

# Überlegungen zu einer Fachdidaktik Recht

19. Juni 2016

## Inhaltsverzeichnis

<b>1 Die Einleitungsartikel des ZGB</b>	<b>1</b>
1.1 Anwendbares Recht . . . . .	1
1.1.1 Gesetzesrecht . . . . .	2
1.1.2 Gesetzeslücken . . . . .	2
1.1.3 Lückenfüllung . . . . .	3

## 1 Die Einleitungsartikel des ZGB

Auch wenn die Bestimmungen von Art. 1 – 10 ZGB formell Teil des ZGB sind, beantworten sie Fragen von allgemeiner Tragweite<sup>1</sup> und entfalten damit Wirkung über das Privatrecht hinaus.<sup>2</sup>

### 1.1 Anwendbares Recht

Die Grundfrage der Rechtswissenschaft lautet «*Was gilt?*».

Art. 1 ZGB gibt uns dafür die erforderlichen Leitplanken:

1. Das Gesetz;
2. allfälliges Gewohnheitsrecht und wenn auch ein solches fehlt
3. Richterrecht.<sup>3</sup>

Was auf den ersten Blick einfach und klar erscheint, erfordert eine vertiefte Auseinandersetzung.

---

1. Bernhard Schnyder, Jörg Schmid und Peter Tuor, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch*, 11. Aufl (Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1995), Seite 31.

2. Hans Michael Riemer, *Die Einleitungsartikel des schweizerischen Zivilgesetzbuches: (Art. 1-10 ZGB): eine Einführung*, 2., Aufl, Stämpfli juristische Lehrbücher (Bern: Stämpfli, 2003), § 3.

3. Ebd., § 4 N. 2.

### 1.1.1 Gesetzesrecht

Die grundsätzliche Verpflichtung der Gerichte, das Gesetz anzuwenden, ist heute eine Selbstverständlichkeit. Ihre Bedeutung erschliesst sich aus dem historischen Kontext ihrer Entstehung. Sie ist als Bekenntnis zur Gewaltenteilung zu verstehen<sup>4</sup> (vgl. auch Art. 190 BV<sup>5</sup>).

Die Feststellung des geltenden Gesetzesrechts stellt den Rechstanwender vor verschiedene Probleme. Zuerst ist die Frage zu klären, ob der vorliegende Gesetzestext der aktuell gültige Text ist. Dies ist dank der Online Publikation der Gesetzestexte heute kein Problem mehr (vgl. Art. 1a PublG).

Als nächstes ist der gültige Gesetzestext auszulegen. Dabei ist zuerst von seinem Wortlaut auszugehen. Der Wortlaut darf allerdings nie für sich allein betrachtet werden. Er muss immer in seinem Zusammenhang verstanden werden.<sup>6</sup> Weiter ist zu berücksichtigen, was der Gesetzgeber mit der Bestimmung erreichen wollte (sog. *teleologische* Auslegung). Dabei ist zu unterscheiden, was der historische Gesetzgeber wollte und was ein heutiger Gesetzgeber mit einer schon länger geltenden Norm erreichen will.

Bei Anwendung dieser verschiedenen Auslegungsinstrumente können unter Umständen verschiedene mögliche Interpretationen resultieren. In solchen Fällen ist durch Abwägung das sachlich überzeugendste und zur gerechtesten Lösung führende Resultat zu wählen.<sup>7</sup>

### 1.1.2 Gesetzeslücken

Das Allgemeine Preussische Landrecht von 1792 war wohl der letzte ernsthafte Versuch einer lückenlosen Gesetzgebung.<sup>8</sup>

Der Schweizerische Gesetzgeber bringt sein Bewusstsein für die Lückenhaftigkeit der Gesetze in Art. 1 Abs. 2 ZGB zum Ausdruck. Bevor jedoch das Gericht Gewohnheitsrecht oder eigen Regeln zur Anwendung bringen kann, muss geklärt werden, ob überhaupt eine Lücke vorliegt oder ob es sich allenfalls um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers handelt. Bei einem qualifizierten Schweigen wollte der Gesetzgeber einen bestimmten Sachverhalt von einer Regelung ausnehmen.<sup>9</sup>

---

4. Schnyder, Schmid und Tuor, *ZGB*, Seite 32.

5. BBl 149 I 1, *Botschaft über eine neue Bundesverfassung*, Seite 428.

6. Riemer, *Einleitungsartikel*, § 4 N. 35.

7. Ebd., § 4 N. 59.

8. Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2. unveränd. Nachdr. der 2., neubearb. Aufl. von 1967, 13. - 14. Tsd, Jurisprudenz in Einzeldarstellungen 7 (Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1996), Seite 332.

9. Riemer, *Einleitungsartikel*, § 4 N. 88.

### 1.1.3 Lückenfüllung

Primär sollen Lücken durch Gewohnheitsrecht gefüllt werden («*Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht [...] entscheiden [...]*» Art. 1 Abs. 2 ZGB). Gewohnheitsrecht bedarf für seine Gültigkeit der langen Übung und der Überzeugung der betroffenen, dass die Entsprechende Regelung Rechtscharakter habe.<sup>10</sup> Aufgrund der Vilefältigkeit unserer Gesellschaft kommt dem Gewohnheitsrecht heute praktisch keine Bedeutung mehr zu.<sup>11</sup>

Wenn auch Gewohnheitsrecht fehlt, *so soll das Gericht [...] nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde* (Art. Abs. 2 Teil 2 ZGB). Das Gericht hat dabei nicht ausschliesslich den konkreten Einzelfall zu lösen, sondern zuerst eine generell abstrakte Norm aufzustellen und diese dann auf den konkreten Sachverhalt anzuwenden.<sup>12</sup> Man kann sich dazu auf Aristoteles beziehen<sup>13</sup> oder auf den kategorischen Imperativ Kants.<sup>14</sup>

---

10. Susan Emmenegger und Axel Tschentscher, «Anwendung des Rechts - Art. 1 - Anwendung des Rechts», in *Berner Kommentar: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht*, hrsg. Max Gmür u. a. (Bern: Stämpfli, 2012), N. 418.

11. Emmenegger und Tschentscher, «Anwendung des Rechts - Art. 1 - Anwendung des Rechts», N. 431; Riemer, *Einleitungsartikel*, § 4 N. 125; Schnyder, Schmid und Tuor, ZGB, Seite 40.

12. Riemer, *Einleitungsartikel*, § 4 N. 130.

13. Schnyder, Schmid und Tuor, ZGB, Seite 42.

14. Immanuel Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, hrsg. Preussische Akademie der Wissenschaften, Bd. 4, Gesammelte Schriften (Berlin, 1900), Seite 421, Zeilen 7 – 8.