



Zusammenfassung

Haftungsausschluss: Der Autor und die Fachschaft Jus Luzern (Fajulu) übernehmen keinerlei Gewähr hinsichtlich der inhaltlichen Richtigkeit, Genauigkeit, Aktualität, Zuverlässigkeit und Vollständigkeit der Informationen. Haftungsansprüche gegen den Autor oder die Fajulu wegen Schäden materieller oder immaterieller Art, welche aus dem Zugriff oder der Nutzung bzw. Nichtnutzung der Zusammenfassung entstehen werden ausgeschlossen.

Methodik II

Prof. Dr. Michele Luminati

Prof. Dr. Regina Aebi-Müller

Vorlesungsnotizen von Jonas Achermann

6. April 2006

Zuerst erfolgte ein Überblick über das **Konzept** (roter Faden) **der Vorlesung**: Es geht bei der juristischen Methodik um ein **Reflexionsfach**. Als **Analyseinstrumente** wurden in der Vorlesung die Systemtheorie, die Rechtsgeschichte und die Hermeneutik vorgestellt. Mit diesen Methoden werden die **Normkonkretisierungen** Gesetzgebung, Gesetzesauslegung (mit speziellem Blick auf die Schweizerische Auslegungsmethode) und **Einarbeitung in neue Rechtsgebiete** kritisch beleuchtet.

Text 70: Josef Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung

Text 71: Ernst Zeller, Auslegung von Gesetz und Vertrag - Methodenlehre für die juristische Praxis

Die beiden Texte bedienen sich der Lehre der **Hermeneutik** um die richterliche Auslegung zu analysieren:

Die ältere **Hermeneutik** geht davon aus, dass die Texte einen **ursprünglichen Sinn** haben, welcher der Richter durch **kongeniale Anverwandlung** herauszuarbeiten hat. Dieses Konzept entspricht auf die richterliche Auslegung umgemünzt natürlich demjenigen des Richters als Subsumtionsautomaten und der subjektiv-historischen Methode.

Hans-Georg Gadamer hat die **neue Hermeneutik** begründet. Die neue Hermeneutik stellt die **Subjektivität des Interpretieren** in den Vordergrund. Man kann umöglich verlangen, dass der Interpret keine schöpferische Tätigkeit ausübt (wie dies bei der kongenialen Anverwandlung der Fall sein sollte). Die (Vor-)Geschichte des Interpretieren fließt unweigerlich in die Interpretation ein (Standortgebundenheit des Interpretieren). Zudem ist jede Interpretation produktiv schöpferisch (Interpretation als produktiver Prozess), geht also über den ursprünglichen Sinn hinaus. Diese Position entspricht auf die richterliche Auslegung umgemünzt eher dieser des Richters als Richterkönigs. Somit wird ein rechtsstaatliches Problem begründet, weil nach dieser Position der Richter Funktionen bekommt, welche ihm nach den ursprünglichen Staatsideen der Gewaltenteilung nicht zustehen.

Im Konzept der neuen Hermeneutik besteht eine ständige Wechselwirkung zwischen Interpretieren und Text (Vorverständnis -> Auslegung -> Nachverständnis). Diese Wechselwirkung wird als **hermeneutischer Zirkel** bezeichnet.

In diesem Kontext für die Juristen besonders wichtig ist das Thema des "Vorverständnisses". Esser beleuchtet das Bild der alten Hermeneutik in der Justiz und stellt fest, dass das ursprüngliche Bild der Rechtsanwendung (Glaube an logisch-deduktive Arbeitsweise, glatte Subsumtion, Ausschaltung der Wertungen) eigentlich gar nicht möglich ist. Esser glaubt, dass für jede juristische Entscheidung eine vorgängige rechtspolitische Entscheidung notwendig ist. Die Urteilsbegründung kann also nur der Herstellung eines Konsenses über die Vernünftigkeit der Lösung dienen und nicht der Entscheidungsfindung selbst. Man könnte sich bei einer Falllösung immer auf zwei Arten entscheiden und das Gericht braucht die Begründung um das Umfeld (hpts. die höheren Gerichte) zu überzeugen.

Esser hat zudem eine Aufteilung des Vorverständnisses vorgenommen:

- **individuelles** Vorverständnis (persönliche Geschichte).
- **professionelles** Vorverständnis (berufliche Sozialisation).
- **kollektives** Vorverständnis (Zeitgeist, allgemeine Rechtseinstellungen).

Im Vordergrund für die Richter steht das professionelle Vorverständnis.

Das Vorverständnis ist vom Vorurteil abzugrenzen; Das Vorurteil ist vorhanden, wenn man a priori schon die Lösung eines Falles zu kennen glaubt und sich darauf fixiert. Ein "guter" Richter hat die Fähigkeit, einen Schritt zurückzugehen und andere Möglichkeiten der Falllösung wenigstens anzutesten.

Das Bild der neuen Hermeneutik hat viele **Konsequenzen** für die Rechtswissenschaft:

- Die **Beziehung Gesetzgeber/Richter** ändert sich massiv. Die beiden Institutionen stehen nicht mehr streng hierarchisch übereinander. Der Gesetzgeber kann dem Richter nur noch den Weg vorzeichnen (hat lediglich noch das **Regelungsprimat**).

D.h. es gibt gar keinen "wahren Sinn" der Norm, er lässt sich nicht erkennen. Da der Richter kreativ/schöpferisch tätig ist hat er eine viel grössere Verantwortung

- In Bezug auf das (typisch schweizerische) **Konzept der Lückenfüllung** kann aufgrund dieser hermeneutischen Erkenntnisse gesagt werden, dass der Begriff der Lücke eigentlich nur eine Selbsttäuschung ist. Es lässt sich keine klare Grenze zwischen Auslegung und Lückenfüllung ziehen, es handelt sich dabei um eine Fiktion, weil der Richter bei der Auslegung und bei der Lückenfüllung schöpferisch tätig ist.

Der hermeneutische Zirkel kann beschreiben wie der Richter arbeitet:

- Hin- und Herwandern des Blicks zwischen Fall und Norm
- Der Sachverhalt bestimmt das richterliche Vorverständnis in Bezug auf die Normenwahl
- Blick auf die Norm konstituiert den Sachverhalt

Die Richter konstruieren und "präparieren" (die relevanten Tatsachen werden herausgepickt) also den Sachverhalt so, damit er für die gewünscht anzuwendende Norm stimmt.

Aus diesen Erkenntnissen folgern **rechtsstaatliche Anforderungen**:

- Der Richter sollte eine gewisse Selbstkontrolle ausüben, seine Tätigkeit kritisch überprüfen.
- Der Richter braucht eine Bereitschaft zur Korrektur des Vorverständnisses
- der Begründungsstil muss der Redlichkeit und Transparenz dienen. Der Begründungsstil muss also grundlegend geändert werden und sich auf den Entscheidungsprozess beziehen.

Text 72: Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft

Dieser Text beleuchtet die richterliche Tätigkeit aus **systemtheoretischer Sicht** (anstatt aus Sicht der Hermeneutik).

Die Systemtheorie geht von der **Ausdifferenzierung** von **Gesetzgebung** und **Rechtssprechung** aus. Es sind also zwei unabhängige Teilsysteme entstanden. Im System der Gesetzgebung werden generell-abstrakte Normen geschaffen und im System der Rechtssprechung wird der Richter an das Gesetz gebunden und steht unter Entscheidungszwang.

Das rechtsstaatliche Denken geht davon aus, dass zwischen den beiden Systemen eine hierarchische (vertikale) Beziehung besteht (vergleiche auch die Begriffe "Rechtssetzung" und "Rechtsanwendung"). Wenn wir aber die Beziehung aus der Perspektive der Systemtheorie betrachten wird ein **zirkuläres System mit gegenseitiger Bezugnahme** und gegenseitiger Beobachtung offenkundig (z.B. Überprüfung der Gerichte auf Verfassungskonformität der Gesetze). Luhmann geht also ebenfalls davon aus, dass die Richter schöpferisch tätig sind, dass also Richterrecht entsteht. Die Richter sind also gewissermassen an der "Rechtssetzung" beteiligt.

Die klassische Methodenlehre dient eigentlich daran, dass Bild der Hierarchie aufrechtzuhalten. Die Methodenlehre hat also lediglich die Aufgabe dieses Bild aufrechtzuerhalten.

13. April 2006

7. Auslegungsdiskussion in der Schweiz

7.1. Auslegungskanon und Methodenpluralismus

Text 73: Arthur Meier-Hayoz, Berner Kommentar (Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch)

Meier-Hayoz vertritt die **klassische Position** der Schweizerischen Auslegungslehre und stellt sie im Text dar. Der Text ist eher auf der Seite des Richters als Subsumtionsautomaten einzuordnen, weil eine subjektive Auslegung abgelehnt wird.

Ziel der Auslegung ist die **Ermittlung des objektiven Sinnes des Rechtssatzes**: Die objektive Interpretationsmethode fragt danach, **was die vernünftigen und korrekten Gesetzesadressaten unter den ihnen erkennbaren Umständen aus der gesetzgeberischen Erklärung als Sinn herauslesen müssen** (Erkennbar ist dabei eine Auslegung nach Vertrauensprinzip).

Eine subjektive Auslegungsmethode (Willensprinzip) lehnt Meier-Hayoz strikt ab. Er sieht darin die Gefahren einer willkürlichen Auslegung wie zu Zeiten des Nationalsozialismus.

Meier-Hayoz geht von der **objektiv-historischen Methode** als Anfangspunkt der Auslegung aus. Dabei wird die Auslegung an den **Gesetzgeber** angebunden (starke Anbindung an Entstehungsgeschichte und Materialien des Erlasses). Die Vorteile dieser Methode sind die Einhaltung der Gewaltentrennung (hierarchisches Verhältnis zwischen Gesetzgeber und Justiz), Reduktion der Willkür sowie Stabilität und Kontinuität (Rechtssicherheit).

Weil sich das Recht ständig an neue Situationen anpassen muss, kann die objektiv-historische Methode nicht unabänderlich gelten. Der Richter darf also nach Meier-Hayoz dann (doch) rechtsfortbildend tätig werden, wenn objektive Gründe dafür vorliegen. Dabei kommt die **objektiv-zeitgemässen Methode** zum Zuge. Als **objektive Gründe** gelten:

- Erhebliche Veränderung der Realien.
- Tiefgreifender Wandel der Bewertungen.
- Unbefriedigende Konsequenzen.

Bei der objektiv-zeitgemässen Methode wird Rücksicht genommen auf **Gegenwartsbedürfnisse**. Die (unabstreitbare) Dynamik des Rechts wird in die Auslegung miteinbezogen. Bei dieser Methode ist jedoch die Gefahr der Zufälligkeit und Willkür viel höher als bei der objektiv-historischen, was dem Prinzip der Rechtssicherheit entgegensteht.

Später in seiner Abhandlung lehnt Meier-Hayoz die subjektiv-historische Methode (bei der man vom subjektiven Willen des Gesetzgebers ausgeht, z.B. vom Willen der Gesetzeskommission; wie dies in der Schweiz oft gemacht wurde), die freirechtlichen Postulate und die strenge wortjuristische Methode (wie sie in Deutschland viel mehr betont wird, wo das grammatikalische Element viel stärker gewichtet wird. Hier besteht nach Meier-Hayoz die Gefahr, dass man eine Gesetzesumgehung begeht - wenn man trotz anderslautenden Sinn einer Norm - deren Wortlaut den Vorrang gibt) ab.

Text 74: Hans Peter Walter, Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts bei der Gesetzauslegung

Walter ist ein ehemaliger Bundesrichter. In seinem Text legt er dar, dass man nicht von Bild des Richters als Subsumtionsautomaten ausgehen darf. Deswegen ist er noch nicht ein Vertreter der freirechtlichen Position, sondern zeigt lediglich auf, dass das Bild des Subsumtionsautomaten nicht möglich ist: **Der Gesetzgeber kann dem Richter den Weg nicht zielgenau vorgeben**, die richterliche Rechtsfortbildung ist unvermeidbar und damit selbstverständlich. Das Gericht hat es mit der Rechtswirklichkeit zu tun, die Normen passen leider nicht immer perfekt auf die Rechtswirklichkeit. Somit muss der Richter unweigerlich die Norm auf die Rechtswirklichkeit anpassen.

Das Bundesgericht ist mit den verschiedenen Methoden immer sehr locker umgangen; hat sich einmal dieser einmal einer anderen Methode bedient. Dies war (und ist) so, weil sich das Bundesgericht immer im **Konflikt zwischen Einzelfallgerechtigkeit und generalisierender Rechtsfortbildung** wiederfand (So widersprach die Auslegung nach einer bestimmten Methode in einem bestimmten Einzelfall dem Gerechtigkeitssinn während dieselbe Methode für viele anderen Fälle sehr gut anzuwenden war). Aufgrund dieser Methodenbeliebigkeit des BGer kam von der Lehre der Vorwurf des Methodensynkretismus; das Bundesgericht wähle seine Methoden zufällig.

Verfassungsrechtler Rhinow hat den Begriff des **Methodenpluralismus** entwickelt, welcher eigentlich dasselbe bedeutet wie der Begriff des Methodensynkretismus, nur positiv statt negativ geprägt. Rhinow hat also die Kritik am Bundesgericht in eine legitimierte Auslegungsvorgehensweise umgemünzt.

Walter sieht die Gründe für das Vorgehen nach dem Methodenpluralismus in der Tatsache, dass in der Rechtssprechung eine **grosse Meinungsvielfalt** herrscht (bezüglich der Materie und bezüglich der Auslegungsmethode, auch der Spruchkörper wird von mehreren Menschen gestellt. Schon der Einrichtung des Mehrheitsprinzips in den Gerichten enthält implizit die Auffassung, dass es mehrere Anschauungen gibt.). Zudem wirken die **Rechtsflut** (mit der Folge der Zunahme der Widersprüchlichkeiten und der symbolischen Gesetzgebung) und die **ergebnisorientierte Rechtsprechung** (die Gesellschaft stellt mehr und mehr den Anspruch einer effizienten und raschen Justiz) ebenfalls auf die Selbstständigkeit und Methodenvielfalt des Bundesgerichtes ein.

Aufgrund dieser Erkenntnisse kritisiert Walter die klassische Position (von Meier-Hayoz) der schweizerischen Auslegungsmethode. Er meint, dass man die historische und zeitgemässe Methode nicht schroff gegenüberstellen kann. Dieser Kontrast ist für Walter ein theoretischer, welcher in der Praxis gar nicht existiert. Walter geht zudem davon aus, dass das Recht sich wandelt, also ein Produkt der Zeit ist. Deswegen kann man sich nicht auf eine Methode festlegen. Die Auslegungselemente wurden zudem immer mehr, zu den klassischen (dem historischen und systematischen Element, welche Savigny geprägt hatte) kamen immer neue dazu, deren Rangordnung a priori nicht bestimmbar ist.

Die Lösung dieser Erkenntnisse sind nach Walter eine qualitative Bewertung der einzelnen Auslegungselemente auf den Einzelfall bezogen (Je nach Einzelfall gibt es dann wichtigere oder weniger wichtige Elemente). Dabei handelt es sich aber unweigerlich um eine **volitive Abwägung**, im Endeffekt kommt man also nicht ohne richterliche Wertung aus.

