



Zusammenfassung

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

Einführung in die Rechtswissenschaft

1. Wesen und Funktion des Rechts

Wir Menschen werden quasi in das Rechtssystem hineingeboren. Wir wissen, was „recht“/„gerecht“ ist, weil es uns von Familie etc. vermittelt und mitgegeben wird. Wir leben nach den Normen, ohne diese wortwörtlich zu kennen (Laien versus Expertenwissen).

Was ist Recht?

Es gibt keine allg. anerkannte Definition von „Recht“ (generell), sondern viele verschiedene Umschreibungen (siehe Kant „Die Metaphysik der Sitten“, s.16 Skript). Es gibt viele vers. Definitionen, weil diese stark von der Disziplin, der Kultur, der sozioökonomischen Verhältnissen, des Zeitpunktes (Jh.), etc. abhängig sind.

Was ist Recht im Sinne von Merkmalen? Wesensmerkmale des Rechts:

a) Sollensnormen (normativ vs. deskriptiv, „Sollen“ vs. „Seienden“)

Normativ: Das Recht schreibt uns vor, wie wir uns zu verhalten haben vs. Deskriptiv: Die Naturwissenschaft beschreibt Naturgesetze. Rechtsgesetz vs. Naturgesetz.

Der Ausgangspunkt muss der menschliche Wille sein.

- Der Schluss vom „sein“ auf „sollen“ (und vice versa) ist im Recht unzulässig. Nur weil etwas Sachlage ist, muss es keine Norm dazu geben. Bsp: Nur weil es auf einem Schild 120km/h Höchstgeschwindigkeit heisst, fahren bei weitem nicht alle Menschen mit 120km/h.
- Normative Aussagen können nicht als „wahr“ oder „falsch“ kategorisiert werden. Eine Norm kann „verfehlt“ oder „nicht zweckmässig“ sein.
- Bei dem Rechtsgesetz gibt es keine Falsifikationen. Nur weil wir beobachten, dass sich nicht alle Leute an die Normen halten, verliert sie nicht an Bedeutung.
- Rechtsgesetze sind weder universal noch zeitlos. Gesetze sind gesellschaftlich und politisch gebunden und gelten i.d.R. fürs „jetzt“.
- Das Recht richtet sich an einen Adressaten (Person, die handlungs- und urteilsfähig ist und über einen Willen verfügt).
- Das Recht ist in die Zukunft gerichtet (das Recht muss vorher bekannt sein). Art. 2 StGB. Im Recht gilt das Rückwirkungsverbot (mit Ausnahmen: Im Falle milderer Strafe im StGB – Lex Mitior).

b) Heteronome Verbindlichkeit

Das Recht wird fremdbestimmt (heteronom vs. autonom), d.h. es wird uns vorgegeben. Das Rechtsgesetz ist also keine Empfehlung oder Richtlinie, sondern unterliegt Verbindlichkeit.

c) Durchsetzbarkeit

- Zwang: Durch Organe, die dafür sorgen, dass das Recht auch umgesetzt/eingehalten wird (öff. Sicherheitsorgane (Polizei etc.), Gerichte, Verwaltung)
- Präventiv vs. Repressiv
- Spezialprävention (auf Privatpersonen abzielend) vs. Generalprävention (auf die allg. Gesellschaft abzielend)

Lex Imperfecta (leges imperfectae): Unperfekte Norm = Normen, die keine Rechtsfolge vorsehen. z.B. „Baden verboten“. Hier steht zwar geschrieben, was verboten ist, nicht jedoch, was bei Missachtung geschieht.

Warum ist die Rechtsfolge nicht aufgeführt? Die Rechtsfolge ist in einer anderen Verordnung geregelt (z.B. im Naturschutzgesetz des Sempachersees).

d) Generellheit und Abstraktheit

Die Normen gelten für die Allgemeinheit, d.h. das Recht zielt nicht auf eine bestimmte Person zu einem bestimmten Zeitpunkt ab (= individuell konkreter Fall). Wir haben deshalb den Anspruch, die Normen möglichst allgemein zu formulieren. Dies kann aber zu Schwierigkeiten führen, das Recht auch anzuwenden (da zu allgemein formuliert).

Bsp:

50km/h in Ortschaften

80km/h ausserhalb von Ortschaften, ausgenommen auf Autobahnen

100km/h auf Autostrassen

120km/h auf Autobahnen

Es gibt Einzelfallgesetzgebung, aber dies ist eher selten. Grundsätzlich sollte das Recht generell abstrakt sein.

e) Staatlichkeit

Die Staatlichkeit ist kein wesentliches Merkmal des Rechts, denn es gibt viele Rechtsgebiete die nicht vom Staat gesetzt werden (z.B. Privatrecht - bei Vertragsabschluss sind Private involviert). Die Durchsetzung des Rechts wird aber durch den Staat gewährleistet und das Recht wird auf Gemeinde- Kantons- und Staatsebene erlassen.

1.1. Bedeutung von Recht

Objektives – subjektives Recht

Objektives Recht (law): Betrachtet die Rechtsslage gesamthaft. Gesetze, wie sie im Gesetzbuch stehen.

Subjektives Recht (right): Rechtsanspruch, persönliches Recht, Interesse durchsetzen

z.B. Der Anspruch auf Schadenersatz (subjektiv) ist im Gesetz so niedergelegt (objektiv). Im Regelfall decken sich objektives und subjektives Recht.

Im Natur- und Heimatschutz fallen diese beide Bereiche nicht zusammen, denn es gibt niemanden, der einen Rechtsanspruch hätte (z.B. Durchsetzung von Nutzungsanspruch in einem Naturschutzgebiet – niemand kann diesen Anspruch subjektiv für sich beanspruchen!).

Positives Recht

Positiviertes, gesetztes Recht. Alles Recht, das in den Gesetzbüchern durch das zuständige Organ niedergelegt ist.

De lege lata – de lege ferenda

De lege lata = Geltendes Recht, geltende Rechtsslage, was derzeit gilt → Recht

De lege ferenda = Verbesserungsvorschläge für das geltende Recht → Rechtspolitik

1.2. Recht und andere normative Ordnungen

Es gibt noch weitere Sollensnormen, die nicht Gegenstand des Rechts sind:

- **Sitte, Brauch (gelten nicht universell!)**
 - Tradition, gesellschaftliche Konventionen, Mode

→ Fehlverhalten hat zwar keine rechtlichen Konsequenzen, führt jedoch zu gesellschaftlichen Sanktionen
(siehe auch Art. 20 Abs. 2 OR – Nichtigkeit „Ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder *gegen die guten Sitten* verstösst, ist nichtig.“
- **Moral (gilt universell)**
 - Verhältnis Recht – Moral
 - Freiwilligkeit, Motivation, Theorien

→ Die Ansprüche an die Moral sind wesentlich höher als diejenigen an die Sitte. Bei der Sitte handelt es sich um „Gewohnheit“, bei der Moral um „Bewusstsein einer Handlung“. Die Moral setzt Motivation voraus. Verstösst man gegen die Moral, so hat dies oft ein schlechtes Gewissen zur Folge → Zwangscharakter!
Recht und Moral unterscheiden sich durch die Freiwilligkeit – genau aus diesem Grund benötigen wir das Recht, denn nicht alle Menschen haben dieselbe Vorstellung von Moral.
- **Religion**
 - Hat am meisten Ähnlichkeit mit dem Recht in Bezug auf den Zwang. Verstösst man gegen die Religion, so begeht man eine „Sünde“.
- **Spielregeln (siehe Seiler)**

2. Funktionen des Rechts

- **Friedensordnung (Hobbes, „Leviathan“)**
 - Das Recht dient dazu, dass wir in Frieden miteinander leben können.
- **Legitimation staatlicher Herrschaft (Legitimationsprinzip)**
 - Das Recht gibt dem Staat Schranken vor. Die Behörde darf nur aufgrund rechtlicher Grundlage handeln, d.h. es muss explizite Normen geben.
- **Rechtssicherheit / Erwartungssicherheit**
 - Das Recht muss uns Sicherheit geben, damit unser Zusammenleben funktioniert. Wir müssen uns darauf verlassen können, dass sich alle anderen auch an das Recht halten. Dies ist nur möglich, wenn sich das Recht nicht tagtäglich verändert.
- **Vereinfachung (Komplexitätsreduktion) / Entlastung / Schematisierung**
 - Man fasst die Vielfalt der verschiedenen Sachverhalte in generell abstrakten Normen zusammen. Es kann durch diese Vereinfachung dazu kommen, dass Einzelpersonen benachteiligt werden – die Rechtsordnung ist typisiert, d.h. schematisiert. (z.B. „Volljährigkeit = 18 Jahre“; ganz egal, ob ein Jugendlicher mit 16 Jahren schon reif ist!). Dies führt auch zu einer Entlastung der Gerichte.
- **Steuerung**
 - Dem Menschen wird vorgegeben, wie er sich zu verhalten hat. Wir werden sowohl individuell als auch kollektiv gesteuert. Wir merken diese Steuerung v.a. dort, wo sich die Mehrheit der Menschen nicht an die Normen halten.

- **Integration**
 - o Die Bürger fühlen sich einander näher (in den US z.B. sehr extrem durch die Verfassung).
- **Freiheitssicherung**
 - o „Die Freiheit des einen endet dort, wo die Freiheit des anderen beginnt.“ Wir versuchen, die Freiheitsbereiche abzugrenzen, d.h. eine geregelte Ausübung von Freiheitsrechten sicherzustellen und nicht Freiheit im absoluten Sinn durchzusetzen. Jeder soll – mit Grenzen – seine Freiheit erhalten und ausleben dürfen. Das Recht hat die Aufgabe, die indiv. Freiheiten zu schützen. Es schützt aber gewisse Freiheiten stärker als andere z.B. hinsichtlich Personen, die besonders schutzbedürftig sind (z.B. Minderjährige, Mieter etc.).
- **Gemeinwohlförderung (öffentl. Interesse)**
 - o Das Wohl aller soll im Vordergrund stehen und durch das Recht verfolgt werden. Dazu gehören Polizei, Verwaltung, ÖV, etc. Diese öffentl. Aufgaben sind den privaten Aufgaben i.d.R. übergeordnet.

2.1 Recht und andere Systeme

2.1.1 Systemtheorie Luhmann

Rechtssystem als gesellschaftliches Subsystem. Luhmann sieht die Gesellschaft als ein System mit vielen Untersystemen (Subsysteme) – Wirtschaftssystem, kirchliches System, Rechtssystem etc.

