

Eugen Bucher

"Gesetzeslücke" *quid?*

Die 'Gesetzeslücke' nimmt in unserem Rechtsquellen-system eine zentrale Rolle ein. Der Beitrag setzt sich in grundsätzlicher Weise mit dem Verhältnis zwischen Gesetzestext und Lücken in den modernen Privatrechtskodifikationen auseinander. Der Autor postuliert eine vermehrte Beachtung der Rechtsüberlieferung und des Gewohnheitsrechtes bei der Rechtsfindung.

[Rz 1] Wir sind Gesetzesjuristen, und die Gesetze sind unsere oberste Richtschnur. Sie dulden keinen Widerspruch, und die meisten von ihnen behaupten, vollständig zu sein, das Recht insgesamt wiederzugeben. Diese Diktion wird allerdings von Artikel 1 unseres Zivilgesetzbuches nicht übernommen, denn dieser beschränkt den Geltungsanspruch des Gesetzes explizit auf dessen Aussagegehalt, was auf das Eingeständnis fehlender Vollständigkeit hinausläuft. Der Name 'Gesetzeslücke' für das Fehlen von Gesetzenormen ist wohl älter als das ZGB, das (ohne das Wort zu verwenden) diesen Sachverhalt weltweit als erste Kodifikation eingesteht. Der Erfinder des Terminus muss vom Historiker erst noch gefunden werden.

[Rz 2] Unser Artikel 1 ZGB hat seinerzeit weit über die Landesgrenzen hinaus Aufsehen erregt und nicht wenig zur Reputation dessen Urhebers beigetragen. Allerdings hat dies nicht die Wirkung haben können, dass Nachfolgekodifikationen (Mexiko 1932, Italien 1942, Griechenland 1946, Portugal 1966 und die jetzt in Holland entstehende, um nur die wichtigsten zu nennen) diesem Beispiel gefolgt wären; sie alle schweigen sich geflissentlich über die zwangsläufige Begrenztheit ihrer Normaussagen aus. Es entsteht fast der Eindruck, dass die jeweils mit Gesetzgebung betrauten Leute wenig Lust haben, sich zu der Tatsache zu bekennen, dass die von ihnen inszenierte normative Erleuchtung nicht in alle Ecken reicht, sondern viele Winkel ohne Erhellung und in dunklem Schatten belässt. So hat denn vielleicht seinerzeit unser berühmter Artikel 1 nicht nur Aufsehen, sondern auch insgeheimen Ärger verursacht, denn der Glaube an die allumfassende Normausschüttung der Gesetzbücher gehört nun einmal zu einem juristischen Schönwetter-Weltbild, und dieses Bild zu trüben betrachten viele als ungehörig.

[Rz 3] Wie der Arzt bloss dort gebraucht wird, wo es an Gesundheit mangelt, ist die Hilfe des Juristen nur dort gefragt, wo Helligkeit fehlt und der Gesetzgeber dem Publikum die benötigte normative Erhellung vorenthält. Daraus folgt, dass das Geschäft der Rechtskundigen nicht die Gesetze sind, sondern erst dort beginnt, wo diese schweigen. Des einen Uhl ist des anderen Nachtigall: Das Berufen der Lückenhaftigkeit der Kodifikationen ist dem Gesetzgeber wie dem rechtssuchenden Publikum ganz unbeliebt: Der erstere fürchtet um seine Reputation, und das Volk ist betroffen, seine Illusion einer heilen Rechtswelt in Zweifel gezogen zu sehen. Ganz anders der Jurist, dessen professionelle Aufgabe und wirtschaftliches Auskommen erst dort beginnt, worüber zu sprechen unter Nichtjuristen fast als Verstoss gegen political correctness gilt: Bei rechtlicher Ungewissheit, wie sie aus den Gesetzeslücken folgt. Diese konstituieren den Kern der dem Juristen gestellten Aufgabe und machen dessen professionelles Dasein aus. Dieses Phänomen ist daher ein Eckpfeiler realitätsbezogenen Rechtsverständnisses. Der Schreibende will politisch-korrekte Rücksichten zurückstellen diese nicht allseits beliebte Erscheinung im Grundsätzlichen ausleuchten. Gedanken zu diesem Thema scheinen ihm nicht unpassend für die Eröffnungsnummer einer vielversprechenden juristischen Online-Zeitschrift, und ebenso hält er derartige Überlegungen als angemessen, um einem Wissenschaftler, dessen Interesse immer vorab Grundsätzlichem galt und auch künftig gelten wird, gebührende Achtung und Anerkennung zum Ausdruck zu bringen.