Aus dieser selbstkritischen Reflexion zieht Walter folgende **Konsequenzen**:

- Der Richter sollte ein gutes Gleichgewicht zwischen deduktiver und volutiver Rechtsfindung finden. Dabei muss man die schöpferische Tätigkeit des Richters anerkennen.
- Alle anerkannten Auslegungskriterien sollten sorgfältig ausgeschöpft werden.
- Die Entscheidung sollte nachvollziehbar, kontrollierbar und kritisierbar sein.
- Die Methoden sollten ehrlich angegeben werden.
- Der Begründungsstil sollte sich danach richten, dass die volutiven Elemente erkennbar bleiben.

Text 75: BGE 116 Ia 359, Appenzeller Stimmrechtsentscheid vom 27. November 1990

Wir hinterfragen diesen Bundesgerichtsentscheid methodisch; Es geht um folgende Fragen: Wo ist der Auslegungskanon zu finden? Wie wird aBV 4 ausgelegt? Wie wird das Verhältnis von aBV 4 und 74 dargestellt? wie wird Art. 16 KV ausgelegt?

Eigentlich war allen Beteiligten klar, dass das Bundesgericht die Bestimmung 16 der Kantonsverfassung gleichberechtigt auslegen muss. Schon im Vorfeld wurde das Verfahren sistiert, um den Entscheid nochmals der Landsgemeinde zu überlassen. Hier wäre das Bundesgericht fein raus gewesen; Die Bundesrichter hätten es natürlich lieber gehabt, wenn diese brisante und politische Frage von einer politischen Instanz selber (richtig) gelöst und bereinigt worden wäre, um ja nicht den Anschein zu erwecken, dass das Bundesgericht politisch und rechtsfortbildend wirkt (schliesslich war dieser Artikel 16 KV über Jahrzehnte hinweg anerkannt).

Der Auslegungskanon findet sich in Erwägung 5c. Schon in dieser Passage wird sehr viel eingebaut, um den Leser in die Richtung des Resultats zu führen. Das Resultat wird schön vorbereitet, indem die zeitgenössische Methode erläutert wird.

Art. 74 aBV wird nach dem Wortlaut (grammatikalisches Element) und nach dem teleologischen Element sowie objektiv-historisch ausgelegt. In Erwägung 6c argumentiert das BGer, dass es "nach einem ganzheitlichen Verfassungsverständnis" kein Widerspruch zwischen den beiden Normen gibt. Aufgrund der Botschaft geht sogar hervor, dass Art. 74 dem Gleichheitsgebot vorgeht. Danach greift das Bundesgericht auf die Lehre zurück, bei denen die jüngeren Meinungen keinen Vorbehalt in Art. 74 BV finden.

In Erwägung 9b bestätigt das Bundesgericht, dass es durch Zeitablauf einen Wertewandel gibt und geht deswegen für die Lösung des Falles auf eine geltungszeitliche Methode über.

Somit wird Art. 16 KV verfassungskonform ausgelegt (und nicht aufgehoben) und zwar im Sinne, dass mit dem Begriff "Schweizer Bürger" Männer und Frauen gemeint sind.

Argumentativ hat man also die Begründung so aufgebaut, dass man zu diesem Schluss kommen musste.

20. April 2006

7.2 Die verfassungskonforme Auslegung

Die herrschende Lehre über die verfassungskonforme Auslegung lässt sich folgendermassen zusammenfassen:

Die verfassungskonforme Auslegung ist als **Auslegungselement** eine **Spielart der systematischen(-teleologischen) Auslegung**. Der **Grundgedanke** hinter der Verfassungskonformität ist der Gedanke, dass unser Normensystem hierarchisch strukturiert ist. Wobei die Verfassung also höchste Rechtsquelle steht. Man geht davon aus, dass der Gesetzgeber keine Normen erlässt, welche nicht verfassungskonform sind.¹ Die verfassungskonforme Auslegung lässt sich auf folgende **Auslegungsregel** reduzieren: **Im Zweifel sind gesetzliche Regelungen verfassungskonform zu interpretieren** (Man gibt dieser Auslegungsvariante den Vorrang, welche am ehesten den Wertungen der Verfassung entsprechen). Es handelt sich also gewissermassen um eine **Vorzugsregel**, welche über den Vorzug von verschiedenen Auslegungsergebnissen bestimmt.

Verfassungskonformität bedeutet darüber hinaus, dass im öffentlichen Recht eine mittelbare Drittwirkung von Grundrechten beachtet werden muss. Mittelbarkeit bedeutet in diesem Sinne, dass die Grundrechte nur beachtet werden können, wenn die auszulegenden Norm einen gewissen Spielraum offenlässt (z.B. unbestimmte Begriffe).

¹ Was in der Realität natürlich ein (wünschbare) Fiktion ist.

Die verfassungskonforme Auslegung stösst aber auch an gewisse **Grenzen**:

- **Art. 191 BV.** Das Bundesgericht ist an Bundesgesetze gebunden. Die Richter müssen den Wortlaut der Gesetze und die Wertungen des Bundesgesetzgebers bei Bundesgesetzen viel stärker respektieren. Für die verfassungskonforme Auslegung bleibt nur noch sehr wenig Spielraum.
- Ein Gesetz darf nur im grössten Notfall (als verfassungswidrig) aufgehoben werden. D.h. die verfassungskonforme Auslegung kann nur im Rahmen der möglichen (geltungserhaltenden) Auslegung der fraglichen Norm zur Anwendung kommen (so dass die Norm bestehen bleibt). Also: **Keine Auslegung contra rationem legis.**
- Es kann im Rahmen der verfassungskonformen Auslegung **keine unmittelbare Berufung auf die Grundrechte** geben. Gerade bei privatrechtlichen Sachverhalten z.B. muss der Grundsatz Privatautonomie beachtet werden.

Text 76: Giovanni Biaggini, Methodik der Gesetzesauslegung

Biaggini geht es weniger um die verfassungskonforme Auslegung (als zusätzliches Element im Auslegungskanon) als um die verfassungskonforme Anwendung der Auslegungselemente. Es geht ihm also um eine viel umfassendere Forderung.

Die Vertreter des öffentlichen Rechts tun sich oft schwer mit der Auslegungslehre des Privatrechts. Biaggini ist ein Vertreter der öffentlich-rechtlichen Vorbehalte gegen die private Auslegeordnung. Dies zeigt sich schon in der folgenden Auffassung:

Biaggini verneint die Massgeblichkeit von Art. 1 ZGB. Nach Biaggini kann eine Bestimmung, die auf derselben Stufe wie die auszulegenden Bestimmungen steht, nicht deren Auslegung bestimmen. ZGB 1 müsste in der Verfassung stehen, einen übergeordneten Rang haben. Diese Auffassung wird relativiert durch die Tatsache, dass mehrere Elemente von Art. 1 ZGB in der Bundesverfassung (Legalitätsprinzip, Willkürverbot, Entscheidungspflicht des Richters) verankert sind. Das Privatrecht seinerseits löst das Problem, indem es ZGB 1 als allgemeiner Rechtsgrundsatz übergeordnete Bedeutung zukommen lässt.

Biaggini misst die gesamte Methodendiskussion am Masstab der Verfassung. Die Verfassung bedingt also also die Methodenlehren.

Die gleichen Auslegungsmethoden und -elemente können zu ganz unterschiedlichen Ergebnissen führen (z.B. während der Zeit des Nationalsozialismus). Deswegen kommt Biaggini zum Schluss, dass der traditionelle Auslegungskanon keinen Schutz gegen Manipulation bietet.

Im Detail kritisiert Biaggini die Unterscheidung zwischen entstehungszeitlicher- und geltungszeitlicher Auslegung. Die historische Auslegung muss seiner Meinung nach aus rechtsstaatlichen und demokratischen Gründen immer beachtet werden.

Das Bundesgericht verwendet immer gern den Satz, dass "das Gesetz einen unabhängigen Willen und ein eigenständiges Dasein hat". Für Biaggini ist dieser Satz komplett falsch, weil das Gesetz immer von der Verfassung abhängig ist.

Aus diesen Erkenntnissen leitet Biaggini folgende **Postulate** ab:

Das **erste Postulat** geht vom **Grundgedanken** aus, **dass die Verfassung die Leitplanken der methodischen Vorgehensweise in der Rechtsanwendung bestimmt**. Sie bestimmt das Verhältnis zwischen Richter und Gesetz. Ausflüsse dieses ersten Postulates sind:

- **Gesetzesbindung:** Beachtung der Entscheidungen des demokratischen Gesetzgebers (Sorge macht den Verfassungsrechtlern der Gedanke, dass sehr viele Problemstellungen auf die Richter übertragen wurden).
- **Gesetzesvorbehalt:** Beachtung des Entscheidungsprimats des Gesetzgebers (Dem Gesetzgeber wird das Primat an grundlegenden Entscheidungen zugestanden. Grundsätzliche Wertentscheidungen dürfen die Richter eigentlich nicht treffen).
- **Gerichtsorganisation** (Nach Biaggini sollte nur das oberste Gericht befugt sein, wichtige rechtsschöpferische Entscheidungen zu treffen. Diese Forderung ist in der Schweiz jedoch nicht umgesetzt worden und erscheint verfassungsrechtlich problematisch).

Das **zweite Postulat** bezieht sich auf die richterliche Tätigkeit selbst: **Die Verfassung setzt der richterlichen Rechts-schöpfung und -fortbildung Schranken:**

- Die Entscheidung des Gesetzgebers ist immer Ausgangspunkt für die Rechtsanwendung. Daraus folgt, dass die historische Auslegung notwendig Durchgangstufe der Auslegung sein muss. Dies bedeutet, dass eine zeitgemässe Auslegung rechtfertigt und begründet werden muss.
- Der Methodenpragmatismus (der Begriff des "Pluralismus" wird abgelehnt) muss immer innerhalb der verfassungsrechtlichen Grenzen angewendet werden. Es gibt noch immer keine klare Reihenfolge der Elemente, doch der Entscheid über die Gewichtigkeit der Elemente muss nach verfassungskonformen Gründen ausgewählt werden. (Ob diese Forderung mehr fordert, als was bisher schon zu erreichen versucht wird, ist fraglich).

- Die Methodenlehren müssen ständig kritisch hinterfragt werden und im Verhältnis zu ihrer Entstehungszeit betrachtet werden. D.h. Savignys Methodenlehre z.B. muss für ihre Beurteilung "historisiert" werden. Sie darf nicht Eins zu Eins auf den heutigen Verwaltungsstaat übertragen werden.
- Bei der Handhabung der Auslegungselemente müssen die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen beachtet werden.

Wie können die Postulate von Biaggini beurteilt werden?

Die Forderungen von Biaggini sind sicherlich nach ihrem ideologischen Gedanken richtig. Doch sie ist nicht frei von praktischen Problemen. Oftmals ist der Fall, dass der Gesetzgeber gewisse Probleme nicht geregelt hat und somit der Richter zwingend eine rechtsschöpferische Arbeit zu bewältigen hat. Zudem kann eine verfassungskonforme Auslegung selber zweideutig sein.

27. April 2006

VI. Methodik der Einarbeitung in neue Rechtsgebiete

1. Wie entstehen neue Rechtsgebiete

Das Recht muss sich ständig verändern und an die Gesellschaft anpassen, ansonsten würde es irrelevant werden. Dabei spricht man von **Rechtsevolution**. Unter Evolution kann man verschiedenes verstehen: Eine Evolution kann sein

- Die **biologische Evolution** befasst sich mit der Entwicklung des Menschen, während sich die **soziokulturelle Evolutionen** mit verschiedensten Entwicklungen in der Gesellschaft befassen
- Die **teleologische** (Fortschritt) Evolution ist zielgerichtet. Sie entwickelt sich in diese Richtung wo konkrete Verbesserungen oder Ziele erreicht werden können. Die **teleonomische** (Entwicklung) Evolution hingegen entwickelt sich eher zufällig. Die Wahl zwischen zwei Entwicklungsrichtungen hängt vom Zufall ab.
- Die teleologische Evolution folgt einer bestimmten **Gesetzesmässigkeit**, während bei der teleonomischen die **Kontingenz und Historizität** im Vordergrund stehen.
- Unter **Adaption** (Darwin) verstehen wir, dass sich das evolutive System an der Umwelt orientiert und sich daran anpasst. Bei der **Selbststeuerung** entscheidet das evolutive System selbst, wie sehr es Umwelteinflüsse aufnehmen und in die systemeigene Systematik umbauen möchte.

Wir verstehen unter der Rechtsevolution eine soziokulturelle, teleonomische (kontingent -> es könnte auch anders sein, der Zufall spielt eine grosse Rolle) Evolution, welche sich autonom selbst steuert.

Das Rechtssystem ist also kein vollständiges Abbild der Umwelt sondern ein autonomes System. Dennoch wird man sagen können, dass das Rechtssystem stark von den Umwelteinflüssen abhängt.

Text 79: Niklas Luhmann, Wie entstehen neue Rechtsgebiete?

Luhmann geht von **drei Schritten** der Rechtsevolution aus:

1. **Variation:** Die Variation ist eine unerwartete, überraschende Kommunikation zwischen verschiedenen sozialen Systemen. Dabei spielt der Zufall eine grosse Rolle. Es entstehen neue Probleme, neuartige Rechtskonflikte, welche an die Richter herangetragen werden (z.B. Internetkriminalität).
2. **Selektion:** Die Reaktion auf die Variation nennt Luhmann die Selektion. Dabei entscheidet das Rechtssystem, ob es die neue Kommunikation (die neue Problemstellung) in das Rechtssystem einarbeitet oder nicht. Und wenn sie aufgenommen wird, mit welchem Code sie belegt werden soll (z.B. Internetgesetzgebung, Lückenfüllung durch richterliche Rechtsfortbildung).
3. **Retention/Stabilisierung:** Dieser durch die Selektion getroffene Entscheid muss danach in das System eingebaut und somit darin stabilisiert werden. Dabei ist wichtig, dass die Einheit des Systems erhalten bleibt. Der Selektionsentscheid muss also systematisch eingebaut werden, so dass er in keinem Konflikt zu der bisherigen Systematik des Systems steht. Diese Stabilisierung kann Grundlage für neue Variationen bilden (z.B. Bearbeitung der Internetmaterie durch Dogmatik).

Das Rechtssystem ist in sich ebenfalls differenziert. Es bestehen Subsysteme wie z.B. die Dogmatik, die Rechtsprechung, die Rechtssetzung usw... Dabei übernehmen diese Subsysteme bei der Rechtsevolution verschiedene Aufgaben.

Im Vordergrund bei der Selektion stehen die **Gerichte**. Sie entscheiden welche Tatsachen für das Rechtssystem relevant sind und wie sie eingebaut werden. Die Stabilisierung wird primär von der **Dogmatik** vorgenommen. Die Dogmatik generalisiert die einzelnen individuellen Probleme und ordnet sie systematisch ein. Sie versucht also die Neuigkeiten einzuordnen (z.B. Schaffung der Figur der "Culpa in Contrahendo").

Durch diese fortlaufende Weiterentwicklung im Rechtssystem besteht eine ständige zirkuläre Eigendynamik zwischen den Systemen. Das Recht selber wird zur Grundlage für neue Variations- und Selektionsmöglichkeiten (auch innerhalb des eigenen Systems).

Text 80: Marie Theres Fögen, Rechtsgeschichte - Geschichte der Evolution eines sozialen Systems. Ein Vorschlag

Dieser Text befasst sich mit der Frage, wie sich Recht entwickelt.

