

PROF. DR. IUR. HERIBERT RAUSCH

**Skriptum zur Vorlesung**

## **Einführung in die Rechtswissenschaft**

**im Wintersemester 2006/7**

### **Inhaltsübersicht**

#### **Einleitung**

#### **Teil I: "Recht", Rechtsquellen und Erscheinungsformen des Rechts**

1. Herkunft und Bedeutung von "Recht" – 2. Rechtsquellen – 3. Erscheinungsformen des Rechts

#### **Teil II: Rechtliche Grundbegriffe**

1. Privatrecht und öffentliches Recht – 2. Materielles Recht und formelles Recht – 3. Sachrecht und Kollisionsrecht – 4. Objektives Recht und subjektives Recht – 5. Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit

#### **Teil III: Recht und soziale Ordnung; Recht und Politik**

1. Recht und soziale Ordnung – 2. Recht und Politik

#### **Teil IV: Leitgedanken der Rechtsordnung**

1. Gerechtigkeit – 2. Freiheit und Verantwortung – 3. Rechtssicherheit; Vertrauensschutz; Treu und Glauben – 4. Verhältnismässigkeit und Interessenausgleich – 5. Zweckmässigkeit, Durchsetzbarkeit und Effizienz

#### **Teil V: Juristische Methode**

1. Methodik der Rechtsanwendung – 2. Auslegung – 3. Lückenfüllung

#### **Teil VI: Theorien des Rechts**

1. Naturrecht und Positivismus – 2. Begriffsjurisprudenz und Interessenjurisprudenz – 3. Weitere Theorien

#### **Teil VII: Technik des juristischen Arbeitens**

1. Erkenntnisquellen; Recherchieren; wichtigste handwerkliche Regeln – 2. Vorgehen bei der Fallbearbeitung – 3. Sprache

## Einleitung

### **A. Hauptziele der Vorlesung**

1. Einleben in das Rechtsdenken und die Rechtskultur. 2. Juristische Allgemeinbildung als Fundament für den Erwerb von Kenntnissen in den andern Fächern. 3. Veranschaulichung des Prüfungstoffes im Fach Einführung in die Rechtswissenschaft selbst.

### **B. Unterrichtsform; Hilfsmittel**

Unterrichtsform: möglichst viel Diskussion. Warum? 1. Blosses Zuhören genügt nicht zur Schulung des rechtlichen Denkens. 2. Als Jurist oder Juristin müssen Sie reden können. 3. Wer aktiv mitwirkt, wird auch erkennen, wie gut ihm die Juristerei liegt.

Hilfsmittel: 1. Das Vorlesungsskriptum wird Ihnen in mehreren Teillieferungen auf meiner Lehrstuhl-Website zur Verfügung gestellt. 2. Fachzeitschriften für Studierende: "ius.full" und "recht". 3. Grosser Nutzen der Lektüre einer guten Tageszeitung.

### **C. Sprung ins kalte Wasser: Diskussion über drei Rechtsfälle**

#### a) Smart

"Ein Mann und eine Frau fuhren an einem Junimittag im Jahre 2002 mit ihren beiden Autos der Marke Smart in die Zürcher Innenstadt. Auf dem Parkplatz ... vor dem Obergericht, fanden sie ein leeres Parkfeld vor und lenkten ihre Kleinwagen dort hinein; die beiden Smart standen direkt hintereinander und fanden innerhalb des markierten Feldes bestens Platz, was ja aus der einschlägigen Werbung hinlänglich bekannt ist. Die Frau löste einen Parkzettel und brachte diesen vorschriftsgemäss unter der Windschutzscheibe an, ihr Lebenspartner tat nichts dergleichen. Prompt wurde der Mann mit vierzig Franken gebüsst ..." (NZZ vom 8./9. Januar 2005).

Der Mann verlangte eine gerichtliche Beurteilung der Bussenverfügung. Wie hätten Sie als Richter oder Richterin entschieden? – Was zeigt der Fall?

#### b) FiaZ?

Nach Art. 91 Abs. 1 des Strassenverkehrsgesetzes (SVG; SR 741.1) macht sich strafbar, "wer in angetrunkenem Zustand ein Motorfahrzeug führt".

Wie ist die Frage nach der Strafbarkeit eines Mannes zu beurteilen, welcher mit einem Blutalkoholgehalt von 1,42 Promille auf dem Beifahrersitz eine Lernfahrerin begleitet? Vgl. BGE 128 IV 272. – Was zeigt der Fall? Und was bedeutet "BGE 128 IV 272"?

#### c) Verpasst

Der im Hotel Hanuman in Zürich-Oerlikon logierende indische Geschäftsmann I.G. bat vor dem Zubettgehen den Concierge, ihn am nächsten Morgen um 7 Uhr zu wecken, und der Concierge nahm diesen Wunsch (usanzgemäss) entgegen. Jedoch erfolgte dann kein Weckruf. I.G. verpasste deshalb seinen Flug nach London und konnte in der Folge ein Geschäft nicht abschliessen, das ihm, wie er versichert, Fr. 5'000 Gewinn gebracht

hätte. – Bestand zwischen Hotel und Gast mit Bezug auf den Weckruf ein Vertrag?  
Was sind – generell – die Voraussetzungen für das Zustandekommen eines Vertrages?

Ist das Hotelunternehmen schadenersatzpflichtig? Wenn ja: in welchem Umfange?

Art. 97 OR Ausbleiben der Erfüllung / Ersatzpflicht des Schuldners

<sup>1</sup> Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle.

<sup>2</sup> ...

Art. 99 OR Mass der Haftung und Umfang des Schadenersatzes

<sup>1</sup> Der Schuldner haftet im Allgemeinen für jedes Verschulden.

<sup>2</sup> Das Mass der Haftung richtet sich nach der besonderen Natur des Geschäftes und wird insbesondere milder beurteilt, wenn das Geschäft für den Schuldner keinerlei Vorteil bezweckt.

Wäre die Rechtslage anders, wenn G. bei einem Bekannten übernachtet und dieser es verpasst hätte, ihn zu wecken?

## Teil I: "Recht", Rechtsquellen und Erscheinungsformen des Rechts

### 1. Herkunft und Bedeutung von "Recht"

#### 1.1 Etymologisches

Auszug aus Claude Du Pasquier, Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit, 2. Auflage, Neuchâtel / Paris 1942 (S. 9 [Hervorhebungen beigefügt]):

"Le mot 'droit', comme 'diritto, Recht, right', vient du bas latin 'directum'. On y trouve la même racine que dans 'regere' (gouverner), 'rex' (le roi), 'regnum' (le règne), 'regula' (la règle). Il est donc lié à l'idée d'autorité. Les Romains désignaient le droit par le terme 'ius' auquel était associée à l'origine l'idée de la volonté ... divine. Cette racine se retrouve dans le verbe 'jubere' (ordonner). Ici encore droit et autorité vont de pair. Mais d'autres dérivés de 'ius' conduisent à une conception morale: 'iustus' et 'iustitia'. D'ailleurs en allemand, la justice (Gerechtigkeit) est également greffée sur le droit (Recht). Ainsi se manifeste par le langage même l'aspect spirituel de l'idée du droit."

#### 1.2 Unterschiedlicher Wortgebrauch

Was bedeutet "recht" bzw. "Recht" in den nachfolgenden Sätzen? Lässt sich jeweils ohne weiteres erkennen, wo ein Bezug zur Rechtsordnung intendiert ist und wo nicht?

- Sich im Respekt zu erhalten – Muss man recht borstig sein. – Alles jagt man mit Falken – Nur nicht das wilde Schwein (ein Vierzeiler von GOETHE).
- Was geschieht, bist du. Es geschieht dir recht (Friedrich Dürrenmatt).

- E. U.-N. und ihre Schwester E. I.-N. kritisieren das "Bundesbüchlein" zur Volksabstimmung vom 26. November 2006 über das Osthilfegesetz als einseitig und propagandistisch. Haben sie recht?
- Haben die USA den von ihnen inhaftierten (mutmasslichen) Taliban-Kämpfern zu Recht nicht den Status von Kriegsgefangenen zuerkannt?
- Satiren, die der Zensor versteht, werden mit Recht verboten (KARL KRAUS).

Dreingaben: Etwas ist nicht recht, weil es Gesetz ist, sondern es muss Gesetz sein, weil es recht ist (MONTESQUIEU). Der grösste Feind des Rechts ist das Vorrecht (MARIE VON EBNER-ESCHENBACH). Setzt immer voraus, dass der Mensch im ganzen das Rechte will; im einzelnen nur rechnet mir niemals darauf (SCHILLER). Das Recht auf Dummheit wird von der Verfassung geschützt, es gehört zur Garantie der freien Entfaltung der Persönlichkeit (MARK TWAIN). Erfahrene Juristen bestätigen, dass es für einen Zivilprozess eine gewisse Hilfe bedeutet, im Recht zu sein (ROBERT LEMBKE). Jeder junge Mensch macht früher oder später die verblüffende Entdeckung, dass auch Eltern gelegentlich recht haben können (ANDRÉ MALRAUX).

### 1.3 Unmöglichkeit einer Definition von "Recht im Rechtssinne"

Es gibt unzählige Definitionsversuche: allein der Oxford-Dictionary führt 13 auf. Eine inhaltlich aussagekräftige Definition ist aber unmöglich. ►► Diskussionsstoff: Warum?

Möglich und sinnvoll ist hingegen, das *Wesen* des Rechts zu beschreiben. Ausführungen hierzu werden im Abschnitt "Recht und soziale Ordnung" sowie passim folgen.

## 2. Rechtsquellen

FORSTMOSER, § 2 II.-V. sowie §§ 13-18; vgl. ferner auch RÜTHERS, § 6 B X.

Übersicht (bezogen allein auf das nationale Recht): Gesetzesrecht, Gewohnheitsrecht und Richterrecht.

### 2.1 Gesetz

#### 2.1.1 Allgemeiner Gesetzesbegriff

Staatlich erlassene generell-abstrakte Rechtsnorm. Erläuterung der Begriffselemente "generell" und "abstrakt" am Beispiel von Art. 276 Abs. 1 ZGB. Wortlaut desselben: Die Eltern haben für den Unterhalt des Kindes aufzukommen, inbegriffen die Kosten von Erziehung, Ausbildung und Kindesschutzmassnahmen.

►► Diskussionsstoff: Welche staatlichen Entscheidungen fallen unter den *Komplementärbegriff* "individuell-konkret"? Gibt es auch generell-konkrete Erlasse?

#### 2.1.2 Gesetz im materiellen und Gesetz im formellen Sinne

Gesetz im materiellen Sinne: jeder die Merkmale des allgemeinen Gesetzesbegriffes aufweisender Erlass, unabhängig davon, wer ihn in welchem Verfahren schuf. Entspricht der umgangssprachlichen Bedeutung von "Gesetz". So werden z.B. nicht nur

die Vorschriften des SVG, sondern auch diejenigen der zugehörigen Verkehrsregelverordnung des Bundesrates als "gesetzliche" Vorschriften bezeichnet.

Gesetz im formellen Sinne: im Verfahren der Gesetzgebung – Stichworte: Gewaltenteilung, Legislative – erlassene generell-abstrakte Rechtsnormen.

DD Diskussionsstoff: Wie kommt ein Bundesgesetz zustande und wann tritt es in Kraft? Wer ist zum Erlass von Verordnungen zuständig?

### 2.1.3 Exkurs (zur Vertiefung des Verständnisses von "Recht"): Gesetz und Naturgesetz

DD Diskussionsstoff: Von "Gesetz" (oder "Gesetzmässigkeit") spricht man auch in den Naturwissenschaften. Wie unterscheidet sich das Gesetz im rechtlichen Sinn von einem Naturgesetz?

## 2.2 Gewohnheitsrecht

Wesen: ungeschriebenes, nicht in einem förmlichen Rechtsetzungsverfahren zustande gekommenes Recht.

DD Diskussionsstoff: Bleibt neben dem Gesetzesrecht überhaupt noch Raum für Gewohnheitsrecht? Und was braucht es, damit eine Regel als Gewohnheitsrecht anerkannt wird?

## 2.3 Richterrecht

DD Diskussionsstoff: Rechtsprechung ist ein Akt der *Rechtsanwendung*. Inwiefern kann es auch Aufgabe der Gerichte sein, Recht zu *schaffen*?