[Rz 4] Hier allerdings stockt der Griff in die Tastatur: Tummelfeld unseres juristischen Tuns und deshalb Ausgangspunkt unserer Überlegungen ein Nichts? Eine seltsame Situation in der Tat, aber wie gesehen, unentrinnbar. Mit dem Begrifflichen zu beginnen ist wissenschaftliche Forderung, jedenfalls ein Gebot der Sicherheit. Allerdings geraten wir damit rasch an einen Wall von Schwierigkeiten. *Negativa non sunt probanda*: Nicht-Ereignisse können und müssen nicht bewiesen werden. Auch wir haben ein *Negativum* vor uns. Die genannte Beweisregel kennt bekanntlich Ausnahmen, und wir hoffen, dass auch die Regel *negativa non sunt definienda* ihre Ausnahmen habe. Wir suchen nach Beispielen anderer *Negativ-Definitionen* - anscheinend nicht leicht, solche zu finden! Wir erinnern uns, dass 'Unterlassen' nicht anders definiert werden kann, denn durch die Verneinung des Gegenteils, nämlich als Abwesenheit von 'Tun' (das sich wiederum nur definieren lässt als 'Nicht-Unterlassen'). Für eine bejahend-positive Umschreibung des Negativen fallen nur Begriffe wie 'Loch', oder eben wieder die zu

definierende 'Lücke' ein. Definitionen geschehen per genus proximum et differentiam specificam, durch Oberbegriff und spezifisches Unterscheidungsmerkmal. In Grundlegendem wie hier muss für die nächsthöhere Gattung oft in grosse Höhen der Abstraktion gestiegen werden, so etwa zur Definition von 'Schmutz', um alle dessen Erscheinungsformen zu erfassen, geradezu auf die nichtssagende Vorstellung 'Materie'. Durch Beifügung der spezifischen Differenz gelangt man dann zur bekannten Definition von Schmutz als 'Materie am falschen Ort'. Nach diesem Rezept ist auch in unserem Fall vorzugehen: Als Oberbegriff für Gesetzeslücke kommt nur so etwas wie 'normativ nicht geregelter Bereich' in Frage. Was aber als spezifische Differenz? Wir können die Definition 'Schmutz' spiegelbildlich umwenden: Bei diesem gibt es Materie, wo sie sich nicht befinden dürfte, bei der Gesetzeslücke fehlen Normen, wo es solche geben müsste, ganz gleich wie bei der Zahnücke ein Zahn fehlt, wo ein solcher sein sollte. Das führt dann zur Umschreibung der Gesetzeslücke als 'normativ nicht geregelter Bereich dort, wo es Normen geben müsste', oder auch 'Abwesenheit von Normen in einem Sachbereich, in dem Normen vorhanden sein müssten'.

[Rz 5] Diese pedantische Darlegung von Selbstverständlichem lädt ein zu weiteren Überlegungen. Zuerst muss gefragt werden, ob es so etwas wie Gesetzeslücken überhaupt gebe. Die Frage ist dann zu verneinen, wenn es bereits am Oberbegriff fehlt, also im Sachbereich eines Gesetzes überhaupt keine normativ nicht geregelte Bereiche bestehen und keine Rechtsfragen ohne Antwort bleiben. Gleiches würde auch gelten, wenn man sagen würde, dass zwar offene Rechtsfragen bleiben, dies aber kein Schade sei, dieser Zustand hingenommen werden könne. Die zweite Position kann ausser von Anarchisten oder wenigstens Freirechtlern von niemandem eingenommen werden, dagegen sehr wohl die erste: Mit Ausnahme unseres ZGB und einiger wenigen anderer Kodifikationen, welche wenigstens indirekt (durch Verweisung auf allgemeine Rechtsgrundsätze, Gesetzesanalogie oder dergleichen für den Fall der Unklarheit des Gesetzes) Gesetzeslücken anerkennen, tun die meisten Gesetzgeber dergleichen, als würde mit ihrem Gesetz allein auszukommen sein und alle aufkommenden Rechtsfragen dort ihre Antwort finden. Kelsen liefert für diese Position die theoretische Begründung, denn er nimmt an, dass die zur Entscheidung berufenen Instanzen auf Grund der gegebenen Gesetzgebung immer entscheiden könnten, bei Fehlen gesetzlicher Normen kurzerhand durch Abweisung der der rechtlichen Grundlage entbehrenden Ansprüche; damit wird die Berufung auf eine Gesetzeslücke für ihn zur blossen (unbeachtlichen) Behauptung, dass die aus dem Gesetz folgende Rechtslage ungerecht und sachlich nicht akzeptabel sei. Er nimmt explizit Bezug auf die Regel von Art. 1 ZGB und bezeichnet die dort vorausgesetzte Gesetzeslücke als Fiktion, die nach ihm darin besteht, 'dass ein auf einem subjektiven, moralisch-politischen Werturteil beruhender Mangel einer bestimmten Rechtsnorm innerhalb einer Rechtsordnung als logische Unmöglichkeit ihrer Anwendung dargestellt wird' (Reine Rechtslehre, 2. Auflage 1960, S. 253). Über diese übertrieben gesetzpositivistische, leicht zu falsifizierende Position weiter zu diskutieren besteht kein Bedarf; hier darf das Vorkommen von Gesetzeslücken als gegeben unterstellt werden.