Eine Antwortmöglichkeit wäre, dass sich das Recht simultan zu jeder gesellschaftlichen Regung entwickelt (Gradualismus). Dies war in früheren Zeiten tatsächlich der Fall (z.B. zur Zeit des Nationalsozialismus). Das Recht war also direkt an die Entwicklungen der Gesellschaft gekoppelt.

Doch im Verlaufe der Geschichte beobachtet man eher, dass das Rechtssystem sich nicht immer sofort (an gesellschaftliche Entwicklungen) angepasst hat, sondern abwechselnd Phasen der Stagnation und der schnellen Entwicklung durchgemacht hat.

Beobachten kann man, dass gewisse Teilsysteme (Wirtschaft/Politik/Recht) stärker aufeinander reagieren. Dabei spricht man von einer **Ko-Evolution**. Es besteht eine Kontextsteuerung zwischen diesen ko-evolutiven Systemen, d.h. es wird auf die Selektionsbedingungen anderer Teilsysteme eingewirkt (so nimmt z.B. die Politik durch die Gesetzgebung Einfluss darauf, wie sich das Recht bei neuartigen Problemstellungen verhalten sollte).

Die Ko-Evolution kann sich steigern zur **Ko-Variation** durch verstärkte Interaktion zwischen den Systemen. Dabei wird das System noch empfindlicher für Vorgänge in den benachbarten Umweltsystemen (z.B. achtet das Verfassungsgericht darauf, eine Entscheidung zu treffen, welche die Politik billigen wird, um nicht eine Reaktion des Gesetzgebers zu provozieren).

Dichotomie von Privatrecht und öffentlichem Recht

Bei der Trennung von Privatrecht und öffentlichem Recht handelt es sich um die grösste Trennung in Rechtsgebiete im Rechtsbereich. Die Trennung zwischen Privat- und öffentlichem Recht entstand ca. im Jahre 1500 mit der Entstehung der Souveränität, welche damit begann autoritär Rechtssätze zu erlassen. Das positive Recht hatte vorher kaum Bedeutung.

Die Priorität kam damals dem öffentlichen Verordnungsrecht zu, Privatrecht blieb lediglich, was von der Souveränität nicht geregelt wurde. Aus dieser neuen Art von Rechtssätzen resultierte eine Staatsrechtswissenschaft; erste Lehrstühle an den Universitäten entstanden rund um das Jahr 1600.

Die Vorstellung, dass der Herrscher alle Gesellschaftsbereiche der Untertanen regeln soll, weil die Bürger ihre Freiheit zu Gunsten des Friedens abgegeben haben (Idee des Gesellschaftsvertrag), konfrontierte schon bald mit der Vorstellung dass der Bürger ein gewisses Mass an Freiheit (Freiheitsrechte) haben sollen, in das der Herrscher nicht eingreifen kann. Der Gedanke hat sich ausgeprägt, dass das Privatrecht von der Politik unbeeinflusst sein soll. Die Trennung des öffentlichen und Privatrecht nahm seinen Lauf.

Aufgrund der Probleme der Industrialisierung und des Kapitalismus hat sich in diesem Jahrhundert der Interventionsstaat sowie der Sozialstaat entwickelt, welcher die sozialen Ungerechtigkeiten ausräumen will. Im Zuge dieser Entwicklung hat sich das Privatrecht immer mehr politisiert (z.B. Einschränkung der Vertragsfreiheit). Der Gedanke der Dichotomie ist verblasst.

2. Beispiel 1: Technikrecht

Text 81: Milos Vec, Kurze Geschichte des Technikrechts

Der Autor fragt sich, ab wann man von einem neu entstandenen Rechtsgebiet sprechen kann. Wichtig ist seiner Meinung nach, dass ein juristisch durchdachtes System besteht, dass also ein gewisse Konsistenz besteht. Zudem muss eine signifikante Verdichtung von Regelungen bestehen.

Auf das Technikrecht bezogen meint er, dass technikbezogene Rechtsnormen schon seit der Antike bestehen. Dabei kann man aber (selbstverständlich) noch nicht von einem selbstständigen Rechtsgebiet sprechen. Die relevante Verdichtung der Normen kam erst mit der Industrialisierung.

- Die **Variation** bestand darin, dass immer mehr das Bewusstsein entstand, dass die vorhandenen Normen für die Normierung der neuen Technik nicht ausreichten (z.B. Sicherheitskriterien).

- Aufgrund dieser Erkenntnis begann man im Rahmen der **Selektion** neuen Schutzgüter (z.B. Leib & Leben) zu definieren, um die neuen Risiken der Industrialisierungen einzudämmen.
- Die **Stabilisierung** wurde durch die Dogmatik vorgenommen. Dabei entstanden z.B. die heutigen gebräuchlichen Institutionen des Grenzwertkonzepts, des Gefahrenbegriffes und der Lehre vom erlaubten Risiko.

4. Mai 2006

3. Beispiel 2: Die Entstehung des modernen Arbeitsrechts

Text 82: Uwe Wesel, Geschichte des Rechts

Der Ausgangspunkt für die Entwicklung des Arbeitsrecht war die französische Revolution und natürlich die Entwicklung der Industrialisierung rund um die Jahrtausendwende 1800. Der Absolutismus und die ständische Ordnung wurden während der französischen Revolution abgeschafft und es machte sich ein **Wirtschaftsliberalismus** breit. Diese Irritationen (Luhmann würde dies jetzt als Variation bezeichnen) aus den Umweltsystemen waren Anlass für das Rechtssystem neue Voraussetzungen aufzunehmen und einzubauen: Der Begriff der Rechtsfähigkeit wurde z.B. eingeführt, die staatliche Gewalt wurde zurückgedrängt. Die Rechte des einzelnen Subjekts wurden in den Vordergrund gerückt. Die Begriffe der Handels- und Gewerbefreiheit (in der Schweiz bereits während der Helvetik 1798) und der Vertragsfreiheit wurden postuliert. Die Eigentumsfreiheit stand plötzlich im Mittelpunkt. Die ständische Privatrechtsordnung wurde also durch eine sehr liberale Privatrechtsordnung ersetzt, welche formal dem Gleichheitsgedanken entsprach, doch faktisch eine Ausbeutung der Arbeitnehmer zur Folge hatte.

Von diesen Entwicklungen im Rechtssystem waren in grossem Masse auch die Arbeitsbeziehungen betroffen. Das Arbeitsrecht war in dieser Zeit dominiert von der neuen Konzeption der **Vertragsfreiheit**. Es bestand die Fiktion der frei bewegenden Arbeitssubjekte auf dem Arbeitsmarkt, welche sich mit freiem Willen anpassen konnten. Dabei übernahm man das Modell der römischen Dienstmiete als schuldrechtliche Vertragsfigur (welche jedoch nicht wirklich passte, weil im römischen Recht noch Sklaven vorhanden waren). Der Code Civil enthielt dementsprechend sehr wenige Artikel über die Regelung des Arbeitsverhältnisses, was in der Realität hauptsächlich den Arbeitgebern zugute kam. Zudem waren - wenig vorhanden - Artikel zusätzlich noch Arbeitgeberfreundlich ausgestaltet (so z.B. hatte der Arbeitnehmer die Beweispflicht bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis).

Der Code Civil war - bekanntlichermassen - Vorbild für viele Privatrechtsordnungen in Europa. So auch für viele Kantone. Somit übernahmen die meisten Kantone ähnliche Bestimmungen über das "Arbeitsrecht". Erst in der Mitte des 19. Jahrhunderts finden sich in ersten Zivilgesetzgebungen (allen voran das Zürcher PGB) Regelungen, welche die faktische Ungleichheit zuungunsten der Arbeitnehmer (mit gewissen Schutzvorschriften²) korrigierten.

Doch kann man bisher noch nicht von einem eigentlichen "Arbeitsrecht" als solchem sprechen. Es herrschte nach wie vor in den Gesetzen zwar formal eine Gleichheit, doch in der Realität waren die Arbeitgeber noch immer sehr privilegiert und mächtig. Weil man auf diesem Status Quo beharrte, begann sich die Arbeiterschicht immer mehr zu organisieren (Stichwort der **Proletarisierung**).

Die bürgerlichen Staaten Europas wählten als erste Reaktion auf diese Proletarisierung die **Repression**. Sie versuchten rechtliche Verbote sozialistischer Parteien, rechtliche Verbote von Gewerkschaften und Streiks einzuführen. Doch bald merkte man, dass diese Form der Rechtsevolution die Arbeiterbewegung nicht wirklich behindern konnte, sondern das Problem lediglich zuspitzte. Mehr und mehr baut der Staat seine **Arbeiterschutzgesetzgebung** aus und begann damit direkt (interventionistisch) in die Rechtsverhältnisse zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer einzugreifen. Die liberale Wirtschaftsordnung wurde kontinuierlich abgebaut. Dies hatte aber ursprünglich weniger soziale als militärische Gründe, denn immer weniger Männer waren aufgrund der harten Arbeit kaum noch wehrfähig. Somit war Europaweit der erste Schritt der Arbeiterschutzgesetzgebung die Einschränkung der Kinderarbeit. Danach folgten die Einschränkung der Frauenarbeit, das Verbot des Trucksystems (Entlohnung durch Substitutionsgüter von Geld) und Arbeitszeitbeschränkungen.

Diese zögerlichen Reaktionen der Politik und des Rechtssystems waren also die Anfänge des Sozialstaates wie wir ihn heute kennen. Es folgten erste soziale Sicherungen durch Sozialgesetzgebungen (Altersvorsorge, Unfall- und Krankenversicherungen, später Arbeitslosenversicherungen), eine Arbeitsgerichtsbarkeit und die Einführung von Kontrollinstrumenten (z.B. durch Fabrikinspektoren).

Das Arbeitsrecht war aber schon von Anfang an nicht lediglich Privatrecht, sondern hatte immer auch eine öffentliche Komponente. Auch **kollektives Arbeitsrecht** (Als Mischform zwischen Privat- und öffentlichen Recht) entwickelte sich mehr und mehr. So wurden die Gewerkschaften als Vertragssubjekte rechtlich akzeptiert. Der Staat überliess den kollektiven und organi-

² So wurde z.B. normiert, dass der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer weder übermässigen Anstrengungen, noch unsittliche Leistungen verlangen darf. Was heute als selbstverständlich gilt.

sierten Subjekten (Gewerkschaften) das Feld. Die Tarife wurden neu von den Gewerkschaften ausgehandelt (welche im Kollektiv viel mehr Macht hatten, als die Arbeitnehmer als Einzelne). Der Staat konnte sich auf eine indirekte Steuerung beschränken.

Daraus resultiert ein historisch gewachsener arbeitsrechtlicher Normenkomplex: Das Arbeitsrecht. Welches sich aufteilen lässt in ein(en)

- individuelles Arbeitsrecht (z.B. OR)
- kollektives Arbeitsrecht (z.B. Gewerkschaften, Gesamtarbeitsverträge)
- öffentlichen Arbeiterschutz (z.B. Arbeitsgesetz)

Wir haben jetzt hauptsächlich die Variation des Arbeitsrechts betrachtet. Wir wenden uns jetzt noch der Selektion und der Stabilisierung zu.

Die Rolle der **Rechtssprechung** (Selektion) bei der Entwicklung des Arbeitsrechts:

Weil der Gesetzgeber in arbeitsrechtlichen Beziehungen lange kaum Gesetze und Normen erliess oder einführte, hatten die Richter einen viel grösseren Spielraum. Dadurch war im Bereich des Arbeitsrechtes die richterliche Rechtsschöpfung sehr hoch. Das ging sogar soweit, dass das deutsche Bundesarbeitsgericht an Stelle des untätigen Gesetzgebers tätig werden musste und wichtigsten Arbeitsrechtsbestimmungen selber aufgestellt hat. Das Bild der Gewaltenteilung konnte aufgrund der Untätigkeit des Gesetzgebers in diesem Bereich überhaupt nicht mehr aufrecht gehalten werden.

Die Rolle der **Rechtswissenschaft** (Stabilisierung) bei der Entwicklung des Arbeitsrechts:

Die bei Aufkommen des Arbeitsrechts herrschende Privatrechtslehre war die Pandektistik, welche römisch-rechtlich beeinflusst war. Ideologisch gesehen war sie also liberal, vertrat die subjektiven Rechte und die Vertragsfreiheit. Somit widersprachen die neuen Entwicklungen im Arbeitsrecht grundlegend den vorherrschenden Gedanken des Pandektismus als vorherrschende Privatrechtslehre. Somit verweigerte die Rechtswissenschaft sich also den neuen Rechtsentwicklungen und hielt am Privatrechtsmodell des Wirtschaftsliberalismus fest. Deswegen nahm das deutsche BGB auch keine Notiz von diesem Arbeitsrecht. Die Stabilisierung wurde in diesem aussergewöhnlichen Falle des Arbeitsrechts nicht von der Dogmatik sondern von der Rechtssprechung übernommen, die Arbeitsrechtswissenschaft entstand erst verzögert im 20. Jahrhundert.

Als Begründer der Arbeitsrechtswissenschaft in der Schweiz gilt Philipp Lotmar, welcher sich als erster speziell und eingehend mit dem Arbeitsrecht beschäftigt hatte. In seinem Werk "Der Arbeitsvertrag" versucht er (als erster), diesen Vertragstypus in das Privatrechtssystem einzubauen. Dies kann als typischer (Luhmannscher) Stabilisierungsakt betrachtet werden. Das Ziel von Lotmar war die rechtliche Gleichheit der Arbeitsparteien. Dafür brauchte es dringend zwingende Normen (zugunsten der Arbeitnehmer), damit die Chancengleichheit gewahrt werden konnte.

Neben Lotmar war Hugo Sitzheimer sehr wichtig für die Entwicklung der Arbeitsrechtswissenschaft. Er sah ein, dass es Widersprüche zwischen dem gesetzten und wirksamen Recht gab. Dies erkannte er aufgrund seiner dogmatisch-soziologischen Methode. Er versuchte diesen Graben zwischen bestehender Gesetzgebung und Realität abzubauen.

11. Mai 2006

4. Methodisches Vorgehen bei der Einarbeitung in neue Rechtsgebiete

Das Vorgehen, wenn man vor einem völlig neuen Problem steht:

1. **Sachverhaltsanalyse**: Herauspicken der zentralen Sachverhaltsmerkmale
2. **Zuordnung zu einem Rechtsgebiet** (öffentliches Recht - Privatrecht):
 - 2.1. **Funktionstheorie** -> um welche Aufgaben geht es?
 - 2.2. **Interesstheorie** -> um welche Interessen geht es?
 - 2.3. **Subjektstheorie** -> um welche Subjekte geht es?
 - 2.4. **Subjektions- oder Subordinationstheorie** -> in welchem Verhältnis stehen die Parteien?

Die Zuordnung zu einem Rechtsgebiet ist grundlegend, davon hängen die anwendbaren Normen und die Zuständigkeit ab. Probleme ergeben sich dabei bei gemischtrechtlichen Normen oder Erlassen die Normen von beiden Rechtsgebieten enthalten.

In unserem Beispiel ist die Zuordnung sehr schwierig. Arbeitsrechtliche Normen finden sich im Privatrecht. Doch sind viele Normen mit zwingenden Charakter ausgestattet und es werden dabei viele öffentliche Interessen verfolgt. Deswegen ist es kaum angebracht nur noch vom Privatrecht zu sprechen. Man könnte sogar sagen, dass es sich hier um öffentlichrechtliche Normen handelt.

