



Grundprinzipien des Rechts

Einführung
in die Rechtswissenschaft
mit Beispielen aus
dem schweizerischen Recht

Axel Tschentscher

 Haupt

Vorwort

Die *Grundprinzipien des Rechts* sollen einen komprimierten Überblick über das Recht vermitteln und dadurch das Studium der Einzelfächer gezielt ergänzen. Angesichts der verwirrenden Vielfalt von Rechtsmaterien erschliessen sich Gegenstand und Methode der Disziplin am besten, wenn man nach dem Gemeinsamen und Verbindenden des Rechts fragt. Dann zeigt sich, wie überschaubar die zentralen Grundgedanken der Jurisprudenz eigentlich sind: Verantwortlichkeit und Vertrauensschutz, Begründungslasten und Schutzzwecke, Kausalität und Verschulden, Konkurrenzen und Analogien – dies und vieles mehr bildet wiederkehrende Muster, die trotz aller Unterschiede im Detail sowohl das Privatrecht als auch das öffentliche Recht, teils sogar das Strafrecht prägen.

Primär wendet sich das Buch an Studienanfängerinnen und -anfänger. Ihnen soll es auf möglichst engem Raum die Grundkonzepte des Rechts nahe bringen. Die Literaturhinweise in den Fussnoten können dabei im ersten Semester getrost überlesen werden; sie dienen den Fortgeschrittenen als Startpunkt für weitere Recherchen. Dasselbe gilt für diejenigen Absätze, die auf besondere Probleme und wissenschaftliche Diskussionen hinweisen. Inhaltlich folgt nach einem Kapitel zu den Grundbegriffen (Recht, Gerechtigkeit, Rechtswissenschaft) gleich der eigentliche Gegenstand des Studiums: das Gesetzesrecht. Eng am Text der schweizerischen Gesetze geht es dabei um die exemplarische Arbeit mit Rechtsnormen, ihre Analyse und Kombination, Auslegung und Anwendung. Auf diesen Methodenteil folgen im letzten Kapitel insgesamt 20 Rechtsprinzipien, an denen sich zeigen lässt, durch welche Kerngehalte die einzelnen Gebiete der Rechtswissenschaft verbunden sind.

Den Kolleginnen und Kollegen am Institut für öffentliches Recht der Universität Bern danke ich für die geduldige Beantwortung zahlreicher Fragen, die mich in der Einarbeitungs- und Konzeptionsphase begleitet haben. Frau *lic. iur. Ursula Wyssmann* gebührt besonderer Dank. Sie hat nicht nur mühsame Korrektur- und Rechercharbeiten auf sich genommen, sondern auch zahlreiche Beispiele und Ergänzungen zu diesem Buch beigetragen. Schliesslich danke ich Frau *Rosmarie Locher* für die Hilfe bei der Texterfassung.

Bern, im Juni 2003
Axel Tschentscher

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	13
Literaturverzeichnis	15
Einleitung: Grundprinzipien im Rechtsstudium.....	17
Erster Teil: Grundbegriffe.....	21
I. Was ist Recht?	21
1. Recht als Normenordnung	22
a) Arten von Rechtsnormen	23
aa) Gebote.....	23
bb) Verbote.....	24
cc) Erlaubnisse	25
dd) Freistellungen	25
ee) Systematisierung.....	26
ff) Kombinationen	26
b) Kontingenz von Rechtsnormen.....	27
aa) Änderungen und Wandel des Rechts	27
bb) Konstruiertheit rechtstechnischer Begriffe und Institute.....	30
cc) Jurisprudenz als nicht-exakte Wissenschaft	30
dd) Varianz der Rechtsordnungen	31
c) Adressaten von Rechtsnormen	32
d) Zwangscharakter von Rechtsnormen.....	33
2. Andere Normenordnungen und ihre Verrechtlichung	35
a) Religion	35
b) Tradition, Sitte, Brauchtum und Mode	36
c) Ausserrechtliche Moralität	38
d) Logik und Ästhetik	38
e) Marktwirtschaft	39
3. Funktionen und Ziele des Rechts.....	40
a) Befriedungsfunktion (Integrität und Sicherheit)	41
b) Gewährleistungsfunktion (Freiheit und Gleichheit)	41
c) Ordnungs- und Effektivierungsfunktion (Kooperation).....	42
d) Gerechtigkeitsfunktion (Ausgleich und materielle Sicherheit)	42
e) Integrationsfunktion (Einheit)?.....	43
II. Wie verhält sich Recht zur Gerechtigkeit?	44
1. Positives Recht.....	44

