Inhaltsverzeichnis

Vorwort V

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur XV

I. PROBLEMATISCHE SCHLÜSSE IN DER JURISTISCHEN METHODENLEHRE 1

A. Hermeneutische Rechtsfindung im Speziellen 1

1. Es seien *stets* "sowohl der Wortlaut als auch die Auslegung desselben relevant". Aus Art. 1 Abs. 1 ZGB lasse sich "keine Priorität" des Wortlautes vor der Auslegung ableiten. 1

2. Mit "Wortsinn", "selbst wenn vom 'klaren Wortlaut' die Rede" sei, könne "stets nur Klarheit im Text *und* im Sinn gemeint sein". 5

3. *Auslegung* sei 'die Thematik, ob das, was im Gesetzeswortlaut steht, auch dem Gesetzesinhalt' entspreche. 9

4. "Auslegung" gehe "über die sprachliche Auslegung des Gesetzeswortlautes hinaus". Eine "Unterscheidung in Auslegung und Lückenfüllung" sei abzulehnen. 11

5. Abzulehnen seien *Rangfolgen,* "welche mit 'inneren' oder 'logischen' Vor- beziehungsweise Nachrängen argumentieren; namentlich wo etwa dem 'klaren Wortlaut' materiale Priorität eingeräumt" werde. Es würden alle *spezifischen* Voraussetzungen, die oft für ein Abweichen vom Wortlaut verlangt würden, entfallen, namentlich jene des Rechtsmissbrauchs gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB. 18

6. *"Wertung"* sei die "volitive Seite der Rechtsfindung", sie 'spiele immer mit', wertende Elemente seien "gleichwertig" (gegenüber rational-analytischen Elementen), kognitive und volitive Elemente würden sich 'gegenseitig durchdringen'. Der Richter habe bei der hermeneutischen Rechtsfindung, welche auch das Verstehen des vorgefundenen Gesetzes unter Selbstbeobachtung des Richters impliziere, "sein subjektives Gutdünken, auch durchaus sein Rechtsgefühl" mitzuberücksichtigen und "in Beziehung zu setzen zu dem, was er an anderen Auslegungselementen vorfindet". 21

7. *Praeter legem* operiere Rechtsfindung da, "wo das Gesetz mit seinem Sinn und Zweck keine Antwort" gebe, wird im Zusammenhang mit einer Darstellung verschiedener Rechtsanwendungsbereiche erklärt. 29

8. Bei der Rechtsfindung praeter legem werde das Grundsatzproblem aufgeworfen, ob der Richter überhaupt aktiv werden dürfe. Im Weiteren werden jedoch an die Unterscheidung in Rechtsfindung intra legem und praeter legem *keine klaren unterschiedlichen Folgen* geknüpft. 32

B. Zweifelhafte Schlüsse in der etablierten Methodenlehre im Allgemeinen 36

9. Der Gesetzestext fixiere den Inhalt "regelmässig nicht eindeutig oder jedenfalls nicht endgültig". 36

10. Ein eindeutiger Wortlaut sei eine "recht seltene Konstellation". 39

11. Es ergebe sich "aus der zentralen Regel des Art. 1 ZGB, dass der blosse Wortlaut des Gesetzes nicht unbedingt massgebend" sei (Abs. 1). 40

12. Aus Art. 1 Abs. 2 ZGB ergebe sich, "dass es Gesetzeslücken gibt und wie sie zu füllen sind". 42

13. Das *Analogieverbot,* das für das Strafrecht gelte, sei "in anderen Rechtsbereichen, wie vor allem im Privatrecht, grundsätzlich nicht zu beachten". Es gebe "je nach Rechtsmaterie unter Umständen recht unterschiedliche Auslegungsmethoden". 44

14. Die "Berufung auf etablierte Methodenregeln – die 'Methodenwahl'" erfolge "offenbar ergebnisorientiert sehr unsystematisch". Es wird von *"beinahe grundsätzlicher Grundsatzlosigkeit"* unserer Gerichte in Methodenfragen gesprochen, von "methodologischem 'anything goes'" und "fortgesetztem methodischem Blindflug". 45