## 3. Erscheinungsformen des Rechts

Es ist noch niemandem gelungen und wird auch kaum je jemandem gelingen, ein allumfassendes System der Rechtsnormen aufzustellen. Im Folgenden geht es lediglich darum, die Fülle der Erscheinungsformen zu illustrieren.

### 3.1 Gliederung nach Genese-Kriterien

#### 3.1.1 Staatliches Recht / von Privaten geschaffenes Recht

DD Diskussionsstoff: In welchen Formen kennen wir von Privaten geschaffenes Recht?

#### 3.1.2 Bundesrecht / kantonales Recht / kommunales Recht

DD Diskussionsstoff: Worauf kommt es für die Antwort auf die Frage an, ob die Rechtsetzung in einem bestimmten Sachbereich (Beispiele: Hundehaltung; bauphysikalische Anforderungen an hohe Gebäude mit Blick auf die Erdbebengefahr) Sache des Bundes oder Sache der Kantone ist?

### 3.1.3 Nationales Recht / internationales Recht

Das internationale Recht ist Gegenstand von Vorlesungen in den Fächern Völkerrecht, internationales Privatrecht und internationales Steuerrecht. Wichtigste (nicht einzige!) Erscheinungsformen des internationalen Rechts:

- Supranationales Recht (Paradebeispiel: Charta der Vereinten Nationen)
- Staatsverträge (Bezeichnungen: Abkommen, Konvention, Übereinkommen).

Auszug aus DANIEL THÜRER, Völkerrecht – Materialien zur Vorlesung, Zürich 2006 (S. 16):

"Objekte der Völkerrechtsordnung waren zur Zeit des klassischen Völkerrechts etwa der Schutz von Souveränität und territorialer Integrität der Staaten, Krieg und Frieden, diplomatische und vertragliche Beziehungen. Dann sind zusehends neue Gegenstände hinzugetreten wie Menschenrechte, Wirtschaftsrecht, Umweltrecht oder das Recht internationaler und supranationaler Organisationen. Das Völkerrecht hat mittlerweile fast alle Themen in sich aufgenommen, die Gegenstand des staatlichen Rechts sind, und lässt sich thematisch kaum mehr vom innerstaatlichen Recht abgrenzen. Es lässt sich heute, als Folge einer massiven Proliferation völkerrechtlicher Regelungen, kaum mehr ein staatlicher Rechtsbereich ausmachen, der nicht auch vom Völkerrecht miterfasst ist."

"Völkerrecht ist, was den Völkern recht ist" (JOHANN NESTROY, 1801 – 1862).

### 3.2 Stufenfolge der staatlichen Erlasse

Verfassung – Gesetz – Verordnung (eventuell auf verschiedenen Stufen).

Beispiel:

- Art. 81 Abs. 1 BV: "Der Bund erlässt Vorschriften über den Strassenverkehr."
- Art. 26 ff SVG (Titelüberschrift: "Verkehrsregeln"); Art. 106 Abs. 1 SVG: "Der Bundesrat erlässt die zum Vollzug dieses Gesetzes notwendigen Vorschriften ..."
- Verkehrsregelnverordnung des Bundesrates (SR 741.11).

### 3.3 Unterschiedliche Regelungsdichte

Nach Art. 8 Abs. 1 des Waffengesetzes (SR 514.54) ist der Erwerb einer Waffe im Handel bewilligungspflichtig (Waffenerwerbsschein). Laut Art. 6 Abs. 1 der zugehörigen Verordnung gelten Messer als Waffen, "wenn sie: *a.* einen einhändig bedienbaren Schwenk-, Klapp-, Fall-, Spring- oder anderen Auslösemechanismus aufweisen; und *b.* geöffnet insgesamt mehr als 12 cm lang sind; und *c.* eine Klinge haben, die mehr als 5 cm lang ist."

DD Diskussionsstoff: Ist der hohe Detaillierungsgrad der zitierten Verordnungsbestimmung der Sache angemessen?

Art. 266g Abs. 1 OR: Aus wichtigen Gründen, welche die Vertragserfüllung für sie unzumutbar machen, können die Parteien das Mietverhältnis mit der gesetzlichen Frist auf einen beliebigen Zeitpunkt kündigen. (Abs. 2 besagt lediglich, dass der Richter die vermögensrechtlichen Folgen einer vorzeitigen Kündigung unter Würdigung aller Umstände bestimmt.)

▮▮ Diskussionsstoff: Hat der Gesetzgeber zu Recht davon abgesehen, den Begriff der wichtigen Gründe näher zu umschreiben?

Art. 6 Abs. 1 des Gewässerschutzgesetzes (GSchG; SR 814.20): Es ist untersagt, Stoffe, die Wasser verunreinigen können, mittelbar oder unmittelbar in ein Gewässer einzubringen oder sie versickern zu lassen.

Art. 70 Abs. 1 Bst. a GSchG: Mit Gefängnis oder mit Busse wird bestraft, wer vorsätzlich Stoffe, die das Wasser verunreinigen können, widerrechtlich mittelbar oder unmittelbar in ein Gewässer einbringt, versickern lässt oder ... und dadurch die Gefahr einer Verunreinigung des Wassers schafft. (Der nicht zitierte, an "oder" anschliessende Satzteil bezieht sich allein auf den uns hier nicht interessierenden Art. 6 Abs. 2 GSchG.)

Aus Art. 71 GSchG: Mit Haft oder mit Busse bis zu 20'000 Franken wird bestraft, wer vorsätzlich ... in anderer Weise diesem Gesetz zuwiderhandelt ... Handelt der Täter fahrlässig, so ist die Strafe Busse.

▮▮ Diskussionsstoff: Inwiefern wecken die vorstehend zitierten Gesetzesbestimmungen Bedenken? Gibt es unbedenkliche Alternativen?

## Teil II : Rechtliche Grundbegriffe

### 1. Privatrecht und öffentliches Recht

FORSTMOSER, § 4 III.

#### 1.1 Tragweite und Kriterien dieser Einteilung des Rechtsstoffes

Stichworte zur Erläuterung der Tragweite: Zuständigkeit zur Rechtsetzung und Zuständigkeit zur Rechtsanwendung.

Typische privatrechtliche Materien (Kodifikation im ZGB bzw. im OR): Vereine und Stiftungen, Ehegüterrecht, Adoption, Stockwerkeigentum; Haftpflicht, Kaufvertrag, Schenkung, Miete und Pacht, Darlehen, Arbeitsvertrag, Verlagsvertrag, Bürgschaft, Aktiengesellschaft, Genossenschaft, Wertpapiere.

Typische öffentlichrechtliche Materien: Grundrechte (wie Recht auf Ehe und Familie, Glaubens- und Gewissensfreiheit, Kunstfreiheit, Eigentumsgarantie), Bürgerrecht und politische Rechte, Landesverteidigung, Umweltschutz, Eisenbahnwesen, Radio und Fernsehen, Schulwesen, Steuern; Behördenorganisation (Zusammensetzung, Wahl und Aufgaben); Strafrecht (Teilkodifikation im StGB).

▮▮ Diskussionsstoff: Unterscheidungskriterien.

▮▮ Diskussionsstoff: Gehören die nachfolgend bezeichneten Materien zum Privatrecht oder zum öffentlichen Recht? 1. Finderlohn. 2. Ehrverletzung. 3. Schadenersatz wegen einer verunglückten Operation in einem Kantonsspital (gesundes statt krankes Bein amputiert).

Ergänzende terminologische Hinweise:

- Sogenannte Doppelnormen (Beispiel: Art. 699 ZGB)
- Privatrecht als Oberbegriff zu Zivilrecht und Handelsrecht
- Öffentliches Recht im engeren Sinne im Unterschied zum Strafrecht
- Unterteilung des öffentlichen Rechts im engeren Sinne in Staatsrecht und Verwaltungsrecht

## 1.2 Grundsätzliche Unabhängigkeit der beiden Sphären

### 1.2.1 Unabhängigkeit von Privatrecht und öffentlichem Recht im engeren Sinne

Rechtslogisch erscheint es als selbstverständlich, dass eine in Einklang mit dem öffentlichen Recht stehende Aktivität aus einem privatrechtlichen Grund gleichwohl unzulässig sein kann. Dies insbesondere da, wo eine vertragliche Unterlassungspflicht besteht (Beispiele "ad hoc").

In gewissen Konstellationen ruft aber die grundsätzliche Eigenständigkeit der beiden Sphären doch der Frage nach der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung. Beispiel: Baubewilligung für einen Zwinger für vier Huskies unter Berücksichtigung der öffentlichrechtlichen Lärmbekämpfungsvorschriften; Nachbarin W. M.-R. leidet unter dem Hundegebell (Tag und Nacht). ▮▮ Diskussionsstoff: Ist es denkbar, dass ein Zivilgericht eine von W. M.-R. gestützt auf die unten zitierten Gesetzesbestimmungen erhobene Klage gutheisst?

Art. 684 ZGB

<sup>1</sup> Jedermann ist verpflichtet, bei der Ausübung seines Eigentums, wie namentlich bei dem Betrieb eines Gewerbes auf seinem Grundstück, sich aller übermässigen Einwirkung auf das Eigentum der Nachbarn zu enthalten.

<sup>2</sup> Verboten sind insbesondere alle schädlichen und nach Lage und Beschaffenheit der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch nicht gerechtfertigten Einwirkungen durch Rauch oder Russ, lästige Dünste, Lärm oder Erschütterung.

Art. 679 ZGB

Wird jemand dadurch, dass ein Grundeigentümer sein Eigentumsrecht überschreitet, geschädigt oder mit Schaden bedroht, so kann er auf Beseitigung der Schädigung oder auf Schutz gegen drohenden Schaden und auf Schadenersatz klagen.

### 1.2.2 Unabhängigkeit von Privatrecht und Strafrecht

Zur Illustration: Fall O. J. Simpson.



### 1.3 Zwingendes und nachgiebiges (dispositives) Privatrecht

#### FORSTMOSER, § 4 VI.

Dispositive Normen gelten dann, wenn die am Rechtsverhältnis Beteiligten nichts Anderes vereinbaren. Den zwingenden Normen hingegen kommt absolute Geltung zu, das heisst sie sind für die Rechte und Pflichten der betreffenden Personen auch dann massgebend, wenn diese Personen unter sich etwas Gegenteiliges vereinbaren.

Erläuterung anhand von zwei mietrechtlichen Bestimmungen:

Art. 268 Abs. 1 OR: Der Vermieter von Geschäftsräumen hat für einen verfallenen Jahreszins und den laufenden Halbjahreszins ein Retentionsrecht an den beweglichen Sachen, die sich in den vermieteten Räumen befinden und zu deren Einrichtung oder Benutzung gehören.

Art. 266i OR: Stirbt der Mieter, so können seine Erben mit der gesetzlichen Frist auf den nächsten gesetzlichen Termin kündigen.

DD Diskussionsstoff: In einem Mietvertrag (Mietobjekt: Wohnung) erlaubt die Vermieterin dem Mieter, auf eigene Kosten gewisse bauliche Änderungen vorzunehmen. Die hieran anschliessende Klausel besagt (ganz klar), dass der Mieter im Voraus auf jeden Anspruch nach Art. 260a Abs. 3 OR (siehe unten) verzichtet. Entfaltet diese Klausel die ihr zugedachte Rechtswirkung oder nicht? (Vgl. BGE 124 III 149.)

Art. 260a OR

<sup>1</sup> Der Mieter kann Erneuerungen und Änderungen an der Sache nur vornehmen, wenn der Vermieter schriftlich zugestimmt hat.

<sup>2</sup> Hat der Vermieter zugestimmt, so kann er die Wiederherstellung des früheren Zustandes nur verlangen, wenn dies schriftlich vereinbart worden ist.

<sup>3</sup> Weist die Sache bei Beendigung des Mietverhältnisses dank der Erneuerung oder Änderung, welcher der Vermieter zugestimmt hat, einen erheblichen Mehrwert auf, so kann der Mieter dafür eine entsprechende Entschädigung verlangen; weitergehende schriftlich vereinbarte Entschädigungsansprüche bleiben vorbehalten.

