungsrechtlichen Untersuchungen zu dieser Denkfigur. Was bisher jedoch fehlte, ist eine politikwissenschaftliche Auseinandersetzung, die die rechtspolitischen Implikationen der Formel in den Blick genommen hätte. Im Folgenden wird zunächst ihre begriffspolitische Seite betrachtet

1 Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl. Heidelberg 1999, S. 10 f.

2 Heinrich Dernburg, *Pandekten*, Bd. 1, Berlin 1884, S. 86.

3 Vgl. BVerfGE 1, 13 (52); 1, 208 (247); 1, 117 (131); 2, 266 (275); 3, 19 (24); 9, 338 (349 f.); 11, 50 (50); 11, 89 (98 f.); 12, 36 (42); 12, 205 (206, 251); 12, 341 (348); 15, 1 (24); 22, 180 (217); 26, 246 (257); 40, 261 (265); 41, 291 (312); 84, 133 (148).

(I.) und anschließend ihre rechtspraktische Bedeutung gezeigt (II.). Ihre Rolle in der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts wird hinsichtlich der Frage diskutiert, ob sie ein rein rhetorischer Topos ist oder ob sie nicht vielmehr auf bestimmte Ordnungsvorstellungen rekurriert (III.). Aufgrund dieser Bestandsaufnahme wird abschließend nach den rechtspolitischen Konsequenzen gefragt, die sich aus der »Natur der Sache« ergeben (IV.).

I. Historische Semantik und Begriffspolitik

Die »Natur der Sache« ist keine Denkfigur, die erst in der Moderne entdeckt worden wäre. Sie ist eine alte Formel, die sich von Lukrez⁴ über Thomas von Aquin⁵ und Montesquieu⁶ bis heute durch die Geschichte des abendländischen Denkens zieht. Als spezifisch juristische Kategorie aber trat sie erst ab dem späten 18. Jahrhundert ihren Siegeszug an⁷ und spielte bis weit ins 20. Jahrhundert hinein eine gewichtige Rolle in der deutschen Rechtstheorie und Rechtspraxis. Zu ihren prominenten Anhängern zählen so unterschiedliche Autoren wie Rudolph von Jhering, Eugen Ehrlich oder Gustav Radbruch⁸. Die enorme Faszinationskraft, die sie auf den rechtsphilosophischen und verfassungsrechtlichen Diskurs ausübte, schlug sich in einer umfangreichen Publizistik nieder, die sich bis in die Gegenwart erstreckt. Angesichts dieser Prominenz muss man nicht betonen, dass sie nicht nur für die

4 Vgl. Titus Lucretius Carus, *De rerum natura*, Stuttgart 1994.

5 Dazu Ralf Dreier, *Zum Begriff der »Natur der Sache«*, Berlin 1965, S. 14 ff.; Winfried Hassemer, »Der Gedanke der »Natur der Sache« bei Thomas von Aquin« in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 49 (1963), S. 29–43.

6 Für Montesquieu ist die »Natur der Sache« insofern grundlegend, als sie seinem Gesetzesbegriff zugrundeliegt. Die Gesetze der jeweiligen Völker seien durch die Natur der Sache bedingt: durch die Lebensweise, Besitzverhältnisse, Sitten und Gebräuche sowie natürliche Gegebenheiten wie Klima, Boden, Lage, Größe und Vegetation. Er definiert die Gesetze als die »Beziehungen, die sich aus der Natur der Dinge mit Notwendigkeit ergeben« (Montesquieu, *Vom Geist der Gesetze*, hg. u. übers. v. Ernst Forsthoff, Bd. 1, 2. Aufl. Tübingen 1992, S. 9): »Les lois, dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses« (ders., *De l'Esprit des Lois* [1748], Genf 1749, S. 1). Entsprechend heißt es im Vorwort: »Je n'ai point tiré mes principes de mes préjugés, mais de la nature des choses« (ebd., S. III).

7 Dazu Gerhard Sprenger, *Naturrecht und Natur der Sache*, Berlin 1976, S. 62 ff.; Wolfgang Neusüß, *Gesunde Vernunft und Natur der Sache. Studien zur juristischen Argumentation im 18. Jahrhundert*, Berlin 1970; Dreier, aaO. (FN 5), S. 42 ff.; Heinrich Marx, *Die juristische Methode der Rechtsfindung aus der Natur der Sache bei den Göttinger Germanisten Johann Stephan Pütter und Justus Friedrich Runde*, Diss. jur. Göttingen 1967; Gustav Radbruch, *Die Natur der Sache als juristische Denkform* (1948), Sonderdruck Darmstadt 1960, S. 28 ff.

8 Rudolph von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (1858), 2. Teil, 2. Abt., 4. Aufl. Leipzig 1883, S. 388; Eugen Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913), hg. v. Manfred Reh binder, 4. Aufl. Berlin 1989, S. 304; Radbruch, aaO. (FN 7).

Rechtswissenschaft⁹, sondern auch für die politische Ideengeschichte außerordentlich bedeutsam ist.

Wer mit der »Natur der Sache« argumentiert, beruft sich in Rechtslehre und Politik zum einen auf etwas Naturgegebenes oder Selbstverständliches, das scheinbar nicht näher begründet werden muss. Zum anderen steht sie bei vielen Autoren für die Vorstellung, dass den menschlichen »Lebensverhältnissen«¹⁰, auf die man sich in diesem Zusammenhang oft bezieht, jeweils eine spezifische *Ordnung* zugrundeliegt. Wer die Formel in diesem Sinne verwendet, geht ausdrücklich oder stillschweigend von einer »Ordnung der Dinge« aus, an die konsequenterweise auch die Rechtsprechung und Gesetzgebung gebunden wären. Wenn eine richterliche Entscheidung mit der Formel argumentiert, erhält diese faktisch normative Bedeutung. Denn sie setzt nicht nur bestimmte Annahmen über die menschliche Natur voraus¹¹, sondern beinhaltet auch eine Wertentscheidung¹². Jeder Behauptung über die Natur einer Sache liegt zwangsläufig ein Werturteil zugrunde.

Da die »Natur der Sache« aber ein relativ unbestimmter Begriff ist, der sich auf denkbar verschiedene Weise füllen lässt, war sie in der deutschen Rechtslehre und Politik höchst umstritten. Nicht von ungefähr reagierten viele Kritiker allergisch auf die Formel. Schon Mitte des 19. Jahrhunderts herrschte »eine solche Verwirrung über das, was man unter dieser ›Natur der Sache‹ verstehen soll«, dass man »dieses unklare Wesen ... zu den gefährlichsten Werkzeugen wissenschaftlicher Argumentation« rechnete¹³. Dieses Dunkel hellte sich auch in den folgenden Jahrzehnten nicht auf. Ende des 19. Jahrhunderts musste Eugen Ehrlich feststellen, es gebe kaum einen anderen Begriff, »dessen Definitionen gleich nebelhaft wären und mit dem bei der praktischen Anwendung ein größerer Mißbrauch getrieben worden wäre«¹⁴. Dabei

- 9 Vgl. bereits Karl Larenz, »Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung. Eine rechtsmethodologische Untersuchung« in: *Festschrift für Arthur Nikisch*, Tübingen 1958, S. 275–305, hier S. 285; Alessandro Baratta, »Juristische Analogie und Natur der Sache« in: Alexander Hollerbach u. a. (Hg.), *Festschrift für Erik Wolf zum 70. Geburtstag*, Frankfurt a. M. 1972, S. 137–161, hier S. 145.
- 10 Die »Lebensverhältnisse«, auf die Heinrich Dernburg in seiner vielzitierten Definition rekurriert, sind bereits ein prominenter Topos bei Friedrich Julius Stahl, für den sie »schon durch die Natur gegeben« sind (Stahl, *Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung*. 1. Abt.: *Die Allgemeinen Lehren und das Privatrecht*, 5. Aufl. Tübingen 1878, S. 79). Er orientiert sich hier an dem, was Aristoteles *τέλος* nennt: die »den Lebensverhältnissen innewohnende Bestimmung« der Natur (ebd., S. 204).
- 11 Dazu Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl. Berlin/Heidelberg 1991, S. 417; Ekkehard Kaufmann, »Die Natur der Sache« in: *Juristische Schulung* 27 (1987), S. 848–852, hier S. 849 f.
- 12 Vgl. Kaufmann, aaO. (FN 11), S. 850 f.; Hans-Jürgen Wipfelder, »Die Theoreme ›Natur der Sache‹ und ›Sachzusammenhang‹ als verfassungsrechtliche Zuordnungsbegriffe« in: *Deutsches Verwaltungsblatt* 97 (1982), S. 477–486, hier S. 477; Günther Stratenwerth, *Das rechtstheoretische Problem der »Natur der Sache«*, Tübingen 1957, S. 24.
- 13 Burkard Wilhelm Leist, *Civilistische Studien auf dem Gebiete dogmatischer Analyse*. Erstes Heft. *Ueber die dogmatische Analyse Römischer Rechtsinstitute*, Jena 1854, S. 26.
- 14 Eugen Ehrlich, »Über Lücken im Rechte« (1888) in: ders., *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freirechtslehre*, hg. v. Manfred Rehbinder, Berlin 1967, S. 80–169, hier S. 113 f.