Nach seiner Theorie befinden sich diese Systeme alle auf derselben Ebene (gleichgeordnet), d.h. das Rechtssystem hat keine Vorrangstellung.

Des Weiteren sagt Luhmann, dass alle Systeme auf ihrer eigenen Fachsprache (Code) beruhen. Wir können die Subsysteme nur verwenden, wenn wir den Code (Fachsprache) berücksichtigen und verstehen. In der Gesellschaft befindet man sich meist in verschiedenen Systemen (Wechselwirkung).

Bsp.: Aus wirtschaftlicher Sicht (wirt. Subsystem) ist der Einbau von Partikelfiltern (aufgrund Emission) nicht vorteilhaft. Das Subsystem Recht hat aber eine Norm erlassen, die den Einbau voraussetzt. Der Einbau wird jetzt wahrscheinlich erfolgen, wenn der Schaden durch die Rechtsverletzung grösser ist, als die Folgen des Einbaus (Kosten).

2.2.2 Recht und Politik

Recht als Produkt und Schranke der Politik. Die eine Seite besagt, dass das Recht aus der Politik entspringt. Die andere Seite besagt, dass das Recht die Politik sehr wohl auch beschränkt, indem sie der Politik den Rahmen des Machbaren vorgibt → Wechselwirkung Recht – Politik

2.2.3 Recht und Wirtschaft

Ökonomische Analyse des Rechts.

Beim Erlass einer Norm fragen wir uns, was der Vollzug dieser Norm kostet. Und, ob wir mit dem Recht wirklich die Ergebnisse erzielen können, die uns vorschweben. Ist eine Norm ökonomisch sinnvoll?

2.2.4 Recht und Religion

Seit der französischen Revolution sind die beiden Bereiche getrennt. Sie behandeln z.T. gleiche Bereiche (z.B. Scheidung), ohne sich dabei in die Quere zu kommen. Ihre Anschauungen können aber auch kontrovers sein (Kirchenasyl vs. Ausschaffung von Ausländern).

3. Legitimitätsgrundlage

- Empirische Gültigkeit: Warum halten sich die Menschen an die Regel X? – Interessiert uns nicht!
- Normative Gültigkeit: Warum gilt eigentlich Recht? – Dies ist in unserem Fall von Interesse!

3.1 Kleine Rechtsgeschichte - Wie ist das Recht entstanden?

3.1.1 Archaische Gesellschaftsordnungen

Einheit von Recht, Sitte, Religion

Das Recht hat sich entwickelt aus der Notwendigkeit ein geregeltes Zusammenleben zu haben, man denke da z.B. an die Ressourcennutzung. Diese Regelungen wurden nicht niedergeschrieben. Jeder wird in eine Struktur hineingeboren; unreflektiertes Übernehmen von Verhaltensweisen.

3.1.2 Frühe vorderorientalische Hochkulturen

Codex Urnammu, Codex Hammurabi

Es gab einen Monarchen, der von Gott beauftragt wurde die Menschen zu regieren. Diese Beauftragung „durch Gottes Gnaden“ bildet die Legitimitätsgrundlage. Diese Codex repräsentieren die ersten niedergeschriebenen Gesetze.

3.1.3 Griechenland

Staats- und Rechtsphilosophie: Platon („Politeia“, „Nomoi“), Aristoteles (zoon politikon).

Aristoteles sagt, dass der Mensch von Natur aus ein politisches Lebewesen (zoon politikon) ist und dass er deshalb nach einem Staat (staatl. Gemeinschaft) strebt. Ein Mensch, der der Polis nicht bedarf sei entweder ein Tier oder ein Gott (→ Antithese zu Hobbes).

Er hat schon zw. Naturrecht (Recht, das aus der Natur abgeleitet wird) und positivem Recht (Recht, das vom Staat abgeleitet wird) unterschieden.

3.1.4 Römisches Recht (bedeutendster Punkt)

Es gibt historisch zwei Abschnitte:

- 12-Tafel-Gesetze (lex, plebiscitum, senatus consulta; edicta; responsa)
450 v. Chr.; Der Kaiser hat begonnen, das Gewohnheitsrecht und die Richtersprüche zusammenzutragen. Man hat formell positives Recht erlassen.
Edicta: Richterliche Rechtssprüche, die niedergeschrieben und in die Rechtssammlung aufgenommen wurden → Umwandlung in positives Recht.
Responsa: Berühmte Juristen, die Fälle entschieden bzw. Gutachten geschrieben haben, die schließlich veröffentlicht wurden.
- Corpus iuris civilis (Institutiones, Codex Justinianus, Digesta)
Ca. 530 n. Chr.; Der Kaiser Justinian hat dieses Rechtswerk in Kraft gesetzt auf welches unser heutiges Zivilrecht zurückgeht.
Institutiones: Lehrbuch
Codex Justinianus: Rechtssprüche des Justinianus
Digesta: Sammlung von Juristenrecht

Staats- und Rechtsphilosophie: Cicero, Augustinus („De civitate dei“)

3.1.5 Mittelalter

Das Germanische Stammesrecht und das Römische Recht treffen aufeinander

- Rechtsbücher: „Sachsenspiegel“ von Eike von Repgow, ca. 1200, „Schwabenspiegel“, Magdeburgerrecht → Aufzeichnungen des Stammesrechts von privaten Personen
- Weistümer
- Kirchenrecht (in lateinischer Sprache)

Ab dem 12 Jh. Kennen wir juristische Schulung an Universitäten. Bologna ist die älteste Universität. Es wurde begonnen, das Recht *nach römischem Recht* zu lehren.

Die zwei bedeutendsten Lehrer der Rechtswissenschaften waren:

- Bartolus
- Baldus

Sie haben den Lehrenden die Texte übersetzt und Glossen verfasst, d.h. sie haben zu den Normen Anmerkungen gemacht. Deshalb bezeichnet man sie auch als „Glossatoren“.

Die Studienabgänger haben ihr Wissen daraufhin weitergegeben → Rezeption des Römischen Rechts; *ius commune* – Verteilung und Durchsetzung des römischen Rechts über das Studium an der Universität und durch Rückkehr der Studenten.

Das römische Recht hat vor allem Europa erreicht, nicht aber GB, CH Alpenregion, Skandinavien → dort gilt immer noch das germanische Recht.

3.1.6 Absolutismus

Das Recht gilt, weil es vom König erlassen wurde. Dies wird nicht hinterfragt, weil der König durch Gottes Gnaden ernannt wurde. Es gibt neu grosse Territorialstaaten, die mit Hilfe einer Verwaltung regiert werden mussten (Verwaltungsrecht).

Bodin: („Les six livres de la Republique“) – Souveränität definiert sich. Der Staat ist die oberste Gewalt über alle Bürger.

3.1.7 Aufklärung

Das Recht gilt, weil es der menschlichen Vernunft entspringt. Der Mensch erkennt die Natur und definiert dementsprechend Gesetze → wichtiger Paradigmawechsel! Legitimationsgrundlage ist nicht mehr der König oder Gott!

- Staatstheorie: Gesellschaftsvertrag – Hobbes („Leviathan“), Locke („Two Treaties of Government“), Rousseau („Du contrat social“).

Hobbes: Der Mensch ist von Natur aus gewalttätig und böswillig. Ohne Rechtsordnung/Gesellschaftsvertrag herrschte ständiger Krieg aller gegen alle. Die Menschen schliessen sich beim Gesellschaftsvertrag zusammen und unterwerfen sich gleichzeitig dem Staat.

Locke: Der Mensch hat angeborene Rechte. Das Ziel des Gesellschaftsvertrages soll nicht sein, sich dem Herrscher zu unterwerfen, sondern die Rechte des Einzelnen (Freiheitsrechte, Eigentumsrechte) zu schützen. Sobald diese Rechte angetastet würden, würde das System illegitim.

→ Gesellschaftsvertrag mit anderen Voraussetzungen!

Rousseau: Der Urmensch ist friedlich, lebt für sich allein und unabhängig (nicht wie bei Hobbes bössartig). In dem Moment, in welchem die Menschen beginnen, Eigentum zu bilden, kommt es zu Abhängigkeiten, die durch den Gesellschaftsvertrag überwunden werden müssen. Die Summen aller Einzelwillen ist der Gemeinwille, welchem sich die Bürger im Rahmen des Gesellschaftsvertrag unterwerfen (→ Keine Unterwerfungsvertrag! → Beginn einer demokratischen Staatsform)

- Vernunftrecht: Pufendorf, Thomasius, Wolff
Das Recht entspringt aus der Vernunft. Es gilt, weil es vernünftig ist (Legitimierung) und nicht, weil es vom Staat oder Herrscher gesetzt wurde.
- Kodifikationen: ALR, ABGB, Code Civil
Kodifikation Ende 18 Jh.: Rechtsnormen werden zu ganzen Systemen zusammengefasst. Früher wurde dies noch von Privatpersonen gemacht (Sachsenspiegel z.B.). Im Absolutismus wird dies von der Obrigkeit oder dem aufgeklärten Monarchen (noch absolutistisch herrschend, z.B. Josef II) gemacht. Ziel: Einheitlich klares Recht.
 - Allgemeines Landesrecht für die preussischen Staaten (ALR)
 - 1804 Code Civil in Frankreich
 - 1811/1812 Allgemein Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) – gilt bis heute in OE oder Liechtenstein

Die Kodifikation löst alles, was vorher bestanden hat, ab. Es gilt nur noch das vom Staat gesetzte, positive Recht. Die Rechtsetzung erfolgt immer noch durch den Herrscher (Rechtssetzungsmonopol), aber man hat ein juristisches System dahinter.

- Utilitarismus: Bentham, Smith
Das Recht entspricht zwar der Vernunft, aber die Rechtsordnung wird nicht mehr durch die Natur abgeleitet, sondern hat das Ziel das grösstmögliche Glück zu ermöglichen.

3.1.8 Historizismus

Gegenbewegung. Versuchten, das Recht wieder in den Zustand vor der Rezeption zu setzen. Bewusstes Anknüpfen an Weistümern, Stammesrecht (alles vor der Rezeption). Savigny: Er sieht das Recht in der geschichtlichen Entwicklung.

3.1.9 Positivismus

Das positive Recht hat sich Ende des 19. Jh. gegenüber dem Gewohnheitsrecht durchgesetzt. Der Positivismus sagt ganz klar, dass das vom Parlament erlassene Recht, das einzige legitime Recht sei. Alle anderen Rechtsquellen haben eine subsidiäre Bedeutung aber im Zentrum steht das pos. Recht.