2.	Gerechtigkeit	45
a)	Suum quique!	45
b)	Rechtsrelevante Gerechtigkeitsbegriffe	48
3.	Überblick zum Streit um den Rechtsbegriff	50
a)	Trennungsthese (Rechtspositivismus)	51
b)	Verbindungsthese (Naturrecht)	52
c)	Rechtsdefinitionen	54
III.	Was ist Rechtswissenschaft (Jurisprudenz)?	57
1.	Jurisprudenz als Wissenschaftsdisziplin	57
a)	Naturwissenschaften	58
b)	Geisteswissenschaften	59
c)	Kulturwissenschaften	60
d)	Einordnung der Rechtswissenschaft	60
2.	Bezüge des Rechts zu verwandten Disziplinen	61
a)	Historische Aspekte	62
b)	Politische Aspekte	63
c)	Philosophische Aspekte	64
d)	Soziologische Aspekte	64
e)	Ethnologische Aspekte	65
f)	Psychologische Aspekte	65
g)	Ökonomische Aspekte	66
3.	Kritik an der Rechtswissenschaft	66
a)	Hermeneutischer Zirkel	67
b)	Klassenjustiz und Klassenrecht?	67
c)	Diskurstheorie des Rechts	68
d)	Systemtheorie und Autopoiesis	69
e)	Ökonomische Analyse des Rechts	70
f)	Feministische Jurisprudenz	71
	Zweiter Teil: Rechtsanwendungslehre	73
I.	Stufen der Rechtsanwendung	73
1.	Sachverhaltsaufbereitung und Normzuordnung	74
2.	Syllogistik und Subsumtion	76
a)	Aristotelische Grundlagen	77
b)	Mittelalterliche Modifikationen	77
c)	Juristische Relevanz	78
d)	Subsumtionstätigkeit	79
3.	Leitfragen und subjektive Rechte	81
a)	Privatrecht	82
b)	Öffentliches Recht	84
c)	Strafrecht	85

4.	Tatbestandsmerkmale und Prüfungsabschnitte	85
5.	Perspektivenvielfalt und Stilbildung	87
	a) Juristischer Sprach- und Darstellungsstil	88
	b) Gutachtenstil	89
	c) Urteilsstil	89
	d) Relationstechnik	90
II.	Struktur und Arten von Rechtsnormen	92
	1. Konditionalstruktur von Rechtsnormen	92
	2. Vervollständigung von Rechtsnormen	95
	a) Legaldefinitionen	96
	b) Ausnahmeregelungen	98
	c) Verweisungen	99
	3. Kombination von Rechtsnormen	100
	4. Sonderfälle	101
	a) Regelbeispiele	102
	b) Präambeln, Zweck- und Zielbestimmungen	102
	c) Rechtsnormen mit Finalcharakter	103
	d) Rechtsnormen mit Prinzipiencharakter	104
III.	Normauslegung	106
	1. Kanon der Auslegungsmittel	108
	a) Grammatikalische Interpretation	108
	b) Systematische Interpretation	111
	c) Historische Interpretation	112
	d) Teleologische Interpretation	112
	2. Bedeutung der Auslegungsmittel	114
	a) »Methodenpluralismus« (Bundesgericht)	114
	b) Auslegungsmittel als Querschnittsinstrumente	115
	c) Rechtsvergleichung als Auslegungshilfe	116
	d) Verfassungskonforme Auslegung	118
	e) Wortlaut als Grenze	119
	3. Rechtsanwendung bei Normenmehrheit	121
	a) Normkonkurrenzen	121
	b) Regelkollisionen und Normvorrang	122
	aa) Stufung (lex superior derogat legi inferiori)	122
	bb) Genauigkeit (lex specialis derogat legi generali)	122
	cc) Zeitpunkt (lex posterior derogat legi priori)	122
	c) Prinzipienkollisionen und Abwägung	123
	4. Methodenvergleich mit US-amerikanischer Auslegung	123