[Rz 6] Ist die Frage, des 'ob' des Vorkommens von Gesetzeslücken für uns beantwortet, gelangen wir zu der Frage nach dem 'wo?': In welchen Kodifikationen gibt es sie? Die zunächst als selbstverständlich erscheinende Annahme, dass alle Kodifikationen und Gesetze lückenhaft seien, hält näherem Zusehen nicht Stand, dies wenigstens dann, wenn wir, der üblichen Diktion folgend, auch zurückliegende Gesetzeserlasse, Gesetzessammlungen und -darstellungen zu den Kodifikationen zählen, also auch die Gesetzgebung von Hammurabi (vielleicht um 1800 a. Chr.), die mosaische Gesetzgebung des alten Testaments, das Zwölftafel-Gesetz, das Corpus Iuris Justinians oder den Sachsenspiegel (etwa 1220 a. D.). Warum können wir bei diesen früheren Normenkomplexen nicht von Gesetzeslücken sprechen, obwohl auch hier gewiss - wie heute - nicht jede aufkommende Frage ihre Antwort findet (und dies nicht einmal im Corpus Iuris, das wohl mehr normative Aussagen enthält als die rund drei Dutzend der uns geläufigen heutigen Kodifikationen zusammengenommen)? Der Unterschied liegt darin, dass keines dieser Werke mit dem Anspruch auftritt, auf jegliche Frage eine Antwort zu geben, und auch keines dieser Werke es untersagt, andere Rechtsquellen (insbesondere das aus der vorkodifikatorischen Zeit überkommene Gewohnheitsrecht) zu berücksichtigen: Es bestehen zwar Normlücken, aber diese werden zum vornherein als gegeben vorausgesetzt und stellen nicht einen systemwidrigen, missbilligten oder gar geleugneten Sachverhalt dar, wie das bei den heutigen Kodifikationen der Fall ist. Die Figur der Gesetzeslücke erweist sich auch in diesem Zusammenhang als ein Eckpfeiler unseres Rechtsverständnisses, da sie es ist, welche die modernen Kodifikationen von allen früheren Gesetzeswerken abhebt. Die über den Begriff der Gesetzeslücke gewonnene Einsicht, dass alle heutigen, d.h. 'unsere' Kodifikationen wie sie in den vergangenen zwei Jahrhunderten entstanden sind, sich grundlegend von all ihren Vorgängern unterscheiden, ist Goldes wert und immer im Auge zu behalten. Eine lange Geschichte wäre es, die Gründe und Hintergründe dieser unser Rechtsverständnis von Grund auf verändernden Neuerung darzulegen. Diese Geschichte kann hier nicht erzählt werden (wird aber andernorts ihre Schilderung finden).

[Rz 7] Wir haben das Phänomen der Gesetzeslücke als eine Besonderheit unserer Kodifikationen in deren heutigem Verständnis erkannt und eine Definition dieses Begriffs versucht. Nicht betrachtet haben wir bisher den Gegenbegriff, d.h. den Bereich des Vorhandenseins der notwendigen normativen Anordnungen der Gesetzgebung. Das muss in der Tat nachgeholt werden. Vorher ist indessen noch das gegenseitige Verhältnis der beiden sich gegenüberstehenden Begriffe ('Gesetz - Gesetzeslücke', 'Aussage des Gesetzgebers - Schweigen des Gesetzgebers' oder wie auch immer) zu klären. Diese stehen nicht als isolierte Grössen vor uns, denn wenn dies so wäre, würde durch die beiden Begriffe nicht der gesamte Raum des Rechts abgedeckt, sondern neben Gesetzesaussagen und dem von uns als Gesetzeslücken bezeichneten würde es noch weitere Phänomene geben. Aber solche wollen wir hier nicht berücksichtigen, sondern annehmen, dass es sich um kontradiktorische Begriffe handle, von denen jeder nicht bloss die Verneinung des Gegenbegriffs darstellt, sondern, wenn selbst verneint, den Gegenbegriff bejaht: Nach dem Rezept *tertium non datur* gehen wir hier von der Arbeitshypothese aus, dass in unserer Welt des Rechts es für dessen Erkenntnis nichts anderes gebe als die Gesetznormen und daneben die diesen zwangsläufig anhaftenden normativen Zahnücken.