Hans Kelsen: Er hat die reine Rechtslehre (Standardwerk) begründet. Jede Norm muss auf eine höherrangige Norm zurückgeführt werden können und eine tieferangige Norm haben → Normenpyramide (Merkl)

Wo beginnt die ganze Sache? Kelsen definiert die höchste Norm als Grundnorm. Diese Grundnorm ist die Grundlage für ein stabiles Rechtssystem.

Schwachpunkt des Positivismus: *Das Recht kann beliebigen Inhalt haben.* Seine Legitimation beruht auf der Normenpyramide.

Spannung zw. Positivismus und Naturrecht: Kelsen schliesst das Naturrecht (z.B. Freiheitsrecht etc.) grundsätzlich aus, weil er sagt, dass es den Menschen nicht zugänglich ist und deshalb nicht als Recht aufgenommen werden kann.

Auf was beruft sich die BV?

Auf Gott = religiöse Legitimierung (siehe Präambel der BV). Aus positivistischer Sicht ist diese Legitimierung nicht gültig, da „Gott“ kein rechtssetzendes Subjekt ist.

3.1.10 Renaissance des Naturrechts

Gustav Radbruch, überpositive Regelungen (in diese Rechte kann selbst der Staat nicht eingreifen)

Man beginnt, das Naturrecht wieder stärker zu beachten → es gibt grundlegende oberste Rechtsgrundsätze (z.B. Menschenrechte = überpositive Regelungen). Dies ist aus pos. Sicht problematisch, denn gemäss ihrer Ansicht lassen sich Gesetze nicht durch die Natur legitimieren.

Dadurch kommt es zu *gesetzlichem Unrecht*, d.h. das Recht kann zwar rechtlich korrekt gesetzt worden sein, trotzdem aber den Grundrechten widersprechen (Gustav Radbruch).
→ Meinungsstreit

3.1.11 Technokratismus

„Herrschaft der Experten“: 1970er bis heute; Wir vertrauen ganz stark auf Technokraten, d.h. wir lassen alles vielfach überprüfen. In dem Bereich Wirtschaftsrecht bspw. haben wir hochkomplizierte Zusammenhänge, die nur noch von Experten verstanden werden können, deshalb sind wir auf Experten angewiesen. Zudem gibt es heute sehr viele neue Rechtszweige.

Kritik: Die Wissenschaft hat einen extremen Einfluss auf die Politik. Die Experten nehmen den Politikern gewissermassen einen Handlungsraum „weg“ und es ist schwierig als Politiker, den Expertenmeinungen entgegenzuhalten, weil ihnen selber das Expertenwissen fehlt.

Überblick

- „geoffenbartes Recht“ – Recht = Göttlichen Ursprungs, historische Erscheinung
- „gewordenes Recht“ – Gewohnheitsrecht (Mittelalter, Historizismus)
- „gesetztes Recht“ – erlassen durch souveränen Herrscher (Absolutismus, heute)
- „geschaffenes Recht“ – Recht, das die Rechtspraxis entwickelt hat; Rechtsprechung (Praxis der Gerichte und Behörden), Richterrecht; Recht, welches die Juristen geschaffen haben
- „gefundenes Recht“ – durch die Natur der Sache vorgegeben (Naturrecht, Technokratismus, Vernunftrecht)

Was gilt heute? Eine Kombination aus den vers. Legitimitätsgrundlagen. Wir orientieren uns aber ganz stark an dem gesetzten Recht. Heute sagt man, es gibt ein gerechtigkeitsindifferentes Recht.

4. Recht, Gerechtigkeit

„Ist alles recht was Recht ist?“

Man denke da an die Abtreibung oder an die Todesstrafe.

„Ist alles Recht was recht ist?“

4.1 Inhalt der Gerechtigkeit

Grundsätzlich hat man den Anspruch an das Recht, dass es über den positivistischen Ansatz hinausgehen soll, d.h. gerecht sein soll.

Die Normen haben unterschiedlichen Gerechtigkeitsgehalt:

- Art. 34 SVG „Rechtsfahren“ → gerechtigkeits-indifferentes Recht, denn es spielt keine Rolle, ob man nun rechts oder links fährt. Dies hat keinen Einfluss auf die Menschen.
- Art. 118 StGB „Strafbarer Schwangerschaftsabbruch“ → Nicht gerechtigkeits-indifferente Norm.

Subjektive Gerechtigkeit (betrifft die Einzelperson)

Sittliche Einstellung im Verhältnis zu seinen Mitmenschen, weil der Mensch innerlich von dieser Einstellung überzeugt ist. Die Prinzipien des Rechts sind folgende: honeste Vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.

Objektive Gerechtigkeit (betrifft die Gemeinschaft)

Gerechtigkeit als Prinzip an dem ich das Recht messen kann – objektive Messung.
→ obj. Gerechtigkeit ist schwierig zu finden!

Ausgleichende Gerechtigkeit (iustitia commutativa – Aristoteles)

Die Gerechtigkeit, die im Verhältnis zueinander gilt. Die Menschen treten einander gleichberechtigt gegenüber. Leistung und Gegenleistung müssen im Gleichgewicht zueinander sein (Strafrecht, Schadensrecht, Immaterialgüterrecht). Das Recht achtet darauf, dass der Austausch der zwei beteiligten Personen gerecht ist.

Austeilende Gerechtigkeit (iustitia distributiva)

Verhältnis zwischen der Gesellschaft/Staat und Einzelnen. Verhältnis der Über- und Unterordnung. Staat hat Recht zu gewähren und Güter zu verteilen. Wie sind diese Lasten gerecht zu verteilen (z.B. Steuern)? Man muss versuchen, die begrenzten Ressourcen gerecht zu verteilen (im Verhältnis zur Bedürftigkeit etc.).

Gleichheit als Kern der Gerechtigkeit

→ „formale Gleichheit“

Wir benötigen einen allgemein gültigen Massstab, der unabhängig für alle gültig ist → Gleichbehandlung aller! Das Recht behandelt die formale Gleichheit.

Art. 8 Abs. 1 BV „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich“

Angesichts dessen, dass alle Menschen unterschiedlich sind, gibt es keine universelle Gleichheit. Wir können nicht auf alle individuellen Unterschiede des Menschen einzeln eingehen. Gleichheit bezieht sich deshalb immer auf Parameter. In Art. 8 Abs. 2 BV z.B. ist der Schutz vor Diskriminierung (= Parameter) gewahrt.

→ Rechtliche-faktische Gleichheit

Führt das Gleichheitsgebot tatsächlich zu Gerechtigkeit? Nein, wenn wir für alle den gleichen Massstab anlegen, dann kann das zu Ungerechtigkeiten führen.

Bsp.: Schuldgeld – Ist es gerecht, dass arme Familien den gleichen Beitrag bezahlen müssen als reiche? Oder „Frauenquote“ – Hier gibt es eine rechtliche Gleichheit aber eine faktische Ungleichheit → Positive Diskriminierung

Liberalistische Sicht: Es ist nicht die Aufgabe des Rechts, die faktische Ungleichheit zu beseitigen!

Marxistische Sicht: Das Recht dient dazu, faktische Ungleichbehandlungen zu beheben.

Moderner Ansatz (Mittelweg): Keine völlige Gleichheit, aber Versuch, die Ungleichheit zu mildern. Bsp.: Jeder soll nach dem Verhältnis seines Einkommens Steuern zahlen.

→ Rechtsgleichheit in Rechtsanwendung und Rechtssetzung

Das allg. Gesetz ist für alle gleich anzuwenden, d.h. gilt für alle gleich (Dies kann zu Härten führen). Problematik: Wie kann man generell-abstrakt formulieren und trotzdem eine gewisse individuelle Gleichheit erreichen? Der Rechtsanwender muss ein gewisser Spielraum gewährleistet werden.

1. Grundsatz: Gleiche Rechtsanwendung für alle (Prinzip der Rechtsgleichheit)
2. Grundsatz: Keine Gleichbehandlung im Unrecht (Ausnahmen im Lehrbuch und im Skript, s. 26 BGE)

Frage: Wie schafft man es in Anbetracht der o.g. Grundsätze, die Einzelfallgerechtigkeit sicherzustellen?

StGB: Norm ist generell-abstrakt und differenziert demnach nicht. Der Rechtsanwender hat aber die Möglichkeit den Einzelfall zu berücksichtigen und die Härten abschwächen, indem er:

- Die Norm entsprechend auslegt
 - Die Strafe entsprechend bemisst
- z.B. Art. 47 StGB: Bei der Festlegung der Strafe werden das Verschulden, das Vorleben, die pers. Verhältnisse und die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters berücksichtigt

Ebenfalls können Ausnahmen diese Funktion übernehmen.

- Gleiches gleich, Ungleiches ungleich behandeln
 - tertium comparationis „das Dritte des Vergleichs“
- Frage danach, welche Sachverhaltselemente eine Gleichbehandlung bzw. Ungleichbehandlung erlauben d.h. rechtfertigen

→ Keine Rechtsgleichheit

- Bei unterschiedlichen Rechtsordnungen, Rechtsänderungen (Baugesuche im Kt. Aargau können angenommen, im Kt. Bern jedoch abgelehnt werden → unterschiedliche Bauordnungen!)
- Bei unterschiedlicher Staatsangehörigkeit

4.2 Gerechtigkeitstheorien (1)

Materiale Theorien

Es gibt von Natur aus bestimmte Werte, die Inhalt der Gerechtigkeit sind (unwandelbare und unverfügbare Gebote). Es gibt nur zwei Prinzipien, die heute noch bestehen:

1. Niemandem Schaden zuzufügen
2. Verträge sind einzuhalten

Mit den materialen Theorien lässt sich die Gerechtigkeit nur sehr ungenau definieren.

Verallgemeinerungsfähigkeit

- Goldene Regel: „Wie dir selber, so deinem Nächsten“. Rechte, die das Individuum für sich in Anspruch nimmt, muss er auch anderen gewähren. Altes Prinzip. „Fair Play“-Prinzip
- Kant: Der kategorische Imperativ → Handle so, als ob die Maxime deiner Handlung zum allgemeinen Gesetz/Norm erhoben werden könnte.
- Rawls „A Theory of Justice“ (veil of ignorance, Gerechtigkeit als Fairness, 2 Grundsätze)

Veil of ignorance: Schleier der Ungewissheit. Man weiss am Ende der Entscheidung nicht, auf welcher Seite der Entscheidung man sich in Zukunft befinden wird.
Bsp.: Beim plädieren auf Steuererhöhung weiss man nicht, ob man in 10, 20 Jahren gut verdienend ist und man deshalb einer höheren Steuerbelastung ausgesetzt ist → Entscheidung jetzt; Konsequenz in der Zukunft!
Aufgrund dieser Ungewissheit verhält man sich sicherheitshalber für eine faire Lösung/Mittelweg.

