

## Rechtswissenschaftliche Fakultät

Fragebogen für die schriftliche Prüfung im Fach

### Juristische Methodik

(Frühjahrssemester 2017)

Examinator/in Prof. Dr. Michele Luminati / Prof. Dr. Lorenz Droese

Datum/Zeit der Prüfung Freitag, 16.06.2017, 14.00 – 16.00 Uhr

Ort der Prüfung

Matrikelnummer

Prüfungslaufnummer

Maturitätssprache

#### Allgemeine Hinweise zur Prüfung

- Dieser Prüfungsfragebogen umfasst **6 Seiten** (die vorliegende Seite inbegriffen).
- Kontrollieren Sie bitte Ihren Aufgabensatz auf Vollständigkeit.
- Für die Beantwortung der Fragen stehen **zwei Stunden** zur Verfügung (Ausnahme: bewilligte Gesuche um Verlängerung).
- Bei korrekter Beantwortung der Fragen sind **60 Punkte** möglich.
- Als **Hilfsmittel** sind zugelassen: ZGB/OR (Textausgabe Gauch, ohne Anhänge, 51. Auflage) sowie die BV. Andere Hilfsmittel, insbesondere elektronische Hilfsmittel, sind **nicht** erlaubt.
- Alle Antworten sind – ohne gegenteiligen Hinweis bei einer einzelnen Aufgabe – zu **begründen** und soweit möglich **mit Rechtsnormen zu belegen**.
- Bitte schreiben Sie **gut leserlich** und bezeichnen Sie klar, auf welche Frage sich Ihre Antwort bezieht.
- Versehen Sie bitte alle Blätter mit Ihrer **Prüfungslaufnummer** und **Seitenzahl**.
- Schreiben Sie **nicht** auf die **Rückseite** der Blätter. Es wird jeweils nur die Vorderseite eingescannt.
- Am Ende der Prüfung:  
eScan-Deckblatt und alle mit der Prüfungslaufnummer versehenen Blätter sind **in den Prüfungsumschlag zu legen**. Dieser ist mit der Matrikelnummer zu beschriften und **verschlossen** der Prüfungsaufsicht abzugeben. **Verbleiben** Sie an Ihrem **Prüfungsplatz** bis die Prüfungsaufsicht alle Prüfungsumschläge eingesammelt hat.

Wir wünschen Ihnen **viel Erfolg!**

**1. Teil**

**Prof. Dr. Michele Luminati**

**30 Punkte**

**Aufgabe 1 (6 Punkte)**

Im Rahmen des Verfahrensmodells der materiellen Gesetzgebungsmethode wird die «Lösungssuche» als dritter Schritt bezeichnet. Was ist damit gemeint und welche Fragen muss sich der Gesetzgeber dabei stellen?

**Aufgabe 2 (2 Punkte)**

Nennen Sie zwei Gründe, warum das Burkaverbot im Tessin nicht eindeutig als ein Beispiel für symbolische Gesetzgebung gelten kann.

**Aufgabe 3 (4 Punkte)**

Beschreiben Sie das Auslegungskonzept von Art. 4 des französischen *Code civil* von 1804 und zeigen Sie auf, inwiefern dieses Konzept von Eugen Huber bei der Abfassung von Art. 1 ZGB berücksichtigt wurde.

**Aufgabe 4 (4 Punkte)**

Was verstand Savigny unter dem historischen Auslegungselement und warum unterscheidet sich diese Auffassung von unserem heutigen Verständnis dieses Auslegungselements?

**Aufgabe 5 (3 Punkte)**

Art. 4 des Zivilgesetzbuch des Kantons Tessin von 1837:

«Die Gesetze müssen nach ihrem natürlichen Sinn verstanden und angewandt werden. Ihre Auslegung ist dem Grossen Rat [= Kantonsparlament] vorbehalten».

Welchem der drei europäischen Kodifikationsmodelle entspricht diese Bestimmung und worin bestehen aber die Unterschiede (nennen Sie zwei) zwischen der Tessiner Auslegungsregel und dem Modell?

<p><b>Aufgabe 6 (2 Punkte)</b></p> <p>Nennen Sie zwei Kritikpunkte, die gegenüber dem Konzept der Ökonomischen Analyse des Rechts formuliert worden sind.</p>	
<p><b>Aufgabe 7 (4 Punkte)</b></p> <p>Der radikale Feminismus orientiert sich an einem Differenzierungsmodell. Was ist damit gemeint und was hat dieses Modell für Konsequenzen für das Recht?</p>	
<p><b>Aufgabe 8 (4 Punkte)</b></p> <p>Nennen Sie zwei Unterschiede zwischen dem Auslegungsverständnis der älteren und dem der neueren Hermeneutik.</p>	
<p><b>Aufgabe 9 (1 Punkt)</b></p> <p>Was muss man sich unter „kollektiven Vorverständnis“ vorstellen?</p>	