## 2. Materielles Recht und formelles Recht

#### FORSTMOSER, § 4 I.

Stichworte zur Erläuterung des Begriffs "Materielles Recht": Ersatzpflicht des Schuldners bei Ausbleiben der Erfüllung (vgl. Einleitung, Fall "Verpasst"), erbrechtlicher Pflichtteil der Nachkommen; Frage nach der Bewilligungsfähigkeit einer Tankstelle in einer raumplanungsrechtlichen Nutzungszone mit der Typenbezeichnung "Wohnen und Kleingewerbe"; Geschwindigkeitsübertretung.

Stichworte zur Erläuterung des Begriffs "Formelles Recht": Zivilprozess des I.G. gegen die Hotel Hanuman AG, Anfechtung einer letztwilligen Verfügung; Baubewilligung und Bauprozess; Frage, ob die Polizei dem Raser den Führerausweis "auf der Stelle" entziehen darf.

DD Diskussionsstoff: Unterscheidungskriterien.

### 3. Sachrecht und Kollisionsrecht

#### Forstmoser, § 4 II.

Das Sachrecht beantwortet unmittelbar die sich stellende Rechtsfrage. Das Kollisionsrecht regelt die Frage, welche von mehreren in Betracht kommenden Rechtsordnungen für die Beantwortung der sich stellenden Rechtsfrage massgebend ist.

Beispiele für kollisionsrechtliche Fragestellungen:

- Ein Ehepaar aus dem Iran wohnt seit zwei Jahren in Zürich. Einer der Ehepartner verlangt die Scheidung. Die Eheleute haben ein minderjähriges Kind. Zuständig ist durchaus das Bezirksgericht Zürich. Eine andere Frage ist aber die nach dem anwendbaren Recht: schweizerisches oder iranisches? (Vgl. Art. 59 ff. IPRG [SR 291].) *Nebenfrage*: Was bedeutet "SR".
- Ein in Tujetsch (GR) wohnhafter Käufer bestellt bei einem Unternehmen mit Sitz in Österreich eine Einbauküche. Nach Lieferung und Installation macht er geltend, der Herd könne gewisse ihm im Katalog des Verkäufers zugeschriebene Funktionen gar nicht erfüllen. Es kommt zum Rechtsstreit. Welches Recht wird das zuständige schweizerische Gericht anwenden? (Übereinkommen vom 15. Juni 1955 betreffend das auf internationale Kaufverträge über bewegliche körperliche Sachen anzuwendende Recht [SR 0.221.211.4]; Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf [SR 0.221.211.1].)

### 4. Objektives Recht und subjektives Recht

#### FORSTMOSER, § 4 VIII.

#### 4.1 Bedeutung der beiden Begriffe

Als objektives Recht werden die einzelnen Normen des geltenden Rechts sowie auch deren Gesamtheit bezeichnet (Gesetzesrecht, aber auch Gewohnheitsrecht und Richterrecht). Englisch: *law*.

Von subjektivem Recht – Englisch: *right* – spricht man im Zusammenhang mit bestimmten einer Person zukommenden rechtlichen Befugnissen. (Dies hauptsächlich im Privatrecht; im öffentlichen Recht sind Termini wie "Recht auf" und "Anspruch auf" üblicher.)

#### 4.2 Unterscheidungen innerhalb der Kategorie "Subjektives Recht"

##### 4.2.1 Absolutes Recht und relatives Recht

Als absolut werden die sich gegen jedermann richtenden Rechte bezeichnet, als relativ die nur im Verhältnis zu einer bestimmten Person oder mehreren bestimmten Personen bestehenden Rechte. Beispiele: Mein Eigentum kann ich gegenüber jedermann geltend

machen (absolutes Recht), meinen Anspruch aus Kaufvertrag auf Bezahlung des Kaufpreises hingegen nur gegenüber meinem Vertragspartner (relatives Recht).

▮▮ Diskussionsstoff: Welche absoluten Rechte gibt es nebst dem Eigentum?

▮▮ Diskussionsstoff: Gibt es relative Rechte, die nicht auf Vertrag beruhen?

#### 4.2.2 Dingliches Recht und obligatorisches Recht

Dingliches Recht: Subjektives Recht, welches seinem Träger eine Herrschaft über eine Sache verleiht (Hauptelemente des rechtlichen Sachbegriffs: Körperlichkeit, Abgrenztheit, rechtliche Beherrschbarkeit). Erscheinungsformen: einerseits das Eigentum als umfassende Sachherrschaft (vgl. Art. 641 ZGB) und andererseits die beschränkten dinglichen Rechte wie z.B. Pfandrecht oder Wegrecht.

Obligatorisches Recht (abgeleitet aus dem lateinischen "obligatio" = Verpflichtung): Schuldverhältnis zwischen zwei oder mehreren Personen. Grossenteils im OR geregelt (Vertragsrecht, Haftpflichtrecht), zum Teil auch im ZGB (Familienrecht).

▮▮ Diskussionsstoff: Das Recht, in einer Drittperson gehörendes Haus zu bewohnen lässt sich entweder als dingliches Recht (Wohnrecht, Art. 776 ZGB) oder als obligatorisches Recht (Miete, Art. 253 OR) ausgestalten. Welchen Unterschied macht es, ob man sich für die eine oder die andere Lösung entscheidet?

### 5. Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit

FORSTMOSER, § 4 IX.

#### 5.1 Rechtsfähigkeit

Rechtsfähig – und damit Rechtssubjekte – sind neben den natürlichen Personen auch alle juristischen Personen.

##### 5.1.1 Natürliche Personen

Art. 11 ZGB

<sup>1</sup> Rechtsfähig ist jedermann.

<sup>2</sup> Für alle Menschen besteht demgemäss in den Schranken der Rechtsordnung die gleiche Fähigkeit, Rechte und Pflichten zu haben.

▮▮ Diskussionsstoff: Tragweite von Abs. 2 (anhand von Beispielen "ad hoc").

##### 5.1.2 Juristische Personen

Art. 53 ZGB

Die juristischen Personen sind aller Rechte und Pflichten fähig, die nicht die natürlichen Eigenschaften des Menschen, wie das Geschlecht, das Alter oder die Verwandtschaft zur notwendigen Voraussetzung haben.

○ Juristische Personen des Privatrechts. ▮▮ Diskussionsstoff: Typologie.

- Juristische Personen des öffentlichen Rechts. **DD** Diskussionsstoff: Sind die folgenden "Gebilde" Rechtssubjekte? Universität Zürich, Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden, Ecuador, Gemeinde Leukerbad.

**DD** Diskussionsstoff: Inwiefern sind die juristischen Personen nicht in gleicher Weise rechtsfähig wie natürliche Personen? (Beispiele "ad hoc".)

## 5.2 Handlungsfähigkeit

Art. 12 ZGB: Wer handlungsfähig ist, hat die Fähigkeit, durch seine Handlungen Rechte und Pflichten zu begründen. Art. 13 ZGB: Die Handlungsfähigkeit besitzt, wer mündig und urteilsfähig ist. Art. 14 ZGB: Mündig ist, wer das 18. Lebensjahr vollendet hat.

Art. 19 ZGB

<sup>1</sup> Urteilsfähige unmündige oder entmündigte Personen können sich nur mit Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter durch ihre Handlungen verpflichten.

<sup>2</sup> Ohne diese Zustimmung vermögen sie Vorteile zu erlangen, die unentgeltlich sind, und Rechte auszuüben, die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen.

<sup>3</sup> Sie werden aus unerlaubten Handlungen schadenersatzpflichtig.

Art. 11 BV

<sup>1</sup> Kinder und Jugendliche haben Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung.

<sup>2</sup> Sie üben ihre Rechte im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit aus.

**DD** Diskussionsstoff: Können Unmündige Verträge eingehen? Besteht zwischen Art. 19 (Abs. 1 und 2) ZGB und Art. 11 BV ein Widerspruch?

Art. 54 ZGB: Die juristischen Personen sind handlungsfähig, sobald die nach Gesetz und Statuten hierfür unentbehrlichen Organe bestellt sind.

## 5.3 Bedeutung der Rechts- und der Handlungsfähigkeit für das Verfahrensrecht

Die prozessrechtliche Parteifähigkeit von natürlichen und juristischen Personen knüpft an die Rechtsfähigkeit an.

Die Prozessfähigkeit (*id est* die Fähigkeit, das Verfahren selber bzw. durch einen selbst gewählten Vertreter zu führen), geht mit der Handlungsfähigkeit einher.

## Teil III: Recht und soziale Ordnung; Recht und Politik

### 1. Recht und soziale Ordnung

#### 1.1 Verständnis des Wesens des Rechts als eine soziale Ordnungsmacht

FORSTMOSER, §§ 6 und 7.

Ubi societas ibi ius (HUGO GROTIUS, 1583 – 1645, Verfasser des 1620 erschienenen völkerrechtlichen Klassikers "De iure belli ac pacis").

DD Diskussionsstoff: Gab es auf Robinsons Insel Recht?

Auszug aus Claude Du Pasquier, Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit, 2. Auflage, Neuchâtel / Paris 1942 (S. 8):

"... le droit naît spontanément dès l'origine des sociétés comme remède nécessaire à l'anarchie, comme frein agissant sur les instincts égoïstes et violents. Le rôle du droit est donc d'assurer la coexistence paisible du groupe humain ou, comme l'on dit souvent, d'harmoniser l'activité des membres de la société. En un mot, il est l'assise de l'ordre social."

DD Diskussionsstoff: Meuterei auf der "Bounty", einem englischen Schiff, im Jahre 1789 im Südpazifik. Die neun Meuterer nahmen zunächst zehn Frauen aus Tahiti und später noch etwa zwanzig Bewohner (beiderlei Geschlechts) anderer Inseln an Bord und liessen sich dann auf der zuvor nicht besiedelten Insel Pitcairn nieder. Stellen Sie sich das Leben dieser Gruppe von Menschen vor. Inwiefern bestand Regelungsbedarf?

#### 1.2 Recht, Sitte und Moral

FORSTMOSER, §§ 8 und 9; RÜTHERS, § 10.

##### 1.2.1 Gegenseitiges Verhältnis

Auszug aus PETER WEIMAR, Vom kodifizierten Privatrecht und dem gemeinen Recht, ZSR 2005 23 ff.:

"*Recht* sind diejenigen Regeln des Zusammenlebens der Menschen, deren Beachtung vom Staat erzwungen wird. Neben der Rechtsordnung besteht die Sittenordnung. Auch die *Sitte* regelt den Umgang der Menschen miteinander; aber nicht der Staat, sondern die Gesellschaft wacht über die Einhaltung ihrer Regeln. Die Gesellschaft reagiert auf sittenwidriges Verhalten ihrer Glieder mit Missbilligung, Verachtung und Ausgrenzung; Gewaltanwendung ist heute allerdings dem Staate vorbehalten. Recht und Sitte sind Regeln für den *Umgang der Menschen miteinander*. Was jemand denkt, welche Motive sein Handeln bestimmen und was er als Einzelner tut – welche Musik er hört und wie er sich bettet –, das haben Recht und Sitte nicht zu regeln, doch kennt die *Moral* weitere Vorschriften auch für rechtlich und sittlich irrelevantes oder erlaubtes Verhalten.

Recht und Sitte stimmen weitgehend, aber nicht völlig überein. Es gibt sittliche Normen, z.B. in Bezug auf die Geschäftspolitik von Wirtschaftsunternehmen (corporate governance) und die Managerlöhne, die keinen Niederschlag im Recht gefunden haben, deren Missachtung aber von den beteiligten Kreisen und von der Öffentlichkeit als unanständig missbilligt wird. Auf der anderen Seite versteht man unter einem Kavaliersdelikt eine Straftat, der die Gesellschaft mit Nachsicht begegnet. Recht und Sitte beeinflussen sich jedoch gegenseitig und bewegen sich immer wieder aufeinander zu."

### 1.2.2 Vertiefung einzelner Aspekte

Die Beachtung rechtlicher Regeln wird "vom Staat erzwungen". ►► Diskussionsstoff: Trifft das ohne weiteres zu oder gilt "Wo kein Kläger, da kein Richter"?

Das Recht regelt den "Umgang der Menschen miteinander". ►► Diskussionsstoff: Das ist common place. Kennen wir aber nicht auch Rechtsnormen, die nicht der Regelung des menschlichen Zusammenlebens dienen oder jedenfalls darüber hinausweisen?

