



Zusammenfassung

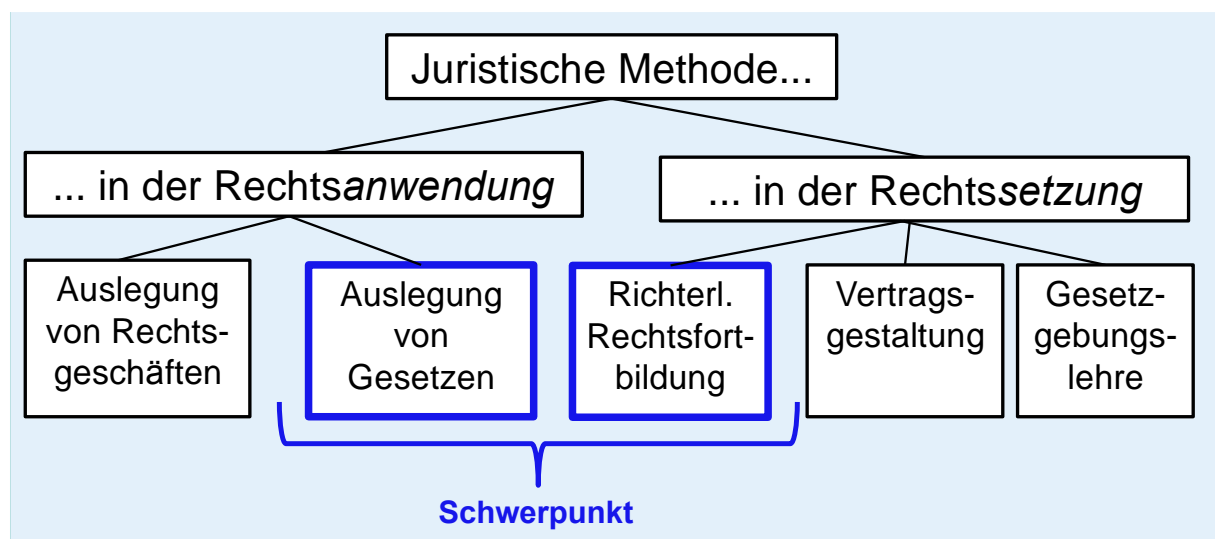
Haftungsausschluss: Der Autor und die Fachschaft Jus Luzern (Fajulu) übernehmen keinerlei Gewähr hinsichtlich der inhaltlichen Richtigkeit, Genauigkeit, Aktualität, Zuverlässigkeit und Vollständigkeit der Informationen. Haftungsansprüche gegen den Autor oder die Fajulu wegen Schäden materieller oder immaterieller Art, welche aus dem Zugriff oder der Nutzung bzw. Nichtnutzung der Zusammenfassung entstehen werden ausgeschlossen.

Juristische Methodik

Teil Prof. Lorenz Droese

EINFÜHRUNG

a. Worum geht es?



- Was will das Gesetz uns sagen, wenn es etwas sagt?
- Was will es uns sagen, wenn es schweigt?
- Was, wenn das Gesetz nichts sagt und eine Lücke besteht?
- Wollte das Gesetz bewusst nichts sagen?

Unter juristischer Methodenlehre versteht man in erster Linie „die Regeln, die der Interpret (vor allem der Richter) bei der Ermittlung des Sinnes von Rechtsnormen zu beachten hat.

(KRAMER, Juristische Methodenlehre)

⇒ Im Zentrum der juristischen Methodenlehre stehen daher Probleme der *Gesetzesauslegung*

«Gesetzeskenntnis allein ist noch kein ausreichender Kenntnisstand für die Rechtsanwendung (..), weil der Normsinn nicht allein aus der semantischen Bedeutung des Wortlautes hervorgeht.

Dem Rechtsanwender wird also das **Verstehen der Norm** abverlangt und zu dieser Erkenntnis führt der „methodos“, der Weg, den der Jurist für die Rechtsanwendung einzuschlagen hat.»
(Aus: HUWILER, Privatrecht und Methode, Recht, Studienheft 5)

Beispiel der Titanik:

- Geltende Norm



Wenn die Titanic sinkt, gilt folgende Norm: "Frauen und Kinder zuerst".

Diese Norm ist relativ neu, früher galt das Prinzip "everyone for himself". Dabei konnten sich jedoch viel mehr Männer retten, weil sie stärker sind. Darum führte die Regierung die neue Norm ein. Man denkt, die Norm sei klipp und klar und benötigt keine Auslegung.

– Unterschiedlich viele Tote

Die Titanic sank über den Bug, kippte nach vorne. Auf Back- und Steuerbordseite bestand damit eine gleich grosse Rettungschance. Auf der Backbordseite starben jedoch deutlich mehr Menschen. Wieso?

– Ursache

Auf den zwei Schiffsseiten sorgten unterschiedliche Offiziere dafür, dass die Rettung koordiniert verläuft. Beide wendeten die Norm "Frauen und Kinder zuerst" an. Für den Offizier auf der Steuerbordseite war es selbstverständlich, dass er das Rettungsboot mit Frauen und Kinder füllt und sobald keine mehr in Nähe sind, mit Männern auffüllen lässt. Der Offizier auf der Backbordseite wendete die Norm jedoch strikter an und liess keine Männer auf die Rettungsboote. Er liess die Boote halbleer ins Wasser.

Die zwei Entscheidungsträger sind mit derselben Norm in derselben Situation damit unterschiedlich umgegangen und haben differente Entscheidungen getroffen.

"Methodik für den Hausgebrauch":

Art. 221 ZPO (Klage)

¹ Die Klage **enthält**:

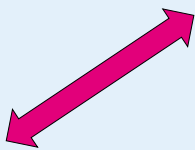
- a. die Bezeichnung der Parteien und allfälliger Vertreterinnen und Vertreter;
- b. das Rechtsbegehren;
- c. die Angabe des Streitwerts;
- d. **die Tatsachenbehauptungen**;
- e. die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen;
- f. das Datum und die Unterschrift.

² Mit der Klage sind folgende Beilagen einzureichen: [...]

³ Die Klage **kanr** eine rechtliche Begründung enthalten.

⇒ Es erstaunt, dass keine rechtliche Begründung gegeben sein MUSS. Früher wurde man in gewissen Gerichten unterbrochen, wenn man begann, rechtlich zu begründen. Es galt unfein, wenn man das Gericht über das Recht belehrt! Man muss nur den Sachverhalt vortragen.

- „**Daha mihi facta, dabo tibi ius**“ (Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO)



- „**Iura novit curia**“ bzw. „Das Gericht wendet das Recht von Amtes wegen an.“ (Art. 57 ZPO/ Art. 106 BGG)

⇒ Die Parteien besitzen die Aufgabe, den Sachverhalt darzustellen.

⇒ Die Gerichte besitzen die Aufgabe, Recht anzuwenden. Das Gericht kennt das Recht.

Sachverhaltsermittlung:

Wichtiger als die Gesetzesanwendung ist in der Praxis die Sachverhaltsermittlung und -darstellung. Kenntnisse der juristischen Methodik laufen "im Hintergrund mit". Im Normalfall ist das Ergebnis rasch ermittelt, wenn die anwendbare Norm erst einmal gefunden ist.

1. Einordnung des Lebenssachverhalts:
 - Welches Rechtsgebiet (öffentliches Recht, Privatrecht, Strafrecht, ...) ist betroffen?
 - Welche gesetzlichen Grundlagen könnten von Bedeutung sein?
2. Meistens: Ergänzung des Sachverhalts
3. Genauere Betrachtung des Gesetzestextes:
 - Lehrbücher
 - Präjudizien (BGE, "Urteile ab 2000", kantonale Entscheidungen=
 - Kommentare, Aufsätze
4. Subsumtion ("das ist zu behandeln wie ...")
5. Konklusion (konkretes Ergebnis)

Grösseren methodischen Aufwand verursachen nur eine kleine Anzahl der Fälle, wenn:

- Keine Präjudizien bzw. klare Lehrmeinung vorhanden
- Präjudizien/Lehrmeinung widersprüchlich sind
- Präjudizien/Lehrmeinung in casu nicht überzeugen bzw. das Ergebnis (im Lichte des Klienteninteresses) nicht erwünscht ist

Regel: Geringeres Interesse der Gerichte an rechtstheoretischen Ausführungen.

Man soll möglichst argumentativ vorgehen wie das Bundesgericht.

b. Richterliche Tätigkeit: Subsumtion und Konklusion

	Lebenssachverhalt	X möchte über sein Vermögen letztwillig verfügen. Er ist 19 Jahre alt und urteilsfähig	Untersatz (2. Prämisse)
Subsumtion	Rechtsregel	ZGB 467: "Wer urteilsfähig ist und das 18. Altersjahr zurückgelegt hat, ist befugt, ... über sein Vermögen letztwillig zu verfügen"	Obersatz (1. Prämisse)
Konklusion	Schlussfolgerung	X kann über sein Vermögen gültig letztwillig verfügen	Schlussatz (Urteil)

Nur wenn man den Sachverhalt überprüft hat und ihn beweisen kann, weiss man, welches Obersatz man anwenden kann. Man braucht also zuerst den Untersatz.

Bei der Rechtsanwendung i.e.S. bestehen folgende 2 Schritte:

1. Subsumtion

Bei der Subsumtion wird ein konkreter Sachverhalt unter den abstrakten Tatbestand eines festgestellten Rechtssatzes gestellt.

- Die Subsumtion setzt eine Konkretisierung der Rechtsregel voraus.
- Konkretisieren kann man aber nur, was man verstanden hat. Der Sinngehalt der Rechtsregel muss dazu ermittelt werden.
- Dabei ist zuerst der Auslegungsgegenstand zu fixieren, man hat den objektiven Sinn der Norm zu suchen.
- Dieser ist mit Hilfe von Auslegungselementen und unter Berücksichtigung von bewährter Lehre und Überlieferung zu ermitteln.

2. Konklusion

Resultat einer erfolgreichen Subsumtion.

c. Fall

Herr Müller möchte zu einem ihn betreffenden Presseartikel im X Anzeiger eine Gegendarstellung erscheinen lassen. Da das den X Anzeiger herausgebende Medienunternehmen nicht kooperiert, gelangt Herr Müller an das zuständige Gericht und beantragt, das Medienunternehmen sei zur Publikation der entsprechenden Gegendarstellung zu verpflichten. Ferner sei es zu verpflichten, ihm ein Belegexemplar jener Ausgabe des X Anzeigers zuzustellen, in der die Gegendarstellung erscheinen wird.

Das Medienunternehmen anerkennt vor Gericht, dass es zur Publikation der Gegendarstellung verpflichtet ist, doch widersetzt es sich der Zustellung eines Belegexemplars. Die einschlägige Bestimmung lautet:

Art. 28k ZGB (Veröffentlichung)

¹ Die Gegendarstellung ist sobald als möglich zu veröffentlichen, und zwar so, dass sie den gleichen Personenkreis wie die beanstandete Tatsachendarstellung erreicht.

² Die Gegendarstellung ist als solche zu kennzeichnen; das Medienunternehmen darf dazu nur die Erklärung beifügen, ob es an seiner Tatsachendarstellung festhält oder auf welche Quellen es sich stützt.

³ Die Veröffentlichung der Gegendarstellung erfolgt kostenlos.

Gehen Sie dabei davon aus,

- dass neben Art. 28k ZGB keine weiteren Bestimmungen bestehen, welche die Pflichten des Medienunternehmens regeln;
- dass im Gesetzgebungsverfahren die Frage der Zustellung von Belegexemplaren nicht zur Sprache kam.

a) Wie argumentieren Sie als Vertreter des Medienunternehmens?

- ⇒ 1. Auslegungselement ist der Wortlaut. Der Wortlaut enthält keine Vorschrift, wonach ein Belegexemplar zuzustellen wäre.
- ⇒ Bei triftigen Gründen kann man vom Wortlaut abweichen. Solche triftigen Gründe liegen in casu jedoch nicht vor.
- ⇒ Zudem ist nicht von einer Lücke auszugehen, sondern von einem qualifizierten Schweigen. Der Gesetzgeber wollte kein Belegexemplar!
- ⇒ Bundesgericht hat dem Medienunternehmen zugestimmt!

b) Wie argumentieren Sie als Vertreter von Müller?

- ⇒ Das Gesetz enthält eine systemwidrige, planwidrige Unvollständigkeit. Es ist Aufgabe des Gerichts, diese Planwidrigkeit zu beseitigen. Die echte Lücke muss geschlossen werden.
- ⇒ Die Lücke ist so zu füllen, wie es der Gesetzgeber gemacht hätte. Der Gesetzgeber hätte die kostenlose Zustellung eines Belegexemplars angeordnet.

GRUNDPRINZIPIEN DER GESETZESAUSLEGUNG

Grundsätze des schweizerischen Auslegungsrechts:

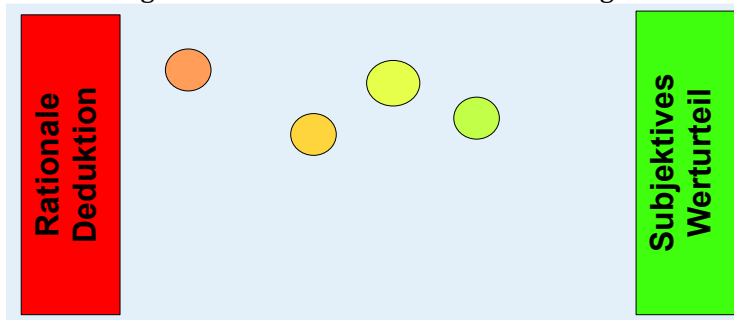
1. Rangordnung der Rechtsquellen in Art. 1 ZGB
 - ⇒ Verankerung des Gesetzmässigkeitsprinzips
 - 1) Gesetzesrecht
 - 2) Gewohnheitsrecht
 - 3) Richterrecht
2. Ausgangspunkt der Auslegung ist der Gesetzestext (Legalitätsprinzip):
 - Rechtsgültigkeit und Wirksamkeit einer Norm
 - Massgeblicher Gesetzeswortlaut, Gleichwertigkeit der drei Amtssprachen
 - Nur wenn der klare Wortlaut den Zweck der Norm nicht wiedergibt, kann vom Wortlaut abgewichen werden.

Unübersichtliche Ausgangslage:

„Es gibt ebenso viele Auslegungstheorien wie Autoren, die sich zum Thema geäußert haben; ja die Zahl der Theorien ist sogar grösser als jene der Autoren, wenn man berücksichtigt, dass nicht selten frühere Stellungnahmen später modifiziert werden“
(HÖHN, vgl. dazu auch WALTER, Reader Text Nr. 52)

Subsumtionsautomat vs Richterkönig:

⇒ Wie eng ist das Gericht an den Gesetzestext gebunden?



Subsumtionsautomat:

«Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur... Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon nulle.»
(MONTESQUIEU, vgl. dazu auch WALTER, Reader Text Nr. 52)

⇒ Aber die Richter der Nation sind, lediglich der Mund, der den Wortlaut des Gesetzes spricht. Die Gerichtsbarkeit ist blosses Instrument. Die richterliche Befugnis soll keine Gewalt darstellen, wonach nur exekutive und legislative Befugnis verbleiben. Denn die Gefahr willkürlicher und repressiver Machtausübung ist im Fall des judikativen Mandats am grössten, weil diese Vollmacht gegen Einzelpersonen ausgeübt wird. Die Judikative ist nicht gleichberechtigt und eigenständig, sondern ein Teil der Exekutive, welcher nur für Zivil- und Strafrecht zuständig ist.

– Vorteile:

- Rechtssicherheit
- Rechtsgleichheit

– Nachteile:

- Fest an das Gesetz gebunden, keine interpretatorische Freiheit
- Von den 3 Gewalten würde die rechtsprechende Gewalt fehlen, blosser Entscheidungsgewalt.