Gerechtigkeit als Fairness: Alle Menschen haben grundlegende Spielregeln des Zusammenlebens einzuhalten und dadurch resultieren Vor- und Nachteile. Daneben gibt es aber auch Menschen, welche sich nicht an diese Spielregeln halten. Diese handeln ungerecht.

2 Grundsätze von Rawls, Theorie der Gerechtigkeit (1971)

1. Grundsatz: Jedermann hat gleiches Recht auf das umfangreichste Gesamtsystem gleicher Grundfreiheiten, das für alle möglich ist.
2. Soziale und wirtschaftliche Ungleichheiten müssen folgendermassen beschaffen sein:
 - a. Sie müssen unter der Einschränkung des gerechten Spargrundsatzes den am wenigsten Begünstigten den grösstmöglichen Vorteil bringen (Differenzprinzip) und
 - b. Sie müssen mit Ämtern und Positionen verbunden sein, die allen gemäss fairer Chancengleichheit offen stehen (Prinzip der Chancengleichheit).
z.B. freier Zugang zu den Universitäten. In der Praxis sieht man, dass Kinder aus finanziell schlechter gestellten Familien weniger oft an Unis vertreten sind → Stipendien werden diesen gewährt!

→ Rawls will die Ungleichheiten nicht beseitigen. Er will Möglichkeiten finden, um die Ungleichheiten gerecht zu reduzieren.

Utilitarismus

Sog. mathematischer Ansatz der sagt: „Wenn eine Lösung (rein mathematisch) einer Mehrheit der Menschen Vorteile verschafft, dann ist sie legitim“ → Maximierung des Gesamtnutzens → „Das grösste Glück der grössten Zahl“

Diese Gerechtigkeitstheorie hat zur Folge, dass das Glück der Einzelnen u.U. für das

Wohl der Gesamtheit geopfert werden muss und es wird nicht auf das Individuum eingegangen wird.

Bsp.: Sprachminderheiten wären zum Glück der Sprachenmehrheiten zu opfern. Demzufolge entscheiden wir uns bewusst gegen den Utilitarismus, wenn wir bspw. die Rätoromanische Sprache fördern.

Prozedurale Theorien

„Gerechtigkeit durch Verfahren“ - Durch gerechte Verfahren gelangt man zu Gerechtigkeit.

Bsp. Zwei Nachbarinnen streiten um einen Obstbaum. Klar ist, dass nicht beide den Obstbaum erhalten können, d.h. eine wird gewinnen und eine verlieren. Man hat festgestellt, dass die verlierende Partei den Entscheid eher akzeptiert, wenn sie das Gefühl hat, das Verfahren sei gerecht geführt worden (d.h. sie wurde angehört, etc.). Dasselbe gilt bei Wahlverfahren. Die Frage bleibt offen, ob dies auch über den psychologischen Bereich hinausgeht!

Diskurstheorie

Habermass stellt sich einen *idealen Diskurs* vor. Die Lösung, welche aus diesem Diskurs hervorgeht, ist die gerechte Lösung.

Idealer Diskurs = dem besseren Argument verpflichtet; unabhängige Parteien

Gibt es die Bedingung des idealen Diskurses in der Realität wirklich? Nein, denn auch die Parlamentarier sind – als Politiker – nicht unabhängig.

4.3. Rechtspositivismus – Naturrecht

Was hat Recht mit Gerechtigkeit zu tun? Oder: Setzt das Recht einen Mindestgehalt an Gerechtigkeit voraus? Verschiedene Meinungen:

Rechtspositivisten

Trennung von Recht und Gerechtigkeit. Das Recht gilt nicht, weil es gerecht ist, sondern weil es formal richtig/gerecht zustande gekommen ist.

Kelsen, „Reine Rechtslehre“

Hart, „The Concept of Law“

Kelsen

[...] Daher kann jeder beliebige Inhalt Recht sein. Es gibt kein menschliches Verhalten, das als solches, kraft seines Gehalts, ausgeschlossen wäre [...]

*(Das Normensystem, das sich als eine Rechtsordnung darstellt, hat im wesentlichen einen dynamischen Charakter. Eine Rechtsnorm gilt nicht darum, weil sie einen bestimmten Inhalt hat, das heißt: weil ihr Inhalt aus dem einer vorausgesetzten Grundnorm im Wege einer logischen Schlußfolgerung abgeleitet werden kann, sondern darum, weil sie in einer [...] bestimmten Weise erzeugt ist. Darum und nur darum gehört sie zu der Rechtsordnung, deren Normen dieser Grundnorm gemäß erzeugt sind. **Daher kann jeder beliebige Inhalt Recht sein. Es gibt kein menschliches Verhalten, das als solches, kraft seines Gehalts, ausgeschlossen wäre, Inhalt einer Rechtsnorm zu sein. Deren Geltung kann nicht darum verneint werden, weil ihr Inhalt dem einer anderen Norm widerspricht, die nicht zu der Rechtsordnung gehört, deren Grundnorm der Grund der Geltung der in Frage stehenden Norm ist. [...] Die Normen einer Rechtsordnung müssen durch einen besonderen Setzungsakt erzeugt werden. Es sind gesetzte, das heißt positive Normen, Elemente einer positiven Ordnung.)***

Naturrechtler

Antithese zum Rechtspositivismus. Das Recht kann nicht jeden beliebigen Inhalt haben. Es muss eine Obergrenze sittlichen Inhalts geben. Verbindung zwischen Recht und Gerechtigkeit.

Der Naturrechtler sagt „ungerechtes positives Recht ist kein Recht“, d.h. „XY ist für mich nicht Recht.“

„Radbruchsche Formel“ (Gustav Radbruch, 1946): „*Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch*

*Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als „unrichtiges Recht“ der Gerechtigkeit zu weichen hat. Es ist unmöglich, eine schärfere Linie zu ziehen zwischen den Fällen des gesetzlichen Unrechts und den trotz unrichtigen Inhalts dennoch geltenden Gesetzen; eine andere Grenzziehung aber kann mit aller Schärfe vorgenommen werden: **wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur „unrichtiges Recht“, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur.***

→ Aufgrund von Radbruch's Gesichtspunkt, konnte man nachträglich Kriegsdelikten des 2. Weltkrieges nachgehen → Gesetzliches Unrecht

Praxis

→ Kompromiss

In der Praxis sind gewisse Normen für manche gerecht und für andere nicht. Mit Auslegungen haben wir auch Spielraum auf Seiten des positiven Rechts.

5. Gliederung

5.1. Gliederung des Rechts

Materielles Recht – formelles Recht – Kollisionsrecht

Materielles Recht: Gesetzesnormen (→ Erlasse) StGB, OR, ZGB etc. Inhalt des Rechts.

Formelles Recht: Regelt die Rahmenbedingungen wie etwa das Verfahren. Unabhängig vom entscheidenden Inhalt des Rechts. Es regelt, wer das Recht setzen kann und wie es durchgesetzt wird.

Im Bereich des formellen Rechts unterscheiden wir das Organisationsrecht und das Verfahrensrecht:

Organisationsrecht: Wie sind bspw. Kommissionen zusammengesetzt, die Recht setzen dürfen?

Verfahrensrecht: Wie wird das Recht in der Praxis durchgesetzt?

→ Die meisten Rechtsgebiete haben sowohl materielles als auch formelles Recht.

Kollisionsrecht: Regelt, welches materielle Recht zur Anwendung kommt.

Internationales Kollisionsrecht: z.B. bei unterschiedlichen Staatsangehörigkeiten der Ehepartner. *Internationales Privatrecht* liefert hier Auskunft.

Intertemporales Kollisionsrecht: Das heute gültige oder das veraltete Recht.

Privatrecht – öffentliches Recht

Diese Unterscheidung ist historisch bedingt → mit der franz. Revolution wurde die Verwaltungsgerichtsbarkeit eingeführt (eigene Gerichtsbarkeit für das Handeln des Staates). Man hat interne Instanzen eingesetzt, welche die Behördentätigkeiten kontrollierten. Dies führt schliesslich zu dieser Unterscheidung zw. Privat- und öff.R. Diese Unterscheidung gilt nur für Kontinentaleuropa.

Privatrecht: Regelung zwischen privaten Rechtssubjekten – gleichrangig
 → Grundsatz der Privatautonomie
 Öffentl. Recht: Regelung zwischen Staat (Bund, Kanton, Gemeinde) und privaten
 Rechtssubjekten – nicht gleichrangig

Diese Unterscheidung ist von Bedeutung bezüglich Kompetenzfragen, Legalitätsprinzip, Rechtsanwendung von Amts wegen, Rechtsanwendung, Verfahren, Rechtsweg.

Verhältnis

Das öffentl. Recht geht dem Privatrecht vor. Warum? Weil öffentl. Interessen den privaten Interessen vorgehen. Bsp.: Art. 641 ZGB

Theorie	Privatrecht	Öffentliches Recht
Funktionstheorie	Dient der Erfüllung privater Aufgaben	Dient der Erfüllung öffentlicher Aufgaben
Interessentheorie	Dient privaten Interessen	Dient öffentlichen Interessen
Subjektstheorie	Regelt Beziehungen unter Privaten	Regelt Verhalten zw. Staat und Privaten oder zw. verschiedenen staatlichen Organisationen
Subjektions- oder Subordinationstheorie	Gleichordnungsverhältnis zw. den Beteiligten	Staat tritt hoheitlich auf, Private sind untergeordnet

Methodenpluralismus: Gemäss Bundesgericht müssen alle Methoden zur Anwendung gebracht werden und - sofern die Ergebnisse nicht einheitlich sind – muss eine Wertung vorgenommen werden.

Die Unterscheidung zw. Privatrecht und öff. Recht können Schwierigkeiten hervorrufen.
 Bsp. I: Gentechnikgesetz ist grundsätzlich öffentlich. Die Haftungsregelungen in diesem Gesetz sind jedoch zivilrechtlich (= normales Schadensrecht).
 Bps. II: Grenzabstand zum nächsten Gebäude ist grundsätzlich öff.Recht. Nichtsdestotrotz kann man hier auch zivilrechtlich klagen (Nachbarschutz etc.). Somit sind beide Klagen zulässig.