gehörte Ehrlich als Freirechtler keineswegs zu den entschiedenen Gegnern der Formel, sondern stellte vielmehr klar, dass kein Jurist auf sie verzichten könne: die Normen aus der Natur der Sache seien »ein Werk des Lebens, nicht des Gesetzgebers«¹⁵. Die Nebelhaftigkeit wollte allerdings auch im folgenden Jahrhundert nicht weichen. Bis weit ins 20. Jahrhundert hinein wurde moniert, dass die Meinungen über die »Natur der Sache« so stark voneinander abweichen, dass »dem Subjektivismus Tür und Tor geöffnet« sei¹⁶. Weiterhin stand im Vordergrund der Kritik, dass es sich um einen schillernden, äußerst vielgestaltigen Topos handle¹⁷.

Die Abweichungen waren allein im 20. Jahrhundert in der Tat gravierend. Während die Formel – um nur zwei Beispiele zu nennen – bei Gustav Radbruch als die Losung derer erschien, »welche die Vernunft in den Dingen suchen«¹⁸, wurde sie etwa bei dem NS-Juristen Hans-Helmut Dietze zu einer völkisch-naturrechtlichen Parole. Für ihn war das nationalsozialistische Recht ein Naturrecht, das der »Ordnung der Dinge« und der »Natur der Sache« entspreche, denn es werde »aus dem Wesen der Gemeinschaft gewonnen«, lebe im »Rechtsbewußtsein der Volksgenossen« und diene daher »als Maßstab des positiven Rechts und seiner Anwendung«. Und der oberste natürliche Rechtssatz laute: »Recht ist das, was arische Menschen für recht befinden.«¹⁹ Diese Position, die in der völkischen wie auch in der antipositivistischen Ausrichtung eng mit dem »konkreten Ordnungsdenken« Carl Schmitts verwandt ist, blieb jedoch eine der wenigen ideologischen Inanspruchnahmen der »Natur der Sache«.

Bei den weitaus meisten Autoren bezieht sich die Formel lediglich darauf, dass es Ordnungen gibt, und weniger darauf, um welche es sich handelt. Sie bietet dem Juristen also Ordnungskriterien, »aber keine Ordnung selbst«, wie Helmut Coing sagt: »Ihre Betrachtung führt zu der Erkenntnis, daß der Stoff, mit dem es die Rechtsordnung zu tun hat, das soziale Leben, keine völlig ungeformte Masse ist, sondern schon gewisse Strukturen aufweist, an welche die rechtliche Ordnung anknüpfen kann und muß.«²⁰ Folgt man Coing, würde dies nichts anderes bedeuten, als dass die Gesetzgebung und die Rechtsprechung in ihrer Arbeit nicht völlig frei sind, sondern vielmehr Gegebenheiten zu berücksichtigen haben, die auch außerhalb des positiven Rechts liegen können.

Es gehört zu den klassischen rechtsphilosophischen Maximen, »daß die Rechtsordnung im Zweifel eine der Natur der Sache entsprechende Regelung« zu treffen habe, da alles Recht »seinem Wesen nach auf eine möglichst sinnvolle, zweckmäßige und der in den Dingen angelegten Ordnung entsprechende Regelung gerichtet« sei²¹. Haben

15 Ehrlich, aaO. (FN 8), S. 304.

16 Hans Nawiasky, *Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe*, 2. Aufl. Einsiedeln/Zürich/Köln 1948, S. 145.

17 So etwa Wipfelder, aaO. (FN 12), S. 477.

18 Radbruch, aaO. (FN 7), S. 5.

19 Hans-Helmut Dietze, *Naturrecht in der Gegenwart*, Bonn 1936, S. 138 und 185.

20 Helmut Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 5. Aufl. Berlin/New York 1993, S. 190.

21 Claus-Wilhelm Canaris, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, 3. Aufl. Berlin/New York 1993, S. 190.

wir es hier also mit einem Einfallstor des Naturrechts zu tun? Die Parallelen zur naturrechtlichen Dogmatik liegen zunächst auf der Hand. Da sich die Formel aber auf einen jeweils konkreten Sachverhalt bezieht und die Art und Beschaffenheit der »Ordnung an sich« offenlässt, unterscheidet sie sich von der naturrechtlichen Dogmatik, die ja ein zeitlich und räumlich übergreifendes Recht begründen will. In diesem Sinne hat eine große Phalanx von Rechtsdenkern die »Natur der Sache« vom Naturrecht abgegrenzt – von Friedrich Julius Stahl²², Georg Friedrich Puchta²³ und Heinrich Dernburg²⁴ über Gustav Radbruch²⁵ bis Karl Larenz²⁶. Gleichwohl ist der naturrechtliche Kontext der Denkfigur unverkennbar. Nicht von ungefähr wird sie bis heute häufig im Zusammenhang des Naturrechts diskutiert²⁷.

Dies gilt – unter umgekehrten Vorzeichen – auch für ihre entschiedenen Kritiker, zu denen gegenwärtig vor allem der Rechtstheoretiker Friedrich Müller gehört. Er beobachtet die verbreitete Neigung, »die ›Natur der Sache‹ in naturrechtlicher Region anzusiedeln und sie gegen Vorschriften des positiven Rechts ... auszuspielen«²⁸. Diese Neigung aber ist ihm suspekt: Er hält die Denkfigur für überflüssig und würde sie am liebsten aus der Wissenschaft verbannen, denn er sieht sie als Symptom dafür, dass »hermeneutische Probleme durch Berufung auf naturrechtliche Evidenz« einfach umgangen werden, und er hält »eine naiv direkte Berufung auf übergesetzliche Inhalte« für »materiell-rechtlich gewaltsam und hermeneutisch unsinnig«²⁹. Diese polemische Kritik fährt schweres Geschütz gegen jede Verwendung der Formel auf. Sie übertrifft in ihrer Schärfe noch bei weitem die skeptischen Stim-

22 Stahl, aaO. (FN 10), S. 223.

23 Georg Friedrich Puchta, *Lehrbuch der Pandekten*, Leipzig 1838, S. 22.

24 Dernburg, aaO. (FN 2), S. 86: »Die Natur der Sache ist nicht zu verwechseln mit dem Naturrecht. Das Naturrecht stützt sich auf aprioristische Schlüsse. Es ist zur unmittelbaren Rechtsanwendung nicht geeignet.«

25 Radbruch, aaO. (FN 7), S. 7: Die Natur der Sache sei keine »naturrechtliche Denkform«, da sie die »Mannigfaltigkeit historischer und nationaler Rechtsbildungen« berücksichtige, während das Naturrecht ein »für alle Zeiten und Völker gleiches Recht« begründen wolle.

26 Larenz, aaO. (FN 9), S. 287: Die »Natur der Sache« bezeichne die Lebensverhältnisse, welche aber einem geschichtlichen Wandel unterliegen. Da das Naturrecht hingegen eine »zeitlos gültige Ordnung« sei, könne »man schwerlich die ›Natur der Sache‹ als ihre Grundlage annehmen«.

27 Vgl. etwa Reinhold Zippelius, *Rechtsphilosophie*, 3. Aufl. München 1994, S. 95 ff. Er glaubt allerdings, dass die Formel »nur zum Teil dem engeren Naturrechtsbegriff zuzuordnen« sei (ebd., S. 95). Vgl. auch Günter Ellscheid, »Das Naturrechtsproblem« in: Arthur Kaufmann / Winfried Hassemer (Hg.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6. Aufl. Heidelberg 1994, S. 179-247, hier S. 226 ff.; Sprenger, aaO. (FN 7); Karl Engisch, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit. Hauptthesen der Rechtsphilosophie*, München 1971, S. 232; Norberto Bobbio, »Über den Begriff der ›Natur der Sache‹« in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 44 (1958), S. 305-321, hier S. 309.

28 Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, 7. Aufl. Berlin 1997, S. 104.

29 Ders., *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, Berlin 1966, S. 94.

men in der Literatur, die sich gegenüber diesem Topos eher reserviert zeigen³⁰. Ob hier aber tatsächlich jene naive Berufung auf überpositive Inhalte vorliegt, wird im weiteren zu prüfen sein.