- Fallkategorien der Abkehr vom Subsumtionsautomaten:
 - Gesetz ist unklar, lässt (relativ offensichtlich) Interpretationsspielraum zu
 - Widerspruch zwischen Wortlaut und anderen Auslegungselementen (Gesetz ist gewissermassen erst auf den zweiten Blick unklar)
 - Die (klare) Antwort des Gesetzes ist im Einzelfall krass ungerecht (=Verletzung der Einzelfallgerechtigkeit)
 - Wandel der massgeblichen Wertungsgrundlage:
 - Bsp.: Im alten Scheidungsrecht wurde stets von Schuldigkeit gesprochen. Man nahm an, dass die Ehe zerbricht, weil ein Partner böse ist. Heute denkt man nicht mehr, dass jemand die Schuld an einer Scheidung trägt. Es kann ein gemeinsamer Entscheid sein. Der Schuldbegriff muss demnach relativiert werden.*
 - Richter ist mit dem (klaren und auf aktueller Grundlage beruhendem) Gesetz persönlich nicht einverstanden

Richterkönig:

⇒ Richter sind mündig geworden. Richterliche Rechtsfortbildung ist längst kein Tabu mehr.

- Vorteile:

- Im Einzelfall gerechter
- Schnellere Reaktion auf Änderungen

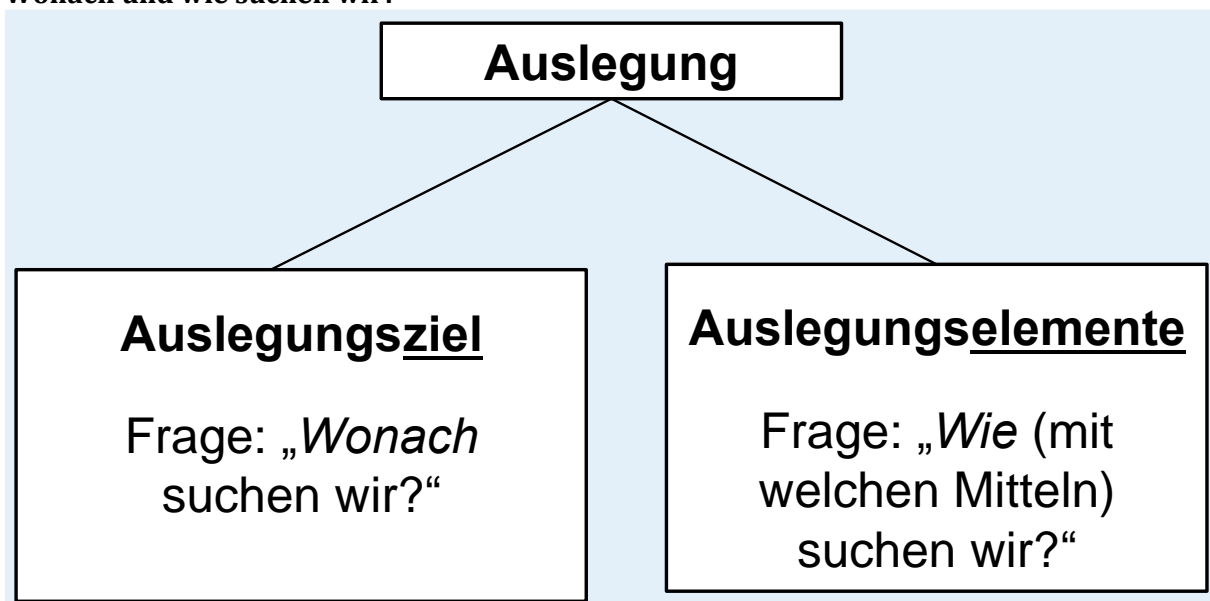
- Nachteile:

- Keine Rechtssicherheit, da jeder Richter anders entscheiden kann.
- Keine Rechtsgleichheit, da gleiche Fälle ungleich behandelt werden können.
- Demokratieverlust

Ausgangslage: Hintergrund von Art. 1 ZGB

- Art. 1 ZGB als Stellungnahme zu einem Geisteskampf der Rechtswissenschaft
- Wechsel vom absolutistischen Polizeistaat zum modernen Verfassungsstaat
- Dogma der Gewaltentrennung
- Einerseits: Gerichte als Deduktions- und Subsumtionsautomaten
- Andererseits: Erwachendes Bewusstsein für Unvollkommenheit und Unvollständigkeit von Gesetzen
- Richterliche Tätigkeit als Werten und Abschätzen auf der Basis und vor dem Hintergrund des Gesetzes

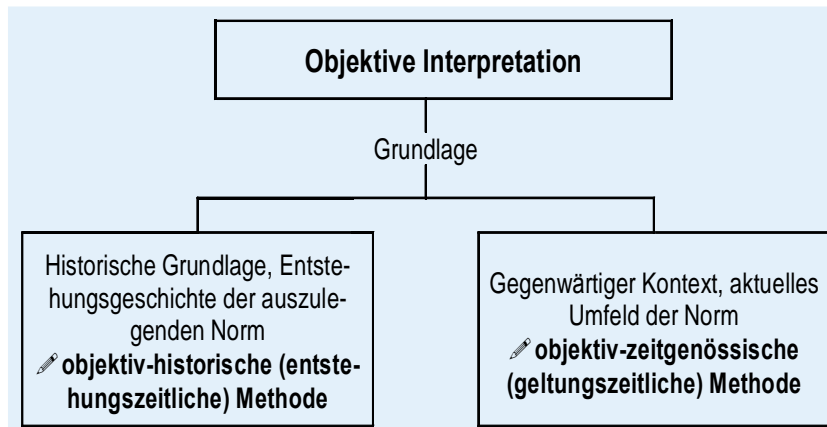
Wonach und wie suchen wir?



a. Auslegungsziel

«Es ist danach zu fragen, welchen Zweck vernünftige und korrekte Gesetzesadressaten unter den gegebenen Umständen aus der gesetzgeberischen Erklärung als Sinn herauslesen können.»
(Arthur MEIER-HAYOZ)

- Wonach suchen wir?
- Auslegungsziel hat immer die Ermittlung des **objektiven Sinnes** einer Rechtsregel zu sein.



⇒ Ist der Wortlaut zu klar, dass keine offene Norm besteht, muss noch nach dem historischen Kontext ausgelegt werden.

Bsp.: Die Obhut wurde früher nur einem Elternteil zugesprochen. Man ist heute der Auffassung, dass beide Elternteile die Obhut tragen können. Da die Norm eng geschrieben war, musste man auf Gesetzgeber warten, bis dieser die Norm anpasste.

Objektiv-zeitgenössische Methode:

- Ratio legis ist dem Wandel der Zeit unterworfen: Der Sinn der Norm kann sich verändern. Die alte Norm bedeutet im neuen Umfeld etwas anderes und muss weiterentwickelt werden.
- Rechtssicherheit: Norm soll so gedeutet werden, wie der vernünftige Mensch sie erkennen und verstehen kann. Durch Anpassung des Normzwecks an neue Problemstellungen kommt es zu einem erheblichen Verlust an Rechtssicherheit!

Objektiv-historische Methode:

- Demokratie-politisches Element / Grundsatz der Gewaltenteilung: Es gibt nur einen Gesetzgeber, der legitimiert war und zwar derjenige, der die Norm zur Zeit erlassen hat.
- Rechtssicherheitsgebot: Das was gestern galt, soll auch heute noch gelten.
- Begrenzt Möglichkeiten subjektiver Einflüsse, reduziert damit richterliche Willkür.
- ≠ subjektiv-historische Methode: Man stellt auf den Willen des effektiven historischen Gesetzgebers ab. Eine solche subjektive Auslegung ist jedoch nicht mit Treu & Glauben sowie mit dem Rechtssicherheitsprinzips zu vereinen!

⇒ **Objektiv-entstehungszeitlicher Sinn ist in der Regel Ausgangspunkt der Auslegung!**

⇒ Bundesgesetz tendiert ebenfalls zur objektiv-historischen Auslegung

Abweichungen von einer historischen Deutung möglich bei beachtenswerten Gründen:

- Erhebliche Veränderung der Realien
- Tiefgreifender Wandel in der Bewertung einer Interessenlage
Bsp.: Konkubinatsverbot
- Nachweis des Irrtums der gesetzgebenden Organe
- Erhebliche Zeitspanne seit Erlass des Rechtssatzes (zwischen Rechtsetzung & -anwendung)
- Nachweis, dass es an Eindeutigkeit und Tragfähigkeit der historischen Entscheidung des Gesetzgebers mangelt.

2 Schranken der richterlichen Rechtsfortbildung:

- Begründungszwang: Richter muss beachtenswerte Gründe für das Abweichen nachweisen
- Keine Auslegung contra rationem legis: Kein "Umfunktionieren" einer Bestimmung, Rechtsfortbildung hat innerhalb des ursprünglichen Gesetzeszweckes zu erfolgen. Der Norm darf keine andere Funktion, anderer Stellenwert oder anderer Zweck gegeben werden.

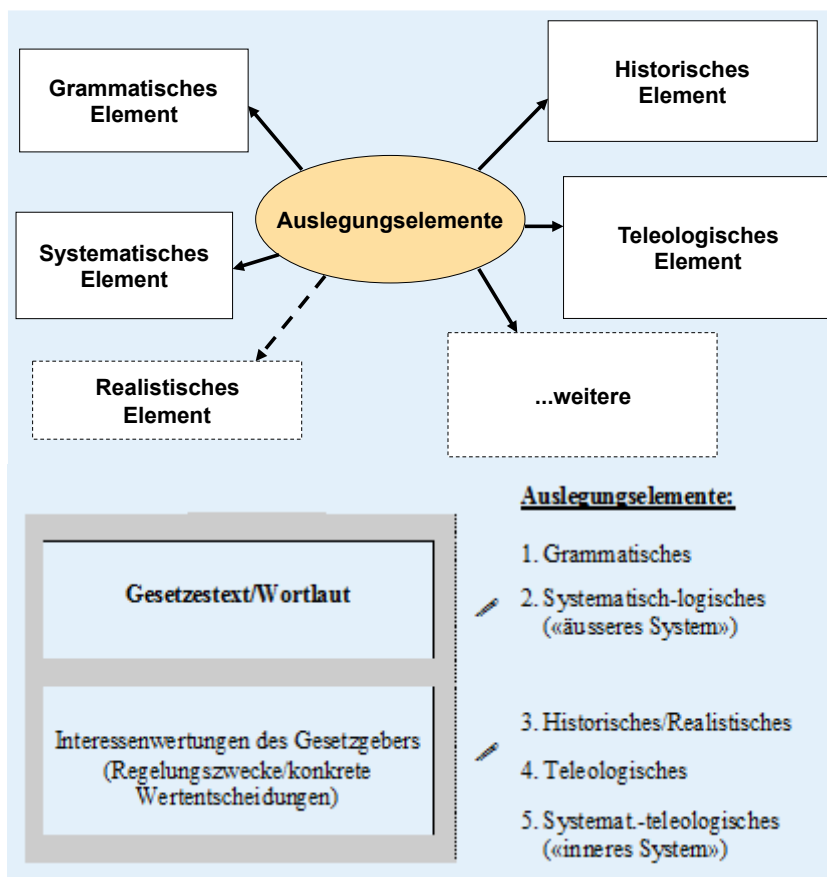
Bsp.: *Das Gebot, dass Zäune nur aus Stein gebaut werden dürfen, darf nicht zur Wehr gegen einen Friedhofs-Eisenzaun gebraucht werden. Norm diene dem Schutz des Holzbestandes!*

b. Auslegungselemente

Definition der Auslegungselemente:

Auslegungselemente sind Hilfsmittel zur Ermittlung des Sinngehalts einer Gesetzesbestimmung:

- Wie ist vorzugehen, um den objektiven Sinn der Norm zu ermitteln?
 - Was ist die "ratio legis" (Sinn, nicht Zweck!) der auszulegenden Norm?
- ≠ Man spricht auch von Auslegungsmethoden. Dies bringt jedoch die Bedeutung als Argumentationshilfen im Rahmen eines bestimmten Auslegungsgegenstandes zu wenig klar zum Ausdruck.



Methode des Bundesgerichts:

Grundsatz: «Das Bundesgericht folgt in erster Linie seinen eigenen Präjudizien. Es zitiert seine Rechtsprechung als hätte diese Gesetzeskraft. Wo sich keine überzeugenden Gründe für eine Änderung der bisherigen Praxis finden, folgt es dieser.»

Seiler, Praktische Rechtsanwendung

- Dadurch wird Rechtssicherheit gewährleistet.

Eine Notwendigkeit zur Gesetzesauslegung besteht nur dort, wo sich eine Frage zum ersten Mal stellt oder wo eine Praxisänderung erwogen wird. Dabei folgt das Bundesgericht dem klassischen Kanon der Auslegungselemente.

Das grammatikalische Element habe dabei Vorrang, wenn sich daraus zweifelsfrei die sachlich richtige Lösung ergibt. Man soll wenigstens beim Wortlaut beginnen, die anderen Auslegungselemente sind jedoch ebenfalls zu berücksichtigen.

⇒ Zwischen den einzelnen Auslegungselementen besteht Gleichwertigkeit.

«Dabei verfolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen.»

Jacques GHESTIN:

«L'interprétation de la loi... consiste à découvrir le sens d'un texte, par des méthodes qui peuvent varier.»

Man kann nicht abstrakt bestimmen, welches Auslegungselement gebraucht werden soll. Je nach konkreter Situation benötigt man unterschiedliche Werkzeuge. Am wichtigsten sind jedoch die Hervorsehbarkeit der Entscheide und die Rechtssicherheit.

– Vorteile des Methodenpluralismus:

Durch den Methodenpluralismus kann man dem Einzelfall besser gerecht werden. Zum anderen wird ein Entscheid in den Dienst der generalisierenden Rechtsverwirklichung und Rechtsfortbildung gestellt.

1) Zuerst soll das Gesetz aus sich selbst heraus ausgelegt werden. (Nach Wortlaut, Sinn und Zweck, auf Basis einer teleologischen Verständnismethode.)

2) Abweichungen vom klaren Wortlaut sind bei triftigen Gründen ausnahmsweise möglich.

– Kritik:

Es wird kritisiert, dass es sich um grundsätzliche Grundsatzlosigkeit bzw. methodologisches "anything goes" handle. Methodenpluralismus sei ein Methodenopportunismus, welcher jedes beliebige Resultat rechtfertige und damit zu einer "Beliebigkeitsjurisprudenz" führe. Es sei zudem falsch, sich auf den Gesetzeswortlaut zu fokussieren, da dieser nie oder höchst selten klar sei. Die Rechtsprechung hänge generell zu stark am Gesetz und verunmögliche eine gesellschaftliche Rechtsmethodik.

Doch taugliche Alternativen bestehen kaum.

1. Grammatisches Element:

Der Wortlaut ist Ausgangspunkt der Auslegung.

Dabei sind die Gesetzestexte in allen drei Amtssprachen gleichwertig. Vorteil ist, dass man dem Normsinn dadurch besser auf die Spur kommt. Nachteil jedoch, dass es kompliziert wird. Weiter sind auch die Titel und Marginalien im Gesetz zu berücksichtigen.

Man hat sich zu fragen, ob auf den juristischen oder umgangssprachlichen Sinn abzustellen ist. Es ist auf denjenigen Wortsinn abzustellen, der dem Sprachgebrauch zur Entstehungszeit der Norm entspricht.

Es ist zwischen verschiedenen Normtextelementen zu unterscheiden:

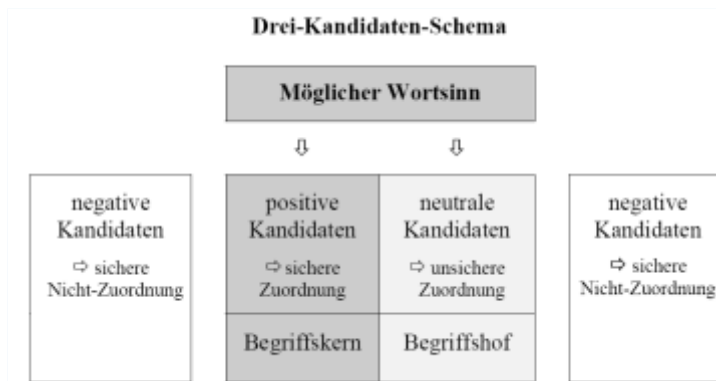
– Deskriptive Tatbestandselemente

Verweisen auf einen "Wirklichkeitssachverhalt" (bspw. "Tier" in OR 56). Dazu bestehen teilweise Legaldefinitionen im Gesetz.