Frage: Ist der Gesetzgeber ungebunden, ob er den Fall im öff.Recht oder Zivilrecht regeln will? Grundsätzlich ja. Oft stehen im Gesetz Hinweise dazu, welches Recht zu Rate zu ziehen ist (z.B. Haftungsfragen sind zivilrechtlich zu behandeln).

Kritiker wollen diese Unterscheidung abschaffen. Sie argumentieren damit, dass es diese Unterscheidung im angloamerikanischen Raum (bspw. GB) auch nicht gibt. Zudem gibt es neue Rechtsbereiche, die man nicht mehr eindeutig einordnen kann.

Dispositives – zwingendes Recht

Dispositiv: Man kann das Recht selber setzen, z.B. bei der Verfassung des Testaments. Wenn man etwas nicht regelt, dann greift das ZGB. Grundsätzlich ist das Privatrecht dispositiv. Bei elterlicher Sorgepflicht ist es bspw. zwingend.

Zwingendes Recht: Grundsätzlich ist das öffentliche Recht zwingend.

Bsp.: Der Mutterschutz umfasst 14 Wochen. Dieses Recht ist zwingend (mind. 14 Wochen). Diese 14 Wochen dürfen nicht unterschritten werden. Nichts-destotrotz kann man diese Frist nach oben hin erweitern (dispositiv), d.h. die Frist verlängern.

Einzelne Rechtsgebiete

- Übersicht
Es gibt verschiedene Einteilungen/Abgrenzungen der einzelnen Rechtsgebiete (siehe Diagramm im Reader).
- „Querschnittsmaterie“
Darunter versteht man Rechtsbereiche, welche quer zu den traditionellen Fächern (ZGB, StGB etc.) liegen z.B. Arbeitsrecht, Agrarrecht, Umweltrecht, Baurecht, Dopingbestimmungen etc.. Man kann in diesen Fällen nicht mit Sicherheit sagen, zu welchem Grundrechtsbereich diese Bereiche gehören, da sie mehrere Rechtsbereiche tangieren.

5.2 Rechtswissenschaft

Lehre (mit unterschiedlichen Methoden) *und Forschung* (mit dem Gehirn und Bücher/Internet – ohne technische Geräte).

- Jurisprudenz als Wissenschaft
Gegenstand = Erzeugung und Anwendung von Recht. Wie kann man Recht in eine Systematik bringen? Wie kann man sie verbessern? Ect.
Methode = Keine einheitliche Methode – Mix aus Auslegung, Anwendung (je nach Schule)
Experimente in der Form von experimenteller Gesetzgebung (Schulversuche und dergleichen)

→ Jede Wissenschaft verfügt über einen Gegenstand und eine Methode. Rechtswissenschaft gehört im Wesentlichen zu den Geisteswissenschaften – allerdings mit einigen Besonderheiten, denn es behandelt andere Aspekte als die reine Naturwissenschaft = „atypische Geisteswissenschaft“, denn sie befasst sich mit dem „sollen“ und nicht mit dem „sein“).

- Forschungsgegenstand Recht
Es gibt eine gewisse Abgrenzungsnotwendigkeit. Wie geht man mit anderen Wissenschaften um?
 - Hilfswissenschaften: Alle andere Wissenschaften sind sog. Hilfswissenschaften, d.h. wirken unterstützend
 - Nachbarwissenschaften: Wissenschaften sind gleichrangig und ergänzen einander. Es herrscht zwischen ihnen aber auch eine Art „gesunde Konkurrenz“. Bsp.: Soziologie, BWL, VWL etc.
 - Interdisziplinarität: Mehrere Wissenschaften übergreifend – vielfältige Berührungspunkte zw. vers. Wissenschaften.
 - Bindestrich-Wissenschaften: Recht-XY, z.B. Rechtsphilosophie oder Rechtspsychologie (Was passiert während einer Gerichtsverhandlung?)

s. 58 Skriptum: Zitat besagt, dass Jurisprudenz keine Wissenschaft ist, da sie einem steten Wandel unterliegt (sinnlos also, sie als eigenständige Wissenschaft zu betiteln).

6. Rechtsquellen

6.1 Quellen des Rechts

Quelle = Fundort des objektiven Rechts, d.h. wo finden wir das geltende Recht?

- **gesetztes Recht (= positives Recht)**

Dies ist unsere Hauptquelle. Der Staat ist der primäre Erzeuger von Recht. Dies macht er hoheitlich, d.h. einseitig. D.h. alle Normen, welche durch die dafür zuständigen Behörden erlassen worden sind gehören zum positiven Recht. An dieses Recht müssen wir uns halten. Es bietet uns allenfalls aber auch Handlungsmöglichkeiten (man denke an das Vertragsrecht, geregelt im OR – man kann einen Vertrag abschliessen, muss aber nicht → dispositiv).

Gegenstand des gesetzten Rechts sind sog. Rechtssätze (= Tatbestand + Rechtsfolge), z.B. Art. 8 BV (alle Normen aus ZGB, StGB, OR etc.)
Rechtssätze = alles hoheitlich verbindende Normen für den *Rechtsbürger*.
Darüber, ob Organisationsnormen z.B. vom Bundesgericht (bspw. „das Gericht besteht aus 3 Richtern“) klassische Rechtssätze sind kann man sich streiten (→ kategorische Norm; gehört zu den Rechtsregeln).

Diskussionspunkt: Ist es legitim, diesen Normen nicht zu gehorchen? (→ Widerstandsrecht: In DE ausdrücklich in der Verfassung erwähnt wegen Nazi-Deutschland)

- **Gewohnheitsrecht**

Recht, welches vom Gesetzgeber nie schriftlich niedergeschrieben wurde, aber von jedermann eingehalten wird und verbindlich ist. Recht, welches im Wege der Eingewöhnung entstanden ist.

- **Richterrecht**

Im anglo-amerikanischen Recht das primäre Recht. In Kontinentaleuropa (auch CH) spielt das Richterrecht eine rel. geringe Bedeutung. Im EU-Recht ist das Richterrecht hingegen wieder von grösserer Bedeutung.

- **Lehre**

Streitpunkt: Ist die Lehre eine Rechtsquelle oder nicht? Unser primärer Bezugspunkt ist das gesetzte Recht und nicht die Lehrbücher. Diese sind aber Auslegungshilfen. Lehrbücher vertreten immer eine bestimmte Meinung, sie sind deshalb mit Vorsicht zu geniessen.

- **Naturrecht (?)**

Dieser Bereich ist nach wie vor umstritten, da er nicht zum gesetzten Recht gezählt wird. Das Recht entspringt aus der Natur, d.h. aus den natürlichen Umständen.

6.2 Rechtsquellen in der Schweiz

6.2.1 Gesetzes Recht

a) Wo findet man es (d.h. die Originalquelle?)

Bund: PubIG (*Auf Bundesebene ist die Publikation im PubIG geregelt*)

- Amtliche Sammlung des Bundesrechts (AS) – Diese Sammlung enthält nur die abgeänderten Normen; chronologisch geordnet
- Systematische Sammlung des Bundesrecht (SR) - Bereinigte Version (= konsolidierte) Rechtsfassung des Gesetzes, d.h. aktuelle Version des Gesetzes; nach Sachgebieten, alphabetisch geordnet
- Bundesblatt (BBl) – Hintergrundinformationen zu einer Norm. Hilfreich bspw. bei Verständnisschwierigkeit
→ www.admin.ch – Dokumentation –

Kantone: LU PubIG

- Luzerner Kantonsblatt (analog: AS); erscheint wöchentlich jeweils am Samstag, einsehbar in der Gemeindekanzlei (verbindliche Quelle!)
- Systematische Rechtssammlung des Kantons Luzern (SRL); diese gibt es von allen 26 Kantonen (bearbeitete Version! → evt. nicht aktuell und evt. fehlerhaft!)
- Gesetzessammlung des Kantons Luzern (bearbeitet Version)
→ www.lu.ch/index/staatskanzlei/rechtssammlung.htm

→ Annahme: Bürger kennt sein Recht (Fiktion). Das gesetzte Recht hat den Anspruch, dass jedermann das Gesetz kennt, wenn dieses veröffentlicht wurde. Falls wir diesen Grundsatz nicht hätten, könnte sich jeder darauf berufen, dass Gesetz nicht gekannt zu haben.

b) formelles – materielles Gesetz

formell: vom Gesetzgeber erlassen, „Gesetz“ *im Titel*

materiell: jede *generell-abstrakte* Rechtsnorm, egal von wem sie erlassen wurde

Warum ist diese Unterscheidung wichtig? Weil sich das Recht u.U. auf diese Unterscheidung bezieht (Art. 36 BV → gesetzliche Grundlage, d.h. eine Grundlage im formellen Sinn = Gesetz)

In der Regel fallen diese beiden Begriffe zusammen. Wann fallen sie auseinander?
→ Verordnungen (nur materiell) oder Einzelfallgesetz (nur formell)

Wann sind sie weder formell noch materiell? → Einzelakte wie bspw. Verfügungen

c) Legalitätsprinzip = Gesetzmässigkeitsprinzip (Art. 5 BV Abs. 1 BV)

- Ausprägungen des Legalitätsprinzip: Gesetzesvorrang und Gesetzesvorbehalt
Vorbehalt: Verwaltung darf nur tätig werden, wenn sie von einem Gesetz dazu ermächtigt wird.
Vorrang: Gesetz ist Schranke des Handelns. Der Staat darf keine Massnahmen treffen, die nicht mit dem Gesetz vereinbar sind.
- materielles und formelles Legalitätsprinzip
Materiell: Staat darf nur auf Grundlage eines materiellen Gesetzes handeln. Dies dient der Rechtssicherheit und der Rechtsgleichheit.
Formell: Staat darf nur auf Grundlage eines formellen Gesetzes handeln. Hier sind die stärker eingreifenden Handlungen

betroffen. Eingriffe sind stärker legitimiert, denn das Gesetz wird von Seiten der Legislative gesetzt.

→ Theoretisch müssten beide Prinzipien berücksichtigt werden. Dies ist jedoch in der Praxis nicht möglich.

Frage: Wo wird noch genügend vorgeschrieben im Sinne des materiellen Legalitätsprinzips? → Man kann nicht alles gesetzlich regeln, denn dadurch würde man den Staat zu stark in seiner Handlung einschränken und ihn teilweise sogar handlungsunfähig machen!