II. Sachlichkeit oder Ideologie?

Die »Natur der Sache« hatte von Anfang an neben ihrer rechtsphilosophischen Dimension auch eine rechtspraktische Bedeutung, stellt sie doch eine Konstruktion bereit, die den Juristen davor schützt, im Falle von Gesetzeslücken die Flucht ergreifen zu müssen. Schon Justus Friedrich Runde, einer der frühen Popularisatoren der Formel, postulierte Anfang des 19. Jahrhunderts: Was man in Ermangelung positiven Rechts aus der Natur der Sache folgern könne, sei »ebenfalls so gemein gültig und geltend, als die gesunde Vernunft; und hat bey Entscheidung der Streitigkeiten ... in jedem Falle Anwendung, wo es an positiven Bestimmungen fehlt«³¹. Mit dieser entschiedenen Position legitimierte er die Natur der Sache als Rechtsquelle. So konnte Georg Friedrich Puchta ein paar Jahrzehnte später dem Richter guten Gewissens empfehlen, stets von der Natur der Sache auszugehen, wenn er »sich von den äußeren Quellen verlassen findet«³². Auch Heinrich Dernburg, der das Recht bereits hundert Jahre vor Niklas Luhmann ganz autopoietisch als System verstand, »welches die Fähigkeit hat, sich aus sich selbst heraus zu vervollständigen«, sprach die gleiche Empfehlung aus³³.

Weite Teile der deutschsprachigen Jurisprudenz folgten willig dieser Empfehlung. Ungeachtet der Wurzeln der Denkfigur in der römischen und französischen Literatur beschränkte sich ihre enorme Rezeption und Wirkungskraft weitgehend auf den deutschen Sprachraum, wo sie über zweihundert Jahre hinweg als Mittel zur Überbrückung von Gesetzeslücken ins Feld geführt wurde³⁴. Von hier wirkte sie im 20.

30 Vgl. etwa Katharina Harms, »Kompetenzen des Bundes aus der »Natur der Sache«?« in: *Der Staat* 33 (1994), S. 409-428, hier S. 409.

31 Justus Friedrich Runde, *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts*, 4. Aufl. Göttingen 1806, S. 72. Diese Formulierung fiel in der ersten Auflage (1791) noch weit verhaltener aus: »... was in Ermangelung solcher positiven Rechte aus der Natur der Sache gefolgert und zur Anwendung gebracht wird, ist in aller Rücksicht gleichfalls gemeines deutsches Recht« (ders., *Grundsätze des allgemeinen deutschen Privatrechts*, Göttingen 1791, S. 55). Gleichwohl heißt es hier bereits, dass im Falle fehlender Quellen »allgemeine aus der Natur der Sache selbst abgeleitete Rechtsgrundsätze als Hauptquelle des gemeinen deutschen Privatrechts zu betrachten« seien (ebd., S. 33). – Runde, der sich auch in anderen Werken stets auf die Formel berief, leitete eine Vielzahl einzelner Rechtsbereiche, etwa das Zinsrecht, aus der »Natur der Sache« ab.

32 Puchta, aaO. (FN 23), S. 22.

33 Dernburg, aaO. (FN 2), S. 84. Diese »Selbstergänzung« erfolge durch Analogie-Bildung und Rekurs auf die Natur der Sache (ebd., S. 86).

34 Dazu Larenz, aaO. (FN 11), S. 430; Heinrich Henkel, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2. Aufl. München 1977, S. 379; Radbruch, aaO. (FN 7), S. 15; Stratenwerth, aaO. (FN 12), bes. S. 27. Vgl. auch Arthur Kaufmann, *Analogie und »Natur der Sache«*, 2. Aufl. Heidelberg 1982, S. 1 ff.; Peter Kolb, *Der Begriff der »Natur der Sache« in der höchstrichterlichen Rechtsprechung*, Diss. jur. Würzburg 1964, S. 123 ff.

Jahrhundert nur sehr spärlich vor allem auf die italienische Rechtstheorie zurück³⁵. Von Anfang an legitimierte man sie mit dem Argument, sie sei ein probates Mittel, um Vernunft und Sachlichkeit in der Rechtsprechung zu verankern. Ihre Vertreter waren davon überzeugt, sie sei »der Maßstab des Vernünftigen, Sachgemäßen und damit eine Richtlinie, die für Gestaltung und Anwendung des Gesetzes, für Gesetzgeber und Richter wesentlich ist«³⁶. Die Berufung auf die Natur der Sache konnte auf diese Weise rechtsbildende, rechtsschöpfende Kraft gewinnen.

Im 19. und frühen 20. Jahrhundert richtete sich die Verwendung der Formel nicht zuletzt gegen den zeitgenössischen Positivismus und Rechtsformalismus. Umgekehrt ist klar, dass die positivistische Rechtslehre ihr kaum zustimmen konnte. Für die Positivisten war es eine völlig abwegige Vorstellung, im Falle einer lückenhaften Gesetzeslage auf die Natur der Sache zurückzugreifen. So spottete bereits Karl Bergbohm: »Noch immer möchte man der *Natur der Sache* eine Rechtsnorm abzwängen, die noch nicht da ist.« Das beliebte Gesetzeslückenargument wischte Bergbohm kurzerhand vom Tisch und verkündete apodiktisch: »Das positive Recht hat überhaupt keine Lücken.«³⁷ Vom Standpunkt des zeitgenössischen Positivismus aus war eine solche Haltung in der Tat nur konsequent, denn für ihn gab es weder Gesetzeslücken noch über- oder außerpositives Recht: Das Recht existierte für ihn nur als Gesetz. So stand die positivistische Meinung ein Jahrhundert lang – von Bernhard Windscheid bis Hans Kelsen³⁸ – der Formel feindlich gegenüber.

Um so erstaunter glaubte Werner Maihofer Mitte des letzten Jahrhunderts sagen zu können, dass »der vom Positivismus totgesagte Gedanke der Natur der Sache in der Rechtstheorie und Rechtspraxis ... wieder auferstanden« sei und zu »einer neben dem Gesetz stehenden außergesetzlichen Rechtsquelle« werde³⁹. Aber gab es wirklich Anlass zu solch freudigem Erstaunen? In der Tat gab es in den späten fünfziger und frühen sechziger Jahren eine ungeahnte Renaissance der Formel, die sich entsprechend publizistisch niederschlug⁴⁰. Aber dass man sie plötzlich als außergesetzliche Rechtsquelle wiederentdeckt hätte, kann man nicht pauschal behaupten. Nicht einmal ihr letzter großer Theoretiker, Gustav Radbruch, hatte auf den ausdrück-

35 Beispielhaft sei hier nur auf Alessandro Baratta und Norberto Bobbio verwiesen. Vgl. aber aus australischer Perspektive Julius Stone, »The Nature of Things« on the Way to Positivism?« in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 50 (1964), S. 145–168.

36 Georg Dahm, *Deutsches Recht. Die geschichtlichen und dogmatischen Grundlagen des geltenden Rechts*, Stuttgart 1951, S. 33. In der veränderten zweiten Auflage (Stuttgart 1963) findet sich dieser Satz nicht mehr.

37 Karl Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Bd. 1, Leipzig 1892, S. 353 und 373.

38 Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. Wien 1960, S. 409. Vgl. auch Adolf Arndt, *Rechtsdenken in unserer Zeit. Positivismus und Naturrecht*, Tübingen 1955, S. 27.

39 Werner Maihofer, »Die Natur der Sache« in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 44 (1958), S. 145–174, hier S. 145 und 172.

40 Vgl. etwa Stratenwerth, aaO. (FN 12); Bobbio, aaO. (FN 27), S. 305–321; Larenz, aaO. (FN 9), S. 286 ff.; Ottmar Ballweg, *Zu einer Lehre von der Natur der Sache*, Basel 1960; Dahm, *Deutsches Recht*, 2. Aufl. Stuttgart 1963, S. 28 ff.; Kolb, aaO. (FN 34); Herbert Schambeck, *Der Begriff der »Natur der Sache«. Ein Beitrag zur rechtsphilosophischen Grundlagenforschung*, Wien 1964.

lichen Hinweis verzichtet, dass sie keine Rechtsquelle sein könne, sondern nur »ein Mittel der Auslegung und Lückenausfüllung« – und auch nur dann, wenn sie »mit dem Geist des Gesetzes nicht in Widerspruch« stehe⁴¹. Bei Maihofer war womöglich der Wunsch der Vater des Gedankens, denn er blieb der vorerst letzte Autor, der in der »Natur der Sache« eine Rechtsquelle erblickte. So bejahte man zwar vereinzelt ihre Bedeutung »als Mittel der Auslegung und Ergänzung des Gesetzes durch Lückenausfüllung«, lehnte sie als *Rechtsquelle* jedoch stets eindeutig ab⁴².