[Rz 8] Beim genannten kontradiktorischen Verhältnis zweier Begriffe stellt sich noch die weitere Frage, welcher der beiden der prioritäre sei gegenüber dem anderen, der sich wiederum als Restposten des ersteren darstellt (dass nicht bloss einer, sondern beide Begriffe autonom bestimmt würden, fällt nicht in Betracht, da dies die Gewissheit ausschliessen würde, dass weder Überschneidungen vorkommen noch nicht erfasste Drittbereiche übrig bleiben). In unserem Fall kann nicht zweifelhaft sein, dass wir vom Gesetz als bestimmbarer Grösse auszugehen haben, während Gesetzeslücke all das ist, was nicht im Gesetz steht, denn unsinnig wäre die Vorstellung des Gesetzesrechts als Restgrösse der Gesetzeslücken. Diese Banalität lädt allerdings zu weiteren Überlegungen ein. Die Rechtsordnung insgesamt, d.h. die Summe der potentiell sich stellenden Rechtsfragen und die für deren Beantwortung erforderlichen Regeln ist eine unendliche Grösse, da sie vollständig und abschliessend zu erfassen die Möglichkeiten menschlicher Einsicht übersteigt. Ist die aufzuteilende Summe unendlich, setzt dies voraus, dass eine der Teilgrössen ebenfalls unendlich sei, während die andere endlich sein muss (zwei unendliche Begriffe würden eine Grenzziehung nicht zulassen). Da der für die Grenzziehung massgebliche Inhalt nicht jener der Lücken, sondern jener des Gesetzes ist, stellt sich letzterer gleichzeitig auch als die endliche, der Inhalt der Lücken die unendliche (Rest-) Grösse dar. Die empirische Feststellung, dass man zwar den Inhalt eines Gesetzes einigermaßen zu überblicken vermag, nicht aber den Umfang all der Entscheidnormen, die möglicherweise eines Tages benötigt werden, aber im Gesetz nicht zu finden sind, wird denn auch kaum jemand bestreiten. Das allerdings nur, wenn wie hier bewusst ein theoretisch-analytischer approach gewählt wird. Die landläufige Sicht ist genau umgekehrt: Der Inhalt der Gesetze (von denen die meisten behaupten, alle oder doch fast alle aufkommenden Rechtsfragen zu beantworten) wird als umfassend und dessen Vorhandensein daher als Regel verstanden, dergegenüber vorkommende Gesetzeslücken als punktuelle (und begrenzte) Ausnahmen qualifiziert werden. Die Dinge so zu sehen bedeutet aber indirekt nicht anderes als die Meinung, dass der gesetzgeberische Anspruch auf flächendeckende Normierung wenn nicht ganz, so doch annäherungsweise und im Grundsätzlichen erfüllt sei: Selbst die Deutung der Gesetzeslücke nimmt landläufig einen gesetzpositivistischen Habitus an, obwohl dieser Begriff in Widerspruch steht zu fast allen Gesetzen mit Ausnahme des schweizerischen ZGB und daher nicht ohne Grund als wichtiger Schritt in Richtung der Überwindung eben dieses übertriebenen Gesetzespositivismus gepriesen wird.

[Rz 9] Nun zum Begriff des Gesetzesinhalts, dessen Definition (d. i. 'Begrenzung') indirekt den Umfang des Gegenbegriffs, d.h. des Lückenbereichs, bestimmt. Das vorhin für das Verständnis der Gesetzeslücke Gesagte wiederholt sich auch hier: Die Gesetzgebung wird weit über ihren tatsächlichen normativen Gehalt hinaus ausgedehnt, dies in der Absicht, die zu treffenden Entscheidungen als Ausfluss der gesetzlichen Ordnung, nicht jedoch persönlicher Entscheidung darzustellen. Es ist der Begriff der Auslegung der Gesetze, welche die Funktion übernommen hat, die in persönlicher Verantwortung vollbrachte Rechtsfindung als Ausfluss des Gesetzes erscheinen zu lassen; dem gesetzlichen Exklusivgeltungsanspruch gehorchend werden Schlüsse, die aus irgendwelchen anderen Erkenntnisquellen stammen, als Ergebnis der Auslegung ausgegeben und damit dem Gesetz zugeordnet. Dabei ist Auslegung des Gesetzestextes im eigentlichen Wortsinn ein Unterfangen mit beschränktem Operationsfeld, das keine Überlegungen enthalten darf, welche über linguistisch-grammatikalische und logisch-systematische Erforschung des Textes hinausgehen. Mit Auslegung im engeren Wortsinn des Gesetzestextes kann die jeweils notwendige Rechtsgewinnung denn auch nicht entfernt gewährleistet werden. Gefordert ist mehr als bloss linguistisch-grammatikalische Kenntnis: Fachliches Wissen und juristische Erfahrung, d.h. Dinge, die nur durch Fachstudium und praktische Rechterfahrung erworben, nicht aber aus dem Gesetz bezogen werden. In das Verstehen der Gesetze müssen zusätzliche, extralegale Erkenntnisquellen einfließen, juristischer Sachverstand und

theoretisches wie praktisches Wissen. 'Auslegung' des Gesetzes sollte eingeschränkt bleiben auf das Verstehen dessen Gesetzeswortlauts; nichts einzuwenden sein würde, wenn dieses Verstehen durch Überlegung aller Art, wie Berücksichtigung der dem Gesetz insgesamt zu entnehmenden Absichten in sogenannter 'teleologischer Auslegung' gewonnen wäre. Unter Auslegung auch die Berücksichtigung aussergesetzlicher Gesichtspunkte (wie Materialien der Gesetzgebung, Gerichtspraxis oder dergleichen) oder gar das Anstellen von Sachüberlegungen zu verstehen, ist 'tun als ob', *falsa demonstratio*. Nur nebenbei sei in Erinnerung gerufen, dass die Begrenzung des Inhalts des Gesetzes auch den Verlauf der Grenze zwischen Gesetzesauslegung und Rechtswissenschaft bestimmt: Letztere beginnt da, wo die Aussagen des Gesetzes aufhören. Wo das Gesetz spricht, bedarf es nicht der Wissenschaft, und deshalb kann auch 'Auslegung' der Gesetze (im oben umschriebenen einschränkenden Verständnis) nicht Sache der Wissenschaft sein. Wenn diese entgegen dem Gesagten und aufgrund längerer Übung zu ihren Geschäften die 'Auslegung' der Gesetze zieht, verschreibt sie sich einer Diktion, welche die tatsächlich berücksichtigten Erkenntnisquellen verborgen hält und die Verantwortung des Wissenschafters für die von ihm entwickelten Ergebnisse auf das Gesetz verlagert - eine Sprachregelung, die hier abgelehnt wird.