– Normative Tatbestandselemente

Beziehen sich auf Abstraktionen oder Wertungen. So bspw. juristische Fachbegriffe wie "Eigentum", "Vertragsverletzung" oder "Kündigung". Oder aber Begriffe, die auf gesellschaftliche Wertungen verweisen, wie "wichtige Gründe" oder "übermäßige Einwirkung".

– Extensive - Restriktive Auslegung



Begriffskern:

⇒ Restriktive
Auslegung

Begriffshof:

⇒ Extensive Auslegung

Negative Kandidaten:

⇒ Analoge
Rechtsanwendung

Bsp.: Haustierbegriff: Ein Hund, Pferd oder eine Kuh fallen klar unter den Haustierbegriff von der Tierhalterhaftung, gehören damit zum Begriffskern. Bei einer Maus ist hingegen zu unterscheiden, ob sie absichtlich gehalten wird oder wild ist, daher gehört sie in den Begriffshof.

Bsp.: Wann verjähren Forderungen aus Tabaklieferungen? Ist Tabak ein Lebensmittel? Mit extensiver Auslegung ist der Tabak ein Lebensmittel, man findet dadurch immer eine Norm, die anwendbar ist. Durch restriktive Auslegung gehört der Tabak nicht zu den Lebensmitteln!

Eine Auslegung gegen den klaren und unzweideutigen Wortlaut ist grundsätzlich unzulässig. Um jedoch festzustellen, ob ein klarer Wortlaut besteht und der Wortlaut damit den Rechtssinn des Rechtssatzes richtig wiedergibt, ist er auszulegen.

Dem Wortlaut sind aber auch Grenzen zu setzen. So ist das Ziel der Auslegung stets der Normsinn, es geht stets um den gesetzgeberischen Regelungswillen. Im Schweizerischen Methodenverständnis besteht keine Wortlautgrenze. Es kann zudem vorkommen, dass der Wortlaut einer Norm schlicht falsch gewählt wurde, womit sich der Normsinn durch alleinigen Blick auf den Wortlaut nicht eruieren lässt.

Aus folgenden Gründen entspricht der Wortlaut nicht immer dem Gesetzgeberwillen:

- Unvollkommenheit der Sprache (Mehrdeutigkeit der Wörter)
- Nebeneinander von 3 gleichberechtigten Amtssprachen
- Geschichtlichkeit rechtlicher Inhalte

2. Systematisches Element:

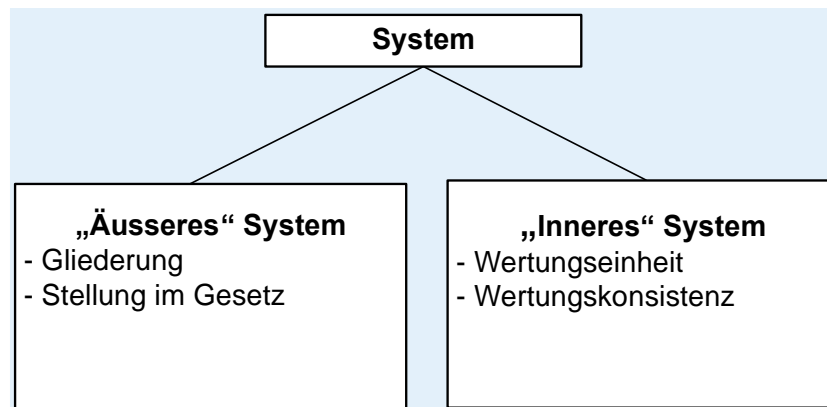
Das systematische Element entstand aus der Begriffsjurisprudenz und aus der Vorstellung, dass alles ein geschlossenes System sei. So könne man aus einem Einzigen Alles ableiten.

Grundidee

«Die einzelnen Normen stehen nicht in einem amorphen Chaos unverbunden nebeneinander, vielmehr ist die Rechtsordnung idealiter als Einheit, als ein System möglichst kohärenter Wertentscheidungen zu denken, als „Sinngefüge“, dessen Einzelbestandteile nicht isoliert, ohne Beachtung ihres normativen Kontextes interpretiert werden dürfen.»

(KRAMER, Methodenlehre)

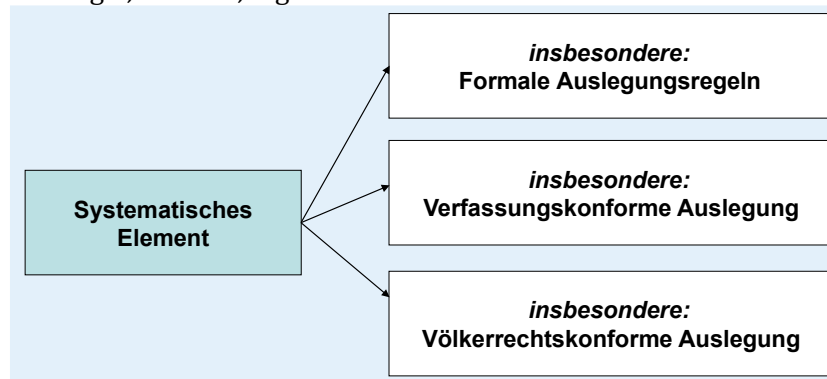
- Gesetzesbestimmungen sollen nicht aus ihrem Zusammenhang gerissen werden. Normen müssen im Kontext betrachtet werden. Laienfehler beruhen oft auf einer unsystematischen Betrachtungsweise.



Der Kontext einer Gesetzbestimmung ist von grosser Bedeutung. So muss man wissen, dass das OR den 5. Teil des ZGB darstellt und deshalb ZGB 7 zu beachten ist. Auch das Verhältnis zwischen Stammkodifikation und Nebengesetzen muss gekannt sein.

Die äussere Gliederung der Rechtsordnung ergibt sich aus der Abfolge der Absätze, Abteilungen, Abschnitte, Überschriften, Marginalien und Verweisungen.

Das innere System des Privatrechts will Wertungswidersprüche vermeiden. So bestehen Vertrags-, Testier-, Eigentums- und Vereinsfreiheit.



– Formale Auslegungsregeln

• Analogieschluss

Ein Tatbestand wird auf einen Sachverhalt angewendet, der nicht unter den Wortlaut des Tatbestands fällt, welchem jedoch der Grundgedanke/Sinn des Tatbestandes entspricht. Vorausgesetzt ist eine Ähnlichkeit der Verhältnisse.

Bsp.: Hundeverbot: Sind nun auch Bären verboten? Nach Analogieschluss ist das Verbot auch auf Bären anzuwenden.

• Umkehrschluss

Die gesetzliche Regelung darf nur auf die Tatbestände angewendet werden, welche sie ausdrücklich regelt. Besteht keine gesetzliche Regelung, ist ein qualifiziertes Schweigen anzunehmen.

Bsp.: Hundeverbot: Sind nun auch Bären verboten? Gemäss Umkehrschluss seien Bären erlaubt, da man sie nicht ausdrücklich verboten hätte.

• Vorrang von lex specialis, lex posterior und lex superior

Das spezielle Gesetz hat Vorrang vor dem allgemeinen, das spätere vor dem früheren, das über- vor dem untergeordneten.

• Restriktive Auslegung von Ausnahmenvorschriften?

Das Gebot restriktiver Auslegung findet sich v.a. in der älteren öffentlich-rechtlichen Doktrin. Ausnahmenvorschriften sind jedoch grundsätzlich richtig auszulegen und nicht unbedingt restriktiv!

– Verfassungskonforme Auslegung und BV 190

Man strebt eine möglichst einheitliche Rechtsordnung an. Die Normen unterschiedlicher Stufen sollen so ausgelegt werden, dass sie sich nicht gegenseitig widersprechen.

Untergeordnete Normen dürfen den übergeordneten nicht widersprechen. Bestehen

verschiedene sinnvolle Sinnvarianten, ist stets diejenige zu wählen, die mit der Verfassung am besten übereinstimmt.

BV 190 steht der verfassungskonformen Auslegung nicht im Wege. Es besteht nur ein Anwendungsgebot der Bundesgesetze, kein absolutes Prüfungsverbot.

Gesetze können aber auch Bestimmungen der Verfassung widersprechen.

– Völkerrechtskonforme Auslegung

Das Landesrecht ist völkerrechtskonform auszulegen, sodass zwischen Landes- und Völkerrecht kein Widerspruch entsteht.

Gemäss Art. 27 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge kann sich eine Vertragspartei nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen, um die Nichterfüllung eines Vertrags zu rechtfertigen. Nach der Schubert-Praxis geht ein Bundesgesetz vor, sofern sich der Gesetzgeber bewusst gegen einen Verstoss gegen das Völkerrecht eingelassen hat.

3. Historisches Element:

Im Mittelpunkt des historischen Elements steht die Entstehungsgeschichte des auszulegenden Gesetzes, d.h. die Gesetzesmaterialien. Da der entstehungszeitliche Sinn der Norm massgebend ist, sind sie unentbehrliche Hilfsmittel jeder Auslegung.

Aber die Vorarbeiten zum Gesetz und erst recht die Aussagen einzelner an der Ausarbeitung des Gesetzes Beteiligten sind nicht verbindlich!

«Eine Auslegung, die glaubt, den ursprünglichen Willen des Gesetzgebers nicht einmal suchen zu müssen, hat sich von den Grundsätzen der Demokratie und der Gewaltentrennung im Rechtsstaat potentiell losgesagt.» RÜTHERS

Relevante Materialien sind:

- Protokolle von Expertenkommissionen
- Vorentwürfe und Entwürfe (und die dabei erfolgten Anpassungen)
- Botschaft des Bundesrates
- Beratungen in den eidgenössischen Räten (insbesondere Stellungnahmen der jeweiligen Kommissionsberichterstatter)
- Abstimmungsempfehlungen

Zwischen den Materialien können jedoch Widersprüche und Unklarheiten bestehen. Deshalb ist eine kritische Auseinandersetzung mit dem Materialien notwendig.

Das historische Element hat vor allem bei jungen Gesetzen grosse Bedeutung. Für junge Gesetze bestehen noch nicht viele Kommentare oder BGEs. Bei alten Gesetzen hat es jedoch nur noch eine geringe Bedeutung.

4. Teleologisches Element:

Das teleologische Element fragt nach dem Zweck einer Norm.

Das Gesetz dient immer als Antwort auf bestimmte Regelungsbedürfnisse, weshalb der Normzweck bei der Auslegung mit zu berücksichtigen ist.

Problematik dabei ist jedoch, dass das Gesetz bestimmte entgegenstehende Interessen gegeneinander abwägt. Beispielsweise wurden bei der Schaffung des Tierschutzgesetzes die Interessen der Tierschützer sowie jene der Vertreter der Fleischbranche berücksichtigt. Entscheidend ist somit die Interessenbewertung durch den Gesetzgeber.

⇒ Interessen- oder Wertungsjurisprudenz

Bsp.: "Hunde dürfen nicht in Lebensmittelgeschäfte mitgenommen werden"
Was ist mit Katzen?

⇒ Kommt darauf an, ob ein hygienischer Zweck verfolgt wird.

Es besteht die Gefahr, dass dem teleologischen Element eine zu grosse Beachtung geschenkt wird (Prädominanz des teleologischen Elementes). Der Zweckmoment ist jedoch nur ein Indiz für den objektiven Sinn!

Am bedeutsamsten ist das teleologische Element, wenn von der objektiv-entstehungszeitlichen Auslegung abgewichen wird.

Der Zweck einer Norm kann sich ergeben

- direkt aus einer konkreten Norm / Gesetzestext
- aus einem bestimmten Rechtsinstitut

Bsp.: Ziel des Nachbarrechts ist es, dem Grundeigentümer den bestmöglichen Genuss seines Grundeigentums zu sichern. Es muss daher ein Ausgleich zwischen Duldungs- und Unterlassungspflichten entstehen.

- aus der Gesetzesbezeichnung
- aus der Berücksichtigung des ganzen Gesetzes bzw. aus dem Normkontext
- Bsp.: Art. 1 eines Gesetzes erhält oft Zweckbestimmungen.*
- aus den Materialien können sich Hinweise auf den Zweck ergeben

5. Realistisches (soziologisches) Element:

Ziel ist es, die tatsächlichen Verhältnisse (Realien) zur Zeit der Entstehung des Gesetzes zu berücksichtigen. Das historische Umfeld einer Gesetzesnorm soll ermittelt werden. Zu den Realien gehören sowohl Wirtschaft und Wissenschaft, Natur und Technik, Sitten und Gebräuche, sowie gesellschaftliche Anschauungen und Wertvorstellungen.

Bsp.: Medizinischer / wissenschaftlicher Fortschritt

Bsp.: Strafwartefrist für Ehefrau nach Scheidung: Früher musste eine Frau nach einer Scheidung mit einer neuen Ehe warten, da man verhindern wollte, dass man nicht weiss, von wem ein später geborenes Kind stammt. Heute besteht diese Problematik aufgrund der DNA-Analyse nicht mehr.

Bsp.: Nur Zäune aus Stein waren zugelassen, da eine Holzknappheit bestand. Nach überwindener Holzknappheit sollen Holzzäune wieder zugelassen sein.

Bsp.: Ausnahmecharakter des Mündigenunterhalts

Bsp.: Gegendarstellungsfähigkeit von Online-Medien

Wird in einem geltungszeitlichen Kontext ausgelegt, erhält das realistische Element eine zweite Bedeutung: Realistisch heisst dann auch realisierbar, praktikabel. Normen und ihre Auslegung sollen sich leicht handhaben lassen.

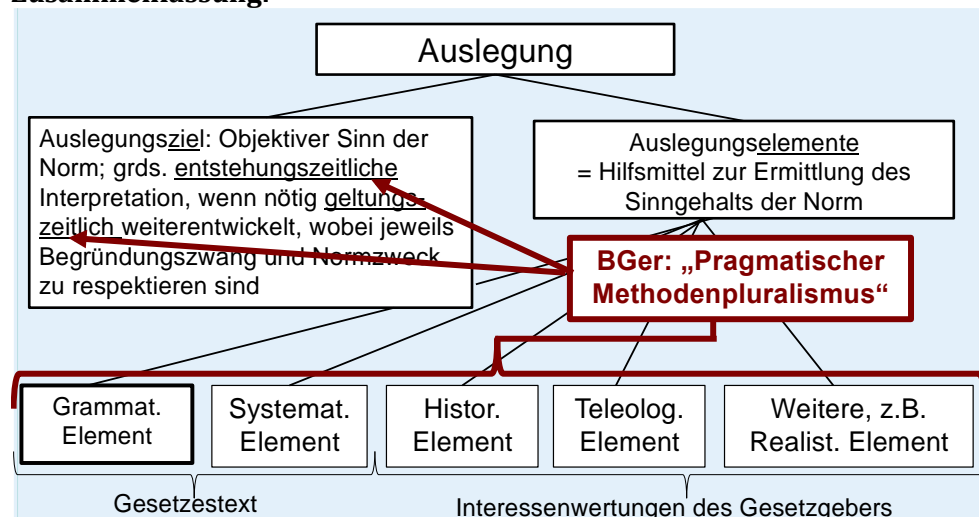
Zusammenwirken der verschiedenen Auslegungselemente:

Was ist zu tun, wenn sich die verschiedenen Auslegungselemente widersprechen bzw. zu unterschiedlichen Interpretationsergebnissen führen?

Man muss stets nach der sachlich überzeugendsten Lösung fragen. Die verschiedenen Auslegungselemente sind gleichwertig, was jedoch nicht bedeutend, dass jedes Element in jedem Entscheid das gleiche Gewicht hat.

Es werden auch nicht alle Elemente in jedem Entscheid explizit genannt, sondern nur jene, die entscheidend tragend sind. Dabei ist stets beim Wortlaut zu beginnen.

Zusammenfassung:



c. Fallbeispiele zur Auslegung

A. Les Suisses

Eine Gruppe von Frauen reichte 1957 Beschwerde beim Staatsrat des Kantons Waadt ein. Darin forderten sie, dass „man sie in die Stimmregister eintrage und ihnen Stimmrechtsausweise aushändige“. Sie waren der Meinung, dass sie angesichts der bestehenden Verfassungs- und Gesetzesbestimmungen die Ausübung der politischen Rechte beanspruchen könnten. Art. 23 der Waadtländer Kantonsverfassung lautete:

„Citoyens actifs sont tous les Suisses âgés de vingt ans révolus, établis ou en séjour dans le canton depuis trois mois et n'exerçant pas leurs droits politiques dans quelque autre Etat de la Confédération.“

Nach Meinung der Beschwerdeführerinnen bezeichnet der Ausdruck „Schweizer“ sowohl die Männer wie die Frauen. Der Staatsrat wie auch anschliessend das Bundesgericht wiesen die Beschwerde ab.

