

Einführung in die Rechtswissenschaft

**Gruppe A-K:
Prof. Dr. Roger Zäch**

Das Skript basiert
auf dem Gemeinschaftsskript der Professoren

Marie Theres Fögen,
Heinrich Honsell
und Roger Zäch

aus dem Wintersemester
2004/2005

**Wintersemester 2005/2006
Vorlesung Nr. 106**

Freitag 10-12 Uhr

Liebe Studentinnen und Studenten!

Die „Einführung in die Rechtswissenschaft“ ist eine Vorlesung für Erstsemestrige der Rechtswissenschaft sowie für Interessierte aus anderen Fakultäten – herzlich willkommen an der Universität!

Jura ist ein Fach, das an den Mittelschulen kaum unterrichtet wird, so dass Sie nicht an Bekanntes anknüpfen können. Deshalb veranstalten wir diese Einführung.

Für Ihr Studium ist wichtig, dass Sie aktiv mitarbeiten und versuchen, Probleme und Zusammenhänge zu verstehen. Was man verstanden hat, merkt man sich mühelos und wie von selbst. Und nichts ist in der Rechtswissenschaft so kompliziert, dass es nicht verstehen könnte, wer sich Mühe gibt.

Es gilt das alte lateinische Sprichwort: *sapere aude* – wage zu wissen.

Gliederung

Einleitung:

Begriff des Rechts, Rechtswissenschaft, Aufgabe des Rechts

1. Begriff des Rechts
2. Rechtswissenschaft und Abgrenzung
3. Der Fall

I Rechtliche Grundbegriffe

1. Rechtsgebiete
2. Objektives Recht – subjektives Recht
3. Rechtsobjekt – Rechtssubjekt
4. Zwingendes Recht – dispositives (nachgiebiges) Recht
5. Formelles Recht – materielles Recht
6. Rechtsquellen und ihre hierarchische Gliederung

II Recht und soziale Ordnung

1. Recht und Politik
2. Recht und Wirtschaft
3. Recht und Moral / Sittlichkeit / Gerechtigkeit

III Juristische Methode – Aspekte

1. Recht und Sprache
2. Subsumtion und Logik
3. Auslegungslehre
4. Das Problem der Lücke

IV Rechtstheorien

1. Naturrecht
2. Historische Rechtsschule
3. Positivismus
4. Begriffsjurisprudenz
5. Interessenjurisprudenz
6. Freirechtsschule
7. Topik, Rhetorik und Diskurstheorie
8. Ökonomische Analyse des Rechts
9. Systemtheorie

Wichtige Internet-Adressen

http://www.unizh.ch	Universität Zürich
http://www.unizh.ch/vv/	Vorlesungsverzeichnis (mit Hörsaalzuteilung)
http://www.rwi.unizh.ch	Rechtswissenschaftliches Institut (RWI); Homepages der Lehrstühle
http://www.bger.ch	Schweizerisches Bundesgericht
http://www.admin.ch	Schweizerische Bundesbehörden
http://www.swisslex.ch	Kommerzielle juristische Datenbank; Studierende erhalten einen Gratiszugang
http://www.weblaw.ch	Kommerzielle juristische Datenbank; das Angebot, insbesondere der „Jus-Letter“ (ein wöchentlicher <i>newsletter</i>), ist gratis
http://www.europa.eu.int/celex	Datenbank mit vollständigem Primärrecht, Sekundärrecht und vorbereitenden Rechtsakten der Gemeinschaften sowie die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes in allen Amtssprachen
http://www.europa.eu.int/eur-lex	Datenbank mit vollständigem Primär- und Sekundärrecht der Gemeinschaft, der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes sowie Zugriff auf die Amtsblätter L und C
http://www.europa.eu.int/prelex/apcnet.cfm	Wichtigste Etappen im gemeinschaftlichen Gesetzgebungsprozess

Adresse

Prof. Dr. Roger Zäch
 Rechtswissenschaftliches Institut
 Hirschengraben 56, 8001 Zürich
 Tel. 044 634 48 80
 Fax 044 634 43 98
 e-mail: roger.zaech@rwi.unizh.ch
 Homepage: <http://rwiweb.uzh.ch/zaech/home.htm>

Bei Fragen im Zusammenhang mit dem Studium stehe ich Ihnen gerne zur Verfügung. Schreiben Sie mir ein e-mail oder rufen Sie mich an.

Literatur

Dieses Skript enthält nur Stichworte dazu, „wohin die Reise geht“; Erläuterungen und weiter führende Hinweise folgen in der Vorlesung. Die eingerahmten Texte (häufig Gerichtsentscheide) sollen der Anschauung und vor allem der Diskussion dienen.

Wer zu einzelnen Themen der Vorlesung mehr wissen möchte, als in der Vorlesung vermittelt werden kann, sollte folgende Bücher konsultieren:

- | | |
|-------------------|---|
| PETER FORSTMOSER | Einführung in das Recht, 3. Auflage,
Bern (Stämpfli) 2003, 608 S.
Ausführliche Darstellung mit vielen Beispielen
aus der Praxis
(Für dieses Buch gibt es Hörscheine zum ver-
billigten Bezug). |
| HANSJÖRG SEILER | Einführung in das Recht, Zürich (Schulthess)
2000, unveränderter Nachdruck 2002, 316 S. |
| MANFRED REHBINDER | Einführung in die Rechtswissenschaft,
8. Auflage, Berlin (de Gruyter) 1995, 277 S. |
| GUNTHER ARZT | Einführung in die Rechtswissenschaft. Grundla-
gen mit Beispielen aus dem schweizerischen
Recht, 2. Auflage,
Basel (Helbing & Lichtenhahn) 1996, 188 S. |

Speziell für **Block III** empfiehlt sich:

- | | |
|-----------------|--|
| ERNST A. KRAMER | Juristische Methodenlehre, 2. Auflage,
Bern (Stämpfli), München (C.H.Beck),
Wien (Manz) 2005, 285 S. |
|-----------------|--|

Speziell für **Block IV** empfiehlt sich:

- | | |
|---|--|
| ARTHUR KAUFMANN /
WINFRIED HASSEMER /
ULFRIED NEUMANN (Hrsg.) | Einführung in die Rechtsphilosophie und
Rechtstheorie der Gegenwart, 7. Auflage,
Heidelberg (C.F. Müller, utb 0593) 2004, 544 S. |
| THEO MAYER-MALY | Rechtsphilosophie, Springer Wien 2001. |

Ein wichtiges **Hilfsmittel** auch für die zukünftigen Semester ist:

- | | |
|-------------------------------------|---|
| PETER FORSTMOSER /
REGINA OGOREK | Juristisches Arbeiten. Eine Anleitung für
Studierende, 3. Auflage, Zürich (Schulthess)
2004, 437 S. |
|-------------------------------------|---|

Einleitung: Begriff des Rechts, Rechtswissenschaft, Aufgabe des Rechts

1. Begriff des Rechts



Immanuel Kant
1724-1804

I. KANT

Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Einleitung, § B, 1797.

Das Recht ist der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des Einen mit der Willkür des Anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.



Rudolf von Jhering
1818-1892

R. VON JHERING

Der Zweck im Recht I (1893 / Neudruck 1970) 322.

Recht ist die Summe aller in einem staatlichen Zwangsverfahren durchsetzbaren Normen, die das Zusammenleben der Menschen in einem Staat regeln.



Ulpian
bis 228 nach Christus

D. 1.1.10 (Ulpian)

Gerechtigkeit ist der beständige und immerwährende Wille, jedem das Seine zuzuteilen. Die Grundsätze des Rechts sind folgende: anständig zu leben, den anderen nicht zu verletzen, und jedem das Seine zuzuteilen. Die Rechtswissenschaft ist die Kenntnis göttlicher und menschlicher Dinge, die Wissenschaft von Recht und Unrecht.

D.1.1.1 pr. (Celsus)

Ius est ars boni et aequi.

2. Rechtswissenschaft und Abgrenzung

Die Rechtswissenschaft ist eine der ältesten Fakultäten der europäischen Universitäten. Recht, Theologie, Medizin und die „Artes liberales“ (= Grammatik, Rhetorik, Dialektik, Arithmetik, Geometrie, Astronomie, Musik) bildeten den Fächerkanon der mittelalterlichen und frühneuzeitlichen Universitäten.

Trotz dieser ehrwürdigen Tradition hatte die Rechtswissenschaft, seit mit I. Kant ein moderner Wissenschaftsbegriff begründet worden war, Mühe, sich als „Wissenschaft“ auszuweisen. Lange versuchte man, die Kriterien von „Wissenschaft“ durch „Systembildung“ und den Nachweis von „Gesetzmässigkeiten“ der Rechtsentwicklung zu erfüllen. Mit zunehmender Gesetzgebung im 19. Jahrhundert wurde jedoch die Abhängigkeit des Rechts von politischen Eingriffen und Steuerungen offenkundig. Julius Hermann von Kirchmann zog die Konsequenz: „Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers, und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur!“ („Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft“, 1848, Nachdruck Heidelberg 2000). Doch die folgenden Generationen von Juristen verteidigten umgehend den wissenschaftlichen Geist der Jurisprudenz, so z.B. Rudolf von Jhering („Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?“, 1868, Nachdruck Göttingen 1998). Die Diskussionen um den Status der Jurisprudenz flammten auch im 20. Jahrhundert immer wieder auf. Ob die Rechtswissenschaft überhaupt eine Wissenschaft und, wenn ja, eher eine Sozialwissenschaft oder eine Geisteswissenschaft sei, beschäftigt weiterhin das Selbstverständnis der (universitären) Juristen. Näheres dazu in Kapitel IV (Rechtstheorien).

3. Der Fall

Wie in der Medizin geht es auch in der Jurisprudenz immer um pathologische, um kranke Fälle. Die harmonische Ehe und der zur beidseitigen Zufriedenheit erfüllte Vertrag sind juristisch keine Fälle. Juristen lösen Streitfälle. Es stellt sich die Frage: wer hat Recht oder was ist Recht (quid iuris)?

Im folgenden drei Beispiele für solche Streitfälle. Wir wollen diese Streitfälle rechtlich lösen. Wir fragen daher, wer hat nach dem „geltenden Recht“ Recht. Beachten: in der Schweiz gilt möglicherweise ein etwas anderes Recht als in anderen Ländern. Welches Recht für einen Fall gilt, ist dabei eine Vorfrage (Kollisionsrecht).

Text 1 (Haftpflichtrecht)

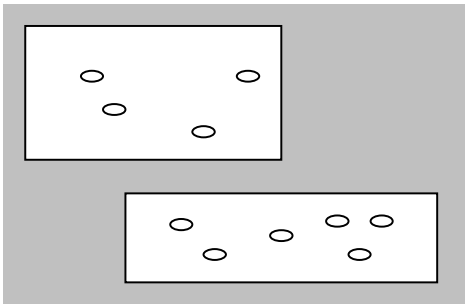
In der amerikanischen Gründerzeit gab es Streit zwischen Getreidefarmern und Viehranchern über die Frage, wer für den Schaden verantwortlich ist, den das Vieh der Rancher am Getreide der Farmer angerichtet hatte. Die Farmer meinten, die Rancher seien für ihr Vieh verantwortlich und müssten es deshalb einzäunen. Die Rancher entgegneten, es sei üblich, das Vieh frei über das Grasland ziehen zu lassen; weil das Weideland viel grösser sei als die Getreidefarm, obliege es den Farmern, die Felder einzuzäunen.

Wie ist der Fall zu entscheiden?

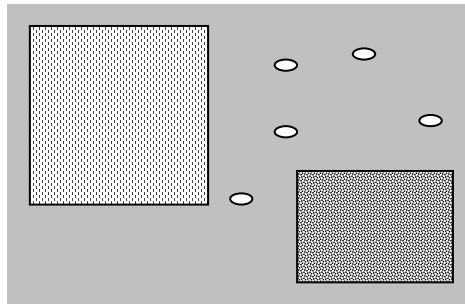
(Siehe Dawson, Good Fences Make Good Neighbors,
http://tarlton.law.utexas.edu/dawson/horselaw/fenc_law.htm)

Grafik

A.



B.



Grundsätzliche Lösung nach Art. 56 Abs. 1 OR

“Für den von einem Tier angerichteten Schaden haftet, wer dasselbe hält, wenn er nicht nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt in der Verwahrung und Beaufsichtigung angewendet habe, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre“ (Art. 56 Abs. 1 OR).

Text 2 (Erbrecht / Gesellschaftsrecht)

Der älteste von drei Brüdern, ein Schmied, hat dreißig, der zweitälteste, ein Lastträger, drei Ziegen. Der Jüngste besitzt nichts. Er soll Hirte werden. Dazu geben ihm der Schmied fünf, der Lastträger eine Ziege aus ihren Ställen. Der Schmied besitzt nun 25, der Lastträger 2, der Hirte 6 Ziegen. Nach einigen Jahren hat sich der Bestand beim ältesten auf 50, beim mittleren auf 10 und beim jüngsten, der sich dem Geschäft von Berufs wegen widmet, auf 132 vermehrt. Da stirbt der Jüngste und die beiden älteren geraten in Streit über die Erbteilung, die in jenem Lande, so will es die Legende, gesetzlich nicht geregelt war.

Die beiden Streitenden erklären übereinstimmend die Teilung je zur Hälfte für ungerecht. Der Schmied beansprucht 110 Ziegen und will dem Lastträger 22 überlassen, das entspräche dem Verhältnis dessen, was sie dem jüngsten Bruder gegeben hatten ($5 : 1 = 110 : 22$). Er argumentiert aus dem kapitalistischen Gesichtspunkt: Geld heckt Geld und Ziegen hecken Ziegen; sie gebühren dem der das Kapital gab.

Der Lastträger verlangt demgegenüber Berücksichtigung des Opfers bei der Hingabe. Der ältere habe nur ein Sechstel seines Vermögens (5 von 30), er aber ein Drittel (1 von 3) hingegeben, also habe er doppelt soviel geopfert und deshalb Anspruch auf zwei Drittel der Erbschaft. Er verlangt 88 Ziegen und will dem Bruder 44 überlassen. Er sei überdies bedürftiger und infolge seines Berufes früher alt und arbeitsunfähig. Gegenüber dem objektiven Teilungsprinzip (halb und halb) und gegenüber dem kapitalistischen Gesichtspunkt stützt er sich auf soziale Gründe. Der reiche Schmied, wie alle Besitzenden empfindlich, wenn sie sich in ihren materiellen Interessen angegriffen sehen, gerät in Zorn und verlangt jetzt alle Ziegen bis auf eine. Er habe weder die Berufswahl noch das Berufsrisiko seines Bruders zu verantworten. Dieser habe damals auch nur einen Ziegenbock hergegeben, mit dem allein sowieso niemand zu einer Herde kommen könne. Den Bock möge er zurücknehmen, der Rest gebühre ihm. Der Richter versucht es mit der Wiederherstellung des status quo und will die beiden Streitenden zunächst so stellen, wie sie stehen würden, wenn sie damals nichts hergegeben hätten. Der Bestand des älteren habe sich verdoppelt (von 25 auf 50), er soll also für die hingegebenen 5 vorab 10 erhalten. Der Bestand des mittleren habe sich verfünffacht (von 2 auf 10), demgemäß soll er vorab für die eine hingebene 5 bekommen. Dann aber weiß er nicht, was er mit den restlichen 117 Ziegen machen soll. Die naheliegende Teilung zur Hälfte verbietet sich schon wegen der ungeraden Zahl. Im übrigen tauchen jetzt alle Streitfragen von neuem auf.

(Siehe Fechner, Rechtsphilosophie, Tübingen 1956, S. 11 Fn 1)

Grafik

	Schmied	Lastträger	Jüngster
I.	30	3	-
	-5	-1	-
II.	25	2	6
III.	50	10	132

Wie sollen 132 Ziegen unter 2 aufgeteilt werden?

Varianten	Begründung
A. 66 : 66 →	ungerecht
B. 110 : 22 →	kapitalistisches Argument
C. 44 : 88 →	Opferargument; soziale Gründe; Bedürftigkeit

Herstellung des Zustandes ohne Schenkung; dazu:

D.	(II.)	25	2	Wie entwickelte sich Situation / Vermögen nach der Schenkung?
	(III.)	50	10	
		x 2	x 5	
		30 x 2	3 x 5	Wie hätte sie sich entwickelte ohne Schenkung?
		60	15	
		+ 10	+ 5	132 - 15 = 117

Wie sollen die restlichen 117 Ziegen aufgeteilt werden?

Text 3 (Strafrecht / Sachenrecht)

A stiehlt das Velo des B und verkauft es an C.

Violinistin V leiht ihrer Freundin F für ein Konzert ihre wertvolle Geige. Nach dem Konzert bietet der Musikliebhaber L, beeindruckt vom Klang des Instruments der F Fr. 50'000.-- für die Geige. F kann dem nicht widerstehen und verkauft das Instrument an L.

„Wer jemandem eine fremde bewegliche Sache zur Aneignung wegnimmt, um sich oder einen andern damit unrechtmässig zu bereichern, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft.“
(StGB 139 Z. 1)

„Wer sich eine ihm anvertraute fremde bewegliche Sache aneignet, um sich oder einen andern damit unrechtmässig zu bereichern, wer ihm anvertraute fremde Vermögenswerte unrechtmässig in seinem oder eines anderen Nutzen verwendet, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft.“
(StGB 138 Z. 1)

„Wer eine bewegliche Sache in gutem Glauben zu Eigentum oder zu einem beschränkten dinglichen Recht übertragen erhält, ist in seinem Erwerbe auch dann zu schützen, wenn sie dem Veräusserer ohne jede Ermächtigung zur Übertragung anvertraut worden war.“
(ZGB 933)

„Der Besitzer, dem eine bewegliche Sache gestohlen wird oder verloren geht oder sonst wider seinen Willen abhanden kommt, kann sie während fünf Jahren jedem Empfänger abfordern.“
(ZGB 934 I)

Vorgehen

- I. Beurteilung der Fälle nach Strafrecht**
- II. Beurteilung der Fälle nach Sachenrecht**

I Rechtliche Grundbegriffe

Im Folgenden werden die wichtigsten Grundbegriffe des Rechts vorgestellt und anhand von Texten und Beispielen aus der Praxis skizziert. Die wichtigsten Begriffe werden jeweils als Gegensatzpaare erörtert, wobei die folgende Gliederung und Reihenfolge nicht zwingend ist.

1. Rechtsgebiete

Traditionell werden die Gebiete des Rechts unterteilt in:

Privatrecht und öffentliches Recht

Zum Privatrecht zählen grundsätzlich das gesamte Zivil- und Teile des Wirtschaftsrechts; zum Öffentlichen Recht das Staats- und Verwaltungsrecht, Strafrecht, Teile des Wirtschaftsrechts und Prozessrecht.

Die Abgrenzung von Privatrecht und Öffentlichem Recht ist nicht immer eindeutig, zumal zahlreiche Erlasse sowohl öffentlichrechtliche als auch privatrechtliche Vorschriften enthalten.

Für die Abgrenzung der beiden Rechtsbereiche existieren verschiedene Theorien:

- *Funktionstheorie (Interessentheorie)*: Öffentliches Recht dient der Erfüllung öffentlicher Aufgaben bzw. Interessen, Privatrecht der Erfüllung privater Interessen. Diese Abgrenzung geht auf den röm. Juristen Ulpian zurück
- *Verfügungstheorie*: Öffentliches Recht ist zwingend, Privatrecht ist dispositiv. Diese Unterscheidung findet sich schon bei dem röm. Juristen Papinian (Öffentliches Recht ist, was durch Vereinbarungen von Privaten nicht abgeändert werden kann).
- *Subjektstheorie*: Öffentliches Recht regelt die Beziehungen zwischen Staat und Privaten bzw. zwischen staatli-

chen Organisationen; Privatrecht ordnet die Rechtsbeziehungen unter Privaten.

- *Subordinationstheorie*: Im öffentlichen Recht ist der Staat als Träger von Hoheitsrechten dem Privaten übergeordnet; im Privatrecht besteht zwischen den Beteiligten ein Gleichordnungsverhältnis.

**ABGRENZUNG
PRIVATRECHT – ÖFFENTLICHES RECHT**

**Öff.
Recht**

Privatrecht

Erfüllung
öff. Interessen

**Interessen- oder
Funktionstheorie**

Erfüllung
priv. Interessen

zwingend

Verfügungstheorie

dispositiv

Rechtsbeziehung
Staat - Bürger

Subjektstheorie

Rechtsbeziehung
Bürger - Bürger

Staat
|
Bürger

Subordinationstheorie Bürger - Bürger

Nach BGE 109 Ib 146 erfolgt die Abgrenzung nach
den Kriterien, die den konkreten Gegebenheiten am
besten gerecht werden.

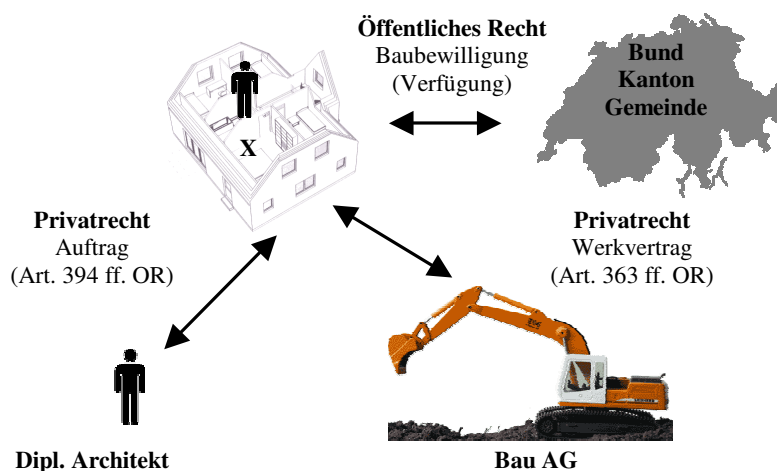
Die Theorien fokussieren den Blick auf ein für die Abgrenzung jeweils bedeutsames Element. Für sich allein betrachtet sind sie aus diesem Grund einseitig. Die einzelnen Kriterien sind deshalb im Sinne eines Methodenpluralismus zu kombinieren und den Gegebenheiten des Einzelfalles anzupassen (vgl. BGE 109 Ib 146 ff.). In der Praxis wird die Abgrenzung überwiegend anhand der **Subjekts- und Subordinationstheorie** vorgenommen. Um öffentliches Recht handelt es sich also, wenn der Staat oder ein anderer Hoheitsträger gegenüber einer Privatperson mit hoheitlicher Gewalt auftritt. Handelt der Staat gegenüber der Privatperson auf gleicher Ebene oder besteht ein Verhältnis nur zwischen Privaten, so liegt ein privatrechtliches Verhältnis vor.

Beispiele: Das Steueramt kauft Bleistifte, erlässt einen Steuerbescheid. Die Gemeinde versagt eine Baugenehmigung, kauft Land von einem Bürger (usw.)

Fall

X will ein Haus bauen. Er beauftragt einen Architekten mit der Zeichnung des Planes, reicht diesen bei der Baubehörde ein und beantragt die Erteilung einer Baugenehmigung. Nachdem er diese erhalten hat, beauftragt er eine Bauunternehmung mit der Errichtung des Gebäudes.

Grafik



Die Zuordnung zu einem der Rechtsgebiete hat praktische Bedeutung für die **Zuständigkeit** zur Rechtssetzung und Rechtsanwendung.

Die Kompetenz zur Rechtssetzung auf dem Gebiet des Privatrechts liegt beim **Bund** (BV 122 I); dagegen sind im öffentlichrechtlichen Bereich grundsätzlich die **Kantone** zuständig (BV 3).

Die Rechtsanwendung im öffentlichen Recht erfolgt in der Regel durch Verwaltungsbehörden; der Rechtsweg führt an die **Verwaltungsgerichte**. Für das Privatrecht sind die **Zivilgerichte** zuständig.

Weiter entscheidet die Zuordnung eines Rechtsverhältnisses auch darüber, welche materiellen Vorschriften anwendbar sind.

Schliesslich hängen auch die Parteirollen davon ab.

Beispiel: In ZH erfolgt die Stromversorgung nicht privatrechtlich, sondern hoheitlich.

Das Stromentgelt wird hoheitlich vorgeschrieben und gegebenenfalls zwangsweise eingetrieben. Will sich der Bürger wehren, muss er beim VerwG auf Rückzahlung klagen.

Ist die Stromversorgung dagegen privatrechtlich organisiert, so handelt es sich um einen Kauf in der Form eines Sukzessivlieferungsvertrags. Der Energieversorger muss seine Forderung vor dem Zivilgericht einklagen.

Grundrechte als Gestaltungsprinzipien des öffentlichen und des privaten Rechts

Beispiele:

- Menschenwürde (Art. 7 BV)
- Rechtsgleichheit (Art. 8 BV)
- Recht auf Leben (Art. 10 BV)
- Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV)
- Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 16 BV)
- Vereinigungsfreiheit (Art. 23 BV)
- Eigentumsgarantie (Art. 26 BV)
- Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV)

Verwirklichung (Art. 35 BV)

Drittwirkung (Art. 35 Abs. 3 BV)

Einschränkung (Art. 36 BV)

Fall

Carl Seelig, der den Beruf eines Schriftstellers, Theater- und Filmkritikers ausübt, ist regelmässiger Mitarbeiter der Zeitung "Tagesanzeiger für Stadt und Kanton Zürich". In dieser veröffentlichte er am 28. August 1951 eine etwas abfällige Kritik über einen im Kino "Studio 4" in Zürich laufenden Film. Studio 4 AG als Inhaberin des Kinounternehmens warf mit Schreiben vom 3. September 1951 dem Kläger vor, er habe sich bei der erwähnten Filmbesprechung nicht von seiner Verantwortung als Filmkritiker, sondern viel mehr „von aufgestautem Ressentiment gegen das Studio 4 und seinen Inhaber“ leiten lassen. Das habe mit sachlicher Kritik ... nichts mehr zu tun. Der Kinoinhaber gab dann die Erklärung ab: „Es ist besser, Sie meiden von nun ab mein Kino ...“. Carl Seelig klagte gegen die Kinoinhaberin auf Zulassung (Abschluss von Verträgen). Das Bundesgericht wies die Klage ab (BGE 80 II 26 ff.).

Heute wohl anders: Infolge mittelbarer Drittwirkung der Grundrechte über die Generalklausel (Art. 28 ZGB) gelten sie auch im Privatrecht. Das führt zu einem Kontrahierungszwang.

Diskriminierungsverbot ↔ Privatautonomie

Während das Diskriminierungsverbot im Verhältnis zwischen dem Staat und den Bürgerinnen und Bürgern (öffentliches Recht) von Verfassungswegen gilt, gilt im Verhältnis zwischen einzelnen Privaten vor allem die Privatautonomie, die in ihrer "reinen" Ausgestaltung auch Diskriminierungen erlaubt (vgl. aber Fall Seelig).

Diskriminierungsverbot – Beispiel aus Deutschland

Das deutsche Bundesministerium der Justiz hat zur Umsetzung der Antidiskriminierungs-Richtlinien 2000/78/EG und 2000/43/EG einen Diskussionsentwurf zu einem Antidiskriminierungsgesetz v. 10.12.2001 vorgelegt, der über die Richtlinien noch weit hinausgeht. Nach dem geplanten § 319a BGB (Benachteiligungsverbot) darf u.a. „niemand aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität bei der Begründung, Beendigung und Ausgestaltung von Verträgen, die öffentlich angeboten werden, ... unmittelbar oder mittelbar benachteiligt oder belästigt werden“.

Text 4

Frankfurter Allgemeine Zeitung, 07.07.2003, Nr. 154, S. 8

Die neue Moral im Zivilrecht

Von Professor Dr. Eduard Picker

In den kommenden Monaten muß die Bundesregierung eine europäische Richtlinie umsetzen, die Diskriminierung wegen der Rasse oder der ethnischen Zugehörigkeit im Privatrecht verbietet. Justizministerin Däubler-Gmelin (SPD) ist mit diesem Vorhaben in der vergangenen Legislaturperiode gescheitert. Nun bereitet ihre Nachfolgerin Brigitte Zypries einen neuen Entwurf vor. Die Pläne laufen darauf hinaus, den Gebrauch der Meinungsfreiheit unter Strafe zu stellen.

Ein neues, von der Bundesregierung geplantes Gesetz sagt einer besonders häßlichen sozialen Erscheinung den Kampf an: der Diskriminierung. Die Idee eines Antidiskriminierungsgesetzes kann sich deshalb des breitesten Beifalls gewiß sein.

Lästigerweise ist jedoch die Wirklichkeit komplizierter als das Reich der Ideen. Meist läßt die Realität, namentlich bei Eingriffen in den Markt, das Gute zum Gutgemeinten zusammenschrumpfen. Das aber ist bekanntlich nicht selten das Schlechte. Das zivilrechtliche Antidiskriminierungsgesetz, das gegenwärtig im Bundesjustizministerium vorbereitet wird, stößt daher nicht nur unter Juristen auf Skepsis. Es weckt auch in der Gesellschaft Besorgnis: Man argwöhnt eine Verquickung von Recht und Moral und befürchtet von der verordneten neuen Humanität eine Gefahr für die Freiheit. Im tiefsten weckt das Gesetzesvorhaben damit die

im Kollektivbewußtsein der Gesellschaft lebendige Furcht, daß der Staat mit Naturläufigkeit über kurz oder lang Züge zum Totalitären entwickelt.

