

Prämissen, und die sind die Hauptsache. Aus dem Begriff des lückenhaften Rechtes kann niemals gefolgert werden, was mit dem lückenhaften Rechtssatze geschehen soll. Die letzte Entscheidung gibt immer das praktische Urteil, nicht das theoretische.

II. Die Gesetzesauslegung.

1. Das im Gesetz gegebene Recht.

Wir haben bis jetzt von der Ausfüllung der Lücken im Gegensatz zur blossen Auslegung des Gesetzes gesprochen. Besteht wirklich ein solcher Gegensatz? und in was besteht er? Das ZGB scheint ihn anzunehmen, indem es zwischen eigentlicher Ergänzung des Gesetzes und blosser Auslegung wohl unterscheidet; zwischen den Rechtsfragen, für die das Gesetz «nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält», und denjenigen, für die ihm «keine Vorschrift entnommen werden» kann; wenn etwas durch Auslegung gewonnen werden kann, braucht man die Ergänzung nicht. In der Tat, so scheint es: wenn der Wille des Gesetzes, wie es einmal erlassen worden ist, verbindlich sein soll, muss auch festgestellt werden können, was das Gesetz wolle; und wenn das festgestellt ist, steht auch fest, was es nicht gewollt hat; und das ist nicht verbindlich, wenigstens nicht von Gesetzes wegen. Was es aber gewollt habe, das hat eben die Auslegung zu ermitteln.

Die Unterscheidung zwischen Auslegung und Ergänzung hätte danach eine doppelte Bedeutung: einerseits wäre die ergänzende Tätigkeit des Richters oder Verwaltungsbeamten frei, d. h. nur an sachliche Gründe, nicht an bereits gegebene Anleitungen gebunden; die auslegende Tätigkeit aber wäre gebunden an den Wortlaut des Gesetzes; sodann wäre auf dem einen Gebiet, insbesondere auf dem des Privatrechtes, die rechtsanwendende Behörde befugt zu ergänzen, auf dem anderen, insbesondere dem der öffentlichrechtlichen Normen, auf die Auslegung be-

schränkt. Die gegensätzliche Gegenüberstellung von Auslegung und Ergänzung wäre also praktisch bedeutsam zur richtigen Abgrenzung der Befugnis der rechtsanwendenden Behörden; denn die Behörde, welcher der Unterschied nicht klar ist, wüsste nicht, was ihr erlaubt und was ihr versagt ist, und, falls ihr beides erlaubt ist, in was diese zweifache Tätigkeit besteht.

Allein geht man etwas näher auf das Wesen der Auslegung ein, so sieht man, dass der Gegensatz zur Ergänzung nicht so tief ist.

Das positive Gesetz, die *lex lata*, ist für die rechtsanwendenden Behörden etwas Gegebenes, im Gegensatz zu dem findenden Recht, der *lex ferenda*, das der Gesetzgeber erst schaffen oder der Richter erdenken muss, wo das lückenhafte Gesetz ihm keinen Rechtssatz bietet.

Was ist nun aber den rechtsanwendenden Behörden mit dem erlassenen Gesetz gegeben?

Gegeben ist jedenfalls ein bestimmter Wortlaut; denn ohne dass sich die gesetzgebenden Faktoren über einen bestimmt formulierten Wortlaut einigen, kommt kein gesetzgeberischer Beschluss ¹⁾ zustande. Aber mit diesem Wortlaut wollte auch ein bestimmter Sinn gegeben werden. Denn die Aufgabe, wie die Macht, des Gesetzgebers besteht nicht nur darin, bestimmte Worte auszusprechen, sondern Regeln aufzustellen; die gebrauchten Worte sind nur das Mittel zu diesem Zweck; sie sind der Ausdruck für die gemeinte und gewollte Regel. Eine Regel, nicht eine Formel, soll verbindlich gemacht werden; aber allerdings eine Regel, welche dem Wortsinn der Formel entspricht; eine Regel, die in dieser Formel gelesen werden kann.

Welches nun diese Regel sei, ist einfach festzustellen, wenn die gebrauchten Worte sprachlich nur einen Sinn haben können: wenn sie eindeutig sind. Dann ist mit der

¹⁾ Wie Lukas, Zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers, in der Festgabe für Laband, 1908, I, 400, bemerkt.

sprachlichen Form auch der rechtliche Inhalt, die Regel, gegeben, und es bleibt nichts auszulegen. Glücklicherweise gibt es viele Gesetzesbestimmungen, deren Sinn (wenigstens in ihren meisten Anwendungen) ohne weiteres klar ist. Aber häufig sind verschiedene Bedeutungen sprachlich mit dem Wortlaut der Bestimmung gleich vereinbar, weil mehrere angedeutet oder weil gar keine angedeutet ist, und dann fragt es sich, welche als die verbindliche Regel anzusehen sei. Darüber soll die Auslegung entscheiden.

Man sagt, der «Wille des Gesetzgebers» solle entscheiden. Aber man versteht darunter zweierlei; das eine Mal meint man das, was geschichtlich gegebene Menschen tatsächlich mit der fraglichen Bestimmung gemeint und gewollt haben; das andere Mal das, was sie vernünftigerweise gewollt haben werden oder was ein vernünftiger Gesetzgeber gewollt hätte; im ersten Fall ist massgebend der Wille des geschichtlichen, im zweiten der des vernünftigen Gesetzgebers; im ersten Fall eine geschichtliche Tatsache, im zweiten eine Forderung der Vernunft. Das sind zwei grundsätzlich verschiedene Dinge¹⁾.

Es gibt nun nicht wenige Fälle, wo die tatsächliche Meinung der an der Gesetzgebung aktiv oder passiv beteiligten Personen überhaupt oder in der gerade fraglichen Richtung nicht ermittelt werden kann: sei es, weil bei der Beratung des Gesetzes niemand die zu beantwortende Frage in Erwägung gezogen hatte, sei es, weil darüber keine sichere Kunde mehr erhalten ist (wie bei altüberlieferten Bestandteilen unseres Rechtes), oder auch weil die Ansichten sich widersprachen oder unklar waren. Hier stellt sich unsere Alternative nicht. Wenn sich aber die geschichtliche, d. h. tatsächlich gehabte Meinung des Gesetzgebers ermitteln lässt, wenn es für den Richter also feststeht,

¹⁾ Das ist der Gegensatz, der der Lehre von der Auslegung zugrunde zu legen ist; nicht der zwischen historisch gebundener Auslegung und subjektiv freiem Ermessen, wie W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung, Tübingen 1913, 163, 176, 190 meint.

was der (geschichtliche) Gesetzgeber mit seiner sprachlichen Formel habe sagen wollen, hat sich dann der Richter daran zu halten, wenn schon ihm ein anderer Sinn richtiger schiene, oder hat er diesen richtigen über den geschichtlichen Willen des Gesetzgebers zu stellen?

Eine verbreitete Meinung geht nun dahin, dass, in der Tat, dem Richter noch anderwärts ein solches Urteil geboten ist, an das er sich, wenn das Gesetz versagt, vorerst zu halten hat: in dem geschichtlich festzustellenden Willen der Personen, welche beim Erlass des Gesetzes mitgewirkt haben. Ob in diesen geschichtlichen Daten eine verbindliche Anleitung für den Richter enthalten ist, sei zuerst untersucht:

«Die Aufgabe der Auslegung besteht nur für das geformte Recht», sagt *Stammeler*¹⁾; denn, wie er ausführt, auslegen kann man nur einen bestimmten Wortlaut, weil die Worte, die Mittel des Ausdruckes und der Fassung von Gedanken sprachlich verschiedene Bedeutungen haben können. Denkt man sich einen Gedanken ohne bestimmten Wortlaut (denn ohne Worte überhaupt kann man keinen Gedanken denken), so fällt auch der Gegenstand der Auslegung, der zu deutende bestimmte Wortlaut, weg.

Die Gesetzgebung charakterisiert sich aber als Rechtsquelle u. a. dadurch, dass sie einen Rechtsgedanken in bestimmter sprachlicher Fassung verbindlich macht; sie könnte sich ja auch so betätigen, dass sie ungefasstes, ungeformtes Recht, z. B. das bekannte, aber unaufgezeichnete Gewohnheitsrecht eines anderen Landes für das eigene Land verbindlich erklärte, ohne es in eine feste sprachliche Form zu fassen, wie etwa früher ein Stadtherr seine Stadt mit dem Recht einer anderen Stadt bewidmete. Aber dann

¹⁾ Theorie 600; ähnlich *Brinz*, *Pandekten*, 2. A. I, 28; entsprechend bemerkt *Gény*, *Méthode d'interprétation et sources*, 2. A. I, 387, dass ein gewohnheitsrechtlicher (ungeschriebener) Rechtsatz immer dem Sinne nach bekannt sein müsse, wenn überhaupt bekannt. «La coutume juridique s'interprète par les éléments mêmes qui la constituent»; II, 407.

entstünde für diesen gesetzgeberischen Beschluss auch nicht die Aufgabe der Auslegung, sondern nur die der induktiven Feststellung der Rechtssätze aus der Übung, aus den konkreten Urteilen der Praxis. Das Gesetz im gewöhnlichen Sinne aber hat die Form des geschriebenen Rechts. Der Gesetzgeber nimmt sich vor, in einem bestimmten Wortlaut, der den Gegenstand des gesetzgeberischen Beschlusses bildet, die Rechtsgedanken zu vermitteln, die verbindlich sein sollen. Eben deshalb bedarf es unter Umständen der Auslegung. Verbindlich gemacht wird dieser Wortlaut, oder besser: was dieser Wortlaut an Rechtsgedanken vermittelt. Eben darüber, was in das Gesetz aufgenommen werden soll, streitet und diskutiert man; diesen Wortlaut beschliesst man; auf ihn konzentrieren sich die Anstrengungen der Urheber des Gesetzes ¹⁾.

Er allein ist verbindlich ²⁾, was nichts anderes heissen kann als: die durch ihn vermittelten Gedanken sind verbindlich, da ja der Wortlaut als solcher, als blosser sinnlose Formel, nicht verbindlich sein kann (als etwa zum Nachsprechen und Auswendiglernen). Nur die so vermittelten Gedanken sind verbindlich, sind Gesetz. Das ist

¹⁾ «Denn wozu sonst der gewaltige, umständliche Apparat zur minutiösen Feststellung des Wortlautes» sagt *Stampe*, Die Freiheitsbewegung, 1911, 11. Soll bei uns etwa der Deutschschweizer aus französischen, der Tessiner aus deutschen Voten der Parlamentsmitglieder die Gesetzeskenntnis schöpfen?

²⁾ «Nur das Wort des Gesetzes ist promulgiert und publiziert», sagt mit Recht *Thöl*, Einleitung in das deutsche Privatrecht, 1851, 147 und 150: das Gesetz löst sich durch die Publikation vom Gesetzgeber los. *Mohl*, Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, I, 112, meinte allerdings, es gelte zwar nur das Bekanntgemachte und bekanntgemacht sei nur der Wortlaut des Gesetzes; aber der Sinn des bekanntgemachten Wortes bestimme sich nach dem wirklichen Willen des «Gesetzgebers»: aber *Krug*, Die Grundsätze der Auslegung, 1848, 63, hat ihm schon richtig entgegengehalten, dass das eine *petitio principii* sei: ist der geschichtliche Wille der an den Gesetzesarbeiten beteiligten Personen der Wille des «Gesetzgebers» d. h. des Gesetzes? Das ist eben die Frage. *P. Speiser*, in *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, n. F. 4, 553. *Carré de Malberg*, Contribution à la théorie générale de l'Etat, 1920, I, 708.

zwar nirgends ausdrücklich gesagt; aber es ergibt sich aus der feierlichen Behandlung des Gesetzestextes und auch aus dem Zweck der ganzen Einrichtung, die im Gegensatz zur früheren Rechtsunsicherheit die Öffentlichkeit der Rechtssetzung festlegen wollte. Das wird auch allgemein anerkannt, wenn nicht ausdrücklich, so doch stillschweigend dadurch, dass es immer der Gesetzestext ist, der ausgelegt werden soll, und dass der Gesetzestext nicht nur eines neben anderen Mitteln ist, über das geltende Recht Auskunft zu erhalten, sondern das massgebende Mittel, das entscheidende Wort, mit dem man sich auseinandersetzen muss. Auch diejenigen, welche andere Äusserungen aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes herbeiziehen, tun es nur, um den Gesetzestext auszulegen und als Mittel der Auslegung dieses Textes, nicht um sich zu berufen auf für sich massgebende Äusserungen. Allein, wie kann, wenn der Gesetzestext massgebend ist, ein anderer Text, eine andere Gedankenmitteilung in Worten zur Bestimmung des Sinnes herbeigezogen werden? Wenn der Gesetzestext der Träger des Sinnes sein soll, wie, in welchem Sinn kann zur Ermittlung dieses Sinnes etwas anderes als dieser Text herbeigezogen werden? Dieses Verfahren trägt in das Geschäft der Ermittlung des objektiven Rechts eine Zweispurigkeit hinein, die notwendig zu Widersprüchen führen muss.

Die Voraussetzung jener Einrichtung, welche eine Behörde beauftragt, in bestimmter, feierlicher Form das geltende Recht zu bestimmen, ist eben, dass es in dieser Form auch bestimmt werden könne und wirklich bestimmt werde; d. h. dass es in den Worten des Gesetzes erkennbar sei. Wenn das der Fall ist; wenn das Gesetz in seinem Wortlaut eindeutig ist, hat es ja auch dabei sein Bewenden; es bleibt für die Auslegung kein Raum, und alle die Hilfsmittel, die bei zweifelhaften Bestimmungen herbeigezogen werden, bleiben unberücksichtigt, obschon sie vielleicht auch hier recht oft Abweichendes aussagen würden.