Überlegen Sie, wie das Bundesgericht argumentiert haben könnte.

- Objektiv-entstehungszeitliche Auslegung
- Der historische Sinn der Bestimmung ist entscheidend. Eine Neuinterpretation des Begriffs "les suisses" käme einer Verfassungsänderung gleich, und eine solche liegt nicht in der Kompetenz des Richters.

B. Die Landleute und übrigen Schweizer

Im Jahre 1989 stellte Frau R. bei der Ständekommission des Kantons Appenzell das Gesuch, es sei ihr die aktive Teilnahme an der Landsgemeinde zu bewilligen. Die Ständekommission wies das Gesuch mit der Begründung ab, dass Art. 16 der Kantonsverfassung den Frauen das Stimmrecht in kantonalen Angelegenheiten, insbesondere die Teilnahme an der Landsgemeinde, nicht einräume. Art. 16 KV lautete:

„Alle im Kanton wohnhaften Landleute sowie die übrigen Schweizer sind an Landsgemeinden und an Gemeindeversammlungen stimmberechtigt.“

Nachdem an der nächsten Landsgemeinde die Einführung des Frauenstimm- und -wahlrechts abgelehnt wurde, reichte R. staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung von Art. 4 aBV (nunmehr: Art. 8 BV) ein. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde gut.

Überlegen Sie, wie das Bundesgericht in diesem zweiten Fall argumentiert haben könnte.

- Objektiv-geltungszeitliche Auslegung (normalerweise jedoch entstehungszeitliche): „Dabei ist zu beachten, dass sich der Sinn einer Norm ändern kann (BGE 115 Ia 133 E. dd; 104 Ia 291). Der Richter muss sich bemühen, eine Norm in einer Weise anzuwenden, die den gegenwärtigen Gegebenheiten und Auffassungen möglichst entspricht.“
- Es wird eine verfassungskonforme Auslegung angestrebt. Da BV 8 III (aBV 4) die Gleichstellung von Frauen und Männern nennt, sind auch Frauen von dem Begriff "Landleute und übrige Schweizer" erfasst.
- Die Realien (soziale Gegebenheiten, kantonale Regelungen, gesellschaftliches Bewusstsein) sprechen gegen die Zulässigkeit einer Regelung, die den Frauen das Stimmrecht vorenthält.

C. "Audiovisuelle Werke"

- Nach dem Wortlaut, der grammatikalischen Auslegung, unterscheidet das Gesetz zwischen audiovisuellen Werken und Filmwerken, womit ein Computerspiel zu den audiovisuellen Werken dazugehören würde.
- Nach historischer Auslegung will die Norm des Urheberrechts den Grauiimport von Filmen verhindern. Videospiele wurden dabei nicht berücksichtigt.
- Zweck der Norm ist der Schutz der Auswertungskaskade von Filmwerken. Auch dies zeigt, dass die Norm für Filmwerke zugeschnitten ist.
- Auch die systematische Auslegung führt zum Schluss, dass sich Gesetzesnorm auf Filmwerke und nicht auch auf Videospiele bezieht!

GESETZSLÜCKEN

a. Begriff der Gesetzeslücken

Unter einer Lücke im Gesetz versteht man das Fehlen einer erforderlichen gesetzlichen Anordnung. Auf eine bestimmte Rechtsfrage lässt sich dem Gesetz keine bzw. nicht unmittelbar eine Antwort entnehmen.

⇒ Das Vorliegen einer Lücke darf nicht leichthin angenommen werden. Würde man überall Lücken annehmen, würde das Legalitätsprinzip gefährdet werden. Da eine Normsinnngrenze besteht muss nicht stets eine Lücke angenommen werden.

Ob eine Gesetzeslücke vorliegt oder nicht, ist eine Auslegungsfrage.

Keine Lücke liegt vor:

– Rechtsfreier Raum

Eine bestimmte Frage wird nicht als Rechtsfrage behandelt, sondern wird einer anderen Ordnung (bspw. Sitte, Moral) zur Normierung überlassen.

Bsp.: *Sportregeln*

Bsp.: *ZGB hat es unterlassen, die kirchliche Ehe zu ordnen.*

– Qualifiziertes Schweigen

Durch Nichterwähnung einer bestimmten Tatsache, wird die Norm nicht auf diese Tatsache angewendet. Es kommt zu einem Umkehrschluss. Der Gesetzgeber erwähnt etwas nicht, weil er es nicht erwähnen möchte. Ein qualifiziertes Schweigen schliesst eine Lücke aber nicht in jedem Fall aus. Eine solche kann bei einer sachlich nicht haltbaren Lösung immer noch angenommen werden.



Bsp.: *ZGB 95 - Eheschliessung*
Darf man den Onkel / die Tante heiraten?

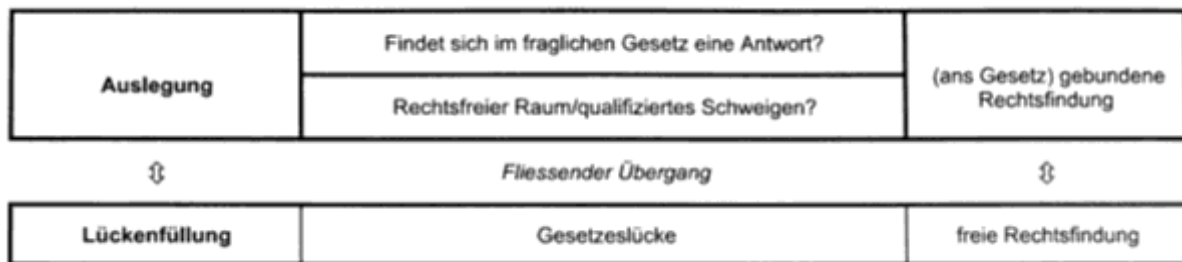
Im historischen Gesetzestext war die Eheschliessung mit dem Onkel / der Tante explizit verboten. Mit der neuen Gesetzesfassung wurde bewusst auf diese Regelung verzichtet. Durch qualifiziertes Schweigen ist daher die Eheschliessung erlaubt!

Bsp.: *ZGB 328 I - Verwandtenunterstützung: "Wer in günstigen Verhältnissen lebt, ist verpflichtet, Verwandte in auf- und absteigender Linie zu unterstützen, die ohne diesen Beistand in Not geraten würden." Muss man seine Geschwister unterstützen? Indem sie bewusst nicht erwähnt sind, liegt ein qualifiziertes Schweigen vor, wonach man Geschwister (Verwandte in Seitenlinie) nicht unterstützen muss.*

Auslegung und Lückenfüllung lassen sich nicht immer klar abgrenzen. Die Übergänge zwischen blosser Auslegungsbedürftigkeit und Lückenhaftigkeit sind vielmehr fließend.

⇒ **Auslegung = blosser Erkenntnisakt**

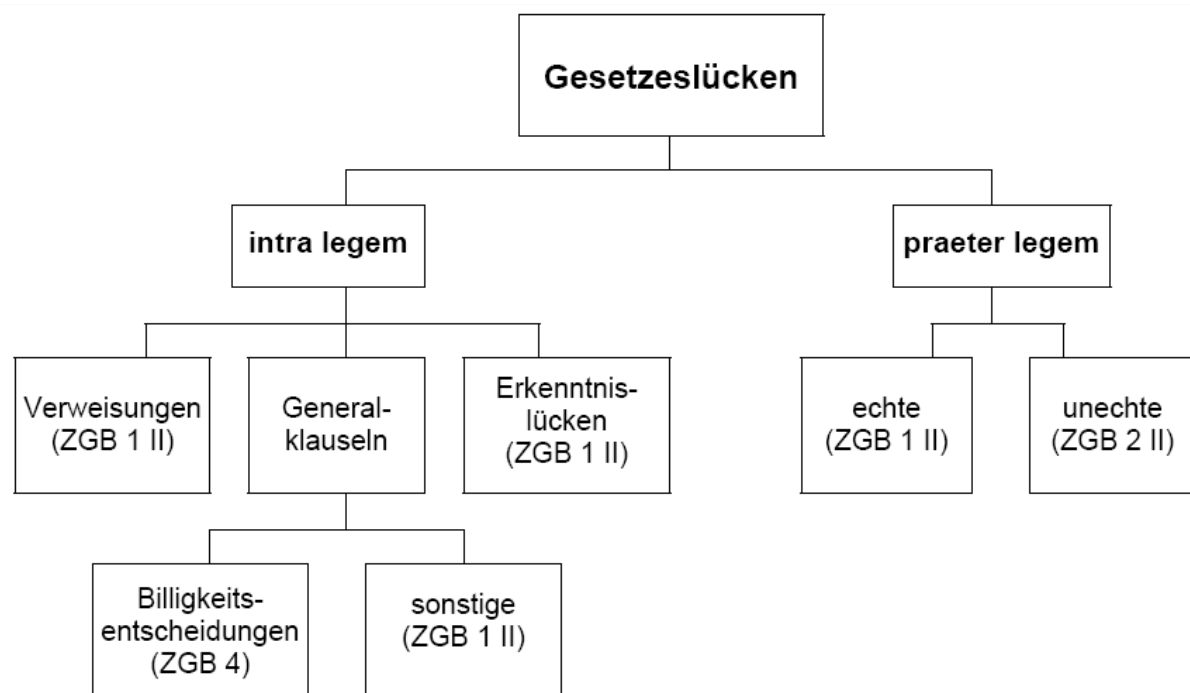
⇒ **Lückenfüllung = Ergänzende Rechtsfortbildung**



Trotzdem muss an der Unterscheidung festgehalten werden. Einerseits weil sie vom Gesetz in ZGB 1 I und II verlangt wird und nicht in allen Rechtsgebieten eine Lückenfüllung möglich ist. Andererseits wird damit der Richter davon abgehalten, allzu schnell mittels "Lückenfüllung" seine eigenen Präferenzen ins Gesetz hineinzutragen.

b. Lückenarten

Es finden sich verschiedenste, sich zum Teil überschneidende Unterscheidungskriterien.



Die traditionelle Unterteilung der Gesetzeslücken vermag nicht zu überzeugen, da sie nicht zum Ausdruck bringt, dass sich hinter den verschiedenen Lückenarten zwei sehr unterschiedliche Bereiche richterlicher Tätigkeit verbergen:

- Gesetzesergänzung
Erhält das Gesetz keine Antwort (echte Lücke) oder fällt die enthaltene Lösung zu unbestimmt aus (Lücke intra legem) hat der Richter gesetztesergänzend tätig zu werden. Dies ergibt sich aus ZGB 1 II und aus dem Rechtsverweigerungsverbot aus BV 29.
- Gesetzesberichtigung
Enthält das Gesetz eine Antwort, ist diese grundsätzlich vom Richter zu befolgen. Nur ausnahmsweise (bei unechten Lücken) kommt es zu einer Gesetzesberichtigung.

c. Gesetzesergänzung

Lücken intra legem:

Das Gesetz enthält zwar eine bestimmte Antwort, diese führt aber nicht unmittelbar zur Lösung des konkreten Rechtsproblems.

– Erkenntnislücken

Der Gesetzgeber wollte eine Frage vollständig regeln. Die Auslegung führt aber zu keinem eindeutigen, bestimmten und unmittelbar anwendbaren Inhalt.

Bsp.: ZGB 679 - *Überschreitung des Grundeigentums*

Bsp.: ZGB 125 III Ziff. 1 - *Grobe Verletzung der Unterhaltspflicht*

Bsp.: ZGB 477 - *Schwere Verletzung familienrechtlicher Pflichten*

Bsp.: ZGB 701 II - *Angemessener Schadensersatz*

– Generalklauseln oder Blankettnormen

Der Gesetzgeber hat eine bestimmte Frage nur dem Grundsatz nach geregelt. Die nähere inhaltliche Konkretisierung hat er bewusst dem Richter überlassen. Es besteht daher ein grösserer Wertungsspielraum.

Bsp.: ZGB 4 - *"Ermessen", "Würdigen der Umstände", "wichtige Gründe"*

Bsp.: ZGB 27 II - *Schranken der Selbstbildung*

Bsp.: OR 20, OR 41

– Verweisungen

Man verweist an eine andere Instanz oder aber auf den Ortsgebrauch und Übung. Dabei ist zuerst festzustellen, was der Ortsgebrauch ist.

Generalklauseln und Erkenntnislücken werden auch als Fälle auslegungsbedürftiger, gesetzlicher Unbestimmtheit angesehen. Im öffentlichen Recht ist auch von unbestimmten Rechtsbegriffen die Rede.

Echte Lücken:

= gesetzssystematische Lücke

= offene Lücke

Bei einer echten Lücke kann dem Gesetz für eine bestimmte Rechtsfrage keine Vorschrift entnommen werden, obwohl die Rechtsordnung eine Antwort fordert. Die Erforderlichkeit einer Regelung ist aus der *lex lata* (aus geltendem Recht) abzuleiten, nicht aus Wunschvorstellungen *de lege ferenda*.

Es besteht eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes. Echte Lücken können auch entstehen, wenn das Gesetz zwei sich entgegenstehende Antworten enthält. Es liegt ein Widerspruch, eine Antinomie, vor, womit sich die Normen gegenseitig aufheben und eine ausfüllungsbedürftige Lücke entsteht.

Eine echte Lücke kann auch entstehen, wenn der Wortsinn eines Satzes mit Blick auf dessen *ratio legis* zu kurz greift.

⇒ Richter hat solche Lücken aufgrund des Rechtsverweigerungsverbots von ZGB 1 II zu füllen!

d. Gesetzesberichtigung

Unechte Lücken:

= rechtspolitische Lücke

= Ausnahmelücken

Das Gesetz enthält für eine bestimmte Rechtsfrage zwar eine Antwort, diese ist im konkreten Fall aber sachlich völlig unbefriedigend, d.h. krass stossend und ungerecht. Es wäre eine Ausnahmeregelung nötig.

⇒ Grundsätzlich darf nur Gesetzgeber die Norm abändern.

⇒ Richter darf unechte Lücken ausnahmsweise füllen, wenn Berufung auf die Regelung rechtsmissbräuchlich wäre gemäss ZGB 2 II.

Abgrenzung gegenüber den echten Lücken:

Das Rechtsverweigerungsverbot in BV 29 beauftragt den Richter, echte Lücken zu schliessen. Bei unechten Lücken möchte hingegen eine vorgesehene Regelung korrigiert werden. Aufgrund des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit ist der Richter grundsätzlich nicht zur Gesetzesberichtigung legitimiert. Ausnahmsweise kann sich aber eine richterliche Normkorrektur aus dem Rechtsmissbrauchsverbot von ZGB 2 II ergeben, wenn die Anwendung der fraglichen Norm zu einem offensichtlich unhaltbaren, völlig unbefriedigenden oder grob ungerechten Ergebnis führen würde.

Die Füllung einer unechten Lücke erfolgt nach Massgabe von ZGB 1 II oder aber nach ZGB 4.

Lückenart	Wann besteht eine derartige Lücke?	Lückenfüllung
echte Lücke (gesetzssystematische)	Dem Gesetz ist auf eine wesentliche Rechtsfrage überhaupt keine Antwort zu entnehmen (ZGB 1 II) ⇒ Gesetzesergänzung als richterliche Pflicht (Rechtsverweigerungsverbot)	Lückenfüllung gemäss ZGB 1 II
⇕	Teilweise nicht klar abgrenzbar	⇕
unechte Lücke (rechtspolitische)	Die im Gesetz vorgesehene Regelung führt im konkreten Fall zu einem Rechtsmissbrauch (ZGB 2 II) ⇒ Gesetzesberichtigung grundsätzlich verboten (Legalitätsprinzip)	Lückenfüllung nach ZGB 1 II oder ZGB 4

Die Grenzen zwischen Auslegung und Füllung von echten und unechten Lücken sind verschwommen.

Bedeutung des Wortlauts:

Hält der Richter an einem vordergründig klaren Wortsinn fest, ohne zu kontrollieren, ob Wortsinn und Rechtssinn der Norm übereinstimmen, kann er sein sachlich völlig unbefriedigendes Resultat nur noch durch Annahme einer unechten Lücke korrigieren. Erkennt der Richter hingegen die Unklarheit des Wortsinnes, stehen ihm andere Möglichkeiten zur Verfügung.