Es ist keineswegs überraschend, dass sie in einer rechtspositivistisch dominierten Zeit kategorisch verneint wurde. In den siebziger Jahren konnte man nur zu dem Schluss kommen, dass die »Natur der Sache« in ihrer Eigenschaft als Rechtsquelle »als definitiv widerlegt betrachtet werden« müsse⁴³. Dass sie von einer Wissenschaft widerlegt wurde, die ohnehin jede Bindung an außerrechtliche Normen strikt ablehnt, ändert nichts an der Repräsentativität dieses Standpunkts. Nachdem man sie schon einmal im späten 19. Jahrhundert aus der Wissenschaft vertrieben hatte, wurde dies im 20. Jahrhundert mit gleicher Entschiedenheit noch einmal durchexerziert. Man hielt es nicht mehr für »zweckmäßig«, die Natur der Sache »als rechtswissenschaftlichen Fachausdruck zu verwenden«⁴⁴, und forderte, eine »rationale juristische Argumentation« solle auf die »Natur der Sache« verzichten⁴⁵. Die Formel wurde unter Ideologieverdacht gestellt. Man monierte, dass sich hinter ihr »die Annahme einer Eigengesetzlichkeit der Dinge« verberge, die eine Verdinglichung der Menschen, ja gar eine »*Entmenschlichung des Rechts*« nach sich ziehe⁴⁶. Vor allem Friedrich Müller meint, die Natur der Sache habe als »außergesetzliche Rechtsquelle, als gegenüber der positiven Rechtsordnung höherwertig postulierte ... Figur in einer Methodik des Verfassungsrechts keinen Ort«⁴⁷. Andernfalls entstehe die

41 Radbruch, aaO. (FN 7), S. 15. Zu dieser Frage auch Schambeck, aaO. (FN 40), S. 65 ff.; Bobbio, aaO. (FN 27), S. 320. Malte Dießelhorst (*Die Natur der Sache als außergesetzliche Rechtsquelle verfolgt an der Rechtsprechung zur Saldotheorie*, Tübingen 1968, S. 244) zeigt jedoch ihren »Rechtsquellencharakter«.

42 Henkel, aaO. (FN 34), S. 379 und 380 ff. Dort auch die – etwas redundanten – Ausführungen zur Natur der Sache (ebd., S. 371 ff.). Vgl. auch Wipfelder, aaO. (FN 12), S. 480.

43 Christoph Degenhart, *Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat*, München 1976, S. 39. Kritisch hingegen Karl Larenz: »Das Ausweichen in die reine Positivität des Rechts ist immer eine Selbsttäuschung. In Wahrheit ist die Metaphysik, der man den offenen Zutritt versagt, in den unausgesprochenen Voraussetzungen doch immer schon enthalten« (Larenz, aaO. (FN 9), S. 290).

44 Dreier, aaO. (FN 5), S. 127.

45 Neusüß, aaO. (FN 7), S. 121.

46 Arndt, aaO. (FN 38), S. 27. Aber kann man dies wirklich behaupten? Hinter der Formel steht zwar in der Tat die Vorstellung einer Ordnung der Dinge, aber dies hat mit einer Verdinglichung sicherlich ebenso wenig zu tun wie mit einer »Entmenschlichung«. Hier berühren sich entgegengesetzte Positionen, denn Adolf Arndt kam zu dem gleichen Schluss wie Friedrich August von Hayek, für den die Vorstellung einer Ordnung der Dinge absurd war (Hayek, »Rechtsordnung und Handelsordnung« (1967) in: ders., *Freiburger Studien*, 2. Aufl. Tübingen 1994, S. 161–198, hier S. 182).

47 Müller, aaO. (FN 28), S. 104. Er beruft sich an dieser Stelle auf Friedrich Carl von Savigny, *Juristische Methodenlehre* (1802/03), Stuttgart 1951, S. 47. Dort findet sich jedoch kein entsprechendes Votum für einen Ausschluss der Natur der Sache aus der juristischen Methodik.

Gefahr, dass die »richterliche Spruchpraxis zum vielleicht ungewollten Instrument ideologischer Fixierung« werde⁴⁸.

Sind diese Einwände berechtigt? Besteht wirklich die Gefahr einer ideologischen Fixierung der Rechtsprechung? Um dies zu prüfen, muss man sich zunächst die Frage der »Fixierung« als solche stellen. Wer mit der Natur der Sache – in dem von Müller kritisierten Sinne – argumentiert, setzt die Geltung einer vorgegebenen Ordnung, zumindest naturrechtliche Postulate wie etwa das der Gerechtigkeit voraus. Er begreift das Recht als eine Ordnung, an die auch die Gesetzgebung und Rechtsprechung gebunden wären. Die Rechtswissenschaft der Gegenwart aber vermag an die Existenz einer solchen Ordnung nicht zu glauben und meldet an diesem Punkt ideologiekritische Bedenken an. Da sich der Topos zudem auf die herrschenden »Lebensverhältnisse« bezieht, die als Orientierungspunkt der richterlichen Spruchpraxis dienen, glaubte man, folgern zu können, dass »dasjenige, was überprüft werden soll, zum Kriterium der Prüfung« gemacht werde⁴⁹. Führt die Verwendung der Formel tatsächlich in einen solchen argumentativen Zirkel? Das ist allein schon deshalb nicht der Fall, weil in der Rechtsprechung ja nicht über die Lebensverhältnisse selbst entschieden wird, sondern jeweils über konkrete Rechtsfälle.

Niemand wird behaupten, dass die »Natur der Sache« ein Instrument revolutionärer Rechtspraxis wäre. Indem sie sich an den jeweils bestehenden Ordnungen orientiert, scheint das Gegenteil nahezuliegen. Schon Gustav Radbruch glaubte, dass die Formel »eminent geeignet« sei, »konservativem Rechtsdenken zur Grundlage zu dienen«⁵⁰. In diese Richtung zielen auch neuere Autoren, die ihre Position noch gewählter als Radbruch ausdrücken, etwa wenn sie die Denkfigur als »traditionsfestigendes, kontinuierkeitsförderndes, insofern aber auch Neuerungen retardierendes Element« sehen⁵¹. Die Radbruchsche Konservatismusthese würde auch die richterliche Spruchpraxis berühren, sofern diese sich auf die Natur der Sache beruft. Hat sie tatsächlich jene politisch konservativen Konsequenzen? Diese Frage bedarf einer näheren Prüfung anhand der Entscheidungspraxis des Bundesverfassungsgerichts.

III. Die Spruchpraxis des Bundesverfassungsgerichts

Die Formel hat über einen langen Zeitraum eine prominente Rolle in der höchstrichterlichen Rechtsprechung gespielt. Seit Beginn seiner Tätigkeit hat sich das Bundesverfassungsgericht bei zahlreichen Entscheidungen *expressis verbis* auf die Natur der Sache berufen⁵². Aus der Spruchpraxis lässt sich ersehen, dass die Verfassungsrechtsprechung, die in vielen Fällen auf veränderte gesellschaftliche Bedingungen reagiert, Entscheidungsmaximen aus der normativen Auslegung der »Natur

48 Müller, aaO. (FN 28), S. 105. Ähnlich bereits ders., aaO. (FN 29), S. 94 ff.

49 Gerhard Robbers, *Gerechtigkeit als Rechtsprinzip. Über den Begriff der Gerechtigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Baden-Baden 1980, S. 107.

50 Radbruch, aaO. (FN 7), S. 7.

51 Robbers, aaO. (FN 49), S. 108.

52 Vgl. oben die Belege in FN 3.

der Sache« gewonnen hat. Diese Prominenz spiegelt sich auch in der Literatur, denn eine Fülle von Grundgesetzkommentaren⁵³, Staatsrechtslehrbüchern⁵⁴, juristischen Methodenlehren⁵⁵ und Einzeluntersuchungen⁵⁶ widmet sich dieser Denkfigur.