## 2. Teil

**Prof. Dr. Lorenz Droese**

**30 Punkte**

### Aufgabe 1 (7 Punkte)

- a) Kann ein «qualifiziertes Schweigen» eine Gesetzeslücke darstellen? Wenn nein, warum nicht? Wenn ja, welche Art von Lücke kommt in Betracht? Warum? (2 Punkte)
- b) aa) Was ist unter einem Analogieschluss zu verstehen? Machen Sie ein Beispiel und nennen Sie allfällige Unterkategorien! (1.5 Punkte)
- bb) In welchen Zusammenhängen kann der Analogieschluss zur Anwendung kommen? Erläutern Sie Ihre Antwort! (1 Punkt)
- cc) Was ist gemeint, wenn gesagt wird, gegenüber Analogieschlüssen sei Vorsicht am Platze und es müsse ihnen immer eine wertende Betrachtung zugrunde liegen? (1 Punkt)
- c) «Obschon zwischen Auslegung und Lückenfüllung ein fließender Übergang besteht, ist an der Unterscheidung dennoch festzuhalten». Was ist mit diesem Satz gemeint? Kommentieren Sie! (1.5 Punkte)

### Aufgabe 2 (7 Punkte)

- a) Um welche Arten von Gesetzeslücken handelt es sich (in privatrechtlicher Sicht) bei den nachfolgenden Artikeln? Begründen Sie Ihre Antwort jeweils kurz. (3 Punkte)
- Art. 27 Abs. 2 ZGB  
Art. 58 ZGB  
Art. 477 ZGB
- b) Wie hat das Gericht im Einzelnen vorzugehen, wenn es *modo legislatoris* tätig wird? Erläutern Sie! (2 Punkte)
- c) Will das Gericht im Rahmen der Auslegung vom entstehungszeitlichen Sinn einer Norm abweichen, so sind zwei Schranken zu beachten. Welche? (2 Punkte)

**Aufgabe 3 (6.5 Punkte)**

Notieren Sie, ob die folgenden Aussagen zutreffen und begründen Sie Ihre Antwort kurz.

- a) Als *obiter dictum* wird ein wegweisender Gerichtsentscheid des Bundesgerichts bezeichnet, welcher untergeordnete Gerichte bindet. (1.5 Punkte)
- b) Gerichte sind zwar unabhängig, doch sind Praxisänderungen nicht unproblematisch und nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. (1.5 Punkte)
- c) Art. 44 Abs. 2 OR lautet folgendermassen: «Würde ein Ersatzpflichtiger, der den Schaden weder absichtlich noch grobfahrlässig verursacht hat, durch Leistung des Ersatzes in eine Notlage versetzt, so kann der Richter auch aus diesem Grunde die Ersatzpflicht ermässigen». Bei der Festsetzung des Umfangs der Ersatzpflicht hat das Gericht nach Art. 1 Abs. 2 ZGB vorzugehen. (2 Punkte)
- d) Die Materialien sind bei der Auslegung von älteren Gesetzen verbindlich, da die an der Ausarbeitung beteiligten Personen keine oder nur ungenaue Auskunft geben können. (1.5 Punkte)

**Aufgabe 4 (6.5 Punkte)**

Mieter Martin hat seinen Mietvertrag fristlos gekündigt. Später verlangt er nach Art. 259d OR eine Herabsetzung des Mietzinses. Vermieterin Viktoria ist der Ansicht, nach Vertragsbeendigung sei keine solche Herabsetzungserklärung mehr möglich. Die kantonalen Instanzen folgen dem Rechtsstandpunkt von Viktoria und erklären, die Herabsetzungserklärung von Martin sei verspätet. Gegen diesen Entscheid steht die Beschwerde an das Bundesgericht zur Verfügung.

Das Bundesgericht hat sich bislang nur einmal zu dieser Rechtsfrage geäussert, wobei diese damals nicht entscheiderelevant war. Im Urteil BGer 4Q.XX/1987 vom 15. Mai 1988 E. 3a hielt es dazu fest: "Diese Erklärung [d.h.: die Herabsetzungserklärung] hat nach einheitlicher Lehrmeinung in der Zeit während des Bestehens der Mängel zu erfolgen und muss spätestens bis zur Beendigung des Mietverhältnisses abgegeben werden."

- a) Martin erkundigt sich bei Ihnen, ob angesichts von BGer 4Q.XX/1987 eine Chance besteht, dass das Bundesgericht in diesem Fall anders entscheiden könnte. Welche Überlegungen stellen Sie an? Welche Fragen würden Sie allenfalls näher abklären? (4 Punkte)
- b) Art. 259d OR schreibt vor: „Wird die Tauglichkeit der Sache zum vorausgesetzten Gebrauch beeinträchtigt oder vermindert, so kann der Mieter vom Vermieter verlangen, dass er den Mietzins vom Zeitpunkt, in dem er vom Mangel erfahren hat, bis zur Behebung des Mangels entsprechend herabsetzt.“

Wie sollte Martin argumentieren, um zu begründen, dass eine Herabsetzungserklärung auch nach Beendigung des Mietverhältnisses zulässig ist? Argumentieren Sie methodisch sauber; mietrechtliche Ausführungen werden nicht erwartet. (2.5 Punkte)

### **Aufgabe 5 (3 Punkte)**

In einem häufig verwendeten Textbaustein des Bundesgerichts lesen wir:

„Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus.“

Kommentieren Sie die Ausführungen aus methodischer Sicht! (3 Punkte)