Deswegen haben auch schon viele Autoren die Unterscheidung zwischen öffentlichen und Privatrecht in Frage gestellt und dafür plädiert, dass die Einheit der Rechtsordnung in den Vordergrund der Betrachtungen gestellt wird.

Konkret finden sich im OR Bestimmungen über die Massenentlassung. Zudem gibt es ein Mitwirkungsgesetz.

3. **Rangierung der anwendbaren Normen:** Aufgrund der derogierenden Hierarchie.

- 3.1. Völkerrecht oder nationales Recht?
- 3.2. Bundesrecht, kantonales Recht, kommunales Recht?
- 3.3. Verfassung, Gesetz im formellen Sinn, Verordnung?

In unserem Fall handelt es sich bei den Bestimmungen aus dem OR und beim Mitwirkungsgesetz um ein Bundesgesetz. Deswegen ist eine Suche auf kantonaler Ebene überflüssige Arbeit (ausser die Bundesgesetze enthalten eine konkrete Verweisungsnorm), weil Bundesrecht im Bereich des Privatrechts vorgeht (Art. 122 BV i.V.m. Art. 3 BV).

4. **Materialien und Lehre (Gesetzeskommentare) konsultieren**

5. **Rechtsprechung konsultieren**

- 5.1. Bundesgerichtsentscheide
- 5.2. kantonale Entscheide (Konsultation ZPO und Gerichtsverfassungsgesetz)

Beispiele für Prüfungsfragen

- “Nur Richterkönigen können wir die freie Rechtsfindung und Interessenabwägung also die Rechtssprechung vom höheren Standpunkt wahrer Gerechtigkeit anvertrauen, die unsere niedere Begriffsjurisprudenz ablösen muss. Die dialektische Konstruktion mit ihren Interpretationskünsten für die subalterne Schreibjustiz, die freie Rechtsfindung mit ihrer Schöpferkraft für das Richterkönigtum.” (Ernst Fuchs, Schreibjustiz und Richterkönigtum).

Welche Eigenschaften sollten nach dem Autor Fuchs beim Richterkönig im Vordergrund stehen?

Freie Rechtsfindung, Interessenabwägung, Rechtsgefühl. Seine charakterlichen Eigenschaften stehen im Vordergrund. Er darf nicht nur technische Fähigkeiten haben.

- Gegen welche damals noch vorherrschende Auffassung richtet sich die Kritik von Fuchs?

Die Kritik von Fuchs richtet sich gegen die Pandektistik, welche auf das technisch, systematische Denken abzielte und dem Richter keine schöpferische Funktion einräumte.

- Wie beschreibt die neue Hermeneutik den richterlichen Entscheidungsprozess?

hermeneutischer Zirkel: Der Richter geht mit einem Vorverständnis an den Text heran, beeinflusst dadurch den Text und sich selber, und geht mit einem Nachverständnis wieder aus der Interpretation heraus. Im Falle des Richters beschreibt die neue Hermeneutik das Hin- und Herwandern des Blicks zwischen Fall und Norm. Der Sachverhalt bestimmt das richterliche Vorverständnis in Bezug auf die Normwahl und gleichzeitig konstituiert der Blick auf die Norm den Sachverhalt.

- Welche Argumente sprechen nach der klassischen schweizerischen Auslegungslehre für eine objektiv-historische Gesetzauslegung (im Gegensatz zur objektiv-geltungszeitlichen Gesetzauslegung)?

Nähere Anbindung an den gesetzgeberischen Willen. Das Prinzip der Gewaltenteilung und der Demokratie wird dabei besser beachtet. Verhinderung von richterlicher Willkür. Stabilität und Kontinuität (Rechtssicherheit).

18. Mai 2006

V. Die teleologische Reduktion

1. Die teleologische Reduktion im Gesamtsystem der Auslegung

Die Grundlage des ganzen Problems der teleologischen Reduktion findet sich in Art. 1 ZGB. Aus Art. 1 ZGB ergibt sich eine Antwort auf die Frage, nach welcher Rechtsnorm der Richter entscheiden muss. Dabei wird eine bestimmte Rangfolge vorgegeben:

1. **Gesetzesrecht** als primäre Quelle
2. **Gewohnheits-** und
3. **Richterrecht** als sekundäre Quelle

Aus Artikel 1 ZGB ergibt sich zugleich der **Vorgang der Rechtsfindung**:

1. **Auslegung** (Rechtsfindung secundum legem)
2. **Gesetzesergänzung** (Rechtsfindung praeter legem)
3. **Gesetzesberichtigung** (Rechtsfindung contra legem)

Mit dieser Rangfolge ist zugleich festgelegt, dass es in der Schweiz **keine Wortlautgrenze** gibt. Die Auslegung gehört zur Kategorie des Gesetzesrechtes.

Die Gesetzesberichtigung ist eine relativ heikle Sache, weil man damit die Formulierung des Gesetzgebers aufhebt. Somit ist die Gesetzesberichtigung nur in den Einzelfällen zulässig, wo das Festhalten am Gesetzestext als Rechtsmissbrauch taxiert werden muss. Die Gesetzesberichtigung ist also grundsätzlich Sache des Gesetzgebers und nicht des Richters.

In der Schweiz gilt aufgrund des Legalitätsprinzips (Art. 1 ZGB), dass der **Ausgangspunkt der Rechtsfindung immer das Gesetz** ist. Ein Gesetz kann von unterschiedlichen Subjekten unterschiedlich interpretiert werden. Ziel der Auslegung ist immer die **Ermittlung des objektiven Sinnes einer Rechtsnorm**. Bei der Ermittlung des objektiven Sinnes einer Norm ist in der Regel immer auf den **entstehungszeitlichen Hintergrund** (Was hat man sich beim Erlass des Gesetzes gedacht?) abzustellen. Demgegenüber darf aus Gründen der Rechtstaatlichkeit die **geltungszeitliche Methode** (Wie ist eine Norm unter heute geltenden Gesichtspunkten zu beurteilen? Wie stehen die Gegenwartsbedürfnisse?) nur zurückhaltend zur Anwendung gelangen, wenn dies durch objektive Gründe gerechtfertigt erscheint.

Oftmals lässt der Wortlaut einer einzelnen Norm einen Spielraum offen. Weil der Wortlaut immer nur der unvollkommene Ausdruck des gesetzgeberischen Willens ist, darf man nicht absolut auf ihn abstellen. Sondern man sollte sich auf den **Sinn des Gesetzes** (teleologisches Element "ratio legis") konzentrieren. Der Wortlaut ist lediglich - aber wichtiges - Auslegungselement der Auslegung (grammatikalisches Element).

Als *Beispiel* dazu: Früher wurde die elterliche Sorge nach der Scheidung zwingend (nur) einem Ehegatten zugewiesen. Viele Autoren haben diesen Wortlaut kritisiert, weil es dem Gesetz (unumstritten) eigentlich darum ging, das Kindeswohl zu wahren (teleologisches Element). Dieses Ziel kann nur verfolgt werden, wenn beide Eltern Anteil an der Erziehung haben. Deswegen wurde dafür plädiert, die Norm nicht so genau zu lesen, wie sie ausdrücklich im Gesetz steht.

Das teleologische Element ist von **erheblicher Bedeutung** und wird vielfach als eigentliches Ziel der Auslegung betrachtet. Allerdings kann das Zweckmoment für die Sinnermittlung nicht schlechthin bestimmend sein, sondern nur ein Indiz dafür: Ein bestimmter Gesetzeszweck kann oft auf unterschiedliche Weise erreicht werden.

2. Begriff der teleologischen Reduktion

Die teleologische Reduktion besagt, **dass der eindeutige Wortsinn einer Gesetzesregel eingeschränkt (reduziert) werden kann, wenn er sich, verglichen mit der Teleologie des Gesetzes, als zu weit gefasst erweist**, d.h. genauer wenn der Regelungszweck der einzuschränkenden Norm selbst, der vorrangige Zweck einer andern Norm, die "Natur der Sache" oder eine rechtsethisches Prinzip wertungsmässig nach einer Differenzierung verlangen.

Es handelt sich bei der teleologischen Reduktion um ein aus der deutschen Methodenlehre importiertes Institut. Dabei ist zu beachten, dass die deutsche Methodenlehre anders ausgestaltet ist, als die Schweizerische. Somit kann die Übernahme der Figur der teleologischen Reduktion zu Problemen führen.

Diese Figur der teleologischen Reduktion kommt nur dann zur Anwendung, wenn der **Wortlaut der umstrittenen Norm bestimmt** ist. Unbestimmte Begriffe können auf den teleologischen Sinn durch Auslegung des unbestimmten Begriffes "zu rechtgebogen" werden.

Bei einem eindeutigen Wortlaut kann einfach zwischen **positiven Kandidaten** (die unter den Wortlaut subsumiert werden) und **negativen Kandidaten** (welche nicht unter den Wortlaut subsumiert werden) unterschieden werden. Im Rahmen der Rechtsfortbildung ist die Gesetzesergänzung - beim Vorliegen einer sog. "echten Lücke" - erlaubt, ja - im Hinblick auf das Verbot der Rechtsverweigerung - sogar geboten. Sie erfolgt mit einem Analogieschluss, bei dem eigentlich nichts anderes geschieht, als dass negative Kandidaten ebenfalls unter einen bestimmten Wortlaut subsumiert werden. Der umgekehrte Vorgang, nämlich positive Kandidaten eines bestimmten Wortlauts zu subtrahieren, ist hingegen in der Schweiz - als Füllung einer sog. "unechten Lücke" - verpönt. Dabei handelt es sich aber genau gesehen exakt um den Vorgang der teleologischen Reduktion.

3. Der Methodenstreit in der aktuellen Lehre

Kramer argumentiert, dass die - nach dem Verbot der Rechtsverweigerung - gebotene Füllung der "echten Lücke" eigentlich genau spiegelbildlich zur Gesetzesberichtigung der "unechten Lücke" steht. Deswegen sei es nicht vertretbar, dass beide Richtungen nur unter unterschiedlichen Voraussetzungen begangen werden dürfen. Die Füllung der "unechte Lücke" sollte nicht nur bei Rechtsmissbrauch, sondern auch mit dem Wege der teleologische Reduktion begangen werden dürfen. Die Voraussetzungen für Gesetzesberichtigungen müssen seiner Meinung nach hinuntergeschraubt werden.

Jaun kritisiert an Kramers Meinung, dass er das deutsche und schweizerische Methodenkonzept durcheinander bringt. Die schweizerische Methodenlehre kennt keine Behaftung auf den Wortlaut (Wortlautgrenze). Wenn wir merken, dass der Wortlaut nicht perfekt ist, können wir auf die Auslegung zurückgreifen und vom Wortlaut (grammatikalisches Element) abweichen. Dies kann man nach der deutschen Methodenlehre jedoch nicht, deswegen muss (dort) auf das Institut der teleologischen Reduktion zurückgegriffen werden.

4. Kritische Bewertung der teleologischen Reduktion

"Die teleologische Reduktion bringt nichts."

Die Auslegung gegen den Wortlaut des Gesetzes ist nicht neu. Das Bundesgericht hat dies immer schon getan, deswegen ist die Einführung des Begriffes der teleologischen Reduktion eigentlich sinnlos. (z.B. hat das BGer Vereine mit wirtschaftlichen Zweck zugelassen, trotz der klaren Formulierung in Art. 60 ZGB; Leute nicht unter Vormundschaft gestellt, welche zu Freiheitsstrafen von über einem Jahr verurteilt wurden, trotz der klaren Formulierung in Art. 372 ZGB). Dabei musste das Bundesgericht nicht die Argumentation der teleologischen Reduktion verwenden und keine Gesetzesberichtigung begehen. Wenn triftige Gründe dafür sprechen, dass der Wortlaut des Gesetzes nicht dem Sinn des Gesetzes entspricht, dann kann in der schweizerischen Auslegung vom Wortlaut abgewichen werden. Alle anderen Auslegungselemente überwiegen also dem grammatikalischen Element.

"Die teleologische Reduktion ist gefährlich."

Wenn die teleologische Reduktion bei eindeutigen Gesetzesvorschriften angewandt wird, die der Gesetzgeber eindeutig so gewollt hat, widerspricht dies eindeutig dem Gewaltenteilungsprinzip. Der Richter soll in diesen Situationen nicht den eindeutigen gesetzgeberischen Willen korrigieren können. Die teleologische Reduktion wird hinzugezogen um eine allgemeine Korrektur einer klaren Rechtsnorm vorzunehmen, was dem Legalitätsprinzip entgegensteht. Die teleologische Reduktion bringt also eindeutig die Gefahr der Verletzung des Prinzips der Gewaltenteilung mit sich. Lediglich im Einzelfall bleibt die Anwendung des Rechtsmissbrauchsverbotes vorbehalten. Somit wird die teleologische Reduktion erneut auch in diesen Einzelfällen abdingbar, weil das Institut des Rechtsmissbrauchsverbotes genügend griffige Resultate liefert.

5. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 131 II 97)

Die Ausgangssituation ist folgende: Das Bundesgericht hat in BGE 90 II 333 einen wirtschaftlichen Vereinszweck zugelassen entgegen dem klaren Wortlaut von Art. 60 ZGB. Dies aufgrund der Berufung auf die Rechtswirklichkeit und unter der Voraussetzung, dass dabei kein kaufmännisches Gewerbe betrieben wird.

Obwohl der Wortlaut also sogar mit der Ratio des Gesetzgebers übereingestimmt hat, hat das Bundesgericht eine Rechtsfortbildung vorgenommen hat. Dies war der erste verhängnisvolle Schritt einer Kaskade von Ungeschicklichkeiten des BGers.

Danach hat ein Wirtschaftsverband ein Mitglied ausgeschlossen. Dieses Mitglied hat erfolgreich diesen Ausschluss angefochten, weil damit das Persönlichkeitsrecht verletzt wurde. Damit hat das Bundesgericht erneut eine klare Bestimmung in Art. 72 ZGB missachtet, welche die Anfechtung eines Rücktritts nicht zulässt.

Das BGer argumentierte, dass Art. 72 ZGB schon klar formuliert ist, aber das (über der Vereinsfreiheit stehende) Persönlichkeitsrecht sei verletzt, weil die Mitgliedschaft für dieses Mitglied überlebensnotwendig sei.

In BGE 131 II 97 argumentiert das Bundesgericht, dass bei ideellen Vereinen die Vereinsfreiheit stark zu gewichten sei. Deswegen hat auch der Gesetzgeber Art. 72 ZGB vorgesehen. Bei wirtschaftlichen Vereinen stimmt diese Vereinsfreiheit jedoch nicht mehr passend, weil die Mitgliedschaft geradezu überlebensnotwendig wird.

Im Ergebnis führt dies zu einer unbefriedigenden methodischen Begründung. Es wird offensichtlich, dass das Bundesgericht hier zu sehr in die klaren Wertungen des Gesetzgebers eingegriffen hat und deswegen zu grossen Problemen gekommen ist.