BGer sagt, dass die Grenze dort liegt, wo die Grenze ...(Seiler s. 110)

d) Grundnorm: Art. 1 ZGB

Art. 1

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

2 Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht⁴ nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde.

3 Es folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.

Was aber, wenn man kein Gesetz (1. Rang) findet? Dann kann man auf das Gewohnheitsrecht (2. Rang) zurückgreifen (nur subsidiäre Anwendung).

Wann gilt Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle?

1. Man muss eine längere andauernde ununterbrochene Übung haben.
2. Opinio Juris: Alle müssen davon ausgehen, dass das Gewohnheitsrecht „Recht“ ist → d.h. Rechtsüberzeugung von beiden Seiten

Wieso ist Gewohnheitsrecht aber dennoch selten?

Weil sich das Recht schnell ändert und man deshalb oft keine länger andauernde Übung hat. Oft ist es auch so, dass Gewohnheitsrechte vom Gesetzgeber zu materiellen Rechten „umgeformt“ werden.

Wenn es kein Gewohnheitsrecht gibt, kommt folglich das Richterrecht (3. Rang) zum Zuge. Präjudiz = Entscheid, der in einem Einzelfall getroffen wurde. Die anderen Gerichte sind nicht an diesen Entscheid gebunden, jedoch wird dieser Entscheid immer wieder zu Rate gezogen (so entwickelt sich das Richterecht).

Randnotiz: Um möglichst schnell „verwandte“ Fälle zu finden, kann man die sog. „Regeste“ von BGE's durchsehen. Dort sind alle relevanten Normen des BGE's aufgeführt und das Urteil wird kurz zusammengefasst.

Abs. 3: Lehre und Überlieferung sind keine Rechtsquellen! Es sind lediglich Hilfsmittel.

e) Allgemeine Rechtsgrundsätze (praktische Bedeutung eher gering)

Es besteht die Vorstellung, es gäbe Grundideen, welche die gesamte Rechtsordnung durchziehen. Diese Prinzipien sind bei der Anwendung des pos. Rechts zu berücksichtigten

Bsp.: Treu und Glauben (Art. 2 Abs.1 ZGB), Verbot des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB), Willkürverbot (Art. 9 BV), Grundsatz des öff. Interesses (Art. 5 Abs. 2 BV), Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV).

Rechtsgrundsätze wurden oft in positives Recht gegossen, d.h. sie wurden z.B. in die BV aufgenommen (Art. 5 oder 9 BV). Es handelt sich dann nicht mehr um Rechtsgrundsätze, sondern um gesetztes Recht.

6.2.2 Private Rechtsquellen

Dies sind Rechtsquellen, welche nicht vom Staat erlassen sondern zwischen zwei Privaten geschlossen wurden (z.B. Verträge). Der Staat mischt sich grundsätzlich nicht ein, sondern liefert nur die gesetzlichen Grundlagen (OR, ZGB etc.). Das private Recht ist nicht generell-abstrakter Natur sondern gilt nur für die betroffenen Personen**. Zudem ist das private Recht freiwillig.

Auch: Recht gemäss Vereinsstatuten

** 2 Ausnahmen:

- Allgemeinverbindlicherklärung durch den Staat. Bsp.: A + B schliessen einen Vertrag, welcher vom Bund als „allgemeingültig“ erklärt wird.
- Technische Normen (z.B. DIN), welche von Privatpersonen erlassen wurden, werden vom Staat als allgemeingültig erklärt. (Der Staat selber wäre nicht in der Lage solche Normen zu erlassen, da ihm das Fachwissen fehlt).

6.2.3 Völkerrechtliche Rechtsquellen

- Rechtsquellen sind:
- Gewohnheitsrecht (z.B. Seerecht),
- Staatsverträge (Bi und Multilaterale Verträge)
- allgemeine Rechtsgrundsätze
- Sekundärrecht (z.B. Recht, welches von IOs erlassen wurde)
- ius cogens (zwingendes Recht, auch wenn es in keinem Gesetz niedergeschrieben steht, z.B. Folterverbot)

6.2.4 Grund- und Menschenrechte

Es kommen dem Menschen, kraft seiner Geburt gewisse angeborene Rechte zu. Grundrechte können Rechte sein, welche mit der Staatsbürgerschaft verbunden sind (z.B. Wahl- und Abstimmungsrecht). Menschenrechte kommen allen zu, unabhängig der Staatsbürgerschaft (z.B. Folterverbot, Skavereiverbot etc.).

Es gibt 2 Generationen der Grund-und Menschenrechte:

- 1. Generation: Freiheits- und Abwehrrechte
 - Liberalismus - Schutz vor dem Staat, Schutz der Eigentumsfreiheit, Meinungsäusserungsfreiheit, Versammlungsfreiheit
- 2. Generation: soziale Grundrechte
 - Sozialismus - Ansprüche an den Staat werden erhoben
Bildung, Arbeit, Wohnung, Recht auf Nahrung etc.
Es ist bis anhin umstritten, ob sich dadurch individuelle Ansprüche ableiten lassen → man hat keinen individuellen Anspruch darauf, dass einem der Staat Arbeit geben muss!

6.3 Positive Rechtsquellen in der Schweiz

6.3.1 Bund, Kantone, Gemeinden (Gebietskörperschaft)

Bund, Kantone und Gemeinden haben eine eigene Gesetzgebung. Bezirke und Kreise innerhalb der Gemeinden jedoch nicht.

- Bund (Kompetenzverteilung Art. 3 BV): Raumplanung, Energie, Militär etc.
- Kantone (subsidiäre Zuständigkeit): Baurecht, Gesundheitswesen, Schulwesen, Steuerwesen, Polizeiwesen, Organisationsrecht, Verwaltungsverfahrenrecht etc.
- Gemeinden: Baurecht (in Bezug auf technische Vorschriften), Abwasser, Abfall, Abgabenerhebung, kommunale Steuern etc.
- Interkantonales Recht: Zusammenarbeit der Kantone, z.B. PHZ (Pädagogische Hochschule Zentralschweiz)
- Interkommunales Recht: Zusammenarbeit mehrerer Kommunen.

6.3.2 Verfassung, Gesetz, Verordnung (erlassendes Organ)

- Verfassung: Ausgangspunkt des Rechts; demokratisch am stärksten legitimiert
- Gesetz: das formelle Gesetz, welches durch das Parlament im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren eingeführt wird. Es kann auch sein, dass Gesetze an untere Instanzen „delegiert“ werden.
- Verordnung:
 - Parlamentsverordnung → eher selten
 - Regierungsverordnung: Von der Regierung (Bundesrat) oder dem Departement erlassen → Normalfall. Vorteil ist, dass diese Verordnungen relativ schnell geändert werden können.
 - Rechtsverordnung → richtet sich an alle
 - Verwaltungsverordnung → Richtet sich an die Verwaltung selbst, sie hat keine Rechtswirkung nach aussen, sondern wirkt nur nach innen innerhalb der Verwaltung von einer an die anderen Stelle (werden nicht publiziert)→ Bei Gemeinden gibt es unterschiedliche Namen für die Verordnungen, z.B. Gemeindeerlasse, Reglemente.

6.3.3 EU-Recht

Keine direkte Wirkung des EU-Rechts auf das CH-Recht, jedoch eine vermittelte Einflussnahme.

Das EU-Recht ist supranationales Recht, nicht nationales- oder Völkerrecht. Es richtet sich nicht an die Staatsbürger direkt sondern an die Vertragsstaaten (d.h. indirekt an die Bürger → Zwitterwesen).

- Organe: Europäischer Rat, Ministerrat, Europäische Kommission, EU-Parlament, Gerichtshof und Rechnungshof.
- Rechtsformen: Gesetze werden als Verordnungen bezeichnet. Es gibt Richtlinien, welche von den Mitgliedstaaten umgesetzt werden müssen → eigenes Rechtssystem (dualistisches System). Die Durchsetzung dieser Verordnungen ist beim EuGH einklagbar. Es wird veröffentlicht (SR und AR) und in alle Amtssprachen übersetzt.
- Bilaterale Verträge („Bilaterale I und II)
- Autonomer Nachvollzug = Man ist nicht gezwungen, sich dem Recht zu unterwerfen. Jedoch ist es in vers. Bereichen von Vorteil für die Schweiz (z.B. Wirtschaftsrecht, Verwaltungsrecht etc.). Die CH übernimmt Verordnungen des EU-Rechts und überträgt es in das CH-Recht.
Schwierigkeit: Muss die CH die Auslegung des EU-Rechts in solchen Fällen berücksichtigen? Und: Ist das EU-Recht für die CH massgeblich?

6.3.4 Völkerrecht

Völkerrecht gibt es auf Bundes- aber auch auf Kantonebene (auch das wäre internat. Recht).

Wie wird dieses Völkerrecht als Rechtsquelle des CH-Rechts angesehen? 2

Möglichkeiten:

1. Monismus: Völkerrechtliches Abkommen tritt in Kraft und wird zum Bestandteil des CH-Rechts
2. Dualismus: Der Staatsvertrag verpflichtet den Staat als solchen. Der Vertrag gilt erst, wenn das Abkommen durch die Behörden ins Landesrecht „transformiert“ wurde (→ Nationale Norm).
3. „Self-executing“: Grundsätzlich ist Völkerrecht nicht „self-executing“, d.h. nicht unmittelbar anwendbar. Erst durch die Einführung entsprechender Regelungen der Staaten, wird das Völkerrecht anwendbar.
Diskussion: Gibt es nicht völkerrechtliche Bestimmungen, die direkt anwendbar sind, d.h. kann sich ein Bürger auf völkerrechtliche Normen berufen?
BGer sagt, „self-executing“ ist eine völkerrechtliche Norm nur, wenn sie inhaltlich hinreichend konkret/klar ist.

6.4 Normenhierarchien (Stufenordnung)

Normenkollision

Problem: Welche Norm wird angewendet, wenn auf einen Sachverhalt mehrere Rechtsnormen anwendbar sind, diese aber vers. Rechtsfolgen nach sich ziehen?

Es ist legitim für einen Sachverhalt vers. Normen anzuwenden (z.B. beim Bau eines AKWs – Raumplanung, Energie etc. → hier braucht man vers. Bewilligungen!)