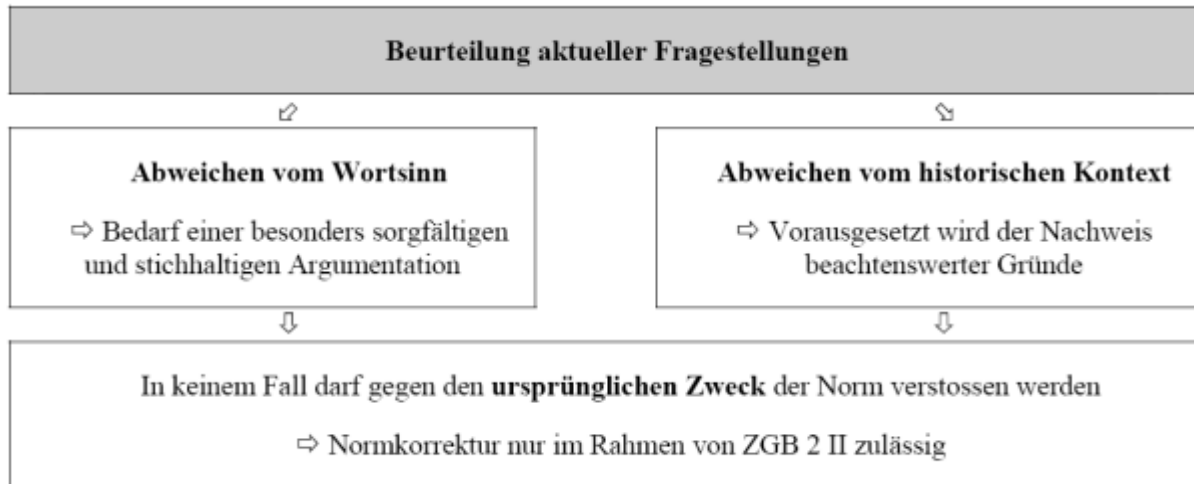
Die Untersuchung der Norm kann ergeben:

- Wortsinn greift zu weit
Wird eine unechte Lücke angenommen, liegt ein Fall nicht zu Ende geführter Gesetzesinterpretation vor.
Ein zu weiter Wortsinn kann durch teleologische Reduktion eingeschränkt werden.
Für die teleologische Reduktion ist die ratio legis massgebend, selbst dann, wenn sie dem Wortlaut der Norm widerspricht. Insofern ist die teleologische Reduktion überflüssig, weil die Auslegung "contra verbis legis" ohnehin gefordert wird, wenn triftige Gründe vorliegen.
Gefahr der teleologischen Reduktion liegt in der Normkorrektur unter Verstoss gegen Gesetzmässigkeits(Legalitäts)- und Gewaltenteilungsprinzip. Oder aber die teleologische Reduktion wird als Begründungersatz missbraucht.
- Wortsinn greift zu kurz
Bsp.: ZGB 679:
Auch Mieter und Pächter können passivlegitimiert sein.
- Wortsinn entspricht dem Rechtssinn der Norm
Ein sachlich befriedigendes Resultat lässt sich hier nur durch Gesetzesberichtigung erzielen.

Ob der Wortsinn eines Rechtssatzes mit dessen Rechtssinn übereinstimmt, ist eine Wertungsfrage. Dabei ist eine besonders sorgfältige Abwägung der einzelnen Auslegungselemente gefordert.

Scheint der Wortlaut den Rechtssinn wiederzugeben, kann nur durch besonders stichhaltige Argumente vom Wortlaut abgewichen werden.

Bestehen neue gesellschaftspolitische Fragestellungen oder Werthaltungen sind die Lösung dieser Fragen dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber vorenthalten. Nur ausnahmsweise kann es im Rahmen von ZGB 2 II zur Gesetzeskorrektur kommen.



e. Fall zur Gesetzeslücke

BGE 90 II 269: "Schuld der Mutter"

aArt. 315 ZGB lautete:

Schuld der Mutter

Hat die Mutter um die Zeit der Empfängnis einen unzüchtigen Lebenswandel geführt, so ist die (Vaterschafts-)Klage abzuweisen.

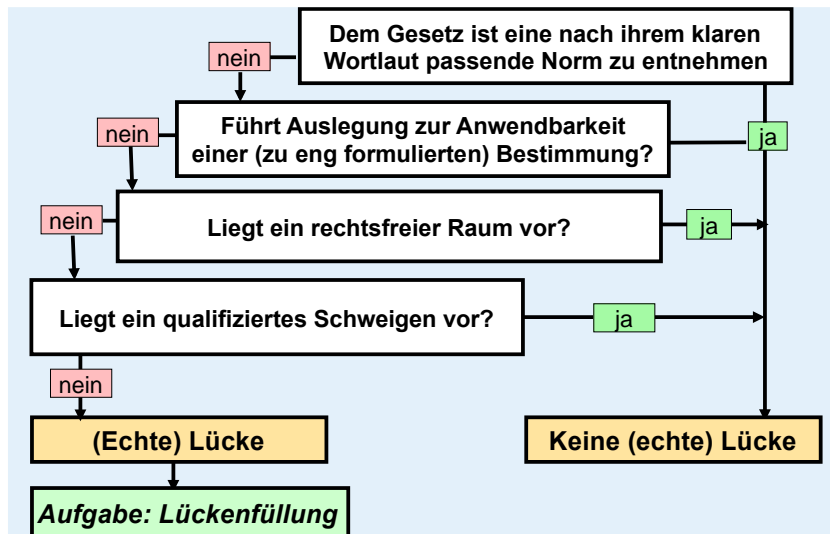
Der Wortsinn ist hier klar gefasst.

Mit der teleologischen Auslegung ergibt sich aber, dass die Norm nicht zur Bestrafung der Mutter und des Kindes geschaffen wurde. Man wollte bloss vermeiden, dass man nicht bestimmen kann, wer der leibliche Vater eines Kindes ist. Heute bestehen aber Möglichkeiten, um eine Vaterschaft festzustellen.

Dadurch kam man durch Auslegung zur Nichtanwendung der Norm. Dabei wurde gegen den ursprünglichen Zweck der Norm verstossen, was grundsätzlich nicht erlaubt ist.

LÜCKENFÜLLUNG

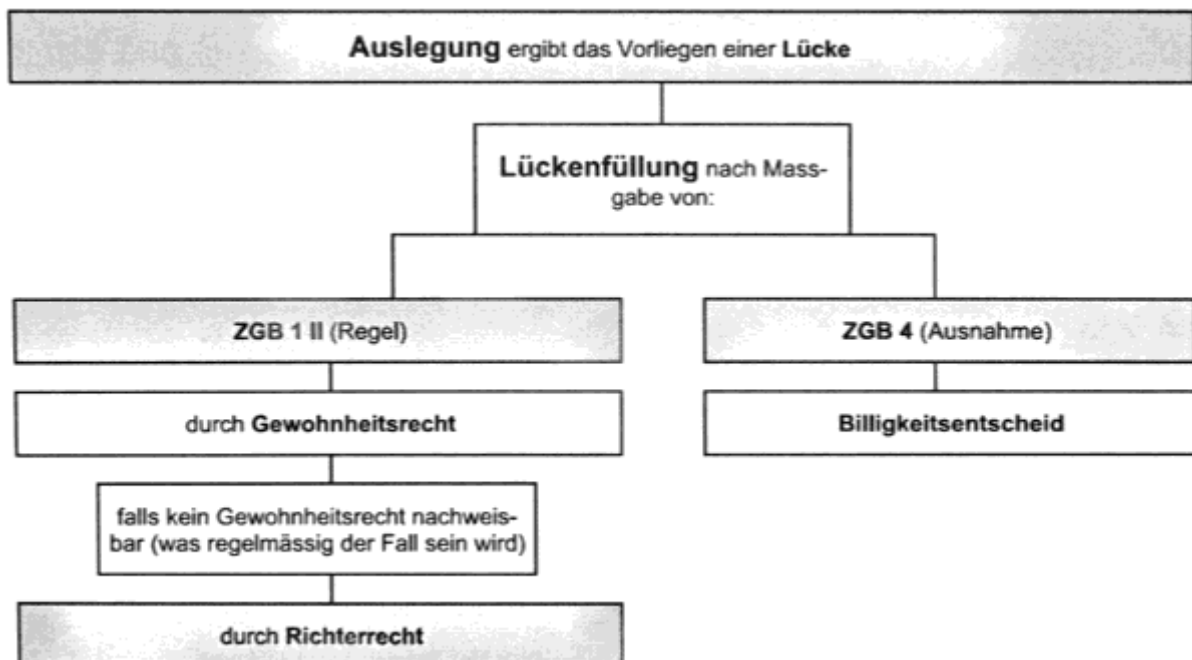
a. Methodische Vorgehensweise, um festzustellen, ob Lückenfüllung notwendig



b. Grundregel nach ZGB 1

ZGB 1 nennt eine Rangordnung der Rechtsquellen:

- 1) Gesetzesrecht
- 2) Gewohnheitsrecht
- 3) Richterrecht



c. Lückenfüllung durch Gewohnheitsrecht

Allgemeines / Bedeutung:

Ist dem Gesetz keine Vorschrift zu entnehmen, muss der Richter nach ZGB 1 II zunächst nach Gewohnheitsrecht entscheiden. Gewohnheitsrecht stellt damit eine sekundäre Rechtsquelle dar. Die praktische Bedeutung des Gewohnheitsrechts ist heute jedoch gering. Es finden sich nur wenige Fälle von echtem Gewohnheitsrecht.

Begriff des Gewohnheitsrechts:

Gewohnheitsrecht ist jede längere Zeit andauernde, auf Rechtsüberzeugung beruhende, gemeinschweizerische Übung. Es müssen folgende Voraussetzungen kumulativ vorliegen:

- Langandauernde Übung = äusseres, faktisches Erfordernis
- Rechtsüberzeugung = inneres, psychologisches Moment. Rechtsgenossen müssen von der Richtigkeit der Regel, die sie anwenden, überzeugt sein.
- Gesamtschweizerischer Charakter der Übung

Als Erkenntnismittel für Gewohnheitsrecht kommen juristische Literatur, Gerichtsurteile, Äusserungen und Handlungen der beteiligten Kreise in Betracht.

Bildung von Gewohnheitsrecht durch die Gerichtspraxis (Präjudizien):

Die Gerichtspraxis ist als Hilfsmittel bei der Auslegung und Lückenfüllung heranzuziehen. Aber auch eine langdauernde Praxis zu einer bestimmten Rechtsfrage kann abgeändert werden. Die Grenzziehung zwischen Gewohnheitsrecht und Gerichtspraxis ist schwierig und fließend.

Verhältnis zu Übung / Ortsgebrauch nach ZGB 5 II:

Sinn der Verweisung auf Übung und Ortsgebrauch ist es, den partikulären Auffassungen und Gewohnheiten Raum zu geben. Übung und Ortsgebrauch kommen nicht als sekundäre Rechtsquelle, sondern nur als mittelbares eidgenössisches Gesetzesrecht zur Anwendung.

d. Lückenfüllung durch Richterrecht (modo legislatoris)

Regelbildung:

Bei einer (echten) Gesetzeslücke hat der Richter nach ZGB 1 II nach der Regel zu entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde (er entscheidet modo legislatoris).

- ⇒ Er hat daher eine allgemeine Regel, eine generelle und abstrakte Norm, zu bilden.
- ⇒ Diese Regelung wendet er dann auf den individuellen und konkreten Einzelfall an.

Elemente der Regelbildung:

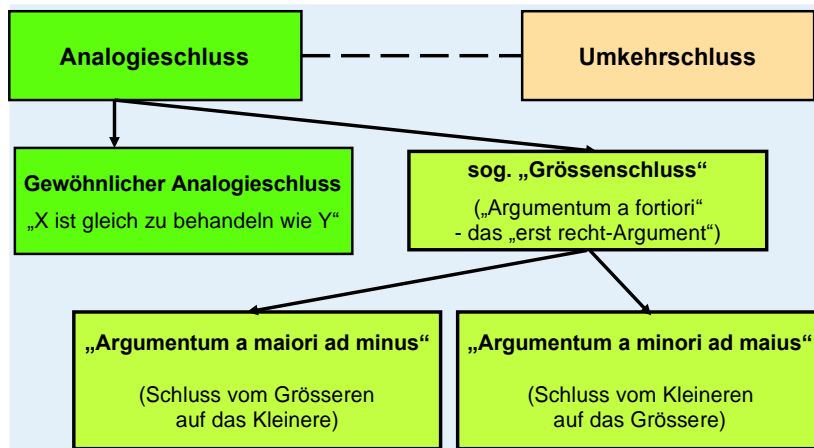
1. Eruierung der Interessenlage
2. Kritische Würdigung und Abwägung der verschiedenen Interessen
Entscheidend sind die massgebenden typischen Verhältnisse, die typische Interessenlage. Es darf aber nicht auf die Interessen im Einzelfall abgestellt werden.
 - Berücksichtigung des realistischen Gesichtspunkt der Praktikabilität
Die Norm soll einfach zu handhaben sein, muss praktikabel sein.
 - Berücksichtigung von ethischen Gesichtspunkten
Die Regel muss dem Gerechtigkeitspostulat genügen und sachlich überzeugend sein.
 - Berücksichtigung der Rechtssicherheit
Berechenbarkeit muss gegeben sein. Nur so sind die Anforderungen der Rechtssicherheit erfüllt.

Ein anderes Vorgehen / andere Methoden zur Lückenfüllung (insbesondere ein kasuistisches Vorgehen) sind dem Richter verwehrt.

Analogieschluss = Bedeutung des bestehenden Gesetzesrechts:

- ⇒ *Analogieschluss demnach sowohl Bedeutung bei der Auslegung wie auch bei der Lückenfüllung!*

Der Richter ist an das bestehende Gesetzesrecht gebunden. Er schafft nicht ein neues Ganzes, sondern vervollständigt nur ein gegebenes. Er hat darauf zu achten, dass er keinen Widerspruch zum bestehenden Recht schafft. Die Lücke muss möglichst so gefüllt werden, dass nicht erkennbar ist, dass der Richter anstelle des Gesetzgebers die Regelung vorgenommen hat. Dies erreicht er durch den Analogieschluss, womit er die Lösung eines vergleichbaren Rechtsproblems auf einen von dieser Regelung nicht erfassten, auch sonst nicht rechtlich geregelten, aber in wesentlicher Beziehung gleichen Tatbestand überträgt. Die übernommenen Lösungen stammen vom Gesetzgeber. Im Drei-Bereich-Modell werden somit ausnahmsweise auch negative Kandidaten subsumiert. Grundlagen für den Analogieschluss finden sich im positiven Gleichheitssatz (BV 8) sowie im Willkürverbot (BV 9).



*Beispiel für "Argumentum a maiori ad minus":
Wenn das ganze Testament widerrufen werden kann, ist erst recht auch der Widerruf einzelner Teile möglich.*

*Beispiel für "Argumentum a minori ad maius":
Wenn Hunde in der Uni verboten sind, sind Bären erst recht verboten.*

Der Analogieschluss ist jedoch stets sorgfältig auf seine Eignung für die Regelung der konkreten Rechtsfrage zu überprüfen. Besteht keine Möglichkeit eines Analogieschlusses, orientiert sich der Richter am Geist der Rechtsordnung. Ist ein Gesetzgebungsverfahren bereits abgeschlossen, das eine Lücke im geltenden Recht füllen soll, kommt diesem neuen, noch nicht in Kraft getretenen Gesetzestext eine besondere Bedeutung zu.

Bedeutung einer bevorstehenden Gesetzesrevision:

Bei der Lückenfüllung ist eine bevorstehende Gesetzesrevision nur mit Zurückhaltung zu berücksichtigen. Aufgrund des Umkehrschlusses kann sich auch aufdrängen, eine in Aussicht stehende Neuregelung noch nicht zu berücksichtigen, da diese noch nicht ins bisherige rechtliche Umfeld passt.