Sie taucht bereits in einem der ersten Karlsruher Urteile auf, nämlich in der richtungweisenden Entscheidung zum Gleichheitssatz. In der Urteilsbegründung heißt es: »Der Gleichheitssatz ist verletzt, wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden läßt, kurzum, wenn die Bestimmung als willkürlich bezeichnet werden muß.«⁵⁷ Hier wird die Formel in einem spezifischen Sinn verwandt; sie wird gleichgesetzt mit Adjektiven wie »vernünftig« und »sachlich einleuchtend«. Die Karlsruher Richter blieben dieser Semantik auch in den folgenden Jahren treu, indem sie den Wortlaut der Gleichheitssatzentscheidung bei weiteren Urteilen einfach erneut zitierten⁵⁸. Ein Rekurs auf eine bestimmte Ordnungsvorstellung aber ist in jenen Urteilen noch nicht zu erkennen. Dies gilt auch für das Urteil zum Länderfinanzausgleich, in dem

- 53 Vgl. Günter Hoog in: Ingo v. Münch / Philip Kunig (Hg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 2, 5. Aufl. München 2001, Art. 22, Rdnr. 15, 20; Manfred Gubelt in: ebd., Art. 30, Rdnr. 14 ff.; Christoph Degenhart in: Michael Sachs (Hg.), *Grundgesetz-Kommentar*, 2. Aufl. München 1999, Art. 70, Rdnr. 24 ff.; Joachim Wieland in: Horst Dreier (Hg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. II, Tübingen 1998, Art. 22, Rdnr. 15; Pernice, ebd., Art. 30, Rdnr. 30, 33; ders., ebd., Art. 54, Rdnr. 18; Stettner, ebd., Art. 70, Rdnr. 54 ff.; Theodor Maunz in: Maunz / Dürig (Hg.), *Grundgesetz-Kommentar*, München 1994, Art. 22, Rdnr. 19, 31; Peter Lerche, ebd., Art. 83, Rdnr. 34.
- 54 Vgl. Christoph Degenhart, *Staatsrecht I*, 17. Aufl. Heidelberg 2001, S. 53; Ekkehard Stein / Götz Frank, *Staatsrecht*, 17. Aufl. Tübingen 2000, S. 116 f.; Dieter Schmalz, *Staatsrecht*, 4. Aufl. Baden-Baden 2000, S. 99 f.; Theodor Schramm, *Staatsrecht*, Bd. I, 4. Aufl. Köln/Berlin/Bonn/München 1987, S. 208 f.
- 55 Vgl. Müller, aaO. (FN 28), S. 45 ff.; Wolfgang Gast, *Juristische Rhetorik*, 3. Aufl. Heidelberg 1997, S. 316 ff.; Dirk Looschelders / Wolfgang Roth, *Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung*, Berlin 1996, S. 314 ff.; Peter Raisch, *Juristische Methoden*, Heidelberg 1995, S. 176 ff.; Peter Schwacke, *Juristische Methodik*, 3. Aufl. Köln 1995, S. 64; Larenz, aaO. (FN 11), S. 419 ff.
- 56 Vgl. Harms, aaO. (FN 30), S. 409 ff.; Albert Bleckmann, »Zu den ungeschriebenen Bundeskompetenzen aus der Natur der Sache« in: *Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter* 4 (1990), S. 109-116; Wilfried Erbguth, »Bundesstaatliche Kompetenzverteilung im Bereich der Gesetzgebung« in: *Deutsches Verwaltungsblatt* 103 (1988), S. 317-327, hier S. 324 ff.; Kaufmann, aaO. (FN 11); Wipfelder, aaO. (FN 12), S. 477 ff.; Robbers, aaO. (FN 49), S. 104 ff.; Degenhart, aaO. (FN 43), S. 36 ff.; Martin Bullinger, »Ungeschriebene Kompetenzen im Bundesstaat. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Zuständigkeiten von Bund und Ländern kraft Sachzusammenhangs und kraft Natur der Sache« in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 96 (1971), S. 237-285, hier S. 268 ff.; Reiner Schmidt, »Natur der Sache und Gleichheitssatz« in: *Juristenzeitung* 22 (1967), S. 402-404; Schambeck, aaO. (FN 40), S. 103 ff.; materialreich bereits Kolb, aaO. (FN 34).
- 57 BVerfGE 1, 13 (52). – Mit Blick auf die Frage der »gesetzlichen Differenzierung oder Gleichbehandlung« würde man etwa sagen können, dass sich z. B. beim Mutterschutz eine gesetzliche Differenzierung aus der »Natur der Sache« ergibt.
- 58 Vgl. etwa BVerfGE 1, 208 (247); 12, 341 (348).

das Gericht entschied: Der Umstand, dass »die finanzstärkeren Länder den schwächeren Ländern in gewissen Grenzen Hilfe zu leisten haben«, führe »nach der Natur der Sache zu einer gewissen Beschränkung der finanziellen Selbständigkeit der Länder«⁵⁹. Hier wird lediglich ein schlichter Sachverhalt aus dem ABC des Föderalismus illustriert: Wenn die Reichen den Armen helfen müssen, schränkt dies ihre finanzpolitische Freiheit ein. In ähnlichem Sinn verfügte das Gericht in seinem Freizügigkeitsurteil, es liege »in der Natur der Sache«, dass z. B. bei Seuchengefahr »Einschränkungen der Freizügigkeit zulässig« seien⁶⁰.

Bei diesen und anderen⁶¹ Entscheidungen blieb die Natur der Sache ein Synonym für Begriffe wie »naturgemäß«, »zwingend« oder »logisch notwendig«⁶². Das Bundesverfassungsgericht argumentierte in diesen Fällen mit der Formel, um einen anscheinend unproblematischen oder selbstverständlichen Sachverhalt zu begründen. Das Gericht hat sie in der Tat manchmal als eine Art Passepartout-Begriff verwendet, um die Plausibilität der jeweiligen Begründung zu unterstreichen oder umständliche Argumentationswege abzukürzen. In diesen Kontexten gehört die Formel zur juristischen Topik: Man stützt sich auf herrschende oder allgemeine Meinungen, um rhetorisch überzeugend zu argumentieren⁶³.

Aber lässt sich dieser rhetorische Aspekt für die Verwendung der Denkfigur insgesamt generalisieren? Vertraut man der verfassungsrechtlichen Literatur, dann scheint genau dies der Fall zu sein. Heute herrscht jedenfalls die einhellige Meinung, dass die Formel lediglich eine eingehendere Erläuterung überflüssig machen wolle; dass sie nur formelhaft verwandt werde, »um bestimmte Folgerungen als selbstver-

59 BVerfGE 1, 117 (131).

60 BVerfGE 2, 266 (275).

61 Auch im Urteil zur Verfassungsbeschwerde der Gesamtdeutschen Volkspartei gegen das Bundeswahlgesetz wurde die Klage mit der Begründung zurückgewiesen, die »Natur der Sache« bringe es »mit sich, daß nicht jeder dieser Grundsätze [der Chancengleichheit] in voller Reinheit verwirklicht werden« könne (BVerfGE 3, 19 (24)). Die Gesamtdeutsche Volkspartei hatte gegen die Bestimmung des Bundeswahlgesetzes geklagt, dass für jeden Wahlvorschlag mindestens 500 Unterschriften zu erbringen waren. Da dies die Startbedingungen gegenüber den etablierten Parteien erschwerte, sah die GVP den Chancengleichheitsgrundsatz verletzt. – In seinem Fernsehurteil untersagte das Gericht die Einrichtung eines Regierungsfernsehens, tröstete die Bundesregierung jedoch mit einem Verweis auf die »Natur der Sache«: »Entscheidet das Gericht später, daß die Veranstaltung von Fernsehsendungen durch den Bund zulässig ist, so steht der Veranstaltung solcher Sendungen nichts mehr im Wege. Es liegt in der Natur der Sache, daß die vorläufige Regelung eines Zustands gewisse Wirkungen äußert, die sich nachträglich nicht ungeschehen machen lassen« (BVerfGE 12, 36 (42)).

62 Bereits Peter Kolb meint, sie bezeichne häufig »nichts anderes als das ›Normale‹, ›Zweckmäßige‹ oder ›Notwendige‹« (Kolb, aaO. (FN 34), S. 108).

63 Dazu Baratta, aaO. (FN 9), S. 150. Vgl. auch Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2. Aufl. Frankfurt a. M. 1991, S. 39 ff.; Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 5. Aufl. München 1974; vgl. allgemein Ernst-Wolfgang Böckenförde, »Die Methoden der Verfassungsinterpretation« in: ders., *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt a. M. 1991, S. 63–89, bes. S. 61 ff.

ständig hinzustellen«⁶⁴; dass sie ein reines Evidenzargument⁶⁵, ein »ersetzbares, in Wahrheit funktionsloses Schlagwort« sei – anspruchsvoller gesagt: ein »Hilfsmittel der Konkretisierung des Willkürverbots«, ein »Kriterium für die Systemkonsequenz gesetzlicher Gesamtregelungen«⁶⁶.

Ist dies tatsächlich der Fall? Hier besteht durchaus Grund zur Skepsis. Angesichts des in der Regel weiten rechtsdogmatischen Horizonts der Karlsruher Richter ist kaum anzunehmen, dass sie sich nicht über die rechtsphilosophische Tradition und Bedeutung ihrer Wortwahl im klaren waren. Überdies handelt es sich ja nicht um eine historische Figur, die in grauer Vorzeit die Literatur beherrscht hätte, sondern um einen juristischen Topos, der auf der Tagesordnung der aktuellen rechtstheoretischen Diskussion stand. Es dürfte also viel wahrscheinlicher sein, dass die Hüter der Verfassung, die ihre Worte ohnehin sehr bedacht wählten, sich durchaus bewusst in jene lange Tradition stellten, die sich mit dieser Formel verbindet.