6.4.1 Arten (Achsen der Normenhierarchie)

Nach 1900 entwickelt. Gemäss diesen kann man die Normen nach vers. Arten „ordnen“, um Normenkollisionen zu vermeiden/zu beheben:

1. nach rechtsetzender Gebietskörperschaft, d.h. Völkerrecht – Bundesrecht – Kantonales Recht – Kommunales Recht etc. (siehe Art. 49 BV – derogatorische Wirkung der BV).
2. Nach rechtsetzendem Organ: Verfassung, Gesetz, Verordnung
3. Nach Zeit: „lex posterior derogat legi priori“
4. Nach Spezialität: „lex specialis derogat legi generali“

6.4.2 Verhältnis

- Achsen: Die Achsen (Arten, siehe oben) werden der Reihe nach angewendet. Bei Zeit/Spezialität gibt es keine klare Rangordnung.
- Völkerrecht – Landesrecht: Völkerrecht geht dem Landesrecht vor.
Problem: Völkerrecht ist nicht demokratisch legitimiert und steht gleichzeitig über der Verfassung (s. S. 145 Seiler). Wird das CH-Demokratieprinzip dadurch geschwächt? Seiler's Frage ist berechtigt, aber: Art. 5 BV regelt das Verhältnis zw. Bundes- und Völkerrecht!

6.4.3 Wirkung

Die Norm, welche nicht zur Anwendung kommt wird entweder zurückgedrängt oder beseitigt.

- Vorrangregel: Grundsätzlich kann man eine Norm nur durch eine gleich- oder höherrangige Norm ersetzen/abändern. Nichtigkeitsregel: Wenn eine tiefergradige Norm einer höherrangigen widerspricht, fällt sie weg und wird dadurch nichtig. Sie kommt auch nach Auflösung der höherrangigen Norm nicht wieder zur Anwendung.
- Anwendungsvorrang: Die neue Norm geht der alten Norm vor. Aber auch Völkerrecht vor Landesrecht. Falls das Völkerrecht geändert oder wegfallen würde, würde das CH-Recht wieder anwendbar (keine Nichtigkeit).

6.4.4 Kontrolle

- Gerichte (Judikative) prüfen automatisch mit, ob Normen gegen höherrangige Normen verstossen.
- Verwaltungsstellen/Behörden prüfen die Normen diesbezüglich nur bei einem offensichtlichen Verstoß.
- Verfassungsgerichtsbarkeit: Inzident Prüfung durch das Bundesgericht. Auch wenn eine Norm der BV widerspricht, kann das BGer dies nur feststellen, die Norm aber nicht auflösen.

6.5 Geltungsbereich

6.5.1 Räumlicher Geltungsbereich

2 Anknüpfungspunkte:

- Territoriale Anknüpfung: BV gilt in den Grenzen der CH, das kantonale Recht in den Grenzen der Kantone etc.
- Personale Anknüpfung: Geltungsbereich wird personal definiert (CH-Botschaften im Ausland, div. Berufe, Militärdienst, Staatsangehörigkeit etc.). Beim Wahlrecht wird der Geltungsbereich auch personal betrachtet (auch Auslandschweizer dürfen wählen)
- Strafrechtliche Anknüpfung: Unter bestimmten Umständen kann man eine Straftat, welche im Ausland begangen wurde verfolgen (z.B. im Falle von Straftaten gegen die Sicherheit).
- Kollisionsrecht: Entscheidet, welches Recht über welchen Staates angewendet werden soll. Im Zivilrecht z.B. kann hier das Internationale Zivilrecht helfen.

6.5.2 Zeitlicher Geltungsbereich

Intertemporales Recht – Was passiert, wenn das Recht ändert? Kann man das Recht rückwirkend anwenden? Ja, aber nur wenn es ausdrücklich normiert wurde → Übergangsbestimmungen.

Grundsätzlich gilt → Keine Rückwirkung, d.h. Nichtrückwirkung

- Echte Rückwirkung: Verboten, ausser bei Milderung der Strafe
- Unechte Rückwirkung: Sachverhalt hat sich im alten Recht begonnen hat und unter Herrschaft des neuen Rechts andauert. Hier kann das Recht rückwirkend angewendet werden. Es wird das neue Recht angewendet.

7. Grundelemente

7.1 Rechtssubjekt – Rechtsobjekt

Rechtssubjekt: Rechtsfähige Person (Träger von Rechten und Pflichten)
Man unterscheidet zw. nat. und jur. Person.
Bei der jur. Person unterscheidet man zudem zwischen:

- J.P. des Zivilrechts: Anstalten und Körperschaften
- J.P. des Öff.R: Gebietskörperschaften, d.h. Bund, Kantone, Gemeinde, SUVA
- J.P. des Völkerrechts: Souveräne Staaten, supranationale Organisationen (EU etc.), eine Reihe von internationale Organisationen (UNO etc.), die sich ausdrücklich als jur. Rechtspersönlichkeiten konstituiert haben.

Rechtsobjekt: Materielle Sachen, d.h. materielle Gegenstände von Recht, körperliche Gegenstände wie bspw. Brot, Velo etc.
Aber auch „unkörperliche“ Gegenstände, d.h. immaterielle Gegenstände wie bspw. Urheberrechte, Strom etc.
Auch öffentlich-rechtliche Sachen wie bspw. Wasser eines Sees, wildlebende Tiere, Untergrund sind Rechtsobjekte.

In den letzten Jahrzehnten ist die Frage aufgekommen, ob man den Tieren und Pflanzen - welche normalerweise als „Sache“, d.h. Rechtsobjekte angesehen werden - eine gewisse Rechtssubjektivität zugestehen sollte.

Aktueller Stand: Art. 641a ZGB – Tiere sind keine Sachen, aber für sie gelten jedoch die auf Sachen anwendbare Vorschriften (Kauf, Verkauf etc.).

7.2 Interessen, Rechtsgüter, subjektive Rechte

Eine der Hauptaufgaben des Rechts ist es, unterschiedliche Interessen ausbalancieren zu können. Es gibt verschiedene Arten von Interessen:

Faktische vs. rechtliche Interessen

- faktische Interessen: keine rechtlichen Interessen, sondern private Interessen von Einzelpersonen. Faktische Interessen sind nicht durch das Recht geschützt.
- rechtliche Interessen: sind durch ein Recht geschützt, z.B. Umweltschutz. Es ist legitim, zugunsten dieser Interessen einzugreifen.

Private vs. öffentliche Interessen

- Private Interessen: Interessen von Einzelpersonen
- Öff. Interessen: Interessen der Allgemeinheit
Sie können dazu führen, dass private Interesse eingeschränkt werden (z.B. bei Hausbau stellt sich die Regierung quer, weil es das Bild der Stadt zu stark verändern würde)

Rechtsgüter

Alle Güter und Interessen, welche durch das Recht mit vers. Mitteln geschützt werden. Diese Mittel sind je nach Rechtsbereich (Verwaltungsrecht, Steuerrecht etc.) unterschiedlich.

Dieser Rechtsgutschutz kann objektiv-rechtlich sein (bspw. im Verwaltungsrecht die Luftreinheitsverordnung). Er kann aber auch subjektiv geregelt werden (bspw. der

Nachbar hat durch das Nachbarrecht ein gewisses Recht auf Luftreinheit).

Subjektive Rechte

Verleiht dem Inhaber eine bestimmte Berechtigung (Eigentümer besitzt Eigentumsrecht; auch: Dispositionsbefugnis). Subj. Rechte richten sich im Wesentlichen an eine der folgenden drei Kategorien: „Tun“, „Unterlassen“, „Dulden“

Objektive Rechte werden – im Gegensatz – durch ein Recht geschützt und letztlich vom Staat durchgesetzt.

- Privatrecht (absolute, relative Rechte)
 - o Absolute Rechte: Stehen allen Menschen in gleichem Masse zu
 - o Relative Rechte: Stehen meistens einer oder mehreren bestimmten Personen zu.
 - o Gestaltungsrechte: Rechte, mit welchen man Rechte verändern kann (z.B. Kündigungsrechte).

- Öffentliches Recht (strittig)

Kann man gegen den Staat vorgehen, wenn dieser die objektiv-rechtlichen Normen nicht einhält?

Heutige Meinung: Es macht keinen Unterschied, denn der Staat muss sowieso öffentliche Interessen wahren (s.86 Skript)

7.3 Rechtsverhältnisse

Rechte und Pflichten sind Gegenstand der Rechtsverhältnisse. Dabei unterscheidet man zw. verschiedenen Rechtsverhältnissen:

Bei Schenkungsverträgen liegt die Pflicht nur bei einer Partei. Bei anderen Verträgen können 2 oder mehrere Personen verpflichtet werden.

Rechtsverhältnisse bestehen immer zw. Personen; min. 2 Personen.

Privatrechtliche vs. Öffentlichrechtliche Rechtsverhältnisse

Privatrechtliche RV: Erst durch das Recht werden Rechtsverhältnisse begründet (bspw. durch einen Vertrag). Es gibt nicht schon von Natur aus Rechtspflichten.

Öffentlichrechtliche RV: Zum Staat hat der Mensch ein allgemeines Rechtsverhältnis seit Geburt. Dieses Rechtsverhältnis kann er nicht individuell eingehen oder aufheben.

Einmalige vs. Dauerrechtsverhältnisse

Einmalige Rechtsverhältnisse: Diese sind auf einmalige Rechte/Pflichten ausgerichtet. Bspw. Kauf eines Kugelschreibers, Erlang einer Baubewilligung.

Dauerrechtsverhältnisse: Dauern über eine Längere Zeit, d.h. jede Minute, Stunde der nächsten 5 Jahre, an. Bsp. Mietvertrag.

Entstehung von Rechtsverhältnissen

Wie entstehen Rechtsverhältnisse überhaupt?

- **unmittelbar gesetzlich**
 - Bsp. Staatsbürgerschaft: Das Recht besagt, dass alle Staatsbürger die Rechte und Pflichten XY besitzt, d.h. die betroffenen Person tritt automatisch (unmittelbar) in ein Rechtsverhältnis ein.
Unbedingte gesetzliche Rechtsverhältnisse: Diese Rechtsverhältnisse sind automatisch gegeben, z.B. Grundrechte.
Rechtsverhältnis durch Realhandlung: D.h. Rechtsverhältnis tritt erst unter einem bestimmten Umstand auf (Erbrecht → Tod).
- **durch Rechtsgeschäfte**
 - Willensäußerung wird bewusst vorgenommen und dadurch entsteht schliesslich auch das Rechtsverhältnis.
 - Verpflichtungsgeschäft / Vertrag / Verfügungsgeschäft
 - Verpflichtungsgeschäft: Verkäufer ist verpflichtet, die Sache zu liefern, der Käufer ist verpflichtet, die Sache zu bezahlen.
 - Vertrag: Partei I und II, Inhalt, Unterschrift
 - Verfügungsgeschäft: Aufführung des Verpflichtungsgeschäftes, z.B. Übertrag eines Grundstücks
 - Ausübung der Gestaltungsrechte (Kündigung, Kaufvertrag etc.)
- **Durch Verwaltungsakt oder Urteil**
 - Rechtsverhältnis entsteht durch behördliches Handeln z.B. durch Verfügung = Verwaltungsakt (Absender, Gegenstand, Gültigkeitsdauer, Rechtsmittel etc. → einseitig, ohne Unterschrift).
 - Auch das Urteil ist eine einseitige Sache. Entscheid des Gerichts in einem konkreten Einzelfall.