Oder ist der Gesetzestext, per definitionem, stets der Auslegung zugänglich? wird er gewissermassen zweifelhaft eben dadurch, dass Auslegungsmittel vorhanden sind, die einen anderen Sinn ergäben? Dann gäbe es überhaupt a priori keinen sicheren Gesetzessinn, auch beim unmissverständlichsten Ausdruck des Gesetzgebers nicht; denn sicher wäre dieser Sinn nur dann, wenn die übrigen Äusserungen, die Auslegungsmittel, mit ihm übereinstimmten. Mit andern Worten: der Text des Gesetzes wäre nur ein Mittel zur Ermittlung des geltenden Rechtes; neben ihm bestünden noch eine Reihe anderer, ähnlich den verschiedenen Aussagen der Chronisten über eine geschichtliche Begebenheit oder die Aufzeichnungen verschiedener Privatpersonen über das in ihrem Lande geltende Gewohnheitsrecht. Allein damit würde man die Bedeutung des Gesetzestextes verkennen. Er soll entscheiden; wo er Auskunft gibt, soll diese Auskunft genügen und entscheiden; nur wo er keine gibt, sollen andere Mittel herbeigezogen werden.

Aber welche anderen? die sonst erkennbaren Absichten der mitwirkenden Personen? Die Materialien des Gesetzgebungsvorganges? Die Ansichten, welche die dabei mitwirkenden Personen tatsächlich gehabt (und ausgesprochen?) haben?

Allein wie müsste man sich einen solchen Grundsatz erklären: wenn die Worte des Gesetzes allein entscheiden, da wo sie eindeutig sind, wie sollen die Gesetzesmaterialien entscheiden, wo das Gesetz durch einen bösen Zufall mehrdeutig ist? wie muss man sich das Verhältnis dieser Quelle der Kenntnis zu der des Gesetzestextes selbst vorstellen? Eine gleichberechtigte Quelle ist es nicht; ist es eine subsidiäre Quelle? Ein Auskunftsmittel, das zu befragen ist, wenn die Hauptquelle versiegt? Das ist offenbar die Maxime, die man anwendet, wenn man so wie jene Interpreten verfährt; mangels klarer Gesetzesworte, in subsidium, zieht man die Akten der Entstehungsgeschichte zu Rate. Aber dann müssten ja diese Äusserungen eben diese sub-

sidiäre Verbindlichkeit haben, entsprechend der primären Verbindlichkeit des Gesetzestextes; und wenn diese primäre Verbindlichkeit des Gesetzestextes, wie wir annehmen, im Verfassungsrecht enthalten ist, müsste auch jene subsidiäre Verbindlichkeit der Gesetzesmaterialien im Verfassungsrecht begründet sein. Woher sollten sie sie sonst haben? Diese Grundlage aber fehlt ihnen. Man kann sich nicht vorstellen, dass die Verfassung gesagt oder gemeint haben sollte: was das Gesetz aussagt, ist in erster Linie massgebend; ist der Gesetzestext aber unvollständig (sagt er nicht alles, was der Richter wissen muss, um es anzuwenden), so sollen die anderweitigen Äusserungen der gesetzgebenden Organe befragt werden und massgebend sein; sie sollen dann entscheiden, was der Wortlaut des Gesetzes unentschieden gelassen hat. Das wäre nicht nur höchst unklar und unzweckmässig: es wäre auch widerspruchsvoll.

Widerspruchsvoll wäre es, anzunehmen, die Verfassung habe vorausgesetzt, das Wort des Gesetzgebers sei mangelhaft¹⁾; der Gesetzgeber werde sich so ausdrücken, wie er sich nicht ausdrücken sollte; die Verfassung kann nicht wohl den Fall ordnen, der rechtmässigerweise gar nicht vorkommen kann. Die Rechtsordnung kann und muss vorsehen, dass die Menschen, an die sie sich wenden, ihre Vorschriften nicht befolgen, und sie muss die Folgen dieser Pflichtverletzung ordnen. Aber sie kann nicht die Folgen eines staatlichen Aktes ordnen, der in ihrem System gar nicht vorgesehen ist. Wenn die Verfassung, was an und für sich denkbar wäre, vorgeschrieben hätte,

¹⁾ Sie tut es gewissermassen, wenn sie den Gesetzgeber zur authentischen Auslegung ermächtigt; aber auch nur mit der Fiktion, dass der wahre Sinn der ausgelegten Bestimmung schon von Anfang an erkennbar gewesen sei; weshalb diese Auslegung rückwirkende Kraft hat; hat die das aber nicht, und gibt der Gesetzgeber zu, dass der nun bestimmte Sinn im Wortlaut nicht zu erkennen war, so muss er folgerichtigerweise auch ein neues Gesetz machen.

dass, wo der Gesetzestext nicht genügende Auskunft gibt, Richter und Bürger sich an den geschichtlichen Willen der am Gesetzesbeschluss beteiligten Personen halten sollen, so wären sie beide daran gebunden; aber dann wäre diese Form der Gesetzgebung auch verfassungsrechtlich anerkannt; es gäbe dann zwei Formen der Gesetzgebung: die durch den Wortlaut des Gesetzes und die durch anderweitige Äusserungen. Beide Verfahren wären erlaubt und könnten mit Absicht angewendet werden. Allein das ist doch offenbar nicht die Meinung der Verfassung; und wenn das nicht die Meinung der Verfassung ist, so darf man auch nicht annehmen, es gebe ausser dem Gesetzestext noch andere (von der Verfassung anerkannte) Quellen zur Ermittlung des Sinnes unklarer und unvollständiger Gesetze¹⁾.

Unzweckmässig wäre diese Regelung, weil sie dem Zweck der Gesetzgebung, Rechtssicherheit zu schaffen, zuwider wäre, wie das schon vielfach von den Gegnern der geschichtlichen Auslegung ausgeführt worden ist²⁾. Wo das Volk bei der Gesetzgebung mitwirkt, springt die Unsicherheit solcher geschichtlicher Willenserforschung besonders grell in die Augen. Es bleibt auch ganz unklar, was eigentlich statt des unzulänglichen Gesetzeswortes entscheiden sollte: die Ansichten, welche die mitwirkenden Personen tatsächlich gehabt haben und denen sie beim gesetzgeberischen Beschluss tatsächlich gefolgt sind, oder bloss die in einer bestimmten Weise (öffentlich, schriftlich) geäusserten Ansichten? Im zweiten Fall musste man an-

¹⁾ «Ce système n'aurait plus de sens, si la portée de la loi devait être recherchée dans des éléments situés en dehors de sa formule écrite», sagt Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'Etat, I, 1920, 709.

²⁾ Z. B. von Fuchs, Kohler und Thibaut, Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts, 1806, 30: «Geht man nun von dem Satz aus, dass auch aus historischen Datis der Umfang der Gesetze bestimmt werden könne, so ist eben dadurch die Gewissheit des Rechtes untergraben.»

nehmen, dass nur eine bestimmte Form der Äusserung, sie aber auch positiv (subsidiär), verbindliche Kraft hätte, aber ohne dass die Verfassung über diese Form irgendwelche Anhaltspunkte gäbe; im ersten Fall müsste man umgekehrt annehmen, dass der tatsächliche Wille von beamteten Personen verbindlich wäre, ohne dass er sich in bestimmter Form, ja ohne dass er sich nach aussen überhaupt zu erkennen gegeben hätte, was mit dem Grundgedanken der Gesetzgebung selbst in Widerspruch steht. Die Verfassung kann nicht neben der bestimmten Form des Gesetzeswortes noch eine ganz unbestimmte zugelassen haben ¹⁾.

Der Gesetzgeber, der sich der Unvollständigkeit seiner Regelung bewusst ist, verfährt ja auch ganz anders: er verweist den Richter nicht auf das im Parlament Gesagte, sondern er weist ihn an, «nach billigem Ermessen», «unter Berücksichtigung aller Umstände», «angemessen» oder dgl., d. h. nach eigenem vernünftigem Urteil, zu entscheiden.

Zu der Auffassung, dass die persönliche Meinung der Urheber des Gesetzes massgebend sei, kann man nur kommen, wenn man ²⁾ annimmt, der gesetzliche Imperativ wende sich an die staatlichen Behörden, die ihn anzuwenden haben, und nicht an den Bürger (dann muss man aber auch annehmen, die Behörde habe nach einer Norm zu entscheiden, die die Betroffenen nicht vernommen haben, was unvernünftig ist). Die Norm ist dann auch nicht eine allgemeinverbindliche Vorschrift, was die verfassungsrechtliche Ordnung der Gesetzgebungsgewalt in den modernen Staaten doch immer voraussetzt, sondern eine Dienstanweisung.

¹⁾ Das Auskunftsmittel der Gesetzesberatungen wäre auch wieder oft unzulänglich; denn es kann leicht vorkommen, dass eine Bestimmung nicht nur in zwei, sondern in drei oder mehr verschiedenen Bedeutungen aufgefasst worden ist, und dass keine dieser Auffassungen die Mehrheit erhalten hat, im Parlament oder im Volk.

²⁾ Z. B. mit Jhering, Zweck im Recht, I, 355—357; Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1911, 234; früher Binder, der sich neuerdings mit Recht gegen diese Meinung gewendet hat, Philosophie des Rechts, 1924, 711, 745.

Bei Dienstanweisungen ist in der Tat der persönliche Wille der in der obersten Instanz sitzenden Personen für die Untergebenen verbindlich, mit der Wirkung, dass er zu jeder Zeit in massgebender Weise durch jene oberste Instanz ausgelegt werden kann und in dieser Auslegung verbindlich ist¹⁾. Es ist der Standpunkt des absolutistischen Staates, in dem Rechtssetzung und Rechtsanwendung in einer Person vereinigt waren²⁾ und wo der persönliche Wille des souveränen Monarchen oder der souveränen Behörde entscheidend war³⁾. Er ist aber unvereinbar mit der Idee des Rechtsstaates, wo Gesetzgebung und Gesetzesanwendung grundsätzlich getrennt sind und wo die Norm, nach welcher der Bürger gerichtet werden soll, ihm vorher bekanntzugeben ist. Wären die Befehle des Gesetzes nur an die Behörden gerichtet, so brauchten sie nicht veröffentlicht zu werden, da doch nicht das bekannte Gesetz, sondern der unbekannte Wille der Oberbehörde verbindlich wäre, und man müsste dann in der Tat nicht nur in den veröffentlichten Akten nach dem Willen des «Gesetzgebers» stöbern, sondern auch in den unveröffentlichten, und nicht nur die Akten, sondern auch die Personen befragen, die am Beschlusse mitgewirkt hatten, wie es das Preussische Kammergericht gelegentlich getan hat⁴⁾. Ein solches Verfahren scheint uns heute absonderlich; aber

¹⁾ Weshalb der Vergleich mit dem Verhältnis des Dieners zum befehlenden Herrn, von dem Heck ausgeht, nicht zutrifft; der Diener hat dem jeweiligen Willen des Herrn, wie er ihn bestens ermitteln kann, zu gehorchen; der Bürger dem einmal im Gesetz ausgedrückten Willen.

²⁾ Vgl. Lukas, a. a. O. 414; Spiegel, Gesetz und Recht, 1913; 1. Vortrag: Das Erbe des Absolutismus, 8 ff.

³⁾ Diesem Standpunkt entsprach auch die Auffassung vom Gesetze als einem Vertrage zwischen Souverän und Ständen, für dessen Auslegung natürlicherweise die wirkliche Meinung der Paziszenten entscheidend sein musste. Vgl. Krug, a. a. O. 1848, 116, 123 ff.

⁴⁾ Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, 1914, 107. Vgl. Endlich-Maxwell, A Commentary on the interpretation of statutes, Jersey City, 1888, 39 ff.

das Absonderliche liegt weniger darin, dass man diese Personen einvernimmt; denn warum sollte die mündliche Auskunft nicht aushelfen, wo die Protokolle fehlen? als darin, dass man sie über ihre persönlichen Ansichten befragte und diese entscheiden liess. Nimmt man aber an, wie wir es getan haben, dass das Gesetzeswort allein dem gesetzgeberischen Willen Ausdruck gibt, so kann man nicht annehmen, dass positives Recht ohne Gesetz und ausser dem Gesetz gefunden werden könne. Das würde dem Gedanken widersprechen, dass das Monopol der Rechtsschaffung der gesetzgebenden Behörde zusteht, in den Formen nämlich, die sich als Gesetzgebung bezeichnen. Soweit das Monopol des Gesetzgebers gilt, soweit muss auch das Monopol des Gesetzeswortes gelten. Mit andern Worten: wo die Verfassung und soweit sie der gesetzgebenden Behörde das Monopol der Rechtsschaffung überträgt, muss sie folgerichtigerweise auch das Gesetz, d. h. die als Gesetz verkündeten Worte allein massgebend sein lassen, da sie sonst ihr eigenes System der Rechtssetzung untergräbt, indem sie eine Ansicht gelten lässt, die nicht den von ihr bestimmten Ausdruck gefunden hat. Die Verfassung setzt also voraus, dass die Worte des Gesetzes genügen, um den Rechtsgedanken auszudrücken; diese Voraussetzung gehört zum System der staatlichen Rechtssetzung selbst. Das System kann nur folgerichtig durchgeführt werden, wenn man voraussetzt, dass der Sinn des Gesetzes, d. h. der Worte des Gesetzes, eindeutig ist; dann hat der Richter allerdings nichts zu tun, als die bekannte Norm auf die (bestrittenen) Tatbestände anzuwenden; eine rein logische Operation (abgesehen von der Feststellung des Tatbestandes, die eine historische Operation ist). Diese Eindeutigkeit ist ein mit dem Rechtssetzungsmonopol der gesetzgebenden Behörde (Volksvertretung, bzw. Volk) notwendig verbundenes Postulat; das Postulat, dass das Gesetz alles mitteile, was zur Anwendung des damit gesetzten Rechtes notwendig ist.

