

## Lücken (I/IV): Schweigen des Gesetzes



- Ausgangspunkt: Das Gesetz, ausgelegt aufgrund der Auslegungselemente, regelt eine bestimmte Frage nicht. Es schweigt.
- Bedeutung des Schweigens
  - qualifiziertes Schweigen: das Fehlen einer Regelung bringt die Rechtslage zutreffend zum Ausdruck  
oder
  - Lücke: eine Regelung ist erforderlich ("planwidrige Unvollständigkeit des positiven Rechts")
- Ermittlung der Bedeutung des Schweigens durch Auslegung der einschlägigen Rechtsnormen



- der Lückenbegriff im Dienst der Gewaltenteilung zwischen Legislative und Judikative
- Zuständigkeit des Gesetzgebers oder des Gerichts
  - allenfalls vom Gesetzgeber zu füllende "Lücke" ("rechtspolitische Lücke") oder
  - vom Gericht zu füllende Lücke ("planwidrige Unvollständigkeit des positiven Rechts")
- Recht und Pflicht des Gerichts, Lücken zu füllen (Art. 1 Abs. 2 ZGB)
- Richterrecht als Rechtsquelle
- Verbot des Füllens "rechtspolitischer Lücken" und von Gesetzeskorrekturen
- Bedeutung der Unterscheidung zwischen Auslegung und Lückenfüllung: vor allem bei abschliessenden gesetzlichen Regelungen

## Lücken (III/IV): Lückenarten



- Lücken *praeter legem* (offene Lücken): das Gesetz, ausgelegt bis an die Grenze des möglichen Wortsinns, enthält eine erforderliche Regelung nicht
- Lücken *intra legem* (Delegationslücken): Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe
- Ausnahmelücken: das Gesetz, ausgelegt aufgrund des Wortsinns, enthält zwar eine Regelung, doch fehlt eine aufgrund seines Zwecks erforderliche Ausnahmeregelung
- Unterscheidung von echten und unechten Lücken

## Lücken (IV/IV): Methode der Lückenfüllung



- "Richter als Gesetzgeber" (Lückenfüllung *modo legislatoris*)
- insbesondere Analogie bei Lücken *praeter legem*
- teleologische Reduktion bei Ausnahmelücken
- "Vorwirkung" von in Vorbereitung befindlichen oder von beschlossenen, aber noch nicht in Kraft getretenen gesetzlichen Regelungen
  - Verbot der echten Vorwirkung

# Kritik der juristischen Methode



- methodologische Kritik
  - Verhältnis von Auslegung und Lückenfüllung
  - Rangfolge der Auslegungselemente und Methodenpluralismus
  
- Kritik am Verständnis des Rechtsanwendungsvorgangs
  - Begründung des gewünschten Ergebnisses?
  - Bedeutung des richterlichen Vorverständnisses (persönlicher Hintergrund, gesellschaftliche und politische Anschauungen)
  - das "voluntative Element" bei der Rechtsanwendung