1. Juni 2006

Zum Begriff der Lückenfüllung

Fallbeispiel 1

X wurde angestellt dafür, dass er im Ausland die Produkte der Firma A vertritt. Für diesen Vertrieb hätte er nach dem Recht des Auslands eine Bewilligung gebraucht, welche er nicht eingeholt hat. Deswegen wurde er für ein Jahr mit einer Haftstrafe belegt. Nach der Entlassung klagt X gegen A auf Zahlung des vereinbarten Lohnes. Die Firma A stellt natürlich auf den Standpunkt, dass X aufgrund der Haft gar nicht gearbeitet hat, deswegen auch keinen Anspruch auf den Lohn hat.

Zuerst schauen wir natürlich in das Arbeitsrecht. Art. 324 OR regelt den Fall, dass der Arbeitgeber die "Arbeitslosigkeit" verschuldet. Art. 324a OR regelt den Fall, dass der Arbeitnehmer - unverschuldet - die Arbeitsleistung nicht erbringen kann. Der konkrete Fall ist also nicht geregelt, es besteht eine Rechtslücke.

Fallbeispiel 2

Der internationale Verband delegiert Aufgaben an die Kantonalverbände und die Kantonalverbände unterwerfen sich statutarisch den Statuten des internationalen Verbandes. Klux ist, dass die Kantonalverbände keine Mitglieder des internationalen Verbandes sind.

Der internationale Verband kommt nun auf die Idee, dass er preisträchtige Aufgaben, welche die Kantonalverbände bisher ausgeführt haben, übernehmen könnte. Wie kann der Kantonalverband gegen diesen Entscheid vorgehen? Weil er kein Mitglied des internationalen Verbandes, kommt die Anfechtungsmöglichkeit gemäss Art. 75 ZGB nicht in Betracht. Wie kann der Kantonalverband sich wehren?

Fallbeispiel 3

Der Fussballer A verkracht sich mit seinem Trainer. In der Folge weigert er sich an einem Sonntagsspiel teilzunehmen, weil das Sonntagsarbeitsverbot dagegen spricht. Der Fussballverein hingegen macht aufgrund der Arbeitsverweigerung eine Konventionalstrafe geltend.

In den Artikeln 18/19 des Arbeitsgesetzes wird tatsächlich ein Arbeitsverbot für den Sonntag formuliert. Die Sonntagsarbeit bedürfte eine Bewilligung und zudem müsste der Spieler der Sonntagsarbeit zustimmen; beide Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall nicht erfüllt.

Begriff der Gesetzeslücke

Unter einer Lücke im Gesetz versteht man das **Fehlen einer erforderlichen gesetzlichen Anordnung**. Auf eine bestimmte Rechtsfrage lässt sich dem Gesetz keine bzw. nicht unmittelbar eine Antwort entnehmen.

Keine Lücke liegt vor:

- Wenn der Gesetzgeber eine Frage nicht als Rechtsfrage behandeln will, sondern sie einer anderen Ordnung zur Regelung überlässt (**rechtsfreier Raum**).
- In Fällen des **“qualifizierten Schweigens”**.

Es gibt Meinungen, die ernsthaft erwähnen, dass es sich bei den Fallbeispielen 2 und 3 um rechtsfreie Räume handelt. Diese Meinung wird dadurch vertreten, dass die nationalen Regelungen nicht auf das Sportrecht passen. Das nationale Vereinsrecht passt nicht wirklich auf den Tatbestand von internationalen Verbänden. Die Anforderungen, welche an Fussballer gestellt werden (kein Alkohol, Tabak, Sex in der Freizeit), passen nicht wirklich auf das schweizerische Arbeitsrecht. Diese Meinung konnte sich jedoch bisher nicht durchsetzen.

Ein qualifiziertes Schweigen könnte in Fallbeispiel 2 vorliegen. Der Gesetzgeber könnte sich überlegt haben, wer einen Vereinsbeschluss anfechten darf und dabei entschieden haben, dass dies nur Vereinsmitglieder erlaubt sei. Dabei hat er stillschweigend entschieden, dass Nicht-Mitglieder Vereinsbeschlüsse eben nicht anfechten dürfen.

Bevor man auf das Vorliegen einer Lücke schliesst, muss also im Rahmen der Auslegung immer noch überprüft werden, ob ein rechtsfreier Raum oder ein qualifiziertes Schweigen vorliegt.

Abgrenzung zur Gesetzesanwendung

Die Lückenfüllung beginnt dort, wo die Auslegung aufhört. Die Auslegung gehört nach der schweizerischen Methodenlehre noch immer zur Gesetzesanwendung, die Lückenfüllung zur Gesetzesergänzung. Die Grenze zwischen Lückenfüllung und Auslegung ist jedoch fließend. Ob eine Lücke angenommen wird oder nicht, hängt stark vom Resultat der Auslegung ab.

Die Annahme eines rechtsfreien Raumes oder eines qualifizierten Schweigens führt dazu, dass keine Lücke angenommen wird. Somit hat das Resultat der Auslegung eine enorme Auswirkung auf die Lage der Grenze zur Lückenfüllung, weil die Annahme einer Rechtslücke oder eines qualifizierten Schweigens noch in den Bereich der Auslegung fällt. Somit hängt die Festlegung der Grenze vom Resultat der Auslegung ab.

Trotzdem ist es nötig, dass diese beiden Bereiche unterschieden werden und somit die Fiktion der Grenze aufrechterhalten wird. Dies zum Zwecke der Methodenehrlichkeit und weil es Rechtsgebiete (z.B. Strafrecht) gibt, wo die Lückenfüllung im Gegensatz zur Auslegung nicht mehr erlaubt ist.

Lückenarten

Zu unterscheiden sind die Lücken **intra legem**, welche vom bereits willentlich vom Gesetzgeber angelegt sind und die Lücken **praeter legem**, welche dem Gesetzgeber entgangen sind. Bei den Lücken praeter legem lassen sich unterscheiden:

- **echte** Lücken (gesetzessystematische Lücken): dabei hat der Gesetzgeber die Regelung eines Sachverhaltes in einem Tatbestand schlicht vergessen.
- **unechte** Lücken (gesetzespolitische Lücken): Zwar ist eine Lösung des Gesetzes auf den Sachverhalt anwendbar, doch ihre Anwendung befriedigt nicht oder ist sachlich unbefriedigend.

Hausheer/Jaun unterscheiden den Begriff der Lückenfüllung aufgrund der richterlichen Tätigkeit:

- **Gesetzesergänzung**: Das richterliche Anwendungsgebot schreibt die Lückenfüllung echter Lücken und Lücken intra legem geradezu vor. Der Richter darf die Anwendung des Rechts nicht verweigern. Die Lückenfüllung erfolgt gemäss Art. 1 II ZGB (modo legislatoris)
- **Gesetzesberichtigung**: Das Legalitätsprinzip steht der Korrektur von unechten Lücken eigentlich entgegen. Die Gesetzesberichtigung ist deswegen nur sehr restriktiv als zulässig zu bewerten. Die Lückenfüllung erfolgt gemäss Art. 4 ZGB (einzelfallbezogen).

Lösung des Fallbeispiels 1

Das Bundesgericht geht von einer **echten Lücke** aus; “Vom Gesetz nicht geregelt wird dagegen der Fall, dass die Leistung des Schuldners durch einen Umstand, den der Gläubiger zu vertreten hat, verunmöglicht wird.” Somit beginnt es mit der **Lückenfüllung** auf dem Weg der Rechtsvergleichung und sucht eine Lösung in Deutschland. Dort wird ein Fall so gelöst, dass bei Ver-

schulden des Arbeitnehmers und -gebers (was i.c. ja der Fall ist) der Richter eine Schadensregelung treffen solle. Dies hat das Bundesgericht in diesem Fall also getan und eine allgemeine Regelung aufgestellt, worunter es den vorliegenden Sachverhalt subsumiert hat (Vorgehen “modo legislatoris”; Art. 1 Abs. 2 ZGB). Konkret hat es den Arbeitgeber zu 1/3 und der Arbeitnehmer zu 2/3 des Schadens verpflichtet.

Lösung des Fallbeispiels 3

Nach dem Wortlaut des Arbeitsgesetzes wäre der Fall eigentlich klar: Dieses Gesetz ist eigentlich auf diesen Sachverhalt anwendbar und die Sonntagsarbeit im Fussball ohne Bewilligung verboten. Doch der Fussballer verweigert in dieser konkreten Situation die Arbeit, weil er dem Trainer ein “auswischen” möchte und nicht aufgrund des Zwecks des Arbeitsgesetzes, das aus religiösen und gesundheitspolitischen Gründen die Sonntagsarbeit verbietet. Somit liegt eine **unechte Lücke** vor, welche (nur) in Anwendung des **Rechtsmissbrauchsverbots** (Art. 2 Abs. 2 ZGB) geschlossen werden kann.

Die Bedeutung des Wortsinns in der Auslegung

Immer zu beachten bleibt, dass der **Wortsinn** (grammatikalisches Element) noch im Rahmen der **Auslegung** korrigiert werden kann, wenn andere Auslegungselemente ausdrücklich gegen die Anwendung des Wortlautes sprechen (v.a. teleologisches Element - ratio legis). Wenn diese Möglichkeit beachtet wird, kommt es zu viel weniger Lückenproblemen. Echte (Verhinderung des Vorliegens einer echten Lücke durch Ausweitung des Wortsinnes) oder unechte Lücken (Verhinderung des Vorliegens einer unechten Lücke durch Einschränkung eines Wortsinnes) können mit einer richtigen Korrektur des Wortlautes verhindert werden. Entspricht der Wortsinn aber tatsächlich dem Rechtssinn (ratio legis), so kann tatsächlich nur der Weg über das Rechtsmissbrauchsverbot in ZGB 2 II genommen werden, wenn korrigiert werden muss.

Die Korrektur des Wortlautes gehört in die Auslegung, somit in die Rechtsanwendung. Somit ist der Richter verpflichtet einen falschen Wortlaut zu korrigieren. Dennoch ist nicht von der Hand zu weisen, dass es bei der Bewertung des Wortsinnes um eine Wertungsfrage handelt. Es liegt auf der Hand, dass der Richter sehr viel lieber die Ratio Legis “zurechtbiegt” um den Wortsinn zu korrigieren, als die sehr viel schwierigere Aufgabe der Korrektur über das Rechtsmissbrauchsverbots einschlägt.

Lösung Fallbeispiel 2

Mehrere Autoren vertreten die Ansicht, dass man bei der Einführung des Vereinsrechts (Art. 75 ZGB) überhaupt nicht an solche (im Sachverhalt vorliegende) hierarchische Strukturen gedacht hat. Somit greift der Mitgliederbegriff des Vereinsrechtes zu kurz, weil der Gesetzgeber damit eigentlich Unterverbände als Sektionen mitgedacht hat. Somit erfolgt die Lösung dieses Falles im Rahmen der Auslegung, in dem man feststellt, dass der Begriff des “Mitgliedes” nach der ratio legis zu kurz greift. Der Wortlaut wird ausgeweitet (teleologische Rekonstruktion) auf den Sachverhalt von Unterverbänden. Eine Lückenfüllung ist nicht mehr notwendig.

Anwendung von Art. 1 ZGB im öffentlichen Recht?

anders formuliert: Ist die Vorgehensweise nach Art 1 ZGB auch im öffentlichen Recht anwendbar?

Auch im öffentlichen Recht können Normen unklar sein, deswegen ist die **Auslegung ebenfalls notwendig**.

Problematischer ist jedoch die Lückenfüllung im öffentlichen Recht, denn sie steht dem Legalitätsprinzip (Das Gesetz ist Grundlage des Staatshandelns gemäss Art. 5 Abs. 1 BV) entgegen. Es darf keine Lückenfüllung in Bereichen geben, wo nach den von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen ein Gesetz im formellen Sinne erforderlich ist (z.B. Beim Eingriff in Grundrechte, wie bei der Zwangsmedikation gemäss Art. 36 BV). Gerade im Abgabe- und Strafrecht ist die Lückenfüllung sogar strikte verboten.

Auslegung zweiseitiger Willenserklärungen

Fallbeispiel 1

Professor X. erstellt gelegentlich Rechtsgutachten. Er schliesst mit der Versicherungsgesellschaft Y. eine Haftpflichtversicherung ab in der Meinung, das Risiko fehlerhafter Gutachten sei darin abgedeckt.

Drei Jahre später unterlässt es X., die neusten Bundesgerichtsentscheide zu einer Rechtsfrage zu konsultieren, zu der er ein Gutachten erstellt. Sein Auftraggeber unterliegt deswegen vor Gericht und fordert von X. Schadenersatz in der Höhe von Fr. 20'000.- (Prozess- und weitere Kosten).

X. meldet das Ereignis der Y., die nun geltend macht, die Versicherungsdeckung bestehe nur für private Haftungsfälle, nicht auf berufliche bzw. nebenberufliche. Es entsteht Streit über die Auslegung der Versicherungspolice.

Fallbeispiel 2

Bauer A.A. begibt sich in die landwirtschaftliche Genossenschaft B und fragt dort nach einem Gerätehaus aus Holz. Der Angestellte B.B. zeigt ihm einen Katalog, worauf sich A. für ein bestimmtes Modell (Bestell-Nr. 1554) interessiert und sich für dieses entscheidet.

B.B. füllt ein Bestellformular aus, auf dem er aus Versehen die Bestell-Nr. 1545 einträgt. A.A. bemerkt den Fehler nicht und unterschreibt.

Eine Woche später wird ein Metall-Gerätehaus geliefert, worauf sich A.A. sofort bei der Genossenschaft beschwert. B.B. macht geltend, A.A. habe das Bestellformular ja selbst unterzeichnet. Er verlangt die Bezahlung der Rechnung von Fr. 3'000.-.

Fallbeispiel 3

Karl kauft eine Wohnung und sucht eine Bank, die ihm einen Hypothekarkredit gewährt. Er verhandelt mit den Banken X. und Y. Dabei legt er bei der Bank Y. die Offerte der Bank X. vor und versucht, den Hypothekarzins zu drücken. Die letzte Offerte der Bank Y. scheint ihm schliesslich vorteilhafter und er unterschreibt den Vertrag.

Bei der ersten Rechnungstellung für den Hypothekarzins ist Karl nicht einverstanden und behauptet, die vereinbarte Berechnungsklausel sei von der Bank Y. falsch ausgelegt worden. So fahre er schlechter als gemäss der Konkurrenzofferte der Bank X.

Fallbeispiel 4

Gustav (G.) will seine Liegenschaft verkaufen. Er beauftragt den Immobilienhändler Siegfried (S.), einen Käufer zu suchen und alle notwendigen Verkaufsverhandlungen zu führen. Im auf Fr. 2,5 Mio. festgesetzten Kaufpreis war eine Provision von Fr. 75'000 enthalten. Der von S. verfasste Vertragstext lautete insofern wie folgt:

„Die Verkaufsprovision ist fällig, wenn während der Vertragsdauer ein Kaufvertrag mit einem Kunden von S. beurkundet werden kann.“

Nachdem S. einen Kaufinteressenten gefunden hatte, teilte G. diesem mit, er verkaufe seine Liegenschaft nun doch nicht, weil er kein geeignetes Ersatzobjekt gefunden habe.

S. verlangt Zahlung der Provision. Zu Recht? BGE 113 II 49

Übersicht

Die Auslegung des Vertrages ist nur möglich, wenn zwischen den Parteien **Streit über dessen genauen Inhalt** besteht. Nicht gestritten wird darüber, ob überhaupt ein Vertrag (Konsens) zustande gekommen ist. Darin sind sich die Parteien einig.