15. Bei der juristischen Methodenlehre könne "von den Grundbegriffen der traditionellen Interpretationslehre ausgegangen werden" (gemeint sind vor allem die klassischen Auslegungselemente, nämlich das sprachlich-grammatikalische, das systematische, das historische und das teleologische Element), dies vor allem auch deswegen, weil "die Grundpositionen der traditionellen Me-

thodenlehre ... für den Bereich der eigentlichen Gesetzesauslegung durchaus tragfähig geblieben" seien . 48

a) Überholter Auslegungsbegriff 48

b) Keine klare Unterscheidung von Auslegung und Auszulegendem 50

c) Ausblendung des klaren Anwendungsbereiches 50

d) Kein Einbezug des praktisch wichtigsten Auslegungsargumentes 51

e) Kein Einbezug des wertvollsten und grundlegendsten Auslegungsargumentes 51

16. Der Umstand, dass "der Analogieschluss in Art. 1 ZGB nicht ausdrücklich erwähnt" wird, sei eine "merkwürdige Lückenhaftigkeit unserer Lückenfüllungsregelung". 52

II. FRAGWÜRDIGKEIT DER THEORIEN 54

17. *Entstehungszeitliche oder geltungszeitliche* Interpretation als verfehlte Fragestellung 54

18. Fragwürdigkeit einer Interpretation *nach dem Zweck* des Gesetzes ("teleologische Interpretation") 60

19. *Unzweckmässigkeit einer Einteilung* in "eigentliche Auslegung", "gebundenes Richterrecht" und "gesetzesübersteigendes Richterrecht" 69

a) Abgrenzung zwischen dem Bereich des noch möglichen Wortsinns der Norm und dem Bereich ausserhalb des Wortsinns als sinnvolle Einteilung 69

b) Unzweckmässigkeit der exklusiven Bezeichnung der richterlichen Rechtsfindung ausserhalb des Wortsinnes als Richterrecht 70

c) Unzweckmässigkeit der Zweiteilung in "gebundenes" und "gesetzesübersteigendes" Richterrecht 72

20. Der Begriff der *"Lückenfüllung"* als irreleitende Bezeichnung 74

a1) Die logische Konzeption der Rechtsanwendung in den verschiedenen Normanwendungsbereichen 75

b1) Die Entbehrlichkeit und Missverständlichkeit des Lückenbegriffs 78

c1) Die Verwendung des Lückenbegriffs in der Literatur 81

21. Unzureichende Konstruktion des sog. *Analogieschlusses* 85

a1) Der Ausgangspunkt des "Schlusses" wird unvollständig dargestellt 86

b1) Das Verfahren der Analogie und dessen Resultat werden miteinander vermengt 87

c1) Das Verfahren der "Analogie" im Sinne der Prüfung der 'Wertungsgleichheit' wird im Dunkeln gelassen 89

d1) Anhang: Der in der juristischen Methodenlehre häufig angeführte (aber selten aktuelle) "Umkehrschluss" ist nicht – wie behauptet wird – das Pendant bzw. das Gegenstück des Analogieschlusses. In keiner Weise "zwingt" die Ablehnung eines Analogieschlusses zum Umkehrschluss. 93

22. Fehlende Legitimation und Entbehrlichkeit der Figur der *"teleologischen Reduktion"* 97

a1) Fehlende Legitimation der "teleologischen Reduktion" 98

b1) Entbehrlichkeit einer "teleologischen Reduktion" im Hinblick auf die Möglichkeiten zulässiger Wortlauteinschränkung 100

c1) Fragwürdigkeit einer Reduktion des Wortlautes auf die "ratio legis" 113

d1) Missachtung des Postulats der Rechtssicherheit durch die "teleologische Reduktion" 115

e1) Beeinträchtigung der Einzelfallgerechtigkeit 118

f1) "Teleologische Reduktion" und Gerichtspraxis 121

23. Weitere *Ungereimtheiten* beim "Richterrecht" und ungeeignete Konzeption des Begriffs des "gesetzesübersteigenden Richterrechts" 123

a) Unzulänglichkeit der Gleichschaltung der Reduktion des klaren Wortlautes mit der Rechtsfindung ausserhalb des möglichen Normwortsinns 125

b) Unzulässigkeit der Zuordnung der Ermessenskonkretisierung zum Richterrecht ausserhalb des Bereichs des möglichen Wortsinns 126

c) Ungeeignetes Konzept des "gesetzesübersteigenden Richterrechts" unter Berufung auf Art. 1 Abs. 2 ZGB 127

d) Beispiele, die in der Lehre für das "gesetzesübersteigende Richterrecht" angeführt werden 129