[Rz 10] Wir haben festgestellt, dass der Begriff der Gesetzeslücke wie jede andere Negativgrösse eine positive, inhaltliche Umschreibung dessen voraussetzt, was zwar nicht vorhanden ist, aber vorhanden sein sollte, und wir haben als fehlendes Substrat rechtliche Normen erkannt. Das ist eine sehr allgemeine Vorstellung, mit der sich noch nicht viel anfangen lässt. Aber vielleicht ist es möglich, diese durch zusätzliche Merkmale einzuschränken und damit konkreter und besser sichtbar zu machen? Zu fragen wäre, welchen Gehalt dann diese fehlenden Normen, wenn sie vorhanden wären, haben würden? Eine Aussage über den Gehalt fehlender Gesetznormen setzt Wissen um den Gehalt der regelmässig vorhandenen Gesetznormen voraus. Was lässt sich nun, auf der Ebene des Formal-Allgemeinen, auf der wir hier überlegen, über den Inhalt gesetzlicher Normen überhaupt aussagen, ohne in die Niederungen konkreter rechtlicher Inhalte hinabzusteigen? Was sagt der Gesetzgeber, wenn er spricht, und was verschweigt er, wenn er nicht spricht?

[Rz 11] Nun zur ersten Frage, jener nach dem positiven Gehalt gesetzlicher Aussagen. Allen heutigen wie früheren Gesetzbüchern ist gemeinsam, dass sie gleichzeitig zwei verschiedenartige Ziele verfolgen: Innovation und Information. Manche ihrer Normen wollen neues Recht schaffen, manche formulieren nichts anderes als bereits bisher geltende Regeln. Das Mischungsverhältnis dieser beiden Elemente kann ganz verschieden sein. Gerne wird einzelnen Kodifikationen ein revolutionäres Element zugeschrieben: So dem französischen Code civil wie auch bereits dem Zwölftafel-Gesetz, allenfalls auch den Gesetzeswerken von Hammurabi, Lykurg und Solon. Dies mag so sein, hindert aber nicht, dass ein erheblicher Teil deren Normen nur Bisheriges festschreibt, denn niemals wird Anlass und Möglichkeit bestehen, den bisherigen Rechtszustand ganz auf den Kopf zu stellen und rundum neu zu beginnen. Treffend ist folgende Formel: 'Zwischen den Aufzeichnungen reinen Gewohnheitsrechts einerseits und echten Gesetzen andererseits, die zum ersten Mal und für immer einen neuen Rechtssatz einführen, findet man eine Stufenleiter zahlreicher Mittelformen.' (Henri Legras, Grundriss der schweizerischen Rechtsgeschichte, 1935, S. 130). Bei unseren modernen Kodifikationen herrschen allerdings besondere Verhältnisse. Deren erklärtes Ziel ist abschliessende Rechtsdarstellung, deren Anspruch, als einzige und alle anderen ausschliessende Rechtsquelle anerkannt zu werden. Das zwingt zur Vollständigkeit der Gesetzgebung. Daher ist hier der Anteil der Information gegenüber jenem der Innovation zwangsläufig grösser und macht das Schwergewicht der Gesetzgebung aus. Wenn das Mischungsverhältnis von Information und Innovation auch hier von Gesetz zu Gesetz und von einem Sachbereich zum anderen verschieden sein wird, so ist allen Kodifikationen gemeinsam, dass sie die beiden Erscheinungsformen gesetzgeberischer Normsetzung nicht auseinanderhalten und die unterschiedliche Herkunft der von ihnen erlassenen Normen nicht offenlegen. Dies ist folgerichtig, da die Gesetzbücher den in ihnen statuierten Normen durchwegs gleichartige Geltung verleihen, mögen diese Neuerungen verkörpern oder aber bloss bisheriges Recht festschreiben.

[Rz 12] Nach der Feststellung der beiden möglichen Inhalte von Gesetzen können wir nun zum zweiten Punkt gelangen und fragen, was das Schweigen des Gesetzgebers bedeutet. Was verschweigt der Gesetzgeber, wenn er nicht spricht? Verschweigt er beizubehaltendes bisheriges oder von ihm zu schaffendes neues Recht? Die Antwort kann nicht zweifelhaft sein: Von 'Fehlen', von einer 'Lücke' kann man zwar sprechen mit Bezug auf das durch die Gesetzgebung nicht veränderte, bereits vor der Gesetzgebung bestehende Recht, nicht dagegen hinsichtlich neu zu schaffenden Rechts. Ein schweigender Gesetzgeber ist kein Gesetzgeber, und gesetzgeberisches Verschweigen von beabsichtigtem neuem Recht ist nicht möglich, wird doch Gesetzesrecht erst zu solchem durch explizites formelles Beschlossenwerden wie auch gebotene Veröffentlichung. Demnach kann die Behauptung einer Gesetzeslücke zwar

