

*Diese Zusammenfassung basiert auf den Prüfungsstoff der Vorlesung „Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtspraxis“, Teil Prof. Norer, vom Herbstsemester 2009. Der Schwerpunkt liegt auf dem Buch „Einführung in das Recht“ von Hansjörg Seiler.*

## 1. Teil: Wesen, Funktion und Legitimität des Rechts

### 1. Was ist Recht?

#### 1.1 Definition

Es gibt keine allgemein anerkannte Definition

- Indogermanisch: „reg“ = aufrichten
- Althochdeutsch: „reht“ = gerade, recht, richtig
- Lateinisch: „regere“ = gerade richten, lenken, regieren

Recht gibt Normen vor und bestraft bei Nichteinhalten. Regelung zum Zusammenleben.

#### 1.2 Wesensmerkmale des Rechts

##### 1.2.1 Sollensnorm

Recht ist normativ bzw präskriptiv, es schreibt vor wie wir uns verhalten sollen. Das Naturgesetz ist deskriptiv. Konsequenzen:

- Normative Aussagen können nicht wahr od. falsch sein → Wertung
- Rechtsgesetze können nicht aus empirischen Tatsachen gefolgert werden, aus einem Sein kann kein Sollen abgeleitet werden.
- Dadurch, dass jemand dem Gesetz zuwiderhandelt, wird es nicht falsifiziert. → Entscheidender Unterschied zu Naturwissenschaft
- Nicht universal und zeitlos. Geltung ist relativ.
- Muss sich an Adressaten richten, die willentlich handeln können (Menschen) → nicht an Tiere oder Natur vorschreiben, wie verhalten
- Recht muss im Voraus bekannt sein (ex ante). Ist zukunftsgerichtet, Naturgesetz stellt fest, wie sich Natur bisher verhalten hat

Nicht von Sein auf Sollen schliessen: Normativ = Sollen, Deskriptiv = Sein. Wenn Marsmensch sieht, wie jemand einer alten Dame über die Strasse hilft → sieht „sein“, schliesst auf „sollen“; denkt es ist Gesetz. MM sieht Verkehrsschild „max. 100km/h“, sieht „sollen“, schliesst auf „sein“; denkt, alle halten sich daran.

##### 1.2.2 Heteronome Verbindlichkeit

Alle Personen, die der betroffenen Rechtsordnung unterworfen sind, müssen diese beachten. Die Rechtsordnung ist:

- verbindliche Anordnung

- heteronom (fremdbestimmt). Frage nach Verhältnis Willensfreiheit des Einzelnen - Rechtsordnung
- gilt innerhalb ihres Geltungsbereichs für alle. Unterschied zu gesellschaftlichen od. religiösen Regeln (nur Angehörige)

### 1.2.3 Durchsetzbarkeit

Wesentliches Element: Recht kann i.d.R. durch besondere Organe nötigenfalls zwangsweise durchgesetzt werden. „Freiwillige“ Einhaltung nur wegen Furcht vor staatlicher Massnahme. → Zwangsmassnahmen sind ein wesentlicher Unterschied des Rechts zu anderen Regelsystemen (Brauch, Sitte, Moral).

Es gibt Rechtsnormen, die nicht effektiv durchsetzbar sind, zB Völkerrecht wird nicht von allen Staaten akzeptiert, *leges imperfectae* (zB verjährte Schuld)

### 1.2.4 Legitimität

\* Formelle Legitimität: Recht ist von einem ordnungsgemäss zuständigem Organ in einem ordnungsgemässen Verfahren erlassen worden

\* Materielle Legitimität: Das Recht entspricht inhaltlich gewissen Anforderungen; „richtiges“, „gerechtes“ Recht

→ Mindestvoraussetzung für Recht ist formelle Legitimität.

Formelle L: Input-orientiert (Legitimierter Rechtsetzer)

Materielle L: Output-orientiert (Gerechtes Ergebnis)

### 1.2.5 Generell-Abstraktheit

\* generell = für alle Personen gleichermaßen

\* abstrakt = für alle gleichartigen Sachverhalte

Beispiel: „Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird bestraft.“

- Generell: jede Person, die einen Menschen tötet, unb. Anzahl
- Abstrakt: gilt für alle Tötungsfälle

= Schematisierung. Der Einzelne wird nicht aufgrund seiner menschlichen Individualität beurteilt, sondern nach allgemeinen Regeln. Dient:

- Rechtssicherheit und Vereinfachung
- Rechtsgleichheit (Ziel der franz. Revolution, „La loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse »)

Gegensatz : Individuell-konkret : auf einen bestimmte Person und einen konkreten Sachverhalt bezogen.

Generell-Abstraktheit ist rechtsbegründete, normative Anforderung an das Recht. Einzelfallgesetze kommen aber in der Praxis durchaus vor, sie sind zulässig, wenn singuläre Fälle zu regeln sind.

### 1.2.6 Staatlich?

Staaten, d.h. politische Strukturen, sind die hauptsächlichen Rechtsetzer. Haben Behörden und Organisationen. Gibt aber auch Recht, das ausserhalb staatlicher Strukturen entstanden ist:

#### 1.2.6.1 Historisches Recht

Gewohnheitsrecht, common law, von staatl. Behörden anerkannt

#### 1.2.6.2 Privates Recht

Private können nicht hoheitlich handeln. Gibt aber Befehlsbefugnisse, zB Arbeitgeber, aber AN hat Vertrag freiwillig geschlossen. Freiwillige Regelungen sind zB Verträge, Vereine. Nicht einhalten kann eingeklagt werden. Das staatliche Recht schützt das untergeordnete Private.

#### 1.2.6.3 Kirchenrecht

z.T. innerkirchliche Fragen regeln(meist), z.T. Sachen die vom staatl. Recht erfasst werden. Z.B. Ehe kann staatlich gültig sein, in Kirche ungültig od. umgekehrt.

#### 1.2.6.4 Naturrecht, Menschenrechte

NR= Recht, das ausserhalb staatlichen Rechts besteht. Funktion: das als ungerecht empfundene Recht zu bekämpfen. Insbesondere Menschenrechte: diese sollen ja gerade gegen staatliches Recht geschützt werden.

#### 1.2.6.5 Völkerrecht

Verhältnis zwischen Staaten (nicht einseitig erlassbar) teilweise gewohnheitsrechtlich, teilweise naturrechtlich.

## **1.3 Verschiedene Bedeutungen des Begriffs „Recht“**

### 1.3.1 Objektives und subjektives Recht

\*obj: Rechtsregel, wie die Rechtslage ist. Gesamtheitliche Optik: LAW

\*sub: Berechtigung des Einzelnen, rechtlich geschütztes Interesse, einen Rechtsanspruch gegen jemanden. Individualistisch: RIGHT

Obj und subj können sich entsprechen.

! Naturschutzrecht: die Natur hat kein Recht darauf, geschützt zu werden. Niemand hat ein subj. Recht darauf, dass ein Straftäter verurteilt wird. (wird aber „Strafanspruch des Staates“ genannt.)

### 1.3.2 Positives Recht und vor- od. überpositives Recht

Positives R: von einem zuständigen rechtsetzenden Organ gesetztes Recht, in den Gesetzbüchern geschrieben.

Negatives Recht gibt es nicht!

Vorpositives R: gilt, ohne dass es in Gesetz steht, z.B. Gewohnheitsrecht

Überpositives R: gilt auch wenn es positivem Recht widerspricht.

### 1.3.3 Recht und Rechtspolitik: lex lata und lex ferenda

\* „Recht“ ist das geltende Recht, lex lata ist das erlassene Gesetz

\* „Rechtspolitik“ sind die politischen Ziele, die mit dem Recht verfolgt werden, bzw Recht zu ändern. Lex ferenda ist das zu erlassene Gesetz. De lege ferenda= im Hinblick auf das rechtspolitisch wünschbare zu erlassene Gesetz. (das kritisierte Gesetz)

## 1.4 Recht und andere Sollensnormen

### 1.4.1 Sitte, Brauch, Moral

Sollensnormen, nicht rechtsverbindlich. Recht kann allerdings indirekt auf Brauch und Sitte verweisen („gegen die guten Sitten, Ortsgebrauch, üblich“)

Sitte: Zwang von aussen. Zwangscharakter?

Moral: Zwang von innen. „aus Respekt vor dem Menschen töte ich nicht“. Aber: wenn „aus Angst vor der Strafe töte ich nicht“, dann keine Moral.

### 1.4.2 Spielregel

Regelt Verhalten der Spielenden, hat grundsätzlich jedoch keinen direkten Bezug zu staatlichem Recht.

## 2. Die gesellschaftlichen Funktionen des Rechts

Wozu dient das Recht?

### 2.1 Friedensordnung

Rechtsordnung soll friedliche, geordnete Streitbeilegung nach rechtlichen Regeln ermöglichen.

- Gewaltmonopol: niemand darf Gewalt ausüben ausser der Staat (Ausnahmen: Notwehr, Verbrecher erwischen..)

## 2.2 Rechtsstaat: Legitimierung staatlicher Herrschaft

- \* staatliche Herrschaft ist durch Rechtsordnung legitimiert und organisiert
- \* Staat kann nicht anders als in den Formen des Rechts handeln. Jedes staatl. Organ muss sich auf Recht abstützen → Legitimitätsprinzip

## 2.3 Rechtssicherheit, Erwartungssicherheit

Wir möchten wissen, wie wir uns verhalten sollen. (Im voraus). Noch wichtiger: wissen, wie sich andere verhalten werden. (Vertrag, auf strasse gehen, Steuern.)

- Allgemeinheit des Gesetzes. = Inhalt viel weniger wichtig als dass es für alle gleichermassen gilt und sich alle daran halten.

Gibt Stabilität des Rechts. Aber auch Spannungsverhältnis  
Rechtssicherheit – Anpassung an neue Verhältnisse

## 2.5 Komplexitätsreduktion, Entlastung, Schematisierung

→ dank Allgemeinheit und Regelmässigkeit eine Vereinfachung

→ nicht in jedem Fall von Grund auf überlegen, sondern es genügt, wenn Tatbestandselemente vorhanden sind, man kann sich auf Gesetz berufen und muss nicht selbst dafür einstehen, dass es „gut“ ist (nur „rechtmässig“)

→ alle Sachverhalte werden gleich behandelt

## 2.6 Gesellschaftliche Steuerung

Infolge normativer Natur hat das Recht die Aufgabe, das menschl. Verhalten zu steuern. (gesamtgemeinschaftlich). Recht soll dazu dienen, einen normativ erwünschten Zustand herbeizuführen. (z.B. Männer und Frauen Stellung)

## 2.7 Gesellschaftliche Integration

Bürger eines gewissen Staates fühlen sich als Angehörige einer Rechtsgemeinschaft, gewisse symbolische/mythische Bedeutung. Z.B. Wertschätzung der Verfassung in den USA.

## 2.8 Freiheit – Recht – Gemeinwohl

### 2.8.1 Freiheitssicherung als Ausgleich

Freiheit (tun was man will) kann nicht nur durch staatliche Gesetze, sondern auch durch andere Menschen beeinträchtigt werden.

Freiheit hat zwei Komponenten:

- Rechtliches Dürfen
- Faktisches Können

Das eine ohne das andere ist unnützlich. Recht hat Aufgabe, das rechtliche Dürfen einzuschränken, um das faktische Können sicherzustellen.

„Die Freiheit der Sklavenhalter ist die Unfreiheit der Sklaven.“ (Abraham Lincoln)

Die Absolute Freiheit wäre zugleich absolute Schutzlosigkeit gegenüber der Willkür anderer und absolute Unsicherheit. Aufgabe Recht: Geregelt Ausübung limitierter Freiheit.

Recht hat Aufgabe, zwischen Freiheit des einen und F. des anderen zu vermitteln

Kant: „das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allg. Gesetze der Freiheit vereinigt werden kann.“

### 2.8.2 Schutz der Schwachen

Codex Hammurabi

Die faktisch stärkeren bedürfen weniger Recht als die Schwächeren.

(der Reiche kann sich eine private Bewachung leisten, der Invalide braucht Sozialhilfe...)

→Recht: Aufgabe, die Interessen zu schützen, die sich nicht selber schützen können. Beispiele: Vertragsrecht, Familien- & Vormundschaftsrecht, Sozialversicherungsrecht

### 2.8.3 Schutz der Umwelt und Nachwelt

Die künftigen Generationen sind der Heutigen ausgeliefert. Weitreichende Auswirkungen menschlichen Handelns. Umweltschutzrecht schränkt die rechtliche Freiheit der heute Lebenden ein, ist aber Voraussetzung dafür, dass auch die in Zukunft Lebenden noch eine faktische Freiheit ausüben können.

### 2.8.4 Gemeinwohl, öffentliches Interesse

Mensch ist darauf angewiesen, dass die Gesellschaft gemeinsam Aufgaben wahrnimmt, die allen dienen. → Infrastruktur, Polizei, Verwaltung

= Gemeinwohlaufgaben, Aufgaben im öffentlichen Interesse. Problem: Mass, d.h. konkrete Abgrenzung Gemeinschaftssicherung – Freiheitssicherung

### 2.8.5 Individuelle und kollektive Freiheit

Individualistisch: F des einzelnen Individuums, zu tun was es möchte.

Kollektiv: selber die rechtlichen Rahmenbedingungen festlegen, unter denen es leben will und gemeinsame öff. Aufgaben wahrzunehmen, zu denen der einzelne nicht fähig wäre.

Freiheit im Heutigen Sinne: Individualistische Freiheit

Freiheit im historischen Sinne: Kollektive Freiheit

Aber auch heute wird rechtlich unter „Freiheit“ oft kollektiv verstanden:

- Völkerrechtliche Grundsatz d. Selbstbestimmungsrechts der Völker
- Völker- und staatsrechtliche Grundsatz des Minderheitenschutzes

### 2.9 Gerechtigkeit

Dem Recht wird auch die Funktion zugeschrieben, eine „richtige“ oder „gerechte“ Ordnung sicherzustellen.

## 3. Die Legitimitätsgrundlagen des Rechts

### 3.1 Fragestellung

Warum „gilt“ Recht eigentlich?

- Warum soll eine bestimmte Regel als Recht gelten? Normative Gültigkeit
- Warum wird eine bestimmte Regel als Recht anerkannt und beachtet? Soziologische, empirische Geltung

Heute dominiert das positive Recht.

### 3.2 Die geschichtliche Entstehung des Rechts

#### 3.2.1 Schematische Übersicht im Buch S. 31

#### 3.2.2 Archaische Gesellschaftsordnungen

Urtümliche Formen der Konfliktaustragung: Verhandlung und Rache. →  
Gewohnheits- und Brauchtumsregeln kannten schon archaische Gesellschaften.

#### 3.2.3 Frühe vorderorientalische Hochkulturen

Monarchisch/theokratisch strukturiert: König → Gottkönigtum (göttliche Legitimation) militärisch, religiös, richterliche Funktionen

z.B. Urnammu, König von Ur und Hammurabi, König von Babylon. Sie erliessen die ersten uns erhaltenen umfassenden Gesetzeswerke, den Codex Urnammu und den Codex Hammurabi.

Codex = Wille des Königs. Positive Rechtsetzung.

### 3.2.4 Frühe Demokratie: Griechenland

Als positives Recht erlassene Gesetze traten neben Gewohnheitsrecht („Nomoi“. Entstehung einer Staats- und Rechtsphilosophie, Platon. Menschen brauchen Gesetze, die ihnen vorschreiben, auch gegen die eigenen Interessen zu handeln, wenn dies für das Gemeinwohl notwendig ist. Menschen haben nicht die Kraft, unter Hintansetzung ihrer eigenen Interessen das Gemeinwohl zu fördern.

Aristoteles: der Mensch ist von Natur aus ein geselliges Wesen, das allein nicht leben kann. Daher brauchen die Menschen Regeln, welche das Zusammenleben ermöglichen. Unterscheidung von:

- Das von Natur aus gerechte (Naturrecht)
- Das vom Staat selber gesetzte, geschriebene Recht (positives Recht)

Stoa: Idee eines die ganze Welt durchdringenden Vernunftgesetzes.

### 3.2.5 Römisches Recht

#### 3.2.5.1 Klassisches römisches Recht

12-Tafel-Gesetze: ca 450 v. Chr. entstanden. Zusammenstellung des vorher bereits geltenden Rechts, aber mit einzelnen Neuerungen.

War auf bäuerliche Gesellschaft zugeschnitten. Verschiedene Wege, um an neue Bedürfnisse anzupassen:

1. Weg: Formell neues positives Recht erlassen:
  - Lex: von gesamten Volksversammlung erlassenes Gesetz
  - Plebiscitum: nur von der Versammlung der Plebejer erlassen
  - Senatus consulta: vom Senat erlassen

Nur punktuelle Regelungen für einzelne politisch aktuelle Fragen.

