



# Zusammenfassung

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

## Kapitel 8: Rechtsquellen

### **Was ist der Unterschied zwischen einem formellen und einem materiellen Gesetz?**

- Materielles Gesetz = jede generell-abstrakte Rechtsnorm, unabhängig davon, von wem sie erlassen wurde. Materielle Gesetze, die keine formellen Gesetze sind, tragen meistens den Titel «Verordnung».
- Formelles Gesetz = eine vom Staatsorgan «Gesetzgeber» erlassene Rechtsnorm, die den Titel «Gesetz» trägt. Der formelle Gesetzgeber kann aber auch Akte erlassen, die keine materiellen Gesetze, also nicht generell-abstrakt sind. Man spricht von einem «nur formellen Gesetz» (Einzelfallgesetz).

### **Welches sind die Komponenten des Legalitätsprinzips?**

Art. 5 Abs. 1 BV: Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht.

Das Legalitätsprinzip enthält die zwei Komponenten des Gesetzesvorrangs und des Gesetzesvorbehalts:

- *Gesetzesvorrang*: Der Staat darf keine Massnahmen treffen, die dem Gesetz widersprechen,
- *Gesetzesvorbehalt*: Die Verwaltung darf nur tätig werden, wenn ein Gesetz sie dazu ermächtigt.
- **Materielles Legalitätsprinzip**: Der Staat darf nur aufgrund einer generell-abstrakten Rechtsnorm tätig werden = Rechtssicherheit und -gleichheit
- **Formelles Legalitätsprinzip**: Der Staat darf nur aufgrund eines vom formellen Gesetzgeber erlassenen Gesetzes tätig werden = Demokratie und Gewaltenteilung.

### **In welcher Rangfolge stehen die Rechtsquellen gemäss Art. 1 ZGB?**

- 1) Gesetz: geschriebenes Gesetz = gesamtes positives Recht, also alle Gesetze im materiellen Sinne
- 2) Gewohnheitsrecht: damit eine Regel als Gewohnheitsrecht anerkannt wird, sind erforderlich: 1. Eine längere Zeit andauernde, ununterbrochene Übung und 2. Eine Rechtsüberzeugung (*opinio iuris*)
- 3) Richterrecht: Das Gericht agiert als Gesetzgeber: 1. Aufstellen einer allgemeinen Regel, 2. Anwenden der Regel auf den konkreten Einzelfall.

### **Nennen sie Beispiele von privaten Rechtsquellen?**

Fälle, in denen der Staat private Regelungen (privatautonome Regelungen zwischen Privaten) anerkennt:

- Abschliessen von Verträgen zwischen Privaten aufgrund der Privatautonomie,
- Allgemeine Geschäftsbedingungen für Unternehmen, die sehr viele gleichgeartete Verträge mit Kunden abschliessen = privatrechtliche Vertragsinhalte = einseitig erlassenes privates Recht,
- Statuten der juristischen Personen (Vereine, Aktiengesellschaften),
- Gesamtarbeitsvertrag (GAV) = privatrechtlicher Vertrag.

### **Welches sind die Rechtsquellen des Völkerrechts?**

- Völkerrechtliches Gewohnheitsrecht: Regeln, welche für alle gelten, damit ein friedliches Zusammenleben möglich ist
- Völkerrechtliche Verträge (Staatsverträge):
  - Bilaterale Verträge: Verträge zwischen zwei Staaten
  - Multilaterale Verträge: Verträge zwischen einer Mehrzahl von Staaten
- Allgemeine Rechtsgrundsätze: Rechtsquellen neben Staatsverträgen und Gewohnheitsrecht
- Völkerrechtliches Sekundärrecht: internationale Organisationen (für Mitgliedstaaten verbindlich): UNO, WTO
- Völkerrechtliches *ius cogens*: zwingendes Völkerrecht = für alle Staaten verbindlich, können nicht abgeändert werden.

### **Gibt es einen Unterschied zwischen Grundrechten und Menschenrechten?**

- Menschenrechte: vorpositives Recht, das dem Menschen von Natur aus zusteht = Schranke für das positive staatliche Recht
- Grundrechte sind die im positiven Verfassungsrecht eines Staates garantierten Rechte, denen das Recht dieses Staates einen verfassungsrechtlichen Schutz angedeihen lässt.

### **Was verstehen Sie unter Freiheitsrechten und sozialen Grundrechten?**

- Freiheitsrecht: Die klassischen Grund- und Menschenrechte sind als Freiheits- bzw. Abwehrrecht konzipiert, auch negative Rechte genannt = Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe (Eigentums- und Meinungsäusserungsfreiheit).
- Soziale Grundrechte: Leistungsrecht = positives Recht; Anspruch des Privaten gegen den Staat auf eine bestimmte Leistung (Recht auf Wohnung, auf Nahrung und auf Bildung)

### **Was bedeutet direkte und indirekte Drittwirkung von Grundrechten?**

- Direkte Drittwirkung: Grundrechte wirken direkt unter Privaten (Art. 35 Abs. 3 BV). Im schweizerischen Recht wird eine direkte Drittwirkung grundsätzlich nicht anerkannt (ausser Art. 8 Abs. 3 BV).

- Indirekte Drittwirkung: Der Staat ist, aufgrund der grundrechtlichen Ordnung verpflichtet, einzugreifen, wenn ein Privater die Grundrechte eines anderen Privaten bedroht = staatliche Schutzpflicht

## **Kapitel 9: positive Rechtsquellen**

### **Welches ist die oberste landesrechtliche Rechtsnorm?**

Die Verfassung ist die oberste Norm des betreffenden Gemeinwesens

- Die Bundesverfassung unterliegt der obligatorischen Abstimmung von Volk und Ständen (Art. 195 BV)
- Jeder Kanton besitzt eine Kantonsverfassung, die dem obl. Referendum unterliegt (Art. 51 Abs. 1 BV)

### **Was ist ein formelles Gesetz?**

Das formelle Gesetz ist eine Rechtsnorm, welche vom formellen Gesetzgeber im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren erlassen wurde. Formeller Gesetzgeber ist die Bundesversammlung (National- und Ständerat). Formelle Gesetze heissen im Bund «Bundesgesetz». Grundrechtseinschränkungen müssen auf einem formellen Gesetz beruhen (Legalitätsprinzip).

### **Wie nennt man eine Rechtsnorm, die vom Parlament erlassen wurde, aber kein formelles Gesetz ist?**

Im Bund kann die Bundesversammlung Verordnungen erlassen, die nicht dem Referendum unterstehen (Art. 163 Abs. 2 und Art. 141 BV).

### **Was ist der Unterschied zwischen Rechts- und Verwaltungsverordnungen?**

- Rechtsverordnungen: Verordnungen, die direkte Rechtswirkung für Private haben.
- Verwaltungsverordnung: Verwaltungsinterne Anweisungen, die nicht direkt Rechtswirkungen gegenüber Privaten haben, sondern nur die Verwaltung anweisen, wie sie entscheiden sollen.

### **Wer ist in der Schweiz zuständig für die Genehmigung völkerrechtlicher Verträge?**

Völkerrechtliches Gewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze gelten unmittelbar in der Schweiz. Grundsätzlich ist der Bund für die Genehmigung zuständig (Art. 54 Abs. 1 BV). Nach Organ unterliegen grundsätzlich alle Staatsverträge der Genehmigung durch die Bundesversammlung (Art. 166 Abs. 2 BV).

### **Was ist der Unterschied zwischen einer monistischen und einer dualistischen Konzeption des Völkerrechts?**

- Monistisches System: Staatsverträge werden unmittelbar mit ihrem völkerrechtlichen Inkrafttreten nach der Ratifikation Bestandteil des schweizerischen Rechts = sie gelten in der Schweiz mit Verbindlichkeit auch für Behörden und Individuen, ohne dass ein landesrechtlicher Umsetzungsakt nötig ist.
- Dualistisches System: Ein Staatsvertrag verpflichtet den Staat und entfaltet landesintern erst Wirkung, wenn er in ein Landesgesetz übernommen wird (Deutschland und England).