Anlaß zu Besorgnis gibt schon der moralische Drang, dem das Gesetz, wenn nicht seine Entstehung, so doch die Ausgestaltung verdankt: Die vorgesehene Umsetzung der europäischen Vorgabe, der Richtlinie 2000/43/EG vom 29. Juni 2000, schießt deutlich über deren Ziele hinaus. Deutschland soll europäischer sein als Europa. Denn die Bundesregierung bejaht entschieden die keineswegs entschiedene Frage, ob in Deutschland überhaupt noch besondere Regelungen nötig sind. Und sie geht - dem Hang zu deutscher Gründlichkeit folgend - deutlich über die Anforderungen aus Brüssel hinaus: Die Regierung grenzt das Diskriminierungsverbot nicht auf die Merkmale Rasse und ethnische Herkunft ein, sondern erstreckt es darüber hinaus auf sexuelle Identität, Behinderung und - hier freilich beginnt man zu schwanken - auf Religion, Weltanschauung und Alter.

Der Sache nach übernimmt die Bundesregierung damit den sehr viel weiteren Geltungsbereich der Richtlinie 2000/78/EG vom 27. November 2000 "zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf". In Deutschland soll nun in entsprechender Weise der "Zugang und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum" gesichert werden. Auf juristischem Weg erstrebt die Bundesregierung ein gesellschaftspolitisches Ziel: die lückenlose Gleichbehandlung und Gleichstellung aller Zivilrechtsteilnehmer.

Umfangreiche, aber vage Verbotstatbestände

Der Drang, ein deutsches Übersoll zu erfüllen, tritt aber nicht nur an den Zielen auf. Er zeigt sich an den so akribischen wie umfangreichen und dennoch vielfach höchst vagen Verbotstatbeständen, die die "unmittelbare" und "mittelbare Benachteiligung" sowie die "Belästigung" zu katalogisieren versuchen. Er wird ferner an der Beweisregelung offenkundig, die dem "Verdächtigen" den Nachweis aufzwingt, den Diskriminierungsverdacht zu widerlegen. Verlangt wird nicht, daß er überführt wird, sondern daß er sich von jedem Verdacht selbst entlastet. Und nicht zuletzt zeigt es den Übereifer der Legislative, wenn sie den mutmaßlichen Delinquenten nicht nur Ansprüchen auf Unterlassung und auf "benachteiligungsfreie Behandlung" aussetzt, wenn sie ihn vielmehr darüber hinaus noch verpflichtet, eine "angemessene Entschädigung in Geld" zu entrichten - wenn sie dem potentiell Diskriminierten also die Chance quasi eines Nebenverdienstes eröffnet.

Vor allem aber treten Tugendeifer und Regelungswut der Gesetzesplaner an der Absicht zutage, das Diskriminierungsverbot durch ein Verbandsklagerecht nach dem Unterlassungsklagegesetz zu bewahren, wenn auch bislang nur bei Unternehmern. Die Abwehr einer Diskriminierung oder eines entsprechenden Verdachts soll nicht mehr nur dem wirklichen oder vermeintlichen Opfer obliegen, sondern schon im Stadium der Ermittlung durch Verbände durchgeführt werden. Hier ist hohe Professionalität zu

erwarten. Weil diese neuen Verfolger aus den aufzuspürenden Diskriminierungsversuchen ihre Existenzberechtigung und -sicherung ziehen, werden sie mit entsprechender Entdeckungsbereitschaft vorgehen. Und mehr noch: Die Ermittler werden bei ihrer Spürarbeit die Grenzen zum Intimbereich möglicher Opfer nicht immer einhalten. Denn weil das Gesetz entsprechende Glaubhaftmachungen verlangt, werden sie nicht nur äußere Fakten, sondern notwendig auch die Gesinnung der Verdächtigen bloßlegen müssen.

Steht diesen Verbänden überdies ein eigenes Klagerecht zu, können sie unabhängig vom Willen des Opfers vorgehen. Sie sollen folglich selbst dort zur Verfolgung von Diskriminierung befugt sein, wo niemand sich diskriminiert fühlt. Und sie sollen im Fall des Erfolgs, dann also, wenn es dem Verdächtigen nicht gelingt, fehlende (!) Diskriminierungsabsicht überzeugend nachzuweisen, dessen Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe herbeiführen können. Kurz, es droht: Überwachungs- und Inquisitionskomitees von wahrhaft robespierrezchem Charakter sollen die neue Moral im Zivilrecht sichern.

Ein Beispiel mag die Folgen dieser Ausgestaltung des Diskriminierungsverbots erhellen: Wer auch nur in einer Kleinanzeige nach Mietern sucht, unterfällt dem neuen Gesetz. Er kann einem Bewerber, der etwa eine Wohnung im vom Vermieter bewohnten Zwei-Etagen-Haus mieten möchte, nicht deshalb den Vertragschluß verweigern, weil er seine enge persönliche Lebenssphäre nicht mit einem Mitbewohner zu teilen wünscht, der die vom Gesetz genannten Eigenschaften besitzt. Ebenso wenig darf dieser Vermieter demselben Bewerber auch eine Wohnung in seinem fernen, als Vermögensanlage genutzten Hochhaus verweigern: Er darf sich nicht auf die Besorgnis berufen, daß sich mit einem solchen Mieter das "Milieu" ändern würde, damit die Attraktivität des Objekts und mit ihr die Höhe seiner Erträge. Finanzielle Einwände stehen ihm ebensowenig zu wie ideelle. Auch der Hinweis, daß ihm - völlig zufallsbedingt - im Interesse einer neuen Sozialräson ein womöglich hohes Sonderopfer abverlangt werde, verfinge infolge dieser neuen Enteignungsbefugnis nicht mehr.

Die Bedeutung der geplanten Gesetzgebung ist kaum zu überschätzen: Sie wird den "großen" wie den "kleinen" Rechtsgenossen betreffen, den Privatmann wie den Geschäftsmann. Sie wird bis hinein in deren Intimbereiche Wirkung entfalten. Und sie wird das Rechtsverhalten bis in die tagtäglichen Angelegenheiten bestimmen. Sie wird den querulatorisch Disponierten beflügeln. Und sie wird potentielle Diskriminierer, faktisch also jeden, der einen Vertrag schließen will, schon im Vorfeld zu emsiger Dokumentation aller denkbaren Gegenbeweise bewegen - wo es um Arbeitsrecht geht, werden ganze Stahlschränke gefüllt werden. Vor allem aber wird das Gesetz die Rechtsgenossen nachdrücklich animieren, ihre Fähigkeiten zu Camouflage, Täuschung und Unehrllichkeit mit aller Entschiedenheit zu entfalten.

Die Ziele, die die Regierung anstrebt, stehen außer Zweifel. "Du sollst nicht diskriminieren" ist eine richtige und unentbehrliche Maxime für das Handeln des Staates. Zweifelhaft ist jedoch, ob der Staat seine offizielle

Moral auch dem Bürger aufdrängen darf. Noch fraglicher erscheint, ob das Privat- und speziell das Zivilrecht der richtige Ort ist, um die erstrebte bessere Welt zu erreichen. Bislang gilt das Zivilrecht als der Raum, in dem freie Individuen frei, und das heißt im Wortsinn "willkürlich", miteinander agieren. Jetzt soll auch in diesem Bereich - wie in dem des staatlichen Handelns - ein Zwang zur Gleichstellung und Gleichbehandlung aller durch alle begründet werden. Aufgehoben wird dann ebendie Befugnis zur Will-Kür.

Das Zivilrecht setzt dann der Rechtsgestaltung des Bürgers nicht mehr nur Grenzen. Es gibt ihm auch Inhalte vor. Speziell das Antidiskriminierungsgesetz schleift dann die letzte Bastion vertragsbezogener Selbstbestimmung. Es begnügt sich nicht mit Maßgaben für die Inhaltsgestaltung, sondern legt mehr oder minder weit auch den Vertragspartner fest. Damit verkürzt und verdrängt es nahezu gänzlich die Privatautonomie als die Macht zu zivilrechtlich-rechtsgeschäftlicher Selbstbestimmung.

Der überkommene Vorrang des subjektiven Willens vor einer "objektiven" Vernunft, gar einer staatlich dekretierten, ist aber nicht etwa Ausdruck von individualistischem Luxus und sozialem Verfall. Er verkehrt nicht Liberalität in Libertinage. Im Gegenteil, er ist anthropologisch, rechtlich und ökonomisch begründet. Die Befugnis, die eigenen Rechtsverhältnisse prinzipiell in Selbstbestimmung, also in "Willkür", zu regeln, entspringt urmenschlichem Wollen. Die Privatautonomie respektiert ein Postulat der Humanität und liegt als fundamentale Wertentscheidung der geltenden Ordnung zugrunde wie auch voraus. Entsprechend ist diese Befugnis dem Individuum von der Verfassung wie vom einfachen Recht zugewiesen. Die Freiheit zur Selbstbestimmung legitimiert sich auch ökonomisch. Denn nichts vermag die Kräfte und Fähigkeiten, die Kreativität und Innovationsbereitschaft des Menschen so nachhaltig zu befördern wie die Aussicht auf einen Gewinn von Freiheit und damit auch die Maximierung des Gewinns materieller Güter.

Alle diese Gründe und Ziele der Freiheit sind nun bedroht. In welchem Maß das der Fall ist, mag ein Vergleich zeigen: Man setze an die Stelle der inkriminierten Taten die entsprechenden Worte: Wer etwa als seine Überzeugung verkündet, Deutschland nehme zu viele Ausländer auf, "das Boot" sei "voll", mag wenig moralisch und tugendhaft handeln. Dennoch ist seine Meinungsbekundung von der Verfassung gedeckt. Das Grundgesetz nimmt in dem Bewußtsein, daß es "die" Wahrheit nicht gibt, daß vielmehr erst aus dem Ringen um die "richtige" Lösung Fortschritt entsteht, auch die unerwünschte, die "politisch unkorrekte" und selbst die moralisch verwerfliche Äußerung hin. Als Ausdruck von Meinungsfreiheit erlaubt es die pointierte politische und weltanschauliche Stellungnahme bis hin zur verächtlichen oder infamen Polemik und selbst bis zur Aufforderung zum Boykott.

Das geplante neue Recht verneint diese Freiheit. Würde es verwirklicht, setzte es Artikel 5 des Grundgesetzes indirekt, aber radikal außer Kraft. Denn es will den Bürger, der solche unerwünschten Meinungen äußert, zu entgegengesetztem Verhalten zwingen. Es verbietet ihm, seine persön-

liche Überzeugung, die - noch - von seiner Meinungsfreiheit gedeckt ist, im privaten Bereich auch tatsächlich zu "leben". Es behandelt ihn, tut er entsprechende Äußerungen, als erwiesenen Diskriminanten. Es zwingt ihn deshalb, just mit denen einen Vertrag abzuschließen und also in engste Kontakte zu treten, die selbst als Mitbürger abzulehnen das geltende Recht ihm um der Freiheit willen gestattet. Das neue Recht mit seinem Kontrahierungszwang stellt also den Gebrauch der Meinungsfreiheit unter Strafe. Sie beseitigt damit die Übereinstimmung von Wort und Tat beim Freiheitsgebrauch und führt sich somit rechtlich wie sachlich ad absurdum.

In dieser Kritik wird freilich zugleich erkennbar, auf welchem Weg die schwierige Problematik gelöst werden kann. Denn einerseits gilt es, die beschriebene Freiheit zu wahren, andererseits gilt auch, daß keine Freiheit ohne Grenzen ist. Solange es mehrere Personen gibt, setzt Freiheit immer auch Bindung voraus. Das Problem, das die Antidiskriminierungsgesetzgebung aufwirft, ist also im Kern das des richtigen Maßes.

Jede Ordnung muß daher die Freiheit zur Willkür, die für das Privatrecht grundlegend ist, einschränken zugunsten der Gleichbehandlung. Niemals geht es dabei darum, moralische Ideale für das Privatrecht verbindlich zu machen. Vielmehr geht es um das Ziel, das ethische Minimum eines zivilisierten Zusammenlebens zu sichern, oder um die Notwendigkeit, einem Versagen des Marktes entgegenzuwirken.

Den ersten Bereich bilden die Fälle, in denen die an sich erlaubte Ungleichbehandlung wegen besonderer Umstände oder Formen gegen die guten Sitten verstößt. Es geht hier also um die Fälle, die die Voraussetzungen der Paragraphen 138 und 826 des Bürgerlichen Gesetzbuchs erfüllen, etwa wegen des beleidigenden oder volksverhetzenden Charakters der Zurücksetzung bestimmter Bewerber. Einen Musterfall bildet der Anschlag an der Gaststättentür "Ausländer sind hier unerwünscht!", aber auch etwa dessen niederträchtig verfremdende Fassung, Ausländer hätten nur wegen des neuen Gesetzes Zutritt.

Den zweiten Bereich einer auch privatrechtlich unzulässigen Diskriminierung bilden die Fälle, in denen Güter wegen knapper Ressourcen bewirtschaftet werden müssen. Es geht hier also um Ausnahmelagen, in denen etwa Krieg oder Not, Monopol- oder ähnliche Machtpositionen bewirken, daß bestimmte Interessenten ihre Bedürfnisse nicht oder nur unter erschwerten Umständen decken können und eine wie auch immer gestaltete staatliche Distribution angemessen oder unumgänglich erscheint. Dazu zählt etwa die Notwendigkeit, bestimmte Bevölkerungsgruppen mit Wohnungen zu versorgen. Je nach Stand der sozialen Entwicklung gehören hierher aber auch jene besonders schwer abzuschätzenden Störungslagen, in denen das Recht gleiche Marktchancen jenen Personen eröffnen muß, die situativ oder konstitutionell benachteiligt sind - man denke etwa an Arbeitsplatzinteressenten, an Behinderte oder an Frauen.

Gerade diese Besonderheit spricht nicht für, sondern gegen das geplante Gesetz. Denn eine derart exzeptionelle, zugleich aber auch existentielle

Materie erfordert es, daß die so zahlreichen wie komplexen, zudem ständig wechselnden Faktoren erfaßt und zueinander in Zusammenhang gesetzt werden. Mit Gesetz- oder Richtliniengebern, die gordische Knoten bevorzugt zerhauen, ist ihr nicht gedient. Sie verlangt vielmehr eine tastende, immer neu überprüfte Lösungssuche und benötigt Regelungsformen, die sicherstellen, daß Veränderungen feinfühlig registriert werden und Verfehltes alsbald korrigiert wird.

Wandel der Wertvorstellungen

Kritik und eigene Konzeption sind danach in drei Stufen zusammenzufassen. Erstens: Diskriminierungen sind immer Teil eines freiheitlichen Gesellschafts- und Wirtschaftssystems. Die Freiheit zur Ungleichbehandlung ist also als Ausdruck der Privatautonomie ein Grundprinzip des Privatrechts, vor allem bei der Wahl des Vertragspartners. Diskriminierungsverbote stellen folglich in dessen Geltungsbereich - anders als in denen, die dem öffentlichen Recht unterliegen - einen systemgefährdenden Fremdkörper dar. Sie sind deshalb nur in Ausnahme- und Notfällen aufzustellen, konkret bei Verstößen gegen die "guten Sitten" und beim Zwang zur Bewirtschaftung einer knappen Ressource.

Zweitens: Als Ausnahme- und Notsituationen entziehen sich diese Fälle der sicheren Planung. Da sie dem Wandel der Wertvorstellungen unterworfen sind, können ihre Lösungen nicht "festgeschrieben" oder in kasuistischen Tatbeständen geregelt werden. Vielmehr ist umgekehrt aus der Kasuistik die jeweils angemessene Regel zu finden. Die Probleme sind also - ganz wie das Bürgerliche Gesetzbuch verfährt und ähnlich, wie man es bei den ersten Planungen des Antidiskriminierungsgesetzes erwog - besser als durch einzelne Normen durch Generalklauseln zu erfassen. Dadurch würde die einzelne Entscheidung in weitem Umfang in die Hände des Richters gelegt. Doch ist das in diesem Sonderbereich kein Nachteil, sondern ein Vorteil.

Zu erinnern ist nicht nur an die unverändert gültige Rechtfertigung der 1. Kommission für die Regelung des Paragraphen 138 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, nach der "bei der Gewissenhaftigkeit des deutschen Richterstandes . . . unbedenklich darauf vertraut werden (darf), daß die Vorschrift im großen und ganzen nur in dem Sinne angewendet werden wird, in dem sie gegeben ist". Auch die sachbedingte, spezielle Eignung des Richters für solche Entscheidungen ist wieder bewußtzumachen. Denn auch dann, wenn man die erzieherische Funktion von Normen nicht leugnet und damit die wechselseitige Abhängigkeit von Recht und Rechtsbewußtsein beachtet, gilt es zu sehen, daß bisher nicht das Gesetz über die Frage der "Sittenwidrigkeit" eines zivilrechtlich relevanten Vorgangs entscheidet. Maßstab ist vielmehr das "jeweilige Volksempfinden". Dieses Wertgefüge soll das "Blankettgesetz" der Generalklausel konkretisieren. Damit aber ist der Richter zur Entscheidung berufen: Nur er ist in der Lage, von Fall zu Fall das gefestigte "Volksempfinden" als den Maßstab seiner Urteile zu ermitteln. Nur er kann folglich moralische Daten in bindendes Recht transformieren.

Das von der Bundesregierung für die Antidiskriminierung gewählte Verfahren kehrt diese weise Kompetenzordnung um: Ein bislang gerade nicht ausgebildetes "Volksempfinden" soll per Gesetz verordnet, moralische Fakten also nicht "beachtet", sondern erst geschaffen werden.

Dagegen ist festzustellen: Die nach allem allein adäquaten Generalklauseln sind als geschriebene und ungeschriebene Prinzipien im geltenden Recht schon enthalten. Besondere Antidiskriminierungsgesetze sind deshalb im deutschen Privatrecht entbehrlich: Den europäischen Maßgaben ist bei richtiger Auslegung schon entsprochen. Einer Richtlinie, die dennoch in europäischer Hegemonie auf besonderen Gesetzen beharrt, sollte man deshalb, ist ihre Korrektur oder Abwehr schon nicht geglückt, mit allen rechtlichen Mitteln entgegentreten. Daß solche Verfahren bisher gescheitert sind, sollte diese Bereitschaft nicht dämpfen. Eine Nation, die darin geübt ist, ihr unerwünschte Gesetze ohne Verzug vor das Bundesverfassungsgericht zu tragen, sollte gegenüber europäischen Rechtsdirektiven von erheblicher Sach- und Systemwidrigkeit nicht plötzlich mentalitätsfremden Fatalismus trainieren.

* Der Verfasser lehrt Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Privatrechtsgeschichte der Neuzeit an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen.

Text 5

Entscheid des *U.S. Supreme Court* in Sachen *Grutter v. Bollinger et al.* vom 23.6.2003

Barbara Grutter, eine weiße *College*-Absolventin, bewarb sich um einen Studienplatz an der renommierten Law School der University of Michigan. Lediglich ca. 10% der Bewerberinnen und Bewerber erhalten einen Studienplatz. Beim Entscheid über die Aufnahme oder Abweisung werden verschiedene Kriterien berücksichtigt, insbesondere schulische Leistungen, Erfahrung, persönlicher Eindruck, Leistungsbereitschaft und Begeisterung des Bewerbers oder der Bewerberin. Für die Aufnahme von Kandidaten und Kandidatinnen, die Minderheiten angehören (*African-American, Hispanic* und *Native-American students*), bestehen zwar keine starren Prozentklauseln oder eine feste Anzahl von Plätzen. Doch gehört es zur Aufnahmepolitik der Law School, Angehörige dieser Minderheiten zu bevorzugen, wenn diese sonst nicht in einer nennenswerten Anzahl vertreten wären. Barbara Grutter wurde abgewiesen, worauf sie gegen die verantwortlichen Organe der Law School klagte. Zur Begründung führte Grutter an,

"that she was rejected because the Law School uses race as a predominant factor, giving applicants belonging to certain minority groups a significantly greater chance of admission than students with similar credentials from disfavored racial groups".

Zunächst führte der *Supreme Court* aus:

"All government racial classifications must be analyzed by a reviewing court under strict scrutiny. [...] But not all such uses are invalidated by strict scrutiny. Race-based action necessary to further a compelling governmental interest does not violate the Equal Protection Clause so long as it is narrowly tailored to further that interest."

Zum zwingenden Interesse ("*compelling governmental interest*") hielt das Gericht fest:

"The Court endorses [the] view that student body diversity is a compelling state interest that can justify using race in university admissions. The Court defers to the Law School's educational judgement that diversity is essential to its educational mission."

Das Gericht begründete seine Auffassung unter anderem damit, dass

"major American businesses have made clear that the skills needed in today's increasing global marketplace can only be developed through exposure to widely diverse people, cultures, ideas, and viewpoints. [...] Moreover, universities, and in particular, law schools, represent the training ground for a large number of the Nation's leaders. [...] In order to cultivate a set of leaders with legitimacy in the eyes of the citizenry, it is necessary that the path to leadership be visibly open to talented and qualified individuals of every race and ethnicity. [...] Thus, the Law School has a compelling interest in attaining a diverse student body."

Denn:

"In addition to the expert studies and reports entered into evidence at trial, numerous studies show that student body diversity promotes learning outcomes, and better prepares students for an increasingly diverse workforce and society, and better prepares them as professionals."

"Effective participation by members of all racial and ethnic groups in the civic life of our Nation is essential if the dream of one Nation, indivisible, is to be realized."

Das zwingende Interesse rechtfertigt also grundsätzlich die Förderungsmaßnahme. Doch muss diese genau begrenzt sein:

"To be narrowly tailored, a race-conscious admission program cannot insulate each category of applicants with certain desired qualifications from competition with all other applicants. [...] Instead, it may consider race or ethnicity only as a 'plus' in a particular applicant's file; [...] it must be flexible enough to consider all pertinent elements of diversity in light of the particular qualifications of each applicant, and to place them on the same footing for consideration, although not necessarily according them the same weight [...]. It follows that universities cannot establish quotas

for members of certain racial or ethnic groups or put them on separate admission tracks."

Auf den vorliegenden Fall angewendet:

"The Law School's admission program [...] is flexible enough to ensure that each applicant is evaluated as an individual and not in a way that makes race or ethnicity the defining feature of the application."

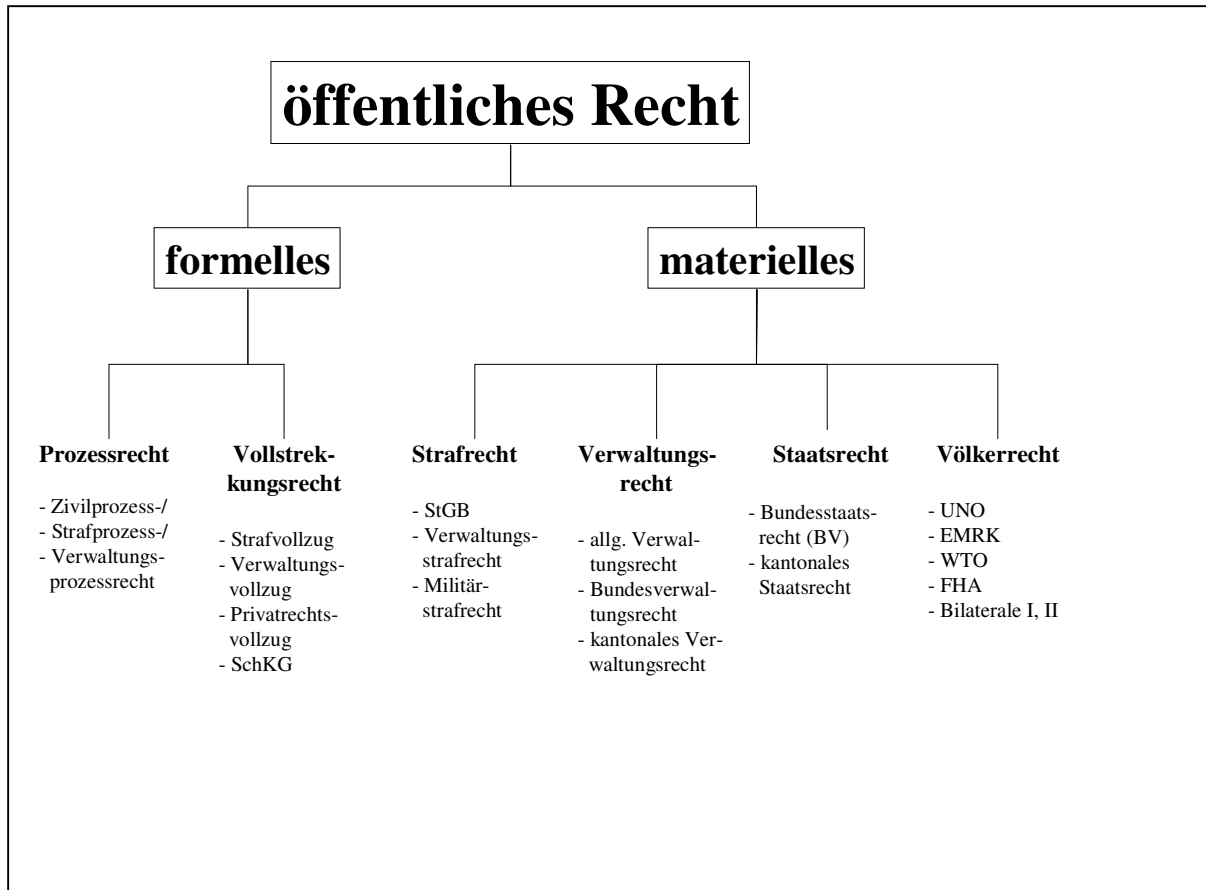
Sodann gilt die Begrenzung der Förderungsmassnahme auch in zeitlicher Hinsicht:

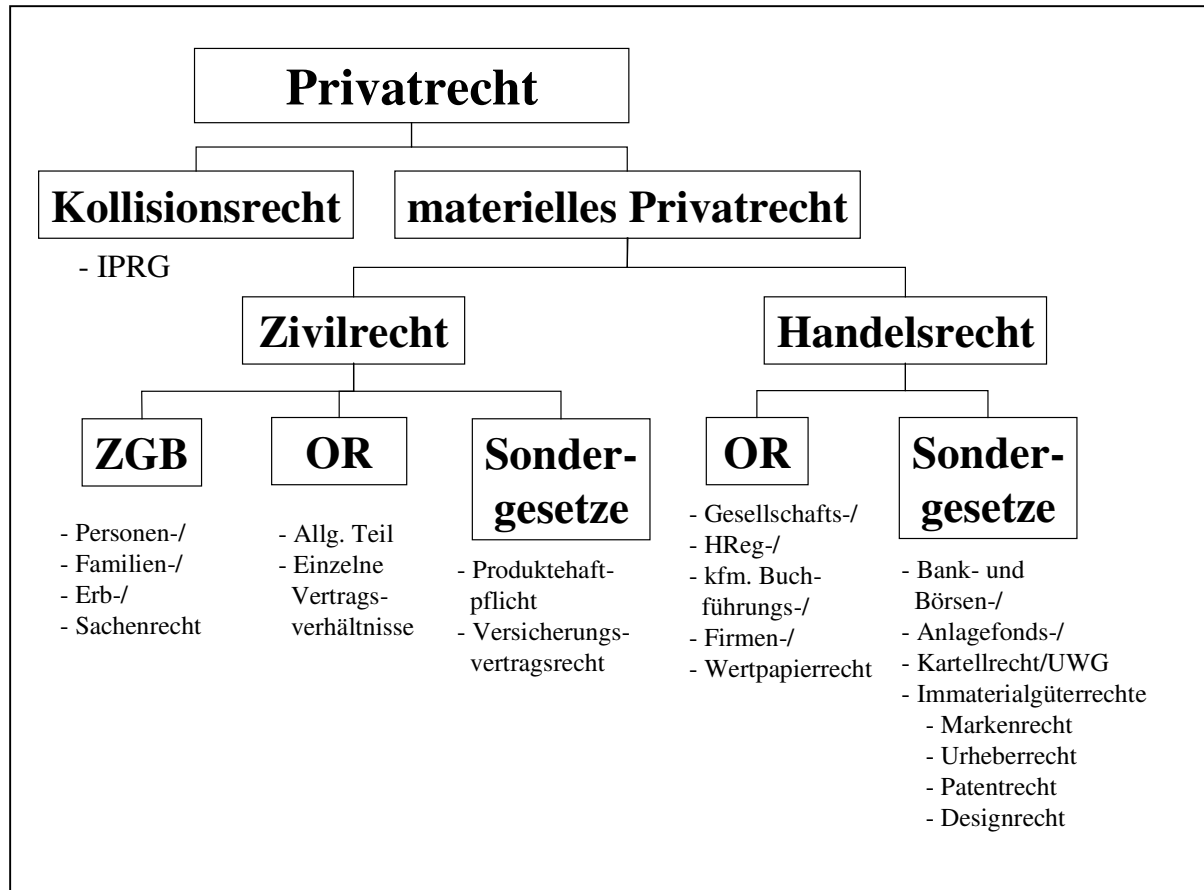
"Finally, race-conscious admissions policies must be limited in time. [...] The Court expects that 25 years from now, the use of racial preferences will no longer be necessary to further the interest approved today."