Dies lässt sich anhand von drei Entscheidungen zeigen. Im bereits zitierten Fernseh-Urteil untersagte das Gericht die Inbetriebnahme von Adenauers geplantem »Deutschland-Fernsehen« und erließ die einstweilige Anordnung, dass vorerst nur das ARD-Fernsehprogramm ausgestrahlt werden dürfe. Von entscheidendem Belang war hier die Frage, ob der Bund bzw. die Bundesregierung überhaupt berechtigt ist, als Betreiber eines Fernsehens aufzutreten. Die Bundesregierung hatte bereits im Vorfeld ihre Position mit dem Argument begründet, es liege in der »Natur der Sache«, dass dem Bund an einer nationalen Repräsentation durch ein Deutschland-Fernsehen gelegen sei. Die Regierungsvertreter waren offenbar mit der Karlsruher Spruchpraxis vertraut und hatten die Formel der »Natur der Sache« womöglich aus entsprechend strategischen Motiven ins Feld geführt. Dieser Strategie war jedoch kein Erfolg beschieden, denn das Bundesverfassungsgericht replizierte knapp: »Der Bund hat hierfür keine Kompetenz aus der Natur der Sache.«⁶⁷ Wie reflektiert die Formel verwendet wurde, zeigt auch der weitere Wortlaut der vielzitierten Urteilsbegründung: Eine Kompetenz aus der »Natur der Sache« gründe auf dem »ungeschriebenen, im Wesen der Dinge begründeten, mithin einer aus-

64 Degenhart, aaO. (FN 43), S. 36.

65 Harms, aaO. (FN 30), S. 419; Kaufmann, aaO. (FN 11), S. 852.

66 Müller, aaO. (FN 28), S. 45. Die »Natur der Sache« ist für Müller nur eine juristische Metapher. Sie erscheine in der Rechtsprechung »nicht als eigenständiges methodisches Instrument dafür, Sinn und Zweck der gesetzlichen Gesamtregelung zu ermitteln, sondern als Metapher auf eine auf wechselnde Art bewertete Relation von sachlichen Gegebenheiten und gesetzlichen Regelungen«. Es handele sich »nicht um ein eigenes, methodisch selbständig umschreibbares Kriterium, sondern allgemein um die Berücksichtigung realer Gegebenheiten der sozialen Welt für den Entscheidungszusammenhang des zu lösenden Falls« (ebd.). Die Formel diene »als Sammelbegriff für Überlegungen zur immanenten Gesetzlichkeit von als geschlossen vorgestellten Lebensbereichen, von rechtlichen Ordnungsbereichen oder ›Ordnungssystemen‹. Als solche Ordnungssysteme werden z. B. das Recht vergleichbarer Berufsordnungen, das Sozialversicherungsrecht, das Recht der Arbeitslosenhilfe, des Finanzausgleichs, das Steuerrecht, Dienststrafrecht und Wahlrecht behandelt« (ebd., S. 46).

67 BVerfGE 12, 205 (206).

drücklichen Anerkennung durch die Reichsverfassung nicht bedürftigen Rechtsatz, wonach gewisse Sachgebiete, weil sie ihrer Natur nach eigenste, der partikularen Gesetzgebungszuständigkeit *a priori* entrückte Angelegenheiten des Reichs darstellen, vom Reiche und nur von ihm geregelt werden können«⁶⁸.

Hier ist vom *Reich* und nicht vom *Bund* die Rede, weil es sich um ein Zitat von Gerhard Anschütz aus dem Jahre 1930 handelt⁶⁹. Die Richter stützten sich in ihrer Argumentation auf die große Autorität der Weimarer Staatsrechtslehre, versäumten es jedoch nicht, darauf hinzuweisen, dass der Sachverhalt genauso auch für die Bundesrepublik gelte, und belehrten die unterlegene Bundesregierung: »Schlußfolgerungen aus der Natur der Sache müssen begriffsnotwendig sein und eine bestimmte Lösung unter Ausschluß anderer Möglichkeiten sachgerechter Lösung zwingend fordern« – aber das sei »hier nicht der Fall«⁷⁰.

Der springende Punkt in der Urteilsbegründung ist die Position, dass sich ungeschriebenes Verfassungsrecht aus dem »Wesen der Dinge« deduzieren lasse. Geht das Bundesverfassungsgericht also von einem vorgegebenen »Wesen« des Bundesstaates aus? In der Tat hat es den Anschein, als ob bundesstaatliche Kompetenzen hier aus einem apriorischen Verständnis deduziert würden⁷¹. Es ist allerdings kaum anzunehmen, dass das Gericht hier von ontologischen Gegebenheiten ausgeht, sondern vielmehr den konkreten Bundesstaat der Bundesrepublik vor Augen hat. Gleichwohl ist klar, dass der Argumentation ein Begriff des Bundesstaates zugrundeliegt, aus dem man eine bestimmte Kompetenzordnung zwingend folgern könne. Das Gericht bedient sich hier einer – im Sinne Max Webers⁷² – typisierenden Betrachtungsweise: Die *Sache*, um die es geht, ist der *Typus* des Bundesstaates⁷³. Jede

68 BVerfGE 12, 205 (251).

69 Gerhard Anschütz, »Die Reichsaufsicht« in: Gerhard Anschütz / Richard Thoma (Hg.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Bd. 1, Tübingen 1930, S. 363-377, hier S. 367. Das Gericht zitiert Anschütz nicht ganz korrekt. Im obigen Zitat ist der richtige Wortlaut bei Anschütz wiedergegeben.

70 BVerfGE 12, 205 (251).

71 So Bullinger, aaO. (FN 56), S. 273. Anders Harms, aaO. (FN 30), S. 413.

72 Vgl. Andreas Anter, *Max Webers Theorie des modernen Staates. Herkunft, Struktur und Bedeutung*, 2. Aufl. Berlin 1996, S. 21 ff.

73 Ein solches typisierendes Verfahren ist auch für eine aktuelle rechtspolitische Frage wie die der Privatisierung der Gefahrenabwehr von Belang. Denn jede Aussage darüber, welche Aufgaben der Staat auf dem Gebiet der Ordnungspolitik zu übernehmen habe, hängt stets davon ab, welchen Begriff von Staatlichkeit man seiner Position zugrundelegt. Vgl. Bernhard Weiner, *Privatisierung von staatlichen Sicherheitsaufgaben*, Frankfurt a. M. 2001; Christof Gramm, *Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben*, Berlin 2001, S. 38 ff., 114 ff.; Gerhard Nitz, *Private und öffentliche Sicherheit*, Berlin 2000, S. 57 ff.; Florian Huber, *Wahrnehmung von Aufgaben im Bereich der Gefahrenabwehr durch das Sicherheits- und Bewachungsgewerbe*, Berlin 2000, S. 165 ff.; Lutz Gollan, *Private Sicherheitsdienste in der Risikogesellschaft*, Freiburg 1999; Christoph Gusy (Hg.), *Privatisierung von Staatsaufgaben*, Baden-Baden 1998; Ingo J. Hueck, »Staatliche Polizei und private Sicherheitsdienste in den Vereinigten Staaten und Deutschland« in: *Der Staat* 36 (1997), S. 211-236; Fritz Sack u. a. (Hg.), *Privatisierung staatlicher Kontrolle*, Baden-Baden 1995; Bernd Jeand'Heur, »Von der Gefahrenabwehr als staatlicher Angelegenheit zum Einsatz privater Sicherheitskräfte« in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 119 (1994), S. 107-136.

Aussage über das Wesen des Bundesstaates setzt einen bestimmten *Begriff* des Bundesstaates voraus. Von diesem Begriff hängt es ab, wie das Urteil über die Zuweisung der jeweiligen Kompetenz ausfällt.

Nicht nur die verfassungsrechtliche Literatur, sondern auch fast jeder Grundgesetzkommentar zeigt, dass die »Natur der Sache« bei der Ermittlung ungeschriebener Bundeskompetenzen in vielen Fällen einen leitenden Gesichtspunkt bildet⁷⁴. Daher ist die These, dass die Figur in der Kommentarliteratur stets »kritisch relativiert« werde⁷⁵, unhaltbar. Vielmehr ist die Formel zu einem maßgeblichen Faktor in der Interpretation der föderalistischen Ordnung geworden. Wenn sie als Kriterium der Entscheidung über strittige Kompetenzfragen herangezogen wird, erhält sie zudem eine generelle Bedeutung für die Verfassungspraxis der Bundesrepublik. Dies ist nicht zuletzt einer der Gründe für ihre anhaltende verfassungspolitische Relevanz.