12-Tafeln enthielten nicht für alle Rechtsfragen eine passende Antwort → Gerichtsmagistraten waren zu einer gerichtlichen Rechtsschöpfung gezwungen: ex bona fide (=nach Treu und Glauben), wären eigentlich nach ex lege (12-Tafel) nicht zulässig gewesen. Edicta = kodifiziertes Richterrecht.

Rechtswissenschaft als wichtiges Element. Gelehrte Juristen beschäftigten sich wissenschaftlich mit Erstellen von Juristischen Gutachten zu umstrittenen Einzelfällen „Responsa“ genannt.

Institutiones: Buch, in denen der Rechtsstoff systematisch gegliedert wurden, von Gaius.

→klassisches Römisches Recht bestand aus:

- Ursprüngliche Kodifikation von altem Recht (Zwölftafeln)
- Punktuellen positiven Rechtsetzungsakten (leges, plebiscita, senatus consulta)
- Entwickeltes Fallrecht (Richterrecht) das anschliessend kodifiziert wurde (edicta)
- Meinungsäusserungen und Kommentare angesehener Juristen (responsa)

### 3.2.5.2 Corpus iuris

Kaiser Justinian gab den Auftrag, eine Kodifikation des gesamten Rechts zu erstellen. Juristen erarbeiteten in mehrjähriger Arbeit Gesetzeswerk: Corpus Iuris Justiniani. 3 Teile:

- Institutiones (Anfängerbuch)
- Codex Justianius (Bereinigte Sammlung kaiserlicher Konstitutionen)
- Digesta: gross angelegte Sammlung des ganzen Juristenrechts

= Krönung der röm. Rechtsentwicklung

### 3.2.5.3 Rechtsphilosophie

Cicero. Weltvernunft: es gibt ein ewiges Gesetz (lex aeterna), das weder durch Menschen ausgedacht noch durch Volkbeschluss festgelegt worden ist. Davon abgeleitet: Moralisches Vernunftgesetz, das ein natürliches Recht (ius naturale) ist.

Augustinus verbinden christlichen Glauben mit antiker Philosophie, Vater der christlichen Philosophie. → auf einheitlichen Glauben b egründeter Wahrheitsbegriff. Buch „de civitate dei“ (vom Gottesstaat)

### 3.2.6 Islamisches Recht

Gewohnheitsrecht, überlagert durch einzelne Erlasse der Herrscher. Koran enthält zahlreiche rechtliche Regelungen, die z.T. vom vorher geltenden Stammesrecht abweichen. Göttlich geoffenbart, unantastbar. Grundlage des islam. Recht: Scharia. Nebst Wortlaut Koran:

- Sunna (das was Mohammed getan, gesagt od. gebilligt hat)
- Idschma (Konsens der muslimischen Gemeinschaft)
- Qiyas (Fälle, die in Koran od. Sunna geregelt sind, Analogie auf andere Rechtsfragen)

Gibt auch positives Recht, darf dem islamischen Recht aber nicht widersprechen.

### 3.2.7 Westeuropäisches Mittelalter

Röm. Recht blieb in Geltung für röm. Bevölkerung, wurde z.T. durch germanische Könige kodifiziert. Germanen lebten noch nach Stammesrecht (Gewohnheitsrecht). Wurde im Hochmittelalter in Rechtsbüchern aufgeschrieben. Private Werke → keine Rechtsetzung, sondern Aufzeichnung. Beispiel: Sachsenspiegel.

Daneben lokale Satzungen (meist Einzelfragen), kirchliches Recht (kath. Kirche als einzige zentral organisierte Struktur), christliches Naturrecht (Thomas von Aquin, geht von göttlicher lex aeterna aus, das positive Recht muss das Naturrecht verwirklichen)

Seit 12.Jh Universitäten. Überlagerung od. Ersetzung des germanischen Gewohnheitsrechts durch wissenschaftlich überarbeitetes römisches Recht (sog. Rezeption).

Ius commune: gemeinsames Recht in Europa. Die meisten westeuropäischen Staaten bildeten ihre Rechtssysteme auf der Basis des röm. Rechts. (CH nicht so stark)

### 3.2.8 Absolutismus

16./17. Jh. Absolutistische Staatsstrukturen in Westeuropa. Absolute Macht des Königs = Macht, Gesetze zu erlassen. Die Herrschaft, nicht die Wahrheit macht das Gesetz.

Franz. Staatsphilosoph Bodin begründete die moderne Souveränitätslehre. Staat ist nach aussen und innen souverän, Staat = König (*l'état c'est moi*), letztendlich war die königliche Macht auch religiös begründet (gottgegeben).

### 3.2.9 Aufklärung

#### 3.2.9.1 Rationalismus und rationalistisches Naturrecht

Naturwissenschaften entdecken Gesetzmässigkeiten im natürlichen Geschehen.

Descartes: Staat und Recht sind vernünftig erklärbar. Staatliches Recht nicht in göttlicher oder traditioneller Autorität, sondern Vernunft. Wenn der Mensch seine Vernunft gebraucht, erkennt er die natürlichen Gesetze → rationalistisches Naturrecht.

#### 3.2.9.2 Rationalistische Staatstheorie

17. Jh. Gesellschaftsvertrag, um staatliche Herrschaft begründen zu können. Menschen sind von Natur aus frei, schliessen aber Gesellschaftsvertrag, mit welchem sie eine politische Ordnung begründen.

Thomas Hobbes: Mensch im Naturzustand in einem endlosen Kampf alle gegen alle (der Mensch ist des Menschen Wolf) Um die daraus resultierende Unsicherheit zu beseitigen → Gesellschaftsvertrag und Unterwerfungsvertrag mit Herrscher → hat dann absolute Souveränität, der Absolutismus ist gesellschaftlich gerechtfertigt.

John Locke: Menschen haben angeborene Rechte. Schliessen Gesellschaftsvertrag mit Ziel, ihre property (Leben, Eigentum, Freiheit) zu

schützen. Staatsordnung ist nur solange legitim, als sie die property rights ihrer Bürger nicht antastet. Grosser Einfluss auf angloamerikanisches Rechtsdenken.

Jean-Jacques Rousseau: Natürliche Freiheit des Menschen. Gesellschaftsvertrag, um Gemeinwohl zu fördern. Enthält zwar die Verpflichtung, sich den Gesetzen zu unterwerfen, aber die einzelnen Bürger behalten ihre Souveränität. Konsequenz: alle wirken gleichermaßen an der Gesetzgebung mit. → demokratische Staatsbegründung.

### 3.2.9.3 Vernunftrecht

Dt. Juristen: Christian Thomasius und Christian Wolff. 18. Jh. Recht aus allgemeinen, von der menschlichen Vernunft erkennbaren Prinzipien ableiten. Röm. Recht systematisieren und analytisch bearbeiten. Grundgerüst für die moderne Rechtsdogmatik. Dieses Vernunftsrecht ist material legitimiert.

### 3.2.9.4 Aufgeklärter Absolutismus

Will Staat und Recht modernisieren, Handel und Wirtschaft entwickeln. Ende 18. Jh. werden grosse Kodifikationen erlassen, mit Ziel, Recht einheitlich, klar und leicht verständlich darzustellen. Beispiele: Allg. Landrecht für die preussischen Staaten, österr. Allg. Bürgerliche Gesetzbuch.

Das gesamte Recht ist staatlich, vom Staat erlassen (positives Recht). Staat als einziger Rechtsetzer. Was nicht vom Staat erlassen wurde, gilt nicht als Recht (etatistischer Gesetzespositivismus)

- Skizze S. 40, Pluralismus d. Rechtsquellen/et. Gesetzespositivismus

### 3.2.9.5 Aufgeklärte Demokratie

Recht kommt durch bewusste staatliche Setzung zustande. Volkssouveränität (Berufung auf Rousseau) ist die einzige Legitimitätsgrundlage für das Recht. Gilt nur, weil und sofern es sich auf den Volkswillen zurückführen lässt (demokratischer Gesetzespositivismus). Parlament = Gesetzgeber (Legislative).

### 3.2.9.6 Utilitarismus

Rationalistische Rechtskonzeption. Religiös od. naturrechtlich begründete Rechtsauffassungen betrachten die Rechtsordnung als Mittel zur Durchsetzung höherer göttlicher oder sittlicher Gebote. Utilitarismus will Rechtfertigung des Rechts darin, dass es nützlich ist.

Begründer: Jeremy Bentham (E). Ziel der Gesellschaft: grösstmögliches Glück für grösstmögliche Zahl von Menschen. Alles religiöse, ethische od. naturrechtliche wird abgelehnt. Strafe findet Rechtfertigung darin, dass das Übel, das dem Täter durch die Bestrafung zugefügt wird, kleiner ist als das Übel, das durch Nichtbestrafung den Opfern zugefügt würde.

Adam Smith: unsichtbare Hand am besten geeignet, um wirtschaftliches Wohlergehen der Bevölkerung sicherzustellen. Rechtsordnung muss marktwirtschaftliches Prinzip verwirklichen, weil dieses am ehesten zum grössten Wohlstand führt.

### 3.2.10 England

Engl. Recht entwickelte sich aus gewohnheitsrechtlichen germanischen Ursprüngen, im Mittelalter ergänzt durch königliche Gesetze. Auf altes Gewohnheitsrecht gestütztes und durch Gerichtsentscheide konkretisiertes Fallrecht → common law. Equity-Gerichte, die nicht nach starrem common law richten, sondern nach Billigkeit.

Common law gründet seine Rechtsgeltung auf die Tradition und die Autorität der gerichtlichen Rechtsschöpfung und der rechtswissenschaftlichen Aufarbeitung.

Seit 19.Jh. zunehmend parlamentarische Gesetze (statues)

### 3.2.11 Historizismus

Als Gegenbewegung zur rationalistischen Aufklärung, Beginn des 19.Jh. eine historische Rechtsschule in D. Vertreter: Friedrich Carl v. Savigny. Entwickelte sich allmählich durch die Praxis der Gerichte und die rechtswissenschaftliche Bearbeitung.

### 3.2.12 Positivismus

Beginn 19.Jh. Gewohnheitsrecht und lokale Satzungen sind massgebend, subsidiär das gemeine Recht. Durch Industrialisierung zusätzlicher Regelungsbedarf. Ende 19.Jh.: Ius commune und Gewohnheitsrecht durch positives Recht ersetzt. Positivistische Sicht: Als Recht gilt grundsätzlich nur das, was vom Parlament erlassen wurde.

Hans Kelsen: Österreicher. „Reine Rechtslehre“: reinigt das Recht von inhaltlichen Elementen und damit auch von bestimmten ethischen und rechtspolitischen Gesichtspunkten. Recht = rein formal legitimiert.

### 3.2.13 Renaissance des Naturrechts

Nach 2. WK. Nimmt auf christliches Naturrecht Bezug, unverfügbare und unwandelbare oberste Rechtsgrundsätze (Nazi machten ungerechte positive Gesetze). Menschenrechte aufstellen, die insbesondere auch eine Schranke gegen den demokratischen Gesetzgeber sein sollen.

Vorrang dieser überpositivistischen Regeln wird auch verfahrensrechtlich verankert durch:

- Verfassungsgerichtsbarkeit
- Errichtung von internationalen Instrumenten zur Durchsetzung völkerrechtlicher Mindeststandards.

### 3.2.14 Technokratismus

Technokratische Rechtskonzeption: für die politischen Probleme gibt es richtige oder falsche Lösungen. Output-orientiert: Um das Richtige zu erkennen, braucht es Fachleute. Die Wissenschaft tritt an Stelle der Politik.

Aktienrecht, Sozialversicherungssysteme, Gerichtsorganisation, Steuerrecht usw. Naturrecht und Technokratismus haben gemein, dass sie eine vorpositive und auch vordemokratische Konzeption des „richtigen“ Rechts haben; die Legitimität des Rechts ergibt sich rein material dadurch, dass es sachlich als „gerecht“ bzw. „richtig“ erscheint.

### 3.2.15 Legitimitätsgrundlagen des Völkerrechts

Der einzelne Staat gilt als souverän, es gibt keinen dem Staat übergeordneten Rechtsetzer. Buch „Vom Recht des Kriegs und des Friedens“ von Grotius ist die Grundlage für ein völkerrechtliches Gewohnheitsrecht.

Völkerrechtliche Verträge. Die darin enthaltenen Grundsätze stellen Rechtsnormen auf, welche für die Mitgliedstaaten dieser Organisation verbindlich sind (sekundäres Völkerrecht).

Völkerrechtliches Vertragsrecht und sekundäres Recht sind positives, geschriebenes Recht.

Völkerrechtliche Menschenrechtskonzeption ist naturrechtlich inspiriert, überpositiven Charakter (die Menschenrechte sollen auch gegen positives staatliches Recht durchgesetzt werden).

Völkerrecht Vorrang gegenüber Landesrecht. Legitimation in internationaler Technokratie od. internationalen Menschenrechtskonzeptionen.

## 3.3 Zusammenfassung der Legitimitätsgrundlagen

### 3.3.1 Geoffenbartes Recht

Legitimationsgrundlage: von Gott offenbart:

- 10 Gebote
- Islamisches Recht
- Göttliche/christliche Naturrecht

Gemeinsame religiöse Überzeugung d. Bevölkerung ist erforderlich. Recht gilt, weil richtig oder gerecht. Material legimiert (durch Inhalt) → output-orientiert.

### 3.3.2 Gewordenes Recht

Legitimationsgrundlage: im Laufe der Zeit entstanden (Gewohnheitsrecht). Muss von der Rechtsüberzeugung der Bevölkerung getragen werden. Kann sich wandeln. Wenn aufgeschrieben, nicht Rechtsetzung sondern Niederschrift.

### 3.3.3 Gefundenes Recht

Legitimationsgrundlage: durch die Natur der Sache vorgegeben, stimmt mit der Vernunft überein. Ausprägungen:

- Rationalistisches Naturrecht (entspricht der Natur des Menschen)
- Utilitarismus (gesellschaftl. Nutzen maximieren)
- Technokratismus (vernünftige, sachgerechte Lösungen)

Basis ist rein material.

### 3.3.4 Gesetztes Recht

Legitimation: formell erlassen (positives Recht). Input-orientiert. Inhaltlich kann das Recht beliebig sein (z.B. nomoi, leges, plebiscita und senatus consulta, Rechtspositivismus). Gebunden an die Legitimität der Herrschaft:

- Monarchische Souveränität → Absolutismus
- Volkssouveränität → demokratische Basis:
  - Volk → direkte Demokratie
  - Parlament → repräsentative Demokratie
  - Regierung → von volksgewähltem Parlament gewählt

Grundlegende Rechtsüberzeugung, vertraglich vereinbartes Recht (Gesellschaftsvertrag).

### 3.3.5 Geschaffenes Recht

Legitimitätsgrundlage: durch seine Entwicklung in der Rechtspraxis. Anwendungsformen:

- Richterrecht
- Juristenrecht

### 3.3.6 Kombination von Legitimitätsgrundlagen

Formale und materiale Legitimationsgrundlagen ergänzen sich. Positivieren des materiellen Rechts meist in Form von parlamentarischen Gesetzen, um zusätzliche formelle Legitimation zu verleihen. Umgekehrt kann sich rein formale Legitimation kaum halten, wenn gewisses Mass an Vernunft od. Gerechtigkeit fehlt. Insbesondere in Kontinentaleuropa Recht=positives, gesetztes Recht.

Göttliche Legitimation wird im staatlichen Recht meistens nur zurückhaltend angenommen.

### 3.3.7 Die vier grossen Rechtskreise

Nicht können

## 4. Recht – Macht – Gerechtigkeit

### 4.1 Recht als Macht

Zwar begrenzt das Recht die willkürliche Macht einzelner, aber zugleich wird das Recht mithilfe staatlicher Macht durchgesetzt. Unterschied zur blossen Macht des Stärkeren: rechtliche Macht erscheint legitim.

Ohne Recht keine Macht.

Die Rechtsordnung muss als eine Form der Macht anerkannt werden, die Frage ist, ob die durch das Recht ausgeübte Macht legitim ist.

### 4.2 Recht und Gerechtigkeit

#### 4.2.1 Der Bezug von Recht und Gerechtigkeit

Gerechtigkeit ist der beständige und dauerhafte Wille, jedem das Seine zu gewähren. (Leerformen: was gebührt jedem?)