Schwierigkeiten bei der Regelbildung:

Bei der Füllung echter Lücken fällt es oft schwer, die typischen, generellen von den atypischen, besonderen Aspekten des Einzelfalls zu trennen. Bei gesellschaftspolitischen brisanten Interessenlagen ist Zurückhaltung geboten. Die kontroverse Bewertung verlangt eine Entscheidung, die an sich Sache des Gesetzgebers wäre. Eine konkrete Lösung des Interessenkonfliktes kann zu einer befriedigenden Lösung im Einzelfall führen, kann aber bestehendem Gesetzesrecht widersprechen und damit untauglich sein.

e. Richterliche Billigkeitsentscheidung gemäss ZGB 4

- ⇒ Bei Lücken intra legem ist gemäss ZGB 4 kasuistisch vorzugehen, mittels Billigkeitsentscheid
- ⇒ Richter berücksichtigt alle objektiv relevanten Umstände

Richterliches Ermessen:

Gesetze abstrahieren und können nicht alle konkreten Fragen im Voraus beantworten. Eine generell-abstrakte Regel kann deshalb im Einzelfall zu einem sachlich unangemessenen Ergebnis führen. Deshalb bestehen Ermessensspielräume.

Gemäss ZGB 4 hat der Richter nach "Recht und Billigkeit" zu entscheiden. Unter Berücksichtigung aller objektiv relevanten Umstände ist ein möglichst sachgerechtes Urteil zu fällen. Damit wird materielle Gerechtigkeit punktuell verwirklicht.

Der Richter wird damit zu einem kasuistischen Vorgehen angehalten. Die individuelle und konkreten Interessenlage und die besonderen Umstände und damit der konkrete Fall in seiner Einmaligkeit und Besonderheit sind zu würdigen.

Anwendungsbereich:

- "Ermessen"
Zahlreiche Bestimmungen verweisen auf das "Ermessen", wobei auf vom "freien" oder "billigem Ermessen" die Rede ist. Nicht immer wird dabei aber auf ZGB 4 verwiesen. Die Bestimmungen verlangen vielmehr eine Beweiswürdigung nach freiem Ermessen.
- "Würdigung der Umstände"
Beachtung des Einzelfalls verlangt.
Bsp.: Angemessen, erheblich, verhältnismässig, gerechtfertigt, gebührend, nötig, ...
- "Würdigung der Umstände"
Gemeint ist die Massgeblichkeit der Umstände. "Besondere Umstände" oder "ausserordentliche Umstände" fallen ebenfalls unter ZGB 4.
- "Wichtige Gründe"
- Weitere Anwendungsfälle
Es ist durch Auslegung zu ermitteln, ob ein gewisser Ausdruck eine besondere Beachtung des Einzelfalls verlangt.
Bsp.: Angemessen, erheblich, verhältnismässig, gerechtfertigt, gebührend, nötig, ...
- Besondere Rechtsinstitute
Gewisse Rechtsinstitute (Renten, Pensionen und Unterhaltsbeiträge aller Art) fordern aufgrund ihrer Natur einen Billigkeitsentscheid, selbst wenn dies im Gesetz nicht angedeutet wird.

Tatbestands- und Rechtsfolgeermessen:

Art des Ermessens	Tatbestandsermessen	Rechtsfolgeermessen
Unterscheidungskriterium	Gesetzgeber hat auf eine vollständige Regelung des Tatbestandes verzichtet: die nach Recht und Billigkeit zu füllende Lücke befindet sich auf der Tatbestandsseite.	Gesetzgeber regelt den Tatbestand vollständig, verzichtet aber auf eine eindeutige Bestimmung der Rechtsfolge: die Lücke findet sich auf der Rechtsfolgeseite.
Beispiele	ZGB 30 I (wichtiger Grund)	OR 50 II, 52 II
Weitere Unterteilung	-	◆ Entschliessungsermessen (z. B. ZGB 126 II, OR 54 I) und ◆ Auswahlermessen (z. B. aZGB 146 I)
Bedeutung der Unterscheidung	Privatrecht: Die Unterscheidung spielt grundsätzlich keine Rolle. Entscheidend ist, ob eine Lückenfüllung nach Massgabe von ZGB 4 verlangt wird, nicht, ob sich die Lücke auf der Tatbestands- oder Rechtsfolgeseite einer Norm befindet. Verwaltungsrecht: Grosse praktische Tragweite. Nur das Rechtsfolgeermessen unterliegt der eingeschränkten verwaltungsjustizlichen Überprüfung (Ermessensüber- und -unterschreitung, Ermessensmissbrauch). Die unbestimmten Rechtsbegriffe auf der Tatbestandsseite werden als Frage der Auslegung behandelt und unterliegen grundsätzlich der vollen gerichtlichen Kognition (wenn sich das BGer auch hier u.U. eine gewisse Zurückhaltung auferlegt; BGE 107 Ib 116, 104 Ib 108 ff.).	

Schranken der Ermessensausübung:

- Pflichtgemässe Ermessensausübung
"Gerichtliches Ermessen" bedeutet nicht, dass der Richter freie Hand in seiner Entscheidung hat. Der Richter muss sich in den Schranken bewegen, die ihm vom Gesetz und der Rechtsordnung insgesamt gezogen werden.
- "Innergesetzliche" Schranken
Vorab ist zu prüfen, ob überhaupt eine Lücke besteht. Ermessenbetätigung, wo kein Ermessen besteht, bedeutet eine klare Normverletzung.
Besteht ein Ermessensspielraum, darf der Entscheid nicht Zweck, Inhalt und Umfang der eingeräumten Ermächtigung zuwiderlaufen oder gegen die dem Gesetz zugrunde liegenden Zielsetzungen und Wertungen verstossen. Ansonsten liegt eine Ermessensüberschreitung bzw. ein Ermessensmissbrauch vor.
- "Übergesetzliche" Schranken
Der Richter ist auch an Verfassungs- und Völkerrecht gebunden. Von besonderer Bedeutung sind die Verbote der materiellen und formellen Rechtsverweigerung.
Bsp.: Rechtsgleichheitsverbot - BV 8, Willkürverbot - BV 9, Begründungspflicht - BV 29 II
- Prozessuales
Es ist umstritten, inwieweit Ermessensentscheide im Berufungsverfahren überprüft werden dürfen. Beim Vorliegen qualifizierter Ermessensfehler nimmt das Bundesgericht von seiner Prüfungsbefugnis Gebrauch.

f. Hilfsmittel bei Auslegung und Lückenfüllung

Gemäss ZGB 1 III hat der Richter in verbindlicher Weise die "bewährte Lehre und Überlieferung" bei all seinen Tätigkeiten zu berücksichtigen.

Bewährte Lehre (=Rechtswissenschaft / Doktrin):

- Bewährtheit der Lehre
"Bewährt" ist nicht historisch zu verstehen. Auch ist die allgemeine Anerkennung nur ein wichtiges Indiz für die Bewährtheit. Entscheidend ist jedoch die sachliche Richtigkeit, die sachliche Überzeugungskraft einer bestimmten Lehrmeinung.
Bei der gebundenen Rechtsfindung (Auslegung) wird diejenige Lehrmeinung herbeigezogen, welche im Einklang mit dem Sinn der auszulegenden Gesetzesbestimmung steht. Bei der Lückenfüllung hingegen wird primär die sachliche Angemessenheit angestrebt.
- Berücksichtigungs-, nicht Befolgungspflicht
Der Richter hat sich mit der bewährten Lehre auseinanderzusetzen, sie soll ihm als Mittel zur Orientierung bieten. Es besteht jedoch keine Befolgungspflicht, der Richter hat seine Rechtsfindung in jedem Fall zu begründen.
- Beitrag der Lehre zur Gesetzesauslegung und schöpferischen Rechtsfortbildung
 - Sichtung und öffentliche Besprechung der Gerichtspraxis
 - Konkretisierung von Generalklauseln
 - Bildung von allgemeinen Grundsätzen
 - Negativer Einfluss
 - Bedeutung der Lehre vor allem im dogmatischen Bereich, nicht auf dem Gebiete rechtspolitischer Wertungen

Bewähre Überlieferung:

- Allgemeines
Mit "Überlieferung" ist primär der Gerichtsgebrauch gemeint. Aber auch die Praxis der Verwaltungsbehörden und "Übung und Ortsgebrauch".
Massgebend ist die innere Überzeugungskraft der einem Präjustiz zugrunde liegenden Argumente.

- Zulässigkeit von Praxisänderungen
Die Änderung der Rechtsprechung ist nur dann mit dem Rechtsgleichheitsgebot vereinbar, wenn ernsthafte und sachliche Gründe für die neue Praxis sprechen.
Die Praxisänderung muss gründlich erfolgen. Die neue Praxis muss wegleitend sein für alle zukünftigen gleichartigen Sachverhalte. Bei Schwenkentscheiden wird jedoch kurze Zeit nach der Rechtsprechungsänderung wieder zur bisherigen Praxis zurückgekehrt.
Mittels Interessenabwägung ist zu entscheiden, ob die Anwendung des objektiven Rechts oder die Wahrung der Rechtssicherheit bevorzugt werden soll.
Bei der Auslegung bzw. Ergänzung formeller Bestimmungen (Normen, welche Modalitäten der Entstehung und Geltendmachung von Rechten regeln) besteht ein grundsätzlicher Vorrang der Rechtssicherheit. Das Vertrauen in eine bestimmte Praxis genießt insofern Schutz, dass dem Rechtssuchenden durch die Praxisänderung keine Rechtsnachteile erwachsen dürfen.
- Beschränkte Befolgungspflicht
 - Gebundene Rechtsfindung (Auslegung):
Der Richter darf bei seiner Auslegung von einem Präjudiz abweichen, wenn dieses im Widerspruch zum sinngemäss ausgelegten Gesetz steht. Dabei hat er den Nachweis zu erbringen, dass die bisherige Praxis unrichtig war und eine Auslegung vorzunehmen, um dem Irrtum zu korrigieren.
 - Freie Rechtsfindung (Lückenfüllung):
Grundsätzlich besteht aufgrund des Rechtssicherheitsgebots eine Befolgungspflicht. Nur bei Vorliegen neuer rechtsrelevanter Gesichtspunkte kann neues Richterrecht geschaffen werden:
 - Wandel der Interessenwertungen
 - Veränderung der Realien
 - Wissenschaftlicher Fortschritt
- Bedeutung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im besonderen
Die BGEs haben aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit generelle Tragweite. Das BGer hält regelmässig an seinen Präjudizien fest. Befolgung ist die Regel, Abweichung die Ausnahme.
Die vom BGer durch richterliche Rechtsfindung ermittelten Normen werden in der Regel dem veröffentlichten Urteil in allen drei Amtssprachen vorangestellt (Regesten). Es werden nur diejenigen Urteile in der amtlichen Sammlung publiziert, welche von präjudizieller Bedeutung sein könnten. Praxisänderungen werden meist als solche angekündigt.
Obiter dictum (Rechtsausführungen zur Urteilsfindung, auf der das Urteil aber nicht beruht) sind grundsätzlich unbeachtlich, aber nicht bedeutungslos.
Die kantonalen Gerichte richten sich regelmässig nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.
Die Rechtsprechung des BGer wird zum Gegenstand der Kodifikation.

Weitere Hilfsmittel:

- Rechtsvergleichung
Die Antworten des Gesetzgebers auf bestimmte Rechtsfragen in verschiedenen Rechtsordnungen sollen würdigend und problematisierend gegenübergestellt werden. Die Rechtsvergleichung geschieht vor allem in jenen Rechtsgebieten, wo eine zunehmende Tendenz zur Universalität besteht. Dabei muss jedoch berücksichtigt werden, dass ein verschiedener soziokultureller oder historischer Hintergrund besteht.
- Rechtsgeschichte
Die Rechtsgeschichte hilft zur Bewältigung einzelner konkreter Probleme. Zudem erklärt sie das überlieferte Recht. Sie hat jedoch auch eine verunsichernde Funktion gegenüber juristischem Dogmatismus.

ABGRENZUNGEN ZU GESETZESAUSLEGUNG UND LÜCKENFÜLLUNG

a. Zweiseitige Willenserklärungen

Auslegungsstreit:

Ein Vertrag ist unstreitig zustande gekommen. Über dessen Inhalt besteht jedoch Uneinigkeit.

Lösung des Auslegungsstreits / Auslegung:

1) Feststellen des tatsächlichen, übereinstimmenden Parteiwillens (OR 18)

Dazu werden folgende Auslegungselemente/-mittel beigezogen:

- Wortlaut
- "Umstände" (Verhalten der Parteien vor und nach Vertragsschluss)
- Verkehrsübung, Handelsbräuche usw.
- Vertragszweck ("teleologische Vertragsauslegung")
- Gesetzeskonforme bzw. "vernünftige" Auslegung
- Begleitumstände des Vertragsschlusses (insbes. bei konkludentem Vertragsschluss)

2) ansonsten, Vertrauensprinzip (ZGB 2)

Ist eine tatsächliche Willensübereinstimmung nicht nachweisbar, ist in einem zweiten Schritt zu fragen, in welchem Sinn die Erklärung in der konkreten Situation vom aufmerksamen Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben verstanden werden durfte. Für die Auslegung nach Vertrauensprinzip sind dieselben Kriterien/Indizien massgebend wie im Zusammenhang mit der Erforschung des tatsächlichen Parteiwillens.

Das Gericht fragt nun aber, ob der Erklärungsempfänger diese Indizien nach Treu und Glauben korrekt gedeutet hat. Unter Umständen muss hier auf die Unklarheitsregel zurückgegriffen werden. Unklarheiten werden zu Ungunsten derjenigen Partei ausgelegt, die sich unklar geäußert hat.

Während ein Gesetz ein Regelwerk darstellt, welches für alle gilt, gelten die Regeln eines Vertrages nur für diejenigen, die sich darauf eingelassen haben.

Gesetzesauslegung	Vertragsauslegung
Vor der Auslegung ist zu prüfen, ob die Norm rechtsgültig und wirksam ist.	Vor der Auslegung ist zu prüfen, ob der Vertrag überhaupt gültig zustande gekommen ist (Konsensstreit, OR 20 ff., ZGB 27)
Gegenstand der Auslegung ist nie der subjektive Wille des historischen Gesetzgebers oder des Rechtsanwenders. Ziel der Auslegung ist die Ermittlung des objektiven Sinns der Norm, der „ratio legis“. Im Normalfall ist zudem nach der entstehungszeitlichen Methode vorzugehen (= objektiv-historische Methode).	Gegenstand der Auslegung ist in erster Linie die Ermittlung des wirklichen Parteiwillens. Nur wenn sich der wirkliche Parteiwille nicht ermitteln lässt, ist nach dem Vertrauensprinzip (objektiv) auszu-legen. Bei der Auslegung ist auf den Zeitpunkt des Vertrags-schlusses abzustellen.
Der subjektive Wille des historischen Gesetzgebers ist unbeachtlich und deshalb nicht zu ermitteln.	Der tatsächliche Parteiwille (1. Auslegungsschritt) ist mit folgenden Mitteln zu erforschen: <ul style="list-style-type: none"> • Wortlaut des Vertrages • Verhalten der Parteien vor und nach Vertragsschluss • Verkehrsübung, Handelsbräuche • Vertragszweck • Gesetzeskonforme bzw. „vernünftige Auslegung“ • Begleitumstände des Vertrages

<p>Die Auslegung hat ihren Ausgangspunkt zwar im Wortlaut, aber auch bei scheinbar klarem Wortlaut ist stets nach Sinn und Bedeutung der gesetzgeberischen Anordnung zu fragen (vgl. Art. 1 Abs. 1 ZGB).</p> <p>Eine Auslegung entgegen dem klaren und unzweideutigen Wortlaut fällt nur ausnahmsweise in Betracht, nämlich wenn triftige Gründe dafür sprechen, dass der klare Wortlaut den wirklichen Sinn der Norm nicht wiedergibt.</p>	<p>Auch bei scheinbar eindeutigem Vertragstext ist auszulegen (vgl. Art. 18 OR).</p> <p>Das Abweichen vom Wortlaut ist – sofern ein abweichender tatsächlicher Parteiwille nachgewiesen ist – an sich unproblematisch (Zulässigkeit der Simulation)</p>
<p>Die Frage, wie ein Gesetz auszulegen ist, ist immer „Rechtsfrage“ und kann deshalb vom Bundesgericht überprüft werden.</p>	<p>Die Frage nach dem tatsächlichen Parteiwillen ist nicht Rechts-, sondern „Tatfrage“ (d.h. eine Frage des massgeblichen Sachverhalts), weshalb das BGE an die Feststellungen der Vorinstanz gebunden ist, sofern der Sachverhalt nicht geradezu willkürlich festgestellt wurde.</p>
<p>Die „ratio legis“ (objektiver Sinn der Norm) ist mit Hilfe folgender Auslegungselemente zu ermitteln:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Grammatisches Element • Systematisches Element (evtl. auch formale Auslegungsregeln) • Teleologisches Element • Historisches Element (Entstehungsgeschichte) • Realistisches (soziologisches) Element • Verfassungskonforme Auslegung 	<p>Die Vertragsinterpretation nach dem Vertrauensprinzip erfolgt mit Hilfe folgender Auslegungselemente:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Wortlaut • Verhalten der Parteien vor und nach Vertragsschluss • Vertragszweck • Verkehrsübung, Handelsbräuche • Gesetzeskonforme Auslegung • „vernünftige“ Auslegung • Begleitumstände • Evtl. formale Regeln (in dubio contra stipulatorem...)