Das Bundesverfassungsgericht war in der vorteilhaften Lage, sich in der Entscheidungsbegründung des Fernsehurteils nicht nur auf Anschütz, sondern auch auf sich selbst berufen zu können. Denn mit derselben Argumentation hatte es bereits ein Jahr zuvor schon einmal einen Fall entschieden. Dort ging es um die Frage, ob ein Landesurlaubsgesetz im Falle von Postmitarbeitern als Bundesrecht zu behandeln sei. Das Gericht bejahte diese Frage, glaubte aber nicht, dass sich die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes »für das Urlaubsrecht der Postarbeiter schon »aus der Natur der Sache« ergeben hätte«⁷⁶. Und die Richter argumentierten hier zum ersten Mal mit Anschütz, dass eine Kompetenz aus der »Natur der Sache« sich aus dem »Wesen der Dinge« ergeben müsse⁷⁷.

74 Vgl. Degenhart, aaO. (FN 54), S. 53; Hoog, aaO. (FN 53); Gubelt, aaO. (FN 53); Degenhart, aaO. (FN 53); Schmalz, aaO. (FN 54), S. 99 f.; Stein / Frank, aaO. (FN 54), S. 116 f.; Wieland, aaO. (FN 53); Pernice, aaO. (FN 53); Stettner, aaO. (FN 53); Maunz, aaO. (FN 53); Lerche, aaO. (FN 53); Bleckmann, aaO. (FN 56), S. 109 ff.; Erbuth, aaO. (FN 56), S. 324 ff.; Wipfelder, aaO. (FN 12), S. 477 ff.; Bullinger, aaO. (FN 56), S. 268 ff., bes. S. 271.

75 Harms, aaO. (FN 30), S. 409. Sie stützt sich zudem auf Belegstellen, in denen von einer kritischen Relativierung keine Rede sein kann. So sieht Maunz (in: Maunz / Dürig, *Grundgesetz-Kommentar*, aaO. (FN 53), Art. 22, Rdnr. 19) nicht nur »bei den Bundesymbolen eine Gesetzgebungszuständigkeit kraft Natur der Sache angebracht«; er bekräftigt auch, dass gegen die Zuständigkeit des Bundes zur Bestimmung der Nationalhymne »nach der Natur der Sache *keine* Bedenken« bestehen (ebd., Rdnr. 31). Auch der Verweis auf Peter Lerche (ebd., Art. 83, Rdnr. 34) ist nicht stichhaltig, denn Lerche betont, der Bund sei »aus der Natur der Sache heraus auch zu weiteren gesetzgeberischen Organisationsregelungen« kompetent (ebd.). Vgl. aus der neueren Kommentarliteratur auch Hoog, aaO. (FN 53); Degenhart, aaO. (FN 53); Wieland, aaO. (FN 53); Pernice, aaO. (FN 53).

76 BVerfGE 11, 89 (98).

77 BVerfGE 11, 89 (98 f.): »Eine Kompetenz aus der Natur der Sache ist begründet nach dem »ungeschriebenen, im Wesen der Dinge begründeten, mithin einer ausdrücklichen Anerkennung durch die Reichsverfassung nicht bedürftigen Rechtssatz, wonach gewisse Sachgebiete, weil sie ihrer Natur nach eigenste, der partikularen Gesetzgebungszuständigkeit *a priori* entrückte Angelegenheiten des Reichs darstellen, vom Reiche und *nur* von ihm geregelt werden können.« Diesen »auch heute geltenden Voraussetzungen« sei »nicht genügt«: »Schlußfolgerungen »aus der Natur der Sache«

Hier zeigt sich ein weiteres Mal, dass das Bundesverfassungsgericht die Formel im klassischen Sinn verwendete, also auf eine im »Wesen der Dinge« liegende Ordnung rekurrierte. Zieht man darüber hinaus in Betracht, dass das Gericht auch in späteren Urteilen immer wieder auf diese Argumentation zurückgegriffen hat, dann lässt sich die Meinung, dass die Figur ausschließlich rhetorisch gebraucht werde, kaum aufrechterhalten. Zu einem solchen Schluss kann man nur kommen, wenn man die Karlsruher Entscheidungen nur selektiv rezipiert. Dass die Formel der »Natur der Sache« sich sehr wohl auf spezifische Ordnungsvorstellungen bezieht, zeigt deutlich die Urteilsbegründung in einem dritten Fall. Hier entschied das Gericht, der Gesetzgeber sei in seinen Entscheidungen »nicht völlig frei; er darf Gesetzlichkeiten, die in der Sache selbst liegen, und die fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft nicht mißachten«; bei einem Vergleich von zwei verschiedenen Lebensbereichen müsse er vielmehr »jeden Bereich ... in seiner eigenen inneren Gesetzlichkeit und Ordnung würdigen«⁷⁸.

An dieser Stelle hat es fast den Anschein, als ob sich das Bundesverfassungsgericht einer Art »konkreten Ordnungsdenkens« bedienen würde – wenn auch nicht im Sinne des Erfinders des »konkreten Ordnungsdenkens«⁷⁹. Dies legt zumindest die Karlsruher Wortwahl nahe, wenn etwa von der Bindung des Gesetzgebers an »fundierte allgemeine Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft« und von der »inneren Gesetzlichkeit und Ordnung« eines Lebensbereiches die Rede ist. Entscheidend ist, dass die Formel hier in einem naturrechtlichen Sinn verwandt wird, etwa wenn es heißt, dass der Gesetzgeber an außerpositive »Gesetzlichkeiten« gebunden sei, die in der Natur der Sache liegen. Dies gilt um so mehr, wenn sich das Gericht ausdrücklich auf die »allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen« bezieht, die der Gesetzgeber nicht missachten dürfe. Wenn das Gericht sagt, dass man bei einer Entscheidung von der »inneren Gesetzlichkeit und Ordnung« des jeweiligen Lebensbereiches ausgehen müsse, steht es darin in der klassischen Tradition des Denkens aus der »Natur der Sache«. Diese wiederum ist stets ein Denken aus der *Ordnung der Dinge*. Dass auch das Bundesverfassungsgericht sich auf – jeweils ganz verschiedene – Ordnungen bezieht, kommt in seiner Spruchpraxis deutlich zum Ausdruck.

müssen begriffsnotwendig sein und eine bestimmte Lösung unter Ausschluss anderer Möglichkeiten sachgerechter Lösung zwingend fordern« (ebd., S. 99). – Dieser Spruchpraxis haben sich die Richter auch in späteren Zeiten immer wieder bedient. Vgl. etwa BVerfGE 22, 180 (217); 26, 246 (257).

78 BVerfGE 9, 338 (349 f.).

79 Vgl. Carl Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg 1934. Dazu Adalgiso Amendola, *Carl Schmitt tra decisione e ordinamento concreto*, Napoli 1999, S. 108 ff.; Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 3, München 1999, S. 324 f., 370; Hasso Hofmann, *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, 3. Aufl. Berlin 1995, S. 177 ff.; Oliver Lepsius, *Die gegensatzauhebende Begriffsbildung*, München 1994, S. 205 ff.; Bernd Rüthers, *Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*, München 1994, S. 62 ff.; Joseph H. Kaiser, »Konkretes Ordnungsdenken« in: Helmut Quaritsch (Hg.), *Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt*, Berlin 1988, S. 319–331; Ernst-Wolfgang Böckenförde, »Konkretes Ordnungsdenken« in: *Historisches Wb. der Philosophie*, hg. v. Joachim Ritter und Karlfried Gründer, Bd. 6, Basel/Stuttgart 1984, Sp. 1312–1315.

IV. Rechtspolitische Implikationen

So wie jeder Rekurs auf die Natur der Sache ein Werturteil enthält⁸⁰, ist jede wissenschaftliche Argumentation, die sich dieser Formel bedient, *wertgeleitet*. Wer ein Werturteil fällt, hat sich allerdings des Unterschieds von Sein und Sollen bewusst zu sein, sofern man nicht hinter Max Weber zurückfallen will. Zudem gilt in dieser Hinsicht das Gebot der Konsequenz: Die Verfassungsrechtsprechung kann ihre Wertstandpunkte nicht beliebig wechseln, sondern muss die Konsistenz ihrer Wertgesichtspunkte bzw. die der Wertordnung der Verfassung wahren, will sie nicht eine Delegitimierung der Verfassungsordnung insgesamt riskieren. Dem Bundesverfassungsgericht ist es in seiner mehr als fünfzigjährigen Spruchpraxis gelungen, eine solche Konsistenz zu wahren.