#### 4.2.2 Materiale Gerechtigkeitstheorien

Wertethik geht davon aus, dass es bestimmte ethische, sittliche Werte gibt, die a priori gelten. Allerdings gehen die Meinungen über den konkreten Inhalt dieser Gebote auseinander.

Kritisch: Gerechtigkeitsgebote: nicht einfach unsere kulturellen, geschichtlichen oder interessenbedingten Vorverständnisse als allgemeingültig ausgeben? Z.B. Rechtsgleichheit war vor 200 Jahren nicht da.

Ganz wenige allgemeingültige Prinzipien:

- Pacta sunt servanda
- Neminem laedere (niemand soll (grundlos) geschädigt werden)

Darüber hinaus gibt es Gerechtigkeitskriterien, die in einer gegebenen Gesellschaft zu einer gegebenen Zeit allgemein anerkannt sind („Naturrecht mit wechselndem Inhalt.“)

#### 4.2.3 Verallgemeinerungsfähigkeit

Goldene Regel: „Was du nicht willst, was man Dir nicht tu, das füg auch keinem andern zu.“ (bereits in der Bibel enthalten.)

Gerechtigkeit folgt also aus der Verallgemeinerungsfähigkeit einer Regel. Kategorischer Imperativ: „Handle so, als ob die Maxime deiner Handlung durch deinen Willen zum allgemeinen Naturgesetz werden sollte.“

John Rawls: Weiterentwicklung des Verallgemeinerungsgedanken: Wir sollen Gerechtigkeit unter einem Schleier der Ungewissheit (veil of ignorance) beurteilen, uns also in die Lage von jemanden versetzen, der nicht weiss, was für einen Platz er auf der Erde einnehmen wird. → wer nicht weiss, ob er als Armer oder Reicher auf der Erde sein wird, wird am ehesten eine Eigentumsordnung aufstellen, die fair und gerecht ist.

#### 4.2.4 Utilitarismus

Zustand des grösstmöglichen Gesamtnutzens anstreben.

Entweder stellt man auf die individuellen Wünsche und Vorlieben der einzelnen Menschen ab, oder man muss festlegen, welche Präferenzen als legitim und welche als illegitim zu gelten haben. → allgemeiner Konsens. Rechtliche Regel führt z.B. zu weniger tödlichen Unfällen/zu mehr Wohlergehen.

#### 4.2.5 Prozedurale Gerechtigkeitskriterien

Verzichten auf inhaltliche Kriterien. Durch eine bestimmte Gestaltung eines Verfahrens ein als gerecht akzeptiertes Resultat. Verschiedene Interessen sorgfältig berücksichtigen und abwägen.

#### Gerichtlicher Rechtsanwendungsprozess:

- Unparteilichkeit des Gerichts
- Grundsatz „audiatur et altera pars“

Staatliche Rechtsetzung : Ausgestaltung des demokratisch-parlamentarischen Gesetzgebungsprozesses :

- Gleiches Stimmrecht
- Freie Wahl des Parlaments
- Öffentliche Debatte im Parlament

#### 4.2.6 Diskurstheorie

Von Jürgen Habermas. Durch eine faire Gestaltung eines Entscheidungsverfahrens nach den Regeln des herrschaftsfreien Diskurses entsteht ein gerechtes Ergebnis. Gedankenexperiment, da es in der Realität den idealen Diskurs nicht gibt.

#### 4.3 Positives Recht und Gerechtigkeit

##### 4.3.1 Positivismus und Positivismuskritik

Es gibt kein anderes Recht als das positive Recht. Es ist legitim, sofern es vom zuständigen Gesetzgeber in einem ordnungsgemässen Verfahren aufgestellt worden ist.

Werterelativismus: unterschiedliche Gerechtigkeitsvorstellungen.

Der positivistische Jurist kann durchaus dafür kämpfen, dass ein Gesetz abgeändert wird, weil er es als ungerecht empfindet. Aber solange das Gesetz besteht, wird er es anwenden.

##### 4.3.2 Gefahren des Positivismus

- Gesetze anwenden, die veraltet sind
- Für aktuelle Probleme gar kein passendes Gesetz
- Gesetze anwenden, obwohl hochgradig ungerecht (Ursachen: Bewusste Diskriminierung (Nazis), unbewusst Lücken, Minderheitenunterdrückung im demokratischen System).

##### 4.3.3 Gefahren des Überpositivismus

- Unterschiedliche Rechtsvorstellungen: was verbindlich? → bedroht Rechtssicherheit und -gleichheit.
- Bedroht Demokratie, da unter Berufung höherer Regeln Gesetz missachtet
- Potenziell totalitär: eigene Meinung=die einzig richtige (Andersdenkende=Böswillig, irregeleitet).
- Keine Gewähr, dass die überpos. Werte gerechter sind als positives Recht (3. Reich! Positivismus hätte zwar Diskriminierung nicht verhindert, aber Massenmorde).

##### 4.3.4 Der praktische Kompromiss

Positives Recht ist notwendig

Einigkeit über den konkreten Inhalt vieler Gerechtigkeitsgebote.

Positives Recht fördert Rechtssicherheit und –gerechtigkeit

Nicht lückenlos

Überpositives Recht kann Massstab sein, um das positive Recht zu beurteilen.

#### 4.3.5 Quis iudicabit? Oder: die Frage des Widerstandsrechts

Auch bei der überpositivistischen Rechtskonzeption kommen wir nicht darum herum, eine Macht anzuerkennen, welche verbindlich definiert, was Recht sein soll. Wenn oberstes Gericht (Hüter überpositiver Gerechtigkeitsvorstellungen) einen Entscheid trifft, der ein Einzelner als ungerecht betrachtet: Widerstandsrecht gegen den Staat.

Zwei Möglichkeiten:

- Anerkennung durch die höchsten staatlichen Instanzen (Verzicht auf Durchsetzung)
- Keine Anerkennung, und Verfolgung derjenigen, die das Widerstandsrecht in Anspruch nehmen, mit den Mitteln des staatlichen Rechts.

#### 4.4 Gerechtigkeit und Gleichheit

##### 4.4.1 Rechtsgleichheit als Element der Gerechtigkeit

Zentraler Grundsatz des Rechts. (Art. 1 EMRK, Art. 8,1 BV)

Wenn ein Gesetz besteht, dann muss es auf alle gleichermassen angewendet werden → Rechtsgleichheit in der Rechtsanwendung.

Was ist mit Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung? (Strafverfolgung von BRat nur auf deren Zustimmung)

##### 4.4.2 Rechtsgleichheit in der Rechtsanwendung

Alle gleichartigen Sachverhalte gleich behandeln.

##### 4.4.2.2 (Keine) Gleichbehandlung im Unrecht

In der Praxis kann das Recht nie lückenlos durchgesetzt werden (nicht alle werden erwischt). Aber sonst könnte überhaupt keine Rechtsnorm mehr durchgesetzt werden → Grundsätzlich keinen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht.

##### 4.4.2.3 Gleichheit versus Einzelfallgerechtigkeit

In Wirklichkeit sind nie zwei Sachverhalte völlig gleich. Gewisse Schematisierung durch das Gesetz.

Das allgemeine Gesetz kann nicht auf jeden Einzelfall Rücksicht nehmen → zentrales Problem der Rechtsordnung.

In manchen Fällen jedoch Rücksicht auf besondere Umstände:

- Generalklauseln: in die Konkretisierung können auch Umstände des konkreten Falls einfließen.
- Ermessen: wo Gesetz auf Ermessen, Würdigung der Umstände od. wichtige Gründe verweist, kann Gericht nach Recht und Billigkeit entscheiden.
- Ausnahmewilligungen: oft ausdrücklich im Gesetz vorgesehen
- Rechtsmissbrauchverbot

Ausgleich zwischen Gleichheit und Einzelfallgerechtigkeit.

#### 4.4.3 Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung

Es ist Sache der Rechtsetzung, die Rechtsgleichheit zu konkretisieren.

Rechtsgleichheit hat zwei Komponenten:

- Gleiches muss gleich behandelt werden
- Ungleiches muss ungleich behandelt werden

Entscheidend ist, ob die rechtlich relevanten Sachverhalte gleich sind.

BGer: ein Erlass verletzt den Grundsatz der Rechtsgleichheit, wenn er rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen.

#### 4.4.4 Grenzen der Rechtsgleichheit: Unterschiedliche Rechtsordnungen

Dieselbe Frage in verschiedenen Ländern unterschiedlich geregelt: keine Verletzung der Rechtsgleichheit, ist nur auf ein und dieselbe Rechtsordnung bezogen.

Dass man in Freiburg nicht gleich viel Steuern zahlt wie in Bern, ist keine Verletzung der Rechtsgleichheit, sondern Konsequenz daraus, dass die Kantone zuständig sind.

#### 4.4.5 Grenzen der Rechtsgleichheit: Rechtsänderungen

Sachverhalte, die sich nach der Rechtsänderung abspielen, werden anders behandelt als gleiche, die sich vorher ereignet haben. → logische Folge der Änderbarkeit der Rechtsordnung. Schranken der Rechtsänderung können daraus abgeleitet werden.

#### 4.4.6 Rechtliche und faktische Gleichheit

In all ihrer faktischen Ungleichheit haben alle Menschen die gleichen Rechte und die gleiche Würde.

Die Anwendung des gleichen Rechts für alle kann aber auch gerade als ungerecht empfunden werden und faktische Ungleichheiten noch verstärken.

„Recht und Gerechtigkeit bestehen nur zwischen Gleichstarken; sonst machen die Starken, was sie wollen, und die Schwachen leiden, was sie müssen.“

- Liberalismus (Locke): das Recht ist nur insofern legitim, als es diesem Zweck dient, hingegen soll es nicht das Gesellschaftssystem ändern. Rechtliche Ungleichbehandlungen mit dem Ziel, faktische Ungleichheiten zu beseitigen, sind abzulehnen.
- Marxismus: Gesellschaftssysteme sind nicht naturgegeben, sondern gerade dadurch entstanden. Faktische Gleichheit soll erreicht werden, auch wenn dies eine rechtliche Ungleichbehandlung bedingt.
- Moderne Demokratie: Mittelweg  
zB Steuerrecht, Sozialversicherungsrecht

Gesetz muss Ausgleich zwischen rechtlicher und faktischer Gleichheit suchen.

## 5. Recht und andere Systeme

### 5.1 Das Rechtssystem als gesellschaftliches Subsystem im Sinne der Systemtheorie

Rechtswissenschaft: was ist erlaubt, was nicht? Wer hat recht?

Rechtssoziologie: Recht als gesellschaftliche Erscheinung. Wie kommt Recht zustande?

Niklas Luhmann: aus der Soziologie herausgewachsene Systemtheorie. Gesellschaft als Gesamtsystem, das aus einer Vielzahl von Subsystemen besteht. Funktioniert je nach ihren eigenen Rationalitätskriterien (codierung). Handlung als rechtmässig/unrechtmässig beurteilt. Umstritten.

### 5.2 Recht und Politik

#### 5.2.1 Berührungspunkte zwischen Recht und Politik

- Rechtspositivistische Optik: Recht=Produkt der Politik. Aus dem politischen Prozess ergibt sich, was für Regelungen wünschbar sind.
- Vorpositive Sicht: Recht ist von Politik unabhängig. Kann auch ausserhalb des politischen Systems entstehen (Gewohnheitsrecht, common law).
- Überpositive Sicht: Recht als Schranke der Politik. Gibt Rahmen an, an welchen politische Entscheidungsträger gebunden sind.

#### 5.2.2 Politisches und juristisches Denken

Politisches Denken: persönliche Präferenzen der politisch Handelnden ausdrücken. Nicht begründungspflichtig.

Juristisches Denken: an vorgegebenen Rechtsnormen orientiert. Fähigkeit, zwischen persönlicher Meinung und rechtlicher Entscheidung unterscheiden zu können.

Rechtliche Entscheide sind in der Praxis von politischen Entscheidungen beeinflusst, dies sollte aber möglichst vermieden werden.

Recht und Politik können aber nie völlig losgelöst voneinander betrachtet werden.

### 5.2.3 Politische und juristische Organe

Die Staatsorganisation ist i.d.R. so aufgebaut, dass für juristische und politische Fragen unterschiedliche Organe zuständig sind:

- Jur. Fragen: Gerichte
- Pol. Fragen: politische Organe (Parlament, Regierungen, Volk)

Stimmt überein mit Gewaltenteilung:

- Rechtsetzung ist pol. Wertung → Sache der politischen Organe
- Rechtsanwendung ist rechtl. Tätigkeit → Sache der Gerichte/Verwaltung

Allerdings sind auch politische Entscheide an einen Rechtlichen Rahmen gebunden.

Ausnahmen, in denen politische Behörden rein juristische Entscheide zu treffen haben: BVerfG darf nur Ungültigkeitserklärung, wenn Rechtsnormen des Initiativrechts verletzt sind.

### 5.3 Ökonomische Analyse des Rechts; Politische Ökonomie

Recht und seine Auswirkungen nach ökonomischen Kriterien analysieren: economic analysis of law.

Deskriptive Theorie, schreibt nicht vor sondern versucht vorherzusagen.

Als normative Theorie postuliert die ökonomische Analyse, das Recht solle dazu dienen, im utilitarischen Sinne den gesellschaftlichen Gesamtnutzen zu optimieren.

Rechtspolitische Theorie: das Recht ist entsprechend auszugestalten.

Aus systemtheoretischer Sicht können Gegensätze auftauchen zwischen der ökonomischen Analyse des Rechts und traditionellen gerechtigkeitsorientierten Auffassungen. (z.B. Kündigungsschutz → weniger AN werden eingestellt)

Einigkeit, dass die ökonomische Analyse des Rechts Ergebnisse erzielen kann, die allseits als sinnvoll betrachtet werden. Schärfen den Blick für die wirtschaftlichen Konsequenzen einer bestimmten rechtlichen Regelung.

Es muss normativ festgelegt werden, welche Präferenzen legitim sind → Aufgabe der Rechtsetzung. Viele utilitarische Ansätze stellen für die Beurteilung, wie viel ein bestimmtes Gut wert sei, darauf ab, was die Wirtschaftssubjekte auf dem

Markt für dieses Gut zu zahlen bereit sind (willingness to pay) → Benachteiligung der Ärmere. → ungerecht aus normativ-rechtlicher Sicht.

## 2. Teil: Gliederung des Rechts

### **6. Unterteilung des Rechts**

#### 6.1 Materielles Recht / formelles Recht / Kollisionsrecht

Materiell: legt inhaltlich fest, wie eine bestimmte Rechtslage sein soll. Z.B. ZGB, OR, StGB

Formell: legt fest wer Recht setzen kann (Rechtsentstehungsrecht) und wie materielles Recht durchgesetzt wird (Rechtsdurchsetzungsrecht)

Beide können unterteilt werden in:

- Organisationsrecht (Zusammensetzung, Kompetenz etc der staatl. Behörden, welche das Recht erlassen/durchsetzen)
- Verfahrensrecht (wie die Entscheide durchgesetzt werden)

Kollisionsrecht: welches inhaltliche Recht unter welchen Voraussetzungen. Es gibt

- Internationales K'recht: wessen Staates Recht gilt
- Intertemporales K'recht: welche Rechtsordnung, falls Recht geändert

#### 6.2 Öffentliches Recht und Privatrecht

##### 6.2.1 Entstehung der Unterscheidung

Schon das röm. Recht kannte Unterscheidung öR-PR. Mittelalter und Frühneuzeit jedoch nicht:

- Absolutismus: Staat nicht an Recht gebunden
- Aufklärung: Verhalten des Staates wird selber rechtlich geregelt
- Franz. Rev: verwaltungsinterne Instanzen → verwaltungsrechtliche Systematik, die von der herkömmlichen p-rechtlichen unabhängig war.

Seit 19.Jh das kontinentaleuropäische Recht unterteilt in PR/ZivilR und öR.

##### 6.2.2 Heutige Bedeutung der Unterscheidung im CH-Recht

###### 6.2.2.1 Zuständigkeit zur Rechtsetzung

Kompetenzen zwischen Bund und Kanton aufgeteilt.

PR: Bund. Kantone nur, wenn BRecht entsprechenden Vorbehalt enthält.

öR: Kantone. Bund nur, wenn besondere verfassungsmässige Kompetenz dafür.

###### 6.2.2.2 Zuständigkeit zur Rechtsanwendung, Verfahren, Rechtsmittel

Von unterschiedlichen Behörden nach unterschiedlichem Verfahren angewendet.

ÖR: durch Verwaltungsbehörden, i.d.R. durch Verfügung, kann vor oberen Instanzen angefochten werden.

PR: auf Klage hin von Zivilgerichten angewendet.