Quelle: <http://www.supremecourtus.gov/opinions/02pdf/02-241.pdf>

Vgl. zu staatlichen Massnahmen, die der Verwirklichung tatsächlicher Gleichstellung verschiedener Gruppen dienen (sog. *affirmative action*), auch die Urteile des Schweizer Bundesgerichts betreffend Frauenquoten in politischen und gerichtlichen Behörden, BGE 123 I 152 ff. sowie – präzisierend – BGE 125 I 21 ff.

Quoten oder Chancengleichheit?





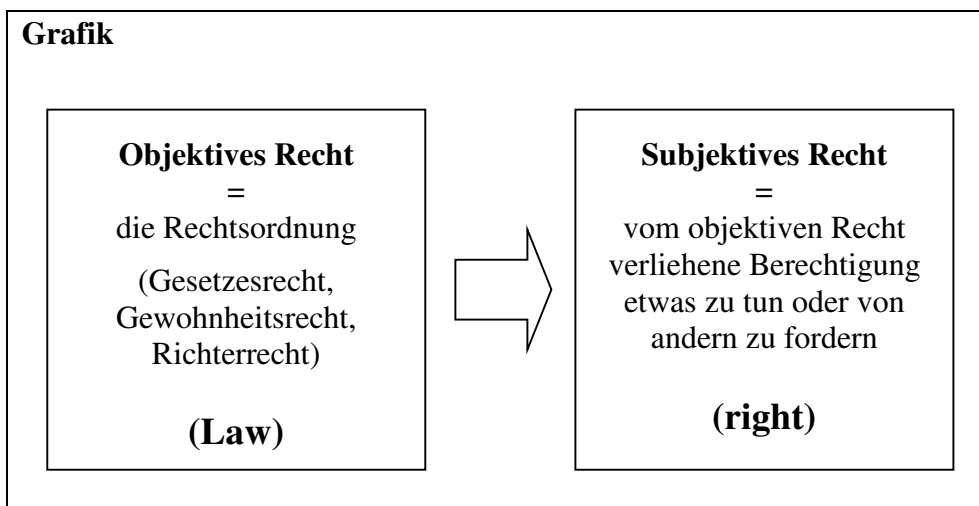
Sinn der Abgrenzung?

Im kontinentaleuropäischen Recht bestehen – wie aufgezeigt – für Privatrecht und öffentliches Recht grundsätzlich unterschiedliche Rechtswege. Dies ist im angloamerikanischen Recht nicht so ausgeprägt der Fall. Daher wird dort auch kaum zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht unterschieden.

2. Objektives Recht – subjektives Recht

„Objektives Recht“ bezeichnet die Gesamtheit aller Rechtsnormen – Gesetzesrecht, Gewohnheitsrecht, Richterrecht – und ist folglich gleichbedeutend mit „Rechtsordnung“ (*law*).

„Subjektives Recht“ ist ein relativ neuer Begriff. Er drückt aus, dass der Einzelne die Befugnis hat, sein Recht im Rahmen der Rechtsordnung beliebig auszuüben (*right*). Das subjektive Recht ist somit eine vom objektiven Recht verliehene Berechtigung, von anderen ein gewisses Verhalten zu fordern (Bucher Eugen, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Tübingen 1965).



Die Idee, dass Rechte einem Menschen nicht „zugeteilt“ werden, sondern ihm eigen sind, hat sich erst seit der Aufklärung durchgesetzt.

Text 6

„Wem die Gesetze ein Recht geben, dem bewilligen sie auch die Mittel, ohne welches dasselbe nicht ausgeübt werden kann.“

(ALR = Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794, Einleitung § 89)

„Handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde.“

„Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.“

“Recht und Befugnis zu zwingen sind einerlei.“

(Kant, Metaphysik der Sitten, Einleitung in die Rechtslehre, §§ B/C [33])

„Betrachten wir den Rechtszustand, so wie er uns im wirklichen Leben von allen Seiten umgibt und durchdringt, so erscheint uns darin zunächst die der einzelnen Person zustehende Macht: ein Gebiet, worin ihr Wille herrscht ... Diese Macht nennen wir ein Recht dieser Person. ... Manche nennen es das Recht im subjectiven Sinn.“

(F.K. von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd.1, 1840, S.7)

Subjektive Rechte unterteilt man in „absolute“ = solche, die gegen jedermann geltend gemacht werden können, und „relative“ = solche, die nur gegenüber bestimmten Personen, beispielsweise Vertragspartnern, geltend gemacht werden können.

Zu den absoluten Rechten gehören die dinglichen Rechte (z.B. das Eigentum), die Immaterialgüterrechte (z.B. das Urheberrecht) und die Persönlichkeitsrechte. Zu den relativen Rechten zählt man insbesondere die aus Vertrag, Delikt oder aus ungerechtfertigter Bereicherung entstehenden obligatorischen Rechte.

Beispiel:

Text 7

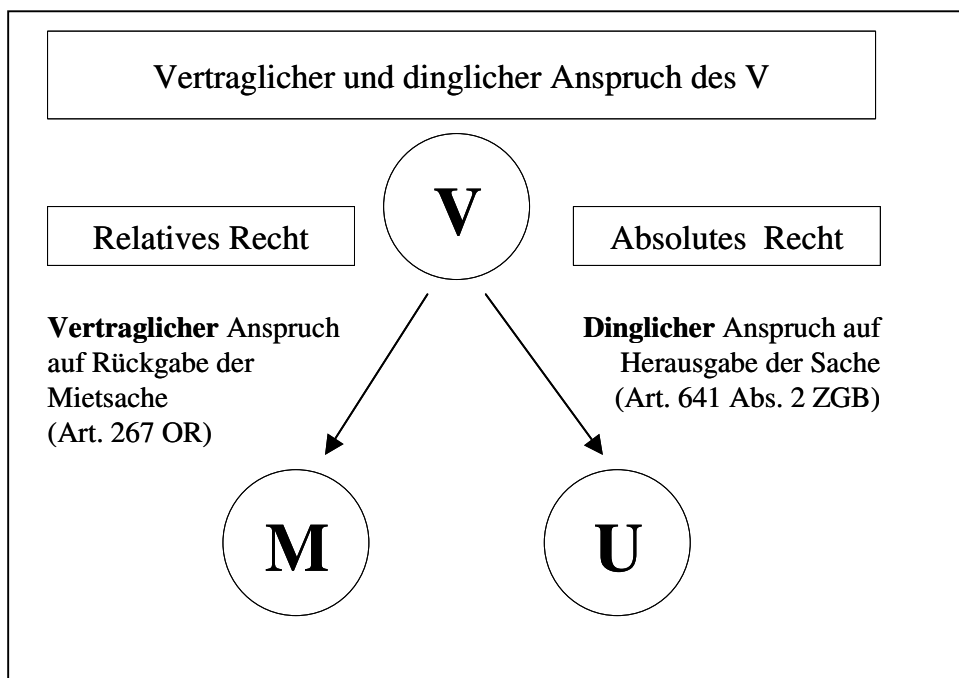
V. hatte mit M. einen Vertrag über die Miete einer Metzgerei, samt dazugehörigem "Grill-Verkaufswagen" vor der Ladenfront, abgeschlossen. M. hat daraufhin den Verkaufswagen an U. vertraglich untervermietet. In der Folge wurde der Mietvertrag zwischen V. und M. aufgelöst und V. verlangte von U. die Räumung des Verkaufswagens.

Der Vermieter hat nach Beendigung des Mietverhältnisses gegen den Mieter einen obligatorischen Anspruch auf Rückgabe der Mietsache (OR 267 I). Dieser Anspruch richtet sich jedoch grundsätzlich nur gegen den Vertragspartner des Vermieters. Ist der Vermieter zugleich Eigentümer der vermieteten Sache, hat er aber ein absolutes Recht, die Sache von jedem, der sie ihm vorenthält, herauszuverlangen (ZGB 641 II).

Vorliegend hat V. gegenüber U. keinen obligatorischen, mietvertraglichen Rückgabeanspruch (relatives Recht), da er mit U. in keinem vertraglichen Verhältnis steht. V. kann die Räumung des Verkaufswagens gegenüber U. jedoch aufgrund seines Rechtes aus dem Eigentum (absolutes Recht) durchsetzen.

(vgl. Entscheid des Kantonsgerichtes St. Gallen vom 2. 11. 1999; GVP 1999 Nr. 45 S. 124 – 126)

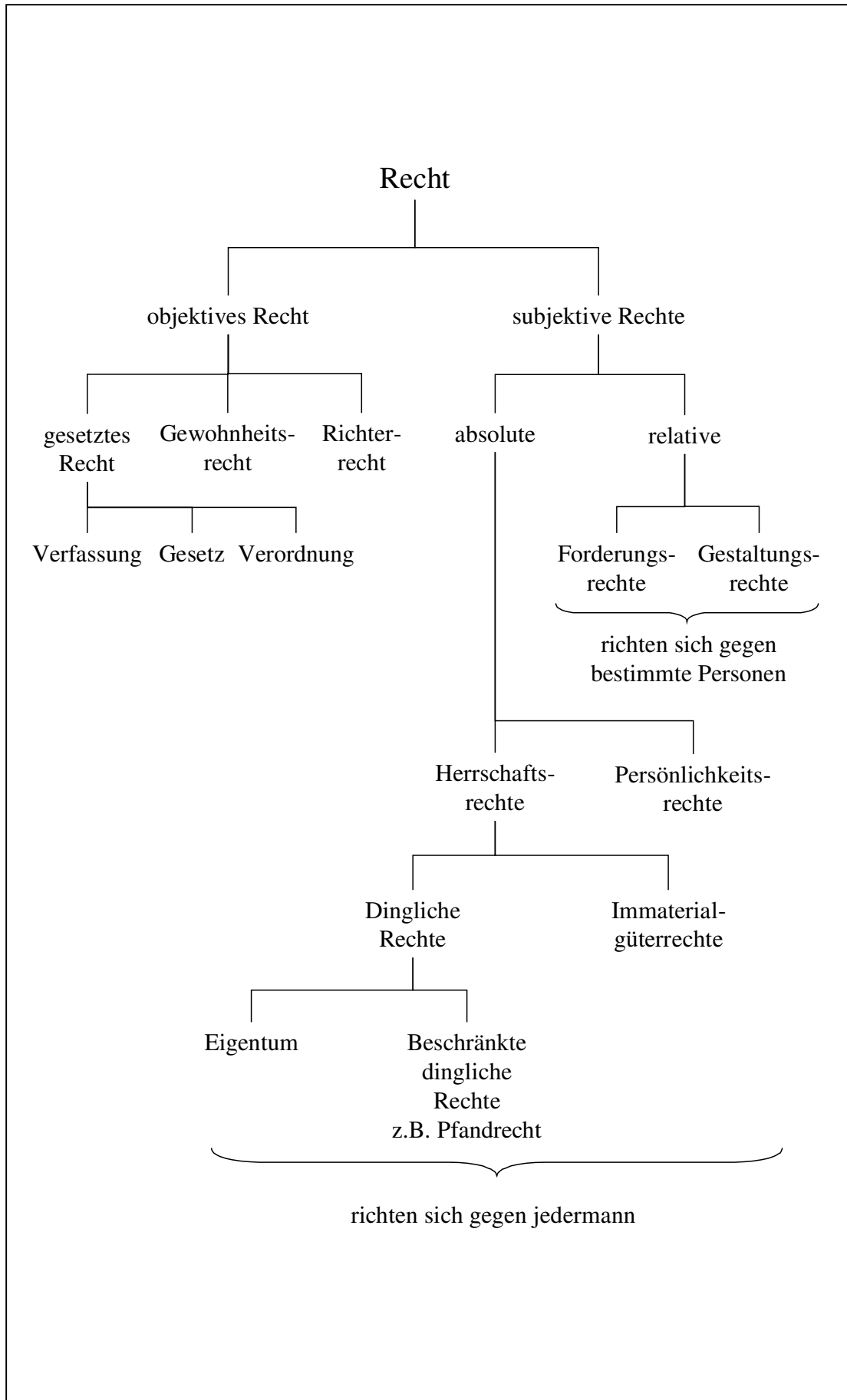
Grafik



Die subjektiven Rechte umfassen neben den absoluten und relativen Rechten auch die sog. Gestaltungsrechte. Diese geben dem Berechtigten die Befugnis, durch einseitige Willenserklärung ein Rechtsverhältnis zu begründen, aufzuheben oder zu ändern und somit die Rechtsstellung eines anderen ohne dessen Mitwirkung zu verändern.

Beispiele:

- Begründende Gestaltungsrechte sind die Kaufs-, Rückkaufs- und Vorkaufsrechte (vgl. OR 216 II und OR 216a ff.).
- Aufhebende Gestaltungsrechte sind das Kündigungs- und das Rücktrittsrecht (vgl. OR 266a I, OR 404 I, etc).
- Änderndes Gestaltungsrecht ist das Minderungsrecht des Käufers oder Bestellers (vgl. OR 205 I und OR 368 II).



3. Rechtsobjekt – Rechtssubjekt

Nicht zu verwechseln mit dem Begriffspaar des objektiven und subjektiven Rechts sind die Begriffe “Rechtsobjekt“ und “Rechtssubjekt“.

Rechtsobjekte sind Gegenstand von Rechten. Zu den Rechtsobjekten gehören die körperlichen Sachen (bewegliche und unbewegliche) und die Gegenstände des Immaterialgüterrechts (Werke, Erfindungen, Marken, etc.)

Rechtsfähigkeit (Art. 11 ZGB)

Rechtssubjekte sind dagegen die Träger von Rechten und Pflichten. Um Träger von Rechten und Pflichten sein zu können, ist Rechtsfähigkeit erforderlich, die jedoch allen Menschen – “natürlichen Personen“ – zukommt. Rechtsfähig sind aber nicht nur alle Menschen, sondern auch die sog. “juristischen Personen“ (Körperschaften und Anstalten), denen die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, von der Rechtsordnung zuerkannt wird.

Text 8

„Rechtsfähig ist jedermann.“

„Für alle Menschen besteht demgemäss in den Schranken der Rechtsordnung die gleiche Fähigkeit, Rechte und Pflichten zu haben.“
(ZGB 11).

„Die Persönlichkeit beginnt mit dem Leben nach der vollendeten Geburt und endet mit dem Tode.“

„Vor der Geburt ist das Kind unter dem Vorbehalt rechtsfähig, dass es lebendig geboren wird.“
(ZGB 31)

„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.“
(ZGB 53)

„Die körperschaftlich organisierten Personenverbindungen und die einem besonderen Zweck gewidmeten und selbständigen Anstalten erlangen das Recht der Persönlichkeit durch die Eintragung in das Handelsregister.“

„Keiner Eintragung bedürfen die öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten, die Vereine, die nicht wirtschaftliche Zwecke verfolgen, die kirchlichen Stiftungen und die Familienstiftungen.“
(ZGB 52)

Insbesondere der Anfang und das Ende der Rechtspersönlichkeit von natürlichen Personen geben im Zusammenhang mit der genauen Feststellung des Todeszeitpunktes und mit der Befruchtung von Eizellen ausserhalb des Mutterleibes zu Diskussionen Anlass. Die Entscheidung dieser Fragen ist vor allem im Erbrecht von Bedeutung.

Text 9

„Um die Erbschaft erwerben zu können, muss der Erbe den Erbgang in erbfähigem Zustand erleben.“
(ZGB 542 I)

„Das Kind ist vom Zeitpunkt der Empfängnis an unter dem Vorbehalt erbfähig, dass es lebendig geboren wird.“
(ZGB 544 I)

Im April 1995 starb in Australien ein Familienvater, ohne eine letztwillige Verfügung zu hinterlassen. Vor seinem Tod sind mit dem Samen des Mannes und Eizellen seiner Frau zwei Embryos im Reagenzglas gezeugt und sodann eingefroren worden. Die Witwe wollte sich nun einen dieser Embryos einsetzen lassen und liess deshalb die Frage der Erbberechtigung klären.

Das höchste Gericht des Bundesstaates Tasmanien hat daraufhin folgendermassen entschieden: „In diesem Fall ist die Befruchtung erfolgt, wenn auch künstlich, und kann zu einer Geburt führen. Der Embryo hat daher dieselben Rechte wie ein Bruder oder eine Schwester, die auf natürlichem Wege gezeugt worden sind. Sollte einer der beiden verbliebenen Embryos lebend zur Welt kommen, wäre er erbberechtigt.“
(vgl. SJZ 92 (1996) S. 266 f.; und FAZ vom 23. 4. 1996 S. 12)

Die Frage, ob erst die Einpflanzung in den Mutterleib dem Embryo seine Rechte verschafft, oder ob diese bereits bestehen, sobald die Eizelle befruchtet worden ist, wird in der Schweiz kontrovers diskutiert.
(vgl. ZVW 56 (2001) Heft 1 – 2 S.90 ff.)

Juristische Personen sind Körperschaften (mehrere Personen, organisiert) oder Anstalten (einem besonderen Zweck gewidmete Organisationseinheiten, z.B. Stiftungen).

Zu unterscheiden sind weiter juristische Personen des Privatrechts und juristische Personen des öffentlichen Rechts. Der Unterschied besteht hauptsächlich darin, dass die ersteren durch einen privatrechtlichen Gründungsvertrag errichtet werden, die letzteren dagegen durch öffentlichrechtlichen Gründungsakt (z.B. Gesetz, Verwaltungsakt).

Juristische Personen des Privatrechts sind – wie natürliche Personen – mit “Willen“, “Organen“ und “Wohnsitz“ ausgestattet. Das Recht der Persönlichkeit erlangen sie – statt durch Geburt – beispielsweise durch die Eintragung in das Handelsregister (vgl. Text 8).

Juristische Personen, die auf öffentlichrechtlicher Grundlage entstanden sind, z.B. die Gemeinden, bedürfen keiner Eintragung im Handelsregister (vgl. Text 8). Die Rechtspersönlichkeit wird ihnen im öffentlichrechtlichen Gründungsakt verliehen; ebenso ist die Organisation Sache des öffentlichen Rechts (ZGB 59 Abs. 1).

Grenzen der Gleichstellung von natürlichen und juristischen Personen zeigen sich zum Beispiel im folgenden Fall:

Text 10

Die Kirchgemeinde Unterägeri beschloss im Jahr 1877 die Erhebung einer Vermögenssteuer und belegte mit dieser auch die in Aegeri ansässige Spar- und Leihkasse. Diese machte geltend, sie sei konfessionslos, weshalb eine Steuer zugunsten der Kirche ihr nach Art.49 aBV nicht abverlangt werden könne.

Art. 49 Abs. 6 altBV (ersetzt am 1. 1. 2000 durch Art. 15 BV) lautete:
“Niemand ist gehalten, Steuern zu bezahlen, welche speziell für eigentliche Kultuszwecke einer Religionsgenossenschaft, der er nicht angehört, auferlegt werden. ...“

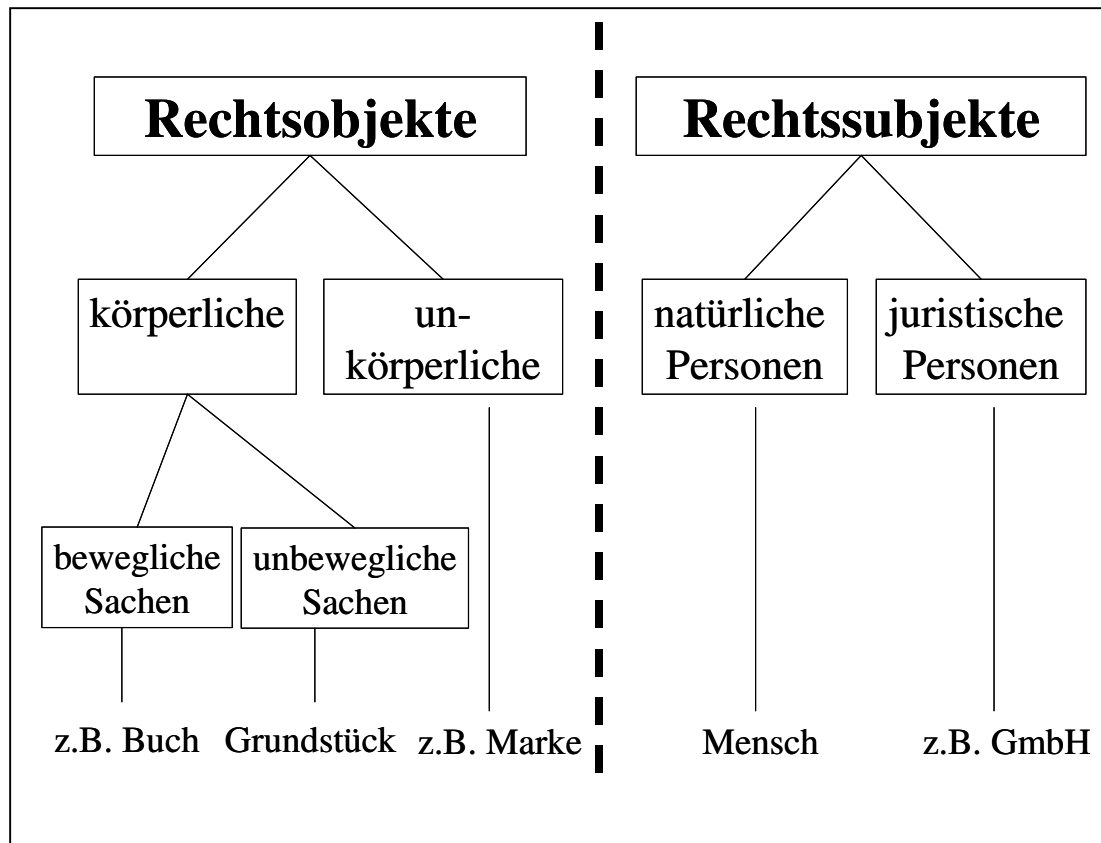
Der Kirchenrat von Unterägeri erklärte sich daraufhin bereit, den Betrag, soweit die Aktien Nichtkatholiken gehörten, zu reduzieren.
Die Spar- und Leihkasse akzeptierte dies nicht und gelangte schliesslich vor Bundesgericht.

Das Bundesgericht argumentierte:

- 1) Art. 49 aBV sei kein selbständiges konstitutionelles Recht,
- 2) sondern ein Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe, wobei
- 3) nur “physische Personen mit leiblicher Existenz“ der Glaubens- und Gewissensfreiheit fähig seien.

und entschied?

(vgl. BGE 4, 533; vgl auch BGE 102 Ia, 468)



RECHTSFÄHIGKEIT

Natürliche Personen:

Definition: Rechtsfähigkeit ist die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, Art. 11 ZGB

Beginn: - Vollendung der Geburt, Art. 31 I ZGB
- Nasciturus unter Vorbehalt der Lebendgeburt, Art. 31 II ZGB

Ende: - Tod (Gehirntod), Art. 31 I ZGB
- Verschollenerklärung, Art. 35ff. ZGB

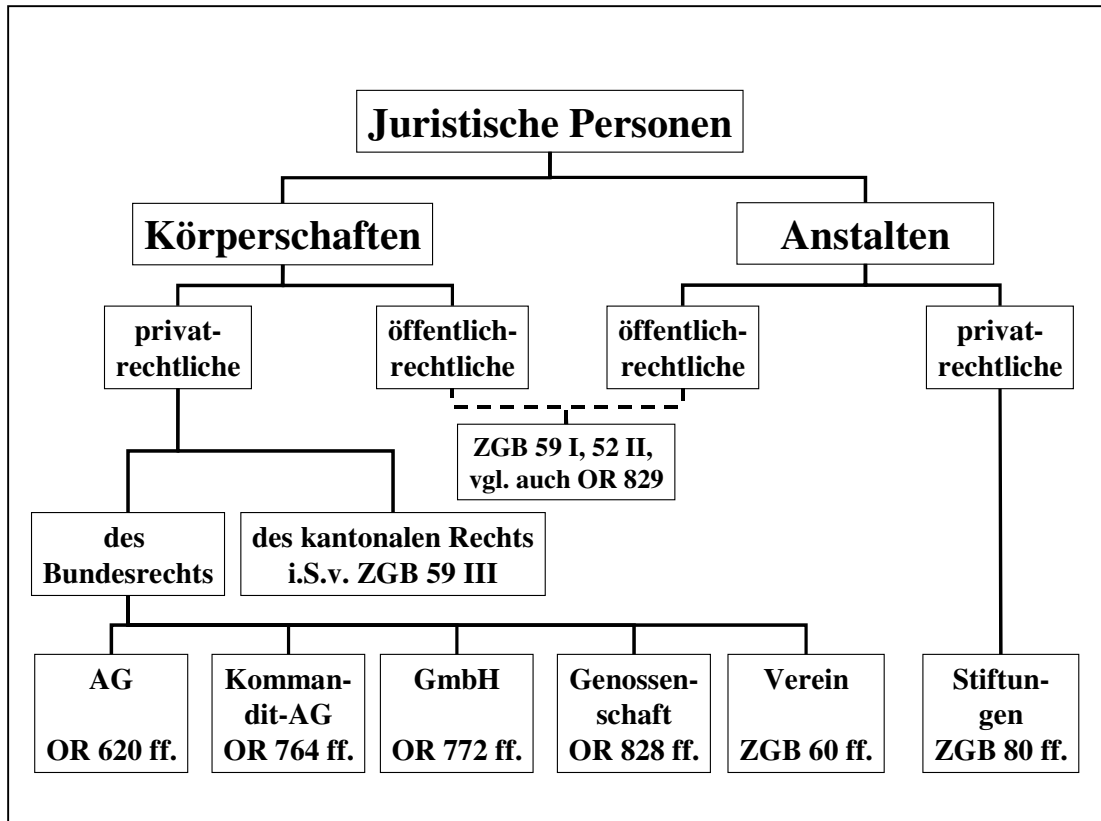
RECHTSFÄHIGKEIT

Juristische Personen:

Definition: Rechtsfähigkeit ist die Fähigkeit, Träger von denjenigen Rechten und Pflichten zu sein, welche nicht natürliche Eigenschaften des Menschen (wie Geschlecht, Alter, Verwandtschaft) als Voraussetzung haben, Art. 53 ZGB

Beginn: - mit oder ohne Eintrag ins Handelsregister
Art. 52 I, II ZGB

Ende: - Löschung aus dem Handelsregister bzw.
- Auflösung (z.B. Verein, Art. 76 ZGB)



Handlungsfähigkeit (Art. 12 ZGB)

Die Fähigkeit, Rechte und Pflichten zu haben, ist zu unterscheiden von der Fähigkeit, Rechte und Pflichten zu begründen. Rechtsfähigkeit kommt allen Personen zu; die Handlungsfähigkeit dagegen ist an gewisse Voraussetzungen geknüpft.

Text 11

„Wer handlungsfähig ist, hat die Fähigkeit, durch seine Handlungen Rechte und Pflichten zu begründen.“

(ZGB 12)

„Die Handlungsfähigkeit besitzt, wer mündig und urteilsfähig ist.“

(ZGB 13)

„Die juristischen Personen sind handlungsfähig, sobald die nach Gesetz und Statuten hiefür unentbehrlichen Organe bestellt sind.“

(ZGB 54)

HANDLUNGSFÄHIGKEIT

Fähigkeit durch seine Handlungen Rechte und Pflichten zu begründen, Art. 12 ZGB

NATÜRLICHE PERSONEN**JURISTISCHE PERSONEN****Voraussetzungen Art. 13 ZGB :**

- Urteilsfähigkeit (Art. 16 ZGB)
- Mündigkeit (Art. 14 ZGB)

Voraussetzung Art. 54 ZGB:

Die nach Gesetz und Statuten unentbehrlichen Organe sind bestellt

Besonderes zur Handlungsfähigkeit (HF)

1. Unterschied zur Rechtsfähigkeit

2. Begriffliches – Unterbegriffe
 - Geschäftsfähigkeit (Vertragsfähigkeit)
 - Deliktsfähigkeit
 - Prozessfähigkeit

3. Voraussetzung der vollen HF (Art. 13 ZGB)
 - a. Urteilsfähigkeit
 - b. Mündigkeit

4. Kombinationsmöglichkeiten

5. Rechtsstellung der nicht oder nicht voll Handlungsfähigen
 - a. Urteilsunfähige (Art. 18 ZGB)
 - b. Urteilsfähige, noch nicht mündige oder entmündigte Personen (Art. 19 ZGB)
 - Deliktsfähig
(Art. 19 Abs. 3 ZGB)
 - Gewisse Rechtsgeschäfte
(Art. 19 Abs. 2 ZGB)
 - Begründung von Pflichten mit Zustimmung
(Art. 19 Abs. 1 ZGB)

6. Rechtsstellung der beschränkt Handlungsfähigen (Bsp. Art. 395 ZGB)

4. Zwingendes Recht – dispositives (nachgiebiges) Recht

Zwingendes Recht kann nicht durch den Willen der Parteien oder eine einzelne Person verändert werden. Dispositives Recht gilt, wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben.

Ob eine Rechtsnorm einen zwingenden Charakter hat oder nicht, ist, falls dies in der Norm nicht ausdrücklich bezeichnet wird, durch Auslegung zu ermitteln (zur Auslegung vgl. Teil III der Vorlesung). Die Normen des Privatrechts, genauer des Vertragsrechts, sind i.d.R. dispositiver Natur (Prinzip der Privatautonomie, Art. 19 OR), die Normen des Öffentlichen Rechts dagegen zwingender Natur. Warum?

Wie ist es im ausservertraglichen Recht (Bsp. Art. 41 OR)?

Text 12

„Wird die Überstundenarbeit nicht durch Freizeit ausgeglichen und ist nichts anderes schriftlich verabredet oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt, so hat der Arbeitgeber für die Überstundenarbeit Lohn zu entrichten, der sich nach dem Normallohn samt einem Zuschlag von mindestens einem Viertel bemisst.“
(OR 321c III)

„Der Arbeitgeber hat den Arbeitnehmern für die Überzeitarbeit einen Lohnzuschlag von wenigstens 25 Prozent auszurichten, dem Büropersonal sowie den technischen und andern Angestellten, mit Einschluss des Verkaufspersonals in Grossbetrieben des Detailhandels, jedoch nur für Überzeitarbeit, die 60 Stunden im Kalenderjahr übersteigt.“
(ArG 13 I)

Eine Arbeitnehmerin war bei einer Werbeagentur zu einem Monatsgehalt von Fr. 9'000.-- brutto angestellt. Die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit betrug 40 Stunden pro Woche. Im weiteren wurde die Arbeitnehmerin im schriftlich abgefassten Vertrag zur Leistung von Überstunden verpflichtet, und es wurde festgehalten, dass die Entschädigung für diese Überstunden bereits im Lohn inbegriffen sei, dass also kein Anspruch auf Kompensation oder auf einen Lohnzuschlag bestehe.

Nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitgeberin war unter den Parteien unbestritten, dass die Arbeitnehmerin über die wöchentliche Höchstarbeitszeit von 45 Stunden gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG hinaus Überzeitarbeit von total 589 Stunden geleistet hatte. Die Arbeitnehmerin verlangte dafür eine entsprechende Entschädigung.

Das Bundesgericht sprach ihr diese teilweise zu. Im Gegensatz zur Überstundenentschädigung gemäss OR 321c III kann auf die Entschädigung von Überzeit nach ArG 13 nicht verzichtet werden. Wurde die Überstundenentschädigung wegbedungen, so muss dem Arbeitnehmer ab der 61. Stunde Überzeit 125% seines Lohnes bezahlt werden.

(Vgl. BGE 126 III 337)

Auch im Bereich des Privatrechts bzw. des „Vertragsrechts“ gibt es Rechtsnormen zwingender Natur. Nach OR 19 II sind Vereinbarungen, die von den gesetzlichen Vorschriften abweichen, nur zulässig, wo das Gesetz nicht eine unabänderliche Vorschrift aufstellt oder die Abweichung nicht gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit verstösst. Zwingende Normen sind teils ausdrücklich als solche bezeichnet (vgl. OR 100 I), teils durch Auslegung als solche zu ermitteln.

Im Privatrecht unterscheidet man zweiseitig und einseitig zwingende Normen. Zweiseitig zwingende Normen dürfen in keiner Richtung abgeändert werden (vgl. OR 361). Bei einseitig oder halb-zwingenden Vorschriften darf nur zuungunsten der einen Partei (nicht aber der anderen) durch Abrede von der Bestimmung abgewichen werden (vgl. OR 362).

Zwingenden Vorschriften stehen zwar dem Grundsatz der Vertragsfreiheit entgegen, sichern aber den vom Gesetzgeber vorgesehenen Schutz der schwächeren Vertragspartei (Mieter, Arbeitnehmer, Konsument).

Beispiel:

Text 13

“Der Mieter kann auf Rechte, die ihm nach diesem Abschnitt zustehen, nur verzichten, wenn dies ausdrücklich vorgesehen ist.“

“Abweichende Vereinbarungen sind nichtig.“

(OR 273c)

M. schliesst mit der Immo AG einen Mietvertrag über eine Dienstwohnung ab. Im Mietvertrag befindet sich eine Klausel, welche die Kündigung des Mietverhältnisses an die Kündigung des Arbeitsverhältnisses koppelt.

Die zwischen M. und der Immo AG vereinbarte Koppelungsklausel ist gemäss den ausdrücklich zwingenden Bestimmungen über den Kündigungsschutz im Mietrecht nichtig.

(vgl. Entscheid der Schlichtungsbehörde Zürich vom 18. 2. 1991; SJZ 88 (1992) Nr. 45 S. 298 f.)

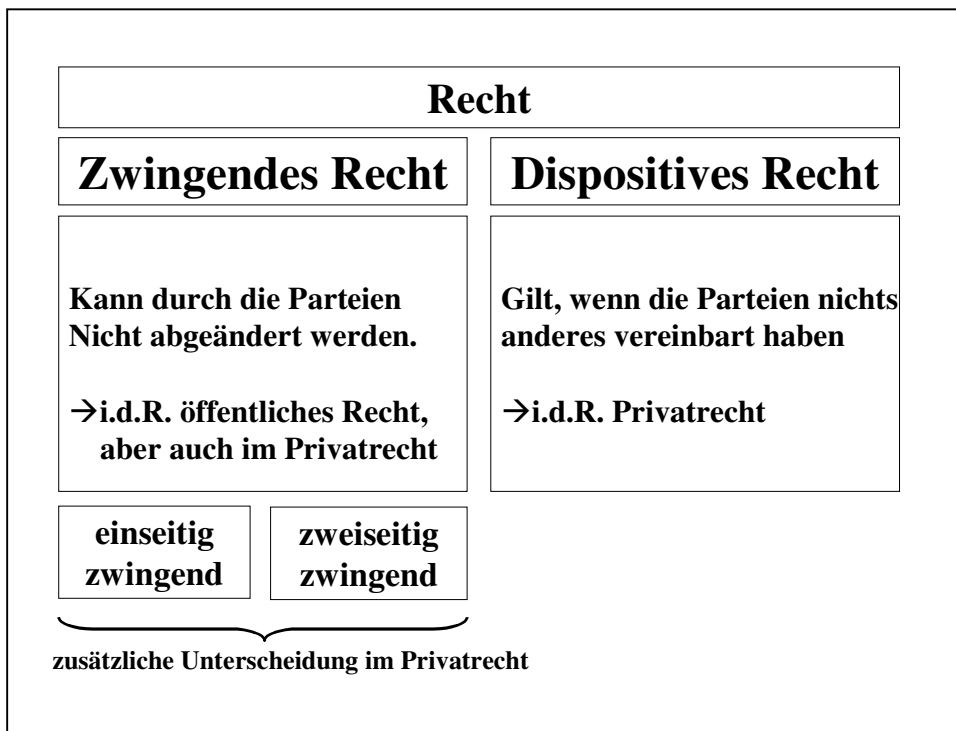
Die X. Treuhand AG schloss am 20.8.1984 mit Y einen “Beratungsvertrag“, in dem sich Y zu diversen Dienstleistungen verpflichtete. Im Vertrag wurde unter anderem ein gegenseitiges Kündigungsrecht auf Quartalsende mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten verabredet. Am 9.11.1984 kündigte die X. AG den Vertrag fristlos, worauf sich Y auf den Standpunkt stellte, dass eine Kündigung gemäss Vertrag frühestens auf Ende März 1985 möglich gewesen wäre.

Das jederzeitige Kündigungsrecht im Auftragsverhältnis (OR 404 I) ist gemäss Auslegung des Bundesgerichtes zwingender Natur. Würde der vorliegende Beratervertrag als Auftrag (oder als gemischter Vertrag mit auftragsrechtlichem Einschlag) qualifiziert, so wären die zwischen den Parteien vereinbarten Kündigungsmodalitäten mit OR 404 I nicht vereinbar und deshalb nichtig. Die fristlose Kündigung des Vertragsverhältnisses wäre gestützt auf die zwingende Norm des Auftragsrechts gültig erfolgt.

(vgl. BGE 115 II 464 ff.)

Zweck zwingender Bestimmungen im Gesellschaftsrecht z.B. Art. 569, 620 OR?

Bei Vereinbarungen, die gegen zwingende Normen des Privatrechts verstossen, sind mehrere Rechtsfolgen denkbar. Die häufigste Folge eines Verstosses gegen zwingendes Recht ist die Nichtigkeit der Abrede (vgl. oben), z.T. ist der vereinbarte Inhalt aber bloss anfechtbar. Manchmal ist die Vereinbarung auch nicht gänzlich ungültig, sondern wird dem zwingenden Recht angepasst.



5. Formelles Recht – materielles Recht

Das materielle Recht bestimmt, welche Rechte bzw. Pflichten Personen gegeneinander haben. Es legt die Rechte und Pflichten der Rechtssubjekte fest; es stellt Gebote und Verbote auf. Zum materiellen Recht gehört somit grundsätzlich das ganze Privatrecht, das Strafrecht, das Staats- und Verwaltungsrecht.

Das formelle Recht legt in erster Linie fest, wie das materielle Recht durchgesetzt wird. Daneben bestimmt es, von wem und in welchem Verfahren Recht überhaupt gesetzt werden kann. Zum formellen Recht gehören somit die Prozess- und Vollzugsrechte sowie die Erlasse über die Organisation und die Zuständigkeit der Behörden und Gerichte.

6. Rechtsquellen und ihre hierarchische Gliederung

Die Rechtsquellen können nach verschiedenen Gesichtspunkten hierarchisch gegliedert werden.

Als Erstes ist das internationale Recht bzw. Völkerrecht vom nationalen Recht zu unterscheiden. Internationales Recht sind einerseits staatsvertragliche Vereinbarungen zwischen zwei oder mehreren Staaten, andererseits von supranationalen Organisationen – wie z.B. der UNO oder der WTO – gesetztes Recht.

Z.B. hat die Schweiz 1974 die EMRK ratifiziert, die eine Reihe von Grundrechten garantiert und bei deren Verletzung durch staatliche Behörden eine (letztinstanzliche) Beschwerde zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Strassburg ermöglicht. Dabei handelt es sich um in der Schweiz unmittelbar geltendes Recht mit Vorrang sogar vor der BV. Man kann also nach Abweisung einer staatsrechtlichen Beschwerde durch das Bundesgericht den Europäischen Gerichtshof anrufen.

Das nationale Recht in der Schweiz kann in einem nächsten Schritt anhand der Gesetzgebungskompetenz und dem örtlichen Geltungsbereich in Bundesrecht, kantonales und kommunales Recht unterteilt werden. Die

Kompetenzen werden dabei durch die Bundesverfassung und durch die Kantonsverfassungen zugeordnet. Dabei gilt grundsätzlich, dass der Bund nur bei Ermächtigung durch die Bundesverfassung zuständig ist. Die grundsätzliche Zuordnung der Kompetenz in den Bereich der Kantone wird allerdings in fast allen wichtigen Rechtsbereichen durch eine ausdrückliche Bestimmung in der BV durchbrochen. Dazu kommt, dass die Mehrheit von Volk und Ständen darüber bestimmt, welche Kompetenzen dem Bund zukommen (Kompetenzkompetenz).

Text 14

Grundsatz:

„Die Kantone sind souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist; sie üben alle Rechte aus, die nicht dem Bund übertragen sind.“

(BV 3)

Zuordnung in Kompetenzbereich des Bundes: Beispiele

„Die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts ist Sache des Bundes.“
(BV 122 Abs. 1)

„Die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Strafrechts ist Sache des Bundes.“
(BV 123 Abs. 1)

„Der Bund erlässt Vorschriften über den Strassenverkehr.“
(BV 82 Abs. 1)

„Der Bund erlässt Vorschriften über die Kranken- und die Unfallversicherung.“
(BV 117 Abs. 1)

Die Rechtsquellen lassen sich des weiteren hierarchisch in Verfassung, Gesetz im formellen Sinn und Verordnung unterteilen (vgl. Darstellung auf der nächsten Seite).

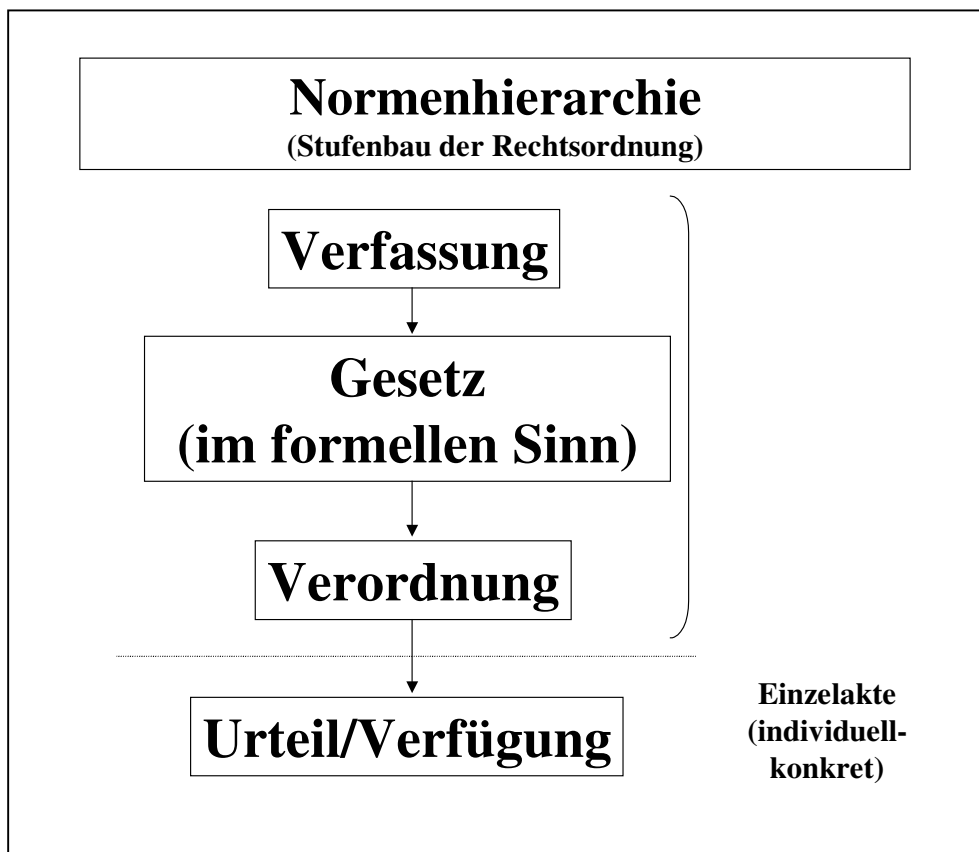
Gesetze und Verordnungen enthalten generell-abstrakte Normen. Die hierarchische Abgrenzung erfolgt hier anhand des unterschiedlichen Entstehungsverfahrens der Normen, d.h. massgebend sind ausschliesslich formelle Gesichtspunkte. Die Mitwirkung des Souveräns am Entstehungsver-

fahren ist dabei grundsätzlich umso grösser, je höher die Norm in der Hierarchie angesiedelt ist.

Bei Änderungen der Bundesverfassung ist die Mitwirkung des Volkes und der Stände obligatorisch (vgl. BV 140 Abs. 1 lit. a).

Gesetze werden vom Parlament erlassen; die Mitwirkung des Volkes ist bloss fakultativ (vgl. BV 141 Abs. 1 lit. a).

Verordnungen werden in der Regel von der Exekutive erlassen. Werden sie ausnahmsweise vom Parlament erlassen, so erfolgt die Entstehung in einem vereinfachten Verfahren, ohne Beteiligung des Volkes.



Gewaltenteilung

Montesquieu, De l'Esprit des Lois (1748)

Legislative

Exekutive

Judikative

Parlament
Gesetzgebung

Regierung
Verwaltung

Gerichte
Rechtsprechung

II Recht und soziale Ordnung

Recht ist nur eine unter mehreren Möglichkeiten, eine Gesellschaft zu ordnen, Verhalten zu steuern, Zukunft zu planen, Konflikte zu lösen. Mittel dazu sind: Normen aufzustellen und für deren Beachtung zu sorgen. Konkurrierend zu Recht wirken insbesondere die normativen Vorgaben der Politik, der Wirtschaft, der Religion, der Moral und der Sitte. Im folgenden sollen die Unterschiede und die Berührungspunkte zwischen Recht und Politik, Wirtschaft, Sitte betrachtet werden.

1. Recht und Politik

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. Sog. Zweckprogramme formulieren das erwünschte Ziel einer Regelung – z.B. freien Wettbewerb –, sog. 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:

Text 15*Art. 2 BV*

"Zweck

- 1 Die Schweizerische Eidgenossenschaft schützt die Freiheit und die Rechte des Volkes und wahrt die Unabhängigkeit und Sicherheit des Landes.*
- 2 Sie fördert die gemeinsame Wohlfahrt, die nachhaltige Entwicklung, den inneren Zusammenhalt und die kulturelle Vielfalt des Landes.*
- 3 Sie sorgt für eine möglichst grosse Chancengleichheit unter den Bürgerinnen und Bürgern.*
- 4 Sie setzt sich ein für die dauerhafte Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen und für eine friedliche und gerechte internationale Ordnung."*

Art. 41 BV

"1 Bund und Kantone setzen sich in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative dafür ein, dass:

- a. jede Person an der sozialen Sicherheit teilhat;*
 - b. jede Person die für ihre Gesundheit notwendige Pflege erhält;*
 - c. Familien als Gemeinschaften von Erwachsenen und Kindern geschützt und gefördert werden;*
 - d. Erwerbsfähige ihren Lebensunterhalt durch Arbeit zu angemessenen Bedingungen bestreiten können;*
 - e. Wohnungssuchende für sich und ihre Familie eine angemessene Wohnung zu tragbaren Bedingungen finden können;*
 - f. Kinder und Jugendliche sowie Personen im erwerbsfähigen Alter sich nach ihren Fähigkeiten bilden, aus- und weiterbilden können;*
 - g. Kinder und Jugendliche in ihrer Entwicklung zu selbständigen und sozial verantwortlichen Personen gefördert und in ihrer sozialen, kulturellen und politischen Integration unterstützt werden.*
- 2 Bund und Kantone setzen sich dafür ein, dass jede Person gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Invalidität, Krankheit, Unfall, Arbeitslosigkeit, Mutterschaft, Verwaisung und Verwitwung gesichert ist.*

- 3 *Sie streben die Sozialziele im Rahmen ihrer verfassungsmässigen Zuständigkeiten und ihrer verfügbaren Mittel an.*
- 4 *Aus den Sozialzielen können keine unmittelbaren Ansprüche auf staatliche Leistungen abgeleitet werden."*

Beispiele für gesetzliche Bestimmungen in der Form von Konditionalprogrammen:

- Art. 13 Abs. 1 AHVG Leistungsanspruch
 „Anspruch auf Altersleistungen haben:
 - a. Männer, die das 65. Altersjahr zurückgelegt haben;
 - b. Frauen, die das 62. Altersjahr [Heute: 64. Altersjahr] zurückgelegt haben.“

- Art. 19 Abs. 1 AHVG Überlebender Ehegatte
 „Der überlebende Ehegatte hat Anspruch auf eine Witwen- oder Witwerrente, wenn er beim Tod des Ehegatten:
 - a. für den Unterhalt mindestens eines Kindes aufkommen muss; oder
 - b. älter als 45 Jahre ist und die Ehe mindestens fünf Jahre gedauert hat.“

Recht und Politik berühren sich – sind "strukturell gekoppelt" – im "Rechts-Staat", der in der Verfassung und insbesondere in Art. 5 Abs. 1 BV festgeschrieben ist: "Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht."

Soweit es, wie etwa in Deutschland oder den USA, ein Verfassungsgericht gibt, übt dieses unmittelbar eine juristische Kontrolle über politische Entscheidungen aus. Wo es keine Verfassungsgerichtsbarkeit gibt (wie in der Schweiz mit Bezug auf Bundesgesetze, siehe Art. 191 BV), kann die Verfassung gleichwohl in Form der "verfassungskonformen Auslegung" von Normen oder in unmittelbarer Anwendung von Verfassungsgrundsätzen Wirksamkeit entfalten.

Nicht immer herrscht Einigkeit darüber, ob eine Entscheidung nach den Vorgaben des Rechts zu treffen oder aber eine politische ist. Davon zeugt die lebhafteste Auseinandersetzung im Anschluss an die beiden Einbürgerungsurteile des schweizerischen Bundesgerichts (BGE 129 I 217; BGE 129 I 232):

Text 16

NZZ, 25.7.2003

Kein rechtsfreier Raum bei Einbürgerungen Bundesgericht begründet Urteile

In der Begründung der kürzlich gefällten Urteile über Einbürgerungsfragen bekräftigt das Bundesgericht, die zuständige Behörde sei bei ihren Ermessensentscheiden namentlich an das Diskriminierungsverbot der Verfassung gebunden. Bei Urnenabstimmungen sei es unmöglich, die entsprechende Begründungspflicht zu erfüllen.

fzl. Lausanne, 24. Juli

Zwei Wochen nach der öffentlichen Urteilsberatung über Einbürgerungen an der Urne hat das Bundesgericht die schriftlichen Begründungen der beiden einstimmig gefällten Entscheide vorgelegt. In der 20 Seiten umfassenden Begründung zur Ungültigerklärung der 1999 von der SVP der Stadt Zürich eingereichten Volksinitiative «Einbürgerungen vors Volk!» schreibt die I. Öffentlichrechtliche Abteilung des Bundesgerichts, Einbürgerungsentscheide seien in der Vergangenheit überwiegend als politische Entscheide verstanden worden. Traditionell habe es daher keinen Rechtsschutz gegen ablehnende Einbürgerungsentscheide gegeben. Diese Auffassung lasse sich heute nicht mehr aufrechterhalten: «Das Einbürgerungsverfahren ist kein Vorgang in einem rechtsfreien Raum: Auch wenn kein Anspruch auf Einbürgerung besteht, muss die zuständige Behörde die einschlägigen Verfahrensbestimmungen und den Anspruch der Bewerber auf möglichstste Wahrung ihres Persönlichkeitsrechts, insbesondere im Bereich des Datenschutzes, beachten: sie darf weder willkürlich noch diskriminierend entscheiden. Sie muss ihr Ermessen - auch wenn es sehr weit ist - pflichtgemäss, nach Sinn und Zweck der Bürgerrechtsgesetzgebung ausüben. Es handelt sich somit materiell um einen Akt der Rechtsanwendung.»

Stimmvolk an Grundrechte gebunden

Das Recht auf Begründung des Entscheides lässt sich gemäss Bundesgericht nicht nur aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung, BV) ableiten, sondern auch aus dem Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV). Wenn der Staat einen Entscheid an ein

bestimmtes, an sich verpöntes Merkmal - wie Herkunft, Rasse, Geschlecht oder Sprache - knüpft, so muss er diese Differenzierung besonders überzeugend begründen. Die Bindung an Grundrechte - namentlich das Diskriminierungsverbot - gilt nicht nur für gewählte Behörden. Sie betrifft gemäss Verfassung alle, die eine staatliche Aufgabe wahrnehmen (Art. 35 Abs. 2 BV). «Dies gilt auch für die Stimmbürger, wenn sie - wie beim Entscheid über ein Einbürgerungsgesuch - Verwaltungsfunktion ausüben.» Bei Einbürgerungsverfahren bestehe die erhöhte Gefahr eines Entscheides aufgrund von Stereotypen (Zugehörigkeit zu einer von der Mehrheit als «fremd» empfundenen Gruppe). Ohne eine Begründungspflicht drohe das Diskriminierungsverbot faktisch leer zu laufen.

Die Stimmbürger können der Begründungspflicht an der Urne nicht nachkommen. Es genüge aber auch nicht, dass ein Gemeindeorgan nachträglich die möglichen Gründe für den ablehnenden Urnenentscheid übermittelt. Zumindest in einer Gemeinde von der Grösse Zürichs, wo eine öffentliche Diskussion der Stimmenden ausgeschlossen ist, wäre das zuständige Organ auf Mutmassungen angewiesen. Die Ablehnung könne aus ganz unterschiedlichen Motiven erfolgen, was eine Begründung praktisch unmöglich mache. Es gebe auch keine anderen Möglichkeiten, die systembedingt fehlende Begründung von Urnenentscheiden auszugleichen.

Widerspruch zwischen Rechten

Das Bundesgericht teilt zudem die Auffassung des Zürcher Regierungsrats, es bestehe ein unlösbarer Widerspruch zwischen dem Recht der Stimmbürger auf eine vollständige Information (Art. 34 Abs. 2 BV) und dem Recht der Gesuchstellenden auf Schutz ihrer Privat- und Geheimsphäre (Art. 13 BV). Bei einem Urnenentscheid in einer Stadt wie Zürich müssten schützenswerte Daten der Bewerber (zum Beispiel über Einkommen, Vermögen, Ausbildung, Tätigkeit, Sprachkenntnisse, Familienverhältnisse, Freizeitgestaltung, Leumund) «zehntausendfach vervielfältigt und an alle stimmberechtigten Bürger der Stadt verteilt werden. Dies wäre ein unverhältnismässiger Eingriff in die Privat- und Geheimsphäre der einbürgerungswilligen Personen.»

Grenzen direkter Demokratie

Nach den Worten des Bundesgerichts können die aufgezeigten rechtsstaatlichen Defizite «nicht unter Hinweis auf das der Bundesverfassung zugrunde liegende demokratische Prinzip gerechtfertigt werden». Die Einführung des Referendumsrechts sei unproblematisch, wenn es um Sachgeschäfte (zum Beispiel Finanzbeschlüsse) oder die Gesetzgebung gehe, «die alle Bürger des Gemeinwesens potenziell gleichermaßen betreffen». Betreffe eine Volksabstimmung jedoch unmittelbar die Rechtsstellung von Einzelpersonen, so seien die Grundrechte der Betroffenen und die verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien zu wahren. «Weil dies bei der Volksabstimmung an der Urne nicht möglich ist, erweist sich die kantonale Regelung, mit der solche Einzelentscheide dem

Referendum unterstellt werden, als verfassungswidrig. Insoweit sind auch der direkten Demokratie verfassungsrechtliche Grenzen gesteckt.»

Diskriminierung in Emmen

Ebenfalls vorgelegt hat das Bundesgericht die Urteilsbegründung zum zweiten, gleichentags gefällten Urteil. Es betraf die Ablehnung zahlreicher Einbürgerungsgesuche in der Urnenabstimmung der Gemeinde Emmen (Kanton Luzern) vom März 2000. Das Bundesgericht bezeichnet es als erstellt, «dass die Bewerber aus dem ehemaligen Jugoslawien, zu denen auch die Beschwerdeführer gehören, aufgrund ihrer Herkunft benachteiligt wurden». Bei der Abstimmung waren alle Gesuche von Personen aus dem ehemaligen Jugoslawien abgewiesen worden. Dass die Herkunft der in unterschiedlichsten Berufen tätigen Bewerber das ausschlaggebende Kriterium war, wurde durch verschiedene Flugblätter im Vorfeld der Abstimmung untermauert. «Es wird Sache der zuständigen kantonalen und kommunalen Behörden sein, über den weiteren Fortgang des Einbürgerungsverfahrens der Gesuchsteller zu entscheiden und das in Emmen geltende bundesverfassungswidrige Verfahren der Urnenabstimmung über Einbürgerungsgesuche durch verfassungskonformes Verfahren zu ersetzen.»

Im Folgenden nehmen ein Staatsrechtslehrer (Text 17a) und ein Vertreter der SVP (Text 17b) Stellung zu den zwei Bundesgerichtsentscheiden:

Text 17a

NZZ, 25.7.2003

Die vom Volk beschlossene Verfassung gilt auch für den Souverän

Von Ulrich Zimmerli*

Zuerst traute ich meinen Augen nicht: Laut einem Interview meines St. Galler Kollegen Rainer J. Schweizer in «Facts» soll das Bundesgericht der Demokratie mit seinen beiden Einbürgerungsurteilen vom 9. Juli 2003 «Schaden» zugefügt haben. Der Entscheid «rüttelt an den Grundfesten unserer Demokratie und stellt die Souveränität des Volkes in Frage», er lasse eine Einbürgerung «vergleichbar mit dem Kauf einer Hundemarke» zum «reinen Verwaltungsakt werden», schreibt der Präsident der SVP der Schweiz, Ueli Maurer, im Pressedienst seiner Partei.

Als «Fehlentscheid» geisselt der Berner Nationalrat Rudolf Joder im «Bund» den Richterspruch aus Lausanne und wirft dem Bundesgericht vor, sich in die Politik einzumischen. Dass dieses in einem Zeitpunkt zu entscheiden gewagt habe, in dem das Parlament die Revision des Bürgerrechts debattiere und über die Einführung eines Beschwerderechts streite, sei «unanständig» und «schlicht eine Provokation», wettet Stän-

derat Carlo Schmid in der «Sonntags-Zeitung» und droht für die nächsten Bundesrichterwahlen mit Vergeltung. Sogar der «Verfassungsvater» alt Bundesrat Arnold Koller mag im Reigen der Kritiker nicht zurückstehen und bedauert in der gleichen «Sonntags-Zeitung» und einen Tag später in der «Berner Zeitung», «dass das Bundesgericht im Spannungsfeld zwischen Rechtsstaat und Demokratie dermassen zugunsten des Rechtsstaates entscheidet». Spätestens nach dieser Aussage eines hoch geschätzten Magistraten wurde mir aber bewusst, dass es die genannten Persönlichkeiten mit ihrer öffentlichen Urteilsschelte ernst meinen. Und damit wird es auch für mich Ernst.

Das Recht als Grundlage und Schranke

Dass Urteile unseres höchsten Verfassungsgerichts politische Auswirkungen haben, ist selbstverständliche Folge seines Wirkens: Es hat als unabhängiges Gericht und demokratisch legitimierte dritte Gewalt in unserem Rechtsstaat darüber zu wachen, dass Verfassung und Gesetze eingehalten werden. So ist ohne weiteres akzeptiert, dass das Bundesgericht kantonale Gesetze aufzuheben hat, wenn sie der Bundesverfassung, beispielsweise der Wirtschaftsfreiheit, oder übergeordnetem Gesetzesrecht des Bundes, beispielsweise dem Raumplanungsgesetz, widersprechen. Dass die Stimmbürgerinnen und Stimmbürger des Kantons diesem Gesetz allenfalls ausdrücklich zugestimmt haben, ändert daran nichts. Eben weil auch demokratisch legitimierte Macht nicht vor Missbrauch geschützt ist und der Rechtsstaat demzufolge für eine wirksame richterliche Kontrolle zu sorgen hat.

Längstens haben wir erkannt, dass die Legitimität in der Demokratie nicht zwangsläufige Folge eines Mehrheitsentscheides ist. Gerade auch deshalb steht in unserer neuen Verfassung, dass Grundlage und Schranke allen staatlichen Handelns das Recht ist (Artikel 5 Absatz 1 BV). Gemeint ist dabei das Handeln aller staatlichen Organe, also auch des Volkes. Ein Widerspruch zwischen Rechtsstaat und Demokratie lässt sich nur dann konstruieren, wenn man unter Demokratie den uneingeschränkten Vorrang des Mehrheitsprinzips, also die unbegrenzte Herrschaft der Mehrheit, versteht. Solches aber verkennt das Wesen der Demokratie, die ja nicht einfach der «Mehrheit» zu dienen, sondern ebenso sehr die Menschenwürde zu wahren und die Freiheiten des Individuums zu gewährleisten hat.

Demokratie und Rechtsstaat bedingen sich also gegenseitig, stehen aber auch in einem Spannungsverhältnis zueinander und bedürfen des ständigen Ausgleichs, wie es einmal der allzu früh verstorbene Zürcher Kollege Alfred Kölz formuliert hat. Gerade in unserem Land mit seinem ausgeprägten Demokratieverständnis wäre es aber verheerend, immer schon dann einen Gegensatz zwischen Rechtsstaat und Demokratie herbeizureden, wenn das Bundesgericht im Rahmen seines verfassungsmässigen Auftrags als oberste rechtsprechende Behörde des Bundes die Grundrechte durchzusetzen hat und dabei politische Sensibilitäten einer (vermeintlichen) Mehrheit der Bevölkerung trifft. Grundrechte sind entweder als Erscheinungsformen der Menschenwürde ohnehin nicht verhan-

delbar oder aber selber durch Verfassungsentscheide von Volk und Ständen demokratisch legitimiert, damit zum festen Bestandteil des Rechtsstaates geworden und vom Bundesgericht zu gewährleisten. An diesem Grundsatz ändert nichts, dass im Rahmen der «Nachführung» der Bundesverfassung darauf verzichtet worden ist, auch dem Bundesgesetzgeber gegenüber eine umfassende unabhängige Verfassungsgerichtsbarkeit einzuführen.

Eine Verfügung ist zu begründen

Was hat also das Bundesgericht Unerhörtes «verbrochen», dass es sich derart massive Vorwürfe gefallen lassen muss? Es hat zunächst eine juristische Selbstverständlichkeit festgehalten, nämlich dass der behördliche Einbürgerungsentscheid im Einzelfall eine sogenannte «Verfügung», d. h. einen Verwaltungsakt, darstellt, weil er in Anwendung der Bürgerrechtsgesetzgebung Rechte und Pflichten begründet. Ein Verwaltungsakt ist nichts Banales oder Minderwertiges, wie der Präsident der SVP Schweiz in seiner bekannt süffisanten Art zu unterstellen beliebt, sondern das gängige Instrument zur Regelung von Rechtsverhältnissen im öffentlichen Recht. Das lernen die Studierenden der Rechtswissenschaft im ersten Semester ebenso wie das Prinzip, dass alles Verwaltungshandeln Rechtshandeln ist, d.h., Verfassung und Gesetz zu beachten hat.

Verfügungen im Rechtssinn bedürfen von Verfassung wegen einer Begründung, müssen willkürfrei sein, dürfen nicht diskriminieren und sollen nach der von Volk und Ständen am 12. März 2000 angenommenen (aber immer noch nicht in Kraft gesetzten!) Rechtsweggarantie grundsätzlich justizmässig überprüfbar sein. Das Bundesgericht beharrt in seinen Urteilen vom 9. Juli 2003 auf dem rechtsstaatlichen Minimum der Begründungspflicht - und schliesst damit folgerichtig Einbürgerungsentscheide an der Urne aus, weil sich solche nie begründen lassen. Ich vermag darin wirklich nichts Anstössiges zu erkennen. Sodann hat das Bundesgericht die Emmer Nichteinbürgerungsentscheide aufgehoben, weil sie nach der Aktenlage klarerweise diskriminierend waren - auch das eigentlich nichts anderes als eine rechtsstaatliche Selbstverständlichkeit.

Politische Unabhängigkeit des Gerichts

Die schriftlichen Urteilsbegründungen liegen noch nicht vor. Es ist aber nicht daran zu zweifeln, dass sich die Erwägungen unseres höchsten Gerichts angesichts der hängigen Revision des Bürgerrechtsgesetzes strikte auf den Streitgegenstand (Einbürgerungsentscheid an der Urne; Geltung des Diskriminierungsverbots im Einbürgerungsverfahren) beschränken werden. Das Bundesgericht war nicht befugt, mit der Beurteilung der beiden staatsrechtlichen Beschwerden bis zum Abschluss der Gesetzgebungsarbeiten zum Bürgerrechtsgesetz zuzuwarten, denn es hätte sich damit dem begründeten Vorwurf der Rechtsverzögerung und Rechtsverweigerung ausgesetzt. Es ist ungehörig, dem Bundesgericht unter diesen Umständen vorzuwerfen, es habe «politisch» entschieden und

ungebührlich auf das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren Einfluss nehmen wollen. Und mit Repressalien bei den nächsten Bundesrichterwahlen zu drohen, ist grober politischer Unfug. Ich bin überzeugt, dass Carlo Schmid diese Entgleisung heute schon bedauert; denn ich kann mir nicht vorstellen, dass er Richterinnen und Richter an unserem höchsten Gericht wünscht, die nach dem Parteibüchlein statt nach Verfassung und Gesetz entscheiden, hat er doch seinerzeit bei der Verabschiedung der Justizreform mitgeholfen, in der Verfassung folgenden Satz zu verankern: «Die richterlichen Behörden sind in ihrer rechtsprechenden Tätigkeit unabhängig und nur dem Recht verpflichtet» (Art. 191 c).

Erwägt das Parlament tatsächlich ernsthaft, für Einbürgerungsverfahren ausdrücklich eine Ausnahme von der Rechtsweggarantie vorzusehen, müsste es uns allen erklären können, weshalb hier wiederum «Reservate staatlicher Willkür» (Georg Müller) angelegt werden sollten, die wir nicht zuletzt dank dem auch international vielbeachteten Wirken unseres höchsten Gerichts ausgemerzt glaubten. Mit der Berufung auf die Unfehlbarkeit des «Souveräns», auf die Volksrechte und die Gemeindeautonomie ist es in diesem Zusammenhang jedenfalls nicht getan. Ich bin überzeugt, dass unser Volk auf solche politische Tricks nicht (mehr) hereinfallen wird - weder bei Unterschriftensammlungen für Initiativen noch bei Wahlen.

* Ulrich Zimmerli (Muri bei Bern) ist seit 1987 Professor für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Bern. Vorher war er 14 Jahre Präsident des bernischen Verwaltungsgerichts und von 1983 bis 1986 nebenamtlicher Bundesrichter. Von 1987 bis 1999 war er Vertreter der Berner SVP im Ständerat.

Text 17b

NZZ, 25.7.2003

Richterstaat contra Demokratie

Von Gregor A. Rutz*

Mit den jüngsten Urteilen in Sachen Bürgerrechtserteilung hat das Schweizerische Bundesgericht schwerwiegende politische Entscheide getroffen: Mit dem Verbot von Urnenabstimmungen über Einbürgerungen und mit der Erklärung, die Emmener Abstimmung sei verfassungswidrig verlaufen, wurde die Bundesverfassung völlig neu interpretiert.

Eigenmächtige Verfassungsinterpretation

Sinn und Bewährtheit demokratischer Abstimmungen über Einbürgerungen waren nie umstritten - auch nicht im Zusammenhang mit dem Beschluss zur Nachführung der Bundesverfassung. Bei ihrem Entscheid

haben die Bundesrichter wenig staatspolitisches Verständnis gezeigt, sondern die Rechtsgrundlagen rein grammatikalisch interpretiert. Und selbst unter diesem Aspekt haben sie Rechtsfortbildung in einem nicht mehr akzeptablen Ausmass betrieben. Die Rechtsetzung ist Aufgabe der Legislative und nicht der Gerichte. Der Blick auf unsere Nachbarstaaten zeigt, dass Verfassungsgerichtsbarkeit die anderen Staatsgewalten nicht ersetzen kann. Wenn das Bundesgericht Volksentscheide materiell kritisiert und ausser Kraft setzt, stellt es sich über den Souverän. Dies ist nicht tolerierbar. Es ist zentraler Bestandteil der Gewaltenteilung, dass die Judikative keine Politik betreibt.

Mündigkeit des Bürgers in Frage gestellt

In der schweizerischen Verfassungssystematik und Rechtsprechung wurden die Grundrechte immer funktional-demokratisch und nicht formaljuristisch beurteilt. Damit wird das Demokratieprinzip oftmals geradezu axiomatisch dem Grundrechtsprinzip vorgeordnet. Dies sichert uns unsere bürgerlichen Freiheiten und stärkt das föderalistische System. Diese demokratische Entscheidungsfreiheit will das Bundesgericht zugunsten einer Anpassung an internationale Konventionen aufgeben. Damit orientiert es sich an einem aus direktdemokratischer Sicht wesentlich tieferen Niveau demokratischen Denkens. Unter dem Vorwand der Sicherung von Freiheiten werden demokratische Rechte des Bürgers eingeschränkt und wird dessen Mündigkeit in Frage gestellt. Warum sollte der Souverän, welcher den Rechtsstaat als oberste Rechtssetzungsinstanz letztlich geschaffen hat, nun plötzlich nicht mehr in der Lage sein, diese Werte auch künftig zu schützen? Die Befürchtung der Bundesrichter, das Volk könnte «falsch» entscheiden, ist gefährlich, weil aus ihr letztlich eine zutiefst antidemokratische Grundhaltung spricht.

Demokratie – Hüterin der Menschenrechte

Direkte Demokratie bedeutet, dass die Bürger direkt über Sachfragen abstimmen können und so – zusammen mit dem Parlament – als gesetzgebende Gewalt amten. Deshalb muss in der Schweiz kein Verfassungsgericht die Menschen- und Freiheitsrechte wahren: Diese für einen freiheitlichen Rechtsstaat zentrale Aufgabe nimmt der Souverän als oberste rechtsetzende Instanz selber wahr. Und weil der Souverän selbst als Hüter über die Wahrung der Freiheitsrechte wacht, ist die Entscheidung, wer zum Souverän gehören soll, eine eminent politische.

Die Bürgerrechtserteilung war in der Schweiz nie nur ein einfacher Verwaltungsakt: Mit diesem Entscheid wird bestimmt, wer dem Souverän angehören und damit die Rechtsordnung gewährleisten und weiterentwickeln soll. Bei der Erteilung des Bürgerrechts ist die Einschätzung darüber, ob der Gesuchsteller mit den Prinzipien des freiheitlichen Rechtsstaates genügend vertraut (und einverstanden) ist, von zentraler Bedeutung. Dies zeigt die politische Dimension dieses Entscheids. Und dies zeigt auch, dass die Verweigerung des Bürgerrechts für Einzelne oder für Gruppen, welche anderen Gesellschaftsnormen verpflichtet sind, nichts mit einer Verletzung von Menschenrechten zu tun hat. Die

Menschenrechte sind auch für Nichtbürger vollumfänglich gewährleistet.

Anspruch auf Einbürgerung?

Die politische Entscheidungsfreiheit bezüglich der Bürgerrechtserteilung muss dem Souverän als oberster rechtsetzender Instanz uneingeschränkt zustehen. Sind die Gleichsetzung der Bürgerrechtserteilung mit einer Verwaltungsverfügung und die Schaffung von Einsprachemöglichkeiten nicht ein gefährlicher Versuch, die Legitimation des Souveräns zur Weiterentwicklung des Rechtsstaats zu untergraben? Und wenn das Bundesgericht einen Anspruch auf Einbürgerung verneint: Warum erklärt es dann abweisende Entscheide als verfassungswidrig aufgrund des Anspruchs auf Schutz vor Willkür? Kann ein demokratischer Mehrheitsentscheid überhaupt willkürlich sein? Wird so nicht die Demokratie ad absurdum geführt? Und ergäbe sich daraus nicht doch ein Anspruch auf Einbürgerung? Kann denn nach objektiven Kriterien beurteilt werden, ob jemand genügend integriert ist? Und: Wenn sich nun jemand gegen die Personenfreizügigkeit mit den ehemaligen Ostblockstaaten ausspricht - ist diese Willenskundgabe auch diskriminierend?

Gesetze müssen dem Bürger dienen

Wer Urnenabstimmungen und Gemeindeversammlungen von gewissen demokratischen Entscheidungen ausschliessen will, soll dies mit einer Verfassungsänderung demokratisch legitimieren. Ein solches für unser System einschneidendes Verbot einzig auf die Ansicht einzelner Professoren zu stützen, ist unserer Demokratie unwürdig. «Die Gesetze haben im Dienste des Bürgers zu stehen und nicht umgekehrt», habe ich in meiner ersten juristischen Vorlesung an der Universität Zürich gelernt. Auch die obersten Richter in unserem Lande sollten sich an diesen wichtigen Grundsatz halten.

* Gregor A. Rutz (Küsnacht) ist Jurist und Generalsekretär der Schweizerischen Volkspartei. Er gehört dem Zürcher Verfassungsrat an.

2. Recht und Wirtschaft

a) Allgemeines

Dass Recht in wirtschaftliche Vorgänge – verbietend, gebietend, gestaltend oder erlaubend – eingreift, steht ausser Frage. Im Wirtschaftsrecht im engeren Sinne, so zum Beispiel im Kartell- und Fusionsrecht, wird dies besonders evident. Die gegenseitige Abhängigkeit von Recht und Wirtschaft ist jedoch grundsätzlicher Art. Recht muss insbesondere eine Währung schaffen – alle Verträge, die auf Geldleistung beruhen, liefen sonst leer – und eine Eigentumsordnung, die Anreize zu wirtschaftlicher Tätigkeit überhaupt erst setzt.

b) Grundsätzliche Möglichkeiten der Wirtschaftsordnung

Staatwirtschaft / zentrale Planwirtschaft:

Voraussetzung für das Funktionieren einer Staatwirtschaft bzw. einer zentralen Planwirtschaft ist verbindliches Verwaltungsrecht, mittels welchem der Staat befehlen kann, wer, was, wann, wo, zu welchem Preis produziert. In der Schweiz sind heute beispielsweise die *Post* und die *SBB* der Staatwirtschaft zu zuordnen.

Privatwirtschaft:

Für das Funktionieren einer Privatwirtschaft sind die folgenden Merkmale Grundvoraussetzung:

- Privateigentum an den Produktionsmitteln
(Kapital, Boden, Energie)
- Verbindliche Verträge (*pacta sunt servanda*), um das verlässliche Zusammenwirken der Akteure in arbeitsgeteilten Wirtschaften zu gewährleisten. Beispiele dafür sind etwa:
 - Bau eines Hauses, einer Fabrik (Auftrag, Werkvertrag)
 - Kauf einer Maschine auf Kredit (Kaufvertrag, Kreditvertrag)
 - Vermietung von Sachen (Miete, Leasing)
 - Übertragung des Eigentums an einer Summe Geldes
(Darlehensvertrag)

- Verlässliche Gerichtsbarkeit zur Durchsetzung allfälliger Ansprüche auf rechtsstaatlichem Weg
- Legalitätsprinzip für die staatliche Gewalt; so bspw. im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens

c) Umgehung des Vertragsrechts mit Veränderung wirtschaftlicher Verhältnisse am Beispiel der sogenannten *clausula rebus sic stantibus*

Text 18

Vgl. BGE 47 II 318

Im Jahr 1913 vermietete die Klägerin Hüni (H) der Beklagten Stampfenbach (S) 487 m² Räumlichkeiten in Zürich auf 9 Jahre. Als jährlichen Mietzins vereinbarten H und S Fr. 22'000 für die ersten vier und Fr. 24'000 für die weiteren fünf Jahre. Darin waren die Kosten für Heizung inbegriffen.

Die Klägerin H verlangte nun – ab Oktober 1918 – einen jährlichen Mietzinszuschlag von Fr. 4'000 für die gestiegenen Kosten der Heizung. Diese hatten ursprünglich nur einen 14. Teil des Mietzinses ausgemacht; ab 1918/19 mussten jedoch mehr als ¼ des Mietzinses für Heizung aufgewendet werden und ab 1919/20 sogar etwa ein Drittel.

Die Klägerin begründete ihr Begehren mit mehreren Argumenten:

1. Es entspreche einem allgemeinen Gebot der Billigkeit, dass der Mietzins angepasst werde,
2. der Vertrag sei unter der stillschweigenden Bedingung geschlossen, dass die Heizungskosten stabil blieben,
3. da eine Steigerung der Heizungskosten nicht vorausgesehen war, liege eine Lücke im Gesetz bzw. im Vertrag vor,
4. die Beklagte S handle rechtsmissbräuchlich,
5. sie, die Klägerin H, habe sich bei Vertragsschluss in einem Irrtum i.S. von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR befunden,
6. jedenfalls liege ein wichtiger Grund zur Vertragsauflösung vor.

Das Bundesgericht entschied?

Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR

"Der Irrtum ist namentlich in folgenden Fällen ein wesentlicher: ... (4.) wenn der Irrtum einen bestimmten Sachverhalt betraf, der vom Irrenden

nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wurde."

Für den Entscheid des Bundesgerichts ist weiterhin wichtig:

Art. 373 OR zum Werkvertrag:

¹ *Wurde die Vergütung zum voraus genau bestimmt, so ist der Unternehmer verpflichtet, das Werk um diese Summe fertigzustellen ...*

² *Falls jedoch ausserordentliche Umstände, die nicht vorausgesehen werden konnten oder die nach den von beiden Beteiligten angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren, so kann der Richter nach seinem Ermessen [ZGB 4] eine Erhöhung des Preises oder die Auflösung des Vertrages bewilligen."*

Umgekehrt verlässt sich die Wirtschaft darauf, dass Recht ihre Bedürfnisse nach Planbarkeit der Zukunft befriedigt. Der oberste Grundsatz, ohne den keine Wirtschaft, jedenfalls keine Marktwirtschaft, auskommt, lautet: *pacta sunt servanda*. Eingriffe des Rechts, insbesondere der Rechtsprechung, in das Prinzip der Vertragstreue sind deshalb mit höchster Vorsicht vorzunehmen. Ein "Einfallstor" für korrigierende Eingriffe nach Vertragsabschluss ist Art. 21 OR:

Text 19

Art. 21 Abs. 1 OR

"Wird ein offenes Missverhältnis zwischen der Leistung und der Gegenleistung durch einen Vertrag begründet, dessen Abschluss von dem einen Teil durch Ausbeutung der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns des andern herbeigeführt worden ist, so kann der Verletzte innerhalb Jahresfrist erklären, dass er den Vertrag nicht halte, und das schon Geleistete zurückverlangen."

"*Locus classicus*" für Art. 21 OR ist der "Alpenrose-Fall":

Text 20

Vgl. BGE 61 II 31

"Der Kläger, der 65jährige Witwer W., trat im April 1933 mit der Beklagten, Frau S., die damals Witwe war und 43 Jahre zählte, auf Grund eines von ihr erlassenen Heiratsinserats in Verbindung. Er fand an ihr Gefallen und verliebte sich bald in sie. Die Beklagte verlangte, dass der Kläger ihr der Heirat vorgängig ihre Wirtschaft 'Alpenrose' in Niederurnen zum Preis von 65'000 Fr. abkaufe. Da der Assekuranzwert der Liegenschaft lediglich 32'800 Fr. betrug, fand der Kläger den Preis anfänglich etwas hoch; es gelang der Beklagten jedoch, seine Bedenken zu zerstreuen."

Ausserdem gelang es der Witwe, einen für sie und ihre Kinder günstigen Ehe- und Erbvertrag mit W. zu schliessen. Wenige Monate nach der Heirat wurde die Ehe auf Antrag des W. geschieden. In der Begründung wurde gesagt: "die Beklagte habe weniger einen Ehemann, als Geld gesucht, und habe es verstanden, den in einer seelischen Bedrängnis befindlichen alten Witwer zu blenden und nach jeder Richtung auszunützen."

Nach der Scheidung verlangte W., der Kaufvertrag über die 'Alpenrose' sei als nichtig bzw. unverbindlich zu erklären, und forderte die bereits gezahlten 20'000 Fr. zurück.

Das Bundesgericht entschied?

In jüngerer Zeit wurde Art. 21 OR erneut zum Prüfstein in folgendem Fall:

Text 21

Vgl. BGE 123 III 292

Ein Fussballverein bei Schaffhausen hatte seit 1974 ein Stück Land gepachtet, das er als Fussballplatz nutzte. Der Zins betrug seit 1974 unverändert Fr. 300 jährlich. Im Jahr 1990 kündigte die Eigentümerin des Landes den Pachtvertrag, erklärte sich jedoch bereit, einen neuen Vertrag mit einem Pachtzins von nun Fr. 3'000 zu schliessen. Nach einigem Zögern – der Fussballklub wollte eigentlich nur Fr. 2'000 zahlen – nahmen die Fussballer an und schlossen mit der Eigentümerin einen 5jährigen neuen Vertrag zu Fr. 3'000 jährlich. Wenig später jedoch zog der Fussballclub vor Gericht mit dem Begehren, dieses möge feststellen, dass der Pachtzins überteuert hoch sei. Er, der Fussballklub, habe nur

eingewilligt, weil kein anderer Platz aufzutreiben gewesen sei. Die Eigentümerin des Landes habe dies genau gewusst und sie gewissermassen "erpresst". Das Gericht solle den Pachtzins auf das richtige Niveau absenken. Die Eigentümerin entgegnete, sie wolle das Land entweder zu Fr. 3'000 verpachten – oder gar nicht.

Das Bundesgericht entschied?

3. Recht und Moral / Sittlichkeit / Gerechtigkeit

Moral, Sittlichkeit oder Gerechtigkeit erheben – unterstützend oder konkurrierend mit dem Recht – ebenfalls normative Ansprüche. Gerechtigkeit oder Moral sind jedoch keine exklusiv oder spezifisch für das Recht geltende Kategorien. Vielmehr werden auch eine gerechte Politik oder ein moralisches Verhalten der Industrie etc. verlangt. Vorstellungen, was im Einzelfall gerecht und billig ist, sind in der Bevölkerung verbreitet (im Ernstfall ist allerdings selten ein Konsens zu erreichen). Diese Vorstellungen können mit dem, was Recht oder Unrecht ist, durchaus kollidieren. Doch nimmt das Recht umgekehrt auch Rücksicht darauf, ob und wie sich Moral, Sitte und Gerechtigkeitsdenken in der Gesellschaft wandeln.

Moral / Sittlichkeit

Moralische / sittliche Fragen sind – spätestens seit Kant – nicht Sache des Rechts als solchem. Gleichwohl sind sowohl in der Gesetzgebung als auch in der Rechtsprechung moralische Standpunkte auszumachen und vermutlich unumgänglich. Das Stichwort, um moralische Fragen zu diskutieren, heisst im Privatrecht "Sittenwidrigkeit". Art. 20 Abs. 1 OR ist die Grundnorm: "Ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig."

Text 22

Vgl. BGE 111 II 295

Ein Motorradfahrer fuhr nachts eine Frau an und verletzte sie schwer. Die Kosten für Krankenhaus und Heilung wurden von dem Schädiger bzw. der Versicherung problemlos übernommen. Die Frau klagte jedoch zudem auf Ersatz für ihren gegenwärtigen und zukünftigen Verdienstaufschlag als Prostituierte, nämlich auf 20'000 Fr. monatlich, zahlbar bis zu ihrem 45. Lebensjahr, was eine Gesamtsumme von 2,3 Millionen Fr. entsprach. Entgangener Gewinn ist nach dem Haftpflichtrecht des OR zu ersetzen, jedoch nicht der Gewinn aus unsittlichen oder widerrechtlichen Geschäften. Die Klage der Frau wurde dementsprechend von den unteren Instanzen abgewiesen.

Das Bundesgericht entschied ?

Nicht zu verwechseln mit Sittlichkeit ist die Sitte im Recht:

Von Kuhglocken und Kirchenglocken

Was "die Sitte" (nicht die "guten Sitten") ist, lässt sich empirisch leichter ermitteln als das, was moralisch oder unmoralisch ist. Das Recht verweist zuweilen auf die Sitte: zum Beispiel, wenn es vom Handelsbrauch, von Usanzen, von "im gewöhnlichen Verkehr" und "im kaufmännischen Verkehr" (Art. 313 OR) spricht.

Auch der sog. "Ortsgebrauch" nimmt Rücksicht auf lokale Gepflogenheiten und Besonderheiten. So zum Beispiel bei der Frage zulässiger oder übermässiger Immissionen, Art. 684 Abs. 2 ZGB: "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."

Text 23

Vgl. BGE 101 II 248

Herr X liess seine Kühe Tag und Nacht auf einer Wiese weiden, die in der Wohnzone eines Dorfes im Kanton Appenzell-Ausserrhoden liegt. Er hatte den Kühen Glocken umgehängt. Nachbarn, darunter der Kläger, fühlten sich durch das nächtliche Glockengeläut gestört, während der Beklagte das Geläut für einen "sinnvollen Brauch" hielt, worin ihm das Obergericht von Appenzell A.Rh. beipflichtete. Das Bundesgericht zog den Ortsgebrauch sowie die "Anforderungen, die das moderne Leben an die Nervenkräfte des Menschen stelle", in Betracht

und entschied?

Neben dem Geläut von Kuhglocken ist auch dasjenige von Kirchenglocken verschiedentlich unter dem Gesichtspunkt des Ortsgebrauchs oder der Ortsüblichkeit beurteilt worden; vgl. dazu ZR (Blätter für Zürcherische Rechtsprechung) 99 (2000) Nr. 1, S. 1 ff.; BGE 126 II 366.

Text 24

BGE 126 II 366

X, der in der Nähe der reformierten Kirche in Bubikon wohnt(e), beantragte dem Gemeinderat Bubikon, das Kirchengeläut sei von 5.00 morgens auf 7.00 zu verschieben. Nachdem der Gemeinderat dies abgelehnt hatte, zog X seine Klage bis zum Bundesgericht. Er machte u.a. geltend, dass das Umweltschutzgesetz [USG] Lärmimmissionen verbiete und zumindest eine Lärmreduktion gebiete, darüber hinaus aber auch die kommunale Polizeiverordnung „störenden Lärm“ zwischen 22.00 und 6.00 ganz untersage sowie anordne, dass zwischen 6.00 und 7.00 „die Vermeidung von Lärm besonders zu beachten“ sei. Das Kirchengeläut sei vermeidbar. Denn „seit es in jedem Haushalt Wecker gebe, habe das Frühgeläut seine Weckfunktion verloren. Ein grosser Teil der Bevölkerung stehe morgens [ohnehin] nicht (mehr) vor 07.00 Uhr auf. Diese Leute würden durch das Geläut um 06.00 Uhr in ihrem Wohlbefinden erheblich gestört.“ – Dagegen wurde von der Gemeinde und der Kirchgemeinde geltend gemacht: „Es gibt keinen absoluten Anspruch auf Ruhe.“ Eine Reduktion der Lärmimmission sei nicht möglich. Denn: „Das Erzielen einer breiten Aussenwirkung [sei] gerade der Zweck des kirchlichen Läutens und nicht (unerwünschtes) Nebenprodukt irgendeiner Tätigkeit. [Es solle] möglichst vielen Menschen feierlich den neuen Tag ankündigen und sie zur Besinnung mahnen oder auch je nach Tageszeit zum Gebet, zum Gottesdienst oder zu einer kirchlichen Feier rufen.“ „Kirchenglocken haben für viele Leute einen Wohlklang, und ihr regelmässiges Ertönen – auch frühmorgens – entspricht weit verbreiteter alter

Tradition. – Indessen ist auch die Ortsüblichkeit (Vorbelastung des Gebiets, Zonenlage, Tradition) in die Beurteilung miteinzubeziehen. ... Das Frühgeläut entspricht einer örtlichen Tradition ...“
Das Bundesgerichte wog die Gründe und Gegengründe ab
und entschied?

Gerechtigkeit

Dass Recht und Rechtsprechung der Gerechtigkeit dienen sollen, ist allgemein anerkannt. Was allerdings – generell und im Einzelfall – gerecht ist, ist oft umstritten.

Einige der berühmtesten Gerechtigkeitsdefinitionen finden sich bereits vorne, S. 1. Das Bundesgericht hat sich weise einer Gerechtigkeitsdefinition entzogen:

Text 25

BGE 96 I 567

Die Gerechtigkeit aber lässt sich nicht näher umschreiben. Sie ist jedenfalls ein relativer Begriff, der sich mit den politischen, sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen wandelt.

