



Lücken (I/IV): Schweigen des Gesetzes



- Ausgangspunkt: Das Gesetz 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 innerhalb des Gesetzes")
- Recht und Pflicht des Gerichts, Lücken zu füllen (Art. 1 Abs. 2 ZGB)
- Richterrecht als Rechtsquelle
- Verbot des Füllens "rechtspolitischer Lücken" und von Gesetzeskorrekturen



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



- "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 Gesetzen



- 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