Tatsächlich genügt nun aber, wie die Erfahrung beweist, der Wortlaut des Gesetzes häufig nicht. Wenn dem Richter nun nur dieser Wortlaut des Gesetzes gegeben ist, kann das, was zur Ergänzung des unvollständigen Gesetzes dienen soll, offenbar nicht mehr dem positiven, gegebenen Recht entnommen werden, sondern nur noch der Idee des Rechts; denn wo das positive (gegebene) Recht versagt, muss angewendet werden, was positiv zu gelten hätte, richtiger-, vernünftigerweise, im Rahmen des schon geltenden positiven Rechts. Wo das einzig legitime Mittel der Rechtsverkündung, das Gesetz, versagt, kann nicht ein anderes, illegitimes, wildes Mittel zu dieser Funktion erhoben werden; es können nicht die verfassungsrechtlich unverbindlichen, persönlichen Äusserungen der bei Gesetzeswerk mitwirkenden Personen zu Zeugnissen des positiven Rechtes gemacht werden. Das sind sie nicht; weder primär, noch sekundär. Wenn das Gesetz zwei Deutungen zulässt, und die eine findet sich unwidersprochen in den Vorarbeiten zum Gesetz oder in den Beratungen der gesetzgebenden Behörde dargelegt, so ist diese Meinung damit nicht verbindlich geworden. Sie ist nicht der Anwendung zugrunde zu legen, weil sie damals geäußert und vielleicht sogar allseitig geteilt worden ist; sie hat in keiner Weise positivrechtliche Verbindlichkeit erlangt. Sie ist bedeutsam nur entweder als Zeugnis dafür, wie die Bestimmung damals allgemein, also auch von den Gesetzesunterworfenen, aufgefasst werden musste (vgl. unten 75), oder wie sie, abgesehen davon, vernünftigerweise aufgefasst werden könnte, beides im Sinne eines Beitrages zur rationellen (nicht zur historischen) Auslegung des Gesetzes. Dem Richter wird es immer willkommen sein, in den Vorarbeiten des Gesetzes eine Bestätigung seiner eigenen (vernünftigen) Auslegung zu finden, eben zum Beweis dafür, dass seine Meinung nicht die Frucht eines persönlichen Einfalles, seiner zufälligen Geistesverfassung ist, sondern das Ergebnis sachlicher Erwägung, die auch schon andere

geleitet hatte; wie er auch gern die Entscheidung einer noch nie entschiedenen Frage mit wissenschaftlichen Autoritäten belegen wird.

Verbindlich, d. h. weiterer Prüfung entzogen, ist also der im Wortlaut des Gesetzes enthaltene unzweideutige Sinn. Das ist dem Richter gegeben¹⁾. Reicht es aber nicht aus zur Entscheidung aller Fragen, weil es unvollständig oder mehrdeutig ist, so hat es der Richter nach seinem vernünftigen Urteil zu ergänzen²⁾.

Hier in diesem Zusammenhang stellt sich allerdings die Frage, ob nicht vernünftigerweise auf die Auffassung des Bürgers Rücksicht zu nehmen sei, als desjenigen, an den die Norm sich richtet. Es scheint in der Tat unvernünftig, von den Rechtsgenossen in einem anderen Sinne Gehorsam zu verlangen als in dem Sinn, in dem sie das Gesetz verstehen mussten. So wie das Gesetz vom Bürger, an den es sich wendet, verstanden werden muss, so muss es angewendet werden³⁾. Und deshalb hat man auch mitunter die Grundsätze der Auslegung von Rechtsgeschäften auf die Gesetzesauslegung angewendet.

Allein: Welcher Bürger ist hier gemeint? Offenbar kann nicht die Meinung jedes einzelnen, desjenigen vielleicht, auf den man das Gesetz gerade anwenden will, entscheiden, da das Gesetz nur ein und denselben Sinn für alle haben kann. Auch nicht die Auffassung der Mehrheit

¹⁾ Gény, *Science et Technique en droit privé positif*, 4 Bände, 1914—1924, unterscheidet in einem ganz anderen Sinne zwischen dem Gegebenen (donné) und dem Konstruierten (construit); oder dem «wissenschaftlichen» und dem «technischen» Element im Recht; das erste ist das von der Vernunft gegebene; das zweite die technische Formung des vernünftigen Gedankens; ob- aber in dieser Weise unterschieden werden könne zwischen Inhalt und Form, scheint mir fraglich.

²⁾ Aber nicht nach «a priori» Wertungen», wie Belling, *Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, 1923, 37, meint; denn der Richter kann, wie der Gesetzgeber, nur auf Grund gegebener, tatsächlicher Voraussetzungen ein Werturteil sprechen.

³⁾ Endlich-Maxwell, a. a. O. 101, 106; Schuppe, *Gewohnheitsrecht*, 140.

der Bürger; das wäre nicht sicher festzustellen. Selbstverständlich auch nicht die Auffassung eines ungebildeten, beschränkten, rohen Menschen¹⁾, wenngleich solche Auffassungen tatsächlich sicher vorkommen, vielleicht sogar vorherrschen. Sondern die Ansicht eines vernünftigen Bürgers. Dann kommen wir wieder auf einem Umweg zur rationalen Auslegung schlechthin; der «vernünftige» Bürger ist ja nichts anderes als die personifizierte Vernunft. Gewiss! es soll ja ein vernünftiger Sinn sein; aber als vernünftig ist eben das anzusehen, was ein vernünftiger Mensch unter den gegebenen Umständen, auf dem Hintergrund der bestehenden Zustände und Begebenheiten verständigerweise verstehen muss. Das Gesetz, wo es überhaupt zu Zweifeln Anlass gibt, ist so auszulegen, wie man es unter den gegebenen Voraussetzungen verstehen muss; auch das gehört zur vernünftigen Auslegung. Der Gesetzgeber fällt ein Werturteil, und ein Werturteil kann, wie oben bemerkt, nur für einen bestimmten, bekannten Tatbestand gefällt werden; wenn es gefällt worden ist, kann es auch nur als die Regelung dieses Tatbestandes, im Zusammenhang mit diesen bestimmten tatsächlichen Voraussetzungen, richtig begriffen werden²⁾. Trägt der Richter diesen Voraussetzungen nicht Rechnung, so kommt er zu einer abstrakten, wirklichkeitsfremden Auffassung, die anzuwenden sowohl der Billigkeit wie der Rechtssicherheit widersprechen würde³⁾. Das Gesetz muss in den Rahmen der Vorgänge und Zustände gestellt werden, die es veranlasst haben, und darüber können auch die Vorarbeiten des Gesetzes Aufschluss geben, sowie die Beratungen im Parlament und im Volk. Nur muss man sie nur darauf

¹⁾ Wie Heck, a. a. O. 266, betont.

²⁾ E. Huber, Über die Realien der Gesetzgebung; Zeitschrift für Rechtsphilosophie, I, 39 ff.; Recht und Rechtsverwirklichung 281 ff.

³⁾ Wir setzen hier voraus, dass das Gesetz sofort, nachdem es erlassen worden ist, angewendet werden soll; wie es sich verhält, wenn es später angewendet wird und sich die Umstände inzwischen verändert haben, soll unten S. 98 geprüft werden.

hin prüfen¹⁾, nicht auf die persönlichen Meinungen der am Gesetzgebungsvorgang beteiligten Personen. Das «Volk», dessen Auffassung in Betracht gezogen wird, ist hier die Person des wohlunterrichteten, aber selbst an der Handlung unbeteiligten Chores, im Gegensatz zu den ihre persönlichen Wünsche und Auffassungen äussernden Schauspielern, oder zum weltfremden Philosophen, der in den Wolken sitzt; es ist nicht der Laie im Gegensatz zum juristisch Gebildeten. Nur in jenem Sinne hat der Richter der Auffassung des Volkes zu folgen; es ist nichts anderes, als was jeder vernünftige Richter von sich aus tun wird.

Die Auslegung des Gesetzes unterscheidet sich hier grundsätzlich von der der Rechtsgeschäfte, insbesondere der Verträge. Wenn ein Vertrag schriftlich aufgesetzt worden ist, wird ja auch zunächst der Wortlaut massgebend sein. Aber wenn der Wortlaut unvollständig oder mehrdeutig ist, wird man ihn nicht so auslegen wie irgendein Dritter, *quavis ex populo*, oder genauer: wie ein vernünftiger Dritter ihn auslegen würde, sondern in erster Linie so, wie ihn die Vertragsparteien tatsächlich verstanden haben, wenn sich das geschichtlich nachweisen lässt, und erst mangels dieses Nachweises tritt die Vernunft, die Billigkeit (bzw. die ergänzende Bestimmung des vernünftigen Gesetzes), in den Riss. Vertragsinhalt ist eben, was die Privatpersonen in ihrer subjektiven Besonderheit zufällig gewollt haben²⁾; das Gesetz dagegen tritt mit dem Anspruch auf, dem Gerechten, Richtigen, Vernünftigen Ausdruck zu geben. Deshalb muss beim Vertrag, was im Text unentschieden geblieben ist, zunächst nach dem geschichtlich wahrscheinlichen, tatsächlichen Willen der Parteien ergänzt werden; beim Gesetz dagegen nach dem, was der vernünftige Leser hinzudenken musste. Allerdings soll ja bei schriftlichen (oder anderen formellen)

¹⁾ Ähnlich Gmür, a. a. O. 58. Endlich - Maxwell, a. a. O. 33, 110 ff., 325; 350 ff., 737.

²⁾ Vgl. Festgabe für das Bundesgericht, 7.

Verträgen auch nur der formgerecht (also schriftlich) ausgedrückte Vertragswille massgebend sein, da, wie wir annehmen, die Form Gültigkeitsbedingung ist; und man mag sich bei strenger Formvorschrift auch streng an den Wortlaut halten, wie gleich noch auszuführen ist. Aber wenn dieser Wortlaut nicht genügt, wo der logische Zwang besteht, den unvollständigen schriftlichen Inhalt zu ergänzen (sofern man den Vertrag überhaupt aufrechterhalten und durchführen will), muss man notgedrungen, über das schriftlich Mitgeteilte hinaus, auch anderes gelten lassen, das darin eigentlich nicht enthalten war, ganz ähnlich wie beim unvollständigen (geschriebenen) Gesetz¹⁾. Aber, wo das hergeholt werden soll, das ist beim Gesetz und beim Vertrag verschieden zu entscheiden²⁾. Deshalb war auch die historische Auslegung der Gesetze durchaus folgerichtig, solange man die Gesetze als «Vereinbarungen» zwischen dem Landesherrn und den Ständen, als Rechtsgeschäfte zwischen selbständigen Rechtssubjekten betrachtete.

Man fragt mitunter, ob der Richter das Gesetz wörtlich oder dem Sinne, dem Geist nach auszulegen habe. Diese Frage ist gegenstandslos, soweit der geschichtliche Wille des Gesetzgebers erkannt worden ist und anerkannt werden muss; denn soweit das geschichtlich Gegebene entscheidet, hat der Richter keine Wahl zwischen wörtlicher und rationeller Auslegung, weil für Auslegung überhaupt kein Raum ist; es gilt, was der Gesetzgeber gewollt hat. Was das ist, ist eine historische Frage. Wohl aber entsteht die Frage im Bereich der geschichtlich ungebundenen Auslegung. In was besteht aber hier der Gegensatz zwischen wörtlicher und rationeller Auslegung?

¹⁾ Vgl. Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 3. A. 1911, 168 ff., 172 ff.

²⁾ Vgl. Gén y, Sources et interprétation, I, 197, der aber nicht genügend unterscheidet zwischen der Frage, wann der Wortlaut genüge und wann er ergänzt werden müsse, und der Frage, wie er ergänzt werden müsse.

Vom Wortlaut einer Bestimmung spricht man in zweifacher Verwendung: zunächst zur Abgrenzung der möglichen sprachlichen Deutungen einer Bestimmung gegenüber den sprachlich unmöglichen. Mit dem oben (S. 76) gemachten Vorbehalt bildet der sprachliche Sinn einer Bestimmung die Grenze, innerhalb welcher der vernünftige Sinn gesucht werden kann; der Wortlaut selbst gibt dann aber diese Auslegung nicht. Sodann spricht man vom Wortlaut zur Bezeichnung einer Art Auslegung, der Auslegung nämlich, die sich an den nächstliegenden Wortsinn hält, im Gegensatz zu derjenigen, die vor allem nach dem gerechten, billigen Sinn forscht. Die wörtliche Auslegung bildet dann den Gegensatz zur rationellen. Allein wie kann von zwei möglichen Auslegungen eine andere als die gerechte, billige in Betracht kommen? Was hat es für einen Sinn, zwischen richtiger und unrichtiger Auslegung zu unterscheiden? Wenn man der rationellen die wörtliche Auslegung gegenüberstellt, kann man (wenn man mehr als eine Selbstverständlichkeit sagen will) nur den Gegensatz von materieller Gerechtigkeit und formaler Rechtssicherheit meinen; im Gegensatz nämlich zur Auslegung, die auf der gerechten Abwägung der Interessen beruht, kann eine andere, die wörtliche Auslegung, nur berechtigt sein, wenn sie auf die Sicherheit des Rechtsverkehrs abzielt: wenn durch die gewissermassen mechanische, durch äussere Merkmale bestimmte Regel die Anwendung um so einfacher und sicherer wird¹). Man wird beispielsweise die Vorschrift, dass das eigenhändige Testament datiert sein muss, rationell

¹ Weshalb man vielfach sagt, Formvorschriften — und die strenge Form dient ja der Rechtssicherheit — seien spröder gegenüber der Auslegung, seien «streng» auszulegen. *Strictum jus, interpretatio dura.* 1. 8, C 3, 1; 1. 25, D 1, 3. Thibaut, *Theorie der logischen Auslegung* 16. Vgl. Rumpf, *Gesetz und Richter*, 1906, 137 ff., 161 ff. Die primitiven Rechte hatten wohl in der Regel den Richter entweder streng an das Wort gebunden oder das Recht ganz frei finden lassen; die «Auslegung» einer gegebenen Vorschrift wäre ihnen also ebenso schwierig wie künstlich erschienen. Vgl. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I, 139; Jhering, *Geist des römischen Rechts*, II, 441.

vielleicht dahin auslegen, dass das Datum auch richtig sein müsse, wörtlich aber dahin, dass jede vollständige Datierung genüge; und die erste Auslegung mag dem sachlichen Gedanken der Bestimmung besser entsprechen, indem sie den Schutz gegen Missbrauch erhöht, die zweite der leichteren Anwendung. Beide Auslegungen müssen aber einen vernünftigen Sinn haben, wenn die Gegenüberstellung einen Sinn haben soll, und welche vorzuziehen sei, ist wiederum Sache vernünftiger Abwägung¹⁾.