### **Was ist self-executing Völkerrecht?**

Self-executing: Struktur eines direkt anwendbaren Rechtssatzes. Sie sind genügend bestimmt, so dass sich der Einzelne unmittelbar auf einen solchen Völkerrechtssatz berufen kann.

### **Welches sind die hauptsächlichsten Rechtsnormen des EG-Rechts?**

- Verordnungen: Diese gelten unmittelbar in allen Mitgliedstaaten und haben self-executing Wirkung.
- Richtlinien: erreichendes Ziel ist verbindlich für die Mitgliedstaaten, überlassen aber den Mitgliedstaaten die Wahl der Form und der Mittel = Rahmengesetzgebung.

## **Kapitel 6: Unterteilung des Rechts**

### **Was ist materielles und formelles Recht?**

- Materielles Recht = legt inhaltlich fest, wie eine bestimmte Rechtslage sein soll, was rechtens sein soll. Wer hat was für Rechte und Pflichten, wer muss was tun oder unterlassen? Beispiele: ZGB, OR, StGB
- Formelles Recht = legt fest, wer Recht setzen kann (Rechtsentstehungsrecht) und wie (materielles) Recht durchgesetzt wird (Rechtsdurchsetzungsrecht).

### **Worin liegt die Bedeutung der Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht?**

- Zuständigkeit zur Rechtsetzung: Im föderalistischen System der Schweiz sind die Rechtsetzungskompetenzen zwischen Bund und Kantonen aufgeteilt. Für diese Aufteilung ist die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht massgebend. (Zivilrecht = Bund Art. 122 BV und öffentliches Recht = Kantone Art. 3 BV, Art. 6 ZGB)
- Zuständigkeit zur Rechtsanwendung, Verfahren und Rechtsmittel: öffentliches Recht = Verwaltungsbehörden (Verfügung), Privatrecht = Zivilgericht
- Bestimmte Rechtsverhältnisse können öffentlich- oder privatrechtlich ausgestaltet sein.

## Nach welchen Kriterien erfolgt die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht?

Theorie	Privatrecht	Öffentliches Recht
<i>Funktionstheorie</i>	Dient der Erfüllung privater Aufgaben	Dient der Erfüllung öffentlicher Aufgaben
<i>Interessentheorie</i>	Dient privaten Interessen	Dient öffentlichen Interessen (Energie, Schulen)
<i>Subjektstheorie</i>	Regelt Beziehungen unter Privaten	Regelt Verhalten zwischen Staat und Privaten oder zwischen vielen staatlichen Organisationen
<i>Subjektions- oder Subordinationstheorie</i>	Gleichordnungsverhältnis zwischen den Beteiligten	Staat tritt hoheitlich auf, Privaten sind untergeordnet.

## Welche Schranken legt das Bundeszivilrecht für das kantonale öffentliche Recht fest?

Art. 3 BV – Subsidiarität der Kantone?

## Was sind gemischtrechtliche Normen?

- Viele Gesetze enthalten sowohl privat- als auch öffentlichrechtliche Vorschriften
- Gemischtrechtliche Normen = Ein und dieselbe Norm gilt sowohl privat- als auch öffentlichrechtlich

## Welches sind die Grundmaximen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts?

- Private können grundsätzlich nicht hoheitlich handeln. Ausnahmsweise kann jedoch das Gesetz bestimmten Privaten öffentliche Aufgaben und hoheitliche Gewalt übertragen.
- Umgekehrt handelt auch der Staat nicht immer hoheitlich: Bedarfsverwaltung (privatrechtlicher Werk- oder Kaufvertrag) und öffentliche Aufgaben in privatrechtlicher Form (Bereitstellung von Infrastrukturanlagen).

## Was ist dispositives Recht?

- Dispositives (nachgiebiges) Recht ist Recht, das nur unterstützend zum Willen der Beteiligten gilt. Diese können selber regeln, was sie für gut finden; soweit sie nichts Abweichendes regeln, kommt das dispositive Recht zur Anwendung.
- Das Privatrecht ist grundsätzlich dispositiv = Privatautonomie

## Was ist einseitiges und zweiseitiges zwingendes Recht?

- Zweiseitig: Im Arbeitsvertragsrecht zählt Art. 361 OR eine Anzahl von Bestimmungen auf, von denen weder zu Ungunsten des Arbeitgebers noch des Arbeitnehmers abgewichen werden darf.
- Einseitig: Art. 362 enthält demgegenüber eine Liste von Bestimmungen, von denen nur zu Ungunsten des Arbeitnehmers nicht abgewichen werden darf.

## Kapitel 7: Einzelne Rechtsgebiete

### Welche Gebiete gehören zum Zivilrecht?

Das Zivilrecht wird unterteilt in das Zivilgesetzbuch und das Obligationenrecht. Das Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 enthält das Personenrecht, Familienrecht, Erbrecht und Sachenrecht. Das Obligationenrecht vom 30. März 1911 enthält das Obligationenrecht und das Handelsrecht.

### Was regelt das OR?

- Das Obligationenrecht regelt diejenigen Schuldverhältnisse, die weder familien-, erb- noch sachenrechtlich geregelt sind.
- Es regelt im allgemeinen Teil (Art. 1-183 OR) wie Forderungen entstehen, was für Wirkung sie haben und wie sie erlöschen: Vertragsrecht, Deliktsrecht und Recht der ungerechtfertigten Bereicherung.
- In einem besonderen Teil (Art. 184-551 OR) regelt es die einzelnen Vertragsverhältnisse.

### Was regelt das Staatsrecht?

Staatsrecht = Verfassungsrecht

Es regelt die Organisation des Staats und seiner Behörden: Zusammensetzung sowie Art und Weise der politischen Willensbildung, die Stellung der Bürger im Verhältnis zum Staat, Grundsätze des staatlichen Handelns, allgemeine Rechtsgrundsätze und die Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen Zentral- und Gliedstaaten.

### Was ist der Unterschied zwischen allgemeinem und besonderem Verwaltungsrecht?

- Allgemeine Verwaltungsrecht: regelt die Organisation der Verwaltung und die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungshandelns: Rechtsformen des Verwaltungshandelns, Organisation der Verwaltung und Grundsätzliche Regeln
- Besondere Verwaltungsrecht: regelt die einzelnen verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnisse

### **Was verstehen sie unter Nebenstrafrecht?**

Zahlreiche einzelne Gesetze (vor allem des besonderen Verwaltungsrechts) stellen bestimmte Rechtspflichten auf (Strassenverkehrsrecht etc.).

### **Welches sind die Regelungsgebiete des Völkerrechts?**

Das Völkerrecht wird inhaltlich unterteilt in: Recht des zwischenstaatlichen Verhaltens, Völkerrechtlicher Menschenrechtsschutz, Rechtsvereinheitlichung und Freihandel. (Mehr auf S. 102-103)

## **Kapitel 10: Normenkollision und Normhierarchie**

### **Was bedeutet Normenkollision?**

Mehrere Normen beantworten die gleiche Rechtsfrage unterschiedlich und widersprechen sich. Mehrere Rechtsnormen sind somit auf einen Sachverhalt anwendbar.