IV. Richterliche Rechtsfortbildung.....	125
1. Rechtsverweigerungsverbot	125
2. Zentrale dogmatische Probleme.....	126
a) Abgrenzung von Auslegung und Rechtsfortbildung	126
b) Systematik der Einleitungsartikel	128
c) Unehchte Gesetzeslücken?	130
3. Lücken	131
4. Analogie.....	133
5. Teleologische Reduktion	136
6. Normzweck als Grenze.....	139
Dritter Teil: Fachübergreifende Rechtsprinzipien.....	141
Erste Gruppe: Rechtstheoretische Prinzipien	142
1. Rechtssubjektivität	142
a) Natürliche und juristische Personen.....	142
b) Gesetzliche Schranken.....	143
c) Rechtssubjekt und Rechtsobjekt.....	144
2. Verfahrensmediatisierung	145
a) Autoritativentscheid	146
b) Verhandlung.....	147
c) Abstimmung	148
d) Diskurs.....	149
3. Kompetenzzuweisung.....	151
4. Interessenorientierung	152
5. Normkollisionsregulierung	153
Zweite Gruppe: Verfassungsprinzipien.....	155
6. Legalitätsprinzip	155
a) Vorrang des Gesetzes	155
b) Erfordernis des Rechtssatzes	156
c) Relativierung durch Generalklauseln.....	159
7. Vertrauensprinzip (Treu und Glauben).....	160
a) Vertrauensschutz im Strafrecht	161
b) Vertrauensschutz im öffentlichen Recht.....	161
aa) Bestandesgarantie	161
bb) Rückwirkungsverbot.....	162
c) Vertrauensschutz im Privatrecht.....	163
aa) Willenserklärungen und Vertragsinhalt.....	163
bb) Vertrauenshaftung	164
cc) Gutgläubiger Erwerb.....	165

d) Rechtsmissbrauchsverbot.....	165
aa) Verbot treuwidriger Befugnisausübung.....	166
bb) Verbot widersprüchlichen Verhaltens	167
8. Freiheitsgrundrechte.....	168
a) Grundrechtsbindung der hoheitlichen Gewalt.....	169
b) Verwaltung in Privatrechtsform.....	169
c) Horizontalwirkung der Grundrechte.....	170
9. Gleichbehandlungsgebot.....	172
a) Gleichbehandlung durch die hoheitliche Gewalt.....	172
b) Anspruch auf Gleichbehandlung unter Privaten?.....	173
10. Verhältnismässigkeit als fachübergreifendes Prinzip?	175
Dritte Gruppe: Gesetzesprinzipien	177
11. Fristbindung.....	177
a) Verjährung.....	177
b) Verwirkung.....	180
c) Obliegenheiten.....	182
12. Begründungslast	182
a) Beweislast	182
aa) Gesetzliche Vermutung.....	183
bb) Gesetzliche Fiktion	187
cc) Tatsächliche Vermutung	189
dd) Beweismass und Verfahrensmaximen	189
b) Darlegungslast.....	191
c) Rechtfertigung	191
13. Verantwortlichkeit	192
a) Zivilrechtliche Haftung.....	192
b) Staats- und Beamtenhaftung.....	194
14. Sorgfaltspflichten.....	195
15. Kausalität (objektive Zurechnung).....	197
16. Verschulden (subjektive Zurechnung).....	198
a) Verschuldensformen	198
b) Zurechnung bei Unterlassen	200
c) Kausalhaftung	201
17. Schadenersatz (Schädigung).....	202
18. Kondiktion (ungerechtfertigte Bereicherung)	204
19. Billigkeit	205
20. Selbsthilfe.....	207
a) Notwehr und Nothilfe.....	207
b) Notstand und Notstandshilfe.....	208
c) Besitzerschutz.....	209
d) Allgemeines Selbsthilferecht.....	209

Zusammenfassung.....	211
Entscheidungsverzeichnis.....	213
Sach- und Personenverzeichnis	217

Einleitung:

Grundprinzipien im Rechtsstudium

Der römischen Göttin für Recht und Gerechtigkeit, *Justitia*, verbindet man die Augen, um ihre Unparteilichkeit zu symbolisieren¹. Demgegenüber stellten die Griechen ihre Rechtsgöttin *Themis* mit offenen und besonders grossen Augen dar – ein Zeichen dafür, dass im Recht aktiv nach der Wahrheit gesucht wird. Neben Unparteilichkeit und Wahrheitssuche gehört zum Recht auch das Abwägen der widerstreitenden Interessen, das die *Justitia* durch ihre Waage versinnbildlicht, und die besondere Zwangsbefugnis, die als Schwert im Hintergrund schwebt.