Mit "Gerechtigkeit" wird deshalb in der Rechtsprechung höchst selten argumentiert. Sie kommt fast ausschliesslich in der sog. "Willkürformel" vor:

Text 26

Ein Fall von Willkür (der Gerichte, des Gesetzgebers oder der Behörden) liegt vor, wenn ihr Entscheid:

"mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft."

Vgl. BGE 122 I 61; 121 I 113, und öfter.

Hantierbar wird Gerechtigkeit, wenn man sie – wie dies zumeist geschieht – mit Gleichheit identifiziert. Ungerechtigkeit liegt dann vor, wenn gleiche Sachlagen, Interessen, Bedürfnisse unterschiedlich behandelt werden.

Text 27

Vgl. BGE 123 I 56 und ZBI 88 (1987) 306

Herr X wurde im Kanton Graubünden 1995 zu einer Feuerwehersatzabgabe von 350 Fr. jährlich herangezogen. Er verweigerte die Bezahlung wegen Verstosses gegen Art. 8 Abs. 3 (Art. 4 aBV): "Mann und Frau sind gleichberechtigt." Einige Jahre zuvor, 1986, hatte bereits der Kanton Basel-Stadt in einem gleichgelagerten Fall argumentiert, dass nur "die kräftigsten Männer des besten Alters" zum Feuerwehrdienst und infolgedessen auch zur Ersatzabgabe heranzuziehen seien, "Frauen im gebärfähigen Alter im Interesse allfälliger Nachkommen" hingegen davon suspendiert werden müssten.

Beide Fälle kamen vor Bundesgericht,

welches entschied?

Zum Abschluss von „Recht und Gerechtigkeit“

Nach heutiger Auffassung wird man eine Gesellschaft oder eine Rechtsordnung als gerecht beurteilen, wenn:

- die Grundrechte im Sinn von Art. 7-34 BV gewährleistet sind;
- das staatliche Handeln auf die Verwirklichung der Ziele gemäss Art. 2 und Art. 41 BV ausgerichtet ist und dabei die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns im Sinn von Art. 5 BV beachtet werden.

III Juristische Methode – Aspekte

1. Recht und Sprache

Recht bedeutet: Kommunikation über Recht oder Unrecht.

Kommunikation findet überwiegend durch Sprache statt. Seitdem Recht stark verschriftlicht ist, haben die Rechtsfindung und die Rechtsauslegung es in aller Regel mit Textherstellung und Textinterpretation zu tun. Juristinnen und Juristen sollten daher über ein erhebliches Mass von passivem und aktivem Sprachvermögen verfügen. "Die Arbeit an der Sprache ist Arbeit am Gedanken" (frei nach Ludwig Hohl).

Sprache – bestehend aus Wörtern und Begriffen – gibt die Wirklichkeit nur verzerrt, nämlich aus dem Verständnis und dem Sichtwinkel des Sprechenden, wieder (Theorem vom „Weltbild der Sprache“). Sprache ist zudem insofern unscharf, als dass mit einem Wort verschiedene Dinge bezeichnet werden können (Theorem der „Unschärfe der Sprache“).¹

¹ Roger Zäch, Recht und Sprache, in: Rechtsanwendung in Theorie und Praxis, Symposium zum 70. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, ZSR-Beiheft 15, Basel 1993, 45 ff., mit weiterführenden Erläuterungen.

Durch die Betrachtung der einzelnen Aussagen und Begriffe im Kontext (Bildung von Kontextbedeutungen) kann diese Unschärfe weitgehend überwunden werden. Zur Verdeutlichung des Gesagten folgendes Beispiel:

Text 28

Vgl. Deutscher Bundesgerichtshof, JZ 1961, 494

Die Nachbarn A und B hatten vereinbart, dass B zwar bis hart an die gemeinsame Grundstücksgrenze bauen, jedoch in der dem Grundstück A zugewandten Gebäudewand keine Fenster einlassen dürfe. B baute und versah dabei die dem Grundstück des A zugewandte Mauer mit einer Reihe von rechteckigen Öffnungen. In alle diese Öffnungen liess er Glasbausteine mit geriffelter Oberfläche ein.

A protestierte.

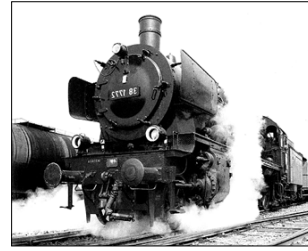
Mit Erfolg?

Im Recht ist zwischen der Gesetzgebung und der Rechtsanwendung zu unterscheiden. Während in der Rechtsanwendung zum Beispiel die Frage, ob eine vertragliche Bindung im Sinn von Art. 27 Abs. 2 ZGB übermässig ist, nicht losgelöst von einem konkreten Fall beurteilt wird, muss der Gesetzgeber möglichst abstrakt und verständlich formulieren. Nur so kann er einerseits sicherstellen, für möglichst viele konkrete Fälle eine Lösung zu bieten und andererseits, eine minimale Verständlichkeit zu gewährleisten.

Der Gesetzgeber kann bezüglich erlassener Normen die Unschärfe, die durch die Sprache bedingt ist, nicht überwinden. Gesetzestexte sind daher – sprachlich bedingt – notwendigerweise unscharf.²

² Roger Zäch, Recht und Sprache, in: Rechtsanwendung in Theorie und Praxis, Symposium zum 70. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, ZSR-Beiheft 15, Basel 1993, 45 ff, mit weiterführenden Erläuterungen.

Als Beispiel eines sprachlichen Monsters i.S. einer sehr detaillierten und damit fast nicht mehr verständlichen Formulierung, ist die Definition von "Eisenbahnunternehmen" durch das deutsche Reichsgericht (RGZ 1, 1880, 251) in die Geschichte eingegangen:



Dampfisenbahn

Text 29

Sprachlich bedeutet Eisenbahn ganz allgemein eine Bahn von Eisen zwecks Bewegung von Gegenständen auf derselben. Verknüpft man diesen *Wortlaut* mit dem *Gesetzeszweck*, und erwägt man, dass die eigenartige Nützlichkeit und gleichzeitig Gefährlichkeit des metallischen Transportgrundes, in der (durch dessen Konsistenz, sowie durch dessen, das Hindernis der Reibung vermindernde Formation und Glätte gegebenen) Möglichkeit besteht, grosse Gewichtsmassen auf jenem Grunde fortzubewegen und eine verhältnismässig bedeutende Geschwindigkeit der Transportbewegung zu erzeugen, so gelangt man *im Geiste des Gesetzes zu keiner engeren* Bestimmung jener sprachlichen Bedeutung des Wortes Eisenbahn, um den Begriff des Eisenbahnunternehmens im Sinne des § 1 des Gesetzes zu gewinnen, als derjenigen:

"Ein Unternehmen, gerichtet auf wiederholte Fortbewegung von Personen oder Sachen über nicht ganz unbedeutende Raumstrecken auf metallener Grundlage, welche durch Konsistenz, Konstruktion und Glätte den Transport grosser Gewichtsmassen, beziehungsweise die Erzielung einer verhältnismässig bedeutenden Schnelligkeit der Transportbewegung zu ermöglichen bestimmt ist, und durch diese Eigenart in Verbindung mit den ausserdem zur Erzeugung der Transportbewegung benutzten Naturkräften (Dampf, Elektrizität, thierischer oder menschlicher Muskelthätigkeit, bei geneigter Ebene der Bahn auch schon der eigenen Schwere der Transportgefäße und deren Ladung, u.s.w.) bei dem Betriebe des Unternehmens auf derselben eine verhältnismässig gewaltige (je nach Umständen nur in bezweckter Weise nützlichen, oder auch Menschenleben vernichtende und die menschliche Gesundheit verletzende) Wirkung zu erzeugen fähig ist."

Es lohnt sich,

1. die Anzahl der Sätze zu zählen,
2. die Anzahl der Substantive zu zählen,
3. den Stil nicht zu imitieren, sondern
4. zu versuchen, den Inhalt – ohne wesentlich mehr Raum zu beanspruchen – sprachlich angenehmer zu reformulieren.

Als Kontrast die viel abstraktere und damit auch verständlichere Definition von "Eisenbahn" im Schweizer Eisenbahngesetz, Art. 1 Abs. 2, von 1957:

Text 30

"Eisenbahnen im Sinne dieses Gesetzes sind Unternehmungen, die nach ihrer Zweckbestimmung von jedermann zur Beförderung von Personen und Gütern benützt werden können und deren Fahrzeuge auf oder an Schienen laufen. Der Bundesrat entscheidet über die Unterstellung von Bahnanlagen unter dieses Gesetz."

2. Subsumtion und Logik

Die juristische Arbeitsweise besteht hauptsächlich aus subsumieren, d.h. der Unterordnung eines Sachverhalts unter den Tatbestand einer Norm. Dabei müssen Sachverhalt und Tatbestand einer Norm zueinander passen, d.h. für einen konkreten lebensweltlichen Sachverhalt muss ein passender abstrakter Tatbestand einer Norm gefunden werden, der es erlaubt, Fragen, wie sie sich zum Beispiel im folgenden Text Nr. 31 stellen, zu beantworten.

Text 31

Herr Otto erzählt, sein Nachbar grille an jedem schönen Sommerabend Würste im Garten auf einer offenen Feuerstelle, dies bei lauter Musik und mit vielen dubiosen Gästen. Der Nachbar sei überhaupt ein unzuverlässiger Mensch, der erst um 10 Uhr morgens aufstehe und nicht einmal die Treppe sauber halte. Auf seine, Herrn Ottos, Bitte, dies doch zu tun, habe er mit "Sie elender Spiesser!" geantwortet. Der Vermieter, bei dem er sich schon über den Nachbarn beschwert hat, habe keinerlei Lust einzugreifen, sondern gesagt: "Machen Sie das doch unter sich aus." Daraufhin habe er, Herr Otto, in seinem Teil des Gartens, gut sichtbar für den Nachbarn, einige schöne, selbstgefertigte Gartenzwerge aufgestellt, die allerdings etwas "untypische Posen und Gesten einnehmen. So zeigt einer der Zwerge dem Beobachter mit herausgestreckter Zunge den erhobenen Mittelfinger; ein anderer beugt sich mit heruntergelassenen Hosen nach vorne und zeigt sein entblößtes Hinterteil." Eines dieser Kunstwerke habe der Nachbar allerdings inzwischen zertrümmert. – Und so weiter, eine endlose Geschichte.

Die juristische Arbeit besteht darin, einige Details als rechtlich relevant zu erkennen:

- Sind der "Duft" von gegrillten Würsten und die laute Musik Immissionen i.S. des Art. 684 ZGB?
- Verstösst die offene Feuerstelle gegen Sicherheitsverordnungen?
- Ist "elender Spiesser" eine Beleidigung?
- Kann der Mietzins gemindert werden, wenn der Vermieter nicht für ungestörtes Wohnen sorgt?
- Ist das Aufstellen von sog. "Frustzwerge" ein Eingriff in die Persönlichkeit des Nachbarn, oder sind die Zwerge "Kunstwerke" bzw. Ausdruck der Meinungsfreiheit? (Vgl. Amtsgericht Grünstadt, NJW 1995, 889)
- Ist das Zertrümmern eines Zwerges eine Sachbeschädigung, die aber eventuell durch "Notstand" gerechtfertigt ist? usw.

Durch das sog. "Hin- und Herwandern des Blicks" vom Sachverhalt zur Norm und von der Norm zum Sachverhalt entsteht dann ein "bereinigter" Sachverhalt, der zur allenfalls ausgelegten Norm passt. Dann kann der Sachverhalt unter die Norm, genauer, den Tatbestand einer Norm subsumiert werden. Erst wenn diese – entscheidende – Schwerarbeit geleistet ist, kann beginnen, was der Jurisprudenz den Ruf der "Logik" eingebracht hat. Sind nämlich die Norm gefunden und allenfalls ausgelegt, ist der Sachverhalt festgestellt, geschieht die Subsumtion durch den sog. "Syllogismus".

Für Text 28 hiesse dies vereinfacht z.B.:

- (1) Der Einbau von Fenstern ist dem B untersagt
 - (2) Rechteckige Maueröffnungen mit eingebauten Glasbausteinen sind Fenster
-
- (3) Der Einbau von Glasbausteinen in rechteckige Maueröffnungen ist untersagt.

Die Subsumtion beruht also auf einfachen logischen Schlussfolgerungen.

Es folgen zwei Beispiele:

- (1) Alle Menschen sind sterblich.
 - (2) Sokrates war ein Mensch.
-

- (3) Sokrates war sterblich.

oder:

- (1) Alle Füchse haben vier Beine.
 - (2) Sokrates war ein Fuchs.
-

- (3) Sokrates hatte vier Beine.

Sinn oder Unsinn von logischen Operationen hängen, wie man sieht, davon ab, ob die je einzelnen Sätze „richtig“ sind und ob die je einzelnen Wörter in derselben Bedeutung gebraucht werden: Fuchs ist nicht gleich Fuchs.

Wenn festgelegt wurde, *was* zum Beispiel eine bewegliche Sache ist, nämlich eine körperliche Sache, die man anfassen kann, kann man den Diebstahl von Elektrizität oder Daten nicht unter *Art. 139 StGB* "subsumieren": "*Wer jemandem eine fremde bewegliche Sache zur Aneignung wegnimmt ...*". Infolgedessen sind im StGB eigene Artikel über Energie- und Datendiebstahl eingefügt worden (*Art. 142, 143 StGB*).

3. Auslegungslehre

Die Wissenschaft, die sich mit dem Verständnis von Texten – der Bedeutung von Wörtern und dem Sinn von Sätzen – beschäftigt, heisst Hermeneutik. Entwickelt wurden Auslegungsregeln nicht nur in der Jurisprudenz, sondern auch in der Theologie, der Philosophie und den Sprachwissenschaften. Die Hermeneutik soll also herausfinden, was "Fenster" im Kontext eines Vertrages, im Sinne der Autoren des Vertrages oder im allgemeinen Sprachverständnis bedeutet. Sie käme auch in folgendem Fall zum zuge:

Text 32; BGer-Entscheid vom 1.5.2001

Vgl. Berichte der NZZ vom 5. und 8. Juni 2001

Ein Reporter des "Blick" recherchierte im "Fraumünsterpostraub" und stellte eine Liste mit 15 Tatverdächtigen zusammen. Diese Liste übergab er einer Verwaltungsassistentin der Staatsanwaltschaft und fragte sie, ob sie wohl feststellen könne, welche der genannten Personen u.a. wegen Drogendelikten vorbestraft seien. Die Beamtin erklärte sich – in Abwesenheit sämtlicher Staatsanwälte – bereit, die Angaben im Computer zu überprüfen und faxte das Ergebnis an den Reporter zurück.

Beide – die Beamtin und der Reporter – wurden angeklagt. Die einschlägigen Normen lauten:

Art. 320 Ziff. 1 StGB

"Wer ein Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als Mitglied einer Behörde oder als Beamter anvertraut worden ist ... wird mit Gefängnis oder Busse bestraft."

Was heisst ein "Geheimnis"?

Art. 24 Abs. 1 StGB

"Wer jemanden zu dem von ihm verübten Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich bestimmt hat, wird nach der Strafandrohung, die auf den Täter Anwendung findet, bestraft."

Was heisst "bestimmt hat"?

Wie hat das BGer entschieden?

Warum muss man überhaupt auslegen?

Die Rechtsprechung hat sich seit langem auf einen Kanon von Auslegungsregeln, von Auslegungselementen festgelegt. Es sind dies,

- die grammatikalische (bzw. grammatische) Auslegung, die auf den Wortlaut abstellt,
- die historische Auslegung, die nach den ursprünglichen Motiven des Gesetzgebers forscht,
- die teleologische Auslegung, die nach Sinn und Zweck des Gesetzes und einer Norm fragt,
- die systematische Auslegung, welche auf die Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung, der einzelnen Normen achtet,
- die verfassungs- und völkerrechtskonforme Auslegung, die sich an Werten und Grundsätzen von Verfassungs- und Völkerrechtsrang orientiert.

Zu den Auslegungsmethoden werden gelegentlich auch hinzugerechnet:

- die vergleichende Auslegung, welche die Lösungen eines Problems in anderen Rechtsordnungen (Eurokompatibilität des schweizerischen Rechts) herbeizieht,
- die ergebnisorientierte Auslegung, welche das mehr oder minder wünschenswerte, generelle Ergebnis, einschliesslich der weiteren (sozialen, ökonomischen, etc.) Folgen, berücksichtigt.

Auslegen – z.B. nach dem grammatikalischen Element der Auslegung – heisst dann:

Welche von zwei oder mehreren möglichen Sinndeutungen entspricht am besten dem grammatikalischen Auslegungselement? Ist, um beim obigen Beispiel zu bleiben, „Fuchs“ im Sinne des Tieres oder eher im Sinne eines schlaun Menschen gemeint?

Bsp.: Waadtländer Frauenstimmrechtsfall:

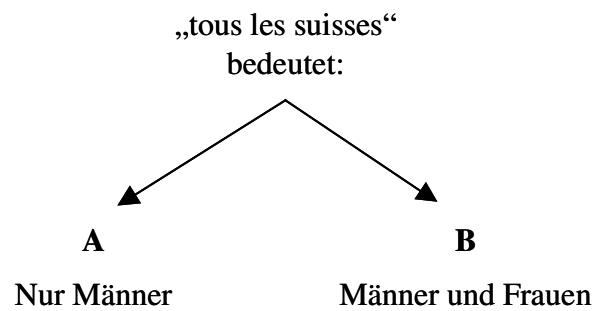
Die Verfassungsnorm des Kantons Waadt von etwa 1860 lautete:

„*Ont le droit de vote tous les suisses*“.

Auslegungsfrage: Haben neben den Männern auch die Frauen das Stimmrecht?

Die Frage stellte sich, weil unter „tous les suisses“ nach traditionellem Verständnis nur Männer verstanden wurden;
die Bedeutung des französischen Textes „tous les suisses“ jedoch Männer *und* Frauen erfasst.

Mögliche Antworten: Die rechtsanwendenden Behörden standen also vor der Alternative:



Bearbeiten Sie mithilfe der erwähnten Auslegungselemente den Appenzeller Wahlrechtsfall:

Text 33

Vgl. BGE 116 Ia 359

Nachdem die Standeskommission und die Landsgemeinde des Kantons Appenzell I.Rh. es 1990 abgelehnt hatten, Frauen aktiv an der Landsgemeinde teilnehmen zu lassen, reichten 53 Frauen und 49 Männer aus dem Kanton staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht ein mit dem Antrag, der Kanton Appenzell I.Rh. sei anzuweisen, Art. 16 der kantonalen Verfassung so abzuändern, dass Frauen die aktive Teilnahme an der Landsgemeinde möglich werde.

Die wichtigsten gesetzlichen Grundlagen für Erfolg oder Misserfolg der Beschwerde sind die folgenden:

Art. 16 Abs. 1 KV Appenzell I.Rh.

"An Landsgemeinden und an Gemeindeversammlungen sind alle im Kanton wohnhaften Landleute sowie die übrigen Schweizer stimmberechtigt, sofern sie das 20. Altersjahr vollendet haben und im Stimmregister eingetragen sind."

Art. 4 Abs. 2 aBV [1981] (Art. 8 Abs. 3 BV)

"Mann und Frau sind gleichberechtigt. Das Gesetz sorgt für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung ..."

Art. 74 Abs. 1 aBV [1971]

"Bei eidgenössischen Abstimmungen und Wahlen haben Schweizer und Schweizerinnen die gleichen politischen Rechte und Pflichten."

Art. 74 Abs. 4 aBV

"Für Abstimmungen und Wahlen der Kantone und Gemeinden bleibt das kantonale Recht vorbehalten."

Der vom Bundesgericht vertretene Standpunkt zur Auslegung von Gesetzen und zur Reihenfolge der einzelnen Auslegungselemente lautet zum Beispiel:

Text 34

BGE 123 III 24 Erw. 2 lit. a.

Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrundeliegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Auszurichten ist die Auslegung auf die ratio legis, die zu ermitteln dem Gericht allerdings nicht nach seinen eigenen, subjektiven Wertvorstellungen, sondern nach den Vorgaben des Gesetzgebers aufgegeben ist. Zwar ist die Auslegung des Gesetzes nicht entscheidend historisch zu orientieren, im Grundsatz aber dennoch auf die Regelungsabsicht und die damit erkennbar getroffenen Wertentscheidungen auszurichten, da sich die Zweckbezogenheit des rechtsstaatlichen Normverständnisses nicht aus sich selbst begründen lässt, sondern aus den Absichten des Gesetzgebers abzuleiten ist, die es mit Hilfe der herkömmlichen Auslegungselemente zu ermitteln gilt. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen.

Oder:

BGE 124 II 241 Erw. 3.

Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut, doch kann der Wortlaut einer Norm nicht allein massgebend sein, namentlich wenn der Text unklar ist oder verschiedene Deutungen zulässt. Vielmehr muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung weiterer Auslegungselemente, wie namentlich der Entstehungsgeschichte der Norm und ihres Zwecks. Wichtig ist auch die Bedeutung, die der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt ... Das Bundesgericht hat sich bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten lassen ... und nur dann allein auf das grammatikalische Element abgestellt, wenn sich daraus zweifellos eine sachlich richtige Lösung ergab.

4. Das Problem der Lücke

„Eine Lücke ist eine planwidrige Unvollständigkeit des positiven Rechts“ (d.h. der Gesetzesordnung im Rahmen ihres möglichen Wortsinns), „gemessen am Massstab der gesamten geltenden Rechtsordnung.“³

Keine Kodifikation war und ist flächendeckend. Ob jedoch im Einzelfall tatsächlich eine – planwidrige – "Lücke" vorliegt, kann zweifelhaft sein. Manche Sachverhalte mag der Gesetzgeber bewusst entweder im rechtsfreien Raum belassen oder sogar durch sogenanntes qualifiziertes Schweigen von Rechtsfolgen ausgeschlossen haben. In einem solchen Fall spricht man von einer rechtspolitischen Lücke, deren „Füllung“ nur vom Gesetzgeber vorgenommen werden darf.⁴

Text 35

Vgl. BGE 124 V 346

Frau A. leidet seit 1992 an einer Diabetes und – in Zusammenhang damit – an einer chronischen Zahnfleischentzündung. Die Kosten für deren Behandlung machte sie bei der obligatorische Krankenversicherung geltend, welche jedoch die Zahlung ablehnte.

Grundlage der Ablehnung war Art.31 Krankenversicherungsgesetz (KVG), wonach die Kosten zahnärztlicher Behandlung übernommen werden, wenn sie durch eine *"schwere Allgemeinerkrankung oder ihre Folgen"* verursacht wurden. Was eine schwere Allgemeinerkrankung ist, wurde durch Ausführungsbestimmungen des Departements des Innern festgelegt. Diabetes wurde dabei nicht aufgeführt.

Frau A. argumentierte, dass eine "Lücke" vorliege, die durch das Gericht zu schliessen sei.

Wie kann man feststellen, ob tatsächlich eine Lücke vorliegt oder nicht?

³ Canaris, zitiert nach Kramer, 163. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von einer gesetzesimmanenten Lücke. Diese kann und soll der Rechtsanwender schliessen.

⁴ Kramer, 165.

Stellt man eine ("echte" oder "offene" oder „planwidrige“) Lücke im positiven Recht fest, so kommen mehrere Möglichkeiten in Betracht, diese zu schliessen. Die wichtigste Möglichkeit ist der Analogieschluss.⁵ Das Gegenstück zum Analogieschluss ist der Umkehrschluss.⁶ Eine weitere Möglichkeit ist die so genannte teleologische Reduktion, bei welcher ein klarer, aber im Vergleich zum Sinn/Zweck der Norm zu weit gehender Wortlaut auf ein sinnvolles Mass eingeeengt wird.⁷

Als Beispiel soll hier die häufig gebrauchte Methode der Analogie angeführt werden:

Text 36

Vgl. z.B. BGE 107 II 419

Ein Käufer K kaufte vom Verkäufer V alle Aktien eines Unternehmens zu einem Preis, der sich auch auf den Wert des vorhandenen Warenlagers stützte. Bei genauerer Betrachtung stellte sich heraus, dass der angenommene Wert des Warenlagers wesentlich zu hoch war. Deshalb machte der Käufer einen sogenannten "Grundlagenirrtum" (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) geltend. Art. 23 OR bestimmt als Folge, dass der Vertrag für K unverbindlich ist. K hatte jedoch ein Interesse daran, den Vertrag als solchen zu erhalten und nur den Kaufpreis hinsichtlich des Werts des Warenlagers zu mindern.

Eine "Teilunverbindlichkeit" des Vertrags im Fall der *Irrtumsanfechtung* ist im OR nicht vorgesehen.

Hingegen bestimmt Art. 20 OR für den Fall rechts- oder sittenwidriger Bestimmungen in einem Vertrag, dass diese nicht den gesamten Vertrag zu Fall bringen müssen: "Betrifft aber der Mangel bloss einzelne Teile des Vertrages, so sind nur diese nichtig, sobald nicht anzunehmen ist, dass er ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre."

Kann die in Art. 20 Abs. 2 OR vorgesehene "Teilnichtigkeit" im Wege der Analogie auf Art. 24 OR übertragen werden und so zu einer "Teilunverbindlichkeit" werden?

Wie müsste ein entsprechende Analogie begründet werden?

⁵ Im Gegensatz zu anderen Rechtsordnungen wird der Analogieschluss in Art. 1 ZGB nicht erwähnt. Der Richter wird in Art. 1 Abs. 2 ZGB direkt auf Gewohnheitsrecht verwiesen. Kramer spricht in diesem Zusammenhang von „Lückenhaftigkeit unserer Lückenfüllensregelung“, Kramer, 174.

⁶ Kramer, 182.

⁷ Kramer, 192.

Analogien können auch in Form von "Erst-recht-Schlüssen" begründet werden. Wenn das Mitführen von Hunden in einer Badeanstalt untersagt ist, so "erst recht" das Mitführen von Schafen. *Formal* genauso korrekt wäre allerdings der Umkehrschluss: Da nur das Mitführen von Hunden untersagt ist, ist das von Schafen erlaubt. Die "juristischen Schlüsse" – wie Argumente *a minori ad maius*, *a maiori ad minus*, *e contrario*, *e silentio* – entbinden also auch nicht von einer teleologischen Auslegung.

Text 37

A benötigt einen Kredit von Fr. 10'000, der ihm von B auf ein Jahr gewährt wird. A bestellt dem B dafür einen alten wertvollen Ring als Pfand. Kurz vor Ablauf des Jahres vereinbaren A und B, dass B den Ring, an dem er sehr interessiert ist und den er seiner Frau zum Hochzeitstag schenken möchte, behalten kann – womit die Darlehensforderung getilgt sein soll.

Art. 894 ZGB

"Jede Abrede, wonach die Pfandsache dem Gläubiger, wenn er nicht befriedigt wird, als Eigentum zufallen soll, ist ungültig."

Ist deshalb auch die Vereinbarung zwischen A und B unwirksam?

Gelingt es nicht, eine Lücke auf dem Wege der Analogie oder der Reduktion zu schliessen, so sieht das Schweizer Recht noch eine weitgehende Befugnis des Richters vor:

Text 38

Art. 1 ZGB

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

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

³ *Es folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung."*

Auch ohne ausdrücklich darauf hinzuweisen, machten und machen Gerichte nicht selten Gebrauch von Art. 1 Abs. 2 ZGB.

Ein prominentes Beispiel eines ausserhalb des gesetzlichen Rechts entwickelten Rechts ist die "Vertrauenshaftung", die mit einer bereits von Rudolf von Jhering (1818-1892) erfundenen Rechtsfigur, der *culpa in contrahendo*, ihren Anfang nahm.

Text 39

Vgl. BGE 120 II 331

Eine Tochtergesellschaft der Swissair, die IGR (*Golf and Country Residences*), vermittelte und verkaufte Beteiligungen, welche die Erwerber auf die Dauer von 40 Jahren berechtigten, ihre Anteile in ausgesuchten Golfhotels "abzuwohnen". Sie betrieb Werbung auf einem Geschäftspapier, auf dem auch das Logo der Swissair abgedruckt war. Ehe das Geschäft praktisch umgesetzt wurde, ging die IGR allerdings in Konkurs.

Ein Käufer hatte bereits 90'000 Fr. eingezahlt und klagte nun gegen die Swissair auf Rückerstattung.

Im Prinzip gilt, dass vertragliche Ansprüche nur zwischen den direkt beteiligten Parteien entstehen und dass "vorvertragliche" Ansprüche deshalb auch nur zwischen den Parteien entstehen, die vorvertragliche Verhandlungen geführt haben.

Im Prinzip gilt, dass nicht an einem Vertrag Beteiligte für eingetretenen Schaden nur "deliktisch", das heisst allenfalls nach Art. 41 OR haften.

Das Bundesgericht entschied?

Gesetzgebungslehre

Siehe dazu: Peter Noll, Gesetzgebungslehre (rororo),
Reinbek bei Hamburg 1973.

Zum Abschluss von Teil III:

Siehe: Peter Gauch, Argumente. Ein Geburtstagsbrief,
recht 2000, 87 – 100
(abrufbar unter: <http://www.rwi.unizh.ch/zaech/home.htm>).