"Recht und Sitte beeinflussen sich ... gegenseitig." Darüber hinaus schlägt das Recht auch Brücken zur Sittenordnung. Das Paradebeispiel hierfür ist Art. 20 Abs. 1 OR: "Ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig."

Anwendungsfall: Vertrag über die Vermietung eines Lastwagens, wobei für den Vermieter kaum zweifelhaft sein konnte, dass der Mieter den Lastwagen für Schmuggeltransporte brauchte. Der Mieter blieb den Mietzins schuldig. Nach erfolgloser Betreuung reichte der Vermieter beim zuständigen Gericht eine Forderungsklage ein. Das Gericht beurteilte den Vertrag als sittenwidrig. ►► Diskussionsstoff: Was bedeutete das dann konkret für die Prozessparteien?

Ein weiteres Beispiel für eine Brücke zwischen Rechts- und Sittenordnung ist Art. 2 ZGB (hinten IV. 3.)

Lassen sich das Recht als Regelung menschlichen *Verhaltens* und die Moral als eine Frage der *Gesinnung* klar voneinander abgrenzen? ►► Diskussionsstoff: Beim Joggen am Sonntagmorgen trifft Herr K.L. auf Frau P.V. (85), die auf dem Weg zur Kirche vom Fahrrad gestürzt ist und sich dabei das Bein brach. P.V. hat starke Schmerzen und braucht dringend einen Arzt, kann sich aber nicht von der Stelle bewegen. Sie fleht K.L. um Hilfe an. Er geht darauf nicht ein und joggt von dannen, obwohl er mit seinem Handy einen Arzt rufen könnte. Ist das bloss unmoralisch oder ein Verstoss gegen eine Rechtsnorm? (Massgebend ist Art. 128 StGB [Folie]).

Beispiele für Bezugnahmen auf die Gesinnung im Strafrecht: "Handelt der Täter besonders skrupellos, sind namentlich sein Beweggrund, der Zweck der Tat oder die Art der Ausführung besonders verwerflich, so ist die Strafe lebenslängliches Zuchthaus oder Zuchthaus nicht unter zehn Jahren" (Art. 112 StGB, Mord [im Unterschied zur vorsätzlichen Tötung]). "Wer aus selbstsüchtigen Beweggründen jemanden zum Selbstmorde verleitet oder ihm dazu Hilfe leistet, wird, wenn der Selbstmord ausgeführt oder versucht wurde, mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft" (Art. 115 StGB, Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord).

## 1.3 Recht und Religion

"Im Namen Gottes des Allmächtigen" (invocatio dei in der Präambel der Bundesverfassung).

Die religiösen Wurzeln des Rechts kommen im Folgenden nur cursorisch zur Sprache. Die griechische Antike bleibt aus Zeitgründen unberücksichtigt.

### 1.3.1 Die 10 Gebote

1. Ich bin der Herr, dein Gott. Du sollst keine anderen Götter haben neben mir. 2. Du sollst den Namen des Herrn, deines Gottes, nicht missbrauchen. 3. Du sollst den Feiertag heiligen. 4. Du sollst deinen Vater und deine Mutter ehren. 5. Du sollst nicht töten. 6. Du sollst nicht ehebrechen. 7. Du sollst nicht stehlen. 8. Du sollst nicht falsch Zeugnis reden wider deinen Nächsten. 9. Du sollst nicht begehren deines Nächsten Haus. 10. Du sollst nicht begehren deines Nächsten Weib, Knecht, Magd, Vieh noch alles, was dein Nächster hat.

▮▮ Diskussionsstoff: Entsprechungen im geltenden (schweizerischen) Recht.

### 1.3.2 Christentum

Art. 12 BV (Sachüberschrift: Recht auf Hilfe in Notlagen): Wer in Not gerät und nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen, hat Anspruch auf Hilfe und Betreuung und auf die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind.

▮▮ Diskussionsstoff: Weitere Beispiele für den Einfluss christlichen Gedankenguts auf die Rechtsordnung.

## 2. Recht und Politik

Vgl. FORSTMOSER, § 7.

### 2.1 Rechtliche und politische Entscheidungsfindung

Auszug aus MARIE THERES FÖGEN, Skriptum zur Vorlesung Einführung in die Rechtswissenschaft im Wintersemester 2003/4 (S. 16 f.):

"Politik ist die Macht, allgemein verbindliche Entscheidungen zu treffen. Diese Entscheidungen sind grundsätzlich nicht an Vorentscheidungen gebunden, sondern Ergebnis von je aktuellen Präferenzen und Prioritäten. Politische Entscheidungen münden – nicht immer, aber zuweilen – in Gesetzgebung, womit sie auf Dauer gestellt werden. Gleichzeitig werden sie dabei in der Regel von Zweckprogrammen in Konditionalprogramme umgewandelt und damit brauchbar für das Recht. Sogenannte Zweckprogramme formulieren das erwünschte Ziel einer Regelung – z.B. freien Wettbewerb –, sogenannte Konditionalprogramme bestehen aus 'immer wenn ..., dann soll die oder jene Rechtsfolge eintreten.' Die Logik der Politik liegt darin, gesellschaftspolitisch erwünschte oder jedenfalls mehrheitsfähige Zwecke zu verfolgen. Typisch für die Festlegung von Zweckprogrammen sind zum Beispiel Art. 2 und 41 BV: ... Recht und Politik berühren sich – sind 'strukturell gekoppelt' – durch die Verfassung und insbesondere durch Art. 5 Abs. 1 BV: 'Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht.'"

DD Diskussionsstoff: Worin unterscheiden sich die rechtliche und die politische Entscheidung?

## 2.2 Politik und Rechtsetzung

DD Diskussionsstoff auf der Grundlage von aktuellen, Ihnen als Leserinnen und Leser einer guten Tageszeitung bekannten Beispielen:

- Die Haupttätigkeit der Bundesversammlung besteht im Erlass und in der Änderung von Gesetzen. Inwiefern ist diese Tätigkeit eine politische und inwiefern eine rechtliche?
- Welche Akteure üben einen starken Einfluss auf die gesetzgeberische Tätigkeit der Bundesversammlung aus?
- Vorgaben und Schranken für die Willensbildung des Gesetzgebers im Landesrecht und im internationalen Recht.

## 2.3 Politik und Rechtsanwendung

DD Diskussionsstoff auf der Grundlage eines aktuellen, Ihnen als Leserinnen und Leser einer guten Tageszeitung bekannten Beispiels: Das Gesetz ist verfestigte Politik; seine Anwendung sollte nicht ihrerseits ein politischer Entscheid sein, doch werden Bundesgerichtsurteile manchmal als "politisch" wahrgenommen. Typischerweise in welchen Sachbereichen? Wer kritisiert das Urteil als "politisch"? Hätte das Bundesgericht im betreffenden Fall auch "unpolitisch" entscheiden können?

# Teil IV: Leitgedanken der Rechtsordnung

## 1. Gerechtigkeit

### FORSTMOSER, § 12 A.

"Die Gerechtigkeit ist ein absoluter Wert gleich dem Wahren, dem Guten, dem Schönen, also auf sich selbst gegründet und nicht von höheren Werten abgeleitet" (GUSTAV RADBRUCH, 1878 – 1949).  
"This is a court of law, young man, not a court of justice" (OLIVER WENDEL HOLMES, 1841 – 1935).

### 1.1 Was meinen wir mit "gerecht" bzw. "ungerecht"?

Manchmal sprechen wir mit "gerecht" bzw. "ungerecht" bloss die Übereinstimmung bzw. Nicht-Übereinstimmung mit dem geltenden Recht – dem Gesetz im materiellen Sinne – an. Beispiele: Der Richter, der einen angesehenen Politiker wegen Fahrens in angetrunkenem Zustand gleich streng verurteilt wie einen gewöhnlichen Menschen, handelt gerecht. Der Gemeinderat, der bei der Prüfung des Baugesuchs eines guten Steuerzahlers das eine oder andere Auge zudrückt, entscheidet ungerecht. Öfter geht es darum, ob ein rechtskonformer Entscheid bzw. die ihm zugrundeliegende Rechtsnorm



mit unserem Gerechtigkeitsempfinden übereinstimmt. Beispiel: Ist es nicht ungerecht, dass eine alleinerziehende Mutter von acht Kindern keinen Anspruch auf Arbeitslosen-Taggelder hat, weil sie aus eben dem Grund nicht vermittlungsfähig ist, dass sie auf ihre acht Kinder aufpassen muss? (Urteil des Bundesgerichts C.169/2002 [keine BGE-Publikation].) Einer analogen Bewertung unterliegen auch rechtspolitische Postulate (vgl. Beispiele unter nachfolgend Ziff. 1.2).

## 1.2 **Gerechtigkeit: eine universell anerkannte Leerformel?**

In jüngerer Zeit wurde die Erbschaftssteuer in mehr und mehr Kantonen (ganz oder teilweise) abgeschafft. Andererseits fordert die Sozialdemokratische Partei ihre Einführung als Bundessteuer. **DD** Diskussionsstoff: Ist die Erbschaftssteuer a priori ungerecht oder ist sie (wie ihre Befürworter sagen) die gerechteste aller Steuern?

Art. 119a Abs. 1 BV beauftragt den Bundesgesetzgeber, "Vorschriften auf dem Gebiet der Transplantation von Organen, Geweben und Zellen" zu erlassen. Laut Abs. 2 hat das betreffende Gesetz "Kriterien für eine gerechte Zuteilung von Organen" festzulegen. **DD** Diskussionsstoff: Auf welche Kriterien würden Sie als Gesetzgeber abstellen? Insbesondere: Sollen diejenigen Personen, welche sich für den Fall ihres Todes als Organspender zur Verfügung gestellt haben, im Falle, dass sie selber auf eine Organspende angewiesen sind, bevorzugt behandelt werden?

Die Beispiele zeigen, dass die Idee der Gerechtigkeit als "absoluter Wert gleich dem Wahren, dem Guten, dem Schönen" – im Unterschied etwa zum Anspruch auf rechtliches Gehör oder zum Verhältnismässigkeitsprinzip – keiner allgemeinen inhaltlichen Umschreibung zugänglich ist.

Evident ist auch ihre Relativität: kulturelle Unterschiede; Wandelbarkeit der Gerechtigkeitsvorstellungen. Beispiel zur letzteren:

Art. 328 ZGB in der bis Ende 1999 geltenden Fassung

<sup>1</sup> Verwandte in auf- und absteigender Linie und Geschwister sind gegenseitig verpflichtet, einander zu unterstützen, sobald sie ohne diesen Beistand in Not geraten würden.

<sup>2</sup> Geschwister können aber nur dann zur Unterstützung herangezogen werden, wenn sie sich in günstigen Verhältnissen befinden.

<sup>3</sup> Die Unterhaltspflicht der Eltern und des Ehegatten bleibt vorbehalten.

Art. 328 ZGB in der seit 2000 geltenden Fassung

<sup>1</sup> Wer in günstigen Verhältnissen lebt, ist verpflichtet, Verwandte in auf- und absteigender Linie zu unterstützen, die ohne diesen Beistand in Not geraten würden.

<sup>2</sup> Die Unterhaltspflicht der Eltern und des Ehegatten bleibt vorbehalten.

**DD** Diskussionsstoff: Worin unterscheidet sich die heutige von der früheren Fassung? Ist die neue Regelung gerecht?

## 1.3 **Gerechtigkeit und Gleichheit**

### 1.3.1 **Ausgleichende und austeilende Gerechtigkeit**

Diese Unterscheidung geht auf ARISTOTELES (384 – 322 v.Chr.) zurück.

Ausgleichende Gerechtigkeit (*iustitia commutativa*): absolute Gleichbehandlung (von Reich und Arm, Mann und Frau usw.). Beispiele: "Mann und Frau sind gleichberechtigt" (Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV). "In den Nationalrat, in den Bundesrat und in das Bundesgericht sind alle Stimmberechtigten wählbar" (Art. 143 BV). "Für Arbeitgeber und Arbeitnehmer dürfen keine verschiedenen Kündigungsfristen festgesetzt werden; bei widersprechender Abrede gilt für beide die längere Frist" (Art. 335a Abs. 1 OR).

Austeilende Gerechtigkeit (*iustitia distributiva*): relative Gleichbehandlung (ungleiche "Verteilung" nach gleichem Mass). Beispiel: Es gilt der "Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit" (Art. 127 Abs. 2 BV).