Die *Grundprinzipien des Rechts* sind als Einführung in die **teilrechtsübergreifende Gehalte** des Rechts konzipiert. Das Buch soll möglichst überschneidungsfrei den klassischen Kanon an Hauptfächern, arbeitstechnischen Einführungen und Berufskunde ergänzen². Welches, so lautet die Leitfrage, sind die Rechtsprinzipien, die sowohl im Privatrecht als auch im öffentlichen Recht eine Rolle spielen, bei denen es sich also lohnt, nach den gemeinsamen Merkmalen zu fragen? Damit soll nicht die Zweiteilung von Öffentlichem und Privatem gelehrt werden, die das kontinentaleuropäische Recht prägt³. Doch bei allen Unterschieden bleibt, das ist die Idee, genug Gemeinsames, um eine Einführung zum Verbindenden des Rechts zu präsentieren, zu denjenigen Kerngedanken also, die sich sonst allzu schnell in der Vereinzelung der Teilrechtsordnungen und des Spezialwissens verlieren.

Das **schweizerische Recht** steht bei den behandelten Rechtsnormen und sämtlichen Beispielen im Vordergrund. Nur gelegentlich tritt der vergleichende Blick auf andere Rechtsordnungen ergänzend hinzu, um die Vorstellung von Alternativen zu schärfen und so das Verständnis der eigenen Rechtsordnung zu

- 1 Der Umschlag zeigt die *Justitia* auf dem Gerechtigkeitsbrunnen in Bern (1543). Zusätzlich zu den üblichen symbolischen Elementen schützen die Ohrenklappen die Figur vor den Einflüsterungen eigeninteressierter Parteien. Ausserdem liegen ihr Kaiser, König, Papst und Sultan zu Füssen, was allerdings – Jahrhunderte vor dem Ende des absolutistischen Zeitalters – noch nicht das moderne Verständnis ausdrücken kann, nach dem sich auch die Herrschenden dem Recht beugen müssen. Das Bundesgericht musste sich mit der Statue befassen, nachdem ein jurassischer Separatist für deren Zerstörung (1986) mit 22 Monaten Zuchthaus bestraft worden war; vgl. BGE 117 IV 437 (440 f.) – *Justitia*.
- 2 Als Einführung und Überblick eignen sich hierzu *Peter Forstmoser/Regina Ogorek*, Juristisches Arbeiten, 2. Aufl. Zürich 1998, insbesondere auch S. 16 ff. (Sprache); *Forstmoser*, Einführung (2003), S. 503 ff. (Anhang zur Berufskunde). Eine leicht lesbare Geschichte des Juristenstandes bietet *Hans Hattenhauer*, Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts, 4. Aufl. Heidelberg 1996, Rn. 686 ff.
- 3 Anschaulich dazu *Caroni*, Privatrecht (1988), S. 101 ff.

vertiefen. Rechtsphilosophische Bezüge einschliesslich einiger zentraler Autoren gehören zwangsläufig dazu, wobei aber alle Details der speziellen Rechtsphilosophieliteratur vorbehalten bleiben.

Aussergewöhnlich für ein Einführungsbuch ist der Anmerkungsapparat in den **Fussnoten**. Durch solche Apparate dürfen sich Juristinnen und Juristen – auch solche der ersten Semester – nicht abschrecken lassen. Bei diesem Buch enthalten die Fussnoten im wesentlichen drei Arten von Hinweisen. Erstens sind *Klassikerzitate*, teils sogar im Wortlaut, eingearbeitet, denn die kommen im Studienalltag häufig zu kurz. Zweitens führen bei umfassenderen Themen, die in diesem Buch nur angetippt werden können, Nachweise zu *weiterführender Literatur*. Drittens schliesslich sind *Entscheide des Bundesgerichts* als Beispiele angeführt, jeweils mit einem erläuternden Kurztitel und in vielen Fällen einem Schlüsselsatz aus den Erwägungen. Wer keine Zeit zum Nachlesen findet, erhält so wenigstens einen ersten Eindruck, in welchen Fällen die Rechtsfrage eine Rolle spielt.