8. Juristische Methodik

Hier geht es um die Technik in den Bereichen Rechtsanwendung, Rechtswissenschaft etc. Die Methodik gibt es in jedem Rechtsbereich d.h. es gibt keine universell-gültige Methodik.

8.1 Allgemeines

Bei der juristischen Tätigkeit unterscheidet man zwischen den folgenden drei Bereichen:

1. Rechtsanwendung
Anwendung des geltenden Rechts auf einen konkreten Sachverhalt. Tägliches Brot der meisten Juristen.
2. Rechtsetzung (in dieser Vorlesung nicht behandelt)
Eine kleine Anzahl von Juristen beschäftigt sich mit der Rechtsetzung.
3. Rechtswissenschaft (in dieser Vorlesung nicht behandelt)
Ein noch kleiner Kreis beschäftigt sich mit der Erforschung des Rechtes.

→ Je nach Bereich ist eine bestimmte Methodik anzuwenden!

Recht und Sprache:

Sprachbedingtheit des Rechts:

Das Verhältnis zw. Recht und Sprache ist sehr wichtig. Unser Recht ist sprachbedingt (zit. Heinrich Henkel), wird also sprachliche ausgedrückt. Das Recht kann aber auch bildlich ausgedrückt werden (z.B. durch Piktogramme im Strassenverkehr).

Fachsprache („terminus technicus“): Rechtsbegriffe können nur begrenzten Wirkungsraum haben (ein Terminus bedeutet im Steuerrecht etwas anderes als in der Raumplanung) z.B. „Firma“ (Umgangssprache) vs. „Unternehmen“ (Rechtssprache) oder „Besitz“ vs. „Eigentum“. Die Rechtssprache ist grundsätzlich wenig fachlich.

Unbestimmtheit der Sprache:

Nichtsdestotrotz können Dinge (auch das Recht) mit der Sprache nicht eindeutig und zweifelfrei ausgedrückt werden. Oder aber Personen meinen mit demselben Wort verschiedene Dinge, z.B. Maus. Auch ist die Sprache einem steten Wandel unterworfen und die Welt entwickelt sich (d.h. neue Technologien werden entwickelt etc.). Alte Worte müssen deshalb ersetzt und neu definiert werden.

- Legaldefinition: Begriff wird im Gesetz selber definiert (z.B. im Gentechnikgesetz sind Begriffe definiert)

Mehrsprachigkeit:

In der Schweiz sind alle Normen in die 3 Amtssprachen übersetzt. Alle 3 Fassungen sind gleichrangig und verbindlich.

Im internationalen Recht hingegen hat man immer eine verbindliche Urquelle. Bei Verträgen der WTO bspw. sind die Verträge auf Englisch geschlossen worden. Alle anderen Fassungen sind nur Übersetzungen!

8.2 Arten juristischer Normen

Konditionalnorm (wenn X, dann Y) → bildet die Mehrheit der Normen und geht den anderen Normtypen vor:

- Rechtsatz = Tatbestand + Rechtsfolge

Tatbestände:

Kumulative Tatbestandselemente:

Alle Normen müssen kumulativ erfüllt sein „und“

Alternative TB-Varianten:

Norm A oder B muss erfüllt sein

Sukzessiver Tatbestand:

Um eine Norm verstehen zu können, muss man auf einen anderen Artikel zurückgreifen (z.B. „Vorsätzliche Tötung“ → „Vorsatz“ gemäss Art. 12 Abs. 2 StGB)

Finalform (v.a. im ÖffR.):

z.B. Art. 41 BV

1 Bund und Kantone setzen sich in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative dafür ein, dass:[...] → Zielbestimmung. Es wird relativ unverbindlich etwas vorgegeben. Finalformen im Staatsrecht sind „Staats-ziel-Bestimmungen“.

Finalformen gelten nicht unmittelbar. Es handelt sich um eine rechtspolitische Vorgabe an die Verwaltung. Die Verwaltung hat aber einen grossen Handlungs- und Anwendungsspielraum.

Relationalnorm / Relationalprogramm:

Regelung, die es noch nicht so lange gibt. Die Normunterworfenen werden eingebunden und wirken mit.

z.B. Art. 41 des Umweltschutzgesetzes „Der Bund und, im Rahmen ihrer Zuständigkeit, die Kantone arbeiten für den Vollzug dieses Gesetzes mit den Organisationen der Wirtschaft zusammen.“

8.3 Rechtsanwendung

- **Syllogismus** (trifft nur die Konditionalnormen)
 - o Syllogismus kommt aus der Logik, d.h. es geht um das „logische Schliessen“, z.B. „Alle Menschen sind sterblich“; „Sokrates ist ein Mensch“; Schluss: Sokrates ist sterblich.“

Schlussfolgerung im Recht:
Obersatz (praemissa maior)
Untersatz (praemissa minor)
Schlusssatz (conclusio)

In der Praxis werden im Recht der Obersatz- und Untersatz in ihrer Reihenfolge vertauscht, d.h.:

1. Feststellung des Sachverhaltes – Untersatz
2. Eruierung der Rechtsnorm(en) – Obersatz
3. Subsumtion (den Sachverhalt unter die Rechtsnorm subsumieren)
4. Rechtsfolge – conclusio

- **Beweisrecht**

- o Beweismittel: Klassisch sind die Zeugenaussagen, aber auch Urkunden, Gutachten etc.
- o Beweisführung: Förmliches Beweisverfahren
- o Beweiswürdigung: Welcher Beweis ist höher zu gewichten, welcher ist glaubwürdiger? Grundsatz der freien Beweiswürdigung
- o Beweislast: Wer hat einen Beweis zu erbringen? (Art. 8 ZGB)
- o Vermutung/Fiktion:
 - Vermutung: z.B. bei verheirateten Paaren liegt die Vermutung der Vaterschaft (des während der Ehe geborenen Kindes) beim Ehemann → gesetzliche Vermutung Art. 252 ZGB. Vermutungen sind widerlegbar!
 - Fiktion: Unwiderlegbar. Z.B. Versäumnis einer Frist. Ist die Frist verstrichen, kann man sich nicht mehr auf sein Recht berufen.

- **Auslegung**

Rechtsgrundlage: Art. 1 ZGB

Wir können mit der Auslegung nicht beanspruchen, *die* richtige Lösung zu Tage tragen zu können. Das BGer entscheidet letztendlich.

Auslegungsmethoden:

- grammatikalisch (teleologische Reduktion)
Z.B. Zaun-norm im Kanton Graubünden. Aus Holzknappheit hat man erlassen, dass man Zäune nicht mehr aus Holz bauen darf. In der Norm wird Bezug auf Steine genommen. Teleologische Reduktion = Stein umfasst alle Materialien, welche nicht aus Holz sind.
- systematisch
- historisch
- teleologisch

Rangfolge der Methoden: Grundsätzlich keine Rangfolge der Methoden, aber der Wortlaut bildet der Ausgangspunkt.

- **Lückenfüllung**

Echte Lücke: Ungewollte Lücke des Gesetzgebers. In diesem Fall darf der Rechtsanwender die Lücke durch Auslegung füllen.
Bsp.: Art. 679 ZGB – ZGB erhält keine Regelung in Bezug auf den Pächter

Unechte Lücke: Gewollte Lücke des Gesetzgebers. Als Rechtsanwender darf man die Lücke nicht füllen.
Art. 18 BV 1874 – „Jeder Schweizer ist wehrpflichtig“. Hier ist klar, dass sich „jeder“ auf Männer bezogen ist. Der Gesetzgeber wollte die Frauen von der Wehrpflicht ausschliessen. Wenn man diese Norm auslegt, dann sieht man, dass es sich nur um Männer handelt. Es wird z.B. Bezug genommen auf „Wehrmänner“ → „qualifiziertes Schweigen“.

- **Ermessen, Abwägung**

Der Gesetzgeber überlässt das Ermessen eine Norm absichtlich dem Gesetzgeber. Das Ermessen ist dazu da, eine sachgerechte Lösung im Einzelfall zu finden (v.a. im Verwaltungsrecht, weniger im ZGB).

Tatbestandsermessen: Ermessen in Bezug auf den Tatbestand.

Rechtsfolgeermessen

(Handlungs-Auswahlermessen): Gesetzesanwender kann wählen zw. Mahnung, Freiheitsstrafe, etc. (Auswahlermessen).
Ermessensüber- und unterschreitungen sind nicht zulässig!
Oder aber die Behörde kann selber entscheiden, ob sie überhaupt tätig werden will
(Handlungsermessen)

8.4 Juristische Logik

- **Deduktion**
Schluss vom Allgemeinen auf das Besondere (allg. Fall zum Einzelfall). Anwendung einer generell-abstrakten Norm auf den Einzelfall

- **Analogie-und Umkehrschluss**
 - Analogieschluss: Man schliesst von einer Norm auf eine andere. Anwendung eines konkreten Kontextes auf einen anderen ähnlichen Kontext. (→ Argumentum per analogiam). Z.B. ZGB – Beweislast gemäss Art. 8 ZGB lässt sich auch auf andere Rechtsgebiete anwenden.
 - Umkehrschluss: Eine Regelung wird nicht auf einen anderen Fall angewendet. Z.B. eine Norm wird per 1.1.13 eingeführt. Man schliesst daraus, dass vor diesem Datum etwas anderes gilt. (→ e contrario)

- **Grössenschluss (argumentum e majore e minus)**
Man schliesst vom Grösseren auf das Kleinere.
Z.B. allgemeines Pflückverbot von geschützten Pflanzen kann man zeitlich und räumlich runterbrechen auf bestimmte Sorten und einen bestimmten Zeitraum.