### **Was gibt es für Achsen der Normenhierarchie?**

- Nach erlassender Gebietskörperschaft: Hierarchie vom Grösseren zum Kleineren → Völkerrecht geht dem Landesrecht vor, Interkantonales Recht geht dem kantonalen Recht vor etc.
- Nach erlassendem Organ: Hierarchie entsprechend der demokratischen Legitimation des erlassenden Organs:
  - Verfassung, Gesetz, Parlamentsverordnung, Verordnung der Regierung, Verordnung eines Departements
- Nach Zeit: das neuere Recht geht dem älteren vor (lex posterior derogat legi priori)
- Nach Spezialität: Das besondere Gesetz geht dem allgemeinen vor (lex specialis derogat legi generali)

### **Was bedeuten die Ausdrücke lex posterior und lex specialis?**

- Lex posterior: Allgemeine Regel
- Lex specialis: Spezial Regel

Die Ausnahme geht der allgemeinen Regel vor. Spezialbestimmung gehen aber grundsätzlich auch dann einer allgemeineren Norm vor, wenn sie in verschiedenen Normen (der gleichen Stufe) stehen.

### **Was heisst Parallelismus der Formen?**

Eine Norm kann nur durch eine mindestens gleichrangige aufgehoben oder geändert werden. Ein älteres Gesetz kann durch ein jüngeres Gesetz, nicht aber durch eine jüngere Verordnung ersetzt werden. Andere Normen, die neuen Normen widersprechen, werden oft nicht formell aufgehoben.

### **Was ist der Unterschied zwischen Nichtigkeit und Anwendungsvorrang?**

Zwei Normen, die formell noch in Kraft sind, stehen sich gegenüber:

- Das niederrangige Recht ist nichtig; Das höherrangige Recht hat für das niederrangige aufhebenden Charakter.
- Das niederrangige ist nicht nichtig; es darf bloss nicht angewendet werden = Anwendungsvorrang. Besteht nur Anwendungsvorrang, so kann das niederrangige wieder angewendet werden, wenn das höherrangige entfällt.

### **Inwiefern gibt es in der Schweiz eine Verfassungsgerichtsbarkeit?**

Verfassungsgerichtsbarkeit = stimmt die Norm, die angewendet wird, mit der Verfassung überein?

Das gesamte kantonale Recht und das eidgenössische Verordnungsrecht können bzw. müssen auf Verfassungskonformität überprüft werden. Hingegen besteht in der Schweiz keine Verfassungsgerichtsbarkeit über Bundesgesetze (Art. 190 BV).

## **Kapitel 11: Geltungsbereich**

### **Was bedeutet territoriale Geltung und wo kommt sie zum Tragen?**

= eine bestimmte Rechtsordnung gilt für ein bestimmtes Territorium

Grundsätzlich ist der Geltungsbereich des staatlichen Rechts territorial abgegrenzt. Das Recht eines Staates gilt für Sachverhalte, die sich auf seinem Territorium abspielen (vgl. Art. 3 Abs. 1 und Art. 8 StGB) = Souveränitätsprinzip

### **Was bedeutet personale Geltung und wo kommt sie zum Tragen?**

= eine bestimmte Rechtsordnung gilt für bestimmte Personen:

- Nur Staatsbürger dürfen sich auf dem Territorium eines Staates beliebig niederlassen
- Die meisten Staaten akzeptieren Staatenlose nicht als normale Einwanderer, sondern höchstens als Flüchtlinge
- In der Regel haben nur Staatsbürger das Stimmrecht sowie das aktive und passive Wahlrecht

### **Was regelt das Kollisionsrecht?**

= welches Recht soll überhaupt anwendbar sein:

Soweit es sich um privatrechtliche Sachverhalte handelt, wird das anwendbare Recht durch das sogenannte Internationale Privatrecht (IPR) festgelegt. Dieses regelt, welches Recht auf welche Sachverhalte anwendbar ist. Es ist grundsätzlich nationales

Recht = in der Schweiz gilt das Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht. Für verwaltungsrechtliche Fragestellungen gilt analog ein Internationales Verwaltungsrecht.

### **Was bedeutet echte und unechte Rückwirkung?**

Das intertemporale Recht regelt, welche Regelung gelten soll, wenn im Laufe der Zeit das Recht geändert wird. Als Grundsatz gilt, dass das neue Recht nicht zurückwirkt. Die Tatsachen, die unter der Herrschaft des alten Rechts eingetreten und abgeschlossen sind, werden nach bisherigem Recht beurteilt, diejenigen, die nach dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes eingetreten sind, nach dem neuen (Art. 1 SchlT ZGB).

- Unechte Rückwirkung: Dauersachverhalt: Sachverhalt begann unter dem alten Recht, dauert aber unter der Herrschaft des neuen Rechts an → Neues Recht ist anwendbar
- Echte Rückwirkung: Wenn das neue Recht um der öffentlichen Ordnung willen aufgestellt wurde, gilt es ab Inkrafttreten auch für Sachverhalte, die sich vorher zugetragen haben (dabei müssen Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sein).

→ Lex mitior: Im Strafrecht wird das neue Recht angewendet, sofern es das mildere ist (Art. 2 Abs. 2 StGB)

## **Kapitel 12: Rechtssubjekt – Rechtsobjekt**

### **Was ist der Unterschied zwischen Rechtssubjekt und Rechtsobjekt?**

Rechtssubjekt ist, wer rechtsfähig ist, das heisst, wer Träger (Subjekt) von (subjektiven) Rechten und von Pflichten sein kann (vgl. Art. 11 Abs. 2 ZGB). Rechtsobjekt ist alles, was Gegenstand (Objekt) von Rechten sein kann.

### **Was verstehen Sie unter einer natürlichen und einer juristischen Person?**

Nach Art. 11 ZGB sind alle Menschen rechtsfähig. Auch Menschen, die nicht handlungsfähig sind, sind rechtsfähig. Menschen gelten von Natur aus (im naturrechtlichen Sinne) als Rechtssubjekte, deshalb die Bezeichnung «natürliche Person». Juristische Personen sind Gebilde, die nicht Menschen sind, denen die Rechtsordnung aber die Rechtspersönlichkeit und Rechtsfähigkeit zuerkennt.

### **Was für juristische Personen des Privatrechts gibt es?**

Juristische Personen sind Gebilde, die nicht Menschen sind, denen die Rechtsordnung aber die Rechtspersönlichkeit und Rechtsfähigkeit zuerkennt. Juristische Personen des Völkerrechts sind Personengesamtheiten, die Rechtssubjekte des Völkerrechts sind, namentlich:

- Die einzelnen Staaten
- Supranationale Organisationen (EU)
- Internationale Organisationen (UNO, OECD usw.)

Das Privatrecht schafft die Möglichkeit, dass (natürliche oder juristische) Personen auf freiwilliger Basis eine juristische Person bilden, um bestimmte Tätigkeiten auszuüben oder bestimmte Ziele zu verfolgen. Körperschaften: Verein (Art. 60 ff. ZGB), Aktiengesellschaft (Art. 620 ff. OR), Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772 ff. OR), Genossenschaft (Art. 828 ff. OR) und Anstalten: Stiftung (Art. 80 ff. ZGB).

### **Nennen sie Beispiele für juristische Personen des öffentlichen Rechts?**

Juristische Personen des öffentlichen Rechts sind juristische Personen, die durch öffentliches Recht ins Leben gerufen werden, sie haben nicht notwendigerweise eine umfassende Rechtsfähigkeit. Es kann auch kantonrechtliche juristische Personen des öffentlichen Rechts geben (vgl. Art. 59 Abs. 1 ZGB). Juristische Personen des öffentlichen Rechts: Der Bund als souveräner Staat, die Kantone, als staatsrechtlich voll rechtsfähige Rechtssubjekte und die Gemeinden als eigene Rechtssubjekte sowie die Landeskirchen als öffentlichrechtliche Rechtssubjekte und besondere juristische Personen des öffentlichen Rechts (SBB, Suva).

## **Kapitel 13: Interessen, Rechtsgüter, (subjektive) Rechte**

### **Was ist ein subjektives Recht?**

Das subjektive Recht verleiht seinem Inhaber eine bestimmte Berechtigung, die anderen nicht zusteht. Es hat zwei Komponenten:

- Materialrechtlich: Der Inhaber eines subjektiven Rechts verfügt darüber, das heisst, er darf sein Recht grundsätzlich beliebig ausüben. Er kann es auch auf andere übertragen oder darauf verzichten, es auszuüben = Dispositionsbefugnis
- Verfahrensrechtlich: Der Inhaber kann sein Recht normalerweise bei einer staatlichen (gerichtlichen) Instanz durchsetzen gegen Dritte.