Das primäre Ziel der Auslegung zweiseitiger Willenserklärungen ist vorerst die Feststellung des **tatsächlich übereinstimmenden Parteiwillens (OR 18)**. Sollte sich dieser Parteiwillen nicht mehr feststellen lassen, so erfolgt die Auslegung nach dem **Vertrauensprinzip (Art. 2 ZGB)**.

Nicht massgebend ist:

- das **Erklärungsprinzip**: Was erklärt wurde, gilt als Vertragsinhalt, auch wenn die Erklärung vom Erklärenden falsch gebildet wurde. Dieses Prinzip gilt als Überbleibsel einer "archaischen" Ordnung ("Ein Mann ein Wort").
- das **Willensprinzip**: Als Vertragsinhalt gilt, was der innere Wille der erklärenden Person darstellt.
- das **Deutungsprinzip**: Als Vertragsinhalt gilt, wie der Erklärungsempfänger die Erklärung des Erklärenden tatsächlich verstanden hat.

Fallbeispiel 1

Dass im Moment des Vertragsabschlusses ein tatsächlich übereinstimmender Parteiwillen bestanden hat, ist offensichtlich nicht mehr nachzuweisen: Die Versicherung wird behaupten, sie hätte höhere Prämien verlangt, wenn sie das Risiko eines falschen Gutachtens eingeschlossen hätte. X wird behaupten, er sei davon ausgegangen, dass das Risiko fehlerhafter Gutachten eingeschlossen sei. Somit wird eine Auslegung nach Vertrauensprinzip notwendig.

Ebenfalls denkbar ist, dass die Versicherung die Haftung für berufliche Schäden in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausgeschlossen hat. In diesem Falle hätte der Professor sehr viel grössere Chancen, im Streit um die Police zu gewinnen.

Zur Auslegung im Einzelnen

Erste Phase der Vertragsauslegung: **Feststellung des tatsächlichen übereinstimmenden Parteiwillens**

Beim Willen einer Partei handelt es sich eigentlich um ein subjektives Kriterium. Weil man den Willen einer Person jedoch nie direkt erschliessen kann, muss der Richter sich doch mehr oder weniger auf objektive Kriterien stützen, um auf den Willen einer Person schliessen zu können. Objektive Auslegungselemente für die Feststellung des tatsächlichen übereinstimmenden Willens sind:

- der **Wortlaut**: Vorderhand geht man vom allgemeinen Sprachgebrauch aus. Bei juristischen Fachausdrücken vermutet der Richter jedoch, dass das wirklich das Bezeichnete gemeint ist. Aus dem Wortlaut ergibt sich zudem eine Beweisregel: Derjenige, welcher bestreitet, der Wortlaut entspreche nicht dem tatsächlichen übereinstimmenden Willen, ist beweispflichtig. Jedoch darf nie zu sehr auf den Wortlaut abgestützt werden; unter Umständen verschleiert gerade eben der Wortlaut den tatsächlich übereinstimmenden Parteiwillen.
- die **"Umstände"** (Verhalten der Parteien vor und nach Vertragsschluss)
- die **Verkehrübung, Handelsbräuche usw.**: In gewissen Branchen gelten bestimmte Regeln. Im Zweifelsfall gelten diese für den fraglichen Vertrag.
- der **Vertragszweck** ("**teleologische Vertragsauslegung**"): Der Vertragszweck wird manchmal auch ausdrücklich festgehalten. Zu beachten bleibt, dass die Interessen der Parteien oftmals gegenläufig sind. Deswegen nützt die Auslegung nach dem Vertragszweck oftmals eher wenig.
- die **gesetzeskonforme bzw. "vernünftige" Auslegung**: Stimmen Vertragserklärungen mit dem dispositiven Recht zusammen, so ist dies ein weiteres Indiz dafür, dass es sich um den wirklichen Parteiwillen handelt.
- die **Begleitumstände**

Fallbeispiel 2

In diesem Fall ist relativ klar, dass beide Parteien sich übereinstimmend und tatsächlich auf eine andere Leistung geeinigt haben, als tatsächlich geliefert wurde; nämlich auf die Leistung eines Holzhauses. Der tatsächlich übereinstimmende Wille lässt sich feststellen: Der Kunde hat ein Holzhaus bestellt, was der Verkäufer eigentlich auch liefern wollte. Somit endigt die Vertragsauslegung bereits in der ersten Phase; der Verkäufer B hat falsch geliefert und kommt somit in den Schuldnerverzug.

Zweite Phase der Vertragsauslegung: **Auslegung nach dem Vertrauensprinzip**

Ist eine tatsächliche Willensübereinstimmung nicht nachweisbar, so ist zu fragen, in welchem Sinn die Erklärungen in der konkreten Situation vom aufmerksamen Erklärungsempfänger in Treu und Glauben empfangen werden durfte (Vertrauensprinzip nach Art. 2 ZGB). Auch hier ist nach den objektiven Auslegungselemente auszulegen, doch dieses Mal unter der Perspektive, was der Erklärungsempfänger von der Erklärung nach Treu und Glauben erwarten durfte.

In der zweiten Phase werden die objektiven Auslegungselemente (siehe oben) erneut angewendet, dieses mal aber nicht, um auf den subjektiven übereinstimmenden Parteiwillen zu schliessen, sondern um eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zu gestalten.

Sollte sich im Rahmen der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip keine Lösung für die Aufrechterhaltung des Vertrages ergeben, so liegt ein **versteckter Dissens** vor. Ein Vertrag ist also (eigentlich) gar nicht zustande gekommen.

Die erste Phase der Vertragsauslegung ist eine sog. **Tatfrage** (es handelt sich dabei um Sachverhaltsfeststellungen). Die zweite Phase der Vertragsauslegung ist eine **Rechtsfrage**. Somit hat das Bundesgericht **keine Prüfungsbefugnis über Fälle, bei denen ein übereinstimmender tatsächlicher Parteiwille festgestellt wurde**.

Auslegung bei vorformulierten Standardverträgen

Im Prinzip gelten bei der Auslegung von vorformulierten Standardverträgen die **normalen Auslegungsregeln für Verträge**. Doch weil man im Allgemeinen davon ausgehen kann, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen von den Vertragsparteien nicht vollumfänglich und genau studiert werden (müssen), gelten einige Sonderregeln:

Bleibt eine einseitig vorformulierte Klausel **mehrdeutig**, sind **weitere Auslegungsregeln** heranzuziehen:

- **Unklarheitenregel**: Derjenige welcher die mehrdeutig Regel formuliert hat, muss die für ihn nachteiligere Auslegung tragen.
- **Ungewöhnlichkeitsregel**: Nicht zur Geltung gelangen Regeln, mit denen der Übernehmer absolut nicht rechnen musste.
- **Vorrang der Individualabrede**: Besteht eine individuelle Abrede zwischen den Parteien, welche einer vorformulierten Klausel widerspricht, so geht diese individuelle Abrede vor.

Vergleich Vertragsauslegung - Gesetzesauslegung

Die Vertragsauslegung ist im Vergleich zur Gesetzesauslegung in einem ersten Schritt subjektiv, was bei der Gesetzesauslegung niemals vorkommt; sie ist immer objektiv. Hingegen ist die Gesetzesauslegung unter bestimmten Umständen geltungszeitlich, was bei der Vertragsauslegung niemals vorkommt; bei der Vertragsauslegung wird immer nur der Zeitpunkt betrachtet, in dem er Vertrag geschlossen wurde.

Fallbeispiel 1

Wie bereits gesehen ist keine tatsächlich übereinstimmende Willenserklärung feststellbar. In der zweiten Phase der Vertragsauslegung kommt es deshalb entscheidend auf die Umstände (wie der Versicherungsvertrag abgeschlossen wurde) und den Wortlaut (der Police) an. Wenn die Police tatsächlich mit "Privathaftpflichtversicherung" bezeichnet war, so muss man davon ausgehen, dass X als Rechtsprofessor wissen muss, dass diese Versicherung keine Berufsrisiken mitumfasst. Sollte keine solche Bezeichnung des Versicherungsvertrages (und der Police) vorhanden sein, kommt es entscheidend auf die Umstände an, wie dieser Vertrag geschlossen wurde.

Fallbeispiel 2

Der (tatsächlich übereinstimmende) Parteiwillen lässt sich - wie besprochen - klar bestimmen.

Fallbeispiel 3

Die Berechnungsklausel der Bank Y ist offensichtlich einseitig vorformuliert. Somit kommen die - oben erwähnten - Sonderregeln in Betracht (Unklarheiten-, Ungewöhnlichkeits- und Individualabrederegel) in Betracht, sollte die Klausel mehrdeutig sein. Ansonsten gestaltet sich die Vertragsauslegung wie bei anderen Verträgen; ist ein tatsächlich übereinstimmender Parteiwille zu erkennen (wahrscheinlich zu verneinen)? Darf nach Vertrauensprinzip auf einen Vertragsinhalt geschlossen werden?

Fallbeispiel 4

Der Vertragstext ist relative klar formuliert (Wortlaut) und entspricht der dispositiven Gesetzesregelung (gesetzeskonforme bzw. "vernünftige" Auslegung). Deswegen ist davon auszugehen, dass der Richter in einem ersten Schritt auf einen übereinstimmenden Parteiwillen schliessen wird. Sollte der Richter trotzdem nach dem Vertrauensprinzip urteilen (weil er davon ausgeht, dass Mäkler S keinen Willen entsprechend der Klausel hatte) so muss sie (aufgrund ihrer Eindeutigkeit) trotzdem bestehen bleiben. Eine Korrektur des unbefriedigenden Resultats ist nur über die Figur der "Culpa in Contrahendo" möglich.

Vertragsergänzung

Fallbeispiel 1

Anton (A) wollte von Beat (B) ein Geschäftslokal mieten. Man wurde grundsätzlich handelseinig, nur über die Frage des Mietzinses bestand vorerst keine Einigkeit. Die Parteien beschlossen, diese Frage vorerst offen zu lassen und mit einem neutralen Experten zu besprechen. Am 1.1.2006 trat A die Miete an, wobei er vorerst monatlich Fr. 2'000.- an B überwies. In der Folge konnte man sich über die Höhe des Mietzinses nicht einigen, weshalb B den A aus der Geschäftsliegenschaft ausweisen will. Ist er mit diesem Begehren erfolgreich?

Vgl. BGE 119 II 347

Fallbeispiel 1a

Anton (A) und Beat (B) haben sich über die Miete des Geschäftslokals geeinigt und auch die Frage des Mietzinses geklärt.

Kurze Zeit später will Beat dem Anton kündigen, da er einen anderen Mieter in Aussicht hat, der ihm mehr bezahlen will.

Mit Schreiben vom 24.3.2006 kündigt er dem Anton (mittels amtlichem Formular, vgl. Art. 266 I OR) per 30.6.2006. Anton macht geltend, eine Kündigungsfrist sei nicht vereinbart worden und ihm dürfe nach Treu und Glauben frühestens nach einem Jahr Mietdauer gekündigt werden.

Vgl. dazu Art. 266d OR.

Fallbeispiel 2

Die F. AG, Inhaberin des Restaurants R., verpflichtete sich gegenüber der Brauerei B., «für alle Zeit» nur B.-Biere zum Ausschank zu bringen und das Bier sowie Mineralwasser ausschliesslich bei der Brauerei B. zu beziehen. Im Gegenzug verpflichtete sich die Brauerei, die notwendigen Buffeteinrichtungen für das Restaurant R. gratis zur Verfügung zu stellen.

Als die F. AG den Bierlieferungsvertrag 17 Jahre später kündigte, machte die Brauerei neben dem nicht amortisierten Anteil der Buffetkosten Schadenersatz für entgangenen Gewinn geltend. Zu Recht?

Vgl. BGE 114 II 159 ff.

Fallbeispiel 3

Die Ehegatten A und B vereinbarten mittels Ehevertrag Gütergemeinschaft. Für den Fall ihres Ablebens verfügten sie die Zuweisung des beweglichen Vermögens des einen Ehegatten an den Überlebenden, sowie eine entsprechende Zuweisung der Liegenschaften, diese jedoch mit der Einschränkung, dass der überlebende Ehegatte die jeweils vom anderen stammende Liegenschaft nicht veräussern dürfe, letzere sollten vielmehr nach dem Tode beider Ehegatten je an deren Erben fallen.

Der Vertrag erwies sich als formungültig (die erbrechtlichen Anordnungen betreffend Liegenschaften hätten der erb- und nicht bloss der ehevertraglichen Form bedurft). Kann der Vertrag durch den Richter ergänzt werden?

BGE 127 III 529 ff.

Fallbeispiel 4

Im Zusammenhang mit einem Bauprojekt hatte die Migros-Genossenschaft mit einem Landeigentümer einen Baurechtsvertrag abgeschlossen, wonach ersterer ein 100 Jahre dauerndes Baurecht gegen ein Entgelt von Fr. 19.-/m² eingeräumt wurde.

Nachdem die Landparzelle von den zuständigen Behörden zu Landwirtschaftsland erklärt worden war und sich das geplante Projekt somit – entgegen der beidseitigen Erwartungen – nicht mehr verwirklichen liess, stellte sich die Frage, ob der Vertrag diesen neuen Gegebenheiten anzupassen sei.

BGE 127 III 300 ff.

Das Problem der Vertragslücke

“**Eine Vertragslücke liegt vor, wenn die Parteien eine Rechtsfrage, die den Vertragsinhalt betrifft, nicht oder nicht vollständig geregelt haben** (...), ob der Vertrag in diesem Sinne einer Ergänzung bedarf, ist vorerst durch empirische, bei deren Ergebnislosigkeit durch normative Auslegung zu ermitteln” (BGE 115 II 487)

Zuerst wird also der **wirkliche Wille** der Parteien betrachtet. Kommt man dabei nicht auf ein übereinstimmendes Ergebnis der Regelung des Vertragsinhaltes wird geschaut, ob man mittels **Vertrauensprinzip** auf ein übereinstimmendes Ergebnis der Regelung des Vertragsinhaltes kommen muss. Ist dies nicht der Fall, liegt eine Vertragslücke vor.³ Inhaltliche Lücken eines Vertrages kommen im Geschäftsleben oft vor.

Fallbeispiel 2

Fallbeispiel 2 demonstriert, dass eine inhaltliche Lücke eines Vertrages (Vertragslücke) auch erst nach dem Vertragsschluss entstehen kann. Bei Abschluss des Vertrages waren sich die Parteien übereinstimmend einig, dass der Vertrag auf “ewig” dauern soll (Sie einigten sich also bezüglich der Dauer des Vertrages). Diese Bestimmung der Dauer ist jedoch aufgrund der Bestimmung Art. 27 ZGB teilnichtig. Durch die Qualifikation der Teilnichtigkeit der unbestimmten Dauer durch den Richter besteht nachträglich eine ausfüllungsbedürftige Vertragslücke.

Fehlt es an der Einigung in einem **(objektiv) wesentlichen Vertragspunkt**, so ist nach Art. 2 Abs. 1 OR (et contrario) kein Vertrag zustande gekommen. **Eine Vertragsergänzung kommt nicht in Betracht**. Dies gilt selbst dann, wenn die Parteien bloss um den Inhalt des Vertrags (und nicht um dessen Zustandekommen) streiten. Objektiv wesentliche Punkte sind nämlich per definitionem dadurch gekennzeichnet, dass eine rechtliche Möglichkeit der Vertragsergänzung fehlt.