24. Fragwürdige Methode der *richterlichen Rechtsfortbildung* 136

a) "Verallgemeinerungsfähigkeit" 138

b) Überlegungen aus dem "System Recht" (und aus externen Begründungszusammenhängen) 142

c) Präjudizien und Lehre 143

d) "Allgemeine Rechtsgrundsätze" 144

e) Rechtsvergleichung 145

f) Ausserrechtliche Argumente 147

g) Unterschiede bei Ermessensbegriffen? 150

25. Die *traditionelle Ablehnung* der Interessenabwägung bzw. das Fehlen einer Methode überhaupt 154

a) Stiefmütterliche und abwertende Behandlung des Problems 154

b) Das Ungenügen der etablierten Methode und weiterer Theorien 155

26. Der *"typisierende Fallvergleich"* als untaugliche Methode 159

27. Der *"Konsens"* als fragwürdiger Rettungsanker 162

III. WEITERE UNBEFRIEDIGENDE ANSICHTEN IN DER NEUEREN METHODENLEHRE 168

28. Der Wortlaut von Art. 1 Abs. 1 ZGB sei "mehrfacher rechtlicher Deutungen zugänglich", indem das Wort "Oder" auch die Bedeutung *"Und/oder"* haben könne (und damit eine "wortlautunterschreitende", den klaren Gesetzeswortlaut einschränkende Auslegung zulässig sei). 168

29. Das Postulat nach "methodentheoretischer Rezeption" der teleologischen Reduktion sei deshalb nicht angebracht, weil diese als Einschränkung des klaren Wortlautes betrachtet werde. Die schweizerische Methodenlehre kenne *keine Wortlautgrenzen.* 171

30. Die Auslegung erfolge *vermittels der (klassischen) Elemente der Gesetzesauslegung* (grammatisches, systematisches, historisches, teleologisches, allenfalls noch realistisches Element). 177

31. Die Interessenabwägung sei nun einmal keine Methode. 182

32. Unter einer Gesetzeslücke verstehe man das *"Fehlen einer erforderlichen gesetzlichen Anordnung".* Nicht erforderlich sei eine Regelung, wenn sie der Gesetzgeber als eine Frage ausserrechtlicher Natur betrachte (wie etwa der Sitte, der Moral oder der Religion) oder wenn hinter dem "Nichts" eine bewusste negative Anordnung stecke (sog. qualifiziertes Schweigen). 190

33. Die Entscheidung *praeter verba legis* könne sich ergeben aus den erkennbaren legislativen Zwecken und Wertungen in Verbindung mit dem Gleichheitssatz (bei der Analogie), aus dem Rechtsverweigerungsgebot oder aus allgemeinen Prinzipien und Zweckmässigkeitsgesichtspunkten. 194

34. Zur erlaubten Auslegung *contra verba legis* gehöre auch der Fall, dass die vom eindeutigen Wortsinn geforderte Entscheidung in dem mit der betreffenden Norm nachweislich verfolgten Zweck *keine Stütze finde,* ferner der Fall, dass die hinter einer anderen sachnahen Vorschrift stehende Interessenwertung nach einer analogen Anwendung auf den von der ersteren Norm in ihrem klaren sprachlichen Anwendungsbereich erfassten Sachverhalt verlange und sodann der Fall, dass ein Widerspruch mit einem allgemein anerkannten Prinzip mit Rechtssatzcharakter vorliege. 197

IV. GRUNDSÄTZLICHE UNZULÄNGLICHKEITEN IN KOMMENTAREN ZU ART. 1 ZGB 209

A. Im Berner Kommentar 209

35. Nichtbeachtung der verschiedenen sprachlichen Anwendungsbereiche der Gesetzesnorm 209

36. Unzweckmässigkeit der Einengung des Auslegungsbegriffs 212

37. Nichtbeachtung einer Überschreitung der sprachlichen Gesetzesbedeutung 214

38. Mangel an sachhaltigen Hinweisen über die Methode der Wertung 217

39. Fragwürdigkeit der Vorstellungen über das Rechtsfindungsverfahren 219

40. Unpassender Lückenbegriff 226

B. Im Basler Kommentar 229

41. Vage "ratio legis" als genereller Massstab für die Rechtsfindung 229

42. Fehlende Würdigung des klaren Wortlautes 231

43. Vernachlässigung des unklaren Normanwendungsbereiches 233

44. Ungenügende Angaben über die Wertung 235

45. Zulässigkeit der Überschreitung des Wortlautes ohne spezifische Voraussetzungen 237

46. Unzweckmässige Auffassung des Lückenbegriffs 239

Sachregister 244