### 6.2.2.3 Anwendbares materielles Recht

Kann nicht nur verfahrensmässig, sondern auch inhaltlich unterschiedlich sein:

- Staat kann Mitarbeiter ö-rechtlich oder p-rechtlich anstellen
- Wenn man von einem staatl. Beamten geschädigt wird, muss man untersuchen ob die Haftung ÖR oder PR ist.

### 6.2.3 Verhältnis zwischen öffentlichem und privatem Recht

#### 6.2.3.1 Grundsatz: Vorrang des öffentlichen Rechts

PR erlaubt Willensbetätigung der Einzelnen, ÖR ist zwecks Durchsetzung öff. Interessen erlassen. → Handlung, die ÖR verboten ist, ist unzulässig, auch wenn sie im PR erlaubt wäre. Wenn Handlung PR unzulässig, wird sie allerdings nicht dadurch erlaubt, dass ÖR sie nicht verbietet.

Privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt: Gültigkeit eines PR-Geschäftes wird von einer ÖR-Genehmigung abhängig gemacht. (zB Pachtzins wird PR vereinbart, muss aber von staatl. Stelle bewilligt werden.)

#### 6.2.3.2 Besonderheit beim kantonalen öffentlichen Recht

Da die Kantone grundsätzlich ÖR erlassen können, könnten sie damit das Bundeszivilrecht aufheben. Deshalb ist kant. Recht nur zulässig, wenn:

- Bundeszivilrecht nicht abschliessend
- Kant. Bestimmungen entsprechen öffentlichem Interesse
- Sie das BZivilrecht nicht vereiteln oder übermässig erschweren

#### 6.2.4 Kriterien für die Abgrenzung

Unterschiedliche, gleichwertige Theorien, wann Norm ÖR/PR:

- Funktionstheorie: Erfüllung privater od. öffentlicher Aufgaben
- Interessentheorie: private oder öffentliche Interessen
- Subjektstheorie: Beziehungen Privater/Staat-Staat bzw Staat-P
- Subjektions-/Subordinationstheorie: Gleichordnung oder hoheitlich

PR: ZGB, OR, Gesetze zum Schutze des geistigen Eigentums.

Ausnahmen ÖR: Bewilligungsg, Datenschutzg, unlauterer Wettbewerb ...

Die übrigen Gesetze sind meist öffentlichrechtlich. Ausser Haftrecht und vertragliche Verhältnisse.

Legt das Bundesrecht ausdrücklich fest, dass eine bestimmte Regelung PR oder ÖR ist, so geht diese positivrechtliche Regelung den rechtstheoretischen Überlegungen vor.

#### 6.2.5 Gemischtrechtliche Normen

Ein und dieselbe Norm gilt sowohl privat- als auch öffentlichrechtlich. → kann auf zivil- als auch auf öffentlichrechtlichem Weg durchgesetzt werden.

#### 6.2.6 Grenzbereiche zwischen öffentlichem und privatem Recht

Ausnahmsweise kann Privaten öffentliche Aufgaben und hoheitliche Gewalt übertragen werden.

Umgekehrt handelt auch der Staat nicht immer hoheitlich:

- Bedarfsverwaltung (Schulhäuser bauen, Uniformen kaufen...)
- Privatwirtschaft (Landwirtschaftsbetriebe verpachten...)
- Öff. Aufgaben in PR-Form (Bereitstellung von Infrastrukturen)
- New Public Management (Post, Eisenbahn..)

Auch Anreize für freiwilliges Handeln schaffen: Infokampagnen etc.

#### 6.2.7 Kritik und Rechtfertigung der Unterscheidung

Häufig schwierig, viele Rechtsbegriffe gelten für beide Bereiche.

PR: Privatautonomie, egoistische Interessen zulässig

ÖR: Legalitätsprinzip, durch Gesetz, öffentliche Interessen

→siehe Darstellung S. 90

### 6.3 Dispositives und zwingendes Recht

#### 6.3.1 Umschreibung

- Dispositiv: nachgiebiges Recht, nur subsidiär zum Willen der Beteiligten
- Zwingend: ius cogens, kann von den Beteiligten nicht abgeändert oder ausser Kraft gesetzt werden

#### 6.3.2 Anwendungsbereich im Privatrecht

PR ist grundsätzlich dispositiv. Stellt den Privaten nur „Reserve-Regelung“ zu.

Es gibt jedoch zwingende privatrechtliche Bestimmungen:

- Bestreben nach Rechtssicherheit und Transparenz (Formvorschriften)
- Schutz der unerfahrenen Privaten (Haftung b. Vertragsverletzung)
- Schutz der sozial schwächeren (Arbeitsrecht, Mietrecht)
- Schutz von Minderheiten (insb. im Recht der jur. Personen)
- Wahrung öffentlicher Interessen (Stiftungsaufsicht)

Es kann einseitig oder zweiseitig zwingende Bestimmungen geben, manchmal legt das Gesetz ausdrücklich fest, dass gewisse Bestimmungen zwingend sind. Im Übrigen muss durch Auslegung ermittelt werden.

### 6.3.3 Anwendungsbereiche im öffentlichen Recht

ÖR ist grundsätzlich zwingend. Ausnahmen:

- Antragsdelikte im Strafrecht (nicht verwechseln mit Strafanzeige!)
- Öff-rechtl. Verträge zwischen Staat und Privaten, aber gewisse Schranken

## **7. Einzelne Rechtsgebiete**

### 7.1 Übersicht

Darstellung S. 94. Diese Gebiete sind historisch entstanden.

### 7.2 Privatrecht

Durch den Bund geregelt. Unterteilt in Zivilrecht (Private) und Handelsrecht (kaufm. Verkehr)

- ZGB vom 10.12.1907: Personenrecht, Familienrecht, Erbrecht, Sachenrecht
- OR vom 30.3.1911: Obligationenrecht und Handelsrecht

Daneben gibt es eine Anzahl von Nebengesetzen.

#### 7.2.1 Personenrecht

Regelt Rechtsstellung einzelner Personen:

- Was eine Person im Rechtssinne ist (natürlich/juristisch)
- Wann Persönlichkeit beginnt/endet
- Urteils- und Handlungsfähigkeit
- Auch der privatrechtliche Teil des Datenschutzrechts

#### 7.2.2 Familienrecht

- Eherecht (Rechtsbeziehung innerhalb Familie, Gleichgeschlechtliche Paare)
- Verwandtschaft (Kindsverhältnisse...)
- Aus historischen Gründen auch Erwachsenenschutzrecht

### 7.2.3 Erbrecht

Finanzielle Folgen des Sterbens einer natürlichen Person

### 7.2.4 Sachenrecht

Regelt Beziehung von Personen zu Sachen:

- Eigentum
- Besondere Eigentumsformen
- Beschränkte öffentliche Rechte
- Besitz
- Bestimmungen über das Grundbuch
- Bäuerliches Bodenrecht

### 7.2.5 Obligationenrecht (i.e.S.)

Von lat. „obligare“ = anbinden, sich verpflichten.

Schuldverhältnisse, die weder familien-, erb- noch sachenrechtlich geregelt sind.

Allg. Teil: wie Forderungen entstehen, Wirkung, Erlöschen. Unterscheidung:

- Vertragsrecht
- Deliktsrecht
- Recht der ungerechtfertigten Bereicherung

In besonderem Teil: einzelne Vertragsverhältnisse

Nebengesetze, z.B. Haftpflicht

### 7.2.6 Handelsrecht

- Bestimmungen über Handelsgesellschaften und die Genossenschaft
- HR, Firmenbezeichnung, kaufm. Buchführung
- Wertpapierrecht
- Anlehensobligationen

### 7.2.7 Geistiges Eigentum

Immaterialgüter (Urheberrecht, Marken, Patente...)

### 7.2.8 Wettbewerbsrecht

Unlauterer Wettbewerb, Kartelle verhindern.

### 7.3 Öffentliches Recht im weiteren Sinne

Unterteilung in:

- öR im engeren Sinne → Staats-, Verwaltungs-, Sozialversicherungsrecht
- Strafrecht
- Verfahrensrecht

#### 7.3.1 Staatsrecht

Auf der hierarchischen Stufe des Verfassungsrechts. Regelt:

- Behördenorganisation (Zusammensetzung, Wahl, Art und Weise der politischen Willensbildung)
- Stellung der Bürger (Grundrechte)
- Grundsätze des staatlichen Handelns, Staatsziele, Staatsaufgaben
- Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen Zentralstaat und Gliedstaaten

Bundesstaatsrecht = StaatsR, das vom Bund erlassen wird (Organisation d.B.)

Kantonales Staatsrecht = analog zum Kanton

#### 7.3.2 Verwaltungsrecht

Hierarchisch auf Stufe Gesetz/Verordnung.

##### 7.3.2.1 Allgemeines Verwaltungsrecht

Rechtsformen, Organisation, Grundsätzliche Regeln Umgang Verwaltung-Bürger (allgemeine Grundsätze)

##### 7.3.2.2 Besonderes Verwaltungsrecht

Regelt die einzelnen verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnisse.

Öffentliches Sachenrecht, Staatshaftungsrecht, Polizeirecht, Planungsrecht, Umweltschutzrecht, Recht des „service public“, Finanzrecht

#### 7.3.3 Sozialversicherungsrecht

Teil des besonderen Verwaltungsrechts. Staatliche Einrichtungen, die die Bevölkerung gegen die finanziellen Folgen bestimmter Schicksalsereignisse absichert:

AHV, 2. Säule, IV, Kranken-, Unfall- Versicherung, ALV...

#### 7.3.4 Strafrecht

Urtümliche Erscheinungsform des autoritativ auftretenden Staates. Wird unterteilt in:

- Hauptstrafrecht oder Kriminalstrafrecht (Verhaltensweisen, welche per se als strafwürdig erscheinen. Sache des Bundes. Unterteilt in Allg. Teil und bes. Teil. Kantone dürfen nur Übertretungsstrafrecht regeln.)
- Nebenstrafrecht (zahlreiche einzelne Gesetze, verwaltungsrechtlich festgelegte Pflicht, z.B. Strassenverkehrsrecht. Sowohl Bund als auch Kantone.)

### 7.3.5 Verfahrens- und Vollstreckungsrecht

- Zivilprozessrecht regelt Verfahren vor Zivilgerichten
- Verwaltungsverfahrenrecht regelt V. vor Verwaltungsbehörden
- Verwaltungsjustizverfahrensrecht regelt V. vor Verwaltungsgerichten
- Strafprozessrecht regelt V. vor Strafverfolgungsbehörden/-gerichten
- Vollstreckungsrecht regelt Vollstreckung von Entscheidungen/Urteilen

## 7.4 Völkerrecht

### 7.4.1 Recht des zwischenstaatlichen Verhaltens

Klassischer Bereich. Umfasst:

- Kriegs- und Friedensvölkerrecht
- Gebiete ausserhalb staatlicher Souveränität (Seerecht etc)
- Diplomatische Beziehungen zwischen Staaten
- Nachbarrecht
- Völkerrechtliche Verträge

### 7.4.2 Völkerrechtlicher Menschenrechtsschutz

Gewisser Mindeststandard an MR gilt heute als Völkergewohnheitsrecht. Multilaterale Menschenrechtskonventionen, Institutionen und Verfahren legen fest, wie sich einzelne Menschen wehren können.

### 7.4.3 Internationale Regelung anderer Bereiche/Rechtsvereinheitlichung

Der grösste Teil des Völkerrechts regelt auf internationaler Ebene gewisse Rechtsbereiche, die an sich auch einzelstaatlich geregelt werden könnten. Gibt dann völkerrechtliche Verträge, die alle Rechtsbereiche umfassen können.

### 7.4.4 Freihandel

Führt am ehesten zur kollektiven Wohlfahrt. GATT/WTO/EU versuchen, Handelshindernisse zu beseitigen:

- Regelungen, welche explizit den int. Handel beschränken
- Hindernisse, die sich faktisch daraus ergeben, weil das Recht in versch. Ländern unterschiedlich ist.
- Ist schwierig, da das Recht nicht vereinheitlicht ist. Ziel deswegen: multilaterale Rechtsvereinheitlichung.

## 7.5 Nach Sachgebieten

Bedürfnisse einer bestimmten Berufsgruppe/Bevölkerungsschicht.

Baurecht, Arbeitsrecht, Wirtschaftsrecht, Gesundheitsrecht, Verkehrsrecht, Sportrecht.

→ lebensweltliche Klassifizierungen

## 7.6 Vielfalt der Rechtsgebiete und Einheit der Rechtsordnung

Zahlreiche Gemeinsamkeiten zwischen den Rechtsgebieten:

- Rechtsordnung basiert auf grundlegenden Werten und Rechtsgütern → es ist sinnvoll, das gemeinsame Ziel, das hinter den verschiedenen Regelungen steht, im Auge zu behalten.
- Konkrete Rechtsinstitute, -begriffe: Kausalität, Notstand, Fahrlässigkeit etc kommen in versch. Bereichen vor.

Natürlich kann es auch Widersprüche geben. Sorgfältige Auslegung und Abwägung der Interessen ist gefordert.

# 8. Die verschiedenen Rechtsquellen des schweizerischen Rechts

## 8.1 Positives und ausserpositives Recht

### 8.1.1 Hauptquelle: Positives Recht

Rechtsstaatlicher Grundsatz: positives Recht kann nur Geltung haben, wenn es in einer amtlichen Publikation veröffentlicht wurde. → AS.

Positive Rechtskraft der amtlichen Sammlung: was drin steht, gilt.

--> Fiktion: alle kennen das Recht (in ein paar Tätigkeiten wird das relevante Gesetz gelernt, zudem ist es meist nicht weit vom Rechtsgefühl weg)

### 8.1.2 Formelles und materielles Gesetz

Materiell: jede generell-abstrakte Rechtsnorm

Formell: eine vom Staatsorgan „Gesetzgeber“ erlassene Rechtsnorm, die den Titel „Gesetz“ trägt.

Nur materielle Gesetze sind Verordnungen. Nur formelle Gesetze sind Einzelfallgesetze.

### 8.1.3 Legalitätsprinzip

#### 8.1.3.1 Legalitätsprinzip und Rechtsstaat.

= Gesetzmässigkeitsprinzip: Das Handeln des Staates ist durch Gesetz bestimmt.  
Art.5,1BV. Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht.

#### 8.1.3.2 Gesetzesvorrang und Gesetzesvorbehalt

Vorrang: Staat darf keine Massnahmen treffen, die dem Gesetz widersprechen.

Vorbehalt: Verwaltung darf nur tätig werden, wenn das Gesetz sie ermächtigt.

Das Recht ist Grundlage staatlichen Handelns (G'vorbehalt) und Schranke (G'vorrang).

Für Private ist das Recht nur Schranke → dürfen alles, was Ges. nicht verbietet

#### 8.1.3.3 Materielles und formelles Legalitätsprinzip

Materielles L: Staat darf nur aufgrund einer generell-abstrakten Rechtsnorm tätig werden. Dient Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit.

Formelles L: Staat darf nur aufgrund eines vom formellen Gesetzgeber erlassenen Gesetzes tätig werden. Es ist demokratisch und gewaltenteilig motiviert.

Unterscheidung wichtig! Da Rechtssicherheit/-gleichheit auch durch Verordnung erfüllt werden kann, aber demokratische Legitimation fehlt. Demokratie kann auch durch demokratisch erlassene Einzelfallgesetze erfüllt werden, aber Rechtssicherheit/-gleichheit fehlt.

Alle generell-ab. Normen durch demokr. Gesetzgeber zu erlassen geht nicht, da sonst Überlastung des Parlaments.

#### 8.1.4 Art. 1 ZGB

„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.“

- Zentraler Rechtsgrundsatz für die ganze Rechtsordnung

1. Rang: Gesetz. Dient Rechtssicherheit/-klarheit. Gilt auch dort, wo der wahre Sinn erst durch Auslegung klar wird. Auch Gesetze im materiellen Sinne.

2. Rang: Gewohnheitsrecht. Nur wenn echte Lücke. Erfordert eine längere Zeit andauernde, ununterbrochene Übung und Rechtsüberzeugung der Behörden und den davon Betroffenen.

3. Rang: Richterrecht. Zwei Schritte: allg. Regel aufstellen und diese Regel auf den konkreten Einzelfall anwenden.

#### 8.1.4.4 Lehre und Überlieferung

Keine Rechtsquellen, sondern Hilfsmittel für den Richter beim Richterrecht.

Präjudizien: wenn ein Gesetz nicht ohne Weiteres klar erscheint, so wird zunächst geprüft, ob eine analoge Frage bereits früher gerichtlich beurteilt wurde

Regesten: amtliche Leitsätze, werden den Urteilen des Bundesgerichts vorangesetzt.