Anders verhält es sich bei Uneinigkeit über einen nur **subjektiv wesentlichen Vertragspunkt**, wenn das Zustandekommen des Vertrages unbestritten ist. Diesfalls hat der Richter vom Bestand des Vertrages auszugehen und – soweit nicht schon dispositives Gesetzesrecht oder Gewohnheitsrecht eingreift – eine Ergänzung auch in subjektiv wesentlichen Punkten vorzunehmen (Art. 2 Abs. 2 OR).

Fallbeispiel 1

Bei einem Mietvertrag stellt die Höhe der Miete ein objektiv wesentlicher Vertragspunkt dar. Besteht über die wesentlichen Vertragspunkte keinen Konsens, so entsteht (von vornherein) auch kein Vertrag. Damit kommt eine Vertragsergänzung gar nicht in Frage, weil überhaupt kein Vertrag entstanden ist. Analog den Regeln der Vertragsauslegung muss auch bei der Vertragsergänzung zuerst geschaut werden, ob überhaupt ein Vertrag zustande gekommen ist. Erst wenn darüber Klarheit herrscht, kann der Inhalt des Vertrages analysiert werden.

I.c. kommt eine Vertragsergänzung durch den Richter nicht in Frage; er muss vielmehr den (vermeintlichen) Vertrag für nichtig erklären, weil kein Konsens über einen wesentlichen Vertragspunkt geherrscht hat.

Weil aber in Realität bereits eine 6 monatige Mietdauer vorliegt und eine Art faktisches Mietverhältnis bestanden hat, muss der Richter trotzdem, für diese Zeit des faktischen Mietverhältnis einen Mietzins festlegen.

Lückenfüllung bei Verträgen (Vertragsergänzung)

“**Ist ein lückenhafter Vertrag zu ergänzen, so hat der Richter – falls dispositive Gesetzesbestimmungen fehlen – zu ermitteln, was die Parteien nach dem Grundsatz von Treu und Glauben vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Punkt in Betracht gezogen hätten**. Bei der Feststellung dieses **hypothetischen Parteiwillens** hat er sich am Denken und Fühlen vernünftiger und redlicher Vertragspartner sowie an Wesen und Zweck des Vertrages zu orientieren” (BGE 115 II 488).

Liegt eine Vertragslücke im umschriebenen Sinn vor, erfolgt die **Lückenfüllung** also

- in erster Linie durch **dispositives Gesetzesrecht**
- in zweiter Linie durch **Gewohnheitsrecht**

³ Diese Abgrenzung zwischen Auslegung des Vertrages und Lückenfüllung ist natürlich - wie bei der Gesetzesauslegung und -ergänzung - fließend.

- in dritter Linie durch das Gericht mit einer von ihm selbst gesetzten Regel.

Kramer stellt dieses Vorgehen der Lückenfüllung in Frage: Er glaubt, dass die Lücke nicht immer zuerst durch dispositives Recht gefüllt werden muss. Es gibt für ihn Fälle, wo (trotz Vorhandenseins der dispositiven Regel) der Richter gleich eine von ihm selbst gesetzte Regel anwenden kann. Nämlich dann, wenn Anzeichen dafür bestehen, dass fehlende Inhalt im bestehenden Vertrag von den Parteien von vornherein anders als nach dem Wortlaut der dispositiven Regelung geregelt worden wäre.

Fallbeispiel 1a

In diesem Beispiel wurde man sich über die wesentlichen Vertragspunkte (namentlich über die Miete) einig. Die Kündigungsfrist, welche vorliegend nicht geregelt wurde, stellt kein objektiv wesentlicher Vertragspunkt dar. Weil sie von den Parteien nicht geregelt wurde, liegt eine Vertragslücke vor.

Das dispositive Gesetzesrecht sieht in Art. 266d OR (abweichend der Meinung beider Parteien) eine sechsmonatige Kündigungsfrist vor. Im konkreten Vertragsverhältnis bestehen keine Anzeichen dafür, dass die Parteien - wenn sie bei Vertragsschluss daran gedacht hätten, die Kündigungsfrist zu regeln - übereinstimmend die gesetzliche Kündigungsfrist sicherlich anders geregelt hätten. Somit erfolgt die Lückenfüllung i.c. nach der dispositiven Regel von Art. 266d OR. Der Richter kann nicht direkt dazu übergehen, selbst eine Regel zu entwerfen.

Fallbeispiel 2

In Fallbeispiel 2 besteht keine anwendbare dispositive Gesetzregelung oder anwendbares Gewohnheitsrecht für die Regelung der Vertragsdauer. Es muss also entsprechend dem hypothetischen Parteiwillen gefragt werden, was die Parteien vereinbart hätten, wenn sie gewusst hätten, dass eine ewige Vertragsdauer für nichtig erklärt würde. Weil die Parteien i.c. einen Abzahlungszins von 5% vereinbart haben, ging das Bundesgericht davon aus, dass die Parteien - bei Kenntnis der ungültigen ewigen Vertragsdauer - eine Vertragsdauer von 20 Jahren vereinbart hätten.

In der Lehre gibt es einen Streit darüber, wie der Richter die Vertragsergänzung durch eine von ihm selbst gesetzte Regel vornimmt: Einerseits wird behauptet, dass der Richter (analog der richterrechtlichen Regelbildung bei der Gesetzesergänzung) zuerst eine allgemeine generell-abstrakte Regel aufzustellen hat (sozusagen die fehlende dispositive Regel) und danach auf den vorhandenen Sachverhalt subsumiert. Andererseits geht man davon aus, dass der Richter zugleich kasuistisch (einzelfallbezogen) den Vertrag ergänzen dürfe. Kramer plädiert für die erste Lösung, vor allem dann, wenn die fragliche Vertragslücke (in weiteren Vertragsverhältnissen) oft vorkommt oder oft vorkommen könnte.⁴

Lückenfüllung bei formbedürftigen Verträgen

Bezüglich der **Auslegung** besteht grundsätzlich **kein Unterschied zwischen formfreien und formbedürftigen Rechtsgeschäften**. Die in Art. 18 Abs. 1 OR verankerte Auslegung nach dem Willensprinzip gilt uneingeschränkt auch für formbedürftige Verträge. Einzelne Irrungen des Bundesgerichtes, wo es bei formbedürftigen Verträgen nach dem sog. Andeutungsprinzip vorging, sind deshalb als Misstritte einzustufen.

Ist der formbedürftige Vertrag, so wie er vereinbart wurde, **formungültig**, ist **jede Vertragsergänzung ausgeschlossen**. Andernfalls steht der **Ergänzung eines formbedürftigen Vertrages** nichts im Weg, auch wenn die Vertragslücke einen Punkt betrifft, der formbedürftig gewesen wäre, falls die Parteien ihn selbst geregelt hätten. Jedoch muss die Form des bereits bestehenden Vertrages gewahrt sein.

Fallbeispiel 3

Im vorliegenden Vertrag sind zwei Teile zu unterscheiden: Eine ehe- und eine erbrechtliche Anordnung. Wäre der vorliegende Vertrag ein reiner Erbvertrag, so wäre er ungültig, weil die Formvorschriften (zwei Zeugen) nicht eingehalten wurden. Als Ehevertrag ist die Form jedoch erfüllt und ungültig sind lediglich die Anordnung betreffend der Vererbung der Liegenschaften. Somit ist der Vertrag teilnichtig.

Das Bundesgericht hat geprüft, was die Ehegatten vereinbart hätten, wenn sie sich der Formungültigkeit (der erbrechtlichen Anordnung) bewusst gewesen wären (hypothetischer Parteiwille); es kam dabei zum Resultat, dass die Ehegatten diesfalls die Liegenschaften aus dem güterrechtlichen Vertrag entfernt hätten.

⁴ Damit für weitere Streitfälle die bereits gebildete generell-konkrete Regelung übernommen werden kann.

Diese Lösung ist nicht wirklich überzeugend; eigentlich liegt näher, dass die Ehegatten die Vereinbarung bezüglich den Liegenschaften formgültig abgeschlossen hätten. Doch gerade darin liegt der Kniff der Lückenfüllung bei formbedürftigen Verträgen: **Das Bundesgericht kann den Formfehler mittels hypothetischem Parteiwillen nicht korrigieren**, sondern lediglich die Lücke eines formgültigen Vertrages ausfüllen. Deswegen ist vorliegende Resultat das Optimalste, was das Bundesgericht tun konnte.

Vertragsanpassung als Sonderproblem der Vertragsergänzung

Oftmals wird ein Vertrag auch unpassend und lückenhaft, weil sich die Sachverhaltsverhältnisse während der Vertragsdauer geändert haben.

Nach Meinung der Referentin handelt es sich bei der Vertragsanpassung um ein Problem der Lückenfüllung. Ein Teil der Lehre und die Rechtsprechung sieht darunter ein Problem des **Rechtsmissbrauchs** (Art. 2 Abs. 2 ZGB; *clausula rebus sic stantibus*). Nach diesem Standpunkt darf ein Vertrag nur angepasst werden, wenn das Beharren auf die Weiterführung des Vertrages - trotz veränderter Verhältnisse - einen Rechtsmissbrauch darstellen würde.

Lässt sich dem Vertrag für den konkreten Fall weder eine positive noch eine negative Anpassungsregel entnehmen, so weist der Vertrag eine Lücke (**Anpassungslücke**) auf. Indem der Richter die Anpassungsfrage entscheidet, füllt er eine Anpassungslücke im Vertrag mit einer selbst gesetzten Regel aus, wobei sich diese Lückenfüllung am hypothetischen Parteiwillen (und damit am Grundsatz von Treu und Glauben, Art. 2 ZGB) zu orientieren hat.

Die Antwort bezüglich dieses Problem kann sich also ergeben aus:

- dem **Vertrag** (Klausel für veränderte Verhältnisse)
- dem **Gesetz** (bestimmte Gesetzesbestimmungen regeln den Fall der veränderten Verhältnisse)
- Soweit sich die Antwort auf die Anpassungsfrage weder aus Vertrag noch aus Gesetz ergibt, hat im Streitfall das **Gericht** mit einer selbst gesetzten Regel zu entscheiden.

Fallbeispiel 4

Die Sachverhaltsverhältnisse haben sich während der Vertragsdauer eindeutig geändert, weil das fragliche Grundstück von der Bauzone in die Landwirtschaftszone umgezont wurde. Damit hat der Vertrag natürlich seinen ursprünglichen Zweck verloren, weil die Migros-Genossenschaft danach jährlich einen grossen Preis für ein (sinnlos gewordenes) Baurecht zu zahlen hat. Weil sich aus Vertrag und Gesetz keine negativen oder positiven Regelungen für diese Umzonung finden lassen, muss nach dem hypothetischen Parteiwillen gefragt werden, was die Parteien vereinbart hätten, wenn sie diesen Umzonungsfall vorausgesehen hätten. Dabei kommt man eindeutig zum Schluss, dass die Migros eine Kündigungsklausel für diesen Fall in den Vertrag aufgenommen hätte.

Betrachtet man die Vertragsanpassung als Institut unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauches, wird man zu einer ähnlichen Lösung kommen, weil das Beharren auf den Bedingungen des Vertrages offensichtlich einen Rechtsmissbrauch darstellt.

29. Juni 2006

Auslegung von Statuten

Fallbeispiel 1

Die Familien Karlen, Lötscher und Meier beschliessen, gemeinsam ein Mehrfamilienhaus mit familienfreundlicher Infrastruktur zu bauen. Um gegenüber den kreditgewährenden Banken ein „geschlossenes Auftreten“ markieren zu können, gründen sie eine Baugenossenschaft.

In der Bauphase entbrennt zwischen den drei Genossenschaftern Streit darüber, wie folgende Passage der Statuten auszulegen ist:

„Über die Gestaltung des Spielplatzes verständigen sich die Genossenschafter zu gegebener Zeit.“

Die Kinder der Familie Karlen sind schon etwas älter und wünschen sich ein Beach-Volley-Feld. Demgegenüber wollen die Familien Lötscher und Meier nur eine Schaukel, einen Sandkasten und ein Spielhaus mitfinanzieren. Sie gehen – im Gegensatz zur Familie Karlen - davon aus, dass die zitierte Statutenbestimmung so auszulegen ist, dass mittels Mehrheitsentscheid über die Spielplatzgestaltung entschieden wird.

Fallbeispiel 2

Battista Bundi ist seit 11 Jahren in der Bell AG tätig und in der Genossenschaft „Pensionskasse der Bell AG“. Er wird wegen eines Rückenleidens teilinvalid und schliesslich von der Bell AG, die für ihn wegen seiner eingeschränkten Arbeitsfähigkeit keine Verwendung mehr hat, entlassen.

Bundi verlangt von der „Pensionskasse der Bell AG“ eine lebenslängliche Invalidenrente. Er macht geltend, nach den massgebenden Statutenbestimmungen habe er, obwohl nur teilinvalid, Anspruch auf eine volle Invalidenrente, weil die Bell AG ihn wegen seiner Invalidität entlassen habe. Die „Pensionskasse der Bell AG“ legt die massgebliche Statutenbestimmung anders aus und will Bundi nur eine Kapitalabfindung bzw. eine Teilrente ausrichten.

Vgl. BGE 87 II 89 ff.

Fallbeispiel 3

Der Verein „Sänger von Luzern“ hat den Zweck, die lokale Gesangskultur zu fördern. Er ist nicht im Handelsregister eingetragen. Der Vereinsvorstand besteht nach Art. 2 der Statuten aus dem Präsident, dem Vizepräsident und dem Kassier. Nach Art. 3 der Statuten wird, unter dem Titel „Geschäftsführung und Vertretung“ Folgendes geregelt:

„Der Präsident führt die Geschäfte des Vereins, unter Vorbehalt der Zuständigkeit der Vereinsversammlung. Der Verein wird durch den Präsidenten und den Kassier rechtsverbindlich vertreten.“

Am 1.4.2006 bestellt der Kassier Fritz Unbedacht beim Bäcker Anton Reich für einen Vereinsanlass ein grosszügiges Apéro. Am Tag vor dem Anlass ruft der Präsident Heinz Hertig den Anton Reich an und sagt die Bestellung ab. Reich beharrt auf dem Vertrag. Hertig macht geltend, nach Art. 3 der Statuten seien er und Unbedacht kollektiv zeichnungsberechtigt, der Kassier habe den Verein somit nicht rechtsgültig verpflichten können.

Fallbeispiel 4

Anton, Bruno, Caroline und Debora sind Eigentümer je eines Stockwerkeigentumsanteils eines Wohnhauses mit vier übereinander liegenden Wohnungen.

Als der Lift für Fr. 40'000.- komplett saniert werden muss, weigert sich der im Erdgeschoss wohnhafte Anton, einen Beitrag an die Reparaturkosten zu bezahlen. Er macht geltend, er benütze den Lift nie und die Kosten seien den Eigentümern der Stockwerke 1-3 aufzuerlegen, und zwar entsprechend der tatsächlichen Inanspruchnahme des Lifts oder pauschal nach Stockwerk.

Das Stockwerkeigentümerreglement enthält keine spezifischen Bestimmungen zu diesem Punkt. An die Betriebskosten (Elektrizität, Kontrollen) hat bisher jeder Stockwerkeigentümer je _ bezahlt.