Stufen der Gesetzes- & Vertragsauslegung:

- Bei der Gesetzesauslegung: 1 Stufe
 1. Ermittlung des objektiven Sinn einer Norm
- Bei der Vertragsauslegung: 2 Stufen
 1. Ermittlung des Parteiwillens
 2. Vertrauensprinzip, Ermittlung des objektiven Sinn

Lücken & Lückenfüllung bei Verträgen:

Eine Vertragslücke liegt vor, wenn die Parteien eine Rechtsfrage, die den Vertragsinhalt betrifft, nicht oder nicht vollständig geregelt haben. Ob der Vertrag in diesem Sinne einer Ergänzung bedarf, ist vorerst durch empirische, bei deren Ergebnislosigkeit durch normative Auslegung (nach Vertrauensprinzip) zu ermitteln.

Lücken findet man damit durch Auslegung, wobei die Abgrenzung zwischen Auslegung und Lückenfüllung schwer zu ziehen ist.

Abgrenzung Auslegung / Vertragsergänzung:

– Vertragslücke

Waren sich die Parteien in der betreffenden Frage tatsächlich nicht einig, so liegt keine Lücke vor, sondern der Vertragsinhalt richtet sich nach der Vorstellung derjenigen Partei, die den Schutz des Vertrauensprinzips genießt.

Besteht auch kein normativer Konsens (nach Vertrauensprinzip) hinsichtlich des konkreten Vertragsinhalts, stellt sich die Frage, ob der Vertrag lückenhaft ist.

Fehlt es an der Einigung in einem objektiv wesentlichen Vertragspunkt, so ist nach OR 1 I kein Vertrag zustande gekommen. Wo kein Vertrag besteht, gibt es auch nichts zu ergänzen.

Eine Vertragsergänzung kommt damit nicht in Betracht. Dies gilt selbst dann, wenn die Parteien nur um den Inhalt des Vertrages (und nicht dessen Zustandekommen) streiten. Objektive wesentliche Punkte können nicht ergänzt werden.

Sind die Parteien der Meinung, der Vertrag sei zustande gekommen & alle objektiv wesentlichen Punkte sind gedeckt, ist eine Lückenfüllung in subjektiven Punkten möglich.

– Lückenfüllung

- 1) durch dispositives Gesetzesrecht
- 2) durch Gewohnheitsrecht
- 3) durch das Gericht mit einer von ihm selbst gesetzten Regel. Dabei entscheidet der Richter nicht im modus legislatoris. Er erlässt vielmehr eine Bestimmung bezüglich der Vertragsparteien, wobei der Einzelfall gewürdigt wird. Es ist zu fragen, was die Parteien nach Treu und Glauben vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Punkt in Betracht gezogen hätten. Bei der Feststellung dieses **hypothetischen Parteiwillens** hat er sich am Denken und Fühlen vernünftiger und redlicher Vertragspartner sowie an Wesen und Zweck des Vertrages zu orientieren.

Beispielfall Kündigungsfrist:

Ein Arbeitsvertrag wurde mit einer Probezeit von 3,5 Monaten abgeschlossen, während dessen eine Kündigungsfrist von 1 Woche gelten soll. Für die Zeit nach der Probezeit soll die Kündigungsfrist auf 6 Monate erhöht werden. Die Höchstdauer einer Probezeit beträgt jedoch 3 Monate. Welche Kündigungsfrist besteht nun nach 3 Monaten, aber noch vor 3,5 Monaten?

- Es liegt eine Vertragslücke vor!
- Vertreter des Arbeitnehmers: Probezeit endet nun früher als gedacht. Damit beginnt die ordentliche Anstellung früher, weshalb Kündigungsfrist von 6 Monaten gilt.
- Vertreter des Arbeitgebers: Hätten die Parteien gewusst, dass die Probezeit höchstens 3 Monate dauern darf, hätten sie für den halben Monat danach die kürzeste Kündigungsfrist gewählt, die nur möglich ist. Dies ist nur 1 Monat.
- Es gilt eine Kündigungsfrist von 1 Monat!

Gesetzeslücken	Vertragslücken
Keine Lücke bei „qualifiziertem Schweigen“	Keine Lücke bei „qualifiziertem Schweigen“ (insbes. als stillschweigendem Verweis auf das Gesetz). Keine Lücke liegt vor, wenn das Gesetz eine zwingende Regelung bereithält.
Rechtsgrundlage: Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB	Rechtsgrundlage: Art. 2 Abs. 1 ZGB (Handeln nach Treu und Glauben)
Gesetzeslücke als „ planwidrige Unvollständigkeit “	Vertragslücke als „ Normalfall “
Feststellung der Lücke setzt Gesetzesauslegung voraus.	Feststellung der Lücke setzt Vertragsauslegung voraus. Problematik konkludenter Vertragsschlüsse.
Grundsätzlich keine Gesetzeskorrektur , ausser die Voraussetzungen von Art. 2 Abs. 2 ZGB seien erfüllt.	Grundsätzlich keine Vertragskorrektur , wenn der Vertrag als „ungerecht“ erscheint.
Grundsätzlich keine Anpassung an veränderte Gegebenheiten mittels unechter Lücke/Lückenfüllung (Zuständigkeit des Gesetzgebers) „Unechte Lücke“; darf nur bei Vorliegen von Rechtsmissbrauch (Art. 2 Abs. 2 ZGB) angenommen werden.	Anpassung des Vertrages an veränderte Verhältnisse unter engen Voraussetzungen möglich („ <i>clausula rebus sic stantibus</i> “). H.L. orientiert sich am Rechtsmissbrauchsverbot.

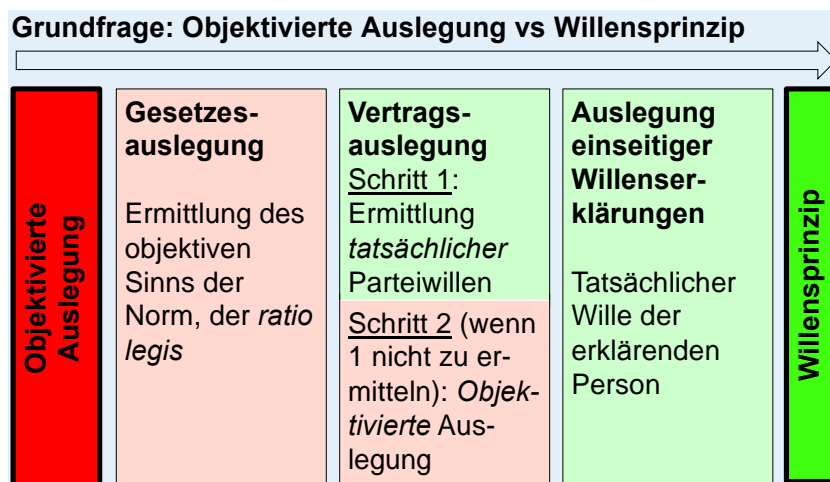
<p>Gesetzeslücken muss der Richter füllen (Rechtsverweigerungsverbot), auch wenn es an einer bedeutsamen Norm fehlt. Ausnahmen: Strafrecht, Steuerrecht</p>	<p>Keine Vertragsergänzung bei objektiv wesentlichen Vertragspunkten: Sind diese nicht geregelt, so ist überhaupt kein (ergänzungsbedürftiger) Vertrag zustande gekommen (Abgrenzung Konsens – Vertragslücke).</p>
<p>Lückenfüllung durch:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Gewohnheitsrecht • Richterliche Regelbildung <p>Methodisches Vorgehen vom Gesetz vorgegeben.</p>	<p>Vertragsergänzung durch:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Dispositives Gesetzesrecht, sofern dieses für das konkrete Vertragswerk „passt“; d.h. Lückenfüllung durch Subsumtion unter generell-abstraktes Gesetzesrecht • Vertragsergänzung nach „kasuistischer Methode“ (selten: richterliche Regelbildung) <p>Methodisches Vorgehen in der Lehre umstritten!</p>
<p>Die gerichtliche Regelung muss in die vom Gesetz vorgegebenen Wertungen passen, d.h. mit dem Gesetz harmonieren.</p>	<p>Die Vertragsergänzung muss in den bestehenden Vertrag passen, d.h. mit diesem harmonieren.</p>

Auslegung / Lückenfüllung bei formbedürftigen Verträgen:

- Auslegung: Bezüglich der Auslegung besteht kein grundsätzlicher Unterschied zwischen formfreien und formbedürftigen Rechtsgeschäften. Es wird ganz unbefangen ausgelegt. Die in OR 18 I verankerte Auslegung nach dem Willensprinzip gilt daher uneingeschränkt auch für formbedürftige Verträge.
- Lückenfüllung: Ist der formbedürftige Vertrag, so wie er vereinbart wurde, formungültig, ist jede Vertragsergänzung ausgeschlossen, da kein Vertrag entstanden ist. Anderenfalls ist die Ergänzung eines formgültigen Vertrages zulässig, auch wenn die Vertragslücken einen Punkt betrifft, der formbedürftig gewesen wäre, falls die Parteien ihn selbst geregelt hätten.

b. Einseitige Willenserklärungen

Einseitige Willenserklärungen setzen keine Willensübereinstimmung (Konsens) zweier Parteien voraus. Nur eine Partei muss ihren Willen äussern. Bei Rechtsgeschäften von Todes wegen tritt die Besonderheit hinzu, dass es sich nicht um Verkehrsgeschäfte handelt. Deshalb ist zu klären, ob dies zu Besonderheiten bei der Auslegung bzw. Lückenfüllung solcher Rechtsgeschäfte führt.



Auslegungsgrundsatz: Willensprinzip

Für die Auslegung einseitiger Rechtsgeschäfte bzw. Willenserklärungen ist immer auf den tatsächlichen Willen der Person abzustellen.

Auslegung von Testamenten:

Das Testament als einseitiges Rechtsgeschäft ist nach dem Willensprinzip auszulegen: Zweck und Aufgabe der Testamentsauslegung ist es somit, den wahren (wirklichen) Willen des Erblassers zu ermitteln.

Es ist damit nicht auf vertrauenstheoretische Gesichtspunkte abzustellen. Der Vertrauensschutz greift nicht!

– Beachtung von Externa

- Familienverhältnisse und persönliche Beziehungen
- Beruf und Bildungsstand, Sprach- und Schreibgewohnheiten
- Religion, Weltanschauung, politische Haltung
- Ansichten, Meinungen, Liebhabereien, Gewohnheiten
- Herkunft, Lebensgeschichte, Erfahrungen, Ereignisse
- Der Vermögensstand
- Andere Verfügungen von Todes wegen
- Eigene Aussagen des Erblassers über den Inhalt oder den Sinn der Verfügung sind als Externa dann beachtlich, wenn sie einen Rückschluss auf seinen Willen bei deren Errichtung zulassen.

Bsp.: Mann errichtete 1921 ein Testament, worin er seine Verlobte begünstigte. Sollte sie einen Dritten heiraten, wäre der Kanton Wallis Erbe. Diese Bestimmung erliess der Mann, da er dachte, bald zu sterben. Es kam jedoch nicht zum Todesfall, er überlebte seine Verlobte/Verheiratete. Der Kanton Wallis möchte nun das Erbe antreten. Der Mann hatte jedoch im Laufe seiner Jahre die Ansicht entwickelt, dass der Kanton öffentliche Gelder verschwendet. Zwischenzeitlich hatte er noch ein zweites Testament, welches er jedoch durch ein drittes aufhob. Es ist davon auszugehen, dass der Mann jegliches Testament aufheben wollte und nicht den Kanton Wallis als Erben gelten lassen möchte! Erbe geht an gesetzliche Erben!

– Formale Regeln

- Vermutung, dass Gewolltes und Gesagtes übereinstimmen (Wortlaut als primäres Auslegungsmittel)
- Auslegung in favorem testamenti. Es ist jene Auslegungsvariante zu bevorzugen, welche das Testament gültig sein lässt.
- Konversion/Umwandlung einer rechtlich wirkungslosen Anordnung in eine solche, die der Anordnende dem Nichts vorgezogen hätte.
- Vermutung der Übereinstimmung mit dem Intestaterbrecht.
- ZGB 469 III als Reparaturnorm.
- Gesetzliche Auslegungsregeln (ZGB 608 III). So wird eine Teilungsvorschrift anstelle eines Vermächtnisses angenommen.

Lückenhafte Verfügungen von Todes wegen:

Ist eine Lückenfüllung durch das Gericht möglich? Die jüngere Lehre und Rechtsprechung ist relativ grosszügig. Die Problematik besteht jedoch bezüglich der Formstrenge letztwilliger Verfügungen, Testamente sind formbedürftig.

Stiftungsgeschäft:

Das Stiftungsgeschäft ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, welches nicht empfangsbedürftig ist. Das Stiftungsgeschäft beinhaltet die Willensäusserung, die den Willen zum Ausdruck bringt, eine selbstständige Stiftung zu errichten, die Nennung des zu stiftenden Vermögens sowie die Umschreibung des Stiftungszwecks. Die Zustimmung der Organe oder Destinatäre ist nicht nötig, um Rechtswirkung zu erzielen.

Auslegung von Stiftungsstatuten:

Die Auslegung von Stiftungsstatuten erfolgt nach dem Willensprinzip. Massgeblich ist der wirkliche Willen des Stifters, nicht eine objektivierte Auslegung nach dem Vertrauensprinzip!

Für die Auslegung ist wiederum auf dieselben Externas zurückzugreifen, wie bei der Auslegung letztwilliger Verfügungen.

Bsp.: A errichtet mittels Testament eine Stiftung mit folgender Zwecksetzung: «Zweck der Stiftung soll es sein, aus ihren Erträgen die historische Forschung über die Ereignisse, welche zum Zweiten Weltkrieg geführt haben, sowie über den Zweiten Weltkrieg und seine Auswirkungen zu fördern und die Ergebnisse dieser Forschung zu verbreiten. Insbesondere sollen tüchtige Historiker unterstützt werden, die den Begriff der historischen Wahrheit nicht relativieren.»

- *A war ein Nazi! Er wollte durch die Stiftung Propaganda betreiben, was verboten ist! Durch Konsultierung der Externa wird damit klar, dass ein zuerst eindeutig erscheinender Statutentext rechtswidrig ist!*

Statuten, Gesellschaftsbeschlüsse und dergleichen haben oft eine Doppelnatur:

– Gemeinsamkeiten mit Gesetzen

Bei Gesellschaften mit grossem Mitgliederbestand oder wenn eine Relevanz für Dritte besteht, die mit einer juristischen Person Geschäfte abschliessen. Richtet sich die Bestimmungen an Personen, die an ihrer Entstehung nicht beteiligt waren, so hat die Auslegung deshalb nach objektiven Gesichtspunkten zu erfolgen.

➤ Gesetzesinterpretation

Bsp.: Battista Bundi ist seit 11 Jahren in der Bell AG tätig und in der Genossenschaft „Pensionskasse der Bell AG“. Er wird wegen eines Rückenleidens teilinvalid und schliesslich von der Bell AG, die für ihn wegen seiner eingeschränkten Arbeitsfähigkeit keine Verwendung mehr hat, entlassen. Bundi verlangt von der „Pensionskasse der Bell AG“ eine lebenslängliche Invalidenrente. Er macht geltend, nach den massgebenden Statutenbestimmungen habe er, obwohl nur teilinvalid, Anspruch auf eine volle Invalidenrente, weil die Bell AG ihn wegen seiner Invalidität entlassen habe. Die „Pensionskasse der Bell AG“ legt die massgebliche Statutenbestimmung anders aus und will Bundi nur eine Kapitalabfindung bzw. eine Teilrente ausrichten.