besagen wollen, dass der Gesetzgeber es versäumt habe, den nicht erneuerten, von früher überlieferten Rechtsbestand hinreichend darzustellen und vollständig in das Gesetz einzubringen, nicht jedoch, dass er legislatorische Neuerungen zu formulieren vergessen habe. Dieses Statement darf allerdings nicht dahin verstanden werden, dass Gesetzeslücken immer auf unterlassene Darstellung früheren Rechts zurückgehen würden und nichts anderes sein könnten. Dies wäre nur richtig, wenn in der Vergangenheit das Recht lückenlos gewesen wäre, was niemand behaupten will. Weiterhin würde das Aufkommen neuer Rechtsprobleme ausser Acht gelassen, für welche aus der Vergangenheit überliefertes Recht nicht bestehen kann. Neben unterlassener Darstellung früheren Rechts kann daher eine Gesetzeslücke, so wie sie hier verstanden wird, selbstverständlich fehlenden Normierungswillen des Gesetzgebers (insbesondere auch wegen dessen mangelnder Problemerkennntnis) bedeuten. Abzulehnen ist allein eine Negierung von Gesetzeslücken in Bereichen unterlassenen expliziten Normerlasses.

[Rz 13] Diese letztere Feststellung wird nicht auf allgemeine Zustimmung stossen, vielmehr der Behauptung begegnen, dass es durchaus Regelungslücken gebe und daher die Feststellung des Fehlens legislatorischer Neuerungen möglich sei, an welche Behauptung sich die Folgerung anschliesst, dass eine gesetzesauslegende Lückenfüllung auch hinsichtlich gesetzlicher Innovationen in Betracht falle. Wer einen derartigen Standpunkt einnimmt, versucht genau besehen für sich selber gesetzgeberische Funktionen zu erschleichen. Denn das Argument, dass der Gesetzgeber bei besserem Bedenken oder umfassenderer Formulierung seines Rechtsgestaltungswillens dies oder jenes angeordnet hätte, ist im Ergebnis nichts anderes, als der Versuch, eine (zugegebenerweise vielleicht sachlich wohl begründete) Auffassung als Inhalt des Gesetzes auszugeben, statt sie als eigene und persönliche wissenschaftliche Position offenzulegen. Behauptung gesetzgeberischen Verschweigens innovativer Normierungen bedeutet, aus dem eigenen Ärmel geschüttelte Rechtspositionen als solche des Gesetzes auszugeben. Dies hat den Vorteil, keine persönliche Verantwortung zu begründen und argumentativen Widerspruch zu erschweren: Ein besonders fragwürdiger Fall des vorhin kritisierten Überdehnens des Begriffs der Gesetzesauslegung.

[Rz 14] Der hier uns beschäftigende Begriff der Gesetzeslücke konnte überhaupt erst mit den modernen Kodifikationen aufkommen, welche erstmals mit dem Anspruch auftreten, eine abschliessende Darstellung des in einem bestimmten Sachbereich massgebenden Rechts zu geben, jedoch zusammen mit dem Erlassen neuer Rechtsnormen die Gesamtheit der bisher bestehenden Rechtsnormen zerstören: Gesetzbücher im heutigen Sinn wollen einen normativen Neubeginn verwirklichen, was jedoch bedeutet, alles bisherige Recht dem Orkus zu überantworten und dem Vergessen anheimzugeben; was früher galt, wird bedeutungslos. Wirkung dieses Konzepts ist die Identifikation von Recht und Gesetz: Recht ist nur, was im Gesetz steht, und was im Gesetz steht, macht alles Recht aus und duldet nicht die Konkurrenz anderer Rechtserkenntnisquellen. Dass diese Sicht zu eng ist, musste im Lauf der Zeit langsam aufdämmern, und der Begriff der Gesetzeslücke war das wichtigste Instrument, um zu der genannten positivistischen Identifikation von Recht und Gesetz auf Distanz zu gehen, weil damit wenigstens indirekt eingestanden wird, dass das Gesetz nicht alles leistet, was es zu leisten vorgibt.

[Rz 15] Bereits eingangs haben wir festgestellt, dass die Rechtsfindung des Juristen Rechtsfindung im Bereich der Lücken darstellt. Das grosse Thema der Rechtslehre zum Thema der Rechtsfindung ist daher die Frage nach den Rezepten, welche uns beim Suchen nach dem Rechten im Falle des Fehlens eindeutiger gesetzlicher Entscheidungsnormen helfen können, kurz gesagt, die Frage nach Rezepten zur sog. Lückenfüllung. Das ist gewiss ein weites Feld, auf dem denn auch, seit es die modernen Gesetze gibt, welche uns ihre Lücken beschert haben, eine abundante Methodenliteratur gesprossen ist. Diesen wohlbestellten Acker wollen wir gar nicht erst betreten, aber doch hier zum Schluss Gedanken vortragen, die sich aus obigen Feststellungen zum Lückenbegriff ergeben und die bisher nicht beachtet wurden. Wenn Lücken sich auf die Darstellung bisherigen nicht erneuerten Rechts beziehen können, gibt dies einen Fingerzeig, in welcher Himmelsrichtung bei unseren Überlegungen die erste Information gesucht werden darf und muss: Im bisherigen Recht, das der Gesetzgeber zu formulieren unterlassen hat und das mangels neuer normativer Anordnung auch weiterhin wenn nicht formelle Geltung beanspruchen, so doch sein Erwogenwerden fordern kann.