¹⁾ Man hat der «rationellen» Auslegung (mitunter auch im Gegensatz zur historischen) zur Aufgabe gemacht, dem **Zweck** des Gesetzes nachzuforschen; sie soll, sagt man, teleologisch sein. Allein abgesehen davon, dass man nicht annehmen darf, die wörtliche Auslegung sei zwecklos und hätte keinen Sinn, ist es missverständlich, den Zweck des Gesetzes als entscheidend für seine rechtliche Tragweite hinzustellen. Der Zweck des Gesetzes, oder besser: derjenigen, die das Gesetz machen, ist immer, einen bestimmten gesellschaftlichen Zustand herbeizuführen, wie **Stammler**, *Wirtschaft und Recht*, 1896, I, 309 ff., ausgeführt hat. Nun ist es gewiss für die Erforschung des historischen und des vernünftigen Willens des Gesetzgebers von Bedeutung, zu wissen, welche gesellschaftlichen Missstände bestehen und welche Änderungen herbeigeführt werden sollten; aber die entscheidende Frage ist doch nicht, welche Zustände verwirklicht werden sollten oder wollten, sondern welche Normen zu diesem Zweck erlassen worden sind oder erlassen werden sollten. Wenn man z. B. weiss, dass der Gesetzgeber beabsichtigt hat oder bewirken sollte, dem geistigen Arbeiter selbst, nicht seinen Erben, den Ertrag seiner Kunstwerke und literarischen Schöpfungen zu sichern, so weiss man noch lange nicht, welcher Rechtssatz zu diesem Zweck erlassen worden ist oder erlassen werden müsste. Es ist bekanntlich eine schwierige Frage der Gesetzgebungspolitik, welche Rechtssätze geeignet sind, einen erwünschten Zustand herbeizuführen, wie die vielen wirkungslosen Vorschriften der Kriegezeit, z. B. gegen Preiswucher oder wirtschaftliche Überfremdung, beweisen; und zu einem Zweck können verschiedene Normen notwendig sein, wie **Heck**, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, 1912, 28, bemerkt. Mit dem Zweck ist daher die Norm, die dazu führen soll, noch nicht gegeben; der ausser dem Gesetz gelegene Zweck ist vom Sinne des Gesetzes zu scheiden: **Stammler**, *Theorie* 624. Die Kenntnis des Zweckes ermöglicht daher auch nicht die Ergänzung einer unvollständigen Norm. Zu ermitteln ist vielmehr eine bestimmte Norm, eine Regel des praktischen Verhaltens, in begrifflicher Bestimmtheit, so nämlich, wie sie als gesetzgeberischer Beschluss tatsächlich gegeben ist oder vernünftigerweise beschlossen

Überall also, wo der Sinn des Gesetzes nicht geschichtlich gegeben ist, besteht für den Richter eine noch unentschiedene Frage; er muss sie entscheiden, um zu einem eindeutigen Gesetz zu gelangen, ähnlich wie der Gesetzgeber es hätte tun müssen. Wo echte Lücken sind, in dem Sinne, dass kein Rechtssatz gegeben ist, muss der Richter entscheiden ohne gesetzlichen Halt; wo eine analoge Frage, d. h. eine Frage, die nach sachlicher Erwägung gleich zu entscheiden ist wie die im Gesetz nicht entschiedene, da wird der Richter, sobald er die sachliche Verwandtschaft der beiden Fälle erkannt hat (was die Hauptsache ist)¹⁾, die nicht entschiedene Frage nach dem im Gesetz enthaltenen Grundsatz entscheiden (nach Analogie); wo ein Rechtssatz (zufällig) unvollständig geblieben ist, oder wo der Rechtssatz (absichtlich) auf das richtige Recht (die Billigkeit, das

werden müsste. Selbstverständlich gibt der nackte Wortlaut den Zweck des Gesetzes nicht an; wenn man ihn finden will, muss man suchen, was der Gesetzgeber mit der Bestimmung erreichen wollte. Aber auch wenn man das weiss, kennt man noch nicht den Rechtssatz. Der Rechtssatz muss erst noch durch vernünftige Erwägung gefunden werden, und diese vernünftige Erwägung soll mit dem Worte *ratio legis* bezeichnet werden. Auf der Unterscheidung zwischen der beabsichtigten sozialen Wirkung des Gesetzes und dem gewollten Rechtssatz beruht auch die Unterscheidung zwischen erlaubter und unerlaubter Umgehung des Gesetzes: jede Umgehung vereitelt den vom Gesetzgeber beabsichtigten Erfolg; aber verboten ist diese Vereitelung nur, wenn sie dem vom Gesetzgeber ausgesprochenen Rechtssatz widerspricht. Savigny, System, I, 213, unterscheidet ähnlich zwischen Gedanken und Absicht (Ziel) des Gesetzes; über den «Grund» des Gesetzes in den verschiedenen Bedeutungen des Wortes s. ib. § 34 und Gén y, *Interprétation*, II, 120. Vielfach wird dagegen gefehlt; auch der Satz: *Nulla juris ratio, aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producatur*; 1. 25 D, 1, 3, fehlt, in dieser Allgemeinheit, dagegen.

¹⁾ Denn die Gleichheit des Grundes gilt es zunächst zu bestimmen: Thibaut, a. a. O. 128, 139; und irgend etwas hat ein Fall stets mit irgendeinem Rechtssatz gemein, wie Gnaeus Flavius, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906, 23, bemerkt. Das verkennt u. a. D. Donati, a. a. O. 48, 132 ff., 165, wenn er die Analogie bloss als eine logische Operation hinstellt.

freie Ermessen usw.) verweist, muss der Richter ihn ergänzen; und wo der Rechtssatz zwar nicht unvollständig, aber zweideutig ist (also sprachlich mehr zulässt, als logisch zulässig ist), wo also zwei Auslegungen möglich sind, muss er wiederum in engerem Rahmen das tatsächlich unvollständige Gesetz ergänzen¹⁾, und zwar nach denselben Erwägungen, die der Gesetzgeber selbst anzustellen hätte, um das Gesetz vollständig und eindeutig zu machen. Deshalb ist diejenige Auslegung die beste, welche den vernünftigsten Sinn ergibt²⁾.

Gesetzesergänzung durch freie Rechtsfindung, analoge Anwendung bestehender Rechtssätze auf neue Fälle, Ergänzung unvollständig formulierter und genauere Bestimmung mehrdeutig formulierter Vorschriften sind also nur verschiedene Stufen und Modalitäten einer und derselben Tätigkeit: Findung des richtigen Rechtes. Sie spielen sich in engerem oder weiterem Raum ab; aber sie sind von gleichem Wesen³⁾. Es besteht zwischen ihnen nur ein

¹⁾ «Denn sowohl im Fall eines Widerspruchs als einer Lücke werden wir bei dem Versuche, aus dem Gesetz als Ganzem, einen vollendeten Gedanken abzuleiten, zuletzt auf eine Mehrzahl von Gedanken geführt, welche der Gesetzgeber ausgedrückt haben könnte, und es muss daher noch die Entscheidung für den einen oder den anderen dieser möglichen Gedanken hinzukommen, bevor der durch das Gesetz ausgedrückte Gedanke als vollendet betrachtet werden kann.» Krug, a. a. O. 109 f. Die Entscheidung des Interpreten muss noch hinzukommen, gewiss! Aber ebenso gewiss war der vollendete Gedanke im Gesetzeswort noch nicht ausgedrückt.

²⁾ Gustav Rümelin, Werturteile und Willensentscheidungen, Prorektoratsrede, 1891, 7. — Im Gegensatz zu Savigny, System, I, 240, der, wie viele ältere, lehrt, der Auslegende habe sich um den Wert seiner Auslegung nicht zu kümmern; sie glauben eben zwischen Auslegung und Ergänzung des Gesetzes unterscheiden zu können: Wüstendörfer, a. a. O. 302, meint nicht mit Unrecht, an die Spitze jeder Rechtsordnung sollte der Satz gestellt werden: «Der Inhalt der Rechtsordnung ist vernünftig.» Es ist unrichtig, wie z. B. Donati, a. a. O. 186, annimmt, die Anwendung des Gesetzes sei für den Richter eine bloss logische Verstandestätigkeit.

³⁾ Wie u. a. schon Thibaut, a. a. O. 123; Thöl, a. a. O. 144 («Die Auslegung bringt einen neuen Rechtssatz hervor . . .», allerdings nicht, ohne nachher zwischen Auslegung und Ergänzung durch

gradueller Unterschied, nicht ein begrifflicher. Man vergleiche nur etwa die Art und Weise, wie die Praxis den Sinn gewisser Worte des Gesetzes bestimmt hat; z. B. des Wortes «Werk» des Art. 58 OR: als etwas, welches «vermöge seiner Anlage bei mangelhafter Konstruktion oder Unterhaltung eine ähnliche Gefahr der Schädigung in sich birgt wie ein Gebäude» (Bundesgericht, 22, 1155). Ist es Auslegung oder analoge Gesetzesanwendung, wenn infolgedessen Art. 58 auf ein Baugerüst, auf einen Motor angewendet wird? Oder wenn die Rechtsprechung den telephonisch abgeschlossenen Vertrag (vor der ausdrücklichen Regelung des Falles im Gesetz) als Vertrag unter «Anwesenden» behandelt, ist das Ergänzung (bzw. Abänderung, wie Zitelmann, Lücken im Recht, 22, meint) oder analoge Anwendung (wie Spiegel, a. a. O., 126, meint)? Oder wenn die Bestimmung des Art. 85, Ziffer 10, der schweizerischen Bundesverfassung, wonach «Beschlüsse über Aufnahme von Anlehen» in die Kompetenz der Bundesversammlung fallen, angewendet wird sowohl auf die Kreditbeschaffung durch Renten- und Garantieverträge wie auf die durch eigentliche Darlehensverträge, dagegen nicht

Analogie zu unterscheiden), und nach ihnen viele andere bemerkt haben; z. B. E. I. Bekker, Ernst und Scherz, 159; Rumpf, Gesetz und Richter, 1906, 143; Heck, Gesetzesauslegung, 194, 307; ähnlich auch Rümelin, a. a. O. 279; Bierling, Juristische Prinzipienlehre, IV, 1911, 263, was Gmür zu Unrecht kritisiert. Wüstendörfer, a. a. O. 290. «Überall aber, wo das Gesetzeswort den Willen des Gesetzgebers nicht klar zutage treten lässt oder wo es ganz schweigt, tritt die freie Tätigkeit des Richters ein, die das Recht selbständig fortzubilden hat und, aus allen Erkenntnispunkten gleichmässig aber frei schöpfend, das geschriebene Gesetz durch das ungeschriebene Recht ergänzt» P. Speiser, in Zeitschrift für das schweizerische Recht, n. F., 4, 562. Die meisten wollen zwischen Auslegung und Ergänzung des Gesetzes unterscheiden, im Gegensatz zu den praktischen Römern: Savigny, System, I, 298. Wenn das ZGB den Richter anweist, «seine Entscheidung nach Recht und Billigkeit zu treffen», «wo das Gesetz den Richter auf sein Ermessen oder auf die Würdigung der Umstände oder auf wichtige Gründe verweist», so ist das nur eine weitere Anwendung der Kantschen Maxime.

angewendet wird auf die kurzfristige Kreditbeschaffung selbst durch einen Darlehensvertrag? Oder wenn «Geld» nachträglich auf später geschaffenes Papiergeld, «Mühle» auf moderne Turbinenwasserwerke bezogen wird¹⁾? Es ist auch ohne jede praktische Bedeutung, wie man diese Schattierungen gegeneinander abgrenze; denn nur wo der Richter durch das Gesetz nicht gebunden ist und doch entscheiden muss, darf er das Fehlende ergänzen: aber dann darf er auch alles Fehlende ergänzen, sei es nun durch «Auslegung», «Analogie» oder «freie Rechtsfindung», wenn nur seine Ergänzung richtig ist²⁾.

Der Unterschied zwischen diesen Fällen liegt nur darin, dass in den einen der Kreis der zu beantwortenden Fragen gezogen ist unabhängig vom betreffenden Gesetz, in den anderen durch das Gesetz selbst. Wenn das Privatrecht die Beziehungen der Grundeigentümer oder der Vertragsparteien untereinander ordnet, steht bereits fest, dass alle privatrechtlichen Streitigkeiten im ganzen Bereich, den das öffentliche Recht der privaten Willkür überlässt, ihre gerichtliche Erledigung finden müssen; wenn daher das Privatrecht eine Frage oder ganze Fragenmassen nicht beantwortet, so muss sie der Richter, da er doch richten muss, beantworten. Wenn ein öffentlich-rechtliches Gesetz einer Behörde gewisse Obliegenheiten zuweist, die Art und Weise des Vorgehens dieser Behörde aber unbestimmt lässt, so muss die Behörde, da sie ihrer Aufgabe nachkommen muss, das Verfahren selbst bestimmen; und ebenso bei der Bestimmung der Zuständigkeit, wenn wir

¹⁾ Vgl. Wurzel, Das juristische Denken, 2. A. 1924, 19.

²⁾ Deshalb ist es in der Tat, logisch gesprochen, eine Taschenspielerlei, wie Fuchs in seinen Schriften nachdrücklich betont, solche Entscheidungen dialektisch aus dem gesetzten Recht abzuleiten; aber, praktisch gesprochen, eine harmlose Spielerei; denn die Entscheidung kann trotzdem durchaus richtig sein. Solche Begründungen entspringen weniger der Unaufrichtigkeit des Richters, wie Gén y, *Interprétation*, I, 267, meint, als seiner Ängstlichkeit, s. unten, S. 96. Vgl. auch Spiegel, a. a. O. 32; Wurzel, a. a. O. 55.

voraussetzen, eine Behörde müsse amtieren (z. B. ein Gericht richten). Das sind die Fälle, die man gewöhnlich echte Lücken nennt. In den anderen Fällen ist die Lücke erst durch die Vorschrift selbst entstanden, die den betreffenden Rechtssatz aufstellt; dadurch nämlich, dass diese Vorschrift, die Formel für den auszudrückenden Rechtssatz, unvollständig geblieben ist. Aber auf dem Gebiet der öffentlich-rechtlichen Normen, wo das Recht nur so weit reicht, als Normen aufgestellt werden (vgl. oben S. 18), entsteht keine Lücke dadurch, dass keine Vorschrift aufgestellt wird; wohl aber entsteht eine Lücke dadurch, dass eine unvollständige Vorschrift aufgestellt wird. Wenn ein Gesetz vorschreibt, dass der Bürger 5% vom Einkommen und 1‰ vom Vermögen Steuer zu bezahlen hat, ohne zu sagen, was Einkommen und was Vermögen ist, so muss die Steuerbehörde das bestimmen, wenn sie die Steuer erheben will; sie muss den Rechtssatz ergänzen. Das nennt man gewöhnlich «Auslegung». Aber schliesslich ist auch dieser Unterschied relativ, weil die Formulierung darüber entscheidet, was in einem Rechtssatz und was in mehreren ausgedrückt werden soll. Man könnte die Pflicht des Richters, alle Privatrechtsstreitigkeiten zu entscheiden, in den einzigen Satz zusammenfassen: entscheide nach Billigkeit in unparteiischem Verfahren alle Streitigkeiten privaten Rechts (so lautet ungefähr der Auftrag der allgemeinen Schiedsverträge an die internationalen Schiedsgerichte). Oder das Obligationenrecht in den Satz: Die Verträge, die im Rahmen des öffentlichen Rechts und der guten Sitten abgeschlossen worden sind, sind nach Treu und Glauben zu erfüllen. Und auch die Steuerbehörde, die das erwähnte Steuergesetz anzuwenden hat, muss vielleicht dem geschichtlich-positiven Recht manches hinzufügen, das viele Paragraphen füllen könnte; z. B. über Verjährung, Rückerstattung zuviel bezahlter Steuern, Verzinsung rückständiger u. a. m., ohne dass sie die Grenzen zulässiger «Auslegung» überschritte. Entscheidend ist eben nur immer die Vollständigkeit der

Regelung im Verhältnis zu den regelnden Fragen zur gestellten Aufgabe.

Wichtig ist aber, dass der Richter nicht den Rahmen des ihm geschichtlich gegebenen Gesetzesrechtes überschreite. Hier ist allerdings nichts mehr zu ergänzen; aber auch nichts mehr auszulegen; hier besteht überhaupt keine Frage mehr. Soweit aber eine Frage noch unbeantwortet geblieben ist, die mit logischer Notwendigkeit beantwortet werden muss, hat der Richter immer nach gleicher Methode vorzugehen; nicht anders, als der Gesetzgeber vorgehen müsste, wenn er die Frage beantworten müsste. Beide haben das sachlich Richtige zu suchen¹⁾.

Man wird vielleicht nicht zugeben wollen, dass es sich bei der (nicht historischen) Auslegung, bei der analogen Anwendung und bei der Ergänzung des Gesetzes überall um dieselbe Aufgabe des Richters handle; man wird vielleicht sagen, der Richter habe das Gesetz allerdings zu ergänzen, wo echte Lücken seien, aber wo das Gesetz nicht lückenhaft sei, müsse er es doch auslegen, um es anzuwenden. Ausserhalb des engen Gebietes der eigent-

¹⁾ Will man dem Richter diese Befugnis überhaupt versagen, so muss man ihm auch die Auslegung der Gesetze verbieten, wie es der absolutistische Gesetzgeber, z. B. Ludwig XIV., in seiner ordonnance touchant la réformation de la justice von 1667, Titel I, Art. 7, wie es vor ihm Justinian durch 1 1 C, 1, 14; 1 2, § 21 C, 1, 17 und manche andere nach ihm getan haben. Aber der Richter konnte dann auch nicht selbst alle Streitigkeiten entscheiden; er musste sich an die Oberbehörde um Auskunft wenden, wenn er Zweifel über den Sinn des Gesetzes hatte; es ist das *référé législatif*, das Gegenteil des Grundsatzes, den der oben erwähnte Art. 4 des C c aufgestellt hat. — Dass diese gesetzgeberische Aufgabe des modernen Richters (die Ergänzung des Gesetzes) dem Grundsatz der Gewaltentrennung widerspricht, ist kaum zu bestreiten. Aber ebenso würde ihm die Auslegung des Gesetzes (*pendente lite*) durch den Gesetzgeber widersprechen. Die folgerichtige Durchführung des Grundsatzes setzt eben voraus, dass der Gesetzgeber seine Aufgabe vollständig, vollkommen erfülle; aber das müsste ein alles vorsehender Gesetzgeber, die Vorsehung selbst sein. — Vgl. Lukas, a. a. O. 412, 418 ff. Gény, *Interprétation et sources*, I, 77 ff., 208 ff., II, 288.

lichen Lückenergänzung sei das weite Gebiet der Gesetzesauslegung; das ist in der Tat die herrschende Meinung. Allein welches Gebiet kann das sein? Wenn man damit das Gebiet der unechten Lücken meint, die Fälle also, wo das Gesetz zwar entschieden, aber unrichtig entschieden hat, so ist die Antwort mit dieser Feststellung schon gegeben; denn wenn die Frage durch das Gesetz entschieden ist, bleibt für den Richter nichts mehr zu entscheiden, sofern er nach der geltenden Verfassung, wie wir annehmen, an das Gesetz gebunden ist. Soll der Richter aber in selbständiger, sachlicher Erwägung den Sinn eines mehrdeutigen gesetzgeberischen Ausspruches bestimmen, so kann es nur sein, weil das Gesetz ihn nicht selbst vollständig bestimmt hat. Man mag das «Auslegung» nennen und von der «Ergänzung» unterscheiden; die Unterscheidung ist vielleicht nützlich und entspricht dem Sprachgebrauch; aber in der Sache entspricht ihr nur ein relativer, gradueller Unterschied. Das Gesetz (rationell) auslegen und es ergänzen, ist im Wesen dasselbe; nur dem Umfange nach ist es verschieden. Die grundsätzliche Scheidung ist die zwischen der Ermittlung des geschichtlichen Sinnes des Gesetzes, der für den Richter verbindlich ist, wie er ist, und der vernünftigen Erwägung der nach jener historischen Feststellung noch fehlenden Bestandteile des anzuwendenden Rechts. Wieviel noch fehle, ist eine ganz untergeordnete Frage; der Richter hat es zu finden durch «Auslegung» oder «Ergänzung». Und beides findet im Rahmen des geschichtlich gegebenen Gesetzesrechtes statt, das der Richter nicht abändern kann; beides findet nur statt, wo der logische Zwang dazu nötigt, wo also eine echte Lücke klafft. Denn es ist für den Richter ebenso notwendig, zwischen zwei sachlich möglichen Deutungen des Gesetzestextes zu wählen, wenn er die zweideutige Bestimmung anwenden will, wie es unausweichlich ist, die zuständige Behörde zu ermitteln, wenn der Staat eingreifen soll, oder das *procedere* zu bestimmen, wenn die

Behörde vorgehen soll; wie es unumgänglich ist, die anwendbare Privatrechtsnorm zu ermitteln, wenn ein privatrechtlicher Streit entschieden werden soll.

Dass das zu findende Recht sich dem schon gegebenen harmonisch an- und einfügen muss, dass der Richter also, bei der freien Ergänzung wie bei der Auslegung, den schon bekannten Bestandteilen Rechnung tragen muss, damit alles sich zu einem harmonischen Ganzen zusammenfüge, bedarf keiner Ausführung; denn wenn sich die Teile der Rechtsordnung widersprechen, entstehen neue (echte) Lücken.

Die Einheit der Rechtsordnung, das sei noch bemerkt, beherrscht alle ihre Teile. Der Sinn des einzelnen Rechtsatzes kann erst endgültig bestimmt werden, wenn das Ganze, in das er sich einfügen soll, gegeben ist; und umgekehrt hängt das Ganze von der Beschaffenheit seiner Teile ab. Das Ganze und die Teile bestimmen sich gegenseitig. Steht das Ganze im Grundriss schon fest, wie vorhin angenommen, so hat sich das Besondere danach zu richten; und wird das Ganze von Grund auf neu aufgeführt, so muss die Bestimmung des Einzelnen mit der Zeichnung des Gesamtplanes Hand in Hand gehen; der Baumeister (Gesetzgeber oder Richter) muss das Einzelne immer im Bilde des Ganzen denken und das Ganze wiederum an der Durchführung im Einzelnen erproben. Das Ergebnis muss eine Rechtsordnung, d. h. ein logisch geschlossenes Ganzes sein, und der Forderung, diese notwendige Einheit herzustellen, muss sich das Einzelne fügen; denn Widersprechendes kann nicht zugleich angewendet werden. Aber diese Korrektur des sachlich richtigen Einzelnen im Namen der Logik des Ganzen ist nicht mehr Erforschung des vernünftigen Sinnes des einzelnen Satzes, sondern die nachträgliche Beschneidung der kunstgerecht behauenen Bausteine, damit sie sich zu einem Baue zusammenfügen. Und soweit der Wissenschaft diese Aufgabe zufällt, ist sie berechtigt, auch das vom Gesetz-

geber gegebene Recht zu korrigieren¹⁾. Die Forderung der Widerspruchslosigkeit, wie die der Vollständigkeit, steht über dem gesetzten Recht und dem Gesetzgeber. Eine mehrfach und widersprechend entschiedene Frage ist ja auch keine Entscheidung, also nichts anderes als eine Lücke, und die Ausmerzung eines Widerspruches ist nichts anderes als die Füllung einer offen gelassenen Lücke (vgl. oben S. 82²⁾).

2. Das vom Richter zu findende Recht.

Allein man stösst, wie es scheint, bei dieser Auffassung wieder auf Schwierigkeiten: auf eine logische und eine juristische.

Die **logische** besteht darin, wie die Grenze zwischen dem keiner Auslegung bedürftigen, aus sich selbst klaren Gesetzesbestimmungen und den unklaren, auslegungsbedürftigen Bestimmungen zu ziehen ist.

Diese Grenze ist allerdings nicht durch ein formales, d. h. von der Frage selbst unabhängiges, von vornherein feststehendes Kriterium zu bestimmen. Dass eine Gesetzesbestimmung eindeutig ist, ist nur daran zu erkennen, dass sie eben nicht mehr als eine Deutung zulässt; sobald aber jemand das bestreitet, ist für ihn die Mehrdeutigkeit auch schon da, und man kann ihn (abgesehen von sprachlichen

¹⁾ Vgl. Kohler, a. a. O. 15; Gmür, a. a. O. 53; Endlich-Maxwell, 45, 250.

²⁾ Eine Folge davon ist es, dass gesetzliche Definitionen nur bedingt verbindlich sind; sie sind verbindlich, sofern sie einen (harmonischen) Bestandteil des Gesetzesinhaltes bilden, wie die Definition der Fabrik im Fabrikpolizeigesetze; nicht aber wenn sie den in anderweitigen praktischen Anordnungen schon gegebenen Inhalt begrifflich (konstruktiv) zusammenfassen und in Widerspruch dazu treten, wie die Bezeichnung eines Institutes als Dienstbarkeit, das nach den eigenen Ausführungen des Gesetzes ein Stück Eigentumsrecht ist. Im ersten Sinn ist die Definition ein sprachlich abgesonderter Bestandteil des gesetzgeberischen Gedankens, des Rechtssatzes selbst; im zweiten eine zum gesetzgeberischen Gedanken hinzugefügte überflüssige Charakterisierung des schon Gesagten. Vgl. Rumpf, Gesetz und Richter 143; Stammler, Theorie 322; Gény, Interprétation, I, 280; Eisele, Unverbindlicher Gesetzesinhalt, Archiv f. ziv. Praxis, 69, 317 ff.

Argumenten, die uns hier nicht interessieren) nur mit sachlichen Beweisen überzeugen, indem man ausführt, dass nur die eine Deutung gemeint sein kann, d. h. vernünftigerweise gemeint sein kann. Vielleicht gibt es sprachlich eindeutige Bestimmungen; aber überall, wo die Gesetze der Sprache mehr als eine Deutung zulassen, ist die juristische Eindeutigkeit nur dadurch gesichert, dass nur diese eine Deutung sich als juristisch denkbar, als der mögliche Ausdruck eines Rechtsgedankens, d. h. eines im Zeichen der Gerechtigkeit gefassten Gedankens, erweist. Aber das sagt uns nicht der Wortlaut, das Wörterbuch, sondern die eigene Vernunft. Ob eine Vorschrift eindeutig etwas Vernünftiges sage, kann nur die Vernunft entscheiden, nicht die Grammatik. Auch die einfachste Vorschrift des Gesetzes ist also als rechtliche Vorschrift nur demjenigen verständlich, der mit dem rechtlichen Unterscheidungsvermögen an sie herantritt¹⁾. Auch die einfachste Vorschrift appelliert schliesslich, um als das verstanden zu werden was sie sein will, an die praktische Urteilskraft des Lesers. Das Gesetz drückt sich mitunter recht ungeschickt aus und wird im Rahmen der Begleitumstände doch verstanden, weil es nur einen vernünftigen Sinn haben kann²⁾. Sprachlich eindeutige Bestimmungen müssen sogar mitunter, um juristisch verständlich zu sein, sprachlich unrichtig gelesen werden; und der vernünftige Leser, der weiss, dass der Gesetzgeber einen Rechtsgedanken mitteilen wollte, liest sie so³⁾.

¹⁾ Alfred Martin, Observations sur les pouvoirs attribués au juge par le Ccs, 1909, 8.

²⁾ Vgl. G. Rümelin, a. a. O. 7.

³⁾ Vgl. den von Savigny, System, I, 243, mitgeteilten Fall. Namentlich ist das häufig so in mehrsprachigen Staaten, wo der Gesetzestext in mehreren gleichberechtigten Sprachen wiedergegeben wird; wenn der Ausdruck in den verschiedenen Sprachen nicht übereinstimmt, muss dem einen Wortlaut Gewalt angetan werden. — §67 des deutschen Handelsgesetzbuches vom 10. Mai 1897, welches für Prinzipal und Handlungsgehilfen die gleiche Kündigungsfrist vorschreibt und abweichende Verabredungen für ungültig

Die eindeutigen Vorschriften lassen sich also von den mehrdeutigen, deutungsbedürftigen, nicht ohne Verwendung der Vernunft sondern; der Richter arbeitet von Anfang an mit der Vernunft; er kann nicht vorerst den logischen Verstand walten lassen und erst, wenn er damit nicht auskommt, die praktische Vernunft zu Hilfe rufen; denn vor dem forum der praktischen, nicht der reinen Vernunft (des Verstandes) muss sich eine Bestimmung von vornherein als sinnvoll und verständlich erweisen. Und da die Bestimmung der Grenze zwischen den auslegungsbedürftigen und den ohne weiteres klaren Bestimmungen selbst wieder eine Sache des vernünftigen Urteils ist, ist diese Grenze nicht a priori dem Richter gegeben, sondern erst zu bestimmen; und sie lässt sich nicht formallogisch bestimmen, sondern bleibt vom rein logischen Standpunkt aus unbestimmt.

Sie wäre es aber nicht weniger, wenn man statt der rationellen die historische Auslegung für richtig hielte; mit andern Worten, wenn es richtig wäre, dass der vom Gesetzestext nicht gegebene Inhalt aus dem geschichtlichen Willen der gesetzgebenden Personen gewonnen werden müsste¹⁾; denn auch dann müsste vorher bestimmt werden, welche Gesetzesvorschriften dieser (historischen) Auslegung bedürftig sind und welche nicht; und die Frage, ob die von jener vermeintlichen subsidiären Quelle positiven Rechtes gegebene Antwort ausreichend sei, oder selbst wieder der Auslegung bedürfe, müsste schliesslich auch wieder nach vernünftigem Urteil, nicht nach gegebener Entscheidung, entschieden werden. Es geht so mit allen Autoritäten. — Übrigens ist diese Unbestimmtheit der Grenze zwischen auslegungsbedürftigen und ohne weiteres klaren Gesetzesbestimmungen praktisch unschädlich; sie ist also

erklärt, wurde vom Reichsgericht (Ziv. S. 68, 317) dahin «ausgelegt», dass die Frist für den Handlungsgehilfen nicht kürzer sein dürfe als für den Prinzipal, wohl aber umgekehrt. In der Tat die einzig vernünftige Auslegung.

¹⁾ Wie es z. B. F. Degni, *L'interpretazione della legge*, Napoli 1909, 57, 64, meint.

ohne praktische Bedeutung¹⁾; denn was beinahe ohne Auslegung klar ist, wird auch nicht schwer auszulegen sein. Man kann darüber streiten, ob aus Art. 65 der Bundesverfassung, welcher in Absatz 2 die körperlichen Strafen unbeschränkt und in Absatz 1 die Todesstrafe beschränkt verbietet, ohne weiteres hervorgehe, dass die Todesstrafe keine körperliche Strafe sei oder ob diese Erkenntnis durch Auslegung gewonnen werde; die Erkenntnis ist so leicht zu gewinnen und so sicher, dass es gleichgültig ist, ob man das Auslegung nenne oder nicht. Oder ist es Auslegung, dass der Satz: «Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich» (Art. 4 BV) auch für Schweizerinnen gilt? Wenn man das Gesetz vernünftig liest, so hat es diesen Sinn; auch das klarste Gesetzeswort kann, wie schon bemerkt, als Rechtsvorschrift ohne Vernunft nicht verstanden werden. Die Vernunft kommt nicht erst bei der Auslegung hinzu.

Wir können das auch ruhig zugeben; jede Gesetzesvorschrift, die klare wie die unklare, bedarf in diesem Sinne der Auslegung; in dem Sinne nämlich, dass der Lesende verständnisvoll dem Gedanken folgen muss, den der Gesetzgeber mit dem geschriebenen Worte ausdrücken wollte. Aber darin liegt ja auch das Widerspruchvolle jeder Gesetzgebung, d. h. jeder Wiedergabe eines Rechtsgedankens in einer sprachlichen Formel: die Worte sollten einerseits das Mittel sein, einen Gedanken wiederzugeben (vgl. oben S. 63); also etwas davon Verschiedenes, gewissermaßen hinter den Worten Vorhandenes, erkennen zu lassen; und andererseits soll der Gedanke nur aus den Worten entnommen werden. Die Worte erhalten Sinn nur durch den Gedanken, welches dieser Gedanke aber sei, sollen wieder die Worte angeben. Je nachdem man mit diesem oder jenem Gedanken an die Worte herantritt, haben sie einen

¹⁾ Worauf gelegentlich schon v. Mohl, Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, I, 119, hingewiesen hat; vgl. auch Krug, a. a. O. 76.

verschiedenen Sinn (und wer sie gedankenlos liest, für den haben sie gar keinen Sinn). Wenn jede Gesetzesvorschrift von einem vernünftigen Leser gelesen werden muss, um einen Sinn zu haben, genügen offenbar die Worte allein nicht (die doch allein gegeben sind), diesen Sinn zu geben, sondern der Vernünftige, der von vornherein zu unterscheiden vermag, was das Gesetz vernünftigerweise gemeint haben kann und was nicht, findet den Sinn; sein vernünftiges Urteil ist also offenbar daran nicht unbeteiligt.

Die **juristische** Schwierigkeit scheint dagegen gerade unserer Auffassung von der rationellen Gesetzesauslegung anzuhaften.

Wenn sich nämlich der Richter in den geschichtlichen Vorgängen der Gesetzgebung, die ihm als gegebene Tatsachen gegenüberstehen, keine Auskunft holen darf, sondern selbst, aus eigenem Urteil, entscheiden muss, wie kann er, der doch seiner verfassungsrechtlichen Stellung nach nicht Gesetzgeber ist, dieser seiner vernünftigen Entscheidung allgemeine Verbindlichkeit beimessen? Die gesetzgebende Behörde, nur sie, ist doch berufen, allgemeinverbindliche Normen zu setzen; der Richter hat nur den einzelnen Fall zu beurteilen. Wenn er sich nun daran hält, ist der einzelne Fall für einmal entschieden; gewiss! Aber das Gesetz, das allgemeinverbindlich sein soll, bleibt unvollständig; wenn aber das Gesetz, d. h. die verbindlich gemachte allgemeine Norm, unvollständig bleibt, auf was kann sich der Richter berufen, um den einzelnen Fall zu entscheiden? Er soll ihn doch nach Gesetz, nach dem geltenden Recht, entscheiden, und hier erkennen wir ja selbst, dass er das (objektive) Recht erst machen muss. Er muss also nach einem Recht entscheiden, das bisher noch nicht galt (weil es noch nicht die staatliche Anerkennung erhalten hatte). Und wenn einmal ein Richter dieses (ergänzende) Recht gefunden hat, ist dann das unvollständige Gesetz vervollständigt; ist die vom Richter gefundene Norm (oder Teil einer Norm) Bestandteil des objektiven Rechtes,

ein- für allemal, so dass man sich darauf verlassen kann wie auf das unzweideutige Gesetzesrecht? Offenbar nicht; denn was ein Richter erkannt hat, ist für den andern nicht verbindlich; jeder Richter kann in jedem Fall wieder nach seiner Überzeugung entscheiden¹⁾. Wo bleibt aber da die Einheit des Rechtes und die mit der Gesetzgebung erstrebte Rechtssicherheit? Das Gesetz muss doch nach seinem ganzen Inhalt, d. h. in allem, was zur Anwendung notwendig ist, bestimmt und bekannt sein.

Darauf ist zu antworten:

Die Geistesarbeit, die der Richter verrichten muss, um das Gesetz zu ergänzen, ist (wie früher bemerkt) die des Gesetzgebers; er hat im Wege derselben vernünftigen Erwägungen wie ein Gesetzgeber den allgemeinen Satz zu finden (oder zu ergänzen), der verdient, Geltung zu erlangen; die **technische** Aufgabe ist die des Gesetzgebers.

Da der Richter aber nur die Befugnis hat, das Gesetz anzuwenden, d. h. in verbindlicher Weise nur den einzelnen Fall zu entscheiden und nicht Rechtssätze durch seinen Ausspruch verbindlich zu machen, ist und bleibt jede seiner Entscheidungen in ihrer Wirkung beschränkt auf den gerade entschiedenen Fall; der Richter als solcher verrichtet im **rechtlichen** Sinn nicht gesetzgeberische Arbeit mit den rechtlichen Wirkungen der Gesetzgebung. Übrigens: auch wenn man dem Richter die gesetzgebende Befugnis zuschreiben wollte, so wäre damit der Aufgabe, die er zu erfüllen hat, doch nicht gedient; denn dann würde er im Momente seiner Entscheidung neben dem Akt der Rechtsprechung einen Akt der Gesetzgebung vollziehen; er würde damit neues Recht auf formell neuer Grundlage

¹⁾ Selbstverständlich soll mit der persönlichen Überzeugung des Richters nicht die subjektive Willkür gemeint sein (oder das subjektive Werturteil [!] wie man häufig liest); die Meinung ist vielmehr, dass der Richter nach dem objektiven Massstab des Richtigen entscheiden soll und kann, dass aber (unvollkommene) Menschen darüber irren und verschiedene Menschen infolgedessen darüber verschieden urteilen werden.

schaffen: ein Recht aber, das vorher nicht bestanden hätte und das deshalb gerade nicht die Grundlage seines Urteils abgeben könnte.

Die Schwierigkeit lässt sich nicht lösen mit der Erwägung, dass die Gerichts- (und Verwaltungs-) Praxis selbst wieder eine Quelle objektiven Rechtes, etwa Gewohnheitsrechtes, sei, neben dem Gesetzesrecht und zu dessen Ergänzung. Auch wenn man annimmt, dass eine längere ständige Praxis objektives Recht zu begründen vermag, so ist damit unsere Frage nicht entschieden. Denn wir fragen nicht, welche Bedeutung der einmal gegebenen ständigen Praxis im Verhältnis zum Gesetzesrecht zukomme; sondern ob der Richter, der noch keine Präjudizien hat, diesen Weg einschlagen könne und in welchem Verhältnis die erste dieser Entscheidungen zum Gesetze stehe. Die Frage ist ja, wie der Richter, der nur das Gesetz, und zwar ein unvollständiges Gesetz, vor sich hat, sich entschliessen soll, und nicht wie die bereits in fester Praxis vorliegenden Entschliessungen zu werten sind; wir fragen, welche Praxis berechtigterweise begründet werden kann, nicht, welche Bedeutung der einmal (zu Recht oder zu Unrecht) begründeten Praxis beizumessen ist, zwei Fragen, die häufig miteinander vermengt werden.

Man kann die Schwierigkeit nicht logisch lösen, weil sie in der Sache selbst liegt; man muss sie praktisch übersehen; oder besser: eben weil sie dialektisch nicht aus der Welt zu schaffen ist, muss sie praktisch ignoriert werden; der Richter muss ja urteilen, trotzdem nicht alle logischen Voraussetzungen des Urteilens gegeben sind.

Der logische Widerspruch wird nur praktisch dadurch überwunden, dass die Norm, die der Richter findet, um seine Entscheidung zu begründen, rechtlich dem Gesetze selbst zugeschrieben wird. Theoretisch erkennen wir, dass das Gesetz unvollständig ist, aber was der Richter (tatsächlich in Ergänzung des Gesetzes) als Recht findet, muss so behandelt werden, als ob es schon im Gesetze

gestanden hätte, weil das Urteil sonst der rechtlichen Grundlage und damit der Verbindlichkeit entbehrte, was doch unmöglich angenommen werden kann. Das Gesetz ist, praktisch gesprochen, stets als vollständig und widerspruchlos zu betrachten¹⁾.

Deshalb wird das, was der Richter gefunden und der historische Gesetzgeber vielleicht nicht einmal gedacht hat, betrachtet, als ob es von Anfang an im Gesetz gestanden hätte; der vom Richter eben erst (ganz oder zum Teil) erdachte Rechtssatz ist ohne weiteres anwendbar auf alle Fälle, auf die das Gesetz anwendbar ist, auch auf die vor dem Urteil eingetretenen²⁾; denn nur so kann er seinen Rechtssatz auf sie anwenden. Deshalb kann es auch für alle Behörden, die dasselbe Gesetz anwenden, nur eine Auslegung geben, während allerdings derselbe Wortlaut, wo er Gegenstand formell verschiedener Gesetze ist, z. B. der Wortlaut des französischen code civil, der als belgisches Gesetz in Belgien gilt, ohne Widerspruch in jedem Geltungsbereich anders ausgelegt werden kann³⁾. Die Einheit der Besprechung ist ein logisches Postulat für jedes Gesetzgebungsgebiet. Auf Grund ein und desselben Gesetzes kann nur ein und dasselbe Recht gelten.

Desgleichen aber auch in zeitlicher Beziehung; auf Grund ein und desselben Gesetzes kann nicht zu verschiedenen Zeiten Verschiedenes gelten; was einmal vom Gesetz verbindlich gemacht worden ist (und wir nehmen an, dass das unvollständige Gesetz vollständig war), muss, wie es

¹⁾ Woraus sich auch der Hang der rechtsanwendenden Behörden erklärt, alles aus dem Gesetze abzuleiten; vgl. oben S. 84, unten S. 100.

²⁾ Wie Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes, II, 163, 173; System, I, 13; Wüstendörfer, a. a. O. 290, 301, u. a. bereits bemerkt haben. Anderer Ansicht Donati, a. a. O. 214, weil, wie er meint, das richterliche Urteil «konstitutive», «schöpferische» Wirkung habe.

³⁾ Vgl. die verschiedene Auslegung des Art. 180 des französischen und Art. 106 des italienischen Zivilgesetzbuches; Degni, a. a. O. 250.

ist, verbindlich bleiben. Deshalb kann es, ohne logischen Widerspruch, nicht zu verschiedenen Zeiten verschiedene Auslegungen desselben Gesetzes geben; wenn dasselbe Gericht im Laufe der Zeit dieselbe Bestimmung verschieden auslegt, kann ihm das formell nicht verwehrt werden, weil niemand anders dazu berufen ist, den einzelnen Fall zu entscheiden; aber es bleibt ein Widerspruch, dass das, was als Inhalt ein und desselben Gesetzes betrachtet werden soll, nicht inhaltlich ein und dasselbe sei. Deshalb muss die Rechtsanwendung stets auf Einheitlichkeit, auf Stetigkeit, bedacht sein ¹⁾).

Das verlangt, wird man sagen, schon die Rechtssicherheit, auf die der vernünftige Richter selbst bedacht sein muss; wenn die Rechtsprechung einmal eine Auslegung betätigt hat, wird der Richter sie, eben weil sie betätigt worden ist, nicht leichthin verleugnen, auch wenn sie anfechtbar ist. Gewiss! aber eben diese Rechtssicherheit entspricht dem Grundgedanken der Gesetzgebung; die Einkleidung des Rechts in die steife Form des Gesetzes sollte ja eben Rechtssicherheit schaffen; und das kann es nur dadurch, dass das einmal gesetzte Recht unverändert bleibt, bis es in gleicher Form wieder geändert wird.

Deshalb kann der Richter nicht zweierlei als Gesetzesinhalt ausgeben. Hätte der Gesetzgeber seine Pflicht getan, hätte er vollständig und unzweideutig gesprochen, so hätte die Vorschrift des Gesetzes zu gelten, wie sie ist, ob richtig oder unrichtig; die Rechtssicherheit ginge der sachlichen Richtigkeit vor. Wo aber der unvollständige Ausspruch des Gesetzgebers der Ergänzung bedarf, muss der Richter ihn so ergänzen, wie ein vernünftiger Gesetzgeber gesprochen haben würde, also durch das, was vernünftig und sachlich richtig ist. Diese Forderung des Richtigen gerät aber gelegentlich in Widerspruch mit der Forderung, dass der Wille des Gesetzgebers, der Sinn des Gesetzes, nur

¹⁾ Das *stare decisis* der anglosächsischen Doktrin; vgl. Endlich, a. a. O. 508, 745.

einer sein kann, derjenige, den man sich als die einmal gewollte Rechtsvorschrift denken kann, dieselbe während der ganzen Geltungsdauer des Gesetzes. Der Widerspruch zeigt sich bei zwei Gelegenheiten:

1. Wenn sich die Umstände, die tatsächlichen Voraussetzungen, seit dem Erlass des Gesetzes geändert haben.

Zweifellos kann den eindeutigen Gesetzen nicht ein anderer Sinn unterlegt oder die Geltung abgesprochen werden, weil die Umstände, die es veranlasst haben, sich verändert haben, nach dem Satze: *cessante razione legis cessat lex ipsa*; denn darüber hat der Gesetzgeber selbst zu befinden¹⁾. Weniger einleuchtend ist das aber bei mehrdeutigen, auslegungsbedürftigen Gesetzen. Erwägt man, dass der Richter, wie es tatsächlich der Fall ist, durch das Wort des Gesetzes nicht gebunden ist, und dass sich unter den veränderten Umständen eine andere Lösung als richtig erweist, so wird man gerne den Richter anweisen, so zu entscheiden, wie es die gegenwärtigen Umstände als recht und billig erscheinen lassen. Bedenkt man aber, dass der vom Richter gefundene Satz als ein Satz des Gesetzes gelten soll (da ja der Richter nur das Gesetz «auslegen» soll), und dass dasselbe Gesetz nicht zweierlei, nicht Verschiedenes angeordnet haben kann, so wird man den Richter auf die einmal angenommene Auslegung festlegen, wie ja auch die vom Gesetzgeber eindeutig gegebene Vorschrift bis zur Aufhebung dieses Gesetzes nicht berichtigt werden kann. Jene Änderung der Praxis nach den Umständen war früher zulässig, als das Recht überhaupt nur auf der Praxis beruhte; als es nicht Gesetzes-, sondern Gewohnheitsrecht war. Dann, in der Tat, musste es ja auf diesem Weg fortgebildet werden; der Richter hatte nur zu erwägen, ob es angemessen sei, mit dem angewohnten, bekannten Recht zu brechen, dieselbe Frage, die sich ja auch heute der Gesetzgeber vorlegen muss, wenn er ein neues Gesetz erlässt; aber er hatte nicht den Vorwurf

¹⁾ Thibaut, a. a. O. 101: «denn ein Gesetz erhält seine Verbindlichkeit nicht durch seinen Grund, sondern durch seine Sanktion».

zu gewärtigen, er lege dasselbe Gesetz, das doch nur einen Sinn haben könne, verschieden aus. Dieser Vorwurf kann ihm aber nicht erspart werden, wenn Gesetzesrecht gelten soll und der Richter sich in seiner Entscheidung auf das Gesetz beruft. Das ist der grundsätzliche Unterschied zwischen der Anwendung eines gegebenen Gesetzesrechtes und der formell ungebundenen Rechtsprechung, ohne gesetzliche Grundlage (wie etwa im englischen common law). Beides ist, wie schon bemerkt, als Geistesarbeit, Findung neuen Rechtes; die geistige Aufgabe, die dem Richter gestellt ist, ist in beiden Fällen dieselbe, und sie wird nach derselben wissenschaftlichen Methode zu lösen sein. Aber im zweiten Fall kann der Richter seinen Befund als das ausgeben, was er ist, als seine Erkenntnis; im ersten Fall muss er ihn ausgeben als die Anwendung des einmaligen Gesetzeswillens. Was er gefunden hat, ist tatsächlich wohl neu; aber es soll als ein Bestandteil des Gesetzes selbst gedacht werden und muss deshalb als ebenso unveränderlich gedacht werden wie das Gesetz selbst. Der Richter kann nun unmöglich beiden Forderungen zugleich genügen; je länger man einer Praxis gefolgt ist, desto empfindlicher wird die Änderung (für die Rechtssicherheit), je älter die Praxis aber wird, desto eher bedarf sie der Veränderung (der Richtigkeit halber); man kann in dieser widerspruchsvollen Lage grundsätzlich ungefähr mit gleichem Recht der einen oder der andern Lösung den Vorzug geben¹⁾. Immerhin wird man der Entscheidung die gegenwärtigen Umstände (und nicht die zur Zeit des Erlasses des Gesetzes gegebenen) eher zugrunde legen, wenn sich die rechtanwendende Behörde noch nicht auf eine Auslegung festgelegt hatte, während man von der schon gegebenen Auslegung weniger leicht abgehen wird, auch wenn sich die Umstände verändert haben sollten. Das trifft allerdings nur für das öffentliche Recht zu, das ja eigentlich nur durch die Behörden angewendet wird, nicht aber auf das Privatrecht, das zu

¹⁾ Woraus sich auch erklärt, dass die Meinungen hierüber noch immer ziemlich gleich geteilt sind.

nächst von den Privaten angewendet werden und deshalb auch ihnen erkennbar sein muss, und nur im Streitfalle, in anderem Sinne, vom Richter «angewendet» wird¹⁾; hier dem Richter eine andere Auslegung zu gestatten als diejenige, welche die Privaten nach dem Erlass des Gesetzes annehmen mussten und bereits angenommen haben, wäre unbillig. Im übrigen wird der Richter die Vorteile, die der sachlichen Richtigkeit seiner Entscheidung einerseits und die der Stetigkeit des Rechtes andererseits, abzuwägen haben. Wie er sich aber auch entscheide, sein Verhalten wird nie widerspruchlos sein; denn man verlangt von ihm tatsächlich einen Akt der Gesetzgebung, zu dem er die formelle Befugnis nicht hat²⁾.

¹⁾ Vgl. Festgabe des Bundesgerichts 57; vgl. Carré de Malberg, a. a. O. 695.

²⁾ Man kann diese Schwierigkeit nicht, wie Stammler, Theorie, 617, es versucht, umgehen mit Hilfe der Fiktion, der Gesetzgeber von heute halte den Wortlaut von gestern mit verändertem (der heutigen Lage entsprechendem) Sinne fest und wolle so stillschweigend diesen neuen Gesetzesinhalt. Die Verfassung kennt die stillschweigende Gesetzgebung nicht, und das Verfassungsrecht, das vergisst man allzuleicht, ist massgebend für die Verbindlichkeit der gesetzgeberischen Beschlüsse. Die Verfassung kennt nur die ausdrückliche Gesetzgebung. Die Verfassung könnte allerdings auch etwas anderes vorschreiben; ich bestreite aber, dass die auf der konstitutionellen Lehre des 19. Jahrhunderts aufgebauten Verfassungen es tun. Der Gedanke dieser Lehre ist, dass nur das Recht verbindlich sein soll, das in bestimmtem Verfahren und in bestimmter Form von der dazu bestimmten Instanz beschlossen und bekanntgemacht worden ist. Das Verfahren soll, nebst der Gewähr für Billigkeit, die Sicherheit des geltenden Rechtes gewährleisten. Diese Rechtssicherheit beruht aber auf der Beständigkeit des einmal Beschlossenen; und Rechtssicherheit ist ohne ein Opfer sachlicher Richtigkeit nicht zu haben; und umgekehrt. Vgl. M. Rümelins Rede über die Rechtssicherheit, Tübingen 1924, 48, 62. Jenes scheint Rümelin im Archiv für zivilistische Praxis, n. F. 2, 277, anzunehmen; dann darf man aber nicht zugleich den Richter ermächtigen, die Gebote des Gesetzes zu berichtigen. Wenn der Gedanke des Gesetzes einmal als geschichtliche Tatsache festgestellt worden ist, kann ihn der Richter nicht noch einmal denken, weil er jetzt nicht mehr richtig sei; man kann nicht dem Gesetzesgebot den Zweck des Gesetzes gegenüberstellen; vgl. Stammler, Theorie, 606, 623/24. Auch die Unterscheidung zwischen Kern und Rand eines Begriffes bei Wurzel, a. a. O. 41, und Heck, a. a. O. 208, scheint mir logisch anfechtbar, so sehr sie dem Gefühl oft entspricht.

Es ist hier übrigens von der veränderten Auslegung i. S. einer Korrektur des der Entscheidung zugrunde liegenden Rechts-

2. Wenn der Richter, der dem Gesetz schon einmal eine Auslegung gegeben hat, bei nochmaliger Prüfung findet, dass er es richtigerweise anders hätte auslegen sollen, nicht weil sich die tatsächlichen Voraussetzungen seither verändert haben, sondern weil seine erste Auslegung schon damals unrichtig war.

Auch hier gilt das vorhin Gesagte: wenn der Richter im Namen des Gesetzes sprechen, das Gesetz auslegen will, so kann er nur eines als gesetzmässig hinstellen, da das Gesetz nur einen Sinn haben kann. Will er damit nicht in Widerspruch geraten, so muss er bei der ersten, unrichtigen Auslegung bleiben. Da aber nur das Richtige als der Wille des Gesetzgebers zu vermuten ist, wo der Wortlaut des Gesetzes Zweifel lässt, gerät der Richter mit diesem (anzunehmenden) Willen des Gesetzgebers und der Forderung richtiger Auslegung in Widerspruch, wenn er von seiner ersten Auslegung nicht abgeht¹⁾.

Alle diese Lösungen sind unbefriedigend; aber das Unbefriedigende kommt daher, dass etwas als Gesetz gelten soll, das tatsächlich im Gesetz, im einmaligen Ausspruch des Gesetzgebers, nicht enthalten ist und nachträglich hineingedacht werden muss. Hält man sich bloss an den unvollständigen Wortlaut des Gesetzes, wie er tatsächlich vorliegt, so postuliert man die Ergänzung im Sinne des jeweilen Richtigen; man gibt aber die Rechtssicherheit

satzes wohl zu unterscheiden der Fall, wo der unveränderte Rechtssatz, unter veränderten Umständen angewendet, ein anderes Ergebnis zeitigt. Wenn der Richter annimmt, dass es heute einen Mangel an Diligenz bedeute, wenn der Verwalter einer fremden Sache sie nicht versichere, während die Praxis das früher nicht annahm, so ist das keine veränderte Auslegung der Begriffe «Diligenz»; sondern die Anwendung des alten Begriffes (desselben Grades von Sorgfalt) führt bei der heutigen Leichtigkeit der Versicherung zu einem anderen Ergebnis; eine Änderung des Rechtssatzes wäre es aber, wenn vom Verwalter ein höherer Grad von Sorgfalt verlangt würde als früher, etwa weil der Richter zur Einsicht gelangt ist, dass man billigerweise höhere Anforderungen an den Verwalter stellen muss; was Wurzel, a. a. O. 86, bei seiner «Projektionstheorie» nicht genügend berücksichtigt. Vgl. Donati, a. a. O. 208.

¹⁾ Vgl. Schuppe, Gewohnheitsrecht, 89.

preis; hält man sich dagegen an die einmal gegebene Auslegung, so hat man die Stetigkeit der Rechtsanwendung, aber auf Grund eines Rechtssatzes, den man tatsächlich im Gesetz weder lesen, noch vermuten kann (da nur die richtige Ergänzung vermutet werden kann). Die ursprüngliche Unvollständigkeit des Gesetzes lässt sich eben nachträglich nicht mehr ungeschehen machen. Die vernünftige Ergänzung eines gegebenen Rechtssatzes durch den Richter ist selbst eine widerspruchsvolle Aufgabe. Deshalb muss der Takt des Richters nachhelfen, wo die Logik nicht mehr ausreicht.

Unser Schluss ist also:

entweder besteht ein logischer Zwang zu sachlicher Ergänzung des historisch gegebenen Gesetzesinhaltes, und damit eine Lücke; dann muss die rechtsanwendende Behörde, sofern sie überhaupt das unvollständige Gesetz anwenden will, es auch ergänzen; und zwar, soweit es eben notwendig ist, durch «Auslegung», «Analogieschluss» oder «Rechtsfindung»;

oder ein solcher Zwang besteht angesichts der gegebenen Gesetzesbestimmung nicht; dann hat der Richter die Vorschrift schlechthin anzuwenden, wie sie ist; er darf sie (die wir als bekannt voraussetzen) weder «berichtigen», noch «ergänzen», noch «auslegen»; denn das könnte nur eine verschleierte Änderung des Gesetzes sein¹⁾.

¹⁾ Wenn, abgesehen vom Gewohnheitsrecht, nur das gesetzte (positive, geformte) Recht verbindlich ist, wie kann man sagen: das Gesetz enthalte wohl Lücken, aber die Rechtsordnung sei notwendig lückenlos? Die Behauptung ist nicht unrichtig im praktischen Verstande: der Richter hat in der Tat so zu verfahren, wie wenn die Rechtsordnung keine (echten) Lücken hätte, (vgl. oben S. 96; sofern man sich das Recht als eine Ordnung denkt, ist es vollständig (und man muss es sich als Ordnung denken); aber dass das, was nicht im Gesetze steht, in der Rechtsordnung Geltung hätte, gleich wie gesetztes Recht, das ist nicht richtig. Denn Geltung erhält eine Norm erst dadurch, dass eine staatliche Instanz sie (den betr. Rechtsinhalt) als die anzuwendende bezeichnet; und das hat die allein zuständige Instanz, der Gesetzgeber, unterlassen. Dass der Richter eine Norm anwenden darf und muss, die ihm keine fremde Autorität bezeichnet hat, dass er unpositives Recht anwendet, das ist ja eben das Charakteristische der Lücke des Gesetzes.

Besteht aber die Notwendigkeit, einen unvollständig gegebenen Rechtssatz anzuwenden und zu diesem Zweck ihn durch «Rechtsfindung» oder «Auslegung» zu ergänzen, so kann es nicht anders als im Sinne des richtigen Rechtes geschehen; der rechtsanwendenden Behörde fällt dieselbe Aufgabe zu, die der gesetzgebenden Behörde zufällt, wenn sie ein Gesetz zu machen hat; aber die Rechtsanwendung ist nicht die geeignete Funktion, um das nachzuholen, was bei der gesetzgebenden Funktion versäumt worden ist, nämlich um diesem von ihr gefundenen Recht formelle Gesetzeskraft zu geben.

Die Wissenschaft kann die Mängel der bestehenden Einrichtungen nicht durch dialektischen Scharfsinn beseitigen; sie kann sie nur aufdecken und begreiflich machen und dadurch die Praxis vor unfruchtbaren und irreführenden Theorien bewahren.

* * *

Wir haben den Begriff der echten Lücke zurückgeführt auf einen logischen, den der unechten auf einen ethischen Fehler des Gesetzes. Wir könnten auch sagen: das im echten Sinn lückenhafte Gesetz genügt nicht dem **Begriffe** des Rechts; das im unechten Sinn lückenhafte Gesetz genügt nicht der **Idee** des Rechts. Was erkennen lässt, dass diese beiden Begriffe nicht ohne praktische Bedeutung, also nicht ohne Berechtigung sind. Was dem Begriff des Rechts nicht entspricht, kann nicht rechtens sein; was der Rechtsidee nicht entspricht, soll nicht rechtens sein. Nach dem Rechtsbegriff bestimmt sich, was gelten kann; nach der Rechtsidee, was gelten soll.

Wenn also eine Vorschrift dem Begriffe des Rechts nicht entspricht, z. B. weil sie unvollständig, lückenhaft ist, kann sie, solange der Fehler nicht gehoben ist, nicht rechtsverbindlich sein (weil sie nicht Recht ist); es fragt sich nur, ob sie ergänzt werden solle oder ob sie gar nicht gelten solle.

Dem Begriff des Rechts entspricht aber gutes und schlechtes, richtiges und unrichtiges Recht (sonst könnten

wir es nicht Recht heissen); auch ungerechtes Recht ist begrifflich möglich, d. h. man kann es sich ohne Widerspruch als geltend denken. Welches aber gilt in der Tat? Wenn man darauf antworten wollte: das richtige, gerechte, so wäre das keine brauchbare Antwort. Nicht weil das, was richtig und unrichtig, was gerecht und ungerecht ist, an sich unbestimmbar und subjektiv, d. h. ohne sachlichen Sinn wäre, sondern weil die Urteile der (unvollkommenen) Menschen darüber sich wahrscheinlich widersprechen; weil also keine Einigkeit darüber zu erhoffen wäre, was rechtens sei, wenn man auf das Rechtsgewissen der einzelnen Rechtsgenossen selbst abstellte. Und doch kann es für eine Rechtsgemeinschaft nur ein Recht geben. Dieses eine Recht kann nicht durch die vielen Instanzen der Einzelnen bestimmt werden; es muss durch eine Instanz bestimmt werden; und das ist eben die Aufgabe des Staates und insbesondere des staatlichen Gesetzgebers. Was diese Instanz als Recht erkennt, soll Recht sein, ohne Rücksicht darauf, ob die Einzelnen es in foro interno als gerecht anerkennen können; es soll Recht sein selbst auf die Gefahr hin, dass es der Rechtsidee nicht entspricht; also ohne Rücksicht auf seinen Inhalt, sofern es nur dem Begriffe des Rechts entspricht. Denn es ist wichtiger, dass überhaupt ein Recht gelte, als dass gerade das richtige gelte. Wer überhaupt den Ausspruch wagt, dass ein Satz die für eine gegebene Gesellschaft gerechte Norm sei, also für sie Recht sein solle, setzt sich der Gefahr des Irrtums aus. Mit der Notwendigkeit einer Entscheidung (durch Menschen) ist auch die Möglichkeit unrichtiger Entscheidung gegeben. Wenn aber die staatliche Instanz darüber entscheiden soll, hat es keinen Sinn, den Einzelnen wieder über das Gesetz des Staates richten zu lassen.

Soll nun aber alles verbindlich sein, was diese einmal eingesetzte Instanz vorschreibt, so mangelhaft, so ungerecht es auch sein mag?

Begrifflich kann auch das ungerechteste Gesetz verbindlich sein; denn der Begriff des Rechtes ist von seinem

Inhalt unabhängig¹⁾. Aber die Gesetzgebungskompetenz selbst hat doch nur Sinn als Mittel zur Verwirklichung des Vernünftigen und Gerechten: wie das positive, gesetzte Recht nur als Versuch zum Richtigen Berechtigung hat. Es muss zunächst gelten, auch wenn es als mangelhaft und sogar ungerecht erscheint. Aber was offenbar ungerecht ist, was handgreiflich unvernünftig oderbarer Unsinn ist, oder geworden ist, das kann überhaupt nicht mehr als der (amtliche) Ausdruck des Rechtes, was es doch sein soll, betrachtet werden. Der Richter, der sich nicht darüber hinwegsetzt, macht sich lächerlich, trotz aller Gesetzestreue; er wird schlechterdings nicht mehr verstanden von seinen Rechtsgenossen, weil man wohl versteht, dass auch Unbilliges, aber nicht dass offenbare Ungerechtigkeit Recht sein kann. Die ganze Einrichtung des Staates ist doch nur ein Werkzeug im Dienste der Rechtsidee; als solches allein rechtfertigt sie sich. Deshalb ist auch diese Selbstkorrektur des Staates nötig. Was schlechterdings nicht der Ausdruck des Rechtes sein kann, soll das rechtsverbindlich sein? Allerdings lassen sich diese Fälle offener Willkür nicht begrifflich, d. h. logisch, von den Fällen einfacher sachlicher Unrichtigkeit des Gesetzes abgrenzen, da es, logisch gesprochen, nicht Unrichtigkeiten verschiedenen Grades gibt²⁾. Aber ethisch gesprochen kann sich eine Vorschrift mehr oder weniger weit von der Gerechtigkeit entfernen. Je mehr sich eine Aussage des Gesetzes vom Richtigen entfernt, desto weniger wird sie verständlich; je mehr sie sich dem Richtigen nähert, desto eher ist sie als Rechtsvorschrift, das sie doch sein will, verständlich. Es ist nicht der einzige Fall, in dem man im Recht mit formaler Logik nicht aus-

¹⁾ Stammler, Theorie, 622.

²⁾ Vgl. W. Burckhardt, Kommentar der Schweiz. Bundesverfassung, 2. A. 65; Adickes, a. a. O. 79; Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. A. 1919, 373; Gierke, Deutsches Privatrecht, I, 118; Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz, 1925, 67; Gény, Interprétation, II, 222.

kommt¹⁾. Was logisch korrekt, aber ethisch sinnlos ist, kann nicht Anspruch auf Existenzberechtigung machen.

Und auch wenn man alles, was die gesetzgebende Behörde beschliesst, als rechtsverbindlich hinnehmen wollte, in unbeschränkter Anerkennung ihrer formellen Zuständigkeit, so wäre doch diese Zuständigkeit selbst nie in lückenloser logischer Folgerung aus geltendem Recht abzuleiten; denn die Gesetzgebungsbefugnis beruht wohl auf der Verfassung; aber dass die Verfassung gelte, ist nicht wieder rechtlich zu begründen; dass gerade die Verfassung, die gilt, gelten müsse, lässt sich nicht logisch beweisen. So gibt auch hier das praktische Urteil die letzte Entscheidung.

¹⁾ Es ist ungefähr was dem Art. 4 der schweiz. Bundesverfassung mit dem Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetze vorschwebt, wie ihn das Bundesgericht ausgelegt hat. Eine gesetzliche Vorschrift (der Kantone), die jeder sachlichen Begründung entbehrt, ist unverbindlich. Vgl. z. B. die Entscheidung des Bundesgerichts vom 24. Oktober 1912 i. S. Dorferkorporation Herisau, 38, I, 405. Das gilt allerdings positivrechtlich nur für die kantonalen, nicht für die eidgenössischen Gesetze. Aber es fragt sich, ob es nicht auch hier zu gelten hätte; nicht kraft Art. 4 der BV, sondern weil in jeder Rechtsordnung angenommen werden muss, dass, was offenbar nicht mehr als Recht gelten kann, auch nicht mehr anzuwenden ist; weil auch die Unterordnung der vollziehenden und rechtsprechenden Behörden unter das Gesetz vernünftigerweise hier ihre Grenze finden muss. Der bekannte Président Magnaud sagte nicht mit Unrecht: «Le juge doit, tout en se conformant à la loi, ne l'interpréter qu'en se pénétrant bien de cette idée que jamais le législateur, dont la pensée ne peut être que haute et souverainement juste, n'a voulu que son texte pût aboutir à une inégalité ou à une iniquité.» Gén y, *Interprétation*, II, 305. Die Selbständigkeit des Richters gegenüber dem Gesetz kann hier mehr oder weniger weit gehen; sie geht in anglo-sächsischen Ländern offenbar weiter als bei uns.



Abhandlungen zum schweizerischen Recht
Neue Folge

begründet von †**Prof. Dr. Max Gmür**, herausgegeben von
Dr. Theo Guhl, Professor der Rechte an der Universität Bern

8. Heft

Die Lücken des Gesetzes
und die Gesetzesauslegung

Von

Dr. Walther Burckhardt

Professor in Bern



BERN
Verlag von **Stämpfli & Cie.**
1925