Lehre und Überlieferung kommen aber auch bei Auslegung zum Zuge.

#### 8.1.5 Legalitätsprinzip und Art. 1 ZGB

Betrifft das Handeln des Staates. Schützt den Einzelnen gegenüber dem Staat. Wenn es um Eingriffe des Staates in die Rechtsstellung des Bürgers geht, wird ein geschriebenes Gesetz verlangt! (d.h. es gibt keine gewohnheitsrechtlichen Straftatbestände, Grundrechtseingriffe und Steuern.)

#### 8.1.6 Allgemeine Rechtsgrundsätze

##### 8.1.6.1 Rechtsgrundlage

- Ausdruck allgemeiner Vernünftigkeit und Gerechtigkeit (somit gewohnheitsrechtlich legitimiert),
- Positivrechtlich verankert oder konkretisiert
- Oder induktiv aus einzelnen anderen Rechtsnormen herausgearbeitet (Richterrecht)

##### 8.1.6.2 Bedeutung

- Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe
- Lückenfüllung
- Korrektur unbilliger oder stossender Ergebnisse

##### 8.1.6.3 Treu und Glauben

Zentraler allgemeiner Rechtsgrundsatz.

Unzulässig ist es, gegen das zu handeln was man selber gesagt hat.

Dem Wollenden geschieht kein Unrecht (wer einer Handlung zugestimmt hat, muss auch die Konsequenzen tragen.)

Wer schweigt, gilt als zustimmend, wenn er sich äussern konnte und musste.

Gilt in der ganzen Rechtsordnung, hat zur Folge:

- Im PR Auslegung der Erklärungen von Parteien und Verträge nach T&G
- Gilt auch bei Staat-Private

#### 8.1.6.4 Verbot des Rechtsmissbrauchs

Art.2,2 ZGB: Der offenbare Missbrauch eines Rechts findet keinen Rechtsschutz

Im PR ist Rechtsmissbrauch umso eher anzunehmen, je mehr ein Machtungleichgewicht zwischen den Parteien besteht.

#### 8.1.6.5 Willkürverbot

Gilt für den ganzen Bereich staatlichen Handelns. Soll ein Minimum materieller Gerechtigkeit sicherstellen.

Rechtsetzung: willkürlich, wenn sinn- und zwecklos.

Rechtsanwendung: staatlicher Entscheid, der mit tatsächlicher Situation in klarem Widerspruch (qualifiziert falsche Anwendung, Rechtsanwendung die im Ergebnis stossend ist.)

Kein Willkürverbot für Private (Privatautonomie).\$

#### 8.1.6.6 Grundsatz des öffentlichen Interesses

Gilt nur für staatliches Handeln. Es ist unzulässig, den Staat für rein private Interessen zu instrumentalisieren.

#### 8.1.6.7 Verhältnismässigkeitsprinzip

Staatliches Handeln soll so weit wie möglich das mildere, für den Bürger günstigere Mittel wählen. Im Verwaltungsrecht sehr zentral, da dort Ermessensspielraum sehr gross.

### 8.2 Private Rechtsquellen

- Aufgrund der Privatautonomie sind Private über Verträge frei.
- AGB's sind privatrechtliche Vertragsinhalte. Einseitig erlassenes privates Recht, da vom Kunden nur ja oder nein möglich.
- Statuten bei juristischen Personen, verbindlich für diese.
- Gesamtarbeitsvertrag, untypischer PR-Vertrag, wird zwischen AN-Verbänden und AG's geschlossen.

Privates Recht kann nur für diejenigen gelten, die sich ihm unterwerfen. Ausnahme: GAV in bestimmten Branchen, private Normen, Pensionskasse.

### 8.3 Die Rechtsquellen des Völkerrechts

#### 8.3.1 Völkerrechtliches Gewohnheitsrecht

VR hat keinen autoritativen Rechtsetzer. Einzelne Staaten sind grundsätzlich souverän.

### 8.3.2 Völkerrechtliche Verträge

Bilaterale und multilaterale. Staatsverträge kommen so zustande:

- Ausarbeiten des Vertragstextes (paraphieren) durch Diplomaten
- Unterzeichnung durch die Regierungen
- Ratifikationsermächtigung (rein innerstaatlicher Vorgang)
- Ratifikation: Regierung gibt eine förmliche, völkerrechtlich verbindliche Erklärung ab.

Wenn viele Staaten ratifiziert, dann Gewohnheitsrecht für alle Staaten.

### 8.3.3 Allgemeine Rechtsgrundsätze

Rechtsquelle nebst Staatsverträgen und Gewohnheitsrecht.

### 8.3.4 Völkerrechtliches Sekundärrecht

Internationale Organisationen, welche für ihre Mitgliedsstaaten verbindliches Recht erlassen können. UNO, WTO, EU (EU ist nicht völkerrechtlich, sondern supranationales Recht).

### 8.3.5 Völkerrechtliches ius cogens

Gewisse Regeln gelten als so zentral, dass sie als zwingendes Völkerrecht gelten.

Sind für ALLE Staaten verbindlich.

Können nicht durch Staatsvertrag abgeändert oder aufgehoben werden.

## 8.4 Grundrechte und Menschenrechte

### 8.4.1 Menschenrechte – Grundrechte

Nach naturrechtlichen Überzeugungen, haben die Menschen angeborene Rechte, welche auch vom Staat nicht entzogen werden dürfen. Franz. Menschenrechtserklärung 1789 und anschliessend in die meisten Staatsverfassungen im 19. und 20. Jh als Grundrechte positivrechtlich festgehalten.

- Menschenrechte = vorpositives Recht, das Menschen von Natur aus auf der ganzen Welt zusteht.
- Grundrechte = im positiven Verfassungsrecht eines Staates garantierte Rechte, auf das Territorium oder die Staatsangehörigen beschränkt.
- Grundrechte als Positivierung der vorpositiven Menschenrechte. Können aber weitergehen als die Menschenrechte.

#### 8.4.2 Inhalt der Menschenrechte

Teilweise umstritten.

- Recht auf Leben und Freiheit
- Verbot der Folter
- Verbot der Sklaverei und der Zwangsarbeit
- Meinungsäusserungsfreiheit
- Mindestgarantien in einem gerichtlichen Verfahren
- Grundsatz „Keine Strafe ohne Gesetz“

Viele werden nicht überall auf der Welt anerkannt, z.B:

- Gleichberechtigung von Mann und Frau
- Ehefreiheit
- Glaubensfreiheit
- Eigentumsgarantie

#### 8.4.3 Freiheitsrechte und soziale Grundrechte

Freiheits- bzw. Abwehrrechte aber auch negative Rechte genannt. Geben den Privaten ein Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe, z.B. Eigentumsfreiheit.

Soziale Grundrechte: Leistungsrechte, positive Rechte. Geben den Privaten einen Anspruch gegen den Staat auf eine bestimmte Leistung. Z.B. Recht auf Wohnung

#### 8.4.4 Rechtsquellen

Grundrechte und Menschenrechte werden durch folgende Rechtsquellen gewährleistet:

- Völkerrechtlich gewährleistete Menschenrechte (z.B. allg. Erklärung der Menschenrechte, Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte...)
- Grundrechte der Bundesverfassung (Rechtsgleichheit, Willkürverbot, Recht auf Leben, Schutz der Privatsphäre, Wirtschaftsfreiheit...)
- Grundrechte in den Kantonsverfassungen

#### 8.4.5 Einschränkungen

MR und GR können nicht absolut gelten. Können zu Rechten und Freiheiten anderer Menschen sowie zu öffentlichen Interessen in Konflikt treten. Z.B. Pornografische, rassistische Äusserungen, Freiheitsstrafen.

Solche Einschränkungen sind zulässig, wenn Gesetzliche Grundlage, öff. Interesse, Schutz Grundrechte dritter, verhältnismässig.

- Hauptproblem der Grundrechtsdiskussion.

## 8.4.6 Drittwirkung von Grundrechten

### 8.4.6.1 Die Drittwirkungsdiskussion

Straf- und Zivilrecht dienen im Verhältnis zwischen Privaten dem Schutz derjenigen Rechtsgüter, die im Verhältnis zwischen Staat und Privaten durch die Grundrechte geschützt sind. Auch im Verhältnis zwischen Privaten gelten die Grundrechte: Nicht bloss das Strafrecht, sondern auch die Grundrechte verbieten, einen Menschen zu töten.

Drittwirkung wird gebraucht, wenn traditionell rechtliche Regeln nicht ausreichen, um Private vor anderen Privaten zu schützen.

### 8.4.6.2 Direkte Drittwirkung

Grundrechte wirken direkt unter Privaten, Behörden sorgen dafür. Probleme: z.B. Gewerkschaft. Vereinsfreiheit des AN / Verbot, dem AN zu kündigen – Vertragsfreiheit/Wirtschaftsfreiheit des AG.

Bringt nicht weiter, deswegen gilt nicht in CH. Ausser Art.8,3 Satz 3 BV.

### 8.4.6.3 Indirekte Drittwirkung

Staat muss eingreifen, wenn ein Privater die Grundrechte eines anderen Privaten bedroht. → staatliche Schutzpflicht. Staat muss dann aber in die Freiheit des ersten Privaten eingreifen.

Im Einzelnen ist eine gesetzliche Konkretisierung erforderlich, weil normalerweise der Schutz der Grundrechte des einen gleichzeitig eine Verletzung oder Gefährdung von Grundrechten anderer zur Folge hat.

- Darstellung S. 129:

Negative Grundrechte: Staat → | ← Privater

Direkte Drittwirkung: Private ← → Private

Indirekte Drittwirkung Privater → Staat → Privater

## **9. Die Positiven Rechtsquellen des schweizerischen Rechts**

### 9.1 Übersicht S. 132

### 9.2 Bund, Kantone, Gemeinden

#### 9.2.1 Der dreistufige Staatsaufbau

All diese Ebenen können je in ihrem Zuständigkeitsbereich selber Recht erlassen. In den meisten Kantonen gibt es weitere Ebenen, wie Kreise, Bezirke, etc.

#### 9.2.2 Bund

Kantone sind souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist. Der Bund kann nur Recht erlassen, soweit er sich auf eine Verfassungsbestimmung stützen kann, die ihm eine solche Rechtsetzungszuständigkeit gibt.

### 9.2.3 Kantone

Die Rechtsetzungszuständigkeit der Kantone ist

- Originär: die Kantone bedürfen keiner Ermächtigung in der Bundesverfassung, sondern können aus eigener Souveränität Recht erlassen.
- Subsidiär: Kantone können nur soweit Recht erlassen, als die entsprechende Zuständigkeit nicht dem Bund übertragen ist.

In vielen Bereichen regelt Bund nur Grundzüge und überlässt Kantonen Spielraum. Oft beauftragt BRecht die Kantone ausdrücklich, Ausführungsbestimmungen zu Bundesgesetzen zu erlassen. → Delegierte Rechtsetzungskompetenz.

Hauptsächlich kantonal: Polizeirecht, Baurecht, Schulwesen, Steuerwesen.

### 9.2.4 Gemeinden

Ob und wieweit eigene Rechtsetzungszuständigkeit richtet sich nach Kantonen.

Typische Bereiche: Baurecht, Ortspolizei, kommunale Steuern, Infrastruktur.

### 9.2.5 Interkantonaies Recht

Kantone können unter sich Verträge abschliessen. Unterliegen der Genehmigung des Bundes. Interkant. Recht gilt gleich wie Staatsverträge.

### 9.2.6 Interkommunales Recht

Gemeinden können sich zu Zweckverbänden zusammenschliessen. Wird durch Kantonales Recht geregelt.

## 9.3 Verfassung, Gesetz, Verordnung

Die verschiedenen Erlassformen unterscheiden sich durch das Organ, das sie erlässt, und das Verfahren.

### 9.3.1 Verfassung

Oberste Norm. BV unterliegt obligatorischer Abstimmung von Volk und Ständen, KV dem obligatorischen Referendum.

Höchster Ausdruck der Volkssouveränität.

### 9.3.2 Formelles Gesetz

Gesetz, das vom formellen Gesetzgeber im ordentlichen Verfahren erlassen wurde. Formelle Gesetzgeber sind:

- Bund: Bundersversammlung (NR und SR) mit fakultativem Referendum
- Kantone: Kantonsparlament mit oblig. od fak. Ref., oder Landsgemeinde.

Heisst im Bund „Bundesgesetz“, im Kanton „Gesetz“.

Gesetzesdelegation: Gesetzgeber kann nachgeordnete Behörden ermächtigen.

### 9.3.3 Parlamentsverordnung

- Bund: BVers kann Verordnungen erlassen, die nicht dem Ref. unterstehen.
- Kantone kennen die ParlamentsV auch, „Dekret“ genannt.

### 9.3.4 Regierungs- und Departementsverordnungen

Sowohl im Bund als auch in den Kantonen. Wie folgt unterteilt:

- Rechtsverordnungen: direkte Rechtswirkung für Private, müssen in der amtlichen Gesetzessammlung sein.
- Verwaltungsverordnungen: Verwaltungsinterne Anweisungen, die nicht direkt Rechtswirkungen gegenüber Privaten haben, sondern nur die Verwaltung anweisen, wie sie entscheiden sollen. Keine Publikation.

### 9.3.5 Gemeindeerlasse

„Reglemente“ genannt, Kategorien:

- Von der Gemeindeversammlung/Gemeindeurneabstimmung angenommen
- Vom Gemeindeparlament erlassen
- Vom Gemeinderat erlassen

Wenn sie dem Referendum unterstanden oder von GVers/GParl angenommen wurden, sind sie formelle Gesetze.

## 9.4 Im Besonderen: Die Schweizerische Bundesverfassung

### 9.4.1 BV 1848 und 1874

Bis 1848: CH war Staatenbund. Durch Annahme BV wurde CH Bundesstaat. Viele Teilrevisionen bis 1999.

### 9.4.2 BV 1999

1987 bloss formale Revision. 1999 neuer Entwurf, Volksabstimmung angenommen, Totalrevision.

Die BV ist wie folgt gegliedert:

- 1. Titel: Allgemeine Bestimmungen
- 2. Titel: Grundrechte, Bürgerrecht, Sozialziele
- 3. Titel: Bund, Kantone und Gemeinden
- 4. Titel: Volk und Stände (Volksrechte)
- 5. Titel: Bundesbehörden
- 6. Titel: Revisionsbestimmungen und Übergangsbestimmungen

Danach häufige Änderungen, die wichtigsten:

Justizreform, Neugestaltung Finanzausgleich.

## 9.5 Zustandekommen und Geltung des Völkerrechts in der Schweiz

### 9.5.1 Zustandekommen

Völkerrechtliches Gewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze gelten unmittelbar in der Schweiz.

Staatsvertragsrecht kommt verbindlich zustande, wenn CH mit Ausland Staatsverträge abschliesst.

Zuständigkeit nach Gebietskörperschaft:

- Bund grundsätzlich. Wenn Kantone betrifft, dann muss er ihre Willensbildung einbeziehen.
- Kantone in ihrem Zuständigkeitsbereich

Zuständigkeit nach Organ:

- BVers muss alle Staatsverträge genehmigen
- Referendum in gewissen Fällen
- BRat kann durch Gesetz oder Vertrag ermächtigt werden, selber Verträge abzuschliessen

### 9.5.2 Geltung des Völkerrechts

Unmittelbar nach Ratifikation Bestandteil des CH-Recht. Verbindlich für alle Behörden und Individuen, ohne dass es einen landesrechtlichen Umsetzungsakt braucht → monistisches System.

Wirkung:

Manche VR Bestimmungen sind „self-executing“, d.h. sie haben die Struktur eines direkt anwendbaren Rechtsatzes. Andere Verträge, die non self-executing sind, verpflichten nur den Staat und der Einzelne kann sich nicht darauf berufen. (keine innerstaatliche Wirkung).

## 9.6 Exkurs: EG-Recht

### 9.6.1 Das EG-Recht

EU hat Rechtsgrundlage in völkerrechtlichen Verträgen (ihr Primärrecht). Ihre Organe können aber sekundäres Gemeinschaftsrecht erlassen. → supranationales Recht. Die Rechtsnormen, die von den Organen erlassen werden, haben automatisch Rechtsgeltung in den Mitgliedstaaten.

- Verordnungen: unmittelbar geltend, self-executing
- Richtlinien: hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, Mittel und Form jedoch frei wählbar (Rahmengesetzgebung)

### 9.6.2 Die Schweiz und das EG-Recht

CH und EU: Bilaterale Verträge

Ist für CH nur völkerrechtliche Abkommen, kein supranationales Recht.