### **Was ist der Unterschied zwischen einem subjektiven Recht und einer Kompetenz?**

«Kompetenz» im Rechtssinne bedeutet eine Berechtigung oder Zuständigkeit (Der Bundesrat ist kompetent, bestimmte Verordnungen zu erlassen). Die Kompetenz bedeutet somit eine Befugnis für bestimmte Personen oder Stellen, dies ist aber kein subjektives Recht. Die Kompetenz ist nicht nur eine Berechtigung, sondern auch eine Aufgabe. Die Befugnisse, die dem Staat oder den staatlichen Organen hoheitlich zustehen sind Kompetenzen. Die Befugnisse der Privaten gemäss Privatrecht sind hingegen meistens subjektive Rechte.

### Was ist der Unterschied zwischen einer Pflicht und Obliegenheit?

Wer eine Rechtspflicht nicht einhält, verhält sich rechtswidrig. Eine Obliegenheit ist demgegenüber ein Verhalten, das man beachten muss, wenn man einen bestimmten Erfolg erreichen will. Die Missachtung einer Obliegenheit hat zur Folge, dass ein bestimmter Rechtsvorteil nicht ausgeübt werden kann (Baubewilligung).

### Was ist der Unterschied zwischen einem absoluten Recht und einem relativen Recht?

**Absolute Rechte** sind Rechte, die einer Person gegenüber jeder beliebigen anderen Person (erga omnes) zustehen. Sie müssen von allen respektiert werden. Absolut = (ab-solutum) losgelöst von einer bestimmten verpflichteten Person. **Relative Rechte** sind Ansprüche, die einer Person aufgrund einer besonderen Beziehung (Relation) gegenüber einer oder mehreren bestimmten anderen Personen zustehen = begrenzt und bestimmt.

### Was sind dingliche und beschränkt dingliche Rechte?

Die wichtigsten absoluten Rechte sind:

- **Dingliche Rechte** sind Rechte, die auf eine Sache im sachenrechtlichen Sinne bezogen sind. Man unterscheidet Eigentumsrecht («volles» Recht auf die Sache) und **beschränkte dingliche Rechte** (Teilrecht auf eine Sache).
- Persönlichkeitsrecht
- Geistiges Eigentum/ Immaterialgüterrecht (Patentrecht, Urheberrecht, Markenschutz, Designschutz)

### Was sind obligatorische und realobligatorische Rechte?

Die wichtigsten relativen Rechte sind die **obligatorischen Rechte**. «Obligation» bedeutet ein Schuldverhältnis zwischen Personen. Im Vordergrund steht die Komponente der Verpflichtung. **Realobligatorische Rechte** erscheinen als Zwischenkategorie: Hier werden Rechte subjektiv-dinglich verknüpft: Das Recht als solches ist zwar relativ, aber die Person des Berechtigten oder des Verpflichteten ergibt sich aus dem absoluten Recht an einer bestimmten Sache.

## Kapitel 14: Rechtsverhältnisse und ihre Entstehung

### Was ist ein Rechtsverhältnis?

Ein Rechtsverhältnis ist ein Verhältnis von (subjektiven) Rechten und/oder Pflichten zwischen zwei oder mehreren Personen. An einem Rechtsverhältnis beteiligt sein können nur Personen (mindestens zwei). Es gibt auch Rechtsverhältnisse, bei denen die einen nur Rechte, die anderen nur Pflichten haben (Schenkungsvertrag).

### Auf welche Art und Weise können Rechtsverhältnisse entstehen?

Rechtsverhältnisse und damit auch Rechte und Pflichten können auf verschiedene Arten entstehen, nämlich:

- Unmittelbar gesetzlich (Unbedingte gesetzliche Rechtsverhältnisse: Grundrechte, Persönlichkeitsrecht, Männliche Schweizer sind wehrpflichtig und Rechtsverhältnisse durch Realakte: Familienrecht, Erbrecht, Obligationenrecht)
- Durch Rechtsgeschäft (unten)
- Durch behördliche Entscheidung
  - Verwaltungsakt
  - Urteil

Das Rechtsgeschäft ist eine typisch privatrechtliche Handlungsform, der Verwaltungsakt eine typisch Verwaltungsrechtliche. Doch kommen beide auch in den je anderen Rechtsgebieten vor.

### Was ist ein Rechtsgeschäft?

Das Rechtsgeschäft ist eine Willensäußerung, durch die eine rechtliche Wirkung erzielt werden soll. Die Willenserklärung ist konstitutiv. Rechtsgeschäfte werden nach zwei Kriterien unterschieden:

- Je nachdem, was für eine rechtliche Wirkung erzielt wird: Verpflichtungsgeschäft, Verfügungsgeschäft und Ausübung eines Gestaltungsrechts
- Je nachdem, ob nur eine oder mehrere Personen handeln: Einseitige Rechtsgeschäfte und Zwei- oder mehrseitige Rechtsgeschäfte: Es handeln zwei oder mehrere Personen.

Verpflichtungsgeschäfte sind in der Regel zwei- oder mehrseitig, Verfügungsgeschäfte und die Ausübung eines Gestaltungsrechts einseitig.

### Was ist der Unterschied zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft?

- Durch ein Verpflichtungsgeschäft verpflichtet sich jemand, etwas zu tun. Dadurch entsteht in der Regel ein (relatives) subjektives Recht.
- Durch das Verfügungsgeschäft wird ein (absolutes oder relatives) subjektives Recht beendet oder übertragen.

Das zwei- oder mehrseitige Verpflichtungsgeschäft nennt man Vertrag: Durch eine übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung der Beteiligten (Parteien) kommt ein Rechtsverhältnis zustande (Art. 1 Abs. 1 OR). Verfügungsgeschäfte sind einseitig: Wer verfügt, übt sein Recht aus, was er durch einseitige Willenserklärung tun kann (Übertragung des Eigentums auf einen anderen, Schreiben eines Testaments, Schuldverlass).

## Kapitel 1: Was ist Recht?

### Was heisst Legitimität des Rechts?

Das Recht wird als «legitim» betrachtet:

- **Formelle Legitimität:** Recht ist von einem ordnungsgemäss zuständigen Organ (gesetzgebendes bzw. rechtsetzende Organ) in einem ordnungsgemässen Verfahren erlassen worden.
- **Materielle Legitimität:** Das Recht entspricht inhaltlich gewissen Anforderungen; es ist «richtiges», «gerechtes» Recht.

Mindestvoraussetzung für Recht ist eine formelle Legitimität.

### Was heisst generell-abstrakt?

Eine Rechtsnorm ist generell- abstrakt, wenn sie für alle Personen gleichermaßen gilt (generell) und für alle gleichartigen Sachverhalte gilt (abstrakt). Sie dient der Rechtssicherheit, der Vereinfachung und der Rechtsgleichheit. Der Gegensatz ist individuell-konkret: auf eine bestimmte Person und einen konkreten Sachverhalt bezogen.

### Was ist objektives Recht?

Objektives Recht ist die Rechtsregel, welche Rechtsgeltung beansprucht; es legt fest, wie die Rechtslage ist. Die Optik ist gesamtheitlich, «objektiviert».

### Was ist subjektives Recht?

Unter subjektivem Recht versteht man die Berechtigung eines Einzelnen. Er hat ein rechtlich geschütztes Interesse, einen Rechtsanspruch gegen jemanden, wobei dieser Rechtsanspruch in der Regel vor einem Gericht durchgesetzt werden kann. Die Optik ist individualistisch, subjektbezogen.