Zur **Gliederung** der Einführung befasst sich der *Erste Teil* mit den Grundbegriffen Recht, Gerechtigkeit und Rechtswissenschaft. Der *Zweite Teil*, die Rechtsanwendungslehre, fragt nach den verschiedenen Arten der Rechtsnorm und vermittelt eine Vorstellung davon, wie eine Norm auszulegen ist und wann sie in der Kollision mit anderen Normen Vorrang beanspruchen kann. Hier wirkt sich die Abgrenzung zu den Hauptfächern besonders stark aus. Die Rechtsquellenlehre etwa findet ihren Platz teils im Zivilrecht (Verträge), teils im öffentlichen Recht (Normenhierarchie). Sie kommt in dieser Einführung daher nur noch ergänzend in ihren methodentechnischen Gehalten vor. Die Verfahrensordnungen des Gerichtswesens und die Verfahrensgarantien des Rechts (z.B. Fairnessprinzip, Anspruch auf rechtliches Gehör, Öffentlichkeit des Verfahrens), die Techniken der Rechtsetzung, die Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht, Grundfragen des Vertragsrechts, der Staatsorganisation und des Grundrechtsschutzes – all dies wird hier, anders als sonst in Einführungsbüchern üblich⁴, nicht behandelt, weil es bereits in den Hauptvorlesungen zur Sprache kommt.

Im *Dritten Teil* zu den **fachübergreifenden Rechtsprinzipien** geht es um zentrale Inhalte des Rechts, etwa das Vertrauensprinzip und das Prinzip des Vertragsschlusses, die Kompetenzordnung, die Kausalität, das Verschulden, die Kondiktion und manches mehr. Die Auswahl fiel dabei nicht ganz leicht und hätte mit guten Gründen noch weitere fachübergreifende Prinzipien einbeziehen

4 Eben solche Überschneidungen mit den Lehrbüchern der Einzelfächer bietet seit jeher die Einführungsliteratur, etwa *Burckhardt*, Einführung (1948), S. 9 ff.; *Arzt*, Einführung (1996), S. 94 ff.

oder einige der behandelten ausschliessen können. Leitlinie war, nur Rechtsprinzipien zu wählen, die im privaten wie öffentlichen Recht ihre je eigene Anwendung finden, dabei aber auf einem gemeinsamen Grundgedanken aufbauen. Statt nun, wie die Hauptfächer, jeweils aus der einzelnen Fachperspektive auf die Prinzipien zu schauen, zeigt diese Einführung Gemeinsamkeiten auf und verdeutlicht dadurch, wie sich die drei grossen Rechtsgebiete – also Privatrecht, öffentliches Recht und Strafrecht – vermittlels der Prinzipien verbinden.

Zusammenfassung

1. Im einleitenden Abschnitt über die **Grundbegriffe** erwies sich das **Recht** zunächst als eine Normenordnung, in der einzelne Sollensanordnungen der Grundformen »Gebot«, »Verbot« und »Erlaubnis« kombiniert sind. Zwar unterliegt auch das Recht einem steten Wandel, ist in seinen Begriffen und Instituten konstruiert und akzeptiert verschiedene Interpretationen als »richtig« (Kontingenz von Rechtsnormen). Doch sind die Normen des Rechts mit spezifischem Zwangscharakter ausgestattet, wodurch sich das Recht von anderen Normenordnungen (Religion, Sitte u.v.m.) trennscharf abgrenzen lässt.

Das Recht dient unter anderem der Verwirklichung von **Gerechtigkeit** - umfassend verstanden als Richtigkeit und Pflichtigkeit des sozial- und gleichheitsbezogenen Handelns. Dabei bleibt die Rechtsgeltung aber grundsätzlich unabhängig von der inhaltlichen Richtigkeit und Gerechtigkeit. Nur in Fällen extremen Unrechts kann man darüber nachdenken, ob das gesetzte (positive) Recht wegen seiner Gerechtigkeitswidrigkeit zum Nichtrecht wird.