Autonomer Nachvollzug: CH hat Gesetze erlassen, die sich inhaltlich bewusst an das EG-Recht anlehnen. V.a. Auslandverkehr.

## **10. Normenkollision und Normenhierarchie**

### 10.1 Die Normenkollision

Wenn sich mehrere Rechtsnormen widersprechen, muss eine vorgehen.

Kollision ist nur dann, wenn mehrere Normen die gleiche Rechtsfrage unterschiedlich beantworten.

### 10.2 Die Achsen der Normenhierarchie

#### 10.2.1 Nach erlassender Gebietskörperschaft

Hierarchie vom Grösseren zum Kleineren.

- Völkerrecht geht Landesrecht vor
- BRecht geht KRecht vor (derogatorische Kraft des Bundesrechts)
- Interkantonal geht kantonal vor
- Kantonal geht kommunal vor
- Interkommunal geht kommunal vor

#### 10.2.2 Nach erlassendem Organ

Bund oder Kanton: Verfassung – Gesetz – Verordnung

Gemeinde: G'versammlung – G'parlament – G'rat

### 10.2.3 Nach Zeit

Lex posterior derogat legi priori. Das neuere Recht geht dem älteren vor.

### 10.2.4 Nach Spezialität

Lex specialis derogat legi generali. Das besondere Gesetz geht dem allgemeinen vor. Muss häufig mittels Auslegung ermittelt werden.

### 10.3 Verhältnis der Normenhierarchieachsen

Die erste Achse geht der zweiten Achse geht der dritten Achse.... vor.

### 10.4 Im Besonderen: Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht

Jegliches VR geht auch dem demokratisch hochgradig legitimierten LR vor.  
→Vorrang VR stellt zunehmend Demokratieprinzip in Frage, da VR von internationalen Fachgremien und Gerichten.

Es ist dem BGer überlassen, das Verhältnis VR-LR zu regeln. Wenn jedoch ein jüngeres Bundesgesetz einer älteren völkerrechtlichen Bestimmung widerspricht, dann ist massgebend, ob Gesetzesgeber bewusst Widerspruch in Kauf nahm.

### 10.5 Wirkung der Normenhierarchie

Konsequenzen:

#### 10.5.1 Parallelismus der Formen

Norm kann nur durch mindestens gleichrangige aufgehoben werden. Älteres Gesetz kann durch jüngeres Gesetz, nicht aber durch jüngere Verordnung ersetzt werden.

Meist nur Aufhebung, wenn inhaltlich ähnlich. Sonst keine formelle Aufhebung. Konsequenz: Viele Normen, die heute formell noch in der Gesetzessammlung stehen, widersprechen einer höherrangigen Norm.

#### 10.5.2 Nichtigkeit/Anwendungsvorrang

Stehen sich zwei Normen, die formell noch in Kraft sind, gegenüber:

- Tieferrangiges Recht ist nichtig (aufhebender Charakter)
- Tieferrangiges Recht darf nicht angewendet werden (Anwendungsvorrang)
- → hat praktische Konsequenzen wenn höherrangiges Recht aufgehoben wird! Denn beim 2. Fall wird Recht nicht nichtig.

BundesR – Kant.R : Nichtigkeit des Kant. R.

VR – LR: Anwendungsvorrang

Falls ein Staat Vertrag nicht einhält, kann der andere den Vertrag suspendieren. Nichtigkeit des Landesrechts wird hingegen angenommen, wenn es dem zwingenden VR widerspricht.

### 10.5.3 Erlass neuer tiefer Rangigen Rechts?

Soweit TR-Recht nichtig ist, darf es auch nicht erlassen werden. Kantonales Gesetz, das Bundesrecht widerspricht, ist daher unzulässig.

Soweit nur Anwendungsvorrang, kann TR Normenerlass nicht unzulässig sein.

## 10.6 Kontrolle über die Einhaltung der Normenhierarchie

### 10.6.1 Im Allgemeinen

Grundsatz:

- Gerichte sind grundsätzlich berechtigt und verpflichtet zu prüfen, ob die Normen die Normenhierarchie einhalten. Das Recht, das höherer Norm widerspricht, darf nicht angewendet werden (Inzidente Normenkontrolle).
- Verwaltungsstellen können sich allgemein darauf verlassen, dass die Normen gültig sind. Nur wenn offensichtlich, nicht anwenden.

### 10.6.2 Verfassungsgerichtsbarkeit

Alle Gerichte müssten kontrollieren, ob die Normen, die sie anwenden, mit der Verfassung übereinstimmen. Deswegen in CH:

- Das gesamte kantonale Recht und das eidg. Verordnungsrecht müssen auf Verfassungskonformität überprüft werden
- Keine Verfassungsgerichtsbarkeit über Bundesgesetze

Weil: demokratische Prinzipien: wenn BVers als demokratisches Organ ein Gesetz angenommen hat, sollen nicht ein paar Richter den demokratischen Gesetzgeber korrigieren können.

## **11. Der Geltungsbereich unterschiedlicher Rechtsordnungen**

### 11.1 Räumlicher Geltungsbereich

#### 11.1.1 Territoriale und personale Abgrenzung des Geltungsbereichs

Territorial: Rechtsordnung gilt für bestimmtes Territorium

Personal: Rechtsordnung gilt für bestimmte Personen

Im Mittelalter hauptsächlich personal.

#### 11.1.2 Grundsatz: Territoriale Geltung

Souveränitätsprinzip: Sachverhalte, die sich in der Schweiz ereignen, werden von schweizerischen Behörden und Gerichten nach schweizerischem Recht beurteilt. Was ausserhalb der Schweiz ist, untersteht nicht der CH-Rechtsordnung.

Ausnahmen:

### 11.1.3 Personale Geltung

#### 11.1.3.1 Staatsangehörigkeit

Jeder Staat kennt ein Staatsangehörigkeitsrecht. Rechtsfolgen:

- Nur Staatsbürger dürfen sich auf Territorium beliebig niederlassen
- Zugehörigkeit zu Staat ist Voraussetzung, irgendwo regulär leben zu können
- Nur Staatsbürger haben Stimm- und Wahlrecht
- Nur Staatsbürger Recht/Pflicht des Militärdienstes
- Bestimmte Berufe vorbehalten (Beamter, Polizist)
- Staat gewährt seinen Bürgern im Ausland diplomatischen Schutz

#### 11.1.3.2 Wohnsitz

Nur in einigen Bereichen, z.B. Handlungsfähigkeit und Name von Personen mit Wohnsitz in der Schweiz, Leistungsfähigkeit der Sozialversicherung

#### 11.1.3.3 Nichtstaatliches Recht

Personal abgegrenzt:

- Kath. Kirchenrecht gilt nur für Katholiken
- Recht eines bestimmten Vereins gilt nur für Mitglieder

#### 11.1.3.4 Konflikte zwischen territorialem und personalem Geltungsbereich

Dort, wo eigentlich personales Recht territoriale Geltung beansprucht: In vielen islamischen Staaten wird islamisches Recht auch auf Nichtmoslems angewendet.

#### 11.1.4 Strafrechtliche Ausnahmen vom Territorialprinzip

z.B. Schweizer begeht Tat in Thailand: wenn Schweizer Thailand verlassen hat und wieder in CH ist, könnte er ja nach strengem Territorialprinzip nicht mehr bestraft werden, da ja kein Delikt in CH. → unter gewissen Voraussetzungen können in einem Staat auch Straftaten bestraft werden, die in einem anderen Staat begangen worden sind.

#### 11.1.5 Kollisionsrecht

Internationales Privatrecht IPR: privatrechtliche Sachverhalte, regelt nur, welches Recht auf welche Sachverhalte anwendbar ist. Grundsätzlich nationales Recht. Allerdings heute viele internationale Verträge.

Internationales Verwaltungsrecht: meist nicht ausdrücklich geregelt.

## 11.2 Zeitlicher Geltungsbereich

Intertemporales Recht im Verwaltungsrecht ausserordentlich wichtig. Aber auch im Zivil- und Strafrecht.

### 11.2.1 Massgebendes Recht

Grundsätzlich durch den Gesetzgeber zu regeln, wenn er ein neues Recht erlässt. Oft Übergangsbestimmungen. Wenn keine solche, dann nach allgemeinen Grundsätzen. Diese gelten aber nur subsidiär.

### 11.2.2 Grundsatz: Nichtrückwirkung

Jeder Sachverhalt ist nach dem Recht zu beurteilen, welches im Zeitpunkt der Tat in Kraft steht. Neues Recht wirkt daher nicht zurück. Auch dann, wenn der Sachverhalt, der sich unter dem alten Recht verwirklicht hat, erst nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts durch eine Behörde beurteilt wird.

Ausser: Dauersachverhalt. Zwar unter Herrschaft des alten Rechts begonnen, aber unter Herrschaft des neuen Rechts andauert. Ab Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts ist diese geltend → unechte Rückwirkung.

### 11.2.3 Ausnahmen vom Grundsatz

- Wenn das neue Recht um der öffentlichen Ordnung willen aufgestellt wurde, gilt es auch für Sachverhalte, die sich vorher zugetragen haben.
- Teilweise im Verwaltungsrecht. i.d.R. unechte Rückwirkung, aber wenn echte, braucht es folgende Zulässigkeitsvoraussetzungen:
  - Ausdrücklich angeordnet
  - Zeitlich mässig
  - Triftige Gründe
  - Keine stossenden Rechtsungleichheiten
  - Lex mitior im Strafrecht: das neuere Recht anwenden, sofern milder

## **4. Teil: Grundelemente des Rechts**

### **12. Rechtssubjekt – Rechtsobjekt**

#### 12.1 Rechtsfähigkeit

Rechtssubjekt = wer rechtsfähig ist, d.h. wer Träger (Subjekt) von (subjektiven) Rechten und Pflichten sein kann.

Rechtsobjekt = alles, was Gegenstand (Objekt) von Rechten sein kann.

Die Rechtsfähigkeit ist die abstrakte Fähigkeit, überhaupt Rechte zu haben.

Rechtssubjekt = Person: natürliche oder juristische

Rechtspersönlichkeit = Eigenschaft, Person im rechtlichen Sinne zu sein.

## 12.2 Natürliche Personen (Menschen)

Alle Menschen sind rechtsfähig. → anerkanntes Menschenrecht

## 12.3 Juristische Personen

### 12.3.1 Charakteristik

Sie sind Rechtssubjekte nicht von Natur aus, sondern weil die Rechtsordnung sie als solche bezeichnet. Man unterscheidet:

- Körperschaften: bestehen aus Mitgliedern, die Rechte stehen nicht den einzelnen Mitgliedern zu
- Anstalten: bestehen nicht aus Mitgliedern, sondern aus bestimmten Sachmitteln, die rechtlich verselbständigt sind

Um handeln zu können, müssen bestimmte natürliche Menschen bezeichnet werden, die für die juristische Person handeln → Organe

### 12.3.2 Juristische Personen des Völkerrechts

Personengesamtheiten, die Rechtssubjekte des Völkerrechts sind:

- Die einzelnen Staaten
- Supranationale Organisationen
- Internationale Organisationen, sofern sie als eigene Rechtspersönlichkeit konstituiert sind (z.B. UNO, Weltbank)

Es gibt aber auch private Organisationen mit staatsübergreifenden Tätigkeitsgebieten, z.B. Olympisches Komitee.

### 12.3.3 Juristische Personen des Privatrechts

Natürliche oder juristische Personen können eine juristische Person bilden, um bestimmte Tätigkeiten auszuüben. Begrenzte Zahl von Rechtsformen:

Köperschaften:

- Verein
- AG
- Kommanditaktiengesellschaft
- GmbH
- Genossenschaft

Anstalten:

- Stiftung

Die juristischen Personen des Privatrechts können alle Rechte und Pflichten haben, die nicht die natürlichen Eigenschaften des Menschen zur notwendigen Voraussetzung haben.

#### 12.3.4 Juristische Personen des öffentlichen Rechts

Haben nicht notwendigerweise eine umfassende Rechtsfähigkeit, das öffentliche Recht kann ihnen auch nur eine beschränkte Rechtsfähigkeit zuerkennen.

- Bund
- Kantone
- Gemeinde
- Landeskirchen
- Besondere jur. Pers. Des öR: SBB, Suva, Nationalbank, Unis...

#### 12.4 Rechtsobjekte

Alles, was Gegenstand von Rechten und Pflichten sein kann. Sachen im weiten Sinne. Umfassen:

- Sachen im engeren Sinne: alles was Gegenstand des Eigentums sein kann
- Immaterielle Rechtsobjekte: geistiges Eigentum, Forderungen etc.

Gewisse Sachen sind nicht privatrechtsfähig, z.B. der Luftraum, Hochgebirge, öffentliche Gewässer, wildlebende Tiere. Unterstehen der öffentlichrechtlichen Hoheit des Staates → öffentlichrechtliche Rechtsobjekte.

Gewisse Sachen sind kraft des Völkerrechts „common heritage of mankind“: die hohe See, der Mond, der Weltraum.

#### 12.5. Tiere; Rechte der Natur?

Ökologische Probleme: weil die Natur rechtlich bisher nur als Sache und damit als Objekt menschlicher Verfügungsbefugnis betrachtet wird. Daher können die Menschen die Natur rechtlich beliebig zerstören. Wenn hingegen der Natur Rechtssubjektivität zuerkannt würde, dann könnte sich die Natur gegen ihre Zerstörung wehren.

Tiere sind keine Sachen. Für Tiere gelten aber die auf Sachen anwendbaren Vorschriften, soweit keine besonderen Regelungen bestehen.

Schutz der Tiere vor Misshandlungen → Tier- und Naturschutzgesetz.

### **13. Interessen, Rechtsgüter, (subjektive) Rechte**

#### 13.1 Interessen und Rechtsgüter

##### 13.1.1 Interessen

Rechtliches Problem: Interessen können zueinander in Konflikt treten.

Zentrale Aufgabe der Rechtsordnung: Interessenskonflikte zu regeln, indem sie bestimmte Interessen rechtlich schützt. → Rechtsgut

Interessen, die spezifisch Rechtsgüter verletzen, sind unzulässig.

Faktisch zulässige Interessen: Andere Interessen, die rechtlich nicht geschützt sind, aber auch nicht unzulässig.

### 13.1.2 Rechtsgüterschutz

Kann mit unterschiedlichen Mitteln erfolgen:

- Verfassungsrecht (insbesondere durch Grundrechte)
- Privatrecht
- Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht
- Strafrecht

Werden von unterschiedlichen Behörden in unterschiedlichen Verfahren durchgesetzt.

Vielfach ergibt sich das geschützte Rechtsgut aus einem Zweckartikel im Gesetz.

### 13.1.3 Objektivrechtlicher Schutz – subjektive Rechte

Rechtsgüterschutz kann rechtstechnisch auf verschiedene Arten erfolgen:

- Rechtsgut kann rein objektivrechtlich geschützt sein
- Bestimmte Interessen als subjektive Rechte bezeichnen

Siehe Darstellung S. 165

### 13.2 Private – öffentliche Interessen

Private Interessen sind beliebige Interessen eines Privaten.

Öffentliche Interessen sind Interessen der Allgemeinheit. Von zentraler Bedeutung im öffentlichen Recht → staatl. Handeln muss öff. Interesse dienen, Grundrechtseingriffe nur bei überwiegendem öff. Interesse möglich.

Manchmal öff. Interesse = Summe der Privatinteressen.

Gegensatz zwischen verschiedenen öffentlichen Interessen, hinter denen teilweise wieder auch gegensätzliche private Interessen stehen. Was nun rechtsverbindlich als öffentliches Interesse gilt, ergibt sich aus dem politischen Prozess.

Es gibt aber Schranken in der Verfassung: einige Anliegen dürfen nicht als öffentliche Interessen anerkannt werden:

- Weniger Lohn für Frauen, um Geld zu sparen
- Protektionistische Massnahmen zum Schutze einzelner Branchen

### 13.3 Subjektive Rechte

#### 13.3.1 Das subjektive Recht

Verleiht seinem Inhaber bestimmte Rechte, die anderen nicht zusteht. Hat zwei Komponenten:

- Materieellrechtlich: Inhaber verfügt darüber, kann grundsätzlich beliebig ausüben. → Dispositionsbefugnis
- Verfahrensrechtlich: Inhaber kann Recht bei gerichtlicher Instanz gegen Dritte durchsetzen.

#### 13.3.2 (Subjektive) Rechte und Kompetenzen

Kompetenz = Berechtigung oder Zuständigkeit → Befugnis für bestimmte Personen oder Stellen. Ist aber kein subjektives Recht, sondern eine Aufgabe.

Der Staat hat die Kompetenz, Steuern zu erheben, aber er hat kein subjektives Recht auf die Steuer: es steht nicht in seinem Belieben, darauf zu verzichten.

Gewisse private Rechte sind eher Kompetenzen: elterliche Sorge.

#### 13.3.3 Rechte und Pflichten

##### 13.3.3.1 Rechts- und Pflichtfähigkeit

Die Pflicht im Rechtssinne ist ein rechtlich vorgeschriebenes Verhalten. Nur Personen können Pflichten haben.

##### 13.3.3.2 Pflichten und Obliegenheiten

Wer eine Rechtspflicht nicht einhält, verhält sich rechtswidrig. Durchsetzung mit dem Recht.

Obliegenheit: Verhalten, das man beachten muss, wenn man einen bestimmten Erfolg erreichen will. Die Missachtung ist keine Rechtswidrigkeit, sie hat einfach zur Folge, dass ein bestimmter Rechtsvorteil nicht ausgeübt werden kann. (z.B. Baubewilligungsgesuch)

##### 13.3.3.3 Inhalt von Rechten und Pflichten

Tun, Unterlassen oder Dulden.

Rechte und Pflichten können korrelieren: A hat ein Recht darauf, dass B den Kaufpreis bezahlt. B hat die Pflicht zu bezahlen.

### 13.4 Die einzelnen subjektiven Rechte

Siehe Darstellung S. 170

#### 13.4.2 Die subjektiven Rechte des Privatrechts

##### 13.4.2.1 Absolute, relative und realobligatorische Rechte

Absolute: Rechte einer Person gegenüber jeder beliebigen anderen Person. = Ausschlussrechte, Exklusivrechte. Z.B. Eigentumsrecht

Relative: Ansprüche, die eine Person aufgrund einer besonderen Beziehung gegenüber einer oder mehreren bestimmten Personen hat.

Realobligatorische: als Zwischenkategorie. Subjektiv-dinglich verknüpft: das Recht als solches ist zwar relativ, aber entweder die Person des Berechtigten oder des Verpflichteten ergibt sich nicht aus einem persönlichen Verhältnis, sondern aus dem absoluten Recht einer bestimmten Sache.

##### 13.4.2.2 Arten von absoluten Rechten

- Dingliche Rechte
  - Eigentumsrechte (volles Recht, alle Befugnisse)
  - Beschränkt dingliche Rechte (Teilrecht, z.B. Pfandrecht)
- Persönlichkeitsrecht
- Geistiges Eigentum/Immaterialgüterrechte

##### 13.4.2.3 Arten von relativen Rechten

Obligatorische Rechte: die wichtigsten. Relatives Recht und obligatorisches sind fast synonym. Schuldverhältnis zwischen Personen, im OR. Aber auch im Familienrecht und Erbrecht.

Mitgliedschaftsrechte oder Teilhaberrechte: stehen den Mitgliedern einer jur. Person zu

##### 13.4.2.4 Gestaltungsrechte

Geben dem Berechtigten die Möglichkeit, durch bloße einseitige Willenserklärung eine bestehende Rechtslage zu ändern. (Kündigung, Kaufrecht)

#### 13.4.3 Subjektive Rechte des öffentlichen Rechts

Der Staat hat grundsätzlich in seinen hoheitlichen Beziehungen zu Privaten keine subjektiven Rechte, sondern hoheitliche Kompetenzen. Hingegen kann der Private gegenüber dem Staat Rechte haben.

Absolute: Grundrechte und Teilhaberrechte (insb. politische Rechte)

Geschützt, Bestimmungen gegen Beeinträchtigung durch Dritte.

Relative: Leistungsrechte (z.B. Subventionen, Stipendien), Rechte aus ör-Vertrag und Erlaubnisrechte (gewisse Tätigkeiten sind bewilligungspflichtig).

Inwiefern sind objektivrechtliche Schutzpflichten relevant? Diskussion. Z.B. Grenzwerte bei Luftverschmutzung → materiell aber nicht relevant, als es ja Umweltschutzvorschriften sind.

### 13.5 Das Verhältnis zwischen Rechten und Interessen

In nicht hoheitlichen Beziehungen geht grundsätzlich ein (subjektives) Recht einem blossen Interesse vor.

Ausnahme:

- Offenbarer Rechtsmissbrauch
- Eigentümer, dem das subj. Recht am Wald zusteht, darf Wanderern den Zugang nicht verwehren, Interesse der breiten Bevölkerung

In hoheitlichen Beziehungen: staatliches, hoheitliches Verhalten nur zulässig, wenn öffentliches Interesse besteht. Weiter zu unterscheiden:

- Relative Rechte (verpflichten ja ohnehin nur die Beteiligten)
- Absolute Rechte (an den Staat gebunden, kann aber eingreifen, wenn das öff. Interesse das Interesse der Privaten überwiegt → Interessenabwägung)

## **14. Rechtsverhältnisse und ihre Entstehung**

### 14.1 Rechtsverhältnis

#### 14.1.1 Allgemeines

Verhältnis von (subjektiven) Rechten und/oder Pflichten zwischen mehreren Personen. → Nur Personen, keine Objekte!

Schenkungsvertrag: eine Partei hat nur Rechte, eine nur Pflichten, spezielles Rechtsverhältnis.

#### 14.1.2 Rechtsverhältnisse im privaten und im öffentlichen Recht

PR: Personen sind autonome Individuen

ÖR: hoheitliches Verhältnis: die Privaten haben eine grundsätzliche und allgemeine Pflicht, die Gesetze zu befolgen → „allgemeines Rechtsverhältnis“ zum Staat. Gibt aber auch Sonderbeziehungen, z.B. Steuern.

Verwaltungsrecht: besondere Rechtsverhältnisse. Bestimmte Personen stehen in einer engeren Beziehung zum Staat → Anforderungen an das Legalitätsprinzip sind weniger hoch. Z.B. Strafgefangene, öffentliche Angestellte, Dienstpflichtige

#### 14.1.3 Einmalige und Dauerrechtsverhältnisse

Einmalig: Kaufvertrag, Baubewilligung...

Dauer: Arbeitsvertrag, Führerausweis...

## 14.2 Die Entstehung von Rechtsverhältnissen; Überblick

- Unmittelbar gesetzlich
- Durch Rechtsgeschäft
- Durch behördliche Entscheidung
  - Verwaltungsakt
  - Urteil

Rechtsgeschäft → typisch privatrechtliche Handlungsform

Verwaltungsakt → typisch verwaltungsrechtliche

## 14.3 Unmittelbar gesetzliche Entstehung

Wenn Gesetz an bestimmten Lebenssachverhalt eine bestimmte Rechtsfolge knüpft. Keine besondere behördliche Entscheidung od. private Willensäußerung nötig, nur Sachverhalt muss eintreten.

### 14.3.1 Unbedingte gesetzliche Entstehung

Entstehen allein dadurch, dass jemand einer bestimmten Rechtsordnung untersteht. Z.B. Grundrechte, Persönlichkeitsrechte, Steuerpflicht.

### 14.3.2 Rechtsverhältnisse durch Realhandlung

Beteiligten handeln, ohne sich bewusst zu sein, dass sie Rechtsbeziehung schaffen. Z.B: Familienrecht → Frau bekommt Kind. Erbrecht → Mensch stirbt. Sachenrecht → Dieb nimmt Eigentümer das Velo weg. Verwaltungsrecht → Polizei patrouilliert, Lehrer unterrichtet.

## 14.4 Entstehung durch Rechtsgeschäft

### 14.4.1 Allgemeines

Rechtsgeschäft = Willensäußerung, durch die eine rechtliche Wirkung erzielt werden soll. Nach zwei Kriterien unterschieden:

- Was für Wirkung erzielt wird
- Ob eine oder mehrere Personen handeln (einseitig/zwei-mehrseitig)

### 14.4.2 Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft

Verpflichtung: subjektives Recht entsteht

Verfügung: subjektives Recht wird beendet oder übertragen.

Wichtig ist hierbei die Verfügungsmacht: nur wer Eigentümer einer Sache ist, dann dieses auf einen anderen übertragen.

Häufig ist das Verfügungsgeschäft die Erfüllung eines Verpflichtungsgeschäfts.

Vertrag: zwei- oder mehrseitiges Verpflichtungsgeschäft, das durch übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung zustande kommt.

Verträge zugunsten Dritter: Ein Dritter, der nicht Vertragspartei ist, erwirbt Rechte. Z.B. Arbeitgeber schließt Unfallversicherung mit Versicherungsgesellschaft für Arbeitnehmer.

Nicht möglich, einen unbeteiligten Dritten zu verpflichten.

#### 14.4.4 Verfügungsgeschäfte

Einseitig. Wer verfügt, übt sein Recht aus. (Einseitige Willenserklärung)

Aufgabe des Eigentums, Übertragung des Eigentums, Schuldenerlass, Testament.

#### 14.4.5 Ausübung eines Gestaltungsrechts

Einseitig. Z.B. Kündigung. Kein Recht wird übertragen, aber es ändert sich eine bestehende Rechtslage → schafft kein neues Rechtsverhältnis.

#### 14.4.6 Rechtsgeschäfte des öffentlichen Rechts

Im ÖR gilt das Legalitätsprinzip. (Nicht Willensäußerung).

- Beziehungen, die Private freiwillig mit Staat eingehen (ör. Angestellter)
- Verwaltungsrechtliche Verträge
- Verträge zwischen öffentlichen Gemeinwesen
- Verträge zwischen Staat und Privaten (widerspricht an sich dem L'Prinzip, ist daher nicht beliebig zulässig)
- Ausübung des Stimm- und Wahlrechts (Willensbetätigung in ör-Angelegenheiten)

### 14.5 Behördlicher Entscheid

#### 14.5.1 Verwaltungsakt

Legt rechtsverbindlich und hoheitlich in einem konkreten Einzelfall Rechte und Pflichten fest. „Verfügung“

→ einseitig hoheitlicher Befehl. → individuell-konkret

Gibt aber auch Allgemeinverfügungen (generell-konkret, z.B. Fahrverbot)

Muss sich im Regelfall auf gesetzliche Grundlage stützen.

Auch im PR gibt es hoheitliche Verfügungen der Behörden: Erwachsenenschutzrecht, einseitige Anordnungen von Zivilgerichten.

#### 14.5.2 Urteil

Entscheid eines Gerichts, der in einem gerichtsförmigen, kontradiktorischen Verfahren ergangen ist. Oft Konkretisierung eines unmittelbar gesetzlichen Rechtsverhältnisses. Oft aber konstitutiv: schafft neues R'Verhältnis.

## 5. Teil: Juristische Methodik

### 15. Allgemeine Übersicht

#### 15.1 Rechtsanwendung – Rechtsetzung – Rechtswissenschaft

Juristen: meist Rechtsanwendung

Rechtsetzung = Schaffung neuen Rechts, ist eine (rechts)politische Aufgabe.

Rechtswissenschaftliches Arbeiten ist nochmals anders.

Die Methodik der Rechtsanwendung hängt wesentlich von der Struktur der anzuwendenden Rechtsnorm ab.

#### 15.2 Recht und Sprache

##### 15.2.1 Sprachbedingtheit des Rechts

Recht ist an Sprache gebunden. Sprachlich ausgedrückt, z.T. bildlich ergänzt.

##### 15.2.2 Unbestimmtheit der Sprache und Legaldefinition

Sprachliche Ausdrücke manchmal unbestimmt → Recht unklar.

Legaldefinition: Recht definiert selber Ausdrücke.

##### 15.2.3 Rechtssprache als Fachsprache

Bestimmte Fachausdrücke haben eine spezifisch juristische Bedeutung, die von der Umgangssprache abweichen kann. Z.B. Besitz, Mord.

Gesetzessprache: Laie sollte sie einigermaßen verstehen. Gibt aber auch solche, die sich an spezialisiertes Publikum richten (Bankengesetz...).

Auch je nach Rechtsgebiet kann die Bedeutung unterschiedlich sein (Werk → Werkeigentümerhaftung, Werkvertragsrecht)

##### 15.2.3 Mehrsprachigkeit

Amtsprache: D, F, I, im Verkehr mit rätoromanischen das Rätoromanische.

Alle drei Fassungen sind in gleicher Weise verbindlich. Wenn nicht übereinstimmt  
→ Auslegung.

Kant. Gesetze werden meist nur in 1 Sprache publiziert (ausser mehrsprachige Kantone).

Internationale Verträge: UNO: Englisch, Spanisch, Franz, Russisch, Arab., Chin.

Bilaterale Verträge der Schweiz: Franz + Amtssprache anderes Land od. Englisch.

### 15.3 Juristische Logik

Diese logischen Figuren werden im Recht besonders häufig verwendet:

- Deduktion  
Aus einer Allg. Regel wird der Einzelfall abgeleitet
  
- Analogieschluss und Umkehrschluss  
A: Regelung, die für bestimmte Sachverhalte getroffen, analog auf ähnliche Fälle anwenden.  
U: Regelung, die nur für bestimmte Fälle, gerade nicht auf andere anwenden.
- Nicht immer klar ob A oder U. Setzt voraus, dass deren Grundgedanke auch auf den nicht geregelten Fall zutrifft. (pars pro toto). A ist problematisch, weil evt. Gesetzgeber Fälle bewusst ungleich regeln wollte. Analogie dann, wenn „entsprechend“ od. „sinngemäss“ gesagt wird.  
  
Hauptanwendungsgebiet der A ist Rechtsetzung.
  
- E majore minus (vom Grösseren zum Kleineren; Erst-recht-Schluss)  
Wenn Norm etwas vorschreibt, kann in die gleiche Richtung etwas weniger stark gegangen werden. Milderer Mittel. Nur wenn gleiche Richtung und gleicher Zweck.)

#### 15.3.4 Formale Logik

Rechtsnormen können mit Ausdrücken der formalen Logik dargestellt werden. Rechtliche Frage ist dann, ob Gesetzgeber wirklich gemeint hat, was formallogisch im Gesetzestext steht.

## **16. Struktur juristischer Normen**

Folgende Normstrukturen können unterschieden werden:

- Rechtsregeln:
  - Kategorische Normen
  - Konditionalnormen
- Rechtsprinzipien
- Finalnormen

## 16.1 Kategorische Normen

Legen direkt und unbedingt eine bestimmte Rechtslage fest. Gibt: Festlegung absoluter Rechtspositionen („Rechtsfähig ist jedermann“, Verhaltensanweisungen (Gebote, Verbote), Organisationsrechtliche Vorschriften („BRat hat 7 Mitglieder“).

## 16.2 Konditionalnorm

### 16.2.1 Rechtssatz: Tatbestand und Rechtsfolge

Klassische Normstruktur. Häufig auch als Rechtssatz i.e.S. bezeichnet.

Hypothetisches Urteil: Wenn A erfüllt ist, dann folgt B. (A = Tatbestand, B = Rechtsfolge).

TB: vorsätzlich einen Menschen töten.

RF: Mit Freiheitsstrafe bestraft werden.

Die Norm gilt unter der Bedingung, dass TB eintritt. Sinngemäss: „wenn..dann..“

### 16.2.2 Tatbestandselemente und Tatbestandsvarianten

TBelemente: müssen kumulativ erfüllt sein, damit Rechtsfolge eintritt.

z.B. Art. 56,1 OR: Jemand hält Tier und T hat Schaden gemacht und Halter kann nicht nachweisen, dass...

TBvarianten: alternativ je einzeln die Rechtsfolge auslösen.

z.B. Art 164, 1 ZGB: Ein Ehegatte besorgt Haushalt oder besorgt Kinder oder hilft dem Anderen im Beruf.

### 16.2.3 Sukzessive Tatbestände

TB ist Rechtsfolge einer anderen Norm. → Hintereinanderschaltung.

z.B. Art. 13 ZGB: mündig und urteilsfähig sein. Rechtsfolge: handlungsfähig. „mündig“ ist aber kein Lebenssachverhalt, sondern eine Rechtsfolge aus Art. 14 ZGB (mündig ist, wer...)

## 16.3 Kategorische und Konditionalnormen als Rechtsregeln

Kein grosser Unterschied. Man kann das eine als auch das andere betrachten.

Rechtsregeln schreiben ein bestimmtes Verhalten vor.

## 16.4 Rechtsprinzipien

Enthalten Gesichtspunkte (schreiben nicht ein ganz bestimmtes Verhalten vor).  
Geben Leitplanken für die Anwendung von Rechtsregeln.

Z.B. Rechtsprinzip der Verhältnismässigkeit: Beschlagnahme soll nur dann angeordnet werden, wenn sie wirklich notwendig ist.

### 16.5 Finalnormen

Konditionalnormen sind Input-orientiert. TB, der an eine bestimmte Rechtsfolge anknüpft. Zweck ist nicht explizit im Gesetz genannt.

Finalnormen od. Zielbestimmungen sind Output-orientiert. Geben eine bestimmte Zielrichtung an, enthalten aber weder Regeln noch Massnahmen.

Können auf Verfassungs- oder Gesetzesebene sein. „Bund sorgt dafür...“ / „Dieses Gesetz bezweckt...“

Können als rechtspolitische Zielvorgabe betrachtet werden.

Auch Gesichtspunkte, die bei Auslegung zu berücksichtigen sind („bei der Prüfung sind die oben genannten Ziele des Gesetzes zu berücksichtigen.“)

### 16.6 Normenhierarchie – Rechtsregeln – Rechtsprinzipien

Bei Rechtsregeln: Normenhierarchie hat zur Folge, dass obere Regel der unteren vorgeht.

Bei Rechtsprinzipien oder Finalformen: alle einschlägigen Prinzipien und Finalformen bleiben anwendbar, praktischer Ausgleich durch Abwägung und Optimierung.

z.B: Landwirtschaftsschutz- und Wirtschaftsförderungsgesetz: beide sollen aneinander vorbeigehen können.

### 16.7 Relativität der Unterscheidung

Eine Norm kann Regel- als auch Prinzipcharakter haben. V.a. bei den Grundrechten. (kategorische Rechtsregel: statuieren gewisse Rechtsposition, Prinzip: wegleitend für die Auslegung anderer Rechtsnormen.)

## **17. Methodik der Rechtsanwendung**

### 17.1 Übersicht

Je nach Struktur der Normen ist die Anwendung unterschiedlich.

Konditionalnormen: Auslegung mittels Syllogismus (Darstellung S. 207)

Finalnormen und Prinzipien: Konkretisierung durch Abwägung.

## 17.2 Syllogismus

### 17.2.1 Der allgemeine und der juristische Syllogismus

Allg: 3 Elemente → Obersatz, Untersatz, Folgerung

Jur: konditional formulierte Rechtsregel auf einen bestimmten Sachverhalt anwenden. → Rechtsatz = Obersatz, Untersatz = der gesetzliche TB ist erfüllt, Folgerung = Rechtsfolge tritt ein.

Syllogistische Rechtsanwendung umfasst 3 Schritte:

- Sachverhalt feststellen
- Rechtsregel eruieren
- Prüfen, ob Sachverhalt = TB dieser Rechtsregel (→ Subsumtion)
- Folgerung ziehen

### 17.2.2 Feststellen des Sachverhalts

Sachverhalt = das lebensweltliche, faktische Geschehen

Tatbestand = die gesetzliche Umschreibung jenes Geschehens, das eine Rechtsfolge nach sich zieht.

### 17.2.3 Eruieren der Rechtsnorm

Welche Normen kommen überhaupt in Frage? → Überblick wichtig.

Strafrechtlich: Körperverletzung

Zivilrechtlich: vertragliche oder außervertragliche Haftung?

Unfallversicherungsrechtlich: Leistungspflicht der Versicherung

- Blick muss hin und herwandern, feststellen des Sachverhaltes und Eruieren laufen parallel.

### 17.2.5 Subsumtion

Prüfung, ob Sachverhalt wirklich unter die einschlägigen Rechtsnormen fällt

- TB und TBelemente herauschälen
- Prüfen, was dies eigentlich bedeutet (Auslegung)
- Entscheiden, ob der Sachverhalt darunter fällt

Siehe Beispiel S. 211

- Wenn die Subsumtion erfolgt ist und alle TBelemente erfüllt, dann ergibt sich die Rechtsfolge von selbst.

## 17.3 Beweisen

### 17.3.1 Tat- und Rechtsfragen

Rechtsfrage: wenn die Rechtslage nicht klar ist, durch Auslegung zu beantworten

Tatfrage: Sachverhalt umstritten, durch Beweis zu klären.

### 17.3.2 Die Beweisführung

Erfolgt im Rahmen eines förmlichen Beweisverfahrens. Es ist gesetzlich festgelegt, was für Beweismittel zugelassen sind ( Urkunden, Augenschein, Gutachten, Zeugen...)

### 17.3.3 Die Beweiswürdigung

Grundsatz der freien Beweiswürdigung: die Behörden müssen die Beweismittel aufgrund ihres persönlichen Eindrucks würdigen.

Ausnahmen: öffentliche Register und öffentliche Urkunden haben vollen Beweis.

### 17.3.4 Die Beweislast

Wer die Beweislast trägt, muss die Folgen tragen.

Allgemeine Beweislastregel: derjenige, der aus einer bestimmten Tatsache Rechte ableitet, trägt die Beweislast.

Strafrecht: spezifische Beweislastregel. Es muss immer der Staat beweisen, dass der Angeschuldigte der Täter ist (in dubio pro reo).

Ist wichtig, um festzustellen, was im Falle der Beweislosigkeit passiert.

### 17.3.5 Das Beweismass

Indizienbeweise sind nie lückenlos.

- Strafrecht: eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit, die keinen vernünftigen Zweifel offenlässt.
- Zivilrecht: voller Beweis. Allfällige Zweifel als unerheblich. Überwiegende Wahrscheinlichkeit genügt wenn erhebliche Beweisschwierigkeiten.
- Verwaltungsrecht: klarer Beweis
- Sozialversicherungsrecht: überwiegende Wahrscheinlichkeit

### 17.3.6 Vermutung, Fiktion

Natürliche Vermutung: ergibt sich aus der allgemeinen Lebenserfahrung. (erwachsene Person ist urteilsfähig)

Gesetzliche Vermutung: Beweiserleichterungen. Im Interesse der Rechtssicherheit oder des Schutzes der schwächeren Partei wird etwas als gesetzlich vermutet festgelegt. Tatsachenvermutung oder Rechtsvermutung.

Vermutungsbasis: die Tatsache, an die die ges. Vermutung knüpft. Diese muss bewiesen werden, ist leichter zu beweisen als die Vermutung. Z.B. X ist Ehemann von Y, also auch der Vater des Kindes.

Gegenbeweis: gegen die Vermutungsbasis (X nicht verheiratet)

Beweis des Gegenteils: gegen die Vermutungsfolge (X nicht Vater)

Fiktion: gesetzliche Vermutung, die nicht umgestossen werden darf (alle kennen das Gesetz).

## 17.4 Auslegung

### 17.4.1 Notwendigkeit und Problematik der Auslegung

Häufig sind Rechtsnormen unklar oder nicht präzise (Sprache, falscher Ausdruck, widersprüchlich...)

### 17.4.2 Die Auslegung und das einzig richtige Ergebnis

In vielen Fällen nicht nur eine Lösung, Gesetz hat nicht mit letzter Eindeutigkeit eine Frage beantwortet. Wenn Behörden entschieden haben, sind diese Lösung/en verbindlich.

### 17.4.3 Das Ziel der Auslegung

Den wahren Sinn herauszufinden. Dazu gibt es zwei verschiedene Ansichten:

- Historischer Sinn (subj: was Gesetzgeber wollte, obj: was damals sinnvoll war)
- Zeitgemässer, heutiger Sinn (geltungszeitliche Auslegung)

Historischer Sinn + :

Gesellschaftliche Wertungen sind durch Gesetzgeber festzulegen.

Wenn sich Lebensumstände ändern kann Gesetzgeber Gesetz ändern.

Heutiger Sinn + :

Gesetzgeber kann nicht alles laufend überprüfen, ob noch sinnvoll.

Es soll möglich sein, Gesetz an gewandelte Umstände anzupassen.

- ➔ Je jünger Gesetz, desto eher tatsächlicher Wille, je älter Gesetz, desto mehr zeitgemässer Sinn.

### 17.4.4 Die Elemente der Auslegung

#### 17.4.4.1 Wortlaut/ grammatikalische Auslegung

Wortlaut als Ausgangspunkt. Problem: uneindeutig, unterschiedliche Bedeutungen, versch. Amtssprachen.

#### 17.4.4.2 Systematische Auslegung

In welchem Zusammenhang eine Norm steht. Gliederung der einzelnen Gesetzesbestimmungen oder des ganzen Gesetzes (Überschriften, Titel, Kapitel, Marginalie) oder auf das ganze Rechtsgebiet.

#### 17.4.4.3 Entstehungsgeschichte/Materialien

Massgebend, wenn der subjektiv-historische Sinn der Norm gesucht werden soll. Ergibt sich hauptsächlich aus den Materialien, welche die Entstehung des Gesetzes dokumentieren. (Entwurf d. Regierung, Protokolle d. Verhandlungen)

Meinungsäußerungen nur, wenn sie sich im Gesetzestext niedergeschlagen haben.

#### 17.4.4.4 Teleologische Auslegung

Sinn und Zweck. Kann sein, dass so:

- Einer gesetzlichen Vorschrift einen anderen Sinn beigemessen wird
- Eine gesetzliche Regelung analog auf andere Fälle angewendet wird
- Ges. Regelung nicht angewendet wird auf einen Fall (tel. Reduktion)

Nur Gesetzeszwecke, die sich aus dem gesamten Sinn des Gesetzes ableiten lassen, dürfen massgebend sein.

- ➔ Eine Rangordnung der Auslegungselemente gibt es nicht.
- ➔ Häufig aber Vorrang des Wortlautes
- ➔ Systematisierung. Faustregel: Darstellung S. 222

#### 17.4.6 Besondere Auslegungsformen

##### 17.4.6.1 Zum höherrangigen Recht konforme Auslegung

Wenn Bestimmung unklar, aber ein bestimmter Sinn eher einer höherrangigen Norm entspricht. Z.B. Völkerrechtskonforme Auslegung des Landesrechts.

##### 17.4.6.2 Lex specialis

Eine Regelung, die Gesetzgeber erlassen hat, erklärt dieser für bestimmte Sachverhalte nicht anwendbar. Ein vom Gesetzgeber gewolltes Regel-Ausnahme-Verhältnis. Spezialbestimmungen gehen auch dann einer allgemeineren Norm vor, wenn sie in verschiedenen Normen der gleichen Stufe stehen.

#### 17.4.6.3 Praktikabilität

Offensichtlich absurde, unnötig unklare oder komplizierte Ergebnisse sind zu vermeiden.

#### 17.4.6.6 Rechtsvergleichung

#### 17.4.6.4 Präjudizien, Rechtssicherheit

Wenn langjährige Praxis besteht, dann nicht davon abweichen. Je konstanter die bisherige Praxis, desto gewichtiger müssen die Motive der Änderung sein.

#### 17.4.6.5 Wirtschaftliche Betrachtungsweise

So auslegen, dass das Ergebnis wirtschaftlich Sinn macht.

Wenn in einer anderen Rechtsordnung eine gleiche oder ähnliche Regelung besteht, kann diese herangezogen werden. (historische oder ideelle Verwandtschaft, internationale Abkommen, an ausländische Regelungen angelehnt).

#### 17.4.8 Die Auslegung von privatrechtlichen Verträgen und Willenserklärungen

Der übereinstimmende effektive Parteiwille ist massgebend. Auch wenn er nicht mit dem Wortlaut des Vertrages übereinstimmt.

1. Wortlaut, 2. Vertrauensprinzip.

Im Zweifelsfalle ist der Vertrag zuungunsten derjenigen Partei auszulegen, die den Vertragstext ausformuliert hat. (Schutz der schwächeren Partei).

Ungewöhnlichkeitsregel: ungewöhnliche Klauseln gelten gegenüber der schwächeren oder unerfahrenen Partei nicht, wenn nicht darauf aufmerksam gemacht worden.

Bei einseitiger Willenserklärung: so wie der Empfänger nach Treu und Glauben verstehen musste.

#### 17.4.9 Die Auslegung von Staatsverträgen

Objektives Recht und vertragliche Entstehung → Wortlaut massgebend.

Sekundär der Wille der Vertragsparteien.

#### 17.5 Lückenfüllung

Echte Lücken: wenn Gesetz lückenhaft und Gewohnheitsrecht keine Antwort gibt. (d.h. wenn Gesetz eine Frage regeln sollte, dies aber nicht tut → planwidrige Unvollständigkeit)

Lücke intra legem: innerhalb des Gesetzes. Bestimmung ist enthalten, ist aber konkretisierungsbedürftig (z.B. Generalklausel). Gewollter Konkretisierungsspielraum für die rechtsanwendenden Behörden.

Unechte Lücke: Gesetz gibt Antwort, diese ist aber nicht befriedigend. (subjektiv als unpassend erachtet). Korrekturen kann nur der Gesetzgeber anbringen.

Qualifiziertes Schweigen: Gesetzgeber hat eine bestimmte Regelung bewusst nicht getroffen.

Lücken praeter legem: echte und unechte (ausserhalb des Gesetzes)

## 17.6 Konkretisierungsspielraum: Ermessen, Beurteilungsspielraum, Abwägung

### 17.6.1 Ermessen und Beurteilungsspielraum

Gesetz will eine Frage bewusst nicht eindeutig regeln. Man unterscheidet:

- Tatbestandsermessen: Tatbestandsumschreibung ist unbestimmt und lässt Beurteilungsspielraum.
- Rechtsfolgeermessen: die Rechtsfolge ist unbestimmt:
  - Handlungsermessen: Behörde kann entscheiden, ob handeln oder nicht
  - Auswahlermessen: Behörde wählt unter versch. Möglichkeiten aus

→ Konkretisierungsspielraum, Entscheidungsspielraum

### 17.6.2 Bedeutung in den einzelnen Rechtsgebieten

- Verwaltungsrecht: Zentrale Rolle. Verwaltung hat grossen Spielraum.
- Strafrecht: TBseite: kein Ermessen. RFseite: grosse Ermessensauswahl.
- Zivilrecht: nicht so grosse Bedeutung, aber trotzdem z.B. Interessenabwägung

### 17.6.3 Ermessensausübung/Abwägung

#### 17.6.3.1 Anwendungsbereich

Abwägung der verschiedenen in Frage stehenden Interessen.

- Beurteilungsspielraum/Ermessen eingeräumt
- Normen, die als Prinzipien strukturiert sind
- Beurteilung der Verhältnismässigkeit
- Anwendung von Finalnormen

### 17.6.3.2 Abwägungsregeln

Interessenabwägung muss umfassend aus gesamtheitlicher Sicht erfolgen und alle für den konkreten Fall massgeblichen Aspekte und Interessen berücksichtigen:

- Allg. Prinzipien (Verhältnismässigkeit, Treu und Glauben)
- Spezialgesetzlich festgelegte Wertungselemente

Es dürfen nicht Interessen berücksichtigt werden, die nach der Rechtsordnung gerade nicht massgebend sein sollen.

- Nicht schutzwürde Interessen
- Nicht auf gleicher Stufe stehend
- Gewichtung muss offengelegt werden

Grundregel der Abwägung: je höher der Grad der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung des einen Interesses, desto grösser muss die Wichtigkeit der Erfüllung des andern sein.

### 17.6.3.3 Formale Abwägungsmethoden

- Kosten-Nutzen-Analyse
- Kosten-Wirksamkeits-Analyse (kann man vom Betreiber einer umweltbelastenden Anlage verlangen, eine teure Sanierungsmassnahme zu treffen?)
- Nutzwertanalyse (Errichtung eines Tourismuszentrums in einer schützenswerten Landschaft)

### 17.7.1 Tatfragen, Rechtsfragen, Ermessensfragen

Mögliche Fehler siehe S. 233

#### 17.7.1.2 Abgrenzung Tat- und Rechtsfragen

Rechtsfragen:

- Welche Tatsachen sind erheblich
- Welche rechtlichen Mittel und welches Verfahren
- Eine auf allgemeine Lebenserfahrung gestützte Sachverhaltsannahme
- Wenn Beweiswürdigung willkürlich erfolgt ist
- Was passiert, wenn der Beweis nicht erbracht worden ist
- Welches Beweismass erfüllt sein muss.

Tatfrage:

- Die aufgrund von Beweiserhebung und Beweiswürdigung erfolgte Sachverhaltsfeststellung

#### 17.7.1.3 Abgrenzung Rechts- und Ermessensfragen

Rechtsfragen:

- Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffs
- Ob das Verhältnismässigkeitsprinzip angewendet wurde
- Ob die Regeln für eine Abwägung eingehalten wurden

Ermessensfrage:

- Das Ermessen auf der Rechtsfolgeseite
- Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips (Wahl der Lösung)

### 17.7.2 Juristische Argumentationslehre

Normkonkretisierung: verschiedene Ansätze einer jur. Argumentationslehre.