

Blog 5: März 2022

Lückenfüllung

Ein wichtiger Teil juristischer Arbeiten besteht in der Rechtsanwendung. Dabei ist zu prüfen, ob ein Sachverhalt unter einen bestimmten Rechtssatz fällt. Rechtssätze aber oft Lücken auf, die auf dem Weg der Auslegung zu füllen sind. Im folgenden Teil wird die Frage der Lückenfüllung vertieft beleuchtet.

Subsumtion und Lückenfüllung

Subsumtion bedeutet in der Sprache der Jurisprudenz die Klärung der Frage, ob ein bestimmter Rechtssatz auf einen Sachverhalt anwendbar ist. Im Entscheid des Bundesgerichts vom 23. Oktober 1990 [\[1\]](#) gab das Bundesgericht dazu ein Beispiel. Es ging um die Haftpflicht eines Arztes. Zur Frage, ob die Arzthaftung unter die Regeln der vertraglichen Haftung falle oder eine andere Haftungsnorm in Frage komme, führte das Bundesgericht in seinen Erwägung 2a auf Seite 520 aus:

"Das Obergericht geht mit den Parteien von einer vertraglichen Haftung des Beklagten aus, nimmt einen Vertrag zugunsten Dritter an und unterstellt diesen dem Auftragsrecht. Zu Recht kritisieren die Parteien diese Rechtsauffassung und Subsumtion nicht."

Die Unterstreichungen finden sich nicht im zitierten Entscheid. Das Bundesgericht erwog aber in dieser Passage, die rechtliche Einordnung der Haftpflicht eines Arztes falle unter das Vertragsrecht [\[2\]](#) und bezeichnete die Einordnung durch die Vorinstanzen als Subsumtion.

Wichtiger Teil der Subsumtion wird Lückenfüllung immer dann, wenn Rechtssätze keine Lösung für den zu beurteilenden Sachverhalt bieten. Es stellt sich dann die Frage, ob die Rechtsanwender die aufgefundene Lücke füllen dürfen.

Zulässigkeit der Lückenfüllung

Die für das schweizerische Recht grundlegende Regelung im Zusammenhang mit der Behandlung einer Lücke bei der Anwendung von Rechtsnormen findet sich im Zivilgesetzbuch:

Gattlen Rechtsanwälte

Europaallee 41
Postfach
8021 Zürich

Tel. 044 215 70 20
Fax 044 215 70 21

www.gattlenrechtsanwalt.ch
gattlen@gattlenrechtsanwalt.ch

Art. 1 ZGB

¹ Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält.

² Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde.

³ Es folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.

Die Bestimmung gibt einen Rechtsgrundsatz wieder, der in der ganzen schweizerischen Rechtsordnung gilt. Aus Art. 1 Absatz 1 ZGB ergibt sich zunächst, dass Wortlaut und Auslegung gleichwertig sind. Ergeben aber Wortlaut noch Auslegung eine Lösung für den zu beurteilenden Sachverhalt, dann wird dem Gericht in Absatz 2 aufgetragen, zunächst nach Gewohnheitsrecht zu suchen und – sofern es solches findet – nach Gewohnheitsrecht zu entscheiden. Erst wenn weder Wortlaut noch Auslegung eine Lösung ergeben und auch kein Gewohnheitsrecht gefunden werden kann, hat das Gericht anstelle des Gesetzgebers Recht zu bilden; hier beginnt die Lückenfüllung.

Abgesehen von den Schranken der Lückenfüllung die Art. 1 Absatz 3 ZGB gibt, haben die Rechtsanwender bei der Subsumption auch den Willen des Gesetzgeber zu beachten. Das ergibt sich direkt aus der Gewaltenteilung und führt zur Unterscheidung in echte und unechte Lücken.

Echte oder unechte Lücke - eine Unterscheidung mit unter Umständen gravierenden Rechtsfolgen

Im Entscheid des Bundesgerichts vom 3. April 1973 [3] ging es um die Frage, ob das damals geltende Kranken- und Unfallversicherungsgesetz (KUVG) zugunsten der Pflegekinder beim Unfalltod eines Pflegeelternteils einen Anspruch auf eine Hinterlassenenrente gab. Folgt man der Chronologie, hatte das Parlament das Gesetz am 11. Juni 1911 beschlossen, es wurde dagegen das Referendum ergriffen, aber in der Volksabstimmung vom 4. Februar 1912 wurde es angenommen worden war [4] und zwar mit einer Mehrheit von 54,4 % Ja- gegen 45,6 % Nein-Stimmen [5]. Später ist es durch andere Gesetze abgelöst worden und gilt heute nicht mehr. Es handelte sich jedenfalls um ein Gesetz, das vor dem Hintergrund der Rechtsüberzeugungen erlassen wurde, wie sie 1911 mehrheitlich herrschten.

Art. 85 KUVG legte fest "*Ausserdem erhält jedes hinterbliebene oder nachgeborene eheliche Kind eine Rente von fünfzehn Prozent des Jahresverdienstes des Versicherten, (...)*" [6] Die Pflegekinder waren in dieser Aufzählung nicht erwähnt; und übrigens auch die unehelichen oder ausserehelichen Kinder nicht.

Das Eidgenössische Versicherungsgericht hatte bereits früher entschieden: "*Art. 85 KUVG enthalte keine Lücke. Er bezeichne die Kinder, die beim Tode ihres Versorgers eine Rente erhalten sollen, abschliessend und sei von der Verwaltung und vom Richter so, wie er laute, anzuwenden.*", denn "*Der Umstand, dass Art. 85 KUVG die Pflegekinder nicht erwähnt, bedeutet noch nicht, dass das Gesetz insoweit eine Lücke aufweist, die vom Richter ausgefüllt werden darf.*"

Dagegen gingen die Beschwerdeführer mit dem Argument an, diese Auslegung des Gesetzes sei falsch, es liege eine echte Lücke vor, die durch das Gericht auszufüllen sein. Das Gericht bestätigte jedoch in seiner Entscheidung die bisherige Rechtsprechung. Es verneinte das Vorhandensein einer Lücke im Gesetz, wenn "*der Gesetzgeber gewollt darauf verzichtet, die Pflegekinder vom Anspruch auf Hinterlassenenrenten auszunehmen.*" und meinte überdies "*in der Sozialversicherung, deren Rechtsgebiete häufig Revisionen unterworfen sind, [sei] mit der Annahme echter Lücken Zurückhaltung geboten.*" [7]

Das Bundesgericht unterschied in Übereinstimmung mit der Lehre zwischen echten und unechten Lücken in einem Rechtssatz. Echte Lücken dürfen durch das Gericht auf dem Wege der Auslegung in analoger Anwendung von Art. 1 ZGB durch Richterrecht geschlossen werden, unechte Lücken dagegen sind vom Gericht zu respektieren. [8] Im vorliegenden Falle verblieb das Bundesgericht bei seiner Rechtsprechung und hielt fest, die Pflegekinder seien in der Aufzählung von Art. 85 KUVG bewusst weggelassen worden, weshalb keine Lücke vorliege, die durch das Gericht ausgefüllt werden dürfe.

Rechtsfolge war, dass das oder die Pflegekinder nach dem Verlust eines Pflegeelternteils von den in Art. 85 KVG festgelegten Leistungen ausgeschlossen blieben.

Zürich, 09. März 2022 / T. Gattlen

[1] BGE II 519, E. 2a

[2] BGE II 519, E. 3b

[3] BGE 99 V 19

[4] <https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/rf/cr/1911/19110016.html>

[5] <https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/va/19120204/det71.html>

[6] Zitiert nach BGE 99 V 19, E. 1

[7] BGE 99 V 19, E.2

[8] BGE 99 V 19, E. 1 und 2