Die **Rechtswissenschaft** kann als eine besondere Form der Geisteswissenschaft verstanden werden. Schon der Wissenschaftscharakter der Disziplin ist umstritten. Zusätzlich sieht sich die herkömmliche Rechtswissenschaft mit immer neuen Kritiken konfrontiert, die beispielsweise ihre Parteilichkeit (Marxismus, Feminismus) oder ihre Praxisferne (Ökonomie) rügen.

2. In der **Rechtsanwendungslehre** stellt sich die juristische Praxis als stufenweise Annäherung von Lebenssachverhalt und gesetzlichem Tatbestand dar. Die **Konditionalstruktur** der Rechtsnormen wird dabei häufig erst durch Vervollständigung und Kombination der Einzelatbestände sichtbar. Sonderfälle der Gesetzgebungstechnik (Vermutungen, Fiktionen, Zielbestimmungen u.v.m.) komplizieren das Bild zusätzlich.

Die **Normauslegung** vollzieht sich im formalen Rahmen von Syllogistik und Subsumtion. Dabei ist aus der römisch-rechtlichen Tradition ein Kanon von Auslegungsmitteln erwachsen, in dem keiner Interpretationsart ein absoluter Vorrang vor den übrigen gebührt. Ergänzt wird die Auslegung durch **richterliche Rechtsfortbildung** überall dort, wo eine Lücke des Gesetzes festgestellt werden kann (Analogie, teleologische Reduktion).

3. Die **fachübergreifenden Rechtsprinzipien** des öffentlichen wie privaten Rechts sind allesamt so grundlegend, dass man sie als rechtstheoretische Prinzipien verstehen kann - allgemeine Rechtsgrundsätze also, die selbst dann gelten müssten, wenn sie weder in der Verfassung noch im sonstigen Gesetzesrecht

ausdrücklich erwähnt wären. Bei einzelnen, sehr abstrakten Prinzipien ist das tatsächlich der Fall; sie sind ausschliesslich **rechtstheoretische Prinzipien** (Rechtssubjektivität, Verfahrensmediatisierung, Kompetenzzuweisung, Interessenorientierung, Normkollisionsregulierung). Andere finden sich zusätzlich in der Verfassung kodifiziert und nehmen deshalb als **Verfassungsprinzipien** an deren besonderem Rang teil (Legalitätsprinzip, Vertrauensprinzip, Freiheitsgrundrechte, Gleichbehandlungsgebot). Schliesslich bleiben solche fachübergreifenden Prinzipien, die im Gesetz geregelt sind. Diese **Gesetzesprinzipien** sind teils formal (Fristbindung, Begründungslast), überwiegend aber material (inhaltsbezogen) zu verstehen (Verantwortlichkeit, Sorgfaltspflichten, Kausalität, Verschulden, Schadenersatz, Kondiktion). Schliesslich gibt es noch diejenigen, die eine allgemeine Ausnahme von der regelhaften Rechtsgeltung vorsehen (Billigkeit, Selbsthilfe).

Insgesamt erweist sich das Recht kraft seiner Grundprinzipien als eine Normenordnung, die durch zahlreiche **wiederkehrende Muster** gekennzeichnet ist: die Schädigung führt zum Ersatzanspruch, die ungerechtfertigte Bereicherung zur Rückerstattung; rechtliche Entscheidungen kommen durch Einigung, Abstimmung oder schlichte Dezision zustande; subjektive Rechte knüpfen an Rechtssubjekte und -objekte an und gehen mit einer Verteilung von Sorgfaltspflichten einher; schutzwürdiges Vertrauen darf nicht ohne besondere Rechtfertigung enttäuscht, die Integrität von Rechten nicht verletzt werden; allgemeine Wirkungszusammenhänge beurteilt das Recht objektiv, individuelle Verantwortlichkeiten hingegen subjektiv. Das Erkennen solcher Muster hilft beim Verstehen des Rechts an sich – das heisst unabhängig von der jeweiligen Rechtsmaterie und selbst dort, wo die einzelnen Vorschriften ganz unbekannt oder mehrdeutig sind. Zusammen mit den Grundzügen der Rechtsanwendung entsteht so ein **Überblick über das Recht** in seiner Gesamtheit.