IV Rechtstheorien

Die Frage, wie die Existenz und – notfalls gewaltsame – Durchsetzung von Recht begründet und legitimiert werden kann, wird seit langem diskutiert. Recht wurde dabei zuweilen aus der "Natur" des Menschen oder der "Sache" bzw. dem "Wesen" oder der "Vernunft" abgeleitet, zuweilen aus der Tradition, der Geschichte, dem "Volksgeist", zuweilen allein aus menschlicher Entscheidung in Form der Gesetzgebung oder des Richterspruchs. Die jeweiligen Theorien der Begründung und Legitimität von Recht haben – bis heute – nicht unerhebliche Konsequenzen für die Entscheidung von Fällen, für die Frage, welche Kompetenzen der Gesetzgeber einerseits, Richter andererseits haben sollen und welche Rolle der Jurisprudenz als Wissenschaft zukommt.

Einige Rechtstheorien werden im folgenden vorgestellt.

1. Naturrecht



Hugo Grotius
1583-1645

Die Existenz und der Inhalt des Rechts werden zurückgeführt auf die Natur. "Natur" kann bedeuten die "Natur des Menschen" (anthropologisches Naturrecht), die "Natur als göttliche Schöpfung" (christliches Naturrecht) oder die "Natur als Vernunft" (rationales Naturrecht, Vernunftrecht). Das Naturrecht postuliert, dass es eine objektive Werteordnung gibt, die unabhängig vom Recht und über dem Recht besteht und die der Mensch erkennen kann.

Nach 1945 erlebte das Naturrecht aus naheliegenden Gründen eine Renaissance (Neonaturrecht) und ist auch heute – als Gegenargument zum Positivismus (hinten, 3.) – stark vertreten.

Die vier Naturrechtsphasen**Antike** (4. Jh. vor bis 5. Jh. n. C.)

- Klassisches Naturrecht bei den Philosophen Platon und Aristoteles
- Naturrecht der Stoa

Mittelalter (500-1500)

- Christliches Naturrecht
- Intellekt und Wille als Spannungsfeld

Neuzeit (16.-18. Jh.)

- Späthumanismus
- Spätscholastik
- Vernunftrecht

20. Jahrhundert

- Reflexion nach 1945
- Menschenrechtserklärungen

(Quelle: Marcel Senn, Schemen zur Rechtsgeschichte I, Zürich 2004)

Text 39 a

Entscheid U.S. Supreme Court, BRADWELL v. STATE OF ILLINOIS, 83 U.S. 130 (1872)

„Mrs. Myra Bradwell, residing in the State of Illinois, made application to the judges of the Supreme Court of that State for a license to practice law. (...) she also filed a paper asserting that, under the foregoing facts, she was entitled to the license prayed for by virtue of the second section of the fourth article of the Constitution of the United States, and of the fourteenth article of amendment of that instrument. (...)“

On Mrs. Bradwell's application first coming before the court, the license was refused, and it was stated as a sufficient reason that under the decisions of the Supreme Court of Illinois, the applicant-'as a married woman would be bound neither by her express contracts nor by those implied contracts which it is the policy of the law to create between attorney and client.' (...)

The claim that, under the fourteenth amendment of the Constitution, which declares that no State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges and immunities of citizens of the United States, the statute law of Illinois, or the common law prevailing in that State, can no longer be set up as a barrier against the right of females to pursue any lawful employment for a livelihood (the practice of law included), assumes that it is one of the privileges and immunities of women as citi-

zens to engage in any and every profession, occupation, or employment in civil life. [83 U.S. 130, 141] It certainly cannot be affirmed, as an historical fact, that this has ever been established as one of the fundamental privileges and immunities of the sex. On the contrary, the civil law, as well as nature herself, has always recognized a wide difference in the respective spheres and destinies of man and woman. Man is, or should be, woman's protector and defender. The natural and proper timidity and delicacy which belongs to the female sex evidently unfits it for many of the occupations of civil life. The constitution of the family organization, which is founded in the divine ordinance, as well as in the nature of things, indicates the domestic sphere as that which properly belongs to the domain and functions of womanhood. The harmony, not to say identity, of interest and views which belong, or should belong, to the family institution is repugnant to the idea of a woman adopting a distinct and independent career from that of her husband. So firmly fixed was this sentiment in the founders of the common law that it became a maxim of that system of jurisprudence that a woman had no legal existence separate from her husband, who was regarded as her head and representative in the social state; and, notwithstanding some recent modifications of this civil status, many of the special rules of law flowing from and dependent upon this cardinal principle still exist in full force in most States. One of these is, that a married woman is incapable, without her husband's consent, of making contracts which shall be binding on her or him. This very incapacity was one circumstance which the Supreme Court of Illinois deemed important in rendering a married woman incompetent fully to perform the duties and trusts that belong to the office of an attorney and counsellor.

It is true that many women are unmarried and not affected by any of the duties, complications, and incapacities arising out of the married state, but these are exceptions to the general rule. The paramount destiny and mission of woman are to fulfil the noble and benign offices of wife and mother. This is the law of the Creator. And the rules of civil society [83 U.S. 130, 142] must be adapted to the general constitution of things, and cannot be based upon exceptional cases.

The humane movements of modern society, which have for their object the multiplication of avenues for woman's advancement, and of occupations adapted to her condition and sex, have my heartiest concurrence. But I am not prepared to say that it is one of her fundamental rights and privileges to be admitted into every office and position, including those which require highly special qualifications and demanding special responsibilities. In the nature of things it is not every citizen of every age, sex, and condition that is qualified for every calling and position. It is the prerogative of the legislator to prescribe regulations founded on nature, reason, and experience for the due admission of qualified persons to professions and callings demanding special skill and confidence. This fairly belongs to the police power of the State; and, in my opinion, in view of the peculiar characteristics, destiny, and mission of woman, it is within the province of the legislature to ordain what offices, positions, and callings shall be filled and discharged by men, and shall receive the benefit

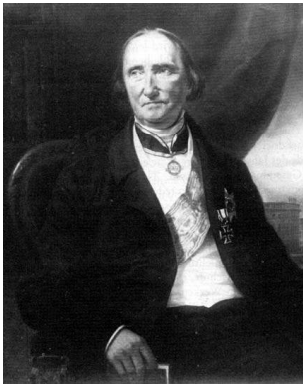
of those energies and responsibilities, and that decision and firmness which are presumed to predominate in the sterner sex.

For these reasons I think that the laws of Illinois now complained of are not obnoxious to the charge of abridging any of the privileges and immunities of citizens of the United States.

Mr. Justice SWAYNE and Mr. Justice FIELD concurred in the foregoing opinion of Mr. Justice BRADLEY.

The CHIEF JUSTICE dissented from the judgment of the court, and from all the opinions“.

2. Historische Rechtsschule



**Friedrich Carl
von Savigny**
1779-1861

Ihr prominentester Vertreter, Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), leitete das Recht statt aus "Natur" oder "Vernunft" aus der Tradition her. Gewohnheitsrecht, ein Produkt "innerer, stillwirkender Kräfte", habe Gesetzesrecht vorzuziehen. Der "Volksgeist", der sich in seinen Repräsentanten, vorab den Juristen, manifestiert, schaffe das Recht. Recht also ist organisch gewachsen – wie die Sprache oder die Sitte – und be-

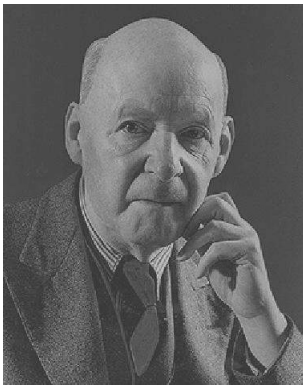
darf keiner anderen Legitimation. Savigny war mit dieser Ansicht zugleich ein scharfer Gegner der in seiner Zeit teils schon vollendeten, teils aufkommenden Kodifikationsbewegungen.

3. Positivismus

Die Idee, man könne das Recht von Menschenhand setzen (*ponere, positum*), setzte sich trotz Savigny und seiner Schule im 19. Jahrhundert durch. Seitdem kann man von der "Positivität des Rechts" sprechen, womit gemeint ist, dass Recht das und nichts anderes ist als was Menschen als Recht gesetzt haben und jederzeit wieder ändern können.



Hans Kelsen
1881-1973



Gustav Radbruch
1878-1949

Der juristische Positivismus kann auf streng demokratischer und relativistischer Haltung beruhen: Wenn richtiges Recht und Gerechtigkeit keine absolut (durch Gott, Natur, Geschichte) vorgegebenen Werte sind, erscheint das in einem demokratischen Verfahren beschlossene und gesetzte Recht als das einzige legitime, weil es immerhin einen Minimalkonsens enthält und Rechtssicherheit verbürgt. Vertreter einer solchen Haltung waren insbesondere Hans Kelsen (1881-1973) und Gustav Radbruch (1878-1949). Radbruch modifizierte nach dem Zweiten Weltkrieg seine Position. Die sog. "Radbruchsche Formel" lautet:

Text 40

"Wo die Ungerechtigkeit positiven Rechts ein solches Mass erreicht, dass die durch das positive Recht verbürgte Rechtssicherheit gegenüber dieser Ungerechtigkeit überhaupt nicht mehr ins Gewicht fällt: in einem solchen Fall hat das ungerechte positive Recht der Gerechtigkeit zu weichen."

Texte zum Positivismus – Naturrecht-Streit**Text 41**

Wir wollten Gerechtigkeit –
und bekamen den Rechtsstaat

"Mauerschützenurteil", BVerfGE 95, 1997, 96ff.

Sachverhalt:

Der 29 Jahre alte W. aus Ostberlin war am 15.2.1972 gegen 22.30 Uhr unbemerkt in die Spree gelangt, die er in Richtung auf das Kreuzberger Ufer durchschwimmen wollte, um im Westen zu bleiben. Als der Beschwerdeführer und sein Mitangeklagter ihn entdeckten, schwamm er in der Mitte des Flusses. Auf Zuruf der beiden Grenzsoldaten reagierte er nicht. Diese schossen nunmehr aus einer Entfernung von ungefähr 40 m nahezu gleichzeitig auf ihn, ohne sich vorher ausdrücklich verständigt zu haben. Ihre Maschinenpistolen waren auf Dauerfeuer eingestellt. Der Beschwerdeführer gab drei, sein Mitangeklagter zwei Feuerstöße von jeweils zwei Schüssen ab. ... Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme konnte ihnen nicht widerlegt werden, dass die ersten Schüsse Warnschüsse waren. Die weiteren Schüsse wurden sofort danach abgegeben. Beide nahmen eine tödliche Verletzung des Flüchtlings billigend in Kauf. Nach den Feuerstößen war der Schwimmer nicht mehr zu sehen. Er war durch ein Geschoss am Kopf getroffen worden und deswegen ertrunken. Von welchem der beiden Soldaten das tödliche Geschoss herührte, blieb ungeklärt. Die beiden Soldaten handelten nach den Feststellungen mit dem gemeinsamen Ziel, den bei der Vergatterung erhaltenen Befehl auszuführen und den vermuteten Grenzdurchbruch zu verhindern. Beide wurden noch in der Nacht zum 15. Februar 1972 als Posten abgelöst und am nächsten Tag mit einem Leistungsabzeichen sowie mit einer Prämie von 150 Mark ausgezeichnet.

Der Witwe des Getöteten wurde vier Wochen nach dem Vorfall mitgeteilt, es habe sich um einen Selbstmord gehandelt; die Leiche sei bereits eingäschert worden.

Die wesentlichen Grundlagen des Entscheids sind die folgenden:

1 *Art. 103 Abs. 2 GG*

"Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde."

2 *BVerfGE 95, 1997, 96ff., Leitsatz 1a*

"Das Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG ist absolut und erfüllt seine rechtsstaatliche und grundrechtliche Gewährleistungsfunktion durch eine strikte Formalisierung."

3 § 17 Abs. 2 VoPoG vom 11.6.1968

Die Anwendung von Schusswaffen ist gerechtfertigt ...

"a) um die unmittelbar bevorstehende Ausführung oder die Fortsetzung einer Straftat zu verhindern, die sich den Umständen nach als ein Verbrechen ... darstellt."

"b) zur Verhinderung der Flucht oder zur Wiederergreifung von Personen, die eines Verbrechens dringend verdächtig sind ..."

4 § 27 GrenzG vom 25.3.1982

Abs. 2: "Die Anwendung der Schusswaffe ist gerechtfertigt, um die unmittelbar bevorstehende Ausführung oder die Fortsetzung einer Straftat zu verhindern, die sich den Umständen nach als ein Verbrechen darstellt."

Abs. 5: "Bei der Anwendung der Schusswaffe ist das Leben von Personen nach Möglichkeit zu schonen ..."

5 § 213 Abs. 1 StGB-DDR

"Wer widerrechtlich die Staatsgrenze der Deutschen Demokratischen Republik passiert ... wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren ... bestraft."

6 *Befehl über die Sicherheit an der Westgrenze der DDR vom 14.9.1961*

"Auf Deserteure ist das Feuer sofort zu eröffnen, d.h. ohne Anruf und Warnschuss."

7 *Beschluss des Nationalen Verteidigungsrates der DDR vom 14.9.1962*

Dieser instruierte die Grenztruppen, dass sie "auf ihrem Posten in vollem Umfang für die Gewährleistung der Unantastbarkeit der Staatsgrenze in ihrem Abschnitt verantwortlich sind und Grenzverletzer in jedem Fall als Gegner gestellt, wenn notwendig, vernichtet werden müssen."

Einiges Aufsehen erregte der folgende Fall in der Schweiz:

Text 42

"Ich wollte Gerechtigkeit
und bekam Geld."

Joseph Spring
9. November 2003

Vgl. BGE 126 II 145

Im November 1943 versuchte der damals 16jährige, von den Nationalsozialisten verfolgte Joseph Spring aus Frankreich in die Schweiz einzureisen. Beim ersten Versuch wurde er von Schweizer Grenzbeamten zurückgewiesen mit der Androhung, sie würden ihn bei einem weiteren Versuch den deutschen Behörden übergeben. Dies geschah. Die Schweizer Beamten händigten den Deutschen dabei nicht nur die falschen französischen, sondern auch die echten Papiere aus, die Joseph Spring als Juden auswiesen. Spring wurde nach Auschwitz deportiert; er überlebte das KZ.

Im Januar 1998 reichte Joseph Spring beim Eidgenössischen Finanzdepartement ein Begehren auf Genugtuung über Fr. 100'000.- ein. Der Bundesrat beschied das Begehren abschlägig.

Im Juli 1998 klagte Spring die Schweizerische Eidgenossenschaft beim Bundesgericht auf Fr. 100'000.- ein. In der Begründung führte er aus, das Handeln der Schweizer Grenzbeamten habe den "Tatbestand der Beihilfe zum Völkermord" erfüllt und gegen das Verbot der Rückschiebung in den Verfolgerstaat verstossen. Der Genugtuungsanspruch sei nicht verjährt, da er auf Kriegsverbrechen und unverjährbarem Verbrechen gegen die Menschlichkeit beruhe.

Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz, VG) vom 14.3.1958:

Art. 3 Abs. 1 VG

"Für den Schaden, den ein Beamter in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit Dritten widerrechtlich zufügt, haftet der Bund ohne Rücksicht auf das Verschulden des Beamten."

Art. 6 Abs. 2 VG

"Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, hat bei Verschulden des Beamten Anspruch auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung, sofern die Schwere der Verletzung es rechtfertigt und diese nicht anders wiedergutmacht worden ist."

Art. 20 Abs. 1 VG

"Die Haftung des Bundes erlischt, wenn der Geschädigte sein Begehren auf Schadenersatz oder Genugtuung nicht innert eines Jahres seit Kenntnis des Schadens einreicht, auf alle Fälle nach zehn Jahren seit dem Tage der schädigenden Handlung des Beamten."

Art. 75^{bis} StGB (eingefügt durch BG vom 20.3.1981)

Abs. 1: "Keine Verjährung tritt ein für Verbrechen, die

- 1. auf die Ausrottung oder Unterdrückung einer Bevölkerungsgruppe aus Gründen ihrer Staatsangehörigkeit, Rasse, Religion oder ihrer ethnischen, sozialen oder politischen Zugehörigkeit gerichtet waren oder*
- 2. in den Genfer Übereinkommen vom 12. August 1949 als schwer bezeichnet werden ...*
- 3. als Mittel zu Erpressung oder Nötigung Leib und Leben von Menschen in Gefahr brachten oder zu bringen drohten ..."*

"Auch nach schweizerischer Auffassung zählt das Verbot des Völkermords zum zwingenden Völkergewohnheitsrecht ..."

Vgl. zum "Mauerschützenurteil" und zum Fall Joseph Spring auch: Marie Theres Fögen, Grenzfälle - Von der Aporie richterlichen Entscheidens, in: ius.full 3/03, S. 98 ff.

Für grossen Wirbel und anhaltende Diskussionen sorgte ein Vorfall bei der Frankfurter Polizei im Zusammenhang mit der Entführung des Bankierssohns Jakob von Metzler im Frühjahr 2003. Der Vizepräsident der Frankfurter Polizei hatte, um den Aufenthaltsort des entführten Kindes zu erfahren, dem Täter Folter – oder wie er selbst sagte: „Anwendung unmittelbaren Zwanges“ – androhen lassen.

Text 43**Interview mit Wolfgang Daschner, Vizepräsident der Frankfurter Polizei**

22.2.2003, Frankfurter Rundschau

"Innerhalb sehr kurzer Zeit hätte er nicht mehr geschwiegen."

Frankfurts Polizei-Vizepräsident Daschner über konkrete Pläne, die Gewaltdrohung gegen den mutmaßlichen Metzler-Entführer umzusetzen

Der Tatverdächtige im Frankfurter Entführungsfall Jakob von Metzler wäre von der Polizei gequält worden, wenn er die Frage nach dem Verbleib des Kindes nicht beantwortet hätte. In der Drohung mit Gewalt, Kritiker sprechen von "Folter", sah Polizei-Vizepräsident Wolfgang Daschner die allerletzte Chance, das Leben des Elfjährigen womöglich noch zu retten. Sein Vorgehen kann den Beamten Daschner ("Ich würde mich wieder so verhalten") seinen Job kosten, sofern die staatsanwaltlichen Ermittlungen zu einer Verurteilung wegen Aussageerpressung führen. Mit Wolfgang Daschner sprachen die FR-Redakteure Hans-Jürgen Biedermann und Volker Mazassek.

Frankfurter Rundschau: *Können Sie uns die Ausgangslage schildern, als Magnus G., der mutmaßliche Entführer Jakob von Metzlers, nach seiner Festnahme im Polizeipräsidium vernommen wurde?*

Wolfgang Daschner: Wie Sie wissen, ist Magnus G. in der Nacht zum Montag, den 30. September, als Abholer des Lösegeldes identifiziert worden. Er war seitdem lückenlos unter unserer Kontrolle bis zu seiner Festnahme am Montagnachmittag gegen 16.30 Uhr. Er ist danach vernommen worden und bis in die Nacht in erster Linie befragt worden nach dem Aufenthaltsort des Kindes. Am Dienstagmorgen ging es ausschließlich um diese Frage.

Magnus G. hat den Vernehmern in der Nacht verschiedene Versionen erzählt, wo Jakob von Metzler sich befindet. Die haben sich als falsch herausgestellt. Am Dienstagmorgen haben sie dem Verdächtigen dann gedroht. Waren Sie mit ihrer Geduld am Ende?

Das war keine Frage der Geduld. Es stellte sich die Frage: Wie viel Zeit

haben wir überhaupt noch, um das Leben des Kindes zu retten? Wir mussten davon ausgehen, dass das Kind spätestens seit Sonntagabend unversorgt war. Seit diesem Zeitpunkt gab es nachweislich keinen Kontakt mehr zwischen Magnus G. und dem Kind. Der Tatverdächtige hat in der Nacht gesagt: Das Kind lebt noch. Und gegen Morgen sagte er: Es ist in einer Hütte im Wald am Langener Waldsee. In dieser Hütte ist eine Schlafstätte gefunden worden, die für ein Kind geeignet war. Und es sind Blutspuren gesichert worden. Das war die Ausgangssituation. Man musste von akuter Lebensgefahr ausgehen. Und es bestand für mich kein Zweifel, dass wir keine Zeit mehr verlieren durften.

Womit genau haben Sie Magnus G. gedroht?

Ich hatte persönlich mit ihm keinen Kontakt. Mein Auftrag war, ihn darauf hinzuweisen: Wenn Sie nicht sagen, wo das Kind ist, werden wir gegen Sie Gewalt anwenden müssen, werden wir Ihnen Schmerzen zufügen müssen.

Hätten Sie die Drohung auch wahr gemacht?

Ja.

Wie hätte das ausgesehen?

Es gibt die Möglichkeit, durch einfache körperliche Einwirkung, zum Beispiel durch Überdehnen eines Handgelenkes, Schmerzen zuzufügen. Es gibt am Ohr bestimmte Stellen - jeder Kampfsportler weiß das - wo man draufdrückt und es tut weh, es tut sehr weh, ohne dass irgendeine Verletzung entsteht. Schlagen, Zufügen von Verletzungen, Einsatz von Hilfsmitteln waren von mir ausdrücklich ausgeschlossen worden.

Wer hätte sich Magnus G. vorgenommen?

Jemand, der eine Übungsleiterlizenz des Deutschen Sportbundes hat. Und alles wäre ausgeführt worden unter Beteiligung des Polizeiarztes, der anwesend war, um zu verhindern, dass Verletzungen entstehen.

Es ist die Rede davon, dass man einen Spezialisten einfliegen wollte. Das hört sich nach Folterexperte an.

Folterexperte ist absolut nicht richtig. Es handelte sich um einen ganz normalen Polizeibeamten.

Den sie einfliegen lassen wollten?

Der war im Urlaub. Es ist ein Angehöriger unserer Polizeibehörde.

Der Beamte war schon unterwegs, musste aber nicht zur Tat schreiten, weil Magnus G. nach der Androhung von Gewalt mit der Wahrheit herausrückte?

Nach der ersten Ankündigung kam nach etwa zehn Minuten von Magnus G. die Aussage: Das Kind könnte tot sein. Und unmittelbar danach ist der spätere Fundort genannt worden.

Was wäre geschehen, wenn Magnus G. auch nach der Anwendung von Gewalt weiter geschwiegen hätte?

Irgendwann hätte er nicht mehr geschwiegen. Innerhalb sehr kurzer Zeit.

Wieso sind Sie da so sicher?

Sie brauchen jemandem nicht fürchterliche Schmerzen zufügen. Es genügt, wenn ein relativ geringer Schmerz für eine bestimmte Dauer aufrechterhalten wird.

Deutschland hat die Menschenrechtskonvention unterschrieben, die Folter untersagt. Wäre das, was sie vorhatten, Folter gewesen?

Ich spreche nicht von Folter, ich spreche von der Anwendung unmittelbaren Zwanges zur Rettung eines Menschenlebens. Für mich ist das eine polizeiliche Maßnahme. Wenn wir jemanden festnehmen und der wehrt sich, wenden wir auch unmittelbaren Zwang an, und das tut auch weh.

Das lässt sich ja wohl kaum vergleichen. Hier geht es um Fragen, die den Kern des Rechtsstaates betreffen.

Es ist eine Güterabwägung. Auf der einen Seite haben wir das Recht auf Leben, und das Leben des Kindes war bedroht. Auf der anderen Seite haben wir das Recht auf körperliche Unversehrtheit. Das hat, keine Frage, auch der Tatverdächtige. In dieses Recht dürfen wir grundsätzlich nicht eingreifen. Das heißt, es ist eine verbotene Vernehmungsmethode im strafprozessualen Sinn. Das ist völlig unstrittig. Wir waren hier aber nicht im Strafverfahren, wir waren im Bereich der Gefahrenabwehr. Und die hat absolute Priorität vor dem Strafverfahren. Es ging einzig und allein um die Frage: Wo ist das Kind? Ich habe den Auftrag erteilt, die Vernehmung mit unmittelbarem Zwang auf die Gefahrenabwehr zu begrenzen und ausdrücklich jede Befragung in Richtung strafprozessualer Dinge untersagt, das heißt, Täterschaft, Tatbeteiligung und sonstige Umstände der Tat.

Ihnen war aber klar, dass Sie sich auf einem schmalen juristischen Grat bewegen?

Ich wusste, dass ich eine Maßnahme angeordnet habe, die eine juristische Überprüfung nach sich ziehen würde. Deshalb habe ich noch am gleichen Tag die Staatsanwaltschaft informiert.

Haben Sie sich mit der Polizeiführung beraten, zum Beispiel mit dem Polizeipräsidenten?

Nein, das war allein meine Entscheidung.

Die Staatsanwaltschaft haben Sie auch nicht einbezogen?

Die Staatsanwaltschaft hat nicht die Aufgabe der Gefahrenabwehr, das ist ausschließlich die Aufgabe der Polizei.

Sie wollten keine Kollegen in ein mögliches Ermittlungsverfahren hineinziehen?

Ein solches Verfahren wird nicht einfacher, wenn man es auf mehrere Schultern verteilt.

Waren Sie sich im Klaren, dass Sie durch ihr Vorgehen möglicherweise ihre polizeiliche Karriere aufs Spiel setzen?

Ja. Zu einem Rechtsstaat gehört, dass derartige Maßnahmen überprüft werden. Aber bis heute hat mir keiner gesagt, was ich sonst hätte tun können. Natürlich hätte ich die Hände in den Schoß legen und sagen können: Dieses Risiko gehe ich nicht ein. Von der rechtlichen Seite wäre das aber auch nicht unproblematisch gewesen. Es wäre aus meiner Sicht mindestens unterlassene Hilfeleistung gewesen, wenn nicht sogar Tötung durch Unterlassung.

Ihr Vorgehen könnte Begehrlichkeiten bei der Polizei wecken, bei bestimmten Delikten härter gegen Verdächtige vorzugehen.

Das sehe ich absolut nicht. Ich bin sicher, dass jeder Polizeibeamte weiß, dass das ein extremer Ausnahmefall war.

Quelle: http://www.fr-aktuell.de/uebersicht/alle_dossiers/politik_inland/der_prozess_im_mordfall_jakob/?cnt=142322

Als das Vorgehen Daschners an die Öffentlichkeit gelangte, entbrannte eine heftige Diskussion. Versuchen Sie, in dem folgenden Beitrag von Joachim Günther, NZZ, naturrechtliche vs. positivistische Argumente zu analysieren.

Text 44

7. März 2003, Neue Zürcher Zeitung Online,
Kommentar
Joachim Güntner

Verdächtige foltern, um Leben zu retten?

Eine deutsche Diskussion will nicht enden

Seit drei Wochen wird in Deutschland über Folter diskutiert. Vom diskutierten zum gebrochenen Tabu ist es nicht weit, und so wächst bei manchem Beobachter das Unbehagen in der Masse, wie die Erörterung ans Grundsätzliche rührt. Der Tübinger Moralthologe Dietmar Mieth etwa empfindet allein schon die «Intensität und Dauer» der Debatte als skandalös. Nun sind Intensität und Dauer begreiflich: Rechtsvernunft und moralische Empathie liegen im Widerstreit. Kaum jemand vermag es, den Fall, der die Diskussion entzündete, ohne innere Zerrissenheit zu betrachten.

Da hat der Vizepräsident der Frankfurter Polizei, Wolfgang Daschner, dem angeblich schon geständigen Entführer eines elfjährigen Knaben im Verhör Schmerzen angedroht und ihn so dazu gebracht, sein stundenlanges Verwirrspiel zu beenden und den Aufenthaltsort des Opfers preiszugeben. Daschner will sein Vorgehen nicht als Erpressung einer gerichtsrelevanten Aussage verstanden wissen, sondern als ultima ratio, um den Aufenthaltsort des Kindes zu erfahren, von welchem die Ermittler (fälschlich) annahmen, dass es noch lebe und eiligster Rettung bedürfe. Nichts zu tun, wäre unterlassene Hilfeleistung gewesen, «wenn nicht sogar Tötung durch Unterlassen», meint der Polizeiführer und spricht von einer «unvermeidlichen Rechtsverletzung». Das klingt, als könne er der Legitimität seines Vorgehens sicher sein und als müsse die Legalität dahinter zurückstehen. Die Rechtslage bei Polizeiverhören ist eindeutig: Das Völkerrecht, staatliche Gesetze und der Paragraph 136 a der Strafprozessordnung verbieten rigoros alle Formen von Folter. Gibt es also über diesem positiven noch ein höheres Recht, auf das sich polizeiliche Ermittler für die Anwendung schmerzhafter Zwangsmittel berufen könnten?

Man muss sich die konkrete Situation nur einmal lebhaft vorstellen, um Verständnis für das polizeiliche Vorgehen zu verspüren. Hier das hilflose Kind, womöglich in einem Erdloch verschmachtend, während die Zeit verrinnt; dort der verstockte Entführer. Wolfgang Daschner hat seither viel Zustimmung geerntet. Es gab nicht nur, auf einer privaten Ebene, spontane Anrufe und persönliche Briefe, wie bewegte Eltern sie wohl schreiben. Sondern die Unterstützung tat sich öffentlich kund, und zwar bis in höchste politische und juristische Kreise hinein. Als einer der Ersten erklärte der Vorsitzende des Deutschen Richterbundes: «Es sind Fälle vorstellbar, in denen auch Folter oder ihre Androhung erlaubt sein können, nämlich dann, wenn dadurch ein Rechtsgut verletzt wird, um

ein höherwertiges Rechtsgut zu retten.» Die Bundesjustizministerin signalisierte Verständnis für diese Auffassung, und Rechtspolitiker aus CDU und CSU entwarfen Szenarien terroristischer Bedrohung, um mit diesen Schreckensbildern eine Erweiterung polizeilicher Ermittlungsbefugnisse anzumahnen. Ihre gemeinsame Botschaft lautete, jedenfalls der Tendenz nach: Abwägung von Fall zu Fall tut not, auch in Fragen der Folter.