- *Bei diesen Statuten handelt es sich um gesetzesähnliche, womit man vom objektiven Parteiwillen ausgeht. Bundi wird geschützt und darf eine volle Invalidenrente verlangen!*

– Bloss interne Wirkung unter den beteiligten Mitgliedern: Vertragsähnlichkeit

Statuten sind dann wie ein Vertrag zu verstehen. Die Auslegung solcher internen Bestimmungen erfolgt deshalb nach den Regeln der Vertragsinterpretation.

- Vertragsinterpretation

AUSLEGUNG UND LÜCKENFÜLLUNG AUSSERHALB DES PRIVATRECHTS

a. Anwendungsbereich von ZGB 1

Eigentlicher Anwendungsbereich von ZGB 1:

- ZGB
- OR (ZGB 7 als Verbindungsnorm, OR ist 5. Teil des ZGB)
- Übriges (Bundes-)Privatrecht (bspw. VGG)

Keine formelle Anwendung von ZGB 1:

- Im kantonalen Privatrecht (bspw. EG (Einführungsgesetze) zu ZGB oder OR)
- Im öffentlichen Recht des Bundes und der Kantone (inkl. Steuer- & Sozialversicherungsrecht)
- Im Strafrecht
- Im Verfahrensrecht
- Bei der Auslegung des Verfassungsrecht

Regel:

ZGB 1 kann auf andere Rechtsgebiete übertragen werden, unter Berücksichtigung von deren Besonderheiten. Damit ist die Übertragung der Auslegungsmethoden grundsätzlich unproblematisch. Gleiches gilt für die Lückensystematik des Privatrechts. Die Auslegungselemente können in allen Rechtsgebieten gebraucht werden, sämtliche Normen sind auslegungsbedürftig. Auch Lücken identifizieren darf man überall uneingeschränkt. Die Lückenfüllung ist im Verwaltungs-, Verwaltungsverfahren-, Prozess- und Sozialversicherungsrecht grundsätzlich mittels ZGB 1 zulässig, kann in Ausnahmefällen aber in verschiedenen Bereichen ausgeschlossen sein.

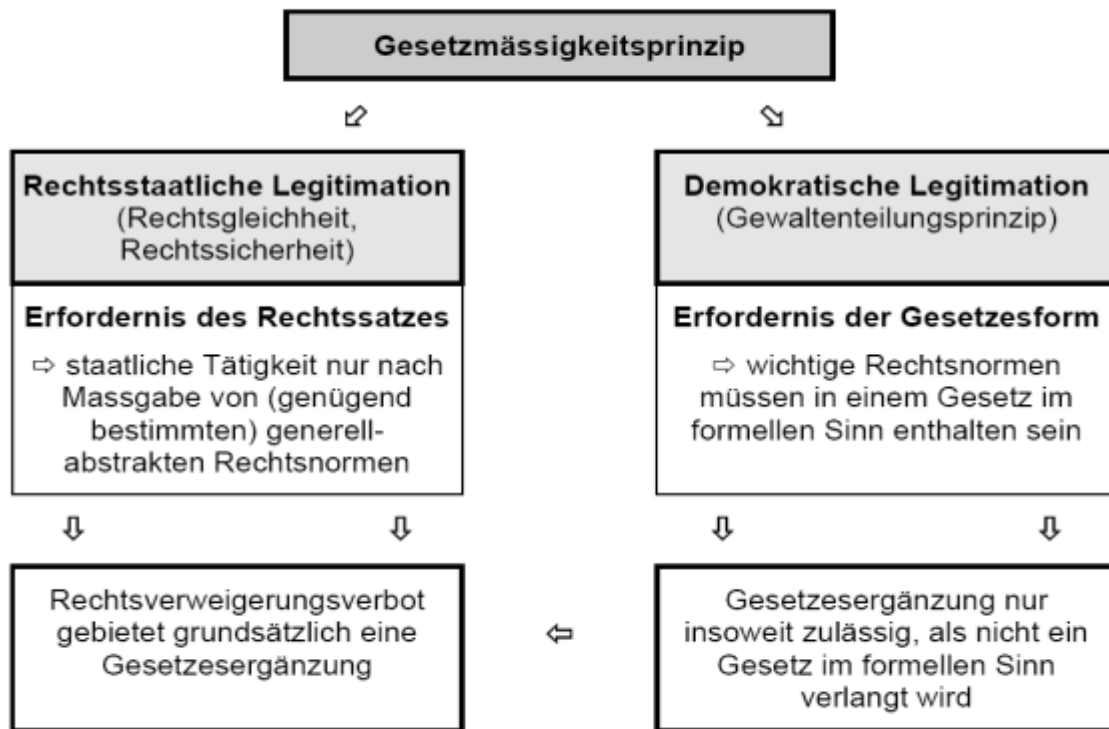
Ausnahme betreffend Lückenfüllung:

Die Anwendung von ZGB 1 (oder einzelner Aspekte dieser Bestimmung) auf ein anderes Rechtsgebiet kann auch ausgeschlossen sein.

Die Lückenfüllung ist durch das Gesetzmässigkeitsprinzip ausgeschlossen, wo Lehre und Rechtsprechung ein Gesetz im formellen Sinn verlangen. Denn der Richter kann bloss eine generell-abstrakte Norm schaffen, aber keine demokratisch legitimierte Norm!

Deshalb darf es insbesondere bei staatlichen Eingriffen zu keiner Lückenfüllung kommen:

- Steuern, Abgaben, Gebühren
- Eingriff in verfassungsmässig garantierte Freiheitsrechte
- Strafrecht (durch Lückenfüllung können keine Straftatbestände oder Massnahmen geschaffen werden)



b. Auslegung / Rechtsfortbildung im Verfassungsrecht

Auslegung im Verfassungsrecht:

Im Verfassungsrecht ist die Auslegung notwendig.

Bsp.: Art. 21 - Kunstfreiheit

Was ist Kunst? Die Bestimmung scheint verständlich. Man weiss jedoch tatsächlich kaum, was gemeint ist.

Die Tragweite und der Sinn der Norm sind durch Auslegung zu ermitteln.

Besonderes Gepräge der Auslegung des Verfassungsrecht:

- Es bestehen wenig detaillierte, auf das Grundsätzliche ausgerichtete Normen
- Anwendungsfälle sind kaum vorhersehbar
- Das Verfassungsrecht ist in volksnaher, allgemein verständlicher Sprache geschrieben anstelle von wissenschaftlicher Präzision

Zweck der Bundesverfassung von 1999:

Es bestand das Bestreben, das bisherige Verfassungsrecht formal und systematisch möglichst klar festzuhalten. Das Konzept einer blossen "Nachführung" wurde verfolgt. Man wollte keine neue Verfassung schaffen, sondern eine nachgeführte alte.

"Für die Auslegung der neuen Verfassung sind Lehre und Rechtsprechung zur korrespondierenden Norm der alten Verfassung bis auf weiteres gewiss zu Rate zu ziehen – inwieweit aber die alten Auslegungsergebnisse tatsächlich auch auf die neue Verfassung zutreffen, muss im Einzelfall mit spezifischen (und nicht pauschalen) Argumenten geklärt werden." (TSCHANNEN)

Verfassungsauslegung als schöpferischer Vorgang:

- Tendenziell besteht eine grössere Auslegungsfreiheit des Verfassungsauslegers. Aus der alten Verfassung wurde herausinterpretiert, was sich mit der Zeit verändert hatte. In der neuen Verfassung wurden diese Veränderungen angepasst.
- Das Verfassungsgericht hat eine schöpferische, kreative Funktion.
- Dennoch besitzt das Gericht keine vollständige Freiheit. Es ist an die Wertentscheidungen des Gesetz- bzw. Verfassungsgebers gebunden.

Grundsätze der Auslegung im Verfassungsrecht:

- Entstehungszeitliche / geltungszeitliche Auslegung
- Methodenpluralismus
- Rückgriff auf traditionelle Auslegungselemente (ZGB 1 I):
 - Grammatikalisches Element
 - Systematisches Element
 - Historisches Element (Materialien zur alten als auch zur neuen BV)
 - Teleologisches Element
 - Realistisches Element
 - Gesichtspunkt der Praktikabilität

Rechtsfortbildung im Verfassungsrecht:

Es gibt 2 Fallgruppen von richterlicher Verfassungsfortbildung:

- Rechtskonkretisierung innerhalb des Textes (= intra legem)
Die Rechtsfortbildung geschieht durch Anlehnung an eine Verfassungsbestimmung, welche nur als Ausgangspunkt für die richterliche Normbildung dient (= analog einer Generalklausel im Privatrecht).
Bsp.: Der Gleichheitssatz von Art. 4 aBV wurde zu einer eigentlichen Grundlage des schweizerischen Zivil-, Straf- und Verwaltungsprozessrecht.
- Rechtskonkretisierung ausserhalb des Textes (= praeter legem)
Dabei handelt es sich um freie Rechtsschöpfung, ohne dass man sich auf den Verfassungstext abstützt.
Bsp.: Persönliche Freiheit ist heute in BV 10 geregelt. Früher wurde sie als ungeschriebener Grundsatz angenommen.
Bsp.: Andere Grundrechte wurden formell an bestehende Garantien geknüpft, so bspw. die Kunst- und Wissenschaftsfreiheit an die Meinungsfreiheit.

Verfassungskonforme Auslegung gemäss BV 35 I:

Die verfassungskonforme Auslegung ist unproblematisch, wenn

- ein erkennbarer Normgehalt der Verfassung vorliegt, und
- dieser Normgehalt innerhalb des Auslegungsspielraumes (welcher der Wortlaut des Gesetzes zulässt) verwirklicht werden kann

Es ist jedoch kritisch dem Gebot der verfassungskonformen Auslegung nachzukommen, wenn zwar eine deutliche Forderung der Verfassung (insb. der Grundrechte) vorliegt, aber ein deutlicher Gesetzeswortlaut entgegensteht.

Bsp.: ZGB 371 bestimmt, dass unter Vormundschaft jede mündige Person gehört, die zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr oder mehr verurteilt worden ist. Dies ist bezüglich der persönlichen Freiheit unverhältnismässig. Das Bundesgericht hat eine Bevormundung gemäss ZGB 371 als unzulässig erklärt.

Ist der Gesetzeswortlaut Schranke der verfassungskonformen Auslegung?

Art. 190 Massgebendes Recht

Bundesgesetze und Völkerrecht sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend.

Gemäss BV 190 könnte man meinen, man sei an den Gesetzeswortlaut gebunden. Es gibt keine volle Verfassungsgerichtsbarkeit. Um die Schranke zu bodigen, schaffte man verschiedene Lösungsansätze:

- Ausweg über Rechtsmissbrauchsverbot
- Ausweg über Willkürverbot
Im Willkürverbot liegt eine (negative) Gerechtigkeits- und Billigkeitsgarantie.
- Konzept der "unverjährbaren und unverzichtbaren Grundrechte"
Die Grundrechte geniessen einen privilegierten Schutz, so dass sie in jedem Fall einen Vorrang haben.

- Unantastbarkeit des Kerngehalts von Grundrechten
BV 36 IV bestimmt, dass der Kerngehalt eines Grundrechts unantastbar ist. Damit setzt BV 36 IV dem BV 190 eine klare rechtsstaatliche Schranke.

Wie können Konflikte zwischen Grundrechten und Bundesgesetzen in Zukunft gelöst werden?

Gerichte müssen die Normen in erster Linie verfassungs- und/oder konventionskonform auslegen. Wenn eine gesetzliche Bestimmung dem Kerngehalt widerspricht, hat der Richter korrigierend einzugreifen. Bei den übrigen Konflikten zwischen Grundrechten (der BV und/oder der EMRK) und Gesetzen haben die Gerichte die Pflicht, die Nichtübereinstimmung festzuhalten und dies den politischen Behörden mitzuteilen. Die politischen Behörden müssen dann das Gesetz möglichst schnell anpassen, um diese Nichtübereinstimmung zu beseitigen.

Lücken im Verfassungsrecht?

- Keine Lücken im Bereich der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung. Denn alle Kompetenzen, die nicht beim Bund sind, sind bei den Kantonen gemäss BV 42!
- Selten Lücken im Zusammenhang mit der Organisation der Bundesbehörden. Die Organisation ist relativ vollständig geregelt. Es kommt höchstens zu negativen Kompetenzkonflikten, indem niemand zuständig sein möchte.
- Kein Rückgriff auf Lückendogmatik im Zusammenhang mit Grundrechten.

c. Auslegung / Lückenfüllung im Strafrecht

Art. 1

1. Keine
Sanktion
ohne Gesetz

Eine Strafe oder Massnahme darf nur wegen einer Tat verhängt werden, die das Gesetz ausdrücklich unter Strafe stellt.

- ⇒ Nulla poena sine lege (Legalitätsprinzip). Alles was nicht verboten ist, ist erlaubt.
- ⇒ Generalprävention: Strafe kann nur abschrecken, wenn sie vorher angedroht wird.

Die Strafbarkeit kann nur durch Gesetz begründet werden!

- Es benötigt ein formelles Gesetz für Freiheitsentzüge
- Nach h.L. genügt ein materielles Gesetz für andere Strafen

Dies gilt auch für Zwangsnormen, die nicht Strafen i.e.S. darstellen.

Problematik unbestimmter Strafnormen:

Es bestehen unbestimmte Wertbegriffe wie "skrupellos", "verwerflich", "böswillig" usw. Der Nötigungstatbestand ist bspw. in einschränkender Weise auszulegen.

Die Grenze zwischen unbestimmter Strafnorm und gerade noch genügend bestimmter Strafnorm ist schwierig klar zu ziehen.

Auslegung:

Auch im Strafrecht ist die Auslegung unabdingbar und erlaubt. Dabei begrenzt der Sinn, nicht der Wortlaut, die Norm. Die Auslegung im Strafrecht erfolgt nach den gleichen Grundsätzen wie in den übrigen Rechtsgebieten. Auch hier ist das Ziel die Ermittlung der ratio legis.

Es besteht jedoch eine Gefahr einer Berufung auf die "ratio legis". Mit der Berufung auf die "ratio legis" kann man denken, etwas sollte bestraft werden, was noch nicht unter Strafe steht.

Gewohnheitsrecht kann weder eine Strafdrohung schaffen noch bestehende Strafbarkeit verschärfen. Gewohnheitsrecht kann jedoch unter Umständen die Strafbarkeit ausschliessen. So wurde bspw. die Konkubinatiensstrafe nicht mehr angewendet.

Gewohnheitsrecht und Lückenfüllung darf im Strafrecht nur zu Gunsten des Täters erfolgen!

Bsp.: Richter darf aussergesetzlichen Rechtfertigungs- oder Schuldasschiessungsgrund anerkennen.

Lückenfüllung:

Die Schaffung neuer Deliktstatbestände auf dem Wege der Lückenfüllung im Sinne von ZGB 1 II ist nach StGB 1 hingegen ausgeschlossen!

d. Auslegung / Lückenfüllung im Steuerrecht (Abgaberecht)

Das Steuerrecht ist ein Eingriffsrecht.

Das Legalitätsprinzip ist von grosser Bedeutung, da man wissen will, was besteuert wird.

Gemäss BV 127 I sind der Kreis der Abgabepflichtigen (Abgabesubjekt), der Gegenstand der Abgabe (Abgabeobjekt) sowie die Höhe der Abgabe (Bemessungsgrundlage) in einem formellen Gesetz. Eine Lückenfüllung fällt daher ausser Betracht, ausser sie erfolgt zu Gunsten des Abgabepflichtigen.

Im Übrigen gelten grundsätzlich die üblichen Regeln.

Bsp.: Profitiert der Kunstfotograph von Steuererleichterungen?

Es wird fröhlich ausgelegt und Lückenfüllung vorgenommen. Dies ist zulässig, da die Lückenfüllung zugunsten des Steuerpflichtigen wäre. Sie darf jedoch nie zu Ungunsten des Steuerpflichtigen vorgenommen werden!