[Rz 16] Zur Verdeutlichung soll ein Blick auf das 'Gewohnheitsrecht' geworfen werden, das in Absatz 2 von Art. 1 unseres Zivilgesetzbuches für den Fall des Schweigens des Gesetzes als subsidiäre Rechtsquelle genannt wird. Man ist sich einig, dass mit diesem Institut nicht viel anzufangen ist, da Gewohnheitsrecht kaum mehr vorkommt. Dies ist aber nur deshalb richtig, weil der Begriff des Gewohnheitsrechts derzeit gesetzespositivistisch verformt ist: Wenn der Gesetzgeber früher gegolten habendes Recht mit Erlass seines Gesetzes vernichtet, kann Gewohnheitsrecht nicht mehr wie bis dahin als überliefertes Recht verstanden werden, sondern wird begrifflich auf heute (d.h. nach Erlass

der Kodifikationen) entstehendes extralegales Recht eingeschränkt. Was übrig bleibt ist lokales Brauchtum u.dgl., d.h. Dinge, die keine praktische Bedeutung mehr haben. All das war früher ganz anders: Die römische *consuetudo* umfasst das überlieferte Recht, das auf langer Übung beruht und von einer *opinio necessitatis* getragen ist, d.h. in der Überzeugung der Rechtsgenossen als verbindlich betrachtet wird. Dieses Gewohnheitsrecht wurde, da demokratisch legitimiert, in Rom äusserst wichtig genommen, wovon die *Digesten* Zeugnis ablegen (zu *consuetudo* Dig. 1, 3, 32-41). Julian gibt die Grundlegung: 'In den Fällen, in denen wir keine geschriebenen Gesetze haben, ist das zu befolgen, was durch Sitte und Gewohnheit (*moribus et consuetudinibus*) eingeführt ist, ... Althergebrachte Gewohnheit (*inveterata consuetudo*) wird mit gutem Grund wie ein Gesetz befolgt, und dieses ist das Recht, von dem man sagt, dass es durch Sitte begründet ist. Denn wenn selbst die Gesetze aus keinem anderen Grund für uns bindend sind, als deswegen, weil sie durch die Entscheidung des Volkes angenommen sind, dann bindet zu Recht auch das alle Bürger, was das Volk ohne jede Schriftform gebilligt hat. Denn welchen Unterschied macht es, ob das Volk seinen Willen durch Abstimmung kundtut oder durch ein der sachlichen Regelung entsprechendes Verhalten? Daher nimmt man mit vollem Recht sogar an, dass Gesetze nicht nur durch Abstimmung des gesetzgebenden Volkes, sondern auch durch die auf stillschweigender Zustimmung aller beruhenden Nichtanwendung ausser Geltung gesetzt werden.' Kaiser Konstantin bestätigt die Bedeutung des Gewohnheitsrechts, wenn er auch begrifflicherweise die von Julian befürwortete *gesetzesaufhebende consuetudo abrogatoria* nicht anerkennen mag (*Codex VIII, 52,2*).

[Rz 17] Im vorkodifikatorischen Verständnis erfasst *consuetudo* den gesamten damaligen Rechtsstoff, soweit dieser nicht in Gesetzeserlasse gekleidet ist, und dieses erweist sich in manchen Bereichen grundlegender und beständiger als das Gesetzesrecht, ist es doch die *consuetudo*, die beim Ausserkrafttreten eines Gesetzes wieder auflebt und sich für die Zukunft halten kann. Wenn wir die oben getroffene Feststellung ernst nehmen, dass das Schweigen des Gesetzes Verschweigen vorkodifikatorischen Rechts darstellt, ist Rückbesinnung auf die Vergangenheit gefordert. Das bringt uns zurück zum Gewohnheitsrecht. Dieses ist im heutigen Verständnis eine arme Sache, ein vom absoluten Gesetzesgeltungs-Anspruch zum armen Krüppel geschlagenes Institut. Wenn wir uns, mit der Vorstellung der Gesetzeslücke, von übertriebenem Gesetzespositivismus losrennen wollen, besteht guter Grund, das Gewohnheitsrecht in seiner ursprünglichen Form zu reanimieren, d.h. zu der Vorstellung zurückzukehren, welche von der Antike bis zum Auftauchen der heutigen Kodifikationen von jedermann ganz ernst genommen wurde. Das bedeutet für uns die Aufforderung, bei Schweigen des Gesetzes an das Recht zu denken, das vor und zur Zeit der Gesetzgebung in Geltung stand, dies schon deshalb, weil es den an der Gesetzgebung Beteiligten bekannt, und, da von ihnen nicht beseitigt, ihnen offenbar auch genehm war und vielleicht nur wegen seiner Selbstverständlichkeit nicht explizit formuliert wurde. Dieses vorkodifikatorische Recht ist seinerseits nach rückwärts offen, d.h. beruht auf einer Tradition, die über zwei Kilojahre zurückreicht und während dieser Zeit nie durch einen vergangenheitsvernichtenden kodifikatorischen Eingriff abgebrochen wurde. Die Verweisung auf die rechtliche Vergangenheit, wie sie aus der Vorstellung der Gesetzeslücke folgt, bedeutet daher nichts anderes als eine Verweisung auf die gesamte vorkodifikatorische Rechtsüberlieferung.