Mittlerweile haben sich der Vorsitzende des Richterbundes und die Justizministerin wieder zum Legalitätsprinzip bekehren lassen und wollen von ihren ersten Einlassungen nichts mehr wissen. Aber das Erschrecken ist da. «Es ist etwas verloren gegangen», klagte in der «Süddeutschen Zeitung» Winfried Hassemer, der Vizepräsident des Bundesverfassungsgerichts: «Wir haben nicht mehr das Gefühl, dass es Grundsätze im Recht gibt, die wir nicht ändern könnten, selbst wenn die Mehrheiten dafür ausreichend wären. Man kann sagen, das sei der Verlust einer naturrechtlichen Vorstellung oder der Verlust einer göttlichen Vorstellung.» Um die Schranke wieder aufzurichten, die niedergebrochen scheint, haben Strafrechtler und Rechtsphilosophen wie Klaus Lüderssen, Michael Pawlik oder Klaus Günther in differenzierten Zeitungsbeiträgen erläutert, warum die Berufung auf Notwehr und Notstand das absolute, mithin kategorisch geltende Folterverbot keinesfalls ausser Kraft setzen kann.

Ist es nötig, ihre Argumente zu wiederholen? Steht Rechtsbewusstsein so sehr auf dem Spiel, dass an Selbstverständliches erinnert werden muss? Jenseits strafrechtlicher Details mag hier nur erwähnt sein, dass der Staat sich in seinen Methoden nicht mit Verbrechen gemein machen darf. Dass Folter aufhört, den Verdächtigen noch als Bürger zu behandeln. Dass sie ihn seiner Würde beraubt und dass das deutsche Grundgesetz die Menschenwürde nicht ohne Grund, sondern mit der Erfahrung der Diktatur im Rücken an die höchste Stelle setzt. Dass das absolute Folterverbot auch ein Willkürverbot ist und dass Wolfgang Daschners Entscheidung auf Selbstjustiz im Amt hinausläuft. Oder schliesslich, wie Michael Pawlik in der «FAZ» schrieb: «Das Perfideste an der Einführung der Folter in ein Bürgerstrafrecht ist nicht, dass sie ihre Opfer zerbricht, sondern dass bereits das Wissen um die Möglichkeit ihres Einsatzes das allgemeine Vertrauen in die Integrität des Rechtsstaats zu ruinieren droht.»

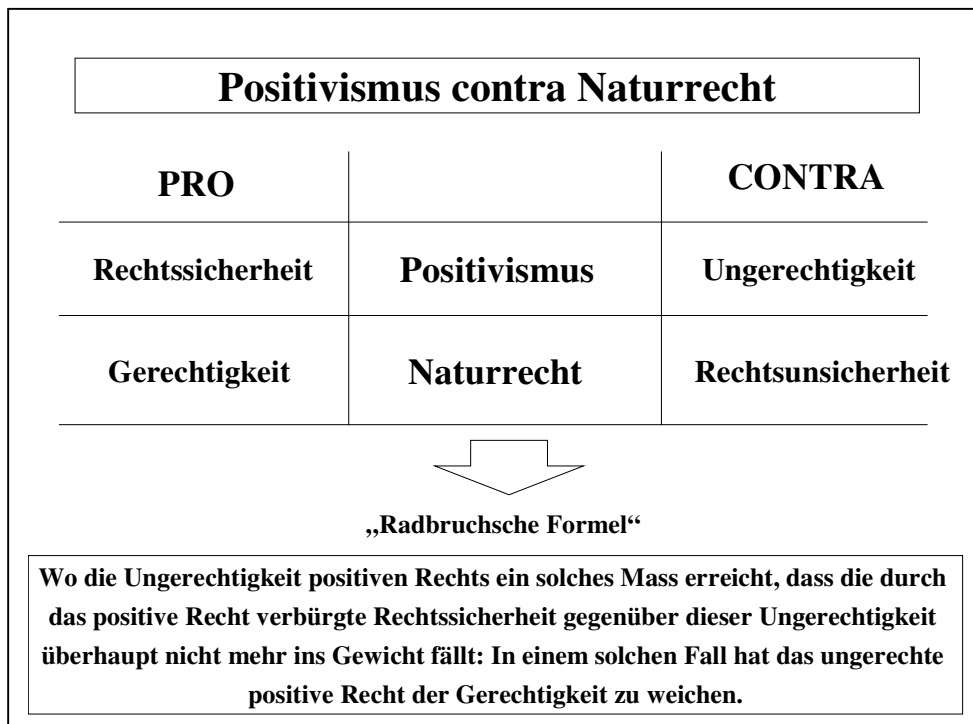
Und doch - die Aporie der Situation, die Zerrissenheit des moralischen Gefühls vermag der Geist strikter Rechtsstaatlichkeit nicht zu heilen. Es bleibt ein Zähneknirschen darüber, dass die Würde und körperliche Unversehrtheit eines mutmasslichen Kidnappers Schutz geniessen sollen, während sein Opfer dieser Rechtsgüter beraubt wird. Damit einher geht dann allerdings sehr leicht die Banalisierung des Frankfurter Verhörs; schliesslich seien dort doch nur das Überdehnen der Handgelenke und andere schmerzhaft Griffe ohne Verletzungsfolge erwogen worden. Auch sei die Polizei ja gar nicht zur Tat geschritten, weil der Verdächtige bereits der Drohung nachgegeben habe. «Hierzulande reicht es, dass Polizisten einem Schwerverbrecher einen Schrecken einjagen, und schon beginnt eine republikweite Folterdebatte», spottete der Publizist Burk-

hard Müller-Ullrich im Deutschlandradio Berlin. Vermutlich hat er damit vielen Leuten aus dem Herzen gesprochen.

Amnesty International wöhnt das Schlimmste: «Folter scheint wieder salonfähig zu werden», kommentierte die Menschenrechtsorganisation das Jonglieren mit Notstandsszenarien. Und der «Spiegel» spekuliert, das Frankfurter Verhör könnte «ein Wendepunkt in der bundesdeutschen Justizgeschichte werden». Nie zuvor, so das Hamburger Magazin, habe ein Polizeiführer einen solchen Übergriff offiziell angeordnet und sich hinterher auch noch dazu bekannt. Neu sei auch, dass ernst zu nehmende Juristen und Rechtspolitiker «laut» darüber nachdächten, ob Daschner nicht vielleicht das Rechte getan habe.

Schwer zu sagen, ob sich hier wirklich ein Gesinnungswandel kundtut - und vor allem, wie man ihn zu bewerten hätte. «Wir haben das normative Erschrecken nach der Nazizeit nicht mehr in den Knochen», sagt Winfried Hassemer. Das stimmt, aber bedeutet es, dass die Deutschen in ihrer Auffassung von Menschenwürde und Menschenrecht laxer geworden sind, weil ihr einstiges kategorisches «Nie wieder!» nun häufiger abwägenden Betrachtungen weicht? Lässt die extreme Gefühlsaufwallung, die ein Kindsmörder provoziert, schnelle Urteile über das allgemeine Rechtsbewusstsein zu? Von einem gefährlichen Bruch im Rechtsverständnis müsste man wohl erst sprechen, wenn Gesetzesänderungen in Betracht gezogen würden. Danach sieht es - zum Glück - nicht aus.

Der Täter, Magnus G., wurde zu lebenslanger Haft verurteilt. Daschner steht seit Februar 2004 unter der Anklage der Anstiftung zur Nötigung; das Verfahren ist zur Zeit der Abfassung des Skripts (Sommer 2004) noch nicht abgeschlossen.



Unabhängig von dem Jahrhundertstreit um Naturrecht und Positivismus gab und gibt es zahlreiche rechtstheoretische Versuche, Ordnung in das (positive) Recht zu bringen, ihm Sinn und Zweck zu verleihen und die Rechtsanwendung im Verfahren zu steuern. Einige prominente Versuche werden nachfolgend unter 4.-9. vorgestellt:

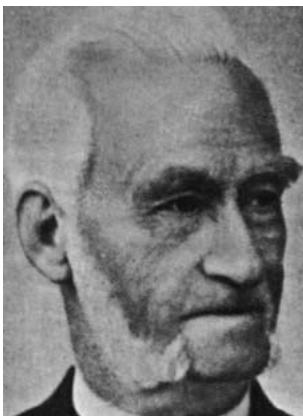
4. Begriffsjurisprudenz

Mit Aufkommen des Positivismus im 19. Jahrhundert wurde zugleich offenbar, dass das, was Recht ist und sein wird, "kontingent" ist, also so oder auch anders sein kann. Unter diesen Umständen war nicht nur gesetzgeberischer Willkür Tür und Tor geöffnet. Darüber hinaus konnte ein Recht, das beliebig zu werden drohte, keinen Anspruch auf Wissenschaftlichkeit erheben. Um dieser Gefahr zuvorzukommen, setzten Juristen zunehmend auf "Systembildungen" im Recht, die dem Muster der im 19. Jahrhundert blühenden Naturwissenschaften folgten.



Georg F. Puchta
1798-18436

Ein "Ableger" der juristischen Systembildung ist die sog. Begriffsjurisprudenz, welche versuchte, das Recht als logisch aus Ober- und Unterbegriffen ableitbar darzustellen. Georg Friedrich Puchta (1798-1846) erstellte daraus eine "Begriffspyramide", welche das gesamte Recht aus höchsten abstrakten Begriff deduzierte.



Bernhard Windscheid
1817-1892

Typisch für die Begriffsjurisprudenz ist zugleich, dass sie streng zwischen juristischen und ausserjuristischen Sachverhalten unterschied. Berühmt geworden ist das Diktum von Bernhard Windscheid (1817-1892), welcher scharf zwischen Gesetzgebung als politischem Geschäft und Jurisprudenz als wissenschaftlicher Tätigkeit unterschied:

Text 45

"Die Gesetzgebung steht auf hoher Warte! Sie beruht in zahlreichen Fällen auf ethischen, politischen, volkswirtschaftlichen Erwägungen ..., welche nicht Sache des Juristen als solche sind."

B. Windscheid, Gesammelte Reden und Abhandlungen, hrsg. von P. Oertmann, 1904, S. 122

5. Interessenjurisprudenz

Rudolf von Jhering
1818-1892

Eine erste Absage an "System", "Begriffe", "Logik" und "Konstruktion" als das Recht hervorbringende und beherrschende Prinzipien formulierte Rudolf v. Jhering (1818-1892). "Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts" lautete sein Programm.

Text 46

Rudolph von Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, III 1., 4. Aufl., Leipzig 1888, S. 321:

Sprengen wir die Fesseln, in denen der Irrwahn uns gefangen hält. Jener ganze Cultus des Logischen, der die Jurisprudenz zu einer Mathematik des Rechts hinaufzuschrauben gedenkt, ist eine Verirrung und beruht auf einer Verkennung des Wesens des Rechts. Das Leben ist nicht der Begriffe, sondern die Begriffe sind des Lebens wegen da. Nicht was die Logik, sondern was das Leben, der Verkehr, das Rechtsgefühl postuliert, hat zu geschehen, möge es logisch deducirbar oder unmöglich sein.

Rudolph von Jhering, Der Zweck im Recht, 1. Band, 3. Aufl., Leipzig 1893, S.435ff.:

Der Zweck des Rechts - die Lebensbedingungen der Gesellschaft

Die beiden im Bisherigen entwickelten Momente des Rechts im objectiven Sinne: die Norm und der Zwang sind rein f o r m a l e Momente, die uns über den I n h a l t des Rechts nichts aussagen. ...Erst durch den Inhalt erfahren wir, wozu das Recht der Gesellschaft eigentlich dient. ...

Eine unlösbare Aufgabe, höre ich ausrufen, denn dieser Inhalt ist ja ein ewig wechselnder, hier dieser, dort jener, ein Chaos in unausgesetztem Fluss begriffen, ohne Bestand, ohne Regel. Was hier verboten, ist dort erlaubt ...Der Widerspruch, der ewige Wechsel scheint inhaltlich das Wesen des Rechts auszumachen.

Das Resultat wäre ein wahrhaft trostloses, wenn die Verwirklichung eines a n s i c h W a h r e n die Aufgabe des Rechts bildete. ...

Wer derartige Klagen über das Recht laut werden lässt, hat sich selber anzuklagen, denn er legt an das Recht einen Maassstab an, der für dasselbe nicht passt: den der W a h r h e i t. Wahrheit ist das Ziel der E r – k e n n t n i s, aber nicht das des H a n d e l n s. ... Für das Handeln ... gibt es keinen absoluten Maassstab .

Die Richtigkeit des Willensinhaltes liegt beschlossen in seinem Z w e c k. ... Der Maassstab des Rechts ist nicht der absolute der Wahrheit, sondern der relative des Zweckes. Darin liegt, dass der Inhalt des Rechts ein unendlich verschiedener nicht bloss sein k a n n, sondern sein m u s s.

Alles, was auf dem Boden des Rechts sich findet, ist durch den Zweck ins Leben gerufen und um eines Zweckes willen da, das ganze Recht ist nichts als eine einzige Zweckschöpfung. ... Sache der Wissenschaft ist es, wie in Bezug auf die Bildung der Erdrinde, so auch in Bezug auf die Bildungsgeschichte des Rechts die wirklichen Vorgänge zu rekonstruieren.

ren, und das Mittel dazu gewährt ihr der Zweck ...ihn zu suchen, ist die höchste Aufgabe der Rechtswissenschaft.

Was ist nun der Zweck des Rechts?

Wenn alle Rechtssätze die Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft zum Zweck haben, so heisst das: die Gesellschaft ist das Zwecksubject derselben. Ein wunderliches Subject, wird man mir einwenden, eine blosse Abstraction; das wirkliche Zwecksubject ist der Mensch, der Einzelne, ihm kommt schliesslich jeder Rechtssatz zu gute. Vollkommen richtig! Alle Rechtssätze, mögen sie dem Privatrecht, Strafrecht oder öffentlichen Recht angehören, haben den Menschen zum Zweck. Aber das gesellschaftliche Leben, indem es den Menschen durch die Gemeinsamkeit dauernder Zwecke zu höheren Bildungen zusammenfügt, erweitert eben damit die Formen des menschlichen Daseins. ...

Das Gesetz lässt sich definiren als die Vereinigung der Einsichtigen und Weitsichtigen gegen die Kurzsichtigen. Erstere müssen die letzteren zu dem zwingen, was ihr eigenes Interesse mit sich bringt. Nicht etwa ihretwegen, um sie wider ihren Willen glücklich zu machen, sondern im Interesse der Gesamtheit. Das Gesetz ist die unentbehrliche Waffe der Intelligenz im Kampfe mit der Dummheit.

Dem Zweckdenken schloss sich die Interessenjurisprudenz an, welche die Lebensbedürfnisse, Erwartungen und Interessenkonflikte der Menschen in den Mittelpunkt der Rechtsschöpfung und Rechtsauslegung stellte.

6. Freirechtsschule

War die Interessenjurisprudenz noch durch eine starke Bindung an das Gesetz gebunden, so radikalisierte die Freirechtsschule die Rechtskritik. Die sog. Auslegung des Gesetzes sei nur ein Täuschungsmanöver, um ein beliebiges Ergebnis zu rechtfertigen. Sie forderte das Offenlegen der wahren Gründe, die sich hinter Gesetzestreue, Begrifflichkeit und Logik verbergen.

Text 47

Ernst Fuchs, Gerechtigkeitswissenschaft. Ausgewählte Schriften zur Freirechtslehre, hg. von Albert S. Foulkes und Arthur Kaufmann, Karlsruhe 1965, S. 24-26:

Die Freirechtsschule verlegt den Schwerpunkt der Rechtswissenschaft aus der blossen Stubengelehrsamkeit in die Beobachtung der Verkehrsbedürfnisse und in die Erfahrung. Sie stellt daher in den Mittelpunkt das tiefe Ergründen der Rechtstatsachen und der besonderen Umstände des Einzelfalles sowie das sachliche Abwägen der einander gegenüber stehenden Belange. Sie erforscht die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen ("soziologischen") Zwecke und Aufgaben der gesetzten Rechtsnormen; wegen dieser ihrer Richtschnur hat man ihre Methode auch die der "*soziologischen Rechtsfindung*" genannt. Im Gegensatz dazu heisst die alte Rechtsfindung auch die "formale" (oder formalistische), denn die abstrakte Systemlogik und das selbstkluge Vernünfteln überwiegen darin das Sachliche, Menschliche und Besondere. Selbstverständlich erklärt die neue Schule weder die Gesetze für unverbindlich, noch verbannt sie die Rechtsbegriffe. Mit Raabe sagt sie: Sieh nach den Sternen, gib acht auf die Gasse! Die Freirechtsschule kämpft gegen das Vorherrschen und Überspannen des rein Logischen gegenüber dem Rechtstatsächlichen, gegen das Ableiten von wissenschaftlichen Wahrheiten und von Erkenntnissen im doppelten Sinn des Wortes – nämlich im Sinn von Einsichten und im Sinn von Entscheidungen – rein aus theoretischen Glaubenssätzen (d.i. gegen den juristischen "Dogmatismus" und "Doktrinarismus"), sowie gegen den, in uns von den Gymnasien eingepflanzten, Aberglauben an die Majestät des sprachlichen Ausdrucks nebst dem davon unzertrennlichen Überschätzen der sprachlichen Ausdrucksmöglichkeit.

Die Freirechtsschule lehrt gegenüber dem übertriebenen Verweisen auf ruckweises Eingreifen von Novellen d.i. Abänderungsgesetzen (sog. *Novellenjurisprudenz*) das stetige Wachsen des gesetzten Rechts als etwas Naturnotwendiges, das dem Recht wie allem Lebendigen (Organischen) eignet. Sie beleuchtete die grosse Selbsttäuschung, als könne je ein Gesetz die Rechtsentwicklung genau in streng vorgezeichnete Bahnen lenken und Rechtsbegriffe mit ein für allemal festumrissenen Rechtsfolgen aushecken. Alles im Recht ist, um mit Goethe zu sprechen, "geprägte Form, die lebend sich entwickelt". Auch im Recht wird, wenn man heute die Zahl der Planeten oder Elemente festgestellt zu haben glaubt, morgen der Neptun und übermorgen das Radium entdeckt. Die Freirechtsschule erschaute tiefer, dass das gesetzte Recht so wenig jemals im voraus ganz ausgeklügelt werden kann wie das Leben selbst, dessen Spiegel es ist. Sie zeigte, wie alle Rechtsbegriffe, die in den Normen und in den Büchern noch so scharfkantig aussehen, ohne Ausnahme in der Wirklichkeit nicht feste Ränder haben, sondern um einen mehr oder weniger festen oder elastischen Kern herum, der Sonne gleich, "Protuberanzen" zeigen, das sind Auswüchse, Vorsprünge, Fransen und Beulen; und wie die

Normen sich allesamt, den "Fix"-sternen gleich, in ständiger Eigenbewegung befinden. Fort und fort wurde an der Hand der laufenden Rechtsprechung vorgewiesen, wie sehr noch vielen Rechtssprüchen ein starres System vorschwebt und wie oft deshalb noch die wahre Rechtsnatur vergewaltigt wird.

Namentlich aber entlarvte die neue Bewegung jene grosse Rechtsunsicherheit der alten Schule, wovon ich schon sprach, noch von einer ganz andern Seite her. Soweit sich nämlich der Richter alter Schule nicht ganz in seine weltfremden Konstruktionen verstrickt, schießt er insgeheim nach dem von ihm für wünschenswert gehaltenen Ergebnis. Die Gründe, aus denen er dieses Ergebnis erstrebt, macht er sich entweder selbst nicht klar, oder er versteckt sie hinter Systemlogik. Bleiben sie nicht hinter seinem Unterbewusstsein stecken, so kommen sie entweder nicht über seine Lippen, oder sie überschreiten nicht das Beratungszimmer. Diese – sehr verbreitete – besondere Art von Begriffsjuristen kann erfahrungsgemäss alles konstruieren, was sie konstruieren will. Sie passt in ihr "System" alles hinein, sei es auch, indem sie nach der Methode des sagenhaften Prokrustes abhackt, was zu lang, und auseinanderzerrt, was zu kurz ist. Die inneren, wahren, *eigentlichen* Entscheidungsgründe bleiben also unverantwortet und unkontrolliert. Damit ist der Willkür Tür und Tor geöffnet, nämlich dem Einfluss allerhand unsachlicher Gefühle, falscher Verallgemeinerungen von persönlichen Erlebnissen, oberflächlicher oder halbsachverständiger Meinungen, wirtschaftlicher oder gesellschaftlicher oder sonstiger Vorurteile, halbverdauter Lesefrüchte, privater Erkundigungen, von Liebhabereien und Steckenpferden. Diese tarnende und lichtscheue Methode stellt also eine Art geistiger Kabinettsjustiz dar, eine verkappte Gefühlsjurisprudenz. Wir nennen sie: *Geheimfreirechtlerei*. (Zu Beginn der Freirechtsbewegung habe ich dafür das hässliche Welschwort "Kryptozoologie", d.h. verborgene Gesellschaftskunde, geprägt, das sich leider einigermaßen eingebürgert hat, aber jetzt hoffentlich bald wieder vor dem deutschen Wort verschwinden wird.) Die Geheimfreirechtlerei ist zu unterscheiden, wie einerseits vom (offenen) Freirecht, so andererseits von der zwar offenen, aber verkehrten "*Freirechtlei*", von der wir noch besonders hören werden. Der Geheimfreirechtler sinnt oft auf Erdichtungen ("Fiktionen") wie z.B. stillschweigende Verträge, oder er schlägt mancherlei andere listige Schleichwege ein (sog. Porzia-Jurisprudenz, so genannt nach der Porzia in Shakespeares "Kaufmann von Venedig"). Der freirechtliche Jurist gräbt beim Auslegen und Fortbilden der Gesetze nach deren gesellschaftlich-wirtschaftlichem Sinn, Zweck und Geist: er sucht so geradewegs das gerechte und verständige Ergebnis und begründet es offen als solches (Zweck- und Ergebnis-Jurisprudenz).

7. Topik, Rhetorik und Diskurstheorie



Jürgen Habermas
*1929

Aus der Einsicht, dass auch der strengste Positivismus nicht von Auslegung entbindet, dass ferner das Recht nicht durch "Begriffe" zu fesseln ist und dass allein die "Zwecke" oder "Interessen" keine Entscheidung vorgeben, hat sich die moderne Rechtstheorie zunehmend dem Argumentieren im Recht zugewandt. Theodor Viehweg (1907-1988) hat in "Topik und Jurisprudenz" (5. Aufl., 1954) die antiken Grundlagen der Rhetorik und ihre Bedeutung für die gegenwärtige Rechtsanwendung offengelegt. Der Philosoph Jürgen Habermas (*1929) hat die Prinzipien der Diskurstheorie und Diskursethik entwickelt, welche von dem Juristen Robert Alexy (*1945) zu einer "Theorie der juristischen Argumentation" ausgearbeitet wurden. Gemeinsam ist diesen Ansätzen, dass Recht nicht allein durch seine Positivität gerechtfertigt ist, dass auf die Idee eines einzigen richtigen Rechts verzichtet wird und dass – statt dessen – der regelgeleitete, herrschaftsfreie und konsenssuchende Diskurs als Legitimation und Garant des Rechts dient. Die „prozedurale Rationalität“ tritt an die Stelle der Rationalität des Rechts.

Literaturhinweise:

Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt am Main 1992.

Robert Alexy, Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, 3. Aufl., Frankfurt am Main 1996.

8. Ökonomische Analyse des Rechts

Die – in den 60er-Jahren des 20. Jahrhunderts in den USA entstandene – "Economic Analysis of Law" (oder: "law and economics") untersucht



Richard A. Posner
*1939

das Recht in Hinblick auf seine ökonomischen Anreize und Folgen. Recht soll "marktförmige" Lösungen von Konflikten vorsehen, d.h. eine effiziente Verteilung von Gütern, Risiken und Schäden ermöglichen. Effizient ist die gesetzliche oder richterliche Lösung, welche die geringsten (sozialen) Kosten verursacht und eine optimale Nutzung knapper Ressourcen erlaubt.

Vgl. dazu einen Auszug aus dem Lehrbuch des prominentesten US-amerikanischen Vertreters von "law and economics", Richard Posner. Der Text betrifft die Diskriminierung in privatrechtlichen Verhältnissen. Lesen Sie vorab noch einmal den Text 4 (Eduard Picker, Die neue Moral im Zivilrecht) und vergleichen Sie diesen dann mit den Ausführungen Posners.

Text 48

Textauszug aus: Posner, Richard Allen, Economic Analysis of Law, 6. A., New York 2003, S. 681 ff.

"CHAPTER 27
RACIAL DISCRIMINATION

§ 27.1 The Taste for Discrimination

Some people do not like to associate with the members of racial, religious, or ethnic groups different from their own and will pay a price to indulge their taste. Thus, although there are pecuniary gains to trade between blacks and whites – to blacks working for whites (or vice versa), whites selling houses to blacks, and so forth – much as there are pecuniary gains to trade among nations, by increasing the contact between members of the two races such trade imposes nonpecuniary, but real,

costs on those members of either race who dislike association with members of the other race. These costs are analogous to transportation costs in international trade, which also reduce the amount of trading.

There is nothing inefficient about this, but the wealth effects can be dramatic. Assume that whites do not like to associate with blacks but that blacks are indifferent to the racial identity of those with whom they associate. The incomes of many whites will be lower than they would be if they did not have such a taste. (...) They forgo advantageous exchanges: For example, they may refuse to sell their houses to blacks who are willing to pay higher prices than white purchasers. But the racial preference of the whites will also reduce the incomes of the blacks, by preventing them from making advantageous exchanges with whites; and the reduction in the blacks' incomes will be proportionately greater than the reduction in the whites' incomes. Because blacks are only a small part of the economy, the number of advantageous exchanges that blacks can make with whites is greater than the number of advantageous transactions that whites can make with blacks. The white sector is so large as to be virtually self-sufficient; the black sector is much smaller and more dependent on trade with the white.

The international trade analogy can help clarify the point. The United States constitutes so large an aggregation of skills, resources, and population that it could survive a substantial reduction of its foreign trade in relative comfort. Switzerland could not. Its markets are too small and its resources too limited to permit it to achieve economies of scale and of specialization without trading with other countries. The position of the black minority in the United States is similar to that of Switzerland in the world economy.

§ 27.4 Antidiscrimination Laws

[...]

Laws forbidding job discrimination [...] are costly even when they are applied to employers who in fact discriminate.

[...]

What should be the remedy in a case in which an employer is adjudged to have discriminated? Economic analysis suggests that the employer should be required to pay the damages of the person discriminated against, perhaps doubled or trebled to facilitate enforcement in cases in which the damages are small. This will both compensate and deter and seems preferable to an injunctive remedy requiring the employer to hire a specified number or percentage of blacks. The injunction will force him to lay off white workers or, what amounts to the same thing, to favor black over white job applicants until the quota fixed in the decree is attained. By imposing costs on white employees who may be untainted by

discrimination in order to improve the condition of black workers, such an injunction operates as a capricious and regressive tax on the white working class.

[...]"

Literaturhinweis:

Heinz-Dieter Assmann, Christian Kirchner, Erich Schanze, *Ökonomische Analyse des Rechts*, Tübingen 1993.

9. Systemtheorie

Die Systemtheorie ist eine – vor allem von Niklas Luhmann (1927-1998) entwickelte – umfassende Gesellschaftstheorie. Sie beschreibt Recht als



Niklas Luhmann
1927-1998

eines der sozialen Systeme der Gesellschaft, welches sich scharf durch seine Leitunterscheidung "Recht – Unrecht" von anderen Systemen (Politik, Wirtschaft, Religion etc.) abgrenzt. Auf der Grundlage eines ausdifferenzierten und autonomen Rechtssystems können dann die Kontakte und Kopplungen des Rechts mit seiner "Umwelt" genauer beobachtet werden (vgl. oben „Recht und Politik“, „Recht und Wirtschaft“).

Die Systemtheorie ist weder in der Lage noch hat sie die Absicht, Entscheidungen der Gerichte anzuleiten oder das Recht mit philosophischen und normativen Vorgaben zu versorgen. Sie erfüllt ausschliesslich wissenschaftliche, analytische und aufklärende, Funktionen. Im Gegensatz zur Diskurstheorie (oben 7.), die auf „*Rationalität* durch Verfahren“ setzt, beobachtet die Systemtheorie „*Legitimation* durch Verfahren“: Nicht ein grösserer Gewinn an Vernunft und Gerechtigkeit sei durch Verfahren zu erreichen, sondern die Einbindung der Beteiligten in das Zeremoniell des Gerichtsverfahrens und in „Rollen“ innerhalb eines „erlaubten Konflikts“, wodurch zwar keine Überzeugung von der Rich-

tigkeit der Entscheidung entstehe, das Protestpotential der unterliegenden Partei jedoch absorbiert werde.

Literaturhinweise:

Niklas Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 3. Aufl., Frankfurt am Main 1993; ders. Rechtssoziologie, 2. Aufl., Opladen 1983; ders., Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1993.