### Was ist positives, vor- und überpositives Recht?

- Positives Recht ist das von einem dazu zuständigen rechtsetzenden Organ gesetzte Recht; das, was in den Gesetzbüchern und Rechtssammlungen geschrieben steht.
- Vorpositives Recht ist Recht, das auch gilt, ohne dass es in einem geschriebenen Gesetz steht: Gewohnheitsrecht
- Überpositives Recht ist Recht, das auch gilt, wenn es einem positiven Recht widerspricht

### Was bedeutet lex lata und de lege ferenda?

- «Recht» ist das geltende Recht. Die lex lata ist das erlassene Gesetz,
- «Rechtspolitik» sind die politischen Ziele, die mit dem Recht verfolgt werden. Die lex ferenda ist das zu erlassende Gesetz. Der Ausdruck de lege ferenda bedeutet: Im Hinblick auf das (rechtspolitisch wünschbare) zu erlassende Gesetz: de lege ferenda soll die Lösung X in Betracht gezogen werden: Das Gesetz sollte so geändert werden, dass die Lösung X gilt.

## Kapitel 2: Gesellschaftliche Funktionen des Rechts

### Wie kann die Rechtssicherheit gewährleistet werden?

Mit dem Ziel der Erwartungssicherheit ist zwangsläufig eine gewisse **Stabilität** des Rechts verbunden. Das Recht könnte die Sicherheit nicht gewährleisten, wenn es täglich geändert würde. Es hinkt damit zwangsläufig der gesellschaftlichen Entwicklung nach und steht in einem **Spannungsverhältnis** zwischen Rechtssicherheit und Anpassung an neue Verhältnisse. Eine Regelung soll für alle gleichermaßen gelten und alle müssen sich daran halten.

### Was sind Nachteile der Generell-Abstraktheit?

- Infolge seiner Allgemeinheit und Regelmässigkeit dient das Recht auch der Vereinfachung und **Komplexitätsreduktion**. Ist ein Sachverhalt zu beurteilen, so genügt es, wenn wir prüfen, ob die gesetzlich vorgesehenen Tatbestandselemente erfüllt sind. Dadurch wird eine gewisse **Entlastungsfunktion** erreicht. Damit verbunden ist notwendigerweise eine gewisse **Schematisierung**.
- Infolge seiner normativen Natur hat das Recht die Aufgabe, das menschliche Verhalten zu steuern, und somit einen normativ erwünschten Zustand herbeizuführen.

### Was bedeutet Freiheit?

Freiheit besteht aus zwei Komponenten: Rechtliches Dürfen und Faktisches Können. Das Recht hat typischerweise zur Aufgabe, das rechtliche Dürfen einzuschränken, um das faktische Können sicherzustellen. Die Aufgabe des Rechts ist aber vielmehr, zwischen der Freiheit des Einen und der Freiheit des Anderen zu vermitteln.

### Wie kann die Freiheit eingeschränkt werden?

- Die Freiheit wird eingeschränkt durch den Schutz der Schwachen: Das Recht hat vornehmlich die Aufgabe, diejenigen Interessen zu schützen, die sich nicht selber schützen können. (Vertragsrecht, im Familien- und Vormundschaftsrecht das unmündige Kind und im Sozialversicherungsrecht die sozial schlechter Gestellten).



- Durch den Schutz der Umwelt und Nachwelt: Das Recht regelt das Verhalten zwischen heute lebenden Menschen einerseits und der nichtmenschlichen Natur sowie den künftigen Generationen andererseits (Umweltschutzbereich).

### Was ist eine Gemeinwohlaufgabe?

- Der Staat enteignet Land, um Verkehrswege zu bauen;
- Der Staat erhebt Steuern, um Polizei, Armee und Verwaltung zu unterhalten;
- Der Staat errichtet Abwasserreinigungsanlagen und Kanalisationen und verpflichtet die Privaten, ihre Häuser daran anzuschliessen.

## Kapitel 15: Rechtsanwendung – Rechtsetzung – Rechtswissenschaft

### Was ist eine Legaldefinition?

Die Sprache ist manchmal unbestimmt und sprachliche Ausdrücke sind nicht definiert. Dem hilft das Recht ab, indem es selber bestimmte Ausdrücke, die in der Umgangssprache nicht eindeutig sind, definiert = Legaldefinition (Beispiele: Art. 110 StGB und Art. 1 Abs. 1 Betäubungsmittelgesetz)

### In welchen Sprachen werden Erlasse publiziert und welche Fassungen sind verbindlich?

Die Amtssprachen der Schweiz sind das Deutsche, das Französische, das Italienische sowie, im Verkehr mit Personen rätoromanischer Muttersprache, das Rätoromanische (Art. 70 Abs. 1 BV). Das ganze Bundesrecht wird deshalb in drei hauptsächlichlichen Amtssprachen publiziert; die drei Fassungen sind in gleicher Weise verbindlich (Art. 14 Abs. 1 PubLG).

**Deduktion** = Aus einer allgemeinen Regel wird der Einzelfall abgeleitet.

### Was verstehen sie unter einem argumentum per analogiam?

Analogieschluss: Gemäss Analogieschluss wird eine Regelung, die für bestimmte Sachverhalte getroffen worden ist, analog auch auf ähnliche gelagerte Fälle angewendet. *Beispiel: Das Börsengesetz schreibt eine Bewilligungspflicht für Effektenhändler vor. Eine Aktiengesellschaft betrieb ohne Bewilligung Effektenhandel. Die Aufsichtsbehörde ordnete deshalb die Liquidation der Gesellschaft an. Dies ist zwar nicht ausdrücklich vorgesehen, ergibt sich jedoch aus einer analogen Anwendung der Bestimmungen des Bankengesetzes.*

### Was verstehen sie unter einem argumentum e contrario?

Umkehrschluss: Gemäss Umkehrschluss wird eine Regelung, die (nur) für bestimmte Sachverhalte getroffen worden ist, gerade deshalb auf andere Fälle nicht angewendet. *Beispiel: Das Landwirtschaftsgesetz sieht vor, dass für die Bewirtschaftung von Feldern im Berggebiet Bewirtschaftungsbeiträge bezahlt werden. E contrario folgt daraus, dass keine Beiträge bezahlt werden für die Bewirtschaftung von Feldern im Mittelland.*

Es ist nicht immer eindeutig, ob der Analogieschluss oder eher der Umkehrschluss am Platz ist. Analogie ist dann am Platz, wenn ein Gesetz ausdrücklich festlegt, dass bestimmte andere Normen «entsprechend» oder «sinngemäss» anzuwenden seien. Hauptanwendungsgebiet der Analogie ist aber die Rechtsetzung.

## Kapitel 16: Struktur juristischer Normen

Folgende **Rechtsnormstrukturen** können unterschieden werden:

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

### Worin liegt der Unterschied zwischen einer Rechtsregel und einem Rechtsprinzip?

Rechtsregel:

- **Kategorische** Normen legen direkt und unbedingt eine bestimmte Rechtslage fest. Sie lassen sich unterteilen:
  - Festlegung absoluter Rechtspositionen; grundlegende Normen oder Grundrechte (Art. 11 Abs. 1 ZGB: «Rechtsfähig ist jedermann» und Art. 26 BV: «Das Eigentum ist gewährleistet».)
  - Verhaltensanweisungen (Verbote, Gebote) (Art. 31 Abs. 1 Strassenverkehrsgesetz)
  - Organisationsrechtliche Vorschriften (Art. 175 Abs. 1 BV: «Der Bundesrat besteht aus sieben Mitgliedern».)
- **Konditionalnorm:** Konditionalnorm ist die sogenannte klassische Normstruktur = Rechtssatz. Dieser stellt ein hypothetisches Urteil dar: Wenn A (Tatbestand) erfüllt ist, folgt B (Rechtsfolge). → Die Norm gilt unter der Bedingung (conditio), dass der Tatbestand eintritt.