[Rz 18] Anhangsweise sei beigefügt, dass die Besinnung auf Gewohnheitsrecht verstanden als Summe der vor Erlass der Kodifikation gegolten habenden Rechtsregeln nicht nur unter dem Gesichtspunkt des vergangenheitsbezogenen 'Inhalts' der Kodifikationslücken begründet ist: Es lässt sich zusätzlich auch ein quasi-positivistisches Argument finden und sodann auch noch ein aus dem Wesen des Rechts unmittelbar fließender Grund. Aus dem Eingeständnis der Lückenhaftigkeit der Kodifikationen folgt nämlich die Unzulässigkeit deren normvernichtenden Exklusivgeltungsanspruchs, der früheres Recht vernichtet und extralegale Rechtsquellen ablehnt: Unser Respekt vor der Gesetzgebung hört da auf, wo deren normative Aussagen aufhören und die Gesetzeslücke beginnt; wir gehorchen dem Gesetz, wo es spricht, nehmen uns aber mit der Anerkennung von Lücken die Freiheit, konkurrierende Rechtsquellen zu berücksichtigen, wenn es schweigt. Das bedeutet, dass das Recht, wie es vor der Kodifizierung bestand, nur soweit von der Berücksichtigung ausgeschlossen wird, als der Kodex selber eine (abweichende) Norm aufstellt, jedoch im hier betrachteten Lückenbereich weiter besteht: Weitergeltung des früheren Rechts mangels normaufhebender späterer Gesetzgebung. Neben diesem quasi-positivistischen Argument lässt sich die Notwendigkeit des Rückgriffs auf das vorkodifikatorische Gewohnheitsrecht aber auch aus dem Wesen des Rechts selber ableiten, dessen elementarstes Prinzip die Forderung der Gleichbehandlung des Gleichen ist. Dieser Forderung genügt ohne weiteres das im Gesetzestext formulierte Recht, denn es ist voraussehbar, und prozessual wie ausserprozessual können die aufkommenden Rechtsfragen nach den gleichen Grundsätzen behandelt werden. Im Bereich ungeschriebenen Rechts kann dagegen die Gleichbehandlung nur in der Dimension der Zeit verwirklicht werden, indem man sagt: Jeder heute zu entscheidende Fall ist gleich zu behandeln wie gleiche Fälle in der Vergangenheit behandelt wurden. Die Forderung nach Gleichbehandlung des Gleichen kann hier nichts anderes sein

als die Forderung nach Rechtskontinuität. Diese kann im Rahmen der Lückenfüllung nicht durch noch so pertinente Sachüberlegungen und formale Gerechtigkeitsgedanken gewährleistet werden: Die einzige Gedankenoperation, welche auf die Forderung der Gleichbehandlung des Gleichen eingeht, ist die Besinnung auf das Recht der Vergangenheit, die Berücksichtigung des vorkodifikatorischen Gewohnheitsrechts, das Bedenken der Rechtsüberlieferung, um sich dieser so weit als möglich anzupassen.

[Rz 19] Der langen hier vorgetragenen Rede kurzer Sinn geht in folgender Richtung: Gesetzeslücken i.S. des Fehlens nicht zu entbehrender Normen sind ein grundlegendes Phänomen unserer Privatrechtsordnung, das, soweit es sich um Rechtserkenntnis handelt, den Aufgabenbereich des Juristen überhaupt ausmacht. Wenn wir von neu aufkommenden Rechtsfragen und bereits innerhalb der Rechtstradition bestehenden Lücken absehen, sind die heute angetroffenen Gesetzeslücken nichts anderes als die unterlassene Festschreibung des früher gegolten habenden und von der Gesetzgebung nicht geänderten Rechts. Dieser Sachverhalt lädt uns dringend dazu ein, im Reich der Lücken bei der Rechtsfindung die Rechtsüberlieferung zu bedenken, das aus der vorkodifikatorischen Aera überlieferte Gewohnheitsrecht zu berücksichtigen und auf unser Gemüt all das wirken zu lassen, was die Besten unseres Faches in vorkodifikatorischen Zeiten gedacht und gefunden haben. Ohne Bedenken der Vergangenheit tapen wir bloss in Dämmerlicht und haben keine Gewissheit, bei unserem Bemühen um Rechtserkenntnis das für die Zukunft Bestmögliche zu finden: *q.e.d. (quod erat demonstrandum)*.

Rechtsgebiet: Einleitungsartikel
Erschienen in: Jusletter 8. Mai 2000
Zitiervorschlag: Eugen Bucher, "Gesetzeslücke" *quid?*, in: Jusletter 8. Mai 2000
Internetadresse: <http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.asp?ArticleNr=459>