Fallbeispiel 5

Der internationale Verband IAF (International A-Federation) ist der (vom IOC anerkannte) Dachverband der Sportart A.

Der europäische Verband EAF (European A-Federation) ist der (vom IAF statutarisch anerkannte) europäische Dachverband der Sportart A.

Die Landesverbände der Sportart A (z.B. der Schweizerische A-Verband) sind Mitglieder sowohl beim IAF wie auch beim entsprechenden Kontinentalverband (z.B. dem EAF). Der EAF ist nicht Mitglied des IAF. Zwischen dem IAF und der EAF besteht auch kein schriftlicher Vertrag. Hingegen unterwirft sich der EAF in seinen Statuten denjenigen der IAF.

Die Statuten des IAF delegieren seit Jahren gewisse Aufgaben (Wettbewerbsqualifikationen) an die Kontinentalverbände. Die IAF widerruft nun (mittels Reglements- oder Statutenänderung) die Delegation der WM-Qualifikationen. Muss die EAF die Statutenänderung akzeptieren?

Im ersten Fallbeispiel haben die Beteiligten Parteien die Statutenbestimmung gemeinsam ausgearbeitet, im zweiten Fallbeispiel hat ein Vereinsmitglied die Statuten unverändert übernommen (also bei der Ausarbeitung der Statuten nicht selber mitgewirkt). Im dritten Fallbeispiel geht es um die Beziehung von Vereinsmitgliedern gegenüber Dritten. Das vierte Beispiel behandelt die Lückenfüllung von Statuten. Unter welchen Voraussetzung ist eine Änderung der Statuten (durch den Richter) möglich ist, wird im fünften Beispiel behandelt

Ausgangslage und Problemstellung

Statuten, Gesellschaftsbeschlüsse u.dgl. haben oft eine **Doppelnatur**:

- Einerseits weisen sie Gemeinsamkeiten mit Gesetzen auf. Dies ist insbesondere bei Gesellschaften mit grossem Mitgliederbestand der Fall.
- Andererseits können Statutenbestimmungen auch bloss interne Wirkung unter den beteiligten Mitgliedern haben.

Zu beachten ist ferner, dass Statuten unter Umständen auch für Dritte, die mit einer juristischen Person Geschäfte abschliessen, von Bedeutung sind. Dies trifft in besonderem Masse dann zu, wenn die entsprechenden Bestimmungen im Handelsregister eingetragen sind.

Auslegung von Statuten im Einzelnen

Für die Auslegung kann aufgrund dieser Doppelnatur nicht nur die Sichtweise der Beteiligten massgeblich sein. Vielmehr ist zu unterscheiden:

- Die **Auslegung "interner" Bestimmungen**, an deren Zustandekommen alle Mitglieder beteiligt waren, erfolgt nach den Regeln der **Vertragsinterpretation**.
- Richten sich die Bestimmungen an **Personen, die an ihrer Entstehung nicht beteiligt waren**, so hat die Auslegung nach **objektiven Gesichtspunkten** zu erfolgen, also nach den Regeln der Gesetzesinterpretation.⁵

Einige **Auslegungsgrundsätze** gelten allerdings unabhängig davon, ob auf die Regeln der Vertragsinterpretation oder auf die Gesetzesinterpretation abgestellt wird. Sie gelten also für die Auslegung aller Statuten:

- Es darf **nicht formalistisch** auf den Wortlaut abgestellt werden.
- Die einzelne Statutenbestimmung ist aus dem **Zusammenhang** heraus zu verstehen (Vergleich mit restlichen Statutenbestimmungen in ihrem Gesamtzusammenhang).
- Dabei kommt der Formulierung der **Zielsetzung** der Statuten eine herausragende Bedeutung zu, auch für das Verständnis übriger Bestimmungen.

Fallbeispiel 1

Die Auslegung der umstrittenen Statutenbestimmung erfolgt nach vertraglichen Grundsätzen, weil es sich dabei um eine "interne" Bestimmungen handelt. Bei der Auslegung nach vertraglichen Grundsätzen wird also zuerst geschaut, ob eine tatsächlicher Konsens vorliegt. Wenn der Richter keinen gemeinsamen Willen finden kann, erfolgt nach den Regeln der Vertragsinterpretation die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip; der Richter schaut, was die Parteien bei der Auslegung dieser Bestimmung nach Treu und Glauben verstehen konnten und mussten.

Richtet sich die Bestimmung an eine Personen, die an ihrer Erstellung hingegen nicht beteiligt war, so kann die Auslegung nicht nach dem Willen der Parteien und auch nicht nach den Umständen, wie die Statuten zustande gekommen sind, vorgenommen werden. Ansonsten könnten die juristischen Personen immer behaupten: "Die Statutenbestimmung wurde von uns zwar unglücklich formuliert, aber gemeint haben wir es eigentlich etwas anders". Im Vordergrund steht in einem solchem Falle die grammatikalische und die logische Interpretation.

Wenn aussenstehende Dritte beteiligt sind, meint Riemer bezüglich der Auslegung, dass man trotzdem⁶ nach den Regeln der Vertragsinterpretation vorgehen muss; Dabei hat man aber den ersten Schritt (die Ermittlung des wirklich übereinstimmenden Willens) auszulassen. Riemer vertritt diese Meinung, weil ansonsten wichtige Regeln der Vertragsinterpretation nicht mehr angewendet werden können (wie z.B. die Unklarheitenregel). Forstmoser entgegnet darauf, dass bei dieser Vorgehensweise für verschiedene Adressaten die gleiche Bestimmung unterschiedlich ausgelegt werden könnte. Deswegen plädiert er hingegen für eine Gesetzesinterpretation.

Als vermittelnde Lösung bei der **Auslegung von "externen" Statuten** ist Folgende vorzuschlagen: Gemeinsam ist man sich in der Lehre einig, dass **keine subjektive Auslegung** erfolgen darf. Es kann nicht auf das Willensprinzip abgestellt werden,

⁵ Wobei dieser Punkt in der Lehre umstritten ist.

⁶ entgegen der Lehrmeinung.

vielmehr muss nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt werden. Jedoch dürfen dabei **die konkreten Umstände nicht berücksichtigt** werden, so dass es nicht zu verschiedenen Resultaten (bei unterschiedliche Adressaten) kommt.

Fallbeispiel 2

Weil Bundi nicht an der Erstellung der Statutenbestimmung beteiligt war, muss die Auslegung nach objektiven Gesichtspunkten erfolgen. Das Bundesgericht hat die Bestimmung so ausgelegt, dass Bundi zu einer vollen Invaliditätsrente berechtigt ist. Diese Auslegung muss allgemein (gegenüber allen Dritten) gelten, d.h., die konkreten Umstände dürfen dabei nicht betrachtet werden.

Fallbeispiel 3

Auch hier muss nach objektiven Gesichtspunkten ausgelegt werden. Der Präsident kann nicht den Einwand erheben, dass die Statutenbestimmung anders gemeint als formuliert war (kein Willensprinzip). Wenn man die Bestimmung als Aussenstehender liest, muss man eindeutig nicht davon ausgehen, dass Kassier und Vizepräsident nur doppelt zeichnungsberechtigt sind. Die Auslegung hat nach dem Vertrauensprinzip und nach dem grammatikalischen Element zu erfolgen.

Lücken und Lückenfüllung von Statuten

Enthalten die Statuten in ihrem Anwendungsbereich auf eine Frage, die (im Gesamtrahmen der Statuten) notwendigerweise oder zumindest vernünftigerweise beantwortet werden sollte, keine Antwort, so weisen sie eine Lücke auf. Davon abzugrenzen ist das qualifizierte Schweigen.

Sind die Statuten lückenhaft, so erfolgt die **Lückenfüllung von Statuten** nach folgender Abfolge:

- in erster Linie durch das zuständige Willensbildungsorgan selber i.S. eines Beschlusses;
- in zweiter Linie durch Übung (“verbandsinternes Gewohnheitsrecht”, “Obervanz”);
- in dritter Linie durch dispositives Gesetzesrecht;
- in letzter Linie durch das Gericht mit einer von ihm selbst gesetzten Regel (**Richterrecht**). Dabei ist besonders darauf zu achten, dass die richterliche Norm in das Gesamtgefüge der Statuten passt.

Fallbeispiel 4

Normalerweise (und nach dispositiver Regelung in Art. 712h ZGB) werden bei der Stockwerkeigentümergeinschaft die Kosten nach dem Miteigentumsanteil verteilt. Es könnte sein, dass man im vorliegenden Fall für den Lift ganz bewusst keine Spezialregelung getroffen hat, weil - nach den Regeln des qualifizierten Schweigens - auch für den Lift eine gemeinschaftliche Verteilung der Kosten erreicht werden sollte. Sollte ein qualifiziertes Schweigen zu verneinen sein, so erfolgt eine Lückenfüllung: In erster Linie könnte sich die Stockwerkeigentümerschaft selber über die Kostenverteilung einigen. Nachher kommt die bisherige Übung in Betracht; i.e. wurden die Kosten immer zu je 1/4 verteilt. Dispositive Gesetzesrecht oder Richterrecht werden in diesem Beispiel daher wohl nicht in Betracht kommen.

Sind die Statuten, so wie sie vorliegen, **formungültig**, ist jede **Lückenfüllung ausgeschlossen**. Andernfalls steht der Ergänzung der Statuten nichts im Weg, auch wenn die Lücke einen Punkt betrifft, der formbedürftig gewesen wäre, falls die Gesellschafter/Mitglieder ihn selbst geregelt hätten.

Die **Anpassung von Statuten erfolgt durch das zuständige Willensbildungsorgan**, und zwar in der Regel durch (allenfalls qualifizierten) Mehrheitsbeschluss. Damit entfällt für Statuten weitgehend das Problem der Vertragsanpassung durch den Richter. Ausnahmsweise ist die Anpassung der Statuten unzulässig oder nur unter Einschränkungen möglich. Beispiele:

- Keine Umwandlung des Vereinszweck gegen den Willen eines Vereinsmitglieds (Art. 74 ZGB);
- Schutzbestimmungen für Aktionäre oder bestimmte Aktionärskategorien im Aktienrecht.

Problematisch ist sodann die **Wirkung der angepassten Statuten auf Dritte**. Grundsätzlich muss an sich gelten, dass die neuen Bestimmungen gelten. Die Änderung von Haftungsbestimmungen müssen (gemäss Bestimmungen im OR) sich alte

Gläubiger jedoch nicht vorhalten lassen; sie können sich auf die Statutenbestimmungen im Zeitpunkt des Abschlusses der Obligation berufen. Diese Bestimmungen werden analog für das Vereinsrecht hinzugezogen.

Fallbeispiel 5

Unter Umständen haftet der IAF für die Einnahmen der entzogenen WM-Qualifikation

6. Juli 2006

Auslegung von einseitigen Rechtsgeschäften

Auslegungsprinzipien

- **Testamente: Willensprinzip.** Weil es sich um ein einseitiges Rechtsgeschäft handelt, wird lediglich auf den Willen der abtretenden Person geschaut. Es kann insbesondere kein Dritter behaupten, eine Testamentserklärung nach Treu und Glauben anders verstanden zu haben.
- **Erbvertrag: Vertrauensprinzip?** Da es sich um ein zweiseitiges Geschäft handelt, darf der Erbvertragspartner die Erklärungen des Erblassers gemäss Vertrauensprinzip nach Treu und Glauben verstehen. Das Vertrauensprinzip wird jedoch nur analog angewendet und modifiziert: Je unentgeltlicher ein Erbvertrag daherkommt, desto mehr wird dem Erbvertragspartner die Auslegung nach Vertrauensprinzip versagt und je mehr kommt das Willensprinzip zum Tragen.

Allgemeine Auslegungsregeln

- **Klarheitsregel (Eindeutigkeitsregel):** Wenn der Testamentstext klar und eindeutig ist, dann gibt es daran nichts zu deuten und auszulegen. In diesem Falle dürfen insbesondere keine Externa mehr herangezogen werden, sofern der Herbeizug von Externa nicht ausdrücklich im Testamentstext gewünscht wird. Umgekehrt formuliert: Erst wenn gewisse Stellen in einem Testament unklar sind, dürfen Externa herbeigezogen werden. Die Klarheitsregel hat die Funktion zu verhindern, dass nicht unnötig falsche Sachen in Testamente hineininterpretiert werden.
- **Anhaltsregel (Andeutungsregel):** Das was als Auslegungsergebnis und somit als Wille des Erblassers in einem Testament oder Erbvertrag definiert wird, muss auch andeutungsweise minimal aus dem Wortlaut des Testamentes/Erbvertrages hervorgehen.
- **Goldene Regel (Auslegung in favorem hereditorem legitimorum):** Im Zweifel ist das Testament so auszulegen, dass die gesetzliche Erbfolge in Kraft kommt (vgl. 481 II, 608 III ZGB).⁷
- **Auslegung in favorem testamenti:** Wenn mehrere Auslegungsvarianten in Frage kommen, dann soll man in Zweifel diejenige wählen die bewirkt, dass ein Testament oder eine Anordnung auch tatsächlich durchgeführt werden kann.

Gesetzliche Auslegungsregeln

- **Art. ZGB 511 I:** Errichtet der Erblasser eine letztwillige Verfügung, ohne eine früher errichtete ausdrücklich aufzuheben, so tritt sie an die Stelle der früheren Verfügung, soweit sie sich nicht zweifellos als deren blosser Ergänzung darstellt.
- **Art. 608 III:** Die Zuweisung einer Erbschaftssache an einen Erben gilt als blosser Teilungsvorschritt und nicht als Vermächtnis, wenn nicht ein anderer Wille des Erblassers aus der Verfügung ersichtlich ist.

Irrtumsanfechtung

Gemäss Art. 469 I ZGB sind Verfügungen, die der Erblasser unter dem Einfluss von **Irrtum, arglistiger Täuschung, Drohung und Zwang** errichtet hat, ungültig. Im Erbrecht geschieht die Geltendmachung von Willensmängeln durch Ungültigkeitsklagen gestützt auf Art. 519 Ziff. 2 ZGB. Es gilt der Grundsatz "**Aufhebung vor Anfechtung**": Es ist danach zu fragen, ob der Erblasser, wenn er seinen Irrtum gekannt hätte, ihn dann tatsächlich korrigiert hätte. Diese Tatsache hat der Anfechtende zu beweisen. Gelingt ihm dies, wird die angefochtene Passage für ungültig erklärt (die gesetzliche Erbfolge oder frühere Willenserklärungen treten in Kraft). Es sind noch zwei Sonderregeln zu beachten:

⁷ Diese Auslegungsregel steht eigentlich in einem Widerspruch zum Sinne eines Testamentes oder Erbvertrages, weil damit in den meisten Fällen gerade die gesetzliche Erbfolge umgestürzt werden soll.

- **Heilbarkeit trotz Irrtum.** Art. 469 II ZGB: Wenn sich der Erblasser zu Lebzeiten des Irrtums bewusst wird und trotzdem innert Jahresfrist lang den Irrtum nicht beseitigt, kann das Testament oder der Erbvertrag nicht angefochten werden.
 - **Berichtigung.** Art. 469 III ZGB: Bei einem offenbaren Irrtum in Bezug auf Personen oder Sachen in einer Verfügung kann richtig gestellt werden, wenn sich der wirkliche Wille des Erblassers mit Bestimmtheit feststellen lässt.
-