Rechtsprinzip: Rechtsprinzipien schreiben nicht ein ganz bestimmtes Verhalten vor und legen nicht eine bestimmte Rechtsfolge fest; sie enthalten vielmehr Gesichtspunkte, die bei der Anwendung von Rechtsregeln zu berücksichtigen sind = Leitplanken für die Anwendung von Rechtsregeln.

### Was ist eine Konditionalnorm?

Oft werden Rechtsprinzipien durch positivrechtliche oder richterrechtliche Rechtsregeln konkretisiert. Erst diese aus dem Prinzip abgeleitete Konditionalnorm erlaubt eine relativ klare Anwendung.

### Worin liegt der Unterschied zwischen Tatbestandselementen und Tatbestandsvarianten?

*Tatbestandselemente:* Häufig enthält eine Gesetzesvorschrift mehrere Tatbestände. Manchmal müssen diese kumulativ erfüllt sein, damit eine Rechtsfolge eintritt (Beispiel: Art. 56 Abs. 1 OR).

*Tatbestandsvarianten:* Bisweilen können die Tatbestände alternativ je einzeln bereits die Rechtsfolge auslösen. (Beispiel: Art. 164 Abs. 1 ZGB: «Der Ehegatte, der den Haushalt besorgt, die Kinder betreut oder dem andern im Beruf oder Gewerbe hilft, hat Anspruch darauf, dass der andere ihm regelmässig einen angemessenen Beitrag zur freien Verfügung ausrichtet» 3 Tatbestände)

*Sukzessive Tatbestände:* Der Tatbestand kann auch seinerseits bereits wieder die Rechtsfolge einer anderen Norm sein (Beispiel: Art. 13 ZGB als Folge von Art. 14 ZGB)

### Was ist eine Finalnorm? Worin liegt ihre Bedeutung?

Finalnormen oder Zielbestimmungen sind Output-orientiert: Sie geben eine bestimmte Zielrichtung an, enthalten aber weder Regeln noch Massnahmen, wie das Ziel erreicht werden kann. Finalnormen können auf Verfassungsebene als Sozialbestimmungen und auf Gesetzebene verankert sein. Finalnormen geben eine ganz bestimmte Richtung vor und sind auf ein bestimmtes Rechtsgebiet beschränkt. Sie sind nicht unmittelbar anwendbar, viel mehr sind sie eine Rechtspolitische Zielvorgabe.

## Kapitel 17: Methodik der Rechtsanwendung

Normtyp	Anwendungsmethode
Konditionalnorm	Syllogismus
Uneindeutige Norm	Auslegung
Planwidrige unvollständige Norm	Lückenfüllung
Ermessenseinräumung	Abwägung
Prinzip	Abwägung
Finalnorm	Abwägung

### Wie lautet der juristische Syllogismus?

Der juristische Syllogismus bedeutet, eine konditional formulierte Rechtsregel auf einen bestimmten Sachverhalt anzuwenden:

1. Der **Rechtssatz ist der Obersatz**. Beispiel: Wer gestohlen hat, wird bestraft
2. Der **Untersatz** lautet: Der gesetzliche Tatbestand ist erfüllt. Beispiel: X hat gestohlen
3. Und als logische Folgerung: Die Rechtsfolge tritt ein. Beispiel: X wird bestraft.

In der Praxis sind der erste und der zweite Schritt in der Regel vertauscht: Es liegt ein bestimmter Sachverhalt vor, und wir suchen einen Rechtssatz, den wir darauf anwenden wollen. Der Sachverhalt wird festgestellt, die Rechtsregeln eruiert und es wird geprüft, ob der Sachverhalt mit dem Tatbestand dieser Rechtsregeln übereinstimmt = Subsumtion.

### Was ist der Unterschied zwischen Sachverhalt und Tatbestand?

Unter *Sachverhalt* verstehen wir das lebensweltliche, faktische Geschehen. Der *Tatbestand* ist eine gesetzliche Umschreibung desjenigen lebensweltlichen Geschehens, das eine bestimmte Rechtsfolge nach sich zieht.

### Was versteht man unter Subsumtion?

Die Prüfung, ob der Sachverhalt, so wie man ihn festgestellt hat, wirklich unter die einschlägigen Rechtsnormen fällt, d.h., ob er sich unter die Norm subsumieren lässt, ist die eigentliche juristische Arbeit. Man muss dazu den gesetzlichen Tatbestand bzw. die einzelnen Tatbestandselemente herauschälen; prüfen, was diese eigentlich bedeuten (Auslegung); entscheiden, ob der Sachverhalt darunterfällt.

### Wozu dient die Beweisführung?

Wenn Tatfragen unklar sind (es ist nicht klar, ob ein bestimmter rechtserheblicher Sachverhalt vorliegt), muss der Sachverhalt näher abgeklärt werden. Ziel dieser Abklärung ist, Sicherheit zu haben, ob der Sachverhalt dem Tatbestand einer bestimmten Rechtsnorm entspricht. Der rechtlich relevante Beweis muss über diejenigen Sachverhalte erbracht werden, die den Tatbestand der möglicherweise anwendbaren Rechtsnorm konstituieren. Die hauptsächlichlichen **Beweismittel** sind: Urkunden, Augenschein, Gutachten, Parteiaussagen und Zeugeneinvernahme.

### Was bedeuten Beweislast und Beweismass?

*Beweislast:* Die Rechtsordnung muss festlegen, was im Fall der sogenannten Beweislosigkeit gelten soll. Sie regelt das, indem sie die sogenannte Beweislast verteilt. Als allgemeine Beweislastregel gilt: Derjenige, der aus einer bestimmte Tatsache Rechte ableitet, trägt die Beweislast. Dieser Grundsatz ist in Art. 8 ZGB festgehalten (Im StR gilt eine spezifische Beweislastregel).

*Beweismass:* Die Frage, wie zuverlässig der Beweis sein muss, nennt man die Frage nach dem erforderlichen Beweismass:

- Am strengsten sind die Anforderungen im Strafrecht. Hier wird eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit verlangt.
- Zivilrecht: Voller Beweis; allfällige Zweifel müssen unerheblich erscheinen, überwiegende Wahrscheinlichkeit oder Glaubhaftmachung.
- Im Verwaltungsrecht werden klare Beweise verlangt.
- Im Sozialversicherungsrecht genügt eine überwiegende Wahrscheinlichkeit.

### **Worin liegt der Unterschied zwischen Vermutung und Fiktion?**

Die Vermutung führt dazu, dass eine Tatsache auch dann als bewiesen gilt, wenn sie nicht ausdrücklich bewiesen wurde. Natürliche Vermutung ergibt sich aus der allgemeinen Lebenserfahrung, Gesetzliche Vermutungen als Beweiserleichterung: Tatsachenvermutung (praesumptio facti) und Rechtsvermutung (praesumptio iuris). Beispiele: Art. 255 (T) und Art. 930 ZGB (R). Die Fiktion ist demgegenüber eine gesetzliche Vermutung, die nicht umgestossen werden kann (praesumptio iuris et di iure). Das Gesetz legt eine bestimmte Tatsache fest: Es wird fingiert, dass jedermann alle Gesetze kennt (Art. 10 Abs. 1 PubLG).

### **Was ist der Unterschied zwischen Gegenbeweis und Beweis des Gegenteils?**

Die Vermutung kann umgestossen werden durch:

- Den **Gegenbeweis** gegen die Vermutungsbasis: Der Mann kann nachweisen, dass er zur Zeit der Geburt des Kindes nicht mit der Mutter verheiratet war.
- Den **Beweis des Gegenteils** gegen die Vermutungsfolge: Der Ehemann der Mutter kann beweisen, dass er – obwohl mit der Mutter verheiratet – nicht der Vater des Kindes ist (Anfechtungsklage, Art. 256 ZGB).