Die Legitimität des *Werturteils* selbst aber ist in der Rechtswissenschaft genauso umstritten wie in jeder anderen Wissenschaft. Während die Berufung auf die Natur der Sache über weite Strecken des abendländischen Rechtsdenkens selbstverständlich war – selbst dann, wenn der Begriff *expressis verbis* gar nicht fiel –, kann man solches von juristischen Werturteilen nicht behaupten. Gleichwohl ist die Tatsache, dass juristischen Entscheidungen in vielen Fällen Wertungen zugrundeliegen, nicht ernsthaft zu bestreiten. Robert Alexy betont mit Recht, dass die Jurisprudenz nicht ohne Wertungen auskommen könne⁸¹. Die Vorstellung einer »wertfreien« Rechtswissenschaft ist jedenfalls ebenso wenig realistisch wie die einer wertfreien Politikwissenschaft. Nur von einem positivistischen Standpunkt aus würde man in Abrede stellen, dass in der wissenschaftlichen Arbeit stets Werturteile im Spiel sind. Ob es aber gelingen mag, ihnen »wieder ein objektives Fundament« zu schaffen⁸², steht dahin.

Ähnlich steht es um die Denkfigur der Natur der Sache. Im Verhältnis zu den Zeiten ihrer Hochkonjunktur ist es zwar um sie deutlich stiller geworden⁸³, aber sie hat nicht an verfassungsrechtlicher und politikwissenschaftlicher Relevanz verloren⁸⁴. Dies gilt auch für den *Impuls*, der mit dieser Formel korrespondiert: das Bemühen, den Positivismus zu überwinden, ohne auf eine überkommene Naturrechts-

80 Bereits Stratenwerth, aaO. (FN 12), S. 24, meint, dass sie »stets auf einen bestimmten Wertgesichtspunkt« verweise. Dies mache zugleich die »Relativität« jeder Aussage über die Natur der Sache deutlich. Er kommt gleichwohl zu dem Schluss, dass aus der Natur der Sache »unmittelbar rechtliche Schlüsse gezogen werden« können (ebd., S. 27). Zum Aspekt der Relativität vgl. auch Günther Küchenhoff / Erich Küchenhoff, *Allgemeine Staatslehre*, 8. Aufl. Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1977, S. 178.

81 Alexy, aaO. (FN 63), S. 23. Zur Frage juristischer Wertungen ebd., S. 22 ff.

82 Baratta, aaO. (FN 9), S. 156.

83 So Stettner, aaO. (FN 53), Rdnr. 56; Winfried Hassemer, »Unverfügbares im Strafprozeß« in: Arthur Kaufmann u. a. (Hg.), *Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag*, Frankfurt a. M. 1988, S. 183–204, hier S. 195.

84 Vgl. Degenhart, aaO. (FN 54), S. 53; Stein / Frank, aaO. (FN 54), S. 116 f.; Schmalz, aaO. (FN 54), S. 99 f.; Hwai-Tzong Lee, *Chancengleichheit der politischen Parteien. Eine sich aus der »Natur der Sache« ergebende Betrachtung*, München 1994, S. 20 ff.; Harms, aaO. (FN 30); Bleckmann, aaO. (FN 56), S. 109 ff.; Erbguth, aaO. (FN 56); Kaufmann, aaO. (FN 11).

lehre zurückzufallen. Nicht zuletzt die weiterhin anhaltende Diskussion etwa um John Rawls' »Theorie der Gerechtigkeit« zeigt, dass dieser Impuls nichts von seiner Vitalität verloren hat⁸⁵. Die Frage eines »inhaltlichen Kriteriums für die Richtigkeit des positiven Rechts«⁸⁶ hat sich ebenso wenig erledigt wie die Frage, inwieweit das positive Recht an vorgegebene Ordnungen gebunden ist. Die Formel bleibt eine dauernde Herausforderung – schon allein weil die ungeschriebenen Bundeskompetenzen nach wie vor mit der Natur der Sache ausgelegt werden. Insofern ist sie sowohl für die Verfassungslehre als auch für die Politikwissenschaft von unvermin- derter Bedeutung.

Bleibt die Frage nach ihren politischen Implikationen. Die Frage, ob die Natur der Sache ein Instrument konservativer Rechtsprechung ist, kann man nicht losge- löst von der oft festgestellten »konservativen Tendenz einer jeden Rechtspre- chung«⁸⁷ sehen. Man kann ja nicht so tun, als ob die Jurisprudenz ansonsten stets an der Spitze des »Fortschritts« marschieren würde. Der entscheidende Punkt aber ist, dass die Denkfigur ja nicht *a priori* für etwas Statisches steht oder ein für allemal feststehender Sachverhalt wäre. Denn hinter ihr steht, jedenfalls in der Spruchpraxis des Bundesverfassungsgerichts, kein klar fixierter Gesichtspunkt, unter dem die Entscheidungen getroffen werden. Vor allem anhand der Rechtsprechung zu den ungeschriebenen bundesstaatlichen Kompetenzen lässt sich ersehen, dass sich – un- geachtet der scheinbar gleichbleibenden Formel – eine Abkehr von einer statisch- konservierenden zu einer dynamischeren Auslegung vollzogen hat⁸⁸.

In der Rechtstheorie wie auch in der Verfassungspraxis bezieht sich die Formel oft auf die so genannten »Lebensverhältnisse«. Da diese aber niemals starr und un- veränderlich, sondern vielmehr in dauerndem Wandel begriffen sind, kann auch die »Natur der Sache« kein statischer, ein für allemal gleichbleibender Sachverhalt sein. Wenn sich also der jeweilige Inhalt der Natur der Sache mit den »Lebensverhältnis- sen« fortwährend ändert, kann man auch nicht behaupten, dass die Formel von vornherein politisch konservative Konsequenzen hätte. Im Gegenteil, sie kann ein geeignetes Hilfsmittel sein, um der Veränderung sozialer Lebensverhältnisse Rech- nung zu tragen. Dies zeigt sich auch in der Karlsruher Judikatur. Betrachtet man die Tradition, in der das Bundesverfassungsgericht mit der »Natur der Sache« argumen- tiert hat, dann lässt sich die Frage, ob die Verwendung dieser Denkfigur spezifisch konservative Konsequenzen hat, nur klar verneinen.

85 Vgl. nur Udo Di Fabio, *Das Recht offener Staaten. Grundlinien einer Staats- und Rechtstheorie*, Tübingen 1998, S. 149 ff.

86 Hassemer, aaO. (FN 83), S. 195. Zum Richtigkeitsanspruch juristischer Urteile siehe Alexy, aaO. (FN 63), S. 264 ff.

87 Carl Schmitt, *Legalität und Legitimität*, Leipzig/München 1932, S. 12.

88 So bereits Bullinger, aaO. (FN 56), S. 278 f. Das Fernsehurteil sieht er als Höhepunkt einer Rechtsprechung, die sich einer »starren, perfektionierten Verfassung« verpflichtet fühlte. Bereits im folgenden Jahr sei eine Kurskorrektur erfolgt. Vgl. BVerfGE 22, 180 (217).

Zusammenfassung

Der Aufsatz untersucht die rechtspolitischen Implikationen der juristischen Formel der »Natur der Sache«, die in der Rechtstheorie und Verfassungspraxis eine gewichtige Rolle spielt. Vor allem deutsche Rechtspraktiker haben sich in den letzten 200 Jahren oft an dieser Denkfigur orientiert, wenn es in einem Streitfall keine klare Gesetzeslage gab. So hat auch das Bundesverfassungsgericht vielfach mit dieser Formel argumentiert. Ihre Verwendung ist allerdings umstritten. Steht hinter ihr die Vorstellung einer »Ordnung der Dinge«, an die im Zweifel auch die Rechtsprechung gebunden wäre? Ist sie gar, wie häufig behauptet wird, ein Instrument ideologischer Fixierung der Rechtsprechung? Der Aufsatz zeigt anhand der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts, dass die Formel zwar auf Ordnungsvorstellungen rekurriert, aber keineswegs ideologisch fixierenden Charakter hat.

Summary

In theory of law as well as in legal practice, the »nature of things« is an old and frequently used topos. Particularly German judges often used to base a decision on the »nature of things«, if there was no clear legal position in a lawsuit. This tradition can be observed in the constitutional jurisdiction up to now. In many decisions, the German *Bundesverfassungsgericht* has argued with the »nature of things«, though this formula is discussed very controversial in the theory and practice of law. It has often been stated that the formula is an instrument of ideological fixation of the judiciary. The essay shows her importance and implications in the precedents of the *Bundesverfassungsgericht*, and points out that she indeed relates on specific ideas of order, however without any ideological fixation.