

EUGEN BUCHER

## Der von den Juristen verkannte apagogische Beweis

– *Dazu auch Kant und Kelsen* –

### I. Zu Beginn

1. Der Begriff des *apagogischen Beweises* (oder des apagogischen Argumentierens, Denkens usw.) ist nicht allgemein geläufig; der Schreibende ist hochkarätigen Fachkollegen begegnet, die ungeachtet ihrer Kenntnis des Griechischen sich darunter nichts vorstellen können.<sup>1</sup> Der Schreibende kannte zwar seit je diesen Begriff ohne zu wissen weshalb;<sup>2</sup> aber dies Wissen war ohne Bezug zu unserem Fach und für ihn ohne Bedeutung. Nutzen und Notwendigkeit apagogischen Argumentierens in der Juristerei (und damit überhaupt) wurde ihm erst vor wenigen Jahren bewusst, als er einmal mehr nach Rechtfertigung der sogenannten „*faktischen Vertragsverhältnisse*“ suchte und ihm klar wurde, dass für diese Figur eine affirmative Begründung nicht zu finden ist und nur indirekte Beweisführung, eben apagogisches Argumentieren, helfen kann.

2. Zwar nicht der manches Fremdwort hübsch erklärende Rechtschreibe-*Duden*, wohl aber *Wahrig* informiert: „*apagogisch* (Adj.) *indirekt beweisen*; apagogischer Beweis indirekter Beweis durch Aufzeigen der Unrichtigkeit des Gegenteils [zu gr. *apagein* ‚wegführen‘]“,<sup>3</sup> und andernorts liest man: „Ein apagogischer (indirekter) Beweis zeigt die Richtigkeit einer Behauptung durch den Nachweis der Unrichtigkeit des Gegenteils (*deductio ad absurdum*)“.<sup>4</sup> Die Fachliteratur zur Logik, und erst recht die heute mathematisierendes Gehabe annehmende Logik bleibt in dieser Sache stumm. Anders dagegen die auf unser Fach sich ausrichtenden Logiker: *Klug* schreibt: „In der klassischen Logik verstand man unter der *deductio* oder *reductio ad absurdum* die indirekte Beweis-

---

<sup>1</sup> *Apagogisch* von griechisch *apagein* (wegtreiben); Beweis durch Aufzeigen der Unmöglichkeit der Alternative.

<sup>2</sup> Vielleicht lernte der Schreibende auch dies schon am Familientisch, wo er von seinem Vater zu fast allem, was auf dieser Welt wichtig ist, bereits das Wichtigste gehört hatte; denkbar auch das Zürcher kantonale Gymnasium, zu seiner Zeit eine herausragende (da die Schülerschaft streng selektionierende) Institution, oder schliesslich die Zürcher Juristenfakultät, wo er bei *Hans Nef*, einer für den Schreibenden bestimmend gewordene, herausragende Dozentenfigur, neben Staatsrecht auch „Rechtsphilosophie“ und „Logik für Juristen“ hörte und dem er auch sein Wissen um die „Reine Rechtslehre“ von *Hans Kelsen* verdankt, welches das Folgende mitbestimmt.

<sup>3</sup> *Gerhard Wahrig*, Deutsches Wörterbuch, 6. Aufl. 1997, hgg. v. *Renate Wahrig-Burfein*; ebenso Fremdwörter-Lexikon, 1991.

<sup>4</sup> Lexikon der Philosophie begründet von *Heinrich Schmitt*, 19. Aufl. Stuttgart 1974 (Nachdruck Ex Libris), zu Apagoge.

führung. Bei ihr, die man auch den apagogischen Beweis nennt, geht es darum, dass man die Wahrheit der zu beweisenden These auf einem Umwege darzutun versucht, und zwar indem man nachweist, dass der kontradiktorische Gegensatz der These mit einer bereits als wahr erkannten These in Widerspruch steht.“<sup>5</sup> einlässlicher noch *Egon Schneider*: „Der Hauptanwendungsfall des indirekten Beweises ist der *apagogische* Beweis. Wegen seiner Bedeutung betrachtet man ihn als den indirekten Beweis schlechthin. [...] Da wir als Sterbliche sehr oft nicht in der Lage sind, die Wahrheit eines Urteils aus dessen eigenen Erkenntnisgründen aufzuweisen, bleibt der ‚Umweg-Beweis‘ vielfach der einzig mögliche. Auch er kann zur Gewissheit führen. Sein Nachteil ist aber, dass er *nicht den zureichenden Grund einer Wahrheit* erkennbar macht, sondern nur dazu nötigt, *etwas als wahr anzunehmen, weil es* mit Rücksicht auf andere sichere Urteile *nicht geleugnet werden darf*“.<sup>6</sup> Der Kern apagogischer Schlussfolgerung ist einfach genug: *Es ist so, weil es nicht anders sein kann und darf*.

3. Direkte wie auch indirekte Beweise in Reinform sind eher Ausnahme denn Regel. Viele der gängigen Schlüsse, von jedermann als direkte Folgerungen verstanden, sind verkappte Umkehrschlüsse und damit apagogisch: Wer denkt und sagt: Das und das ist unentbehrlich, muss daher verwirklicht, beschafft werden, zieht zwar dann einen direkten Schluss, wenn das zu Beschaffende ihm liebe Dinge sind wie Tanz, Wein, Wurst und Kuchen. Häufiger aber ist nicht Anziehungskraft wegleitend und entscheidend, sondern Wunsch oder Zwang, die im Unterlassungsfalle drohenden Nachteile zu vermeiden. Ist menschliches Tun aber von Notwendigkeit (heißt: von dem zur Vermeidung von Not Unvermeidlichen) geleitet, ist die Wahl der Ziele nicht durch diese selbst, sondern durch die Betrübnis bestimmt, welche im Falle deren Nichtverwirklichung eintreten müsste. Bleibt der Hintergrund der Entscheidungen, wie meist, unbewusst, mag man von *verdeckt-apagogischem Schließen* sprechen.

4. Im Anschluss an die Einsicht der Bedeutsamkeit apagogischen Argumentierens im Sonderfall der „faktischen Vertragsverhältnisse“ wurde bald einmal auch klar, dass der gleiche Weg zu einer Erklärung und Rechtfertigung des für den Juristenstand charakteristischen *formalistischen Gehabes* liefert. Dies sein Wissensstand, als er sich entschloss, aus Anlass vorliegender Festschrift über „Apagogik“ und deren Bedeutung für Juristen einige Zeilen zu verfassen. Einmal zu diesem Ende vor seinem Computer sitzend fällt unerwartet anderes ein: Zuerst, dass *Kant*, auch wenn er den Terminus nicht verwendet, mit seinem *kategorischen Imperativ* eine Aufforderung zu apagogischem Schließen ausspricht, was dann die Erinnerung an die ablehnende Stellungnahme hierzu von *Kelsen* weckt. Das Betrachten dieses Thesengegensatzes führt zwangsläufig zum Nachdenken über das Wesen unserer Wissenschaft überhaupt und macht damit auch dieses Thema noch zum Gegenstand des Folgenden.

<sup>5</sup> *Klug*, Juristische Logik, 2. Aufl. 1958, S. 144.

<sup>6</sup> *Egon Schneider*, Logik für Juristen; die Grundlagen der Denklehre und der Rechtsanwendung; 1. Aufl. 1965, S. 207 (Ausz. im Original); wird weiter ausgeführt S. 208 ff.

## II. Rechtfertigung der „faktischen Vertragsverhältnisse“ und des juristischen „Formalismus“

### 1. „Faktische Vertragsverhältnisse“ („FVV“)

a) Im Jahr 1941 führte *Günter Haupt* in die wissenschaftliche Diskussion ein, was er mit dem Terminus „faktische Vertragsverhältnisse“ (hier meist „FVV“) belegte: Den Ausnahmefall des *Entstehens von Obligationen* nicht durch Vertragsschluss, sondern *durch faktisches Verhalten bloß der einen Partei*. Sein Paradebeispiel war der auf einem Flugplatz landende Flugzeuglenker, welcher die Landegebühr zu bezahlen hat, obwohl keine Abmachung vorausging; zu ihm gesellt sich der schwarz fliegende Passagier<sup>7</sup>. *Haupt* hat mit diesem Aufsatz einen erklärungsbedürftigen Sachverhalt umschrieben und wissenschaftliche Diskussion über das Thema entfacht. Dieses Verdienst bleibt ihm erhalten, obwohl er im übrigen falsch machte, was man falsch machen kann.<sup>8</sup> In der Schweiz gehört die Figur der „FVV“ seit über zwanzig Jahren zum gefestigten Stand der Judikatur.<sup>9</sup>

b) Der von *Haupt* gewählte Terminus ist ebenso verfehlt wie die von ihm vorgeschlagene Dogmatik: Verträge begründen Pflichten, sind niemals „faktisch“, und sie können auch nicht aus imaginären Verträgen abgeleitet werden, ist doch die zu begründende Zahlungspflicht dort am meisten ausgewiesen, wo die Annahme einer Vertragsentstehung am abwegigsten ist, so beim Versuch des Schwarzfahrens und im Falle expliziter Weigerung (so im „Parkplatzentscheid“<sup>10</sup>); der Terminus wie dessen Abkürzung („FVV“) wird daher vom Schreiber immer in Anführungszeichen gesetzt. Der Umweg über Vertragsfiktionen zur Leistungspflicht ist verfehlt: Die unbefugte Inanspruchnahme von Vertragsleistungen begründet nicht einen Vertrag, sondern unmittelbar und *ex lege* die

<sup>7</sup> *Günter Haupt*, Über faktische Vertragsverhältnisse (Antrittsvorlesung 1941 an der Universität Leipzig), publiziert in Festschrift für Heinrich Siber 1943, S. 1–37. Der *Flugplatzentscheid* (zit. nach *Haupt*, p. 7) ist publiziert im Archiv für Luftrecht, Bd. 4/1934, p. 106, bzw. in Flughaferecht, 1934, p. 61 ff.

<sup>8</sup> Eine hier nicht interessierende weitere Seltsamkeit von *Haupts* Lehre war der Einbezug in seine „FVV“ des Bahn- und Bussefahrens, des Wasser- und Strombezugs usw., d.h. der Beanspruchung öffentlicher Dienste, die ohnehin nicht primär im Privatrecht ihre Grundlage haben und keines Vertragsschlusses i.e.S. bedürfen.

<sup>9</sup> Im Jahr 1984 nahm das Bundesgericht in Entscheid 110 II 245 das Argument auf, dies in einem typischen, anders nicht zu erfassenden Fall: Geltendmachung der Nichtigkeit eines „Auto-Leasing-Vertrags“ (Verstoss gegen die Formvorschrift von OR Art. 226 lit.m) nach über dreijährigem Gebrauch des gekauften Automobils und Rückforderung aller bisherigen Zahlungen; gegenüber dieser an sich ausgewiesenen Forderung wurde dem Verkäufer eine „angemessene Entschädigung für die Benutzung“ zugestanden. Zu den „FVV“ im übrigen *Bucher*, Die Obligations-Entstehungsgründe ausserhalb von Verträgen und Delikten, FS Kocayusufpasaoglu, S. 25–52; *ders.*, FS Hans Peter Walter, S. 231–262; *ders.*, ZEuP 1996, S. 715–722 ([www.eugenbucher.ch](http://www.eugenbucher.ch); Nr. 89, 65).

<sup>10</sup> *Parkplatzentscheid* in BGHZ 21, 319 ff. Hier (wie im Flugplatzfall) wird vorausgesetzt, dass die fraglichen Rechtsbeziehungen allein vom Privatrecht geregelt sei. Weiterhin aus der älteren Praxis die Rechtsprechung des BGH zur formlosen Hoferbenbestimmung, BGHZ 23, 249; 47, 184; 87, 237.

gebote Obligation selber.<sup>11</sup> – *Haupt* weiß nicht, dass er einen in der Rezeptionsgeschichte traditionellen Topos aufnimmt. Dort waren die notwendigen Ergänzungen gegenüber dem Schema: „Obligationen entweder aus Vertrag oder aus Delikt“ bereits festgeschrieben und hatten ihren gesicherten Platz bei den *obligationes quasi ex contractu*.<sup>12</sup>

c) Hier interessiert *allein die Begründung*, welche den sinnvollen Beispielen *Haupts* (Flugzeug-Landegebühr, Schwarzfahrer usw.), bei denen ungeachtet fehlenden Vertragsschlusses eine (oft nach vertraglichen Regeln zu bemessende) Leistungspflicht entsteht. In der Tat hilft unser traditionelles dogmatisches Instrumentarium nicht: Neben dem Vertrag scheiden als Grundlage auch Delikt oder ungerechtfertigte Bereicherung aus.<sup>13</sup> In unserem geschlossenen System der Entstehungsgründe<sup>14</sup> sind andere als die genannten nicht auszumachen, eine affirmative Rechtfertigung der sinnvollen Beispiele von *Haupts* „FVV“ ist nicht in Sicht. Selbst die oben<sup>15</sup> genannten alten Autoren begnügen sich damit, die geforderten Obligationen als solche entstehend *quasi ex contractu* vorzustellen.<sup>16</sup>

d) Die offenkundige Unmöglichkeit einer direkten, bejahenden Begründung einer sachlich geforderten Folge bedeutet Zwang zu *apagogischem Beweis*: Geltung einer Regel, weil diese nicht fehlen darf, soll die Welt des Rechts nicht in Unordnung geraten. Eine das Unterbleiben einer Pflichtentstehung festschreibende Regel würde etwa so lauten: „Inanspruchnahme einer Vertragsleistung begründet keine Gegenleistungspflicht, wenn sie in verdeckter Eigenmacht erfolgt oder begleitet ist von einer explizit Vertrag ausschließenden Erklärung“. Derartige Regelung würde einen rechtsfreien Raum institutionalisieren, den unrechtmässig Handelnden gegenüber dem sich korrekt Verhaltenden privilegieren und das Schließen entsprechender Verträge zum Erlangen vertraglich ange-

<sup>11</sup> Dies die Sicht sofort jene in der Schweiz (Fn. 9); das Gleiche gilt für die Romanistische Tradition (dazu das folgende und unten Fn. 12).

<sup>12</sup> Dazu grundlegend C. A. *Cannata* (in *Studia et Documenta Historiae et Iuris* LIII, 1986): Das faktische Vertragsverhältnis oder die ewige Wiederkehr des Gleichen. *Cannata* zeigt, dass bei den römischen Quasikontrakten sich Anwendungsfälle der Theorie von *Haupt* finden und z.B. *Johannes Voet* (1647–1713), *Commentarius ad Pandectas*, zu Dig. 44,7 n.5 schreibt: *Quasi contractus sunt praesumptae conventiones, ex quibus mediante facto valida nascitur obligatio* (Zu den Quasikontrakten zählen auch die bloß präsumierten Vereinbarungen, in deren Rahmen mittels eines Tuns eine gültige Obligation zustande kommt): Dieser Autor nimmt sogar *Haupts* Terminologie vorweg (NOTA: *Voet* leitet, anders als *Haupt*, aus Fakten nicht einen fiktiven Vertrag, sondern richtigerweise unmittelbar die angemessene Obligation selber ab!).

<sup>13</sup> *Deliktsansprüche* setzen einen Schaden des Ansprechers voraus, der meist nicht vorliegt; ebenso ist bei „FVV“ Verschulden nicht notwendige Voraussetzung. *Bereicherungsansprüche* werden meist scheitern an fehlender Entreicherung des Ansprechers, und oft mangelt es auch an der Bereicherung des Verletzers.

<sup>14</sup> Anders noch die romanistische Überlieferung, welche *obligationes quasi ex contractu* wie auch *quasi ex delicto* kannte (oben Fn. 12).

<sup>15</sup> Oben Fn. 12.

<sup>16</sup> Was immerhin die Ursache der heutigen Problemlage aufzeigt: Es ist der in allen modernen Kodifikationen manifestierte Verzicht auf die Herübernahme der traditionellen *obligationes quasi ex contractu* und *quasi ex delicto*, dies als unglückliche Folge des alle Gesetzgeber gleichermassen bedrängenden Zwangs zur Simplifizierung.

botener Leistung *privatem Belieben anheimgeben*;<sup>17</sup> nur Anarchisten, nicht aber seriöse Juristen können derartiges billigen.

## 2. Apagogische Rechtfertigung des juristischen Formalismus (Fristen)

a) Der biedere Bürger, wenn er schon das Pech hat, sich in rechtliche Auseinandersetzungen verwickelt zu sehen, begegnet uns Juristen unter ungemütlichen Umständen; dies und anderes lädt zu Missverstehen unseres Tuns ein, Grund genug, uns so weit als möglich zu entlasten. Deshalb hier der Vorschlag, gegenüber dem unserem Stand häufig angelasteten *Formalismus* eine Rechtfertigung vorzutragen. Das fordert apagogischen Schluss, dessen Tragweite indessen nicht schrankenlos ist, was ebenfalls Beachtung verdient.

b) Es ist berufstypisch, dass der Jurist mehr als andere auf Formalien herumtritt, dies aber nur, weil es nicht anders geht: Not, nicht eigener Trieb. Das Behaupten des *es geht nicht anders* ist *apagogisches* Argumentieren. Hinreichende Erklärung wurde zur Studienzeit des Schreibenden und wird wohl auch heute noch oft verfehlt, und dies gegenüber einer besonderen Publikumsgruppe: Den *Jura-Studenten*. Ihnen muss das *es geht nicht anders-Argument* fest im Kopf verankert werden: Nicht nur soll den angehenden Fachgenossen der Eindruck erspart bleiben, in einer Gesellschaft mit seltsamen Bräuchen gelandet zu sein; vor allem muss es vorrangiges Ziel akademischen Unterrichts sein, die Nachfolgeneration dahin zu bringen, nur zu schlucken, was man als gerechtfertigt erkennen kann, was Offenlegen und Bewusstmachen gegebener Sachzwänge fordert.

c) Offenkundig müssen Rechtsvorkehren, und vor allem solche vor Gerichten und Verwaltungsinstanzen, meist zeitlicher Beschränkung unterworfen werden, dies zur Gewährleistung eines geordneten Verfahrensablaufs und dessen Rationalisierung. Fristsetzung ist unentbehrlich, gehe diese vom Gesetzgeber oder fallweise von der zur Entscheidung berufenen Instanz aus. Auch die *Wahrung* von Fristen muss wörtlich genau, heißt formalistisch, gehandhabt werden: Ist ein Rechtsmittel binnen zwanzig Tagen einzureichen, muss auf die Minute genau abgeklärt werden, ob die Eingabe rechtzeitig eingereicht wurde. Die gebotene formelle Handhabung bedeutet, dass nach der Sache selber, nach Nutzen und Notwendigkeit fristgerechten Eintreffens, nicht gefragt werden darf: Auch wenn im gegebenen Fall Grund zur Annahme besteht, die einzureichende Rechtsschrift werde Tage, Wochen, wenn nicht Monate bei der sie erhaltenden Instanz unbeachtet liegen bleiben, kann es nicht angehen, eine erst nach Mitternacht des letzten fristgerechten Tages erfolgende Übergabe an die Post anzuerkennen und die Frist als gewahrt zu betrachten. Wäre man zur Erstreckung der Frist auch bloß um Sekunden bereit, würde dies zwangsläufig zu den Anschlussfragen führen: Warum nicht auch Stunden, Tage oder Wochen? Abgehen von formalistischer Handhabung und Zurückgehen auf dessen Sach-

<sup>17</sup> Noch unerträglicher ist Sanktionslosigkeit der Leistungsbeanspruchung bei Leistungen, die nicht einmal vertraglich angeboten wurden (Wegnahme einer nicht zum Kauf angebotenen Sache).

gründe selber würde heißen, Fristsetzung überhaupt aus den Angeln heben. An die Stelle formal gegebener Gewissheit gewahrter oder versäumter Frist träte Ungewissheit, die wiederum in geordnetem Verfahren ausgeräumt werden müsste, und dies nicht bloß im seltenen Ausnahmefall, sondern fortan überhaupt. Die Relativierung der Wirkung gesetzter Fristen würde zur allgemeinen Regel, was niemand wünschen kann und jedermanns Nachteil wäre.

d) Erst die Einsicht, dass der Formalismus apagogisch gerechtfertigt ist, öffnet den Weg zur Einsicht, dass dort, wo der apagogische Ausschluss endet, auch formalistisches Gehabe nicht mehr gerechtfertigt ist und Formzwänge sistiert werden müssen, soll nicht der Vorwurf des Formalismus Berechtigung erlangen. Selbst bei Formalrequisiten gibt es nicht wenige Zweifels- und Grenzfälle.<sup>18</sup> Die schweizerische höchstrichterliche Praxis kennt zwar den „übertriebenen Formalismus“, mit welchem Topos in Ausnahmefällen eine kantonale Entscheidung kassiert wird,<sup>19</sup> aber von einer gefestigten Doktrin zum Thema des „Übermaßes“ formalistischer Entscheidung kann keine Rede sein. Hier sei versucht zu zeigen, in welcher Richtung grundsätzliche Überlegungen führen müssten, dies an den Beispielen *fehlender Unterzeichnung* einer fristunterworfenen Eingabe und der *Erschwerung des Beweises der Fristenwahrung*.

e) Es kommt nicht häufig, aber doch immer wieder vor, dass bei einer fristgerecht eingereichten Eingabe die für deren Geltung vorausgesetzte *Unterschrift fehlt*,<sup>20</sup> was angesichts des Fehlens eines Gültigkeitserfordernisses Fristversäumnis mit allen deren bösen Folgen bedeutet. Ob dies wirklich so sein soll, muss *open to discussion* bleiben: Es kann keine Rede sein davon, dass die Berücksichtigung nicht oder unzureichend unterzeichneter Eingaben zu Ausweitung und Missbräuchen führen würde: Solche sind nicht leicht vorstellbar, denn sie müssten darin liegen, dass der absichtsvolle Nicht-Unterzeichner sich bei Versendung die Möglichkeit nachträglicher Distanzierung von seiner Eingabe wahren will. Ein Umsichgreifen derartiger Scherze ist schwer vorstellbar, und wenn dahin gehende Gefahr aufkäme, wäre diese ohne weiteres mit der umgehenden Mitteilung des Empfängers ausgeräumt, die eingetroffene Eingabe werde, bei ausbleibender Remonstration, als gültig betrachtet.

f) Ähnliches müsste gelten auf der *Ebene des Beweises* der Rechtzeitigkeit, wenn einerseits, wie in der Schweiz und wohl weit herum, zur Fristenwahrung Übergabe an die nationale Post am Tage des Fristablaufs gefordert ist, die Poststellen jedoch vor Mitternacht schließen, daher ein Poststempel mit entsprechender Zeitangabe auf der Sendung wie auch auf der postalischen Empfangsbestätigung ausbleibt. Notfalls besteht in der Zeit zwischen Postschließung und Mitternacht die Möglichkeit, zum Einwerfen der Sendung in einen Briefkasten

<sup>18</sup> Es genügt ein Blick in die Register der Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts unter der Rubrik „Frist“, um die Abundanz sich stellender Fragen zu erkennen.

<sup>19</sup> Die Register der BGE enthalten unter genanntem Stichwort etwa Hinweise auf BGE 92 I 11; BGE 93 I 213 E.2; BGE 95 I 14 E.2; BGE 96 I 318, 523; BGE 102 III 27; BGE 114 II 199 E.6; BGE 118 V 315 E.4.

<sup>20</sup> Häufiger als gänzliches Fehlen der Unterschrift mag sein deren *Unbeachtlichkeit*, wenn die die Eingabe ausfertigende, aber nicht vertretungsbefugte Schreibe kraft so verfährt wie gewohnt bei sonstiger Korrespondenz des Chefs und schreibt „*signed in the absence of the sender*“ o. dgl.

sich die Gesellschaft eines unverdächtigen Zeugen zu verschaffen, ein Vorgehen, das in der Tat zur Zeit der Anwaltstätigkeit des Schreibenden in Zürich gelegentlich von Kollegen praktiziert werden musste.<sup>21</sup> In diesem Zusammenhang wäre ohne ernstzunehmende Gefahr (wenn auch mit etwas Komplizierung der Kontrolle der wenigen vorkommenden Fälle) die Präsump­tion möglich, der Poststempel auf der Sendung der Eingabe begründe so lange eine Vermutung der Fristenwahrung, als fristgerechter Einwurf in den Postkasten mit ihm zu vereinbaren ist.

### III. Kants kategorischer Imperativ als Aufruf zu apagogischem Schließen

1. Die angeführten beiden Beispiele sind aber für sich genommen gewiss marginal und von minimaler Bedeutung, zeigen aber, wie der Schreibende hofft, ein bedeutsames und auch in anderen Zusammenhängen versteckt wirkendes Grundelement juristischer Überlegung. Auf Grundsätzliches beziehen sich nun die folgenden, dem Schreibenden erst beim Redigieren vorliegenden Beitrags bewusst gewordenen Bezüge: Eine grundlegende These Kants und die dazu von Kelsen vorgetragene Antithese.

2. Jedermann kennt das von Kant (1724–1804) statuierte Gebot: „handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde“; eine andere seiner Formeln lautet: „Handle so, dass die Maxime deines Willens jederzeit zugleich als Prinzip einer allgemeinen Gesetzgebung gelten könne“.<sup>22</sup>

So schön das tönt, so wenig konkret sind die Anweisungen, welche sich dieser Formel entnehmen lassen. Wer Kant um Rat angeht, was er tun solle, bleibt ohne Antwort. Kants Regel bekommt erst Gehalt, wenn wir sie in ihrer Umkehrung, d.h. als *Unterlassensgebot* versteht, denn der „Imperativ“ ist genau gesehen ein *Verbot des Gegenteils*: „Unerlaubt ist alles Tun und Lassen, das nicht als allgemein geboten gelten kann“. Erst diese ins Negative gewendete Forde-

<sup>21</sup> In Zürich wurde die Schließung der Hauptpost in den späten Sechzigerjahren von Mitternacht auf Elfuhr zurückverlegt, dies zum Verdross des Schreibenden. Denn dieser, nach Anwaltszulassung und promoviert sich als Assistent an der Fakultät etablierend und, bereits Familienvater, mit kleinen Mandaten die Butter auf das Brot verdienend, kam nicht selten erst wenige Minuten vor Schließen der Post dort an (Arbeit bis zum letzten Moment hinauszuschieben schien ihm schon damals Gebot der Arbeitsökonomie: Zeit, die man nicht hat, kann man auch nicht verlieren).

<sup>22</sup> Kant entwickelt seine Pflichtenlehre vor allem in seiner „Grundlegung zur Metaphysik der Sitten“ (1785) und der „Kritik der praktischen Vernunft“ (1788); seinen kategorischen Imperativ stellt Kant in verschiedenen Formeln vor; die zitierten stammen aus der „Grundlegung“ (zweiter Abschnitt; S. 68) und der „praktischen Vernunft“ (Erstes Hauptstück, § 7, S. 53); Zitate und Seitenangaben aus den Ausgaben Reclams Universalbibliothek Nr. 4507 und 1111). Bei *Raymund Schmidt*, Kant – Die drei Kritiken ... mit verbindendem Text zusammengefasst, (1. Aufl. Stuttgart 1969, 11. Auflage 1975, Nachdruck 1993) finden wir folgende Texte wiedergegeben: „Handle so, als ob die Maxime deiner Handlung durch deinen Willen zum *allgemeinen Naturgesetz* werden sollte“. Weiterhin aufschlussreich: „alle Imperative werden durch ein Sollen ausgedrückt [...]“; „Alle Imperative nun gebieten entweder hypothetisch oder kategorisch.“ „Der kategorische Imperativ würde der sein, welcher eine Handlung als für sich selbst, ohne Beziehung auf einen anderen Zweck, als objektiv-notwendig vorstellte.“; im Gegensatz dazu ist der „hypothetische Imperativ“ das, was „als Mittel zu etwas anderem“ geboten ist (S. 247–249).

zung hat Inhalt. Der *kategorische Imperativ selber* wird apagogisch als geltend erwiesen, d.h. durch das Gegenüberstellen einer zu verwerfenden entgegengesetzten Regel, welche lauten müsste: „Man soll das tun, was allen anderen untersagt ist“, oder auch: „Man soll alles unterlassen, was allgemein geboten ist“. Weil derartige Regel *inakzeptabel*, heißt hier für *Kant falsch* ist, gilt der das Gegenteil gebietende Imperativ. Aber der *Inhalt des kategorischen Imperativs* ist seinerseits wiederum ein *Gebot apagogischen Schließens* (dazu *Kants* Beispiele, folgende Zif. 4).

3. Das *Wenden ins Gegenteil*, d.h. das Lesen des *Gebots* des Handelns nach einer verallgemeinerungsfähigen Maxime als *Verbot* des Handelns nach einer Maxime, die nicht als allgemein geltend gefordert werden kann, ist zwangsläufig gefordert, weil zwar das *Gebot* allgemeinen Wohlverhaltens und des Handelns nach verallgemeinerungsfähigen Regeln ohne fassbaren Inhalt ist (wie auch *Kants* Formel wörtlich genommen tautologisch bleibt), aber gleiches nicht gilt für die Qualifikation des Verwerflichen und des zu Verbotenden. Das Gute als solches ist nicht fassbar anders als durch Feststellen der Abwesenheit von Bösem und Verbotenem; der Imperativ: Tue Gutes! bleibt ohne feststellbaren Inhalt, nicht aber jener: Tue nichts Böses! Derartiges Verbot ist, Anerkennung moralischer Massstäbe vorausgesetzt, voller Gehalt. Wie der Vertragsrechtler weiß, bedeutet „Sittengemäßheit“ nichts anderes als „Abwesenheit von Sittengewidrigem“, „Rechtmäßigkeit“ Abwesenheit eines Verstoßes gegen Rechtsregeln, „Geltung“ eines geschlossenen Vertrages meint Abwesenheit von Nichtigkeitsgründen. Wer eine *Erklärung* der *Unfassbarkeit des Erlaubten* und der *Fassbarkeit des Unerlaubten* sucht, findet sie darin, dass der Umfang des Erlaubten unendlich ist, sich nicht begrenzen, in seinem Inhalt nicht „definieren“ (d.h. Grenzen unterwerfen) lässt; Erlaubtes und Gutes als solches bleibt unfassbar. Anders das Unerlaubte: Unerlaubt, verwerflich oder böse ist allein, was durch ein konkretes und fassbares moralisches oder rechtliches Verbot zu solchem gemacht wird, was immer nur in klar begrenztem Umfang geschehen kann.<sup>23</sup>

4. Wesen und Handhabung des kategorischen Imperativs wird veranschaulicht durch die Beispiele, die *Kant* dazu vorträgt. Die Auffassung, dass der kategorische Imperativ in seine Umkehrung transponiert werden muss, um Inhalt zu gewinnen, und nur *negativen Rat* im Sinne von Unterlassungsgeboten geben kann,<sup>24</sup> findet ihre Bestätigung darin, dass er als Beispiele nennt Menschen, die Selbstmord oder Betrug erwägen. Die Feststellung, dass der kategorischen Imperativ die Aufforderung zu apagogischer Schlussfolgerung impliziert<sup>25</sup> wird illustriert in seinen Beispielen des Erwägens ungueter Absicht in deren hypothe-

---

<sup>23</sup> *Apagogische Beweisführung* wird immer dann notwendig, wenn ein *direkter Beweis ausgeschlossen* ist. Was regelmäßig bei Qualifikationen wie den hier genannten der Sittengemässheit oder der Rechtmäßigkeit gilt: Deren direkter Bestandesnachweis ist ausgeschlossen, weil er die *gesamthafte Abwesenheit* von Ausschlussgründen voraussetzen würde, was zu beweisen nicht möglich ist (*negativa non sunt probanda*, Nichtbestehendes kann nicht und muss daher auch nicht bewiesen werden).

<sup>24</sup> Siehe hierzu oben lit. II. 2. a).

<sup>25</sup> Siehe hierzu oben lit. II. 2. b).



tischen Erhebung zu einer generellen Regel, welche dann mit einem Gegenargument verworfen wird. Hier seine Beispiele 1 und 2:<sup>26</sup>

(1) Der *Lebensmüde* erwägt: „ich mache es mir aus Selbstliebe zum Prinzip, wenn das Leben bei seiner längeren Frist mehr Übel droht, als es Annehmlichkeit verspricht, es mir abzukürzen“; der Gedanke an derartige Verhaltensmaxime wird von *Kant* verscheucht mit der Überlegung, „daß eine Natur, deren Gesetz es wäre, durch dieselbe Empfindung, deren Bestimmung es ist, zur Beförderung des Lebens anzutreiben, das Leben selbst zu zerstören, ihr selbst widersprechen und also nicht als Natur bestehen würde, mithin jene Maxime unmöglich als allgemeines Naturgesetz stattfinden könne und folglich dem obersten Prinzip aller Pflichten gänzlich widerstreite“.

(2) Der *zum Darlehensbetrug Geneigte* formuliert folgende Maxime: „wenn ich mich in Geldnot zu sein glaube, so will ich Geld borgen und versprechen, es zu bezahlen, ob ich gleich weiss, es werde niemals geschehen.“ Auch dies wird aus leicht erkennbaren Gründen als nicht generalisierungsfähige Regel erkannt, daher verworfen.

#### IV. Widerspruch von Hans Kelsen

Die Feststellung, dass der kategorische Imperativ von *Kant* apagogisch bewiesen wird und seinerseits wiederum zu apagogischem Schließen auffordert, geht als solche allein die sich mit *Kant* beschäftigenden Wissenschaftler an (denen sie nicht neu sein wird). Für den Juristen wird das Festgestellte erst relevant, wenn wir *Kelsens* Position einbeziehen und uns mit dieser (wiederum apagogisch) auseinandersetzen.

##### 1. Kategorischer Imperativ für Kelsen eine „taube Nuß“

a) Das Konzept des kategorischen Imperativs genießt unter Gebildeten Akzeptanz oder, bei Fehlen näherer Kenntnis, Respekt. Aber es gibt einen Juristen, der, anderes als die anderen, gegen *Kants* Gebot Widerspruch erhebt: *Hans Kelsen* (1881–1973).<sup>27</sup> Vor uns haben wir eine herausragende Theoretikerfigur, ein Mann, der sich selber als Außenseiter positionierte und als solcher Weltreputation erlangte. Dies die Folge seines theoretischen Konzepts eines mit extremer Folgerichtigkeit durchgehaltenen Gesetzespositivismus. Die Bedeutung seiner wissenschaftlichen Botschaft für den Privatrechtler liegt in erster Linie darin, zu klärender Stellungnahme herauszufordern. Nehmen wir diese Herausforderung auf, werden im Zusammenhang mit *Kants* Lehren bedeutsame Perspektiven eröffnet.

<sup>26</sup> Die beiden Beispiele und Zitate aus „Grundlegung“; Ausgabe Reclam (Fn. 22) S. 69. Das dritte der insgesamt vier Beispiele unten Zif. IX.

<sup>27</sup> Zu seiner Person vor allem R. A. *Métall*, *Hans Kelsen, Leben und Werk*, 1969; zu den Beziehungen *Kelsens* zur Schweiz (und insbesondere Zürich); *Martin Usteri*, in: Schriftenreihe des Kelsen-Instituts Bd. 2, *Der Einfluss der Reinen Rechtslehre etc.*, 1978, S. 181 ff.; *Robert Walter*, *Hans Kelsen als Verfassungsrichter*, Bd. 27 der Schriftenreihe des Kelsen-Instituts, 2005.

b) Für den Schreibenden ist jener Abend (vermutlich im November 1952) unvergesslich, an dem *Kelsen* vor überfülltem Auditorium Maximum der ETH Zürich seinen Vortrag hielt,<sup>28</sup> der unter dem fragenden Titel angekündigt worden war: „Was ist Gerechtigkeit?“. Bereits die Frage deutete an, dass ein Angriff auf überkommene Gerechtigkeitslehren bevorstand. Die Antwort *Kelsens* auf die Frage, was als gerecht gelten könne, geht denn auch dahin: *Ignoramus ignorabimus!* Wir wissen nicht, was Gerechtigkeit ist und was man so bezeichnen darf, und wir werden es auch nie wissen. Eine Stellungnahme *Kelsens* zu *Kants* Regel, die sich dieser Auffassung entgegenstellt, konnte in diesem Zusammenhang nicht fehlen, und *Kelsen* sagte denn auch zu *Kants kategorischem Imperativ* kurz und direkt: Er ist nicht mehr als eine „taube Nuß“!

c) Im publizierten Text ist die Formel von der tauben Nuß nicht zu finden (war aber mit Gewissheit an jenem Abend gefallen).<sup>29</sup> Dort lesen wir heute nur noch: „leere Formel“, aus der nichts abgeleitet werden kann (N.27). Der gedruckte Text zitiert den kategorischen Imperativ in der Fassung in *Kants* „Grundlegung zur Metaphysik der Sitten“: „Handle nur nach der Maxime, von der du zugleich wünschen kannst, dass sie allgemeines Gesetz werde.“ Und dazu nun *Kelsen*: „Mit anderen Worten: Menschliches Verhalten ist gut oder gerecht, wenn es von Normen bestimmt ist, von denen der handelnde Mensch wünschen kann oder soll, dass sie für alle Menschen verbindlich seien. Aber welches sind diese Normen, von denen wir wünschen können oder sollen, dass sie allgemein verbindlich seien? Das ist die entscheidende Frage der Gerechtigkeit; und auf diese Frage gibt der kategorische Imperativ – ganz ebenso wie die Goldene Regel, sein Vorbild – keine Antwort.“<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> In der Nachkriegszeit vermochten grundsätzliche Fragen noch ein breites Publikum anzuziehen, und möglicherweise fanden nicht alle Gekommenen ein Unterkommen im würdigen großen Halbrund des Auditorium Maximum der Eidgenössischen Technischen Hochschule Zürichs, dem prächtigen Bau von *Semper*. Dieser vielleicht erste Vortrag, den der im Jahr 1940 in die USA emigrierte *Kelsen* in Europa hielt, war veranstaltet worden formell von der *Studentenorganisation der Universität Zürich*, die vorab von Juristen in Schwung gehaltenen wurde; die Initiative lag bei einigen wenigen Studenten, zu denen auch der Schreibende gehörte. Nach dem Vortrag saß der Referent mit den Veranstaltern in einer Nebenstube des Hotels „Storchen“, in dem er wohnte, noch eine gute Weile in lebhafter Diskussion zusammen.

<sup>29</sup> Im Jahre 1953 erschien unter gleichem Titel der (etwas überarbeitete oder ausgeweitete?) Text im Verlag Franz Deuticke in Wien, bei dem auch die beiden deutschen Ausgaben der „Reinen Rechtslehre“ und andere Schriften *Kelsens* erschienen waren, der aber seit langem nicht mehr besteht. Heute sind noch käuflich eine Reihe von Nachdrucken verschiedener Verlage. Die Schrift zur Gerechtigkeit ist derzeit verfügbar (mit einem Vorwort von *Robert Walter*, emeritiertem Professor der Wiener Fakultät und seinerzeitigem Leiter des dortigen Hans Kelsen-Instituts) in der (auch hier verwendeten) Ausgabe Reclam (Nr. 18076; ISBN 3-15-018076-7). Der Text ist gegliedert in 35 Abschnitte, auf die hier wie auf Noten (N) verwiesen wird.

<sup>30</sup> Unter dem Titel „Die inhaltslosen Formeln der Gerechtigkeit“ werden von *Kelsen* der Auseinandersetzung mit *Kant* (N.26 und 27) vorangestellt Ausführungen in N.20 „Jedem das Seine (*suum cuique*)“, in N.21 das Talionsprinzip, in N.22 „Gerechtigkeit als Gleichheit“, in N.23 „Gleichheit vor dem Gesetz“, in N.24 „Kommunistische Gleichheit“. In N.25 wird die „goldene Regel“ vorgestellt, lautend: „Was du nicht willst, dass man dir tue, das tue auch einem anderen nicht“ (die „goldene Regel“ hat angeblich als Erster *Konfuzius* [551–479 vor Chr.] formuliert).

## 2. Das Wichtige von Kants Lehre bleibt

Ohne weiteres ist einzuräumen, dass *Kelsen* folgerichtig schließt und im Sinne strenger Logik *Kant* falsifiziert: Ohne moralische (und das heißt letztlich subjektive) Wertung kommen wir bei der Anwendung des kategorischen Imperativs nicht aus. Ist der zur Entscheidung Berufene zu jeglicher Unmoral bereit und respektiert keine Verbotsnormen, gibt *Kant* keine Verhaltensanweisung. Andererseits können wir eine Norm, welche unzulässiges Verhalten explizit erlauben oder gar gebieten würde, apagogisch allein deshalb als unzulässig bzw. falsch qualifizieren, weil sich derartigem unsere Wertmaßstäbe entgegenstellen.

Im Sinne formaler Logik ist *apagogische Beweisführung* nur möglich bezogen auf *kontradiktorische* Gegensätze: Ja-Nein, Entweder-Oder, möglich-unmöglich, zulässig-unzulässig. Dies ist die Beweisführung, wie sie *Kelsen* gehandhabt sehen will. Aber in der realen Welt kommt rein weder Weiß noch Schwarz vor: Grautöne beherrschen das Bild. Normative Ordnungen wollen menschliches Verhalten beeinflussen und können nur anstreben die Verwirklichung von möglichst viel Gutem und der Minimierung der Übel; Ganzheit ist ausgeschlossen, Relativierung der Maßstäbe unausweichlich, Kompromisse beherrschen das Feld.

Während *Kelsen* auf der Ebene *formaler Logik* argumentiert, bewegt sich *Kant* auf der Ebene „*praktischer Vernunft*“: Er richtet sich an Leute, welche moralische Maßstäbe in sich tragen und diese auch ihrem Tun zugrunde legen wollen, nicht aber Bösewichte ohne Gewissen, die sich moralische Anweisung verbitten und die anzusprechen sinnlos wäre. Nur die Wohlmeinenden sind angesprochen, und diesen hilft *Kants* Rat: Die den kategorischen Imperativ ausmachende Forderung des Vorstellens der Generalisierung des eigenen Verhaltens wirkt *wie ein Vergrößerungsglas*; Verdeutlichung wird erreicht durch das, was man in der Bühnenkunst *chargieren* nennt: Deutlichmachen durch Übertreiben, was die hier geforderte Klarheit über Zu- oder Unzulässigkeit von Vorhaben schafft.

## V. Kelsens These der Lückenlosigkeit der Rechtsordnungen

### 1. Kelsen und seine uns beschäftigenden Positionen

*Kelsens* Hauptwerk, das der ganzen von ihm begründeten Denkrichtung ihren Namen gab, ist seine „*Reine Rechtslehre*“.<sup>31</sup> Zuerst zu nennen die fundamentale, wohl auf seinen Schüler *Merkel* zurückgehende Idee und von beiden erstmals explizit vorgetragene Formel vom „*Stufenbau der Rechtsordnung*“,<sup>32</sup>

<sup>31</sup> *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, Verlag Deuticke, 1. Aufl. 1934; hier wird zitiert die 2. Aufl., auf mindestens doppelten Umfang ausgeweitet, 1960 (mit unverändertem Nachdruck 1967). Unzählige Übersetzungen, die englische der 2. Auflage Berkeley 1967.

<sup>32</sup> *Adolf Julius Merkel* (1890–1970) ist seinerseits eine in unserem Fach herausragende Figur. Die Stufenbau-Lehre ist hoch bedeutsam, auch wenn sie keineswegs Neues schafft, sondern Beschrieb und Bewusstmachung eines naturgegebenen Mechanismus ist, der sich auf die eine oder andere Art in jeder differenzierten Sozialordnung feststellen lässt. Jede Feudalordnung, Hierarchie in Kirche oder Beamtenschaft, aber auch die Souveränitätslehre ist damit verknüpft. Sie erklärt letztlich auch,

der zufolge Rechtsordnungen durch das Zusammenspiel verschiedener Kompetenzebenen bestimmt sind:<sup>33</sup> Der Erlass von Gesetzen, aber auch deren Anwendung durch die zuständigen Instanzen beruht auf einer hierzu ermächtigenden Rechtsregel, und jeder Akt der gesetzgeberischen wie auch richterlichen Rechtssetzung ergeht in Anwendung einer Rechtsnorm höherer Stufe (S.241). In ihrem *Inhalt* müssen Rechtserlasse der unteren Stufe umfassender sein als die sie stützende übergeordnete Regel (sonst wären sie inhaltslos und überflüssig), daher die Formel der „relativen Unbestimmtheit des rechtsanwendenden Aktes“ (S.346f.). Dazu, wie die handelnden Instanzen die ihr Tun rechtfertigenden (und partiell auch inhaltlich bestimmenden) übergeordneten Norm auslegen sollen, können keine Regeln aufgestellt werden; soweit sie zum Inhalt schweigen, sind rechtsanwendende Akte nichts anderes als *Willensakte des Entscheidenden*. Derartige Freiheit des Entscheidenden reicht naturgemäss im Rahmen der *Gesetzgebung* weiter als bei Rechtsanwendung, aber die vergleichsweise beschränkt bleibende Entscheidungsfreiheit des *Richters* ist immer noch Grund genug, auch diesen als *Rechtsschöpfer* zu bezeichnen, da auch ihm ein *Bereich freigestellter Entscheidung* verbleibt (S.350f.).

## 2. Kelsens Konzept der Lückenlosigkeit der Gesetzesordnungen

Das Feststellen eines auf allen Stufen der Rechtsordnung bestehenden Bereichs der Entscheidungsfreiheit, welche Abwesenheit von Normen voraussetzt, hindert *Kelsen* nicht, die *Figur der Gesetzeslücke abzulehnen*. Ausgangspunkt seiner Begründung ist die Feststellung, dass im Falle des Fehlens einer den Bürger verpflichtenden Rechtsnorm dieser keine Pflicht trägt, denn keine Pflicht ohne pflichtbegründende Norm. Abwesenheit einer Norm (das, was man „Gesetzeslücke“ nennt) bedeutet daher *Freiheit des Adressaten* der fehlenden Norm. Das Fehlen einer Norm schließt nicht Anwendung der betreffenden Normordnung aus: Feststellen der Abwesenheit einer Norm ist ebenfalls eine Form deren Anwendung, daher in jedem Falle möglich (dazu S.251 ff.). Angesichts fehlender

---

weshalb die Kutte nicht den Mönch macht oder heute der Polizist nur im Rahmen explizit übertragener Aufgaben ein solcher ist und nicht etwa in seiner privaten Nachbarschaft *sua sponte* für Ordnung sorgen darf.

<sup>33</sup> Wie die *Anwendung* von Normen meist hierarchisch über- und untergeordneter Instanzen anvertraut ist, erfolgt auch der *Erlass* von Normen auf verschiedenen Stufen: Jener der Gesetzgebung, welche die Grundlage des Erlasses von Verordnungen bildet und die ihrerseits auf der von der Verfassung geschaffenen Gesetzgebungskompetenz beruht; allein der Verfassungsgeber kann sich nicht auf Ermächtigungsnormen berufen. Ihm verschaffen *Kelsen* und *Merkel* die Rechtfertigung der *hypothetischen Grundnorm*, welche bloß umschreibt, wer faktisch die Zuständigkeit der Verfassungsgesetzgebung besitzt (in der Schweiz würde dies etwa heissen: „Es gilt, was Volk und Stände beschliessen.“). Diese Figur wurde unendlich oft (einsichtslos) missverstanden oder (bösgläubig) missdeutet, ist aber letztlich, so scheint mir, nichts anderes als eine simple Formel, welche die höchste Entscheidungsinstanz umschreibt und damit für das betreffende Normsystem insgesamt einen gemeinsamen Zurechnungspunkt schafft. All dies allein in einem formalen Sinn und ohne Bezugnahme auf Inhalte (weshalb auch im Beispiel einer hochorganisierten Räuberbande, wenn man schon Lust hätte, nichts entgegenstände, ebenfalls von einem Stufenbau der Ordnung zu sprechen und sie in eine hypothetische Grundnorm ausmünden zu lassen, lautend: „dort gilt, was der oberste Boss sagt“). Zur hypothetischen Grundnorm *Bucher*, FS *Kelsen* (1982), S. 47–57 ([www.eugenbucher.ch](http://www.eugenbucher.ch); Nr.27).

Notwendigkeit lückenfüllender Normierung kann es für *Kelsen* keine *Gesetzeslücken* geben. Diese werden darüber hinaus von ihm aber auch deshalb abgelehnt, weil über deren Vorliegen (das Fehlen einer Norm) nicht ohne subjektive Wertung entschieden werden könnte.<sup>34</sup>

## VI. Würdigung und partielle Widerlegung

### 1. Unbrauchbarkeit des Freiheitsarguments im Privatrecht

a) Die Identifizierung von *Normabwesenheit* und *Freiheit* ist Behauptung der *Identität von Norm* und *Pflicht*. Derartige Sicht offenbart, dass *Kelsen* ganz im *öffentlichen Recht* wurzelt; das Privatrecht bezeichnet er zwar als grundlegend, es liegt ihm aber in der Sache fern.<sup>35</sup> Soweit die öffentlichrechtlichen Normen Forderungen an die Bürger statuieren und ihnen Steuern, Strafen und andere Unliebsamkeiten auferlegen, bedeutet Fehlen einer Norm in der Tat Freiheit, das Glück des Nichtbestehens entsprechender Pflicht. Zwar findet man dort auch andersartige Normen, die sachlich gefordert sind, etwa jene betreffend die Staatsorganisation. Wie es in diesem Bereich mit Lücken zu halten sei, sagt unser Autor nicht und darf uns hier nicht interessieren.

b) Fest steht, dass *Kelsens* Deutung der Normabwesenheit als Freiheit auf das Betroffensein von Individuen ausgerichtet ist. Das und *Kelsens* Beispiele weisen auf das *Privatrecht* hin. So, wenn er sich auf Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches bezieht und die dort vorgestellte und den Richter von Gesetzesanwendung dispensierende Lücke umschreibt als den Tatbestand, dass „die Rechtsordnung keine generelle Norm enthält, die dem Beklagten die vom Kläger behauptete Pflicht auferlegt“ (S. 253).

c) Die privatrechtlichen Obligationen (d.h. Forderungen und Schulden) müssen zwar von einem Gericht in vollstreckbare Pflichten umgewandelt werden, was nur gestützt auf eine normative Grundlage geschehen kann. Aber *Kelsens*

---

<sup>34</sup> *Kelsen*: Anerkennung von Gesetzeslücken würde heißen: „Wenn die Anwendung der geltenden Rechtsordnung nach der moralisch-politischen Anschauung des Gerichts in dem ihm vorliegenden Fall unbefriedigend ist, kann das Gericht den Fall nach seinem Ermessen entscheiden. Eine Solche Formulierung würde aber dem Gericht eine offenbar viel zu weitgehende Machtbefugnis einräumen. Der Richter wäre ermächtigt, nach seinem Ermessen zu entscheiden, wenn immer er die Anwendung der geltenden Rechtsordnung für unbefriedigend hält.“ (S. 253).

<sup>35</sup> Dem Thema „Die Reine Rechtslehre und das Privatrecht“ war ein Vortrag gewidmet, den der Schreibende am 26. April 1981 auf Einladung der Wiener Fakultät hielt (Publikation wurde bis heute leider immer aufgeschoben). Insgesamt war dort einerseits grundlegende Inkompatibilität von *Kelsens* Ansichten und traditioneller Privatrechtsdogmatik festzustellen, andererseits eine Reihe von Zusammenhängen aufzuzeigen, in denen seine Lehren als weiterführende und erhellende Herausforderung gewirkt haben. So war die These der Habilitationsschrift des Schreibenden (Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis; Tübingen 1965 [www.eugenbucher.ch; Nr. 3]) der Versuch, die normative Sicht und die Stufenbau-Theorie von *Kelsen* und *Merkel* auf diese Privatrechtsfigur zu übertragen. *Kelsen*, obwohl er nicht nur die Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht, sondern auch die Figur des subjektiven Rechts ablehnt, hatte dem Vernehmen nach etwas Interesse an dieser These gefunden (als Gegengabe dedizierte er dem Schreibenden einige Separata und liess ihm 1967 auch die dann herauskommende englische Übersetzung der 2. Auflage seiner „Reinen Rechtslehre“ zugehen).

These: „Fehlen einer Norm führt zu Klageabweisung“ trifft oft, aber keineswegs immer zu. Sie ist als generelle Regel nicht zu halten, weil Schuldner- und Beklagtenrolle nicht notwendig zusammenfällt, wie auch die Klägerrolle nicht immer jene des potentiell Berechtigten ist.<sup>36</sup> Die Parteirollenverteilung ist zufallsbehaftet, kann daher nicht, wie *Kelsen* unterstellt, die Zuordnung der Folgen des Nichtbestehens einer Norm bestimmen.<sup>37</sup>

d) Anhangsweise mag angemerkt werden, dass auch der Blick auf den *Inhalt der Privatrechtskodifikationen* die Annahme deren Lückenlosigkeit ausschließt, erheben diese doch heute durchwegs den Anspruch, bestimmte Sachbereiche zu regeln, ohne aber alle verbundenen Fragen beantworten zu wollen oder zu können; offen zutage tretende und offen eingestandene Regelungslücken sind Normalität: So sind zwar allenthalben die sachlich unentbehrlichen Eigentumsordnungen vorhanden, aber das Fehlen wichtiger Regeln innerhalb derselben ist denkbar, ja wahrscheinlich. Entgegen der von *Kelsen* behaupteten „Freiheit“ als Folge fehlender Normen kann es ohne Nachschieben materieller Rechtsregeln nicht abgehen; „Lückenfüllung“ im Rahmen judizieller Rechtsanwendung lässt sich nicht entbehren.

## 2. Unbestimmtheit Kelsens Normbegriffs

a) Die Widerlegung *Kelsens* These der „ausgeschlossenen fehlenden Norm“ muss bei dessen Begriff „Norm“ einsetzen.<sup>38</sup> Die Aussage „Fehlen (Abwesenheit) einer Norm bedeutet Freiheit (von Pflicht) der Bürger“ ist richtig, da *nicht falsifizierbar*, aber sie ist gleichzeitig ohne Sinn und Tragweite, da *inhaltslos*: Eine nicht bestehende Norm kann *keinen Inhalt* haben, deren Fehlen daher auch keine inhaltlich fassbare Freiheit begründen. Ebenso bleibt offen, wer denn diese Freiheit beanspruchen könnte. Die präzise Formulierung der These müsste lauten: „Das Fehlen einer Norm bedeutet Freiheit desjenigen, der, wenn die Norm bestünde, ihr Adressat wäre, und bedeutet Freiheit von all jenen Pflichten, welche Inhalt der nicht statuierten Norm hätten sein können.“ Dies ist zwar präzise, die Aussage aber belastet mit zwei Unbekannten (Inhalt wie personeller Bereich der Normgeltung), damit in dieser Allgemeinheit nichtssagend.

<sup>36</sup> Der Privatrechtler kann *Kelsens* Argumentation auch nicht damit retten, dass er, die Sicht von der prozessualen Ebene auf jene des materiellen Rechts hebend, statt vom Kläger vom Anspruchs- und Forderungsberechtigten spricht. Eine materiellrechtliche Forderung kann statt vom Bestand einer diese stützenden Norm auch von der Abwesenheit einer gegnerischen Einwendung abhängen, die ihrerseits einer Norm bedarf; in diesem Fall schlägt das Fehlen einer die Einwendung stützenden Norm nicht zum Nachteil des Fordernenden, sondern des Schuldners aus.

<sup>37</sup> In der elementarsten aller Streitigkeiten, jener um das Eigentum an einer beweglichen Sache, werden die Parteirollen durch die Zufälligkeit bestimmt, in wessen Händen sich die Sache befindet. Der bessere Recht Behauptende muss gegen denjenigen klagen, bei dem sich die Sache befindet, aber ihr Dortsein und damit das Privileg der Beklagtenrolle kann die Folge von Zufall oder Eigenmacht sein.

<sup>38</sup> Vorweg wäre die Einwendung zu erheben, dass der Autor den von ihm vorausgesetzten *Grad inhaltlicher Bestimmtheit* der Regel nicht angibt, die bei ihm „Norm“ heißt. *Kelsen* wird, so ist zu vermuten, *unklare Normen* grundsätzlich als *inexistent* betrachten. Um der allgegenwärtigen und die Mehrzahl aller Normen belastenden Ungewissheiten Rechnung zu tragen, müssen wir etwas abschwächen und „Norm“ unter den Generalvorbehalt „*hinreichender Bestimmtheit*“ stellen, um nicht einen beträchtlichen Teil positiver Gesetzgebung als inexistent zu qualifizieren.

b) Nicht bestehende Normen sind inhaltslos, können als *negativa* weder bewiesen noch definiert werden; eine Norm, die es nicht gibt, ist *nihil*, ein Nichts. Aber *Kelsen* argumentiert mit diesem Nichts und behauptet dessen Nichtvorkommen. Erst in spiegelbildlicher Umkehrung, bei Änderung der Vorzeichen der Gleichung, offenbaren sich Gehalt und Absicht der *These der Nichtexistenz des Nichts*: Vor uns steht die Behauptung, dass in einer gegebenen Gesetzesordnung jegliche normativer Zuordnung zugängliche Frage auch tatsächlich ihre normative Antwort erhalten habe (was dann Anlass der Deutung fehlender Normen als Freiheit ist). Dies impliziert aber die Behauptung, dass der normative Gehalt aller bestehender Gesetznormen nicht auf deren Aussagegehalt der Anweisungen an die Bürger beschränkt sei, sondern darüber hinaus alle nicht normierten Bereiche miterfasse und dass in diesem unendlichen Raum fehlender Gesetzesregeln der Bestand irgend welcher Normen durch die vorhandenen, explizit formulierten Gesetznormen ausgeschlossen werde: Eine normative Regelung ohne Grenzen und von unendlicher Dimension, ihr Inhalt bestehend in allumfassender Gewährleistung des Nichtbestehens von Normen, wo überhaupt Normierung denkbar ist.

c) *Kelsens* Schlussfolgerung ergibt sich zwangsläufig aus seinen Prämissen. Aber dies ist nur formale, heißt von Inhaltsbezug nicht beeinträchtigte Logik. Wenn wir auf die Ebene der „praktischen Vernunft“ absteigen und Fakten einbeziehen, ändert sich das Bild. Bei Abwesenheit von als möglich vorgestellten Regel, sei dies in Gesetzen oder auch Verträgen, ist der Jurist gewohnt, zu unterscheiden, ob dies *Stillschweigen* „qualifiziert“ sei oder nicht. Als „qualifiziert“ gilt das Schweigen nur, wenn es seinerseits normativen Habitus hat, d.h. auf dem Willen beruht, dass die erwogene Regel keine Geltung haben solle. „Qualifizierung“ im Sinne *Kelsens* würde hier bedeuten die Annahme, die Gesetzgeber hätten für alle von ihnen beiseite gelassenen, zwangsläufig unendlichen und damit nicht fassbaren Regelungsgegenstände Abwesenheit rechtlicher Regelung statuieren wollen, dies eine Vorstellung jenseits aller Realität. Die These nicht bestehender Gesetzeslücken wird auch aus dieser Sicht als unhaltbar erwiesen, wie dies auch bereits aus der Unzulässigkeit der Gleichstellung des Fehlens einer Norm und „Freiheit“ folgt.<sup>39</sup>

## VII. Rechtswissenschaft: Aufgabe, Erkenntnisquellen

### 1. Gebundene Entscheidung auch im gesetzlosen Raum

a) Abwesenheit von Gesetzen hindert nicht rechtliche Auseinandersetzungen der Bürger. Über solche muss entschieden werden; der Richter hat ungeachtet des Fehlens gesetzlicher Richtlinien zu urteilen.<sup>40</sup> Aber wie soll des dies tun? Entscheidet er frei oder gebunden?

<sup>39</sup> Siehe oben lit. VI. 1.

<sup>40</sup> Dies ist heute wohl allenthalben so, scheint aber nicht immer so gewesen zu sein, hält es doch der F/CC für notwendig, gleich zu Beginn zu sagen: *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* (Art. 4).

b) Nach *Kelsen* entscheidet der Richter, soweit nicht durch vorgegebene Normen gebunden, wie ein Gesetzgeber *rechtsetzend*. Dies bedeutet bei fehlenden Normen freie Entscheidung, diese nicht an vorgegebene Regeln gebunden. Das kann man auch *Entscheidung nach Lust und Laune* nennen. Diese Formel mag nicht gefallen, aber von ihr kann man nicht wegkommen, ohne irgend welche inhaltliche normative Richtlinien zu statuieren.

c) Möglich wäre aber immerhin eine *formale* Regel, die wir hier erwägen müssen. Sie würde lauten: „Der Richter, der sich nicht zu entscheiden vermag, darf seinen Entscheid *nicht dem Zufall* überlassen“. Dies eine präzise fassbare Aussage<sup>41</sup> zum Verfahren. Deren Geltung lässt sich (apagogisch) beweisen durch Ausschluss der entgegengesetzten Regel, die da lauten würde: „Der Richter darf (oder soll gar) bei Unentschlossenheit den Zufall walten lassen“. In unseren Weltgegenden würde heute wohl mehrheitlich der Ausschluss von Zufallsentscheiden gefordert werden. Falls wir dem folgen, schlägt dies auf das Entscheiden im Bereich gesetzlosen Rechts durch. Denn „Entscheiden nach Lust in Laune“ ist ebenso inakzeptabel, ja dies vielleicht noch mehr als das hier erwogene vorgaben- und richtlinienlose Entscheiden nach Zufall. Denn Zufall ist immerhin eine objektive Sache und unbeeinflusst von bewussten oder unbewussten subjektiven Elementen des Entscheidenden; die vor dem Richter stehenden Parteien dürfen diesfalls zwar nicht auf eine materiell angemessene Entscheidung rechnen, sie haben aber immerhin je eine formell gesicherte Aussicht von 50 % auf eine solche. Der Schreibende glaubt mit der Zustimmung der meisten seiner Leser rechnen zu dürfen, wenn er die *Kelsen* zuwiderlaufende Forderung aufstellt, der Richter müsse, auch wenn er ohne verfügbare Gesetzesnorm Recht sprechen soll, *normativen Vorgaben folgen*, da allein damit Zufall und unzulässige Willkür ausgeschaltet werden.

d) Bleibt die Frage nach dem *Wober* der für die Rechtsanwendung geforderten normativen Vorgaben, ein großer, hier nur in Umrissen anzudeutender Problembereich<sup>42</sup> Die Antwort ist im Grundsätzlichen einfach: Das, was man *Doktrin* oder *Wissenschaft* unseres Faches nennt, neben dieser die *Gerichtspraxis*.<sup>43</sup> Das führt unausweichlich zur Frage, was denn eigentlich die Aufgabe unserer Wissenschaft sei. Das Wichtigste wurde durch die Konfrontation von *Kant* und *Kelsen* bewusst gemacht: In der Sache geht es um die „Gesetzeslücken“. Auszurichten ist die wissenschaftliche Betrachtung auf die Bedürfnisse der Rechtsanwendung im gesetzlos gebliebenen Raum. In erster Linie ist aller-

<sup>41</sup> Beschwörung des Zufalls setzt einen fassbaren Vorgang (etwa Münzenwurf) voraus, den man untersagen kann.

<sup>42</sup> Auch hier leichter zu fassen Negatives, d.h. die *Richtlinien des zu Unterlassenden*: Das *Verfahrensrecht* verbietet allenthalben, Zu- und Abneigung gegenüber den Parteien spielen zu lassen. Deren persönlichen Verhältnisse dürfen in Eigentums- oder Vertragsauseinandersetzungen keine Rolle spielen (Ausnahmefälle, etwa bei behaupteter Übervorteilung, bleiben vorbehalten). In Rechtsfragen soll der Richter versuchen, seine persönlichen Auffassungen hinter allgemein herrschende zurückzustellen und, Fehlen überzeugender Gegenargumente vorausgesetzt, den Auffassungen der fachkompetenten Juristenschaft folgen. Und dergleichen Negativgebote mehr.

<sup>43</sup> In dieser Richtung explizit jedenfalls der vielbeachtete und auch von *Kelsen* genannte Art. 1 des schweizerischen ZGB (Abs. 3: Der Richter „folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung“).



dings auch *Rechtsanwendung* das, was das *Publikum* bei der Vornahme rechts-erheblicher Akte unternimmt im Rahmen privaten oder geschäftlichen Tuns, erst in zweiter Reihe steht der Richter, welcher im Falle des Versagens der Selbstverwirklichung des Privatrechts zur Streitentscheidung berufen ist.<sup>44</sup> Beide können die vor ihnen sich erhebenden Rechtsfragen nicht auswählen, und beide sind gehalten, für alle sie betreffenden Fragen eine Antwort zu finden. *Aufgabe der Wissenschaft kann nichts anderes sein als antizipierend die möglichen Probleme möglichst umfassend zu erkennen und für die erkannten deren Lösung aufzuzeigen, dies gleichermaßen für alle Rechtsgenossen wie die rechtsanwendende Gerichtsbarkeit.*

## 2. Wo die Orientierungspunkte?

Anders als die abundant behandelte Lehre der Auslegung der Gesetze ist die Lehre von der *Rechtsfindung im gesetzesfreien Raum* wenig entwickelt. Auslegung betrifft vorab die anzuwendende *Methode*, die uns hier beschäftigende Normfindungslehre geht auf die *Sache selbst* und mündet in die Frage: Welches sind die Quellen, aus welchen jene Normen sprudeln, die in gesetzlos gebliebenen Bereichen als angemessene Regeln erwogen werden dürfen? Anders als in der Auslegungslehre werden *Gesetzesmaterialien*, die bei der Ermittlung des Inhalts der Gesetze unschätzbaren Wert haben, im Falle des Schweigens des Gesetzes vielfach gar nicht vorhanden sein. Die von uns benötigten Quellen möglicher Normen müssen wir *anderswo* suchen.<sup>45</sup>

*Anderswo* kann angesichts des Schweigens gegenwärtiger Gesetze nur heißen: An anderem Ort, zu anderer Zeit. Angesagt ist *Rechtskomparatistik*, d.h. Ausrichten der gestellten, aber unbeantwortet gebliebenen Fragen auf die vielleicht an anderen Orten und zu anderen Zeiten gegebenen Antworten. Wir sind aufgefordert zu *rechtsvergleichender* und *rechtshistorischer* Betrachtung. Die an anderen Orten oder zu anderen Zeiten aufgefundenen Regeln fordern Beachtung und haben mehr oder weniger *persuasive authority*.

Die beiden Perspektiven können sich ergänzen; bei entgegengesetzten auslandrechtlichen Regeln kann oft die historische Perspektive angeben, welche von diesen im engeren Verwandtschaftsverhältnis mit der zu ergänzenden Rechtsordnung steht.<sup>46</sup>

<sup>44</sup> Privatrecht ist ein *selbstverwirklichendes System*, d.h. wird Realität durch dessen Anwendung durch die Gesamtheit der Bürger; weshalb denn auch diese die primären Adressaten der Gesetze wie der Doktrin sind. Gerichtliche Auseinandersetzung ist der von niemandem gewünschte und tunlichst zu vermeidende Notfall. Dies bedeutet eine Rangordnung, welche die Zielrichtung der Wissenschaft bestimmen sollte (dazu auch Fn. 63).

<sup>45</sup> Die Suche wird nicht durch persönliche Einfällgabe des Forschers ersetzt. Nicht nur bedürfen selbst überzeugende Einfälle der Konfrontation mit potentiell vorhandenen anderen; die Aufgabe der Suche ist nicht bloß das Finden einer möglichen Lösung, sondern auch deren Rechtfertigung gegenüber Dritten: Für den Richter gegenüber den Parteien, für den Wissenschaftler gegenüber dem wissenschaftlichen Publikum.

<sup>46</sup> Der Schreibende hat versucht, vorab die Bedeutung der historischen Betrachtung herauszustellen: „Rechtsüberlieferung und heutiges Recht“, in ZEuP 2000 S. 394–534 ([www.eugenbucher.ch](http://www.eugenbucher.ch); Nr. 75). Dort auch Hinweise auf Fragen beim Zusammentreffen auslandrechtlicher und geschichtli-

### 3. Komparatistik in Raum und Zeit: Ausländrecht und historische Überlieferung

a) Gerechtigkeit oder, bescheidener gesagt, sachgerechte Entscheidung einer Sachfrage hat meist keinen örtlichen Bezug und kann allenthalben angewendet werden. Im Ausland vorgefundene Regeln können oft genug ohne weiteres übertragen werden. Beispiele vorzutragen fällt hier nicht in Betracht. Innerhalb Kontinentaleuropa war im vergangenen Jahrtausend das Obligationenrecht aller Gegenden bis hin zur Entstehung der nationalen Kodifikationen eine weitgehend übereinstimmende Ordnung, und die Suche nach im Ausland gegebenen Antworten auf im Inland aufkommende Fragen ist legitim und aussichtsreich. Dem kontinentalen Betrachter muss immerhin zweierlei gesagt werden: Unsere kontinentaleuropäische Rechtstradition gilt weit herum, im nahen wie im fernen Osten<sup>47</sup> und in ganz Lateinamerika,<sup>48</sup> d.h. fast allenthalben, aber *nicht im englischen Sprachbereich*.

b) In England und seinen früheren Kolonien (teilweise auch in Indien und Israel, wo im Obligationen- und Handelsrecht englische Tradition überlebt), herrschen andere Bräuche. Die Normannen haben kurz nach Eroberung Englands *anno* 1066 eine eigene Königsgerichtsbarkeit eingeführt, ohne dieser Rechtstraditionen oder gar Gesetzgebung vorzugeben. Die *curia regis* hatte bloß beschränkte (beispielsweise Verträge Privater nicht erfassende) Kognition, verdrängte aber trotzdem schließlich die traditionellen vornormannischen Gerichte mit deren normativen Überlieferungen, ohne selber eine solche zu besitzen. Normatives Verständnis des Rechts fehlt daher bis heute dort, wo man Englisch spricht. Maßgeblich ist eine meist hochdifferenzierte Gerichtspraxis, für Wissenschaft und gleichermaßen für Kodifikationen im kontinentalen Sinne bestand und besteht kein Raum. Die Handhabung des Rechts ist für den kontinentalen Juristen nicht ohne weiteres verständlich und weicht mangels fast nicht bestehenden Einflusses der Wissenschaft und des römischen Rechts vom uns Gewohnten streckenweise grundlegend ab, weshalb bei Lückenfüllung ein Rückgriff auf Traditionen des englischen Sprachraums kaum je in Betracht fällt, obwohl diese als Kontrast zu unseren eigenen Verhältnissen immer von hohem Interesse sind.<sup>49</sup>

---

cher Regelungen (S. 482–486) und ein anekdotisches, kleines Beispiel: Eine Regelung der Probleme der *Bienenschwärme* schwärmt durch eine Unzahl der Kodifikationen, dies veranlasst allein durch Textstellen in den Institutionen (2,1,14) und den Digesten (41,1,5,2): ALR (Allgemeines Preussisches Landrecht) I, 9 §§ 118–126; ABGB §§ 383 f.; BGB §§ 961–964; CH/ZGB Art. 700/I, 719/III und 725/II; Spanischer CC Art. 612; Italienischer CC Art. 924 und unzählige weitere. Unter Vorbehalt lokaler Besonderheiten können die unter einer der Kodifikation offenbleibenden Fragen durch die in einem anderen Gesetz gefundene Lösung beantwortet werden.

<sup>47</sup> Dem Schreibenden sei der Hinweis gestattet, dass „sein“ Obligationenrecht (1883, revidierte Fassung 1912) nicht nur (zusammen mit dem ZGB) in der Türkei übernommen wurde (1926), sondern vorrangigen Einfluss in China hatte (Gesetz von 1929 mit wörtlichen Übernahmen auf weiten Strecken aus OR und Personenrecht des ZGB; heute formell geltend in Taiwan, wohl aber auch maßgebend in Gross-China); ähnlich auch Thailand.

<sup>48</sup> Dazu Bucher, ZeuP 2004, S. 515–547 ([www.eugenbucher.ch](http://www.eugenbucher.ch); Nr. 91).

<sup>49</sup> Dazu Bucher, ZVRW 2006 S. 164–207 ([www.eugenbucher.ch](http://www.eugenbucher.ch); Nr. 95).

c) Die Entstehung der Universitäten im Hochmittelalter und der Neuzeit war eine große Sache, das Wichtigste dabei die dort gedeihende Wissenschaft des Rechts, diese ausgerichtet auf die römischen Quellen. Diese bestimmten ganz das dort gelehrt „Zivilrecht“ (heißt römisches Recht, das Recht des *civis Romanus*) und am konsequentesten das Obligationenrecht. Wenn die in diesem Umfeld gewachsenen kontinentalen Kodifikationen Lücken aufweisen, ist es geboten, zu allererst hier nach Hilfe zu suchen.

d) Der *Zeitablauf* der dort entgegretenden *Prioritäten* führt zum Kern der Sache. Die Rechtswissenschaft, sich heute oft genug so gerierend, wie wenn sie entstanden wäre mit der Aufgabe der Darstellung und Erklärung der Gesetzesinhalte, sollte sich vermehrt vergegenwärtigen, dass nicht nur der Ursprung modernen Gesetzesrechts im romanistischen Wissenschaftsrecht der Universitäten liegt, sondern dass über Jahrhunderte, d.h. bis hin zu gefestigter Gerichtspraxis und Gesetzgebung sie, die Wissenschaft selber, als solche das Recht repräsentierte, dass ihre gefestigten Lehren Gesetzescharakter hatten. Dem gegenüber waren die nachfolgend entstandenen Gesetzeswerke auf weiten Strecken oft nicht mehr als Versuche, die Fülle universitären Wissenschaftsrechts in kurz-knappe Gesetzesreime zu pressen. Das Wissenschaftsrecht als über Jahrhunderte hinweg geltendes Recht kann die Vermutung für sich in Anspruch nehmen, bei Rechtsungewissheit bis auf unsere Tage weiter zu gelten: Geltendes Recht gilt weiter bis zum Erlass neuen, dieses ersetzenden Rechts. Wo unsere Kodifikationen Lücken haben und damit kein neues Recht bringen, behalten bisherige Wissenschaftsregeln weiterhin Geltung, wenn nicht im formellen Sinn, so doch als *persuasive authority*.<sup>50</sup>

#### 4. Wissenschaft vor Gesetzgebung

a) *Kant* gibt uns mit seinem kategorischen Imperativ nicht mehr als eine formale Schlussregel, bekennt sich aber gleichzeitig zu einer allumfassenden Wertordnung, die in jedem lebendig ist, der die Frage nach gebotenen Verhalten stellt. Da Recht wie Unrecht nicht erst durch Gesetzgebung entstehen, sondern Mensch und Gesellschaft immanent sind und jeder Gesetzgebung vorangehen, sind alle Räume, welche nach rechtlicher Ordnung verlangen, auch vom Recht erfasst, und dies vor jedem humanen Versuch, dessen Ordnungsprinzipien in Worte zu fassen.

b) Daraus folgt für die Menschheitsgeschichte die Forderung nach einer Wissenschaft vom Recht, sobald dem Menschen Begabung und äußere Lebensumstände es ermöglichen, sich über die Bedürfnisse des Alltags zu erheben und Fragen höherer Ordnung nachzuhängen. Derartiges Denkbemühen reicht bis in die Prähistorie zurück; von welchem Punkte an wir derartiges mit dem Ehrentitel der „Wissenschaft“ ausstatten sollen, bleibe offen. Aber zu Beginn unserer Zeitrechnung darf gewiss das Tun jener Juristen in Rom, die wir bis heute zitieren (etwa *Labeo*, dann *Gaius*, die Sabinianer und Prokulianer), als Wissen-

<sup>50</sup> Dazu einlässlich *Bucher*, Rechtsüberlieferung etc. (Fn. 46).

schaft gelten, und ebenso die Arbeiten aller nachfolgenden Autoren. Das Konzept der Durchkodifizierung unseres Privatrechts ließ mehr als anderthalb Jahrtausende auf sich warten und war dann, als es kam, eine Forderung aus den Kreisen der Wissenschaft.

c) Bis hin zu unseren Privatrechtskodifikationen war die Wissenschaft vom römischen Recht, die zur Wissenschaft vom Recht überhaupt wurde, die Rechtsquelle schlechthin, allein vielleicht sektoriell ausgeschaltet durch den Sachsenpiegel und andere derartige Rechtsdarstellungen oder gelegentlich auch durch überkommenes lokales Brauchtum. Der *normative Anspruch der Rechtswissenschaft* war Charakteristikum des kontinentaleuropäischen Rechts schlechthin, und dessen Ursache war im Mittelalter bis hinein die Neuzeit das Fehlen anderer fassbarer hinreichender Rechtsgrundlagen.

d) Heute stehen vor uns die grossen Privatrechtskodifikationen, sie Rechtsquellen mit Vorrang vor allen anderen. Deshalb ist aber das die Jahrtausende überdauernde Suchen nach bestmöglicher Ordnung mit der Schaffung unserer heutigen Privatrechtskodifikationen nicht zu einem Ende gekommen. Dies schon gar nicht in jenen Bereichen, welche durch die jeweils maßgebliche Kodifikation nicht abgedeckt werden. Diese sind gross genug, unüberblickbar und unermesslich.<sup>51</sup> Wird, wie es sich gehört, all das, was gemeinhin als „Auslegung“ des Gesetzes deklariert wird, in die Verantwortung des Auslegenden gestellt,<sup>52</sup> bedeutet dies im betroffenen Bereich Anerkennung der Wissenschaft als Rechtsquelle und damit gleichzeitig Aufforderung an die Wissenschaft, die entsprechende Verantwortung zu übernehmen.

e) Aber dazu kommt noch ein zweites: Die Gesetzeswerke, im Grundlegenden allein von Wissenschaftlern geschaffen, bleiben in deren Verantwortung. Sie sind Menschenprodukt, daher Stückwerk, seit deren Geburt nicht nur mit Schwächen, sondern auch der Notwendigkeit der Weiterentwicklung behaftet, letztere gefordert ebenso durch Veränderung der zu regelnden Verhältnisse wie auch von inzwischen vielleicht aufgekommener besserer Einsicht.

f) Derartige Überlegung fordert von der Wissenschaft *kritische Betrachtung bestehender Gesetzgebung*: Dies heißt Überprüfung der bei deren Anwendung eintretenden Auswirkungen, deren Bewertung wie auch das Erwägen vorhandener Möglichkeiten anderer Normierung wie anderer Normanwendung. Eine große Aufgabe, die unserer Wissenschaft aufgegeben ist, vornehme Herausforderung und moralisches Gebot an alle Mitglieder unserer Wissenschaftsgemeinschaft: Bestehende Gesetzgebung nicht, wie heute oft genug, als alleinigen Gegenstand der Betrachtung zu verstehen und sie als *Fatum* hinzunehmen, vielmehr kritisches Bewerten und Bedenken möglicher Verbesserung als vornehmste Pflicht zu sehen.

---

<sup>51</sup> Dies vor allem, wenn wir *Kelsen* folgen: Gesetzesrang haben allein die klaren und eindeutigen Normen, dagegen bleiben alle im Gesetzestext enthaltenen Regeln, welche *bona fide* mehr als eine einzige Lesart zulassen, ohne gesetzlichen Geltungsanspruch. – Um präzise zu sein, müsste man beachten: Bei einem Text, dessen Unklarheit in der Möglichkeit verschiedener, ihrerseits jedoch klarer Deutungen liegt, muss dessen „relative Geltung“ angenommen werden i.S. des Ausschlusses weiterer, mit dem Text nicht zu vereinbarenden Lesarten.

<sup>52</sup> Dazu noch unten Zif. VIII. 1.

## VIII. Ein Wort zu Kelsen

Die Reine Rechtslehre *Kelsens*, soweit diese das Privatrecht betrifft, glauben wir in zwei ihrer Grundlagenthesen widerlegt zu haben: Die behauptete Lückenlosigkeit der Gesetzgebung und die angenommene Entscheidungsfreiheit des Richters im gesetzesnormfreien Raum. Bleibt zu zeigen, dass ungeachtet dessen dieser Autor uns trotzdem weiterhilft.

## 1. Bleibendes Anliegen seiner Leugnung von Gesetzeslücken

a) Auch wenn die behauptete Lückenlosigkeit der Privatrechtskodifikationen an der Realität vorbeigeht, bleiben immer noch aufrecht *Motiv und Grundlage* von *Kelsens* Kampf: Es ist dies die Sorge drohender Respektlosigkeit von Wissenschaft und Gerichtsbarkeit gegenüber dem gesetzten Recht und des daraus resultierenden Verlusts an Rechtssicherheit. Gefahr sieht er nicht in verfehlten richterlichen Entscheidungen bei Fehlen von Gesetzesregeln, wohl aber Anrufen behaupteter Lücken, um bestehende Gesetzesregeln nicht anwenden zu müssen.

b) Diese Sorge ist partiell berechtigt. Beiseiteschieben gesetzlicher Regeln kommt vor, erfolgt allerdings meist verdeckt, vielleicht ungewollt oder gar unbewusst. „Auslegung“ einer Gesetzesregel ist allgemein akzeptiertes Vorgehen, meist gut gemeint und oft auch erfolgreich in der Suche nach dem Richtigen. Aber *Kelsens* ablehnende Position zwingt zum Überlegen. Was den Blick in gefährliche Abgründe lenkt: Eine Gesetzesregel als auslegungsbedürftig zu deklarieren und Remedur durch eigene Gedankenanstrengung anzubieten, bedeutet: Unklarheit des vom Gesetzgeber geschaffenen Gesetzes zu behaupten und umgekehrt für sich selber Zuständigkeit wie auch Fähigkeit zur Besserung zu beanspruchen. All dies, ohne selber Verantwortung zu übernehmen für das Ergebnis, denn dieses bleibt und ist, so die gängige Diktion, das ausgelegte Gesetz, für welches nicht etwa der Auslegende, sondern der Gesetzgeber haftet. Quod non!

c) Derartige wohl in Gefolgschaft von *Kelsen* stehende kritische Sicht kann durch mancherlei relativiert und das Kritisierte entschuldigt werden. Aber das zentrale Anliegen dieses Autors, das seine Bedeutung ausmacht und Auseinandersetzung mit seinen Thesen fordert, ist die *intellektuelle Redlichkeit* juristischen Argumentierens. Dieses verlangt Offenlegen der Problemlage und der verfolgten Absichten, Gradlinigkeit der Deduktionen, Respektieren vorgefundener oder eigener Prämissen wie auch Klarstellen der Verantwortlichkeit. Das Letztgenannte gerät beim „Auslegen“ zuerst in Gefahr, denn die Feststellung ist unabweislich, jede andere Behauptung absurd: Auslegungs-Täterschaft verändert am ausgelegten Gesetz auch nicht ein Jota, dieses bleibt so klar oder unklar wie es seit je war. Ergebnis des Tuns kann nicht das durch Auslegung gebesserte Gesetz sein, sondern ist allein die Rechtsdarstellung des Auslegenden, diese sich stützend auf außerhalb des Gesetzestextes liegende, von ihm

nach seinem Gutfinden ausgewählten sonstigen Grundlagen. Die Ergebnisse der Auslegung treten als eine *neue Sache* zu dem Gesetzestext hinzu. Sie haben, wenn seriös gearbeitet, auch Anspruch, bei der Gesetzesanwendung mit erwogen zu werden, und angezeigt ist es vielleicht gar, dass sie in Verantwortung des Entscheidenden von diesem übernommen werden und dann Geltung erlangen. Aber bei all dem bleibt die Verantwortung für diese Ergebnisse allein bei den Auslegenden, welche, so meint der Schreiber, diese ihre Verantwortung, anders als heute üblich, in aller Deutlichkeit herausstellen sollten. Schließlich: Wo die Verantwortung, dort auch die Verdienste, hinter dem Berg zu halten ist falsch bei beiden!

## 2. Auch bei Kelsen „Gerechtigkeit“

a) Entgegen Kelsen muss der zur Entscheidung berufene Richter auch bei Schweigen des Gesetzes noch nach rechtlich-normativen Vorgaben entscheiden.<sup>53</sup> Aber es ist die Vermutung erlaubt, Kelsen würde, wenn durch das Gesagte überzeugt, dass im Privatrecht Gesetzlosigkeit nicht als Pflichtlosigkeit („Freiheit“) gedeutet werden kann, sich der Forderung anschließen, dass der Richter, statt dem Zufall oder persönlicher Laune zu folgen, nach normativen Vorgaben entscheiden müsse. Derartige Vorgaben wären für Kelsen *Wertvorstellungen*, welche auch in seiner Sicht das menschliche Verhalten bestimmen sollen.

b) Eine Reminiszenz des Gesprächs mit Kelsen zu vorgerückter Stunde im Hotel Storchen<sup>54</sup> darf eingefügt werden: In Erinnerung des Schreibenden blieben, wie unser Gast einen ihm vertrauten österreichischen Richter zitierte mit dessen Spruch ungefähr so lautend: „Wenn man Problem und Fakten eines Falles verstanden hat, weiß man auch bereits, wie zu entscheiden ist – eine Begründung dazu läßt sich immer finden.“ Dem wird jeder erfahrene Praktiker zustimmen, aber interessant ist, dass Kelsen dies als keines Kommentars bedürftiges Faktum erwähnte und keine Vorbehalte anbrachte. Solche würde man eigentlich von einem „Positivisten“ erwarten, wird doch hier bei der Entscheidung die intellektuelle Operation (die primär das Erwägen von Gesetzesregeln sein müsste) in den Hintergrund gestellt; Priorität kommt zu spontaner Intuition, persönlicher Verantwortung, richterlichem Gerechtigkeitsempfinden (in welches Rechtsdogmatik wie Lebenserfahrung eingeflossen sind), Elemente, welche beim geforderten Nachschieben der Begründung wiederum den Weg richtiger Gesetzesauslegung weisen werden. Derartige Sicht soll nicht als die von Kelsen selber vertretene behauptet werden, wohl aber, dass er sie als oft vertreten wie auch vertretbar betrachtet; Rechts- und Verantwortungsgefühl dürfen auch in seiner Sicht richtungweisend sein.

c) Werte und Wertordnungen sind für unseren Autor ein zentrales Anliegen, auch wenn sie für ihn, der auch in diesem Punkt Kant nicht folgen kann, nicht

<sup>53</sup> Siehe oben VII.

<sup>54</sup> Vgl. hierzu: oben Fn. 28.

rational fassbar sind und sich logischer Schlussfolgerung entziehen. Für den einzelnen Menschen bleiben sie, als persönliche Überzeugung, immer noch verpflichtend. Allein diese Unterstellung erklärt, dass das Abstraktum „Gerechtigkeit“ *Kelsen* während Jahrzehnten umtreiben konnte: Im gleichen Jahr wie des Zürcher Vortrags galt seine Abschiedsvorlesung in Berkeley diesem Thema (gewiss die englische Version desselben Textes), und in seiner ein Jahrzehnt später erschienen zweiten Auflage der Reinen Rechtslehre widmet er einen langen zusätzlichen Abschnitt der Gerechtigkeit.<sup>55</sup> Mehr als weitere Argumente wird das, was er am Schluss des Gerechtigkeitstextes des Jahres 1952 schreibt, den Leser von dieser seiner Haltung überzeugen, welche, auf den Richter bezogen, nur heißen kann, dass dieser bei der Entscheidungsfindung seinem Gewissen verpflichtet sei:

„Ich habe diese Abhandlung mit der Frage begonnen: Was ist Gerechtigkeit? Nun, an ihrem Ende, bin ich mir wohl bewußt, diese Frage nicht beantwortet zu haben. Meine Entschuldigung ist, daß ich in dieser Hinsicht in bester Gesellschaft bin. Es wäre mehr als anmaßend, meine Leser glauben zu machen, mir könnte gelingen, was die größten Denker verfehlt haben. Und in der Tat, ich weiß nicht und kann nicht sagen, was Gerechtigkeit ist, die absolute Gerechtigkeit, dieser schöne Traum der Menschheit. Ich muß mich mit einer relativen Gerechtigkeit begnügen und kann nur sagen, was Gerechtigkeit für mich ist. Da Wissenschaft mein Beruf ist und sohin das wichtigste in meinem Leben, ist es jene Gerechtigkeit, unter deren Schutz Wissenschaft, und mit Wissenschaft Wahrheit und Aufrichtigkeit gedeihen können. Es ist die Gerechtigkeit der Freiheit, die Gerechtigkeit des Friedens, die Gerechtigkeit der Demokratie, die Gerechtigkeit der Toleranz.“

### IX. Ein Wort von Kant: Wissenschaft als Pflicht!

*Kant* illustriert die Handhabung des kategorischen Imperativs anhand von vier Beispielen. Zwei wurden bereits genannt (der Lebensmüde und der zu Darlehensbetrug Geneigte<sup>56</sup>). Hier folge zum Abschluss *Kants* drittes Beispiel, das *alle Begabten* betrifft und daher gewiss für alle, die sich um die Wissenschaft unseres Faches bemühen, Geltung hat. Lassen wir *Kant* selber zu Wort kommen:

„Ein dritter findet in sich ein Talent, welches vermittelt einiger Kultur ihn zu einem in allerlei Absicht brauchbaren Menschen machen könnte. Er sieht sich aber in bequemen Umständen und zieht vor, lieber dem Vergnügen nachzuhängen, als sich mit Erweiterung und Verbesserung seiner glücklichen Naturanlagen zu bemühen. Noch fragt er aber: ob außer der Übereinstimmung, die seine Maxime der Verwahrlosung seiner Naturgaben mit seinem Hange zur Ergötzlichkeit an sich hat, sie auch mit dem, was man Pflicht nennt, übereinstimme. Da sieht er nun, daß zwar eine Natur nach einem solchen allgemeinen Gesetze immer noch bestehen könnte, obgleich der Mensch (so wie die Südsee-Einwohner) sein Talent rosten ließe und sein Leben bloß auf Müßiggang, Ergötzlichkeit, Fortpflanzung, mit einem Wort auf Genuss zu verwenden bedacht wäre;

<sup>55</sup> *Kelsen* (Fn.29), zum Schluss, nach Zif. VIII zu „Interpretation“ (S.346–354) wiederum „Das Problem der Gerechtigkeit“ (S.357–444).

<sup>56</sup> Vgl. oben Text bei Fn.26.

allein er kann unmöglich wollen, daß dieses ein allgemeines Naturgesetz werde, oder als ein solches in uns durch Naturinstinkt gelegt sei. Denn als ein vernünftiges Wesen will er notwendig, daß alle Vermögen in ihm entwickelt werden, weil sie ihm doch zu allerlei möglichen Absichten dienlich und gegeben sind.“<sup>57</sup>

Der von *Kant* genannte Hang zu Müßiggang und zur Ergötzlichkeit ist heute gewiss virulenter und verbreiteter als er es zu seinen Zeiten war. Aber wer in unserem Fach mitsprechen kann, hat entbehrungsreiches Tun hinter sich und bewiesen, dass er dieser Abmahnung nicht bedarf. Indessen wünscht *Kant* auch *Erweiterung und Verbesserung* unserer *glücklichen Naturanlagen*, und darüber hinaus sogar, dass *alle Vermögen entwickelt* werden. Das muss bezogen auf das Tun des Privatrechtlers heißen, dass er seine wissenschaftliche Aufgabe so anforderungsreich und umfassend versteht, als es ihm seine Gaben gestatten: Er soll sich nicht die Bequemlichkeit der Beschränkung auf Darstellung des Gesetzes und gefestigter Auffassungen gestatten, vielmehr nach ungelösten Problemen suchen, sich Fragen zuwenden, deren Antwort er zu Beginn selber noch nicht kennt, vielmehr erst leidvoll suchen und erkämpfen muss, er soll sich in fernes Gelände ausländischen Rechts vorwagen oder in die Vergangenheit eintauchen und die Beschwer nicht fürchten, welche das Erforschen und Erfühlen des Fremden mit sich bringt. Der Leser fühlt, wohin er geführt werden soll: *Kant* wird in Anspruch genommen, um ihn zu bewegen, die ihm oben<sup>58</sup> zugeschriebene Verantwortung als die seinige anzuerkennen.

### X. Zum Schluss

1. Das Denken der Anwälte, besser das Denken der Juristen überhaupt, ist dialektisch, ein Denken in Gegensätzen: Jedes Argument fordert das Miterwägen möglicher Gegenargumente, und mancher Begriff erhält erst genauen Inhalt durch Gegenüberstellen des durch ihn negierten Gegenbegriffs. Manche Begriffe meinen gar nichts anderes als Abwesenheit des Gegenteils: „Sittengemäßheit“ kann nicht anders konkretisiert werden denn als Abwesenheit von Sittenswidrigkeiten, und „Tun“ ist Negation von Unterlassen *et vice versa*. So auch *apagogisches* Beweisen, Denken, Schließen: Eine Regel oder Schlussfolgerung ist deshalb wirksam, richtig und geltend, weil die Annahme des Gegenteils sich als ausgeschlossen, unmöglich und falsch erweisen lässt.

2. Die auf Ebene des Formalen, der Logik des Schließens beobachtete und hier beschriebene Denkweise manifestiert sich in vereinfachter Form im täglichen Leben: Ausgewählt, angestrebt oder verwirklicht wird ein Ziel, weil Alternativen als weniger erstrebenswert verworfen wurden oder gar nicht bestanden – so das rational gebotene Entscheidungsverhalten. Etwas Richtiges zu tun ist gut, aber besser noch das Wissen darum, weshalb man es tut. Dies gilt auch für apagogisches Vorgehen: Dessen Verstehen führt zu weiteren Einsichten.

<sup>57</sup> „Grundlegung“; Ausgabe Reclam (Fn. 22) S. 70f.

<sup>58</sup> Siehe VII.



3. Das Weiterführende war zu zeigen bei den „*faktischen Vertragsverhältnissen*“; allein diese Schlussform liefert ein Argument zur Begründung sachlogisch geforderter Sanktionsleistungspflichten, womit der Doktrin zu diesem Thema der Weg aus einer bisher etwas peinlich gehandhabten Aporie gewiesen werden sollte. *Formalismus* lässt sich in unserem Fach nur apagogisch begründen, d.h. durch Aufzeigen des „es geht nicht anders“, soll aber auch dort seine Schranke finden, wo es sehr wohl anders ginge.<sup>59</sup>

4. Bei weiterem Zusehen kann man sich der Einsicht nicht verschließen, dass der *kategorische Imperativ* von Kant nicht nur als solcher apagogisch bewiesen wird, sondern seinerseits die Aufforderung zu apagogischem Schließen darstellt.<sup>60</sup> Indessen kommt der Jurist, der den kategorischen Imperativ ernst nehmen will, nicht um die von *Kelsen* dagegen erhobene Einwendungen herum. Deren partielle Unbegründetheit zu zeigen fällt für den Bereich des Privatrechts nicht schwer, läßt aber anderseits dazu ein, über Aufgabe und Zielsetzung unserer Wissenschaft nachzudenken.<sup>61</sup>

5. Nicht nur in hohen Stufen der Abstraktion finden sich Anregungen. Den Schluss wollen wir in Erdnähe finden, in den *Niederungen alltäglicher Rechtspolitik*. Hier tut apagogisches Denken am meisten Not, und Anwenden des kategorischen Imperativs könnte manches realitätsferne Unternehmen als unreal erweisen. Auch hier wollen wir beim *Verlangen nach Gerechtigkeit bleiben*. Aber dann stoßen wir auf dessen Pervertierung in mehr als einer Hinsicht, so etwa im Postulat der *Vertragsgerechtigkeit*, dem Ausfluss der *zeitgeistgemäßen Gutmenschlichkeit*.<sup>62</sup> Solche fordern ist in dieser Form inhaltslos und kann nur besagen die Forderung des *Ausschlusses ungerechter Verträge*. Derartiges ist in der Tat möglich, aber auch seit Urzeiten im gebotenen und möglichen Rahmen verwirklicht mit dem Rechtsbehelf der *laesio enormis* (im ABGB von 1811 in § 1000 der Hinweis auf das Wuchergesetz für Gelddarlehen, heute § 879 Zif. 4; im BGB der Wucher von § 138 Abs. 2, im CH/OR die Übervorteilung von Art. 21 und ähnlich meisteorts). Generalisiert ist das Fordern von Vertragsgerechtigkeit (bzw. der Ausschluss von Vertragsgerechtigkeit) zwar möglich, jedoch, obgleich vorerst bloß formell und inhaltslos, eine Katastrophe: Die Vertragsparteien haben entgegengesetzte Auffassungen über gegebene oder fehlende Gerechtigkeit ihrer Vereinbarung, und allein der Richter kann den schließlich geltenden Vertragsinhalt bestimmen. Das verhindert nicht nur die geforderte

<sup>59</sup> Vgl. oben II.

<sup>60</sup> Vgl. oben III.

<sup>61</sup> All dies unternommen oben IV.–VII.

<sup>62</sup> Wir bewegen uns im Bereich der *political correctness* (vom Schreibenden als „Lügenkultur“ bezeichnet). Düstere Hintergrund der Problematik ist in der Schweiz BGE 123 III 294, ein schwer zu erklärender Ausrutscher der sonst hoch verdienten I. Zivilabteilung des Bundesgerichts. Dort allerdings nicht „Auslegung“ des Gesetzes, sondern dessen Verdrehung mit einem terminologischen Taschenspielertrick (durch nichts zu rechtfertigende und nirgends sonst praktizierte richterliche Preiskorrektur durch Aufteilung einer Preiszahlungspflicht in einen gültigen und ungültigen, da sittenwidrigen Teil). Dass in der Urteilsbegründung der Schreibende – und vielleicht mit ihm noch weitere Autoren – wider besseres Wissen zu den Befürwortern derartigen Vorgehens geschlagen wird, stimmt ihn in dieser Sache unversöhnlich.

*Selbstverwirklichung des Vertragsrechts*,<sup>63</sup> sondern stellt die Vertragsautonomie überhaupt in Frage und macht beim Vertragsschließen den potentiell zuständigen Richter zum imaginären dritten Verhandlungsteilnehmer. Derartige Regel würde den Verstoß gegen Vertragstreue zu einem Rechtsbehelf erheben, den Treulosen gar zu *Erpressung* einladen, denn solche ist selbst bei Aussichtslosigkeit des verfügbaren Rechtsmittels sehr wohl möglich. – Gewährleistung von Vertragsgerechtigkeit würde fordern eine Regel etwa lautend: „Ein Vertrag mit ungerechtem Inhalt wird auf Klage hin vom Richter aufgehoben.“ Die Apagogik des kategorischen Imperativs ist nie zwingend, verdeutlicht aber die Problemstellung. Nicht jedermann wird eine derartige Regel als inakzeptabel betrachten, aber doch, so wagt der Schreibende zu hoffen, alle Juristen mit professioneller Erfahrung und erhaltenem Realitätsbezug.

---

<sup>63</sup> Das Privatrecht, und so am meisten das Obligationenrecht, wird verwirklicht durch Einsicht der Beteiligten, die sich verhalten, wie sich jedermann verhält und seit je verhalten hat (dazu schon oben Fn. 44). Aufgabe unserer Wissenschaft ist es zu allererst, die Selbstverwirklichung des Rechts zu fördern durch dessen Darstellung, dies unter möglichst weitgehender antizipierender Behandlung potentiell aufkommender Kontroversen. Dazu auch *Bucher*, FS für P. Gauch ([www.eugenbucher.ch](http://www.eugenbucher.ch); Nr. 88).