### **Was ist das Ziel der Auslegung**

Das Ziel der Auslegung besteht darin, den wahren Sinn der Norm herauszufinden. Es gibt den historischen Sinn einerseits (entstehungszeitliche Auslegung): der subjektiv-historische Sinn (Was wollte der historische Gesetzgeber?) und der objektiv-historische Sinn (was war damals objektiv sinnvoll?) und der zeitgemässe, heutige Sinn (geltungszeitliche Auslegung).

### **Welches sind die klassischen Auslegungselemente?**

- *Wortlaut/ grammatikalische Auslegung*: Der Wortlaut der Norm ist die Basis oder der Ausgangspunkt der Auslegung. Für das praktische Vorgehen empfiehlt es sich nach der Dreikreise-Regel vorzugehen;
- *Systematische Auslegung*: Zusammenhang einer Norm: Gliederung der einzelnen Gesetzesbestimmungen, Gliederung des ganzen Gesetzes (Überschriften, Titel, Marginalien), das ganze Rechtsgebiet;
- *Entstehungsgeschichte/ Materialien* (subjektiv-historischer Sinn der Norm): Zu den Materialien gehören der Entwurf der Regierung samt erläuternden Berichten und die Protokolle der Verhandlungen im Parlament;
- *Teleologische Auslegung*: Sinn und Zweck einer Norm (S. 221).

### **Was verstehen sie unter verfassungskonformer Auslegung?**

Wenn eine Bestimmung zwar unklar ist, aber ein bestimmter Sinn eher einer höherrangigen Norm entspricht als einer anderer, dann ist sie gemäss der höherrangigen Norm auszulegen.

### **Was ist eine lex specialis?**

= die Ausnahme geht der allgemeinen Regel vor. Spezialbestimmungen gehen aber grundsätzlich auch dann einer allgemeinen Norm vor, wenn sie in verschiedenen Normen (der gleichen Stufe) stehen (lex specialis derogat legi generali). Ist das allgemeinere Gesetz jüngerer Datums ist durch Auslegung zu prüfen, ob das jüngere allgemeine Gesetz die älteren Spezialbestimmungen aufheben soll.

### **Was sind Präjudizien und was ist ihre Bedeutung?**

Ist eine bestimmte Rechtsfrage bereits von einem oberinstanzlichen Gericht in einem bestimmten Sinn entschieden worden, wird man sich an diese Auffassung halten und weicht nur bei triftigen Gründen davon ab.

### **Wie werden Verträge ausgelegt?**

Entscheidend ist bei einer Vertragsauslegung in erster Linie der übereinstimmende effektive Parteiwille. Besteht ein solcher übereinstimmender Parteiwille, dann ist er massgebend, auch wenn er nicht mit dem Wortlaut des Vertrages übereinstimmt (Art. 18 Abs. 1 OR). Nur wenn dieser nicht festgestellt werden kann, muss der Vertrag ausgelegt werden. Dies geschieht in erster Linie nach dem Wortlaut. Ist dieser nicht eindeutig, ist der Vertrag gemäss Vertrauensprinzip so auszulegen, wie ihn die Parteien in guten Treuen verstehen konnten und mussten.

### **Was ist eine echte Lücke?**

Eine echte Lücke liegt vor, wenn das Gesetz eine Frage nicht regelt, die es regeln sollte, das heisst, wenn es auf eine Frage, die sich unausweichlich stellt, keine Antwort gibt. (Weitere Lücken auf S. 227).

### **Was verstehen sie unter Ermessen und Beurteilungsspielraum?**

Häufig will das Gesetz ganz bewusst eine Frage nicht eindeutig regeln, sondern einen gewissen Spielraum belassen, um im Einzelfall eine angemessene, zweckmässige Lösung zu ermöglichen:

- Die Tatbestandsumschreibung ist unbestimmt und lässt einen gewissen Beurteilungsspielraum = Tatbestandsermessen
- Die Rechtsfolge ist umstritten (Strafrecht) = Rechtsfolgeermessen:
  - Handlungsermessen: Die rechtsanwendende Behörde kann entscheiden, ob sie überhaupt in einem bestimmten Sinne handelt oder nicht.
  - Auswahlermessen: Die Behörde wählt unter verschiedenen Möglichkeiten aus.

### **Was gibt es für Abwägungsregeln?**

Abwägung bedeutet, zwischen mehreren widerstreitenden Interessen und Prinzipien einen rechtlich geleiteten Ausgleich zu finden:

- Die Interessenabwägung muss umfassend, aus gesamtheitlicher Sicht erfolgen:
  - Nach allgemeinen Prinzipien (Verhältnismässigkeitsprinzip, Treu und Glauben)
  - Nach spezialgesetzlich festgelegten Wertungselementen
- Verfassungsmässig festgelegte Interessen und Prinzipien sind grundsätzlich höherrangig als einfachgesetzlich festgelegte. Spezialgesetze können einigen Interessen ein höheres Gewicht beimessen als anderen.
- Die Gewichtung der Interessen muss offengelegt und mit sachgerechten Erwägungen begründet werden.
- Handlungsalternativen sind zu beurteilen und berücksichtigen:
  - Die Wertigkeit der tangierten Interessen,
  - Mass der Berührung,
  - Und die näheren und ferneren Folgen der Entscheidung.

### **Kapitel 18: Methodik der Rechtsetzung**

### **Kapitel 19: Methodik des rechtswissenschaftlichen Arbeitens**

### **Kapitel 5: Recht und andere Systeme**

#### **Welches ist die Codierung des Rechtssystems im Sinne der Systemtheorie?**

Die Systemtheorie von Niklas Luhmann betrachtet die Gesellschaft als ein Gesamtsystem, das aus einer Vielzahl von Subsystemen besteht. Diese Systeme funktionieren nach ihren je eigenen Rationalitätskriterien («Codierung»), nach denen in diesem System Handlungen beurteilt werden; das Spezifische des Rechtssystems ist, dass es Handlungen nach dem Kriterium «rechtmässig» / «unrechtmässig» beurteilt. Das Recht dient als Rahmenbedingung.

#### **Wie verhalten sich Recht und Politik in positivistischer und in überpositivistischer Sicht?**

- In *rechtspositivistischer* Optik ist das Recht das Produkt der Politik. Aus dem politischen Prozess ergibt sich, was für Regelungen wünschbar sind; diese werden in Rechtsnormen festgelegt.
- In *vorpositiver* Sicht ist das Recht von der Politik unabhängig; es kann auch ausserhalb des politischen Systems oder des Staates entstehen (common law).
- In *überpositiver* Sicht ist das Recht eine Schranke der Politik; das Recht gibt einen Rahmen an, an welchen politische Entscheidungsträger gebunden sind.

#### **Was ist der Grundgedanke der ökonomischen Analyse des Rechts?**

Die ökonomische Analyse ist nicht eine normative, sondern eine deskriptive Theorie: Sie schreibt nicht vor, sondern sie versucht vorherzusagen, wie sie sich die Wirtschaftssubjekte unter bestimmten rechtlichen Rahmenbedingungen verhalten werden und was das für ökonomische Auswirkungen haben wird.

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

...