DD Diskussionsstoff: Busse wegen Geschwindigkeitsüberschreitung. Welches ist die gerechtere Lösung: gleiche Busse für gleiche Tat oder Abstufung nach dem Einkommen des Täters? (Vgl. Art. 34 StGB [Geldstrafe] und Art. 106 StGB [Busse] in der am 1. Januar 2007 in Kraft tretenden Neufassung [AS 2006 3459].)

DD Diskussionsstoff: Tarifgestaltung für einen kommunalen (subventionierten) Kinderhort. Welches ist die gerechtere Lösung: Einheitspreis (pro Zeiteinheit) oder Abstufung nach dem Einkommen der Eltern?

### 1.3.2 **Zum Rechtsgleichheitsgebot der Bundesverfassung**

Das in Art. 8 BV als Grundrecht verankerte Rechtsgleichheitsgebot kommt in den Vorlesungen zum Staatsrecht ausführlich zur Sprache. An dieser Stelle geht es lediglich darum, den Zusammenhang mit der Gerechtigkeitsidee herzustellen.

Art. 8 BV Rechtsgleichheit

<sup>1</sup> Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.

<sup>2</sup> Niemand darf diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung.

<sup>3</sup> Mann und Frau sind gleichberechtigt. Das Gesetz sorgt für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit. Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit.

<sup>4</sup> Das Gesetz sieht Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen der Behinderten vor.

Formel zum Rechtsgleichheitsgebot: Gleiches ist nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln.

DD Diskussionsstoff: Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines Besoldungssystems, das den Kindergärtnerinnen weniger Lohn zugesteht als den Primarlehrern. (Urteil des Bundesgerichts 2A.253/2002 [keine BGE-Publikation]; vgl. auch BGE 125 II 530.)

▮▮ Diskussionsstoff: Der Militärdienst ist für Männer obligatorisch und für Frauen freiwillig (Art. 59 Abs. 1 und 2 BV). Harmoniert das mit Art. 8 BV?

▮▮ Diskussionsstoff: "Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat Italien wegen verschiedener Museumstarife für ausländische und einheimische Touristen verurteilt" (NZZ vom 18./19. Januar 2003). Wäre es auch hierzulande unzulässig, von ausländischen Besucherinnen und Besuchern einen höheren Eintrittspreis zu verlangen als von schweizerischen?

## 1.4 Hinweise zur Verfahrensgerechtigkeit

Art. 29 BV Allgemeine Verfahrensgarantien

<sup>1</sup> Jede Person hat in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist.

<sup>2</sup> Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör.

<sup>3</sup> ...

Art. 32 BV Strafverfahren

<sup>1</sup> Jede Person gilt bis zur rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig.

<sup>2</sup> Jede angeklagte Person hat Anspruch darauf, möglichst rasch und umfassend über die gegen sie erhobenen Beschuldigungen unterrichtet zu werden. Sie muss die Möglichkeit haben, die ihr zustehenden Verteidigungsrechte geltend zu machen.

<sup>3</sup> Jede verurteilte Person hat das Recht, das Urteil von einem höheren Gericht überprüfen zu lassen. Ausgenommen sind die Fälle, in denen das Bundesgericht als einzige Instanz urteilt.

▮▮ Diskussionsstoff: Dass die Rechtsanwendung stets zu einem gerechten *Resultat* führt, ist ein nicht vollständig erreichbares Ideal. Gilt das in gleicher Weise auch für die Gerechtigkeit (Fairness) des *Verfahrens*?

## 2. Freiheit und Verantwortung

Vgl. FORSTMOSER, § 7 N 29-38, § 9 III. 8.

### 2.1 Öffentlichrechtliche Aspekte

#### 2.1.1 Grundrechte

Wesen und Inhalt der Grundrechte kommen in den Vorlesungen zum Staatsrecht ausführlich zur Sprache. An dieser Stelle geht es lediglich darum, den Zusammenhang mit den Leitgedanken Freiheit und Verantwortung aufzuzeigen.

##### a) Begriff und Verfassungsrang der Grundrechte

Mit "Grundrechte" bezeichnen wir grundlegende Rechte des Einzelnen gegenüber dem Staat, die durch Verfassungsrecht (BV, Kantonsverfassung) und/oder durch die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) bzw. durch eine andere internationale

Menschenrechtskonvention gewährleistet werden. (Einige Grundrechte stehen auch den juristischen Personen zu.)

▮▮ Diskussionsstoff: In BGE 126 II 300 hatte sich das Bundesgericht mit der Frage auseinanderzusetzen, ob der mit dem Liestaler Banntagschiessen, einem alten Brauch, verbundene frühmorgendliche Lärm mit dem durch Art. 10 Abs. 2 BV garantierten Recht auf körperliche Unversehrtheit vereinbar sei. Es befand (in E. 5), dafür komme es auf die Ausgestaltung des Lärmbekämpfungsrechts im Umweltschutzgesetz und in der zugehörigen Lärmschutzverordnung an. Diese Betrachtungsweise ist in der Doktrin auf Kritik gestossen. Warum?

#### b) Freiheitsrechte (ausgewählte Beispiele)

Art. 16 BV Meinungs- und Informationsfreiheit

<sup>1</sup> Die Meinungs- und Informationsfreiheit ist gewährleistet.

<sup>2</sup> Jede Person hat das Recht, ihre Meinung frei zu bilden und sie ungehindert zu äussern und zu verbreiten.

<sup>3</sup> Jede Person hat das Recht, Informationen frei zu empfangen, aus allgemein zugänglichen Quellen zu beschaffen und zu verbreiten.

▮▮ Diskussionsstoff: Schliesst die Meinungsäusserungsfreiheit auch das Recht ein, Unwahrheiten zu verbreiten?

▮▮ Diskussionsstoff: Gilt Art. 16 Abs. 2 BV auch für Staatsangestellte? Beispiel: Ein Offizier der Stadtpolizei übt öffentlich Kritik an der Absicht der städtischen Exekutive, die kriminalpolizeilichen Aufgaben an die Kantonspolizei abzutreten.

Art. 26 BV Eigentumsgarantie

<sup>1</sup> Das Eigentum ist gewährleistet.

<sup>2</sup> Enteignungen und Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, werden voll entschädigt.

▮▮ Diskussionsstoff: Inwiefern kennen wir eine Sozialbindung des Eigentums und damit eine Verantwortung des Eigentümers gegenüber der Allgemeinheit? Insbesondere: Welche Einschränkungen müssen die Eigentümer von Wald, von Land in der Landwirtschaftszone und von Land in der Bauzone entschädigungslos hinnehmen?

#### 2.1.2 Verantwortung als Thema der Präambel und der Allgemeinen Bestimmungen der BV

Aus der Präambel der BV: "Das Schweizervolk und die Kantone, in der Verantwortung gegenüber der Schöpfung, ... im Bewusstsein ... der Verantwortung gegenüber den künftigen Generationen ..."

Art. 6 BV (Sachüberschrift: Individuelle und gesellschaftliche Verantwortung): "Jede Person nimmt Verantwortung für sich selber wahr und trägt nach ihren Kräften zur Bewältigung der Aufgaben in Staat und Gesellschaft bei." ▮▮ Diskussionsstoff: Was ist die rechtliche Tragweite dieser BV-Bestimmung?

Art. 73 BV (Sachüberschrift: Nachhaltigkeit): Bund und Kantone streben ein auf Dauer ausgewogenes Verhältnis zwischen der Natur und ihrer Erneuerungsfähigkeit einerseits und ihrer Beanspruchung durch den Menschen andererseits an. **DD** Diskussionsstoff: In welchen Sachbereichen des Bundesrechts sollte diese Verfassungsbestimmung zum Tragen kommen?

## 2.2 Privatrechtliche Aspekte

### 2.2.1 Privatautonomie

Wie zuvor (insbesondere: Teil II., Ziff. 1.3) erläutert, besteht das Privatrecht grossenteils aus dispositiven Normen. **DD** Diskussionsstoff: Was ist hier der Zusammenhang mit der Freiheitsidee?

### 2.2.2 Persönlichkeitsschutz

#### a) Schutz der Persönlichkeit gegen Verletzung

Art. 28 ZGB

<sup>1</sup> Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, kann zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, das Gericht anrufen.

<sup>2</sup> Eine Verletzung ist widerrechtlich, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist.

Art. 28a ZGB

<sup>1</sup> Der Kläger kann dem Gericht beantragen: 1. eine drohende Verletzung zu verbieten; 2. eine bestehende Verletzung zu beseitigen; 3. die Widerrechtlichkeit einer Verletzung festzustellen, wenn sich diese weiterhin störend auswirkt.

<sup>2</sup> Er kann insbesondere verlangen, dass eine Berichtigung oder das Urteil Dritten mitgeteilt oder veröffentlicht wird.

<sup>3</sup> Vorbehalten bleiben die Klagen auf Schadenersatz und Genugtuung sowie auf Herausgabe eines Gewinns entsprechend den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag.

**DD** Diskussionsstoff: Beurteilung eines Cartoons von Nico (Folie) und eines BLICK-Aushanges im Lichte von Art. 28 ZGB. Welche Bedeutung kommt in einem solchen Zusammenhang dem Grundrecht der Meinungsäusserungsfreiheit zu?

#### b) Schutz der Persönlichkeit vor übermässiger Bindung

Art. 27 ZGB

<sup>1</sup> Auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit kann niemand ganz oder zum Teil verzichten.

<sup>2</sup> Niemand kann sich seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken.

E.T. (83, verwitwet, kinderlos) schliesst einen Erbvertrag mit ihrer Cousine C.T. (44, ledig): C.T. muss im Haus von E.T. wohnen und ihre Tante bis an deren Lebensende betreuen; im Gegenzug setzt E.T. ihre Cousine als Alleinerbin ein. Mit der Zeit wird C.T. die Betreuung zu mühsam. **DD** Diskussionsstoff: Darf C.T. den Dienst quittieren? Wenn ja: Geht sie ihrer Stellung als Alleinerbin verlustig? (Im Vertrag heisst es, dass

C.T. nur dann Alleinerbin wird, wenn sie ihre vertraglichen Pflichten bis zum Ableben von E.T. erfüllt; "andernfalls greift die gesetzliche Erbfolge Platz.")

### **3. Rechtssicherheit; Vertrauensschutz; Treu und Glauben**

**FORSTMOSER, § 12 N 103 f., § 12 C. II., § 20.**

#### **3.1 Rechtssicherheit**

##### **3.1.1 Rechtsetzung**

Das Rechtssicherheitsgebot verlangt nach Bestimmtheit der Rechtsnormen. Dennoch arbeitet das Gesetz manchmal mit unbestimmten Rechtsbegriffen wie beispielsweise dem "angemessenen Finderlohn" (Art. 722 Abs. 2 ZGB), dem Ortsgebrauch (Art. 684 Abs. 2 ZGB; vorn Teil II., Ziff. 1.2.1), oder den "wichtigen Gründen" zur Auflösung eines Mietvertrages (Art. 266g Abs. 1 OR; vorn Teil I., Ziff. 3.3). **DD** Diskussionsstoff: Warum?

##### **3.1.2 Rechtsanwendung**

Das Rechtssicherheitsgebot verlangt nach Konstanz der Rechtsprechung. Das schliesst aber eine Praxisänderung nicht aus. Es ist "den Behörden nicht verwehrt, eine bisher geübte Praxis zu ändern, wenn sie zur Einsicht gelangen, dass eine andere Rechtsanwendung oder Ermessensbetätigung dem Sinn des Gesetzes oder veränderten Verhältnissen besser entspricht. Eine solche Praxisänderung muss sich jedoch auf ernsthafte sachliche Gründe stützen können, die umso gewichtiger sein müssen, je länger die als nicht mehr richtig erkannte bisherige Praxis befolgt wurde" (BGE 127 I 49 E. 3c a.E.).

Beispiel zu "veränderten Verhältnissen": "Es lässt sich heute nicht mehr rechtfertigen, den amtlichen Rechtsvertretern bloss deren eigene Aufwendungen zu ersetzen; die Entschädigung für Pflichtmandate ist so zu bemessen, dass es den Rechtsanwältinnen möglich ist, einen bescheidenen (nicht bloss symbolischen) Verdienst zu erzielen" (Leitsatz zu BGE 132 I 201 E. 8).

#### **3.2 Vertrauensschutz**

Die Inhaberin einer Drogerie hat seit nun bald vier Jahren einen Angestellten. Bisher richtete sie ihm jeweils am Ende des Kalenderjahres nebst dem im Arbeitsvertrag vorgesehenen sogenannten 13. Monatslohn auch eine – im Arbeitsvertrag nicht erwähnte – Gratifikation aus. **DD** Diskussionsstoff: Steht ihm nun eine Gratifikation auch für das vierte Jahr (usw.) zu? (Vgl. BGE 129 III 276 E. 2).

Die in der kleinen Gemeinde W. wohnhafte und dort zur Schule gehende, 12-jährige Barbara B. besucht seit zwei Jahren in der grösseren Nachbargemeinde N. die interkommunale Musikschule, wofür ihre Eltern bisher Fr. 200.- pro Schuljahr zu bezahlen hatten. Das von ihnen seinerzeit bezogene (und inzwischen noch nicht überarbeitete) "Merkblatt der Musikschule" beziffert die Beiträge mit "Fr. 100.- – Fr. 300.-". Gemäss

einer Vereinbarung der beteiligten Gemeinden müssen nun aber die auswärtigen Schülerinnen und Schüler einen höheren Beitrag als die einheimischen entrichten. Deshalb erhalten Barbaras Eltern nach einem weiteren Schuljahr eine Rechnung über Fr. 400.- Sie akzeptieren das nicht und beschreiten den Rechtsweg. ►► Diskussionsstoff: Wie würden Sie den Streitfall entscheiden? (Vgl. Entscheid des Regierungsrates des Kantons Solothurn, RRB Nr. 1324 vom 6. April 1993).

### 3.3 Treu und Glauben, Rechtsmissbrauchsverbot

#### 3.3.1 Privatrecht

Art. 2 ZGB

<sup>1</sup> Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln.

<sup>2</sup> Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz

In einem Mietvertrag steht: Das Mietobjekt ist am Ende des Mietverhältnisses in sauber gereinigtem Zustand zurückzugeben. Kommt der Mieter dieser Verpflichtung trotz schriftlicher Mahnung nicht innert fünf Tagen nach, ist der Vermieter berechtigt, die Reinigung durch ein professionelles Reinigungsinstitut vornehmen zu lassen und die entsprechenden Kosten bei der Rückzahlung der vom Mieter geleisteten Kautions in Abzug zu bringen. ►► Diskussionsstoff: Steht dieses Recht auch einem Vermieter zu, der das betreffende Gebäude nach dem Auszug des Mieters abreißen lässt?

In einem Mietvertrag steht, dass die Kündigung der Schriftform bedarf (Gültigkeitserfordernis). Die Mieterin kündigt den Vertrag mündlich per Ende März. In der Folge inseriert der Vermieter das Mietobjekt mehrfach, doch findet er bis Ende März keinen neuen Mieter. Nun verlangt er von der Mieterin weitere Mietzinszahlungen; das Vertragsverhältnis bestehe nach wie vor. ►► Diskussionsstoff: Ist das Rechtsmissbrauch?

Die Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung (SR 814.01) verlangt eine solche (u.a.) für "Einkaufszentren mit mehr als 5000 m<sup>2</sup> Verkaufsfläche". Die SMAG stellt ein Baugesuch für ein Einkaufszentrum mit einer Verkaufsfläche von 4999 m<sup>2</sup>. ►► Diskussionsstoff: Ist das Rechtsmissbrauch?

#### 3.3.2 Öffentliches Recht

Art. 5 Abs. 2 BV: Staatliche Organe und Private [!] handeln nach Treu und Glauben.

Art. 9 BV: Jede Person hat Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden.

Was ist Willkür? Aus BGE 125 II 10 (E. 3a): "Willkür liegt nach der Rechtsprechung nicht schon vor, wenn eine andere Lösung in Betracht zu ziehen oder sogar vorzuziehen wäre. Das Bundesgericht weicht vom Entscheid der kantonalen Behörde nur ab, wenn dieser offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft."

Als Illustration: "Es verstösst gegen das Willkürverbot, einer Person die polizeiliche Abmeldung nicht zu bestätigen, weil sie offene Steuerschulden hat" (Leitsatz zu BGE 127 I 97). ►► Diskussionsstoff: warum?

Ein Rechtsanwalt stellt namens seiner Mandantin dem Regierungsrat des Kantons K. ein Gesuch um Zulassung einer neuen Lotterie. Der Regierungsrat kann sich zur Zeit nicht zu einer Entscheidung in der Sache (Gutheissung oder Ablehnung des Gesuchs) durchringen. Er beschliesst, das Verfahren vorderhand zu sistieren. Die Rechtsmittelbelehrung des betreffenden Beschlusses besagt, dieser könne "innert 20 Tagen seit Eröffnung" beim kantonalen Verwaltungsgericht angefochten werden. Der Anwalt erhebt innert dieser Frist Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Das Gericht tritt jedoch auf die Beschwerde nicht ein. Begründung: Der angefochtene Beschluss ist kein End-, sondern ein blosser Zwischenentscheid; die Frist für die Anfechtung von Zwischenentscheiden beträgt nach dem kantonalen Verwaltungsrechtspflegegesetz bloss 10 Tage; mithin wurde in casu die Beschwerdefrist nicht eingehalten. ►► Diskussionsstoff: Liegt hier ein Verstoß gegen Treu und Glauben vor?

Agenturmeldung (dpa) vom 18. Juli 2001: "In Griechenland dürfen nach einem neuen Gesetz nur noch Kapellen gebaut werden, deren Grundfläche weniger als 50 Quadratmeter beträgt. Das Parlament legte damit denjenigen Hausbesitzern das Handwerk, die in den vergangenen Jahren eine Gesetzeslücke ausgenutzt hatten. Wer in Griechenland eine Kapelle baut, wird nicht mit Steuern belegt. Laut Medienberichten seien aus diesem Grund Kapellen zu Luxusvillen umgebaut worden. 'Am Ende hatten wir regelrechte Villen, einige davon sogar mit Swimmingpool, und alles steuerfrei. Das soll ab sofort gestoppt werden', sagte ein Parlamentsabgeordneter." ►► Diskussionsstoff: Wie wäre das nach schweizerischem Recht zu beurteilen? Bedürfte es, um den Missbrauch zu stoppen, einer Gesetzesänderung oder nicht?

## 4. Verhältnismässigkeit und Interessenausgleich

FORSTMOSER, § 12 C. I. 2.

### 4.1 Verhältnismässigkeit

Das Verhältnismässigkeitsprinzip kommt in Vorlesungen zum Staatsrecht ausführlich zur Sprache. Hier geht es lediglich darum, zu verstehen, worum es dabei geht.

Aus Art. 5 BV (Sachüberschrift: Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns): "Staatliches Handeln muss ... verhältnismässig sein" (Abs. 2).

►► Diskussionsstoff: Der Betrieb einer Disco verursacht in den darüber befindlichen Wohnungen eine unzumutbare Lärmbelastung. Darf die für den Vollzug des Lärmbekämpfungsrechts zuständige Behörde die Disco schliessen?



## 4.2 Interessenausgleich und Interessenabwägung

Kleine Auswahl repräsentativer Gesetzesbestimmungen (zum Selbststudium):

- Art. 736 ZGB (betreffend die Grunddienstbarkeiten): Hat eine Dienstbarkeit für das berechnigte Grundstück alles Interesse verloren, so kann der Belastete ihre Löschung verlangen. Ist ein Interesse des Berechnigten zwar noch vorhanden, aber im Vergleich zur Belastung von unverhältnismässig geringer Bedeutung, so kann die Dienstbarkeit gegen Entschädigung ganz oder teilweise abgelöst werden.
- Art. 272 Abs. 1 OR: Der Mieter kann die Erstreckung eines befristeten oder unbefristeten Mietverhältnisses verlangen, wenn die Beendigung der Miete für ihn oder seine Familie eine Härte zur Folge hätte, die durch die Interessen des Vermieters nicht zu rechtfertigen wäre.
- Aus Art. 6 des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz (NHG; SR 451): Durch die Aufnahme eines Objektes von nationaler Bedeutung in ein Inventar des Bundes wird dargetan, dass es in besonderem Masse die ungeschmälerte Erhaltung, jedenfalls aber ... die grösstmögliche Schonung verdient. Ein Abweichen von der ungeschmälerten Erhaltung ... darf ... nur in Erwägung gezogen werden, wenn ihr bestimmte gleich- oder höherwertige Interessen von ebenfalls nationaler Bedeutung entgegenstehen.
- Art. 18c Abs. 2 NHG: Grundeigentümer oder Bewirtschafter haben Anspruch auf angemessene Abgeltung, wenn sie im Interesse des Schutzzieles die bisherige Nutzung einschränken oder eine Leistung ohne entsprechenden wirtschaftlichen Ertrag erbringen.
- Art. 11 Abs. 3 der Kantonsverfassung des Kantons Zürich: Menschen mit Behinderungen haben Anspruch auf Zugang zu öffentlichen Bauten, Anlagen, Einrichtungen und Leistungen. Entsprechende Massnahmen müssen wirtschaftlich zumutbar sein.

Vgl. ferner etwa Art. 340 f. OR betreffend arbeitsvertragsrechtlich begründete Konkurrenzverbote (Zulässigkeitsvoraussetzungen und Beschränkungen "nach Ort, Zeit und Gegenstand").

## 5. Zweckmässigkeit, Durchsetzbarkeit und Effizienz

**FORSTMOSER, § 12 C. I. und III., § 12 D., § 21 II.**

Das Thema Zweckmässigkeit als ein Ziel der Rechtsordnung (FORSTMOSER, § 12 C. I.) wird nachfolgend nicht aufgegriffen, und bezüglich der andern beiden Leitgedanken muss es hier mit einer punktuellen Behandlung sein Bewenden haben.

### 5.1 Durchsetzbarkeit

Wie zuvor (Teil III. Ziff. 1.2.2.) erläutert, ist die Durchsetzbarkeit ein Spezifikum der Rechtsordnung im Vergleich zu andern Sozialordnungen.

Privatrechtliche Verpflichtungen werden nicht stets erfüllt, öffentlichrechtliche Vorschriften nicht immer beachtet, und es geschehen Straf- und andere Untaten. Die Ver-

bindlichkeit des Rechts wäre illusorisch, wenn es keine Mechanismen zu seiner zwangsweisen Durchsetzung gäbe. ►► Diskussionsstoff: Was sind – in groben Zügen – diese Mechanismen?

Art. 34 Abs. 2 der Verkehrsregelnverordnung (VRV): Der Motor ist auch bei kürzeren Halten abzustellen, wenn dies das Wegfahren nicht verzögert. ►► Diskussionsstoff: Stellt der Umstand, dass dieser Vorschrift in keiner Weise Nachachtung verschafft wird (und dass sie selbst den Führern von Polizeifahrzeugen unbekannt zu sein scheint), ihre Verbindlichkeit und damit ihren Charakter als Rechtsnorm in Frage?

Art. 31 Abs. 5 VRV (Novelle vom 18. September 2001, in Kraft seit 1. Januar 2002): Die Ablendlichter oder die Tagfahrlichter sollen bei Motorfahrzeugen auch tagsüber eingeschaltet sein. ►► Diskussionsstoff: Ist das eine Rechtsnorm?

## 5.2 Effizienz

Ein effizienter Rechtsschutz verlangt nach Entscheidung innert nützlicher Frist. Art. 29 Abs. 1 BV: Jede Person hat in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist. Art. 6 Ziff. 1 EMRK (Sachüberschrift: Recht auf ein faires Verfahren): Jede Person hat ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird.

Aus einem Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 13. Juli 1983 (No. 8737/79, Zimmermann et Steiner c. Suisse): "La procédure litigieuse a duré trois ans et demi environ, pendant la majeure partie desquels la cause des intéressés demeura en veilleuse. Statuant à la lumière de l'ensemble des circonstances de l'espèce [Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht in einer enteignungsrechtlichen Streitsache], la Cour estime ce laps de temps excessif; les indéniabiles difficultés rencontrées par le Tribunal fédéral ne pouvaient plus alors être considérées comme transitoires, ni priver les requérants de leur droit au respect du 'délai raisonnable' ... Il y a donc eu violation de l'article 6 § 1."

# Teil V: Juristische Methode

## 1. Methodik der Rechtsanwendung

### FORSTMOSER, § 21 I.

Die Rechtsanwendung lässt sich strukturell als ein Syllogismus begreifen. Beispiel: Mündig ist, wer das 18. Lebensjahr vollendet hat (Art. 14 ZGB). Laura Y. ist 19 Jahre alt. Also ist Laura Y. mündig.

►► Diskussionsstoff: Konnten wir im Fall "FiaZ?" (Vgl. Einleitung, C. lit. b) Art. 91 Abs. 1 SVG in gleicher Weise *logisch* anwenden? Inwiefern nicht? Was bereitet bei der

Rechtsanwendung typischerweise Schwierigkeiten: das Auffinden der Rechtsnorm, der ihr zu subsumierende Sachverhalt oder die logische Schlussfolgerung?

▮▮ Diskussionsstoff: Der klassische Syllogismus lautet: Alle Menschen sind sterblich. Sokrates ist ein Mensch. Also ist Sokrates sterblich. Im Theaterstück "Die Nashörner" von Eugène Ionesco sagt der Logiker zum Älteren Herrn: "Ein anderer Syllogismus: Alle Katzen sind sterblich. Sokrates ist gestorben. Also ist Sokrates eine Katze." Das ist ein Fehlschluss – *warum?*

## 2. Auslegung

FORSTMOSER, § 19.

### 2.1 Grund der Interpretationsbedürftigkeit von Rechtssätzen

"Je näher man ein Wort ansieht, desto ferner sieht es zurück" (KARL KRAUS).

▮▮ Diskussionsstoff: Phänomen der Unschärfe oder sogar Mehrdeutigkeit von Worten und Sätzen (Beispiele "ad hoc").

### 2.2 Auslegung von gesetzlichen Bestimmungen

"We are under a constitution, but the constitution is, what the judges say it is" (CHARLES E. HUGHES [1862–1948, Richter am United States Supreme Court] in einer Schrift von 1908).

Die Auslegung will den *Sinn* des anwendbaren Rechtssatzes, die *ratio legis*, ermitteln.

#### 2.2.1 Beispiele interpretationsbedürftiger Gesetzesbestimmungen

Art. 276 Abs. 1 ZGB: Die Eltern haben für den Unterhalt des Kindes aufzukommen, inbegriffen die Kosten von Erziehung, Ausbildung und Kindesschutzmassnahmen.

▮▮ Diskussionsstoff: Ist unter "Ausbildung" auch ein Hochschulstudium zu verstehen?

Art. 667 Abs. 1 ZGB: Das Eigentum an Grund und Boden erstreckt sich nach oben und unten auf den Luftraum und das Erdreich, soweit für die Ausübung des Eigentums ein Interesse besteht.

▮▮ Diskussionsstoff: Braucht sich der Grundeigentümer den Überflug von Flugzeugen über sein Grundstück nicht gefallen zu lassen?

#### 2.2.2 Methodik der Auslegung

##### a) Übersicht über die vier wichtigsten Auslegungselemente

Grammatisches Element: Wortlaut der Bestimmung. Er ist immer der Ausgangspunkt der Interpretation.

Systematisches Element: Verständnis aus dem Zusammenhang heraus, in welchem die Bestimmung steht.

Teleologisches Element: erkennbarer Zweck der Bestimmung (quasi die gesetzliche Stossrichtung).

Historisches Element: Verständnis auf Grund der Entstehungsgeschichte der Bestimmung (Stichwort Gesetzesmaterialien).

#### b) Speziell zum teleologischen Element

"Massgebend ist nicht der Buchstabe des Gesetzes, sondern dessen Sinn, der sich namentlich aus den dem Gesetz zu Grunde liegenden Wertungen ergibt, im Wortlaut jedoch unvollkommen ausgedrückt sein kann" (BGE 128 IV 272 E. 2).

Ein kantonales Gesetz verpflichtet die Beamten (im weitesten Sinne des Wortes, also unabhängig von einem förmlichen Beamtenstatus) sowohl der kantonalen wie auch der kommunalen Verwaltung ausdrücklich auf die Einhaltung des Amtsgeheimnisses. Dessen Verletzung steht unter Strafe (Art. 320 StGB). Die Gemeindeverwaltung S. führt (unter Beizug eines privaten Labors) eine Untersuchung über die Qualität des Trinkwassers durch. Frau W., die davon gehört hat, ersucht den Gemeindegemeinschafter, ihr Einblick in den Untersuchungsbericht zu geben. Er lehnt das unter Berufung auf das Amtsgeheimnis ab. ►► Diskussionsstoff: Zu Recht oder zu Unrecht?

Das (heute nicht mehr geltende) Beamtengesetz des Bundes von 1927 sicherte den Staatsdienern für den Fall, dass sie invalid werden, die Fortzahlung des vollen Lohnes während zweier Jahre zu. Eine Kumulation mit Leistungen der Militärversicherung oder einer Unfallversicherung war ausdrücklich ausgeschlossen. Die Invalidenversicherung (IV) gab es im Jahre 1927 noch nicht. Bei deren späteren Einführung erfolgte keine Anpassung des Beamtengesetzes (vermutlich, weil die Frage nach dem Anpassungsbedarf gar nicht erkannt wurde). Im Jahre 1994 – noch unter der Geltung des Beamtengesetzes – hatte das Bundesgericht einen Fall zu entscheiden, in welchem ein invalid gewordener Bundesbeamter neben den Leistungen der IV den vollen Lohn für die beiden ersten Jahre seiner Behinderung beanspruchte. ►► Diskussionsstoff: Wie hätten Sie entschieden? (Das Urteil erging nicht einstimmig.)

### 2.2.3 Exkurs zum unbestimmten Rechtsbegriff

Aus Art. 305<sup>bis</sup> StGB (Geldwäscherei): 1. Wer eine Handlung vornimmt, die geeignet ist, die Ermittlung der Herkunft, die Auffindung oder die Einziehung von Vermögenswerten zu vereiteln, die, wie er weiss oder annehmen muss, aus einem Verbrechen herühren, wird mit Gefängnis oder Busse bestraft. 2. In schweren Fällen ist die Strafe Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder Gefängnis ... Ein schwerer Fall liegt insbesondere vor, wenn der Täter: *a.* als Mitglied einer Verbrechenorganisation handelt; *b.* als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Ausübung der Geldwäscherei zusammengefunden hat; *c.* durch gewerbsmässige Geldwäscherei einen grossen Umsatz oder einen erheblichen Gewinn erzielt.

►► Diskussionsstoff: Was ist ein grosser Umsatz, was ein erheblicher Gewinn, und wer entscheidet darüber letztlich?

Vgl. zum unbestimmten Rechtsbegriff auch vorn Teil IV. Ziff. 3.1.1.

## 2.3 Auslegung von privaten Willensäußerungen

Dieses Thema kommt in Vorlesungen zum Obligationenrecht ausführlich zur Sprache. Wir beschränken uns hier auf Prinzipielles und einzelne Argumente, welche für die Auslegung von Verträgen pertinent sein können.

N.B. Die nämlichen Argumente können eine Rolle auch bei der Auslegung gesetzlicher Bestimmungen spielen. Und umgekehrt kann ein zuvor unter dem Titel "Auslegung von gesetzlichen Bestimmungen" angesprochenes Auslegungselemente (sinngemäss) auch für die Interpretation einer Vertragsbestimmung bedeutsam werden.

### 2.3.1 Prinzipielles

►► Diskussionsstoff: Teufelsbrücke-Sage. Haben die Urner den Pakt mit dem Teufel erfüllt?

Grundsatz: Auslegung nach dem wirklichen (subjektiven) übereinstimmenden Willen der Parteien. Fehlt es daran, so orientiert sich die Auslegung am Vertrauensprinzip: Wie sind die Willensäußerungen objektiv zu verstehen?

Dr. Anna Wölflin studierte Pharmazie, arbeitete sieben Jahre als angestellte Apothekerin und eröffnete dann in Z. die Wölflin-Apotheke, die nun schon seit bald 25 Jahren besteht. A.W. hat fünf Angestellte, worunter Dr. Franz Reineke. Er stammt aus einer wohlhabenden Familie und schloss sein Pharmaziestudium vor vier Jahren ab. – A.W. leidet unter zunehmenden Hörbeschwerden. Sie will sich deshalb aus dem Berufsleben zurückziehen. Das fällt ihr allerdings schwer, denn die Apotheke ist, wie sie immer wieder sagt, ihr "Ein und Alles". – F.R. macht A.W. ein Kaufangebot. Zugleich fragt er sie, ob sie ihm gegebenenfalls (bei Annahme seiner Offerte) erlaube, den Namen des Geschäftes beizubehalten. A.W. bejaht dies und erklärt sich mit dem offerierten Kaufpreis (welcher ihre Erwartungen leicht übertrifft) einverstanden. – F.R. setzt einen Kaufvertrag auf, worin es unter anderem heisst: "Die Verkäuferin erlaubt dem Käufer, das Geschäft weiterhin unter dem Namen 'Wölflin-Apotheke' zu führen." Kurz nach Unterzeichnung des Kaufvertrages nimmt F.R. eine Umfirmierung auf "Reineke-Apotheke" vor. A.W. fällt aus allen Wolken. ►► Diskussionsstoff: Wie beurteilen Sie ihre Chancen, als Klägerin in einem Zivilprozess ein Urteil zu erstreiten, welches F.R. verpflichtet, das Geschäft – zumindest noch für eine bestimmte Zeit – als "Wölflin-Apotheke" zu führen?

### 2.3.2 Einige Argumente

#### a) Argumentum in maiore minus

Ein Mietvertrag erlaubt der Mieterin, auf eigene Kosten "alle Linolböden durch Parkett zu ersetzen." Linolböden finden sich im Entrée, im Wohnzimmer, im Esszimmer und in den drei Schlafzimmern (überall in gleicher Qualität und Farbe). ►► Diskussionsstoff: Die Mieterin möchte nun die Böden im Entrée sowie in den Schlafzimmern so belassen, wie sie sind, aber im Wohn- sowie im Esszimmer Parkett verlegen lassen. Sie argumentiert, wenn es ihr erlaubt sei, jeglichen Linolboden durch Parkett zu ersetzen,

stehe es ihr auch frei, bloss einen Teil der Linolböden durch Parkett zu ersetzen. Zu Recht?

b) Argumentum per analogiam

Die Benützungsordnung des Strandbades der Gemeinde Peran besagt (unter anderem), dass den Besuchern das Mitbringen von Hunden untersagt ist. Ein früherer Badmeister hatte den Standpunkt eingenommen, das gelte für ihn ("kein Besucher") nicht. Das veranlasste die zuständige Gemeinderätin, im Arbeitsvertrag des neuen Badmeisters festzuhalten, dass das Hundeverbot auch für ihn gilt. Er akzeptierte dies diskussionslos. Er und seine Ehefrau haben weder einen Hund noch eine Katze. Aber ihre 19-jährige Tochter hat zwei zahme Ratten. In den Sommerferien besucht die Tochter einen Spanischkurs in der Hauptstadt eines Landes, dessen Name sagt, wo es liegt. Um die (ziemlich verwöhnten) Ratten nicht allein zu lassen, nimmt der Badmeister sie zur Arbeit mit. ►► Diskussionsstoff: Welches Land ist gemeint? Nimmt die Gemeinderätin zu Recht den Standpunkt ein, das Hundeverbot gelte per analogiam auch für Ratten?

c) Argumentum e contrario

►► Diskussionsstoff: "Gopinath" (Folie)

### 3. Lückenfüllung

FORSTMOSE, § 15.

#### 3.1 Lückenfüllung im Privatrecht

Art. 1 ZGB

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

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Es folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.

Eine Regelung der Vertragsauflösung aus wichtigen Gründen findet sich unter anderem im Mietrecht (Art. 266g OR) und im Arbeitsvertragsrecht (Art. 337 OR), nicht dagegen in den OR-Bestimmungen zum Darlehen (Art. 312 ff. OR). ►► Diskussionsstoff: Hat man es insofern mit einer Gesetzeslücke im Sinne von Art. 1 Abs. 2 zu tun? (Bundesgerichtsurteil im Fall "Uriella").

►► Diskussionsstoff: Bedeutung von "Lehre" und "Überlieferung" (Art. 1 Abs. 3 ZGB).

#### 3.2 Zum Problem der Gesetzeslücke im öffentlichen Recht

Wer ohne Bewilligung eine Rodung vornimmt, wird von der zuständigen kantonalen Behörde zur Wiederaufforstung verpflichtet; siehe Art. 50 Abs. 2 des Bundesgesetzes

über den Wald (WaG; SR 921.0). Zur Frage der Verjährung dieser Wiederherstellungspflicht lässt sich dem WaG nichts entnehmen. ►► Diskussionsstoff: Liegt insofern eine – von den rechtsanwendenden Behörden zu schliessende – Gesetzeslücke vor?

In Art. 168 und Art. 188 BV finden sich Regeln betreffend die Wahl der Richterinnen und Richter des Bundesgerichts. Was dagegen die Abberufung eines Mitgliedes des Bundesgerichts betrifft, lässt sich weder der BV noch dem Bundesgerichtsgesetz etwas entnehmen. ►► Diskussionsstoff: Wie hat die Bundesversammlung vorzugehen, wenn sie einen Bundesrichter aus dem Amt entfernen will?

## Teil VI: Theorien des Rechts

Dieser Teil des Skriptums ist von lic. iur. Christoph Rohner, Assistent am Lehrstuhl Rausch, ausgearbeitet worden, der ihn auch in der Vorlesung behandeln wird.

### 1. Naturrecht und Positivismus

RÜTHERS, § 6 B X. und § 13 A - C.

#### 1.1 Naturrecht

Naturrecht als Gegenbegriff zum Positivismus. Naturrecht ist die Forderung nach einer Inhaltskontrolle des staatlichen Rechts: Es darf den fundamentalen Grundsätzen der Menschenwürde und der Gerechtigkeit – wie immer man diese Begriffe definieren mag – nicht widersprechen. Naturrechtliches Denken findet man schon in der Antike.

Im Verlaufe der Zeit sind verschiedene Naturrechte mit unterschiedlichen Ausprägungen vorherrschend gewesen. Wir unterscheiden zwischen anthropologischem Naturrecht, welches das Recht als etwas in der Natur des Menschen Gegebenes sieht (unter anderem vertreten durch Cicero, 106 v. Chr. – 43 v. Chr.), christlichem Naturrecht, welches das Naturrecht als göttliche Schöpfungsordnung sieht (geprägt durch Thomas von Aquin, 1225 – 1274), und rationalem Naturrecht, das Naturrecht als etwas nach der Vernunft zwingend Notwendiges sieht (Samuel Pufendorf, 1632 – 1694, war einer der prominentesten Vertreter dieses Vernunftrechts).

Ein weiterer wichtiger Name: Hugo Grotius (1583 – 1645), ein niederländischer Jurist und Diplomat. Obwohl im christlichen Naturrecht verwurzelt, begründete er das Naturrecht säkular. Ebenso wurde ihm gutgeschrieben, mit seinem Werk "De jure belli ac pacis" (1625) den Grundstein des Völkerrechtsgedankens gelegt zu haben.

Das Naturrecht feierte dann als Neonaturrecht in der Nachkriegszeit eine Art Renaissance, wo vor allem moderne völkerrechtliche Überlegungen im Vordergrund standen. Der naturrechtliche Gedanke entspricht auch heute noch einem Bedürfnis für Korrek-

turmöglichkeiten des positiven Rechts. In diesem Sinne wird ein "wahres" oder "gerechtes" Recht angestrebt, das durch das positive Recht nicht immer gewährleistet ist.

Schwierigkeiten in der Umsetzung des Naturrechts bereitet die Frage, wem die Kompetenz zusteht, den Inhalt des Naturrechts zu bestimmen. Auch könnte man in einer nüchternen Betrachtungsweise zum Schluss kommen, dass Naturrecht vom Glauben an eine höhere Macht abhängt und somit in einem konfessionell neutralen Staat gar keinen Platz hat.

▮▮ Diskussionsstoff: Hätte Robinson Freitag töten dürfen (vgl. Teil III. Ziff. 1)?

## 1.2 Positivismus

"Das Gesetz gilt, weil es Gesetz ist" (Rüthers, S. 188). Das Gesetz begründet und legitimiert sich also selbst, so das Credo der Vertreter des Rechtspositivismus.

Diese Ende des 19. Jahrhunderts stark aufkommende Rechtstheorie wurde unter anderem prominent von Hans Kelsen (1881 – 1973) vertreten. Er vertritt in seiner "Reine[n] Rechtslehre", dass durch den Stufenbau des Rechts jede Norm auf eine höhere Norm zurückgeführt werden kann. Doch weshalb gilt die Verfassung (als höchste Norm innerhalb eines Rechtsstaates)? Kelsen löst das Problem mit einer Fiktion: Durch die Verbindlicherklärung der Verfassung wird nämlich die fiktive Grundnorm "Die Verfassung gilt" geschaffen.

Im Positivismus wird der Allmacht des Staates die ganze Normsetzungskompetenz unterstellt. Alles gesetzte Recht gilt. Recht wird nicht auf seine Richtigkeit hinterfragt und wird so zur eigentlich wertungsfreien Materie.

Die Erfahrungen mit Unrechtsregimes haben gezeigt, dass Gesetze auch verbrecherischen Inhalt haben können. Dies wird durch die Übermacht position des Inhabers der staatlichen Gewalt möglich, der nicht zwingend auch im Sinne der Gerechtigkeit handeln muss. Die Gefahren des rechtspositivistischen Denkens wurden durch Missbräuche im nationalsozialistischen Deutschland offenkundig. Gustav Radbruch (1878 – 1949), selbst ein grosser Anhänger des Rechtspositivismus, entwickelte darauf die "Radbruchsche Formel", die besagt, dass die durch das positive Recht verbürgte Rechtssicherheit gegenüber der Gerechtigkeit zurücktreten muss, wenn dadurch unerträgliches Unrecht verhindert werden kann.

## 1.3 Spannungsverhältnis Naturrecht – Positivismus

- Fall "Joseph Spring" (BGE 126 II 145).
- "Mauerschützenurteil" (BVerfGE 95, 1997, 96 ff.).
- "Folterverbot" (Art. 3 EMRK, Art. 10 Abs. 3 BV).
- "Naturrechtspositivismus"



## 2. **Begriffsjurisprudenz und Interessenjurisprudenz**

FORSTMOSER, § 1 III. 1, und RÜTHERS, § 12 C., bzw. FORSTMOSER, § 1 III. 3, und RÜTHERS, § 15 A und B I. – III.

### 2.1 **Begriffsjurisprudenz**

Die Begriffsjurisprudenz entwickelte sich aus der historischen Rechtsschule heraus, welche besagt, dass das Recht sich mit dem "Volksgeist" weiterentwickelt. In einer Zeit, in der die Wissenschaften sich rühmten, alles mit mathematischen Formeln beschreiben zu können, war diese Erkenntnis nicht mehr länger befriedigend. Georg Friedrich Puchta (1798 – 1846) machte sich deshalb daran, auch in der Jurisprudenz Methoden, wie sie aus der Naturwissenschaft bekannt sind, einzuführen. Er arbeitete mit dem Model einer Begriffspyramide, bei der die "Rechtsidee" zuoberst stand und sämtliche weitere Begriffe streng logisch daraus abgeleitet wurden. Die Vertreter der Begriffsjurisprudenz setzten sich vor allem für logische Herleitungen und stringente Begründungen ein, ohne dabei die Richtigkeit ihres hergeleiteten Resultats zu überprüfen.

Dazu auch Fall "FiaZ?" (Vgl. Einleitung, C. lit. b; Art. 91 Abs. 1 SVG), bei dem sich die Vertreter der Begriffsjurisprudenz wohl für Straffreiheit des betrunkenen Beifahrers aussprechen würden (frei nach dem Motto: Wenn die Methode logisch einwandfrei ist, muss auch das Resultat stimmen).

### 2.2 **Interessenjurisprudenz**

Die Interessenjurisprudenz ist als Gegenbewegung zur Begriffsjurisprudenz zu verstehen. Es wurde erkannt, dass das Recht nicht aus sich selbst heraus immer einwandfrei richtig ist, sondern dass es einen äusseren Einfluss braucht, d.h. dem Recht müsse ein Auftrag eingegeben werden. Das Recht müsse einen (oder mehrere) Zweck(e) erfüllen, die von Aussen zu bestimmen sind. Die Begriffsjurisprudenz hingegen wurde als Weltfremde Konstruktionsjurisprudenz beschimpft. Rudolf v. Jehrings (1818 – 1892), in jungen Jahren selbst ein Anhänger Puchtas, tat dies an vorderster Front. Das Recht müsse allgemeine, aber auch individuelle Interessen vertreten, war eines seiner Postulate.

Philipp Heck (1858 – 1943), ein weiterer wichtiger Vertreter der Interessenjurisprudenz, vertrat 1932 in seinem Werk "Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz" die Meinung:

"Wir arbeiten nicht, um das Prädikat 'Wissenschaft' zu erhalten, sondern um dem Leben zu dienen" (S. 24).

Obwohl sich die Interessenjurisprudenz durchaus zur Instrumentalisierung geeignet hätte, fand diese im nationalsozialistischen Deutschland nur wenig Zustimmung, da sie zu wertneutral und individualistisch war und kein klares Bekenntnis zum völkischen Denken enthielt.

### **3. Weitere Theorien**

#### **3.1 Ökonomische Analyse des Rechts**

**FORSTMOSER, § 11 B. II.**

Bei der Ökonomischen Analyse des Rechts handelt es sich um eine in den Sechzigerjahren aufgekommene Theorie des Rechts. Es waren v. a. Amerikaner (wie z.B. Richard A. Posner von der University of Chicago), die unter dem Titel "Law and Economics" versuchten, das Recht aus volkswirtschaftlicher Sicht zu betrachten. Die Vertreter der Ökonomischen Analyse betonten, dass reine Umverteilungstransaktionen wenig sinnvoll sind, wenn sie nicht zusätzlich auch noch einen Nutzen für die Gesamtwirtschaft mit sich bringen.

Beispiele: Anti-Rassendiskriminierungsgesetze, Haftpflichtrechtsnormen.

#### **3.2 Systemtheorie**

Die Systemtheorie ist eine umfassende Gesellschaftstheorie, die v. a. von Niklas Luhmann (1927 – 1998) entwickelt und vertreten wurde. Sie beschreibt Recht als eines der sozialen Systeme der Gesellschaft. Die Systemtheorie grenzt sich durch seine Leitunterscheidung "Recht – Unrecht" scharf von anderen Systemen (wie beispielsweise Politik, Wirtschaft und Religion) ab. Dabei werden Wechselwirkungen zwischen dem Recht und anderen Systemen beobachtet und analysiert.

Vgl. auch Website von Prof. M. T. Fögen , Rechtstheorie, SS 2005, "Einige Grundlagen ...", wo man reihenweise Luhmann-Zitate findet.

#### **3.3 Recht als Naturphänomen?**

Auch in der Natur findet man Parallelerscheinungen zum System des Rechts. So kann man beispielsweise auch das Körpersystem bei Tier oder Mensch mit einem Rechtssystem vergleichen, wobei das Gehirn eine hoheitliche Instanz bildet, welche die Handlungen des Körpers erlaubt oder verbietet und wenn nötig blockieren kann.

Weitere Gedanken zum Recht als Naturphänomen finden sich auf der Website von Prof. D. Dürr.

\*\*\*

**Hinweise betreffend "Teil VII: Technik des juristischen Arbeitens"**

Aus zeitlichen Gründen konnte dieser letzte Teil in der Vorlesung nicht mehr behandelt werden.

Ausführungen dazu finden Sie bei P. FORSTMOSER in § 2 ("Die Arbeitsweise und die Hilfsmittel des Juristen").

Im kommenden Sommersemester führt Prof. H. Rausch zusammen mit Prof. A. Griffel unter dem Titel "**Verfassen juristischer Texte – Regeln des wissenschaftlichen Arbeitens, Sprache und Stil**" ein Kolloquium durch, an dem auch Studierende im 2. Semester teilnehmen können. Durchführungsdaten:

Mittwoch, 23. Mai am Nachmittag

Samstag, 2. Juni am Morgen

Mittwoch, 6. Juni am Nachmittag

Mittwoch, 13. Juni am Nachmittag