

Lücken (I/III): 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")

Lücken (II/III): Zuständigkeit der Gerichte



- Zuständigkeit des Gesetzgebers (Legislative) oder der Gerichte (Judikative)
 - 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 (siehe auch Folie 12)
- Verbot des Füllens "rechtspolitischer Lücken" und von Gesetzeskorrekturen
- praktische Bedeutung der Unterscheidung von Auslegung und Lückenfüllung: vor allem bei abschliessenden gesetzlichen Regelungen

Lücken (III/III): Lückenarten und Lückenfüllung



- offene Lücken: das Gesetz, ausgelegt bis an die Grenze des möglichen Wortsinns, enthält eine erforderliche Regelung nicht
 - Lückenfüllung oftmals mittels Analogie (siehe auch Folie 69)
- verdeckte Lücken (Ausnahmelücken): das Gesetz, ausgelegt aufgrund des Wortsinns, enthält zwar eine Regelung, doch fehlt eine aufgrund seines Zwecks erforderliche Ausnahmeregelung
 - Lückenfeststellung durch teleologische Reduktion (siehe auch Folie 69)
- Lückenfüllung "modo legislatoris": "nach der Regel entscheiden, die [das Gericht] als Gesetzgeber aufstellen würde" (Art. 1 Abs. 2 ZGB)

Kritik der juristischen Methode



- **Auslegung und Lückenfüllung**
 - Verhältnis von Auslegung und Lückenfüllung
 - Rangfolge der Auslegungselemente und Methodenpluralismus

- **Beschreibung des Rechtsanwendungsvorgangs**
 - Zusammenspiel von Sachverhalt und Rechtsanwendung
 - Begründung des gewünschten Ergebnisses?
 - Bedeutung des richterlichen Vorverständnisses (persönlicher Hintergrund, gesellschaftliche und politische Anschauungen)
 - das "voluntative Element" bei der Rechtsanwendung