### **Kapitel 3: Legitimitätsgrundlagen des Rechts**

#### **Nennen sie historische Beispiele für positive Rechtsetzung aus verschiedenen Epochen**

- Altertum: Hammurabi war König von Babylon und legitimierte seine Autorität göttlich. Die Urnammu und Hammurabi erliessen die ersten uns erhaltenen umfassenden Gesetzeswerke, den Codex Urnammu und den Codex Hammurabi. Der Codex ist ausdrücklich als Wille des Königs legitimiert = erste bekannte positive Rechtsetzung;
- In homerischer Zeit galt in Griechenland die Themis, was «Recht», «Brauch» oder «göttliches Recht» bezeichnet. Diese wurde durch Dike; durch «Richterspruch konkretisiert. Neben die gewohnheitsrechtlichen Regeln traten die als positives Recht erlassenen Gesetze (Nomoi);
- Platons Schüler Aristoteles begründete die staatliche Gemeinschaft aus der Natur des Menschen (naturrechtlich). Er unterscheidet:

- Das von Natur aus Gerechte: ungeschriebenes Recht, göttlichen Ursprungs («Naturrecht»).
- Das vom Staat selber gesetzte, geschriebene Recht («positives Recht»).
- Als Grundlage des klassischen römischen Rechts werden die sogenannten 12-Tafel-Gesetze betrachtet. Zur Weiterentwicklung wurde formell neues positives Recht erlassen:
  - Lex: ein von der gesamten Volksversammlung erlassenes Gesetz
  - Plebiscitum: ein nur von der Versammlung der Plebejer erlassenes Gesetz
  - Senatus consulta: vom Senat erlassenes Gesetz

### Was ist die Bedeutung des Corpus iuris Justiniani (civilis) für die Rechtsentwicklung?

Kaiser Justinian gab nach dem Untergang des weströmischen Reiches den Auftrag, eine Kodifikation des gesamten Rechts zu erstellen. Das Gesetzeswerk wurde formell in Kraft gesetzt. Es besteht hauptsächlich aus drei Teilen:

- Institutiones: amtliches Anfängerbuch für den Rechtsunterricht
- Codex Justinianus: bereinigte Sammlung kaiserlicher Konstitutionen
- Digesta (Pandectae): gross angelegte Sammlung des ganzen entstandenen Juristenrechts.

### Wer gilt als theoretischer Begründer des Absolutismus?

Der französische Staatsphilosoph Bodin begründete die **moderne Souveränitätslehre**: Der Staat ist gegen innen und aussen souverän. Der Staat wird durch den König verkörpert. Die Untertanen haben die vom König erlassenen Gesetze zu beachten, ohne sie in Frage zu stellen. Die Legitimitätsgrundlage des Rechts ist somit rein formal: Geltung kraft königlichen Willens.

### Was bedeutet Gesellschaftsvertrag?

Die Menschen sind von Natur aus frei. Um aber gemeinsam bestehen zu können, schliessen sie einen Gesellschaftsvertrag, mit welchem sie eine politische Ordnung begründen. Der Geltungsanspruch des Rechts wird damit ideell auf eine privatautonome Willensentscheidung der Bürger zurückgeführt: Gesellschaftsvertrag = Begründung staatlicher Herrschaft.

### Was verstehen sie unter Vernunftrecht?

Vernunftrecht = Lösung konkreter Rechtsfragen:

Christian Thomasius und Christian Wolff, entwickelten im 18. Jh. Eine rechtswissenschaftliche Richtung, die das Recht aus allgemeinen, von der menschlichen Vernunft erkennbaren Prinzipien ableitet. = System von Grundbegriffen und Regeln des Rechts. Damit bilden sie das Grundgerüst für die moderne Rechtsdogmatik. Das Vernunftrecht ist material legitimiert.

### Was ist die Bedeutung des aufgeklärten Absolutismus für die Rechtsentstehung?

Der aufgeklärte Absolutismus will Staat und Recht modernisieren, den Handel und die Wirtschaft entwickeln = einheitliche Rechtsordnung ist nötig. Diese Kodifikationen erheben den Anspruch abschliessend festzulegen, was Recht ist, auch wenn ihnen naturrechtliche Ideen zugrunde liegen. Das bedeutet, dass grundsätzlich das gesamte Recht staatlich ist. Der Staat gilt als einziger Rechtsetzer = einzige Quelle des Rechts.

### Was bedeutet Utilitarismus?

Der Utilitarismus erblickt die Rechtfertigung des Rechts darin, dass es nützlich ist. Die Rechtsordnung soll dazu dienen, das grösstmögliche Glück durchzusetzen.

Adam Smith geht davon aus, dass die Rechtsordnung möglichst das marktwirtschaftliche Prinzip verwirklichen muss.

### Was für Arten von Naturrecht gibt es?

Die Renaissance des Naturrechts postuliert unverfügbare und unwandelbare oberste Rechtsgrundsätze. Als derart überpositive Regelungen, in die auch der Staat nicht eingreifen darf, erscheinen namentlich die Menschenrechte.

...

### Welches sind die hauptsächlichsten Rechtsgrundlagen des Völkerrechts?

Das staatliche Recht wird heute immer mehr überlagert durch das Völkerrecht.

- Es gilt das **völkerrechtliche Gewohnheitsrecht**
- Daneben treten **völkerrechtliche Verträge** zwischen (zwei oder mehreren Staaten) und Rechtsnormen die verbindlich für die Mitgliedstaaten von Organisationen sind (**sekundäres Völkerrecht**). Völkerrechtliches Vertragsrecht und Sekundärrecht sind positives, geschriebenes Recht.
- Parallel dazu entwickelte sich eine **völkerrechtliche Menschenrechtskonzeption**, die naturrechtlich inspiriert ist und einen überpositiven Charakter beansprucht. Die Menschenrechte sollen auch gegen positives staatliches Recht durchgesetzt werden.

## Kapitel 4: Recht – Macht – Gerechtigkeit

### Was sind materiale und prozedurale Gerechtigkeitstheorien?

**Materiale** Gerechtigkeitstheorien (zeitlos geltende Gerechtigkeitsskriterien): Ganz wenige Prinzipien sind praktisch überall anerkannt: Der Grundsatz «pacta sunt servanda» (Verträge bzw. Abmachungen sind einzuhalten) und der Grundsatz «neminem

laedere» (niemand soll grundlos geschädigt werden). Darüber hinaus gibt es Gerechtigkeitskriterien, die in einer gegebenen Gesellschaft zu einer gegebenen Zeit allgemein anerkannt sind («Naturrecht mit wechselndem Inhalt»).

**Prozedurale** Gerechtigkeitstheorien: Verzicht auf inhaltliche Kriterien; hingegen werden die verschiedenen Interessen und Meinungen sorgfältig berücksichtigt und abgewogen. Im gerichtlichen Rechtsanwendungsprozess Unparteilichkeit des Gerichts und der Grundsatz «audiatur et altera pars». Staatliche Rechtsetzung: Gleiches Stimmrecht aller Bürger, freie Wahl des Parlaments, öffentliche Debatte im Parlament.

#### **Wie ist der Zusammenhang zwischen Verallgemeinerungsfähigkeit und Gerechtigkeit?**

Man muss bereit sein, diejenigen Rechte, die man für sich postuliert, auch anderen zuzugestehen und diejenigen Pflichten, die man von anderen fordert, auch selber zu erfüllen. Gerechtigkeit folgt also nicht aus bestimmten Inhalten, sondern aus der Verallgemeinerungsfähigkeit einer Regel.

#### **Nennen sie die Argumente für den Positivismus und den Überpositivismus.**

- Positives Recht ist notwendig zur Konkretisierung von Natur- und Vernunftrecht;
- Positives Recht fördert die Rechtssicherheit und die Rechtsdurchsetzung;
- In die Konkretisierung des Positiven Rechts fließen auch vorpositive Wertungen ein;
- Für absurde Konsequenzen kann auf dem Wege der Auslegung ein passender Sinn gefunden werden;
- Das überpositive Recht kann ein Massstab sein, um das positive Recht zu beurteilen.

#### **Was bedeutet Gleichbehandlung im Unrecht?**

In der Praxis kann das Recht nie lückenlos durchgesetzt werden, da nicht alle erwischt werden, die sich unrechtmässig verhalten. Dennoch kann sich derjenige der bestraft wird, nicht darauf beziehen, dass andere nicht bestraft werden. Gäbe man dem Einwand statt, könnte überhaupt keine Rechtsnorm mehr durchgesetzt werden. Es gibt mit anderen Worten grundsätzlich keinen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht.