

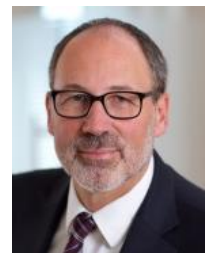
# Wirklichkeitsnahes Rechtsverständnis und Management von Rechtsrisiken

## Bulletin 2/2016

Zürich, Juli 2016

### Management Summary

Recht, so wie es heute allgemein verstanden wird, beruht immer noch auf der positivistischen Rechtstheorie des 19. Jahrhunderts. Dieses Rechtsverständnis ist überholt und kann nur unzureichend erklären, wieso Richter entscheiden, wie sie entscheiden. Wenn wir Recht dagegen wirklichkeitsnah verstehen, können wir richterliche Entscheide besser nachvollziehen und sind Unternehmen eher in der Lage, ihre Rechtsrisiken zu identifizieren und durch angemessene Massnahmen zu reduzieren.



Dr. Alois Rimle  
Rechtsanwalt, LL.M.

### Inhalt

#### **Rechtspositivismus vs. Verbindungstheorie ... 2**

Recht und Moral .....	2
Überholter Rechtspositivismus .....	2
Moderne Verbindungstheorien .....	3
Entwicklungen in der Rechtstheorie .....	4

#### **Gesetzgebung:Fiktion und Wirklichkeit..... 6**

Positivistische Rechtssetzung .....	6
Schwierigkeiten mit der Mehrheit .....	6
Schwierigkeiten mit dem Gesetzgeber .....	7
Ausblenden durch Vereinfachung .....	8

#### **Gesetzesanwendung:Fiktion und Wirklichkeit 8**

Positivistische Rechtsanwendung .....	8
Schwierigkeiten mit der Gesetzesanwendung .....	9
Methodenpluralismus als Lösung? .....	10

#### **Wirklichkeitsnahes Verständnis von Recht ... 11**

Recht als richterliche Entscheidung .....	11
Rechtsdiskurs .....	12
Rechtsgrundlagen .....	15
Rechtsschranken .....	17
Dynamischer Rechtsfindungsprozess .....	18
Recht in Wirklichkeit .....	21
Bedeutung eines wirklichkeitsnahen Verstehens .....	22

#### **Rechtsrisiken im Unternehmen ..... 23**

Recht und Rechtsrisiko .....	23
Zusatzkosten wegen Rechtsverletzung .....	23
Rechtsverfolgungsrisiko .....	23
Rechtsverurteilungsrisiko .....	24
Beurteilung von Rechtsrisiken .....	24

#### **Risikomanagement im Unternehmen..... 24**

Identifikation und Reduktion von Rechtsrisiken .....	24
Vorsichtsprinzip .....	25
Überprüfungsprinzip .....	25
Gestaltungsprinzip .....	25
Beziehungsprinzip .....	25
Absicherungsprinzip .....	26
Vermeidungsprinzip .....	27
Transferprinzip .....	27
Führen von Prozessen .....	27

#### **Risikomanagement in Verträgen ..... 28**

Vertrag und Vertragsauslegung .....	28
Inhaltliche Bestimmungen im Vertrag .....	29
Durchsetzungsbestimmungen im Vertrag .....	29

#### **Literaturverzeichnis ..... 30**

#### **Abkürzungsverzeichnis ..... 31**

## Rechtspositivismus vs. Verbindungstheorie

---

### Recht und Moral

Was ist Recht und wie funktioniert es? Die Frage klingt ziemlich grundsätzlich und man würde eigentlich erwarten, dass es darauf eine klare und seit Jahrhunderten gleiche Antwort gibt. Dem ist aber nicht so. Vielmehr finden in der Rechtsphilosophie und Rechtstheorie seit der Aufklärung im 18. Jahrhundert erhebliche Entwicklungen und grundlegende Diskussionen statt, die bis in die heutige Zeit hineinreichen und noch lange nicht abgeschlossen sind. Auf dem Weg zu einem angemessenen Verständnis von Recht ist es zunächst erforderlich, einen Blick auf die Entwicklung und den Stand der rechtsphilosophischen und rechtstheoretischen Diskussion zu werfen.

Seit dem 18. Jahrhundert wird reflektiert zwischen Recht und Moral unterschieden. Vor allem Kant (Grundlegung zur Metaphysik der Sitten) vollzog eine klare und begrifflich bis heute relevante Unterscheidung von Recht und Moral. Dabei gilt Moral als innere Pflichtordnung, die durch Sollensgebote unmittelbar motiviert und das Innere des Menschen ergreift. Recht gilt dagegen als eine Ordnung, deren Gegenstand das äussere Verhalten der Menschen, nicht aber ihre innere Gesinnung bildet, und welche durch äusseren Zwang durchgesetzt wird (siehe Mahlmann, S. 256).

Sowohl Moral als auch Recht orientieren sich am Menschen selbst. Während in der klassischen Naturrechtstradition das Recht im Sinne von Naturrecht als reale Entität verstanden wird, die der Welt immanent oder von Gott gegeben und durch die Vernunft erkennbar ist, subjektiviert die moderne Ethik diese überpositive, unabhängig vom Menschen existierende Normenordnung. In der modernen Metaethik schaffen die Menschen die moralische Orientierung originär und finden nicht etwa gegebene Gesetzmäßigkeiten auf. Dabei können verschiedene Aspekte entscheidend sein, etwa subjektive Präferenzen (Nonkognitivismus), Nützlichkeitsbestimmungen (Utilitarismus), kontraktualistische Gerechtigkeitsprinzipien (Rawls, A Theory of Justice), diskursive Normbildung (Diskursethik, z.B. Habermas, Faktizität und Geltung) oder angeborene Gefühls-schemata (neuroethischer Neomotivismus) (siehe Mahlmann, S. 256).

Es stellt sich in der Rechtsphilosophie die komplexe und grundsätzliche Frage nach dem Verhältnis von

Recht und Moral, d.h. die Frage, ob und unter welchen Bedingungen positives Recht nicht zur Anwendung kommen darf, wenn es gegen moralische Grundprinzipien verstösst. Während der Positivismus, der seine Wurzeln im 19. Jahrhundert hat, die Bereiche von Recht und Moral trennt, gehen moderne Verbindungstheorien von einer notwendigen Verbindung von Recht und Moral aus. Aus deren Sicht verweist der Begriff des Rechts notwendig auf moralische Massstäbe. Wenn das positive Normmaterial zwei Interpretationen zulässt, muss im Rahmen der Rechtsfindung die moralisch vorzugswürdige Interpretation gewählt werden (siehe Mahlmann, S. 257). Rechtspositivismus und Verbindungstheorien sollen nachfolgend hinsichtlich einzelner rechtlicher Fragen verglichen und einander gegenübergestellt werden.

### Überholter Rechtspositivismus

Der Rechtspositivismus ist eine Ausprägung des Positivismus, einer Richtung in der Philosophie, die auf das 19. Jahrhundert zurückgeht und damals die Forderung aufstellte, Erkenntnis auf die Interpretation von „positiven“ Befunden, Mathematik oder Logik zu beschränken, d.h. auf die Interpretation von Befunden, die im Experiment unter vorab definierten Bedingungen einen erwarteten Nachweis erbringen (Wikipedia).

Der Rechtspositivismus etwa von Kelsen (Reine Rechtslehre) oder Hart (The Concept of Law) trennt zwischen Recht und Moral. Nach dieser Rechtstheorie ist das positive Recht wie es ist und muss vom Recht unterschieden werden, wie es sein soll. Positives Recht ist zwar häufig unvollkommen oder schlechtes Recht, manchmal gar unmenschliches Recht. Dennoch ist es aufgrund seiner Positivität eben Recht. Recht kann ohne Rückgriff auf Moral identifiziert werden. Die faktische soziale Wirklichkeit gilt durchwegs als Kriterium, Recht als Recht zu identifizieren. In diesem Bulletin wird zu Illustrationszwecken auf die klassische rechtspositivistische Theorie Bezug genommen, ohne dabei allfällige Vorbehalte zu berücksichtigen, die von Vertretern dieser Rechtsauffassung selbst gemacht wurden.

Es wird nachfolgend kurz und als Übersicht dargestellt, wie der Positivismus die Fragen des fehlenden Rechts, des ungerechten Rechts, der Rechtsanwendung und der Konkretisierung der Grundrechte beantwortet (siehe Mahlmann, S. 157 ff.):

- *Fehlendes Rechts*: Es wird nicht bestritten, dass es (ausnahmsweise) Fälle gibt, in denen das Recht keine Antwort auf einen zu entscheidenden

Fall bereithält und der Richter gleichwohl entscheiden muss. Für Positivisten handelt es sich dabei aber nicht um Anwendung von Recht, sondern um Setzen von neuen Normen durch den Richter (Rechtsfortbildung). Dabei ist auch für Positivisten klar, dass die moralisch bessere Entscheidung vorzuziehen ist.

- *Ungerechtes Recht (Legitimität)*: Auch extrem ungerechtes Recht ist Recht. Gleichwohl gehen wenige Positivisten soweit, dass sie eine moralische Kritik des Rechts ganz ausschliessen und etwa auch Nazi-Recht als letztverbindlich und deshalb anwendbar anerkennen würden. Auch aus der Sicht von Vertretern des Positivismus (z.B. Hart, *The Concept of Law*) ist das Recht der kritischen normativ-ethischen Reflexion ausgesetzt. Sollte das Recht den verwendeten ethischen Massstäben nicht Stand halten, so handelt es sich bei diesem Recht um nicht verbindliches Recht.
- *Rechtsanwendung*: Die Rechtsanwendung findet ohne Bezug auf ethische Prinzipien gewissermassen mechanisch in einem neutralen Subsumptionsverfahren statt. Das Recht entspricht dem demokratisch erlassenen Gesetz. Rechtsanwendung ist mithin Gesetzesanwendung. Immerhin akzeptieren viele Positivisten auch die Realität und die Notwendigkeit des Rückgriffs auf ethische Prinzipien. Die Berücksichtigung solcher Prinzipien ist für sie aber nicht Rechtsfindung, sondern Rechtssetzung. Nach rechtspositivistischen Vorstellungen ist in erster Linie die Rechtssicherheit durch strikte Gesetzesanwendung zu schützen.
- *Konkretisierung der Grundrechte*: Es entspricht der Demokratie, dass der Mehrheitswille in Form des positiven Rechts durchgesetzt wird. Das Recht ist gemäss positivistischen Vorstellungen so anzuwenden, wie es erlassen wurde. Es darf nicht moralisch durch den Richter im Auslegungsprozess nach eigenen subjektiven Präferenzen geändert werden.

In der Wissenschaftstheorie schreibt etwa Feyerabend, dass erkenntnistheoretische Regeln nie zu ernst genommen werden dürfen. Der Positivismus strebt nach „geistiger Sicherheit in Form von Klarheit, Präzision, Objektivität, Wahrheit“. Er handelt von den „antiseptischen Traumschlössern von Kant und Hegel und den Hundehütten Carnaps und Poppers“. Das „Prinzip“ hat noch keinen Inhalt. Einen Inhalt erhält es erst durch eine Analyse konkreter Prozesse (Fallstudien), „und zwar in derselben Wei-

se, in der der Begriff der Renaissance seinen Inhalt aus der historischen Forschung erhält, die viele verschiedene und sehr komplexe Situationen erklärt.“ Die Theorie kann nicht halten, was sie verspricht. Sie verliert die Verbindung mit der Wirklichkeit. Das gilt auch, wenn es sich um eine rein normative Theorie handelt. „Es ist einfach unmöglich, ihren normativen Regeln zu folgen, genauso wie es unmöglich ist, den Mount Everest mit den Schritten des klassischen Balletts zu erklettern.“ (Feyerabend, S. 376 ff.). Feyerabend führt weiter und allgemein aus: „Es ist also klar, dass der Gedanke einer festgelegten Methode oder einer feststehenden Theorie der Vernünftigkeit auf einer allzu naiven Anschauung vom Menschen und seinen sozialen Verhältnissen beruht. Wer sich dem reichen, von der Geschichte gelieferten Material zuwendet und es nicht darauf abgesehen hat, es zu verdünnen, um seine niedrigen Instinkte zu befriedigen, nämlich die Sucht nach geistiger Sicherheit in Form von Klarheit, Präzision, ‚Objektivität‘, ‚Wahrheit‘, der wird einsehen, dass es nur *einen* Grundsatz gibt, der sich unter *allen* Umständen und in *allen* Stadien der menschlichen Entwicklung vertreten lässt. Es ist der Grundsatz: *Anything goes*.“ (Feyerabend, S. 31 f.).

Was für den Positivismus gilt, hat im Besonderen für den Rechtspositivismus Gültigkeit: Das Bestreben des modernen Rechtspositivismus mit seinem Wertskeptizismus, durch formale und strikte Gesetzesanwendung vor Willkür zu schützen, funktioniert nicht. Gesetze werden systemnotwendig stets unter Berücksichtigung geltender Moralvorstellungen angewendet. Nur wird dies beim Rechtspositivismus mit einer besonderen Sprache der Gesetzesauslegung „verheimlicht“. So hatten beispielsweise deutsche Gerichte während des Nationalsozialismus im 20. Jahrhundert keinerlei Schwierigkeiten, bestehende Gesetze ganz anders als früher anzuwenden, ohne dass es dazu einer formellen Gesetzesänderung bedurft hätte. Sie taten dies aufgrund geänderter Moralvorstellungen und eines geänderten politischen Systems. Letztlich wird das Recht immer nur so gut sein können, wie es die Gesellschaft ist und wie es das politische System erlaubt.

### **Moderne Verbindungstheorien**

Anders als der Rechtspositivismus gehen moderne Verbindungstheorien etwa von Dworkin (*Taking Rights Seriously*) oder Alexy (*Theorie der Grundrechte*) von einer notwendigen Verbindung von Recht und Moral aus. Nach diesem Rechtsverständnis verweist der Begriff des Rechts notwendig auf

moralische Maßstäbe. Wenn das positive Rechtsmaterial zwei Interpretationen zulässt, ist nur die moralisch vorzugswürdige Interpretation rechtmäßig. Eine andere Entscheidung wäre eine rechtlich unvollkommene Entscheidung.

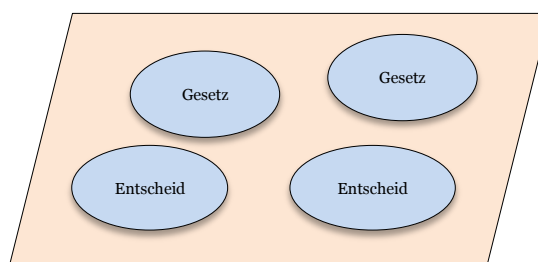
Es wird nachfolgend kurz und als Übersicht dargestellt, wie moderne Verbindungstheorien im Unterschied zum Rechtspositivismus die Fragen des fehlenden Rechts, des ungerechten Rechts, der Rechtsanwendung und der Konkretisierung der Grundrechte beantworten (siehe Mahlmann, S. 166 ff. und 255 ff.):

- *Fehlendes Recht*: Wenn das positive Rechtsmaterial keine Antwort auf einen zu entscheidenden Fall bereithält, heißt dies nicht, dass Recht fehlt. Der Richter entscheidet dann im Einzelfall nach moralischen Maßstäben. Dieses richterliche Setzen von neuen Normen anhand moralischer Maßstäbe ist ebenfalls Recht.
- *Ungerechtes Recht (Legitimität)*: Extrem ungerechtes Recht ist Nicht-Recht und damit auch rechtlich nicht verbindlich. Recht bedarf einer moralischen Legitimität, um Recht zu sein. Wenn positives Rechtsmaterial den verwendeten ethischen Maßstäben nicht entspricht, handelt es sich bei den nicht verbindlichen Normen um Nicht-Recht.
- *Rechtsanwendung*: Die Rechtsanwendung ist nur durch Rückgriff auf normative Prinzipien und mithin letztlich ethische Überlegungen möglich. Moralische Einflüsse werden in den Rechtsbegriff integriert. Nach den modernen Verbindungstheorien geschieht die Rechtsfindung unter Einfluss von ethischen Prinzipien (vgl. z.B. Dworkin, *Taking Rights Seriously*; Alexy, *Theorie der Grundrechte*).
- *Konkretisierung der Grundrechte*: Das Recht wird durch den Richter unter Berücksichtigung ethischer Prinzipien und von Grundrechten angewendet. Rechtsanwendung kommt nicht ohne Wertung aus (vgl. „hermeneutischer Zirkel des Verstehens“ nach Gadamer, in: *Wahrheit und Methode*; Systemtheorie von Luhmann, in: *Das Recht der Gesellschaft*; postmoderne Kritik der Rechtsform z.B. bei Derrida, in: *Force of Law*).

Unter Berücksichtigung vor allem moderner Verbindungstheoretischer Auffassungen lassen sich einige vorläufige Erkenntnisse über das Recht formulieren: Positive Gesetze haben Grenzen und können nicht für jeden Einzelfall Geltung beanspruchen, auch wenn sie in einem demokratischen Verfahren erlas-

sen wurden. Gesetze sind lückenhaft, können ungerecht sein und sprechen nicht für sich selbst, sondern müssen im Einzelfall durch den Richter wertend, d.h. unter Berücksichtigung ethischer Prinzipien angewendet werden (siehe weiter hinten). Des Weiteren muss Rechtsfindung zwar das Gesetz (positives Normmaterial) respektieren. Dies ist das wichtige Erbe des Positivismus. Doch muss auch anerkannt werden, dass Gesetzesanwendung nicht ohne moralisches Urteil auskommt, das seinen letzten Ursprung nicht im Recht selbst hat. Dies entspricht der richtigen Einsicht der Verbindungstheorien (siehe Mahlmann, S. 261). Diese zweite Erkenntnis hat Vorrang. Einem inhaltlich ungerechten positiven Gesetz darf im Einzelfall nicht aus Gründen der Rechtssicherheit gegenüber der Gerechtigkeit den Vorzug gegeben werden (siehe Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*). Gesetzesanwendung muss letztlich dazu dienen, das Recht im Einzelfall zu finden und dabei möglichst Gerechtigkeit zu verwirklichen.

Sowohl der Erlass allgemeingültiger Gesetze als auch das Fällen richterlicher Urteile sind nicht ohne Wertung anhand moralischer Grundsätze denkbar. Gesetzgebung und Rechtsfindung beruhen letztlich immer auf den gemeinsamen Moralvorstellungen einer Gesellschaft. Die Verbindung von Moral und Recht bzw. die moralische Grundlage von Gesetzgebung und Rechtsfindung kann vereinfacht wie folgt dargestellt werden:

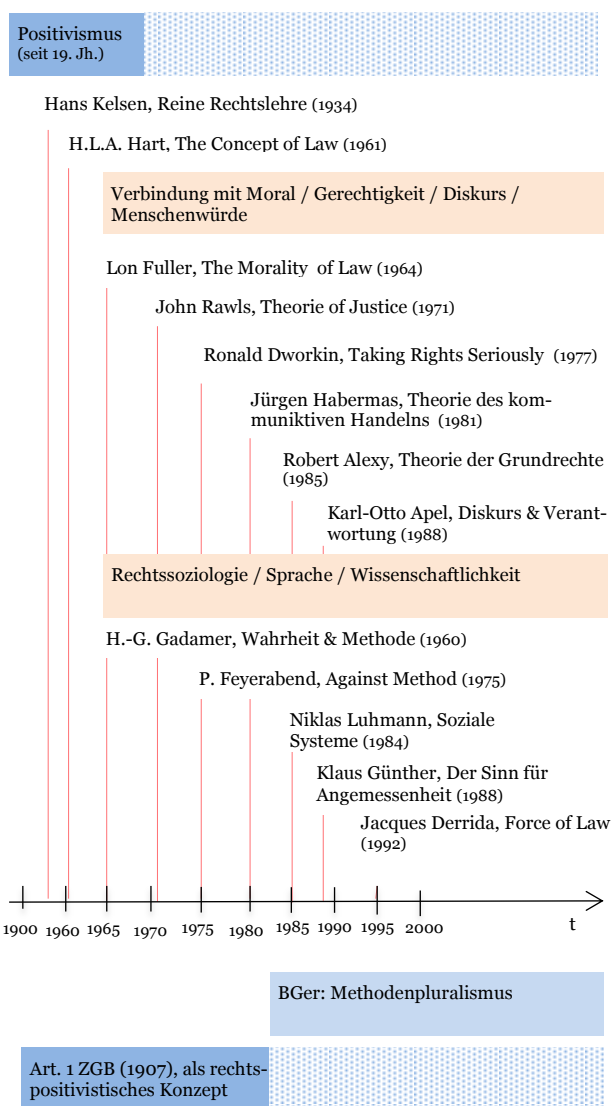


Was richtig und gut ist

### Entwicklungen in der Rechtstheorie

Die Entwicklungen in der Rechtstheorie der jüngeren Vergangenheit führen weg vom Rechtspositivismus mit fiktiver Trennung von Moral und Recht hin zu den modernen Verbindungstheorien, die Recht mit Moral, Gerechtigkeit, Diskurs und Menschenwürde verbinden. Hinzu kommt in den vergangenen Jahrzehnten ein Bestreben, die Funktionsweise von Recht und Rechtsfindung rechtssoziologisch sowie durch Sprache und Wissenschaftlichkeit besser zu verstehen.

Die neueren Erkenntnisse in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie hatten bisher nur einen geringfügigen Einfluss auf die Rechtswissenschaft. Es erscheint in diesem Zusammenhang nützlich, einen Blick auf die Entwicklung in der jüngeren Vergangenheit anhand einiger wichtiger Exponenten zu werfen und dabei einen Bezug zu den Veränderungen in der (schweizerischen) Rechtswissenschaft herzustellen:



Die grossen Gesetzeskodifikationen der Schweiz entstanden anfangs des 20. Jahrhunderts unter dem Einfluss des rechtspositivistischen Gedankenguts. Das gilt insbesondere für das ZGB von 1907. Seit dem Erlass des ZGB und anderer wichtiger Kodifikationen sind mehr als 100 Jahre vergangen. Seit dieser Zeit haben sich die vorherrschenden Auffassungen in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie erheblich weiterentwickelt. Wenn es zutrifft, wovon hier ausgegangen wird, dass die Rechtswissenschaft letztlich auf der Rechtsphilosophie und Rechtstheorie

beruht, dann ist es nur folgerichtig, dass die Rechtswissenschaft nicht umhin kommt, sich ebenfalls weiterzuentwickeln. Die Rechtswissenschaft muss sich in Anlehnung an die modernen Verbindungstheorien verändern, auch wenn Gesetzeserlasse aufgrund ihrer weit zurückliegenden Entstehungszeit immer noch rechtspositivistisch konzipiert sind.

Das positivistische Rechtsverständnis kommt in der Schweiz vor allem in Art. 1 ZGB zum Ausdruck. Die Bestimmungen dieses Artikels haben abgesehen von einer formellen Anpassung (Begriff „Richter“ durch Begriff „Gericht“ ersetzt) immer noch den gleichen Wortlaut wie bei deren Erlass im Jahre 1907. Das kann aber nicht bedeuten, dass sich das Verständnis von Recht deshalb nicht weiterentwickeln könnte und an den überholten konzeptionellen Rahmen von Art. 1 ZGB gebunden wäre. Darauf wird weiter hinten einzugehen sein.

Es ist zwar nicht so, dass es in der Rechtswissenschaft in der jüngeren Vergangenheit keine Entwicklung gegeben hätte. Nur ist diese irgendwie auf halbem Weg steckengeblieben. Die Juristen haben zwar realisiert, dass die Subsumtion nach rechtspositivistischem Verständnis als Überbrückung zwischen generell-abstrakter Norm mit absolutem Geltungsanspruch und individuell-konkreter Entscheidung nicht funktionieren kann. Doch haben sie sich deswegen nicht grundsätzlich von den positivistischen Rechtsvorstellungen verabschiedet. Stattdessen werden dogmatische Schwierigkeiten in der Rechtsprechung und Lehre erst gar nicht thematisiert oder mit den Mitteln des Rechtspositivismus „neutralisiert“, wie es etwa der vom Bundesgericht entwickelte „pragmatische Methodenpluralismus“ tut (siehe hinten).

Bevor die Weiterentwicklung des Rechtsverständnisses entlang der neueren Erkenntnisse in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie diskutiert wird, sollen die Schwierigkeiten in Erinnerung gerufen werden, die sich aus einem rechtspositivistischen Verständnis im Rahmen der Gesetzgebung und der Gesetzesanwendung ergeben.

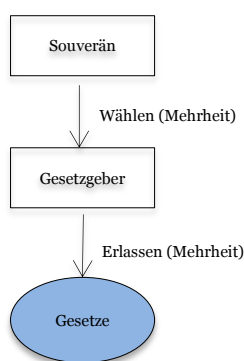
## Gesetzgebung: Fiktion und Wirklichkeit

### Positivistische Rechtssetzung

Nach der rechtspositivistischen Theorie ist es der demokratisch legitimierte Gesetzgeber, der allgemeingültige Gesetze erlässt. Der Gesetzgeber ist hauptsächlich das Parlament, das vom Volk nach dem Mehrheitsprinzip gewählt wird.

Die vom Gesetzgeber erlassenen Gesetze haben unbedingte Geltung für alle Personen in einem Land. Der Gesetzgeber setzt das Recht. Die Gesetze sind das Recht.

Das positivistische Verständnis von Rechtssetzung kann als Übersicht wie folgt dargestellt werden:



### Schwierigkeiten mit der Mehrheit

Ein Problem des Rechtspositivismus besteht darin, dass eine formal verstandene Gesetzgebung an sich nicht in der Lage ist, den materiellen Rechtsstaatsgedanken konzeptionell zu integrieren. Nach dieser Theorie gilt als Recht, was formal-demokratisch entschieden wurde, auch wenn dabei anerkannte moralische Standards verletzt werden (ungerechtes Recht). In Wirklichkeit ist es aber unbestritten, dass eine Mehrheit von Volk oder Parlament nicht irgendetwas beschliessen kann, sondern materielle Schranken des Individual- und Minderheitenschutzes beachten muss.

Mit dem Mehrheitsprinzip muss stets das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit verbunden werden. Demokratie ohne Rechtsstaat ist, wie wenn neun Füchse und eine Gans gemeinsam beschliessen würden, was es zum Nachtessen geben soll (kürzlich bei Sternstunde Philosophie gehört). Die konzeptionelle Erklärung für ein Zusammenwirken von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit kann aber nur auf der Grundlage moderner Verbindungstheorien geliefert

werden. Die rechtspositivistische Theorie mit ihrem formal-demokratischen Rechtsverständnis ist dazu nicht in der Lage.

Nach einer zeitgemässen Rechtsphilosophie gilt in einer Welt ohne Gott die Würde des Menschen als normativer Orientierungspunkt. Mit der Menschenwürde kommt der Wert des Einzelnen als Selbstzweck zum Ausdruck. Die Bewahrung der Menschenwürde bildet heute eine entscheidende Richtungsbestimmung sowohl für die Ethik als auch für das Recht (Mahlmann, S. 345). Menschenrechte und grundlegende Rechtsprinzipien stehen nicht zur Disposition und sind dem demokratischen Mehrheitsprinzip nicht zugänglich. Mit anderen Worten kann die Mehrheit nicht rechtsverbindlich entscheiden, dass grundlegende Rechte einzelner oder einer Minderheit beschnitten werden sollen. Denn es ist ja nur die Mehrheit und es sind eben nicht alle, die an der Entscheidung beteiligt sind.

Hinzu kommt, dass die sogenannte „Mehrheit“ einer Abstimmung bei genauer Betrachtung nur eine kleine Minderheit ist. Beispielsweise entspricht eine Mehrheit der Abstimmenden von 51 Prozent bei einer Volksabstimmung in der Schweiz gerade einmal einem Gesamtbevölkerungsanteil von 13.9 Prozent, wenn man von einer durchschnittlichen Stimmbeteiligung seit 1990 von ca. 43.7 Prozent, einer stimmberechtigten Bevölkerung von ca. 5 Millionen und einer Gesamtbevölkerung von ca. 8 Millionen (einschliesslich Jugendliche und Ausländer) ausgeht. Es kann nicht sein, dass ca. 1.25 Prozent der Gesamtbevölkerung (Initiativrecht mit 100'000 Unterschriften) vorschlagen und ca. 15 Prozent der Gesamtbevölkerung beschliessen können, dass rechtsstaatliche Grundsätze mit Geltung für alle eingeschränkt werden sollen. Deshalb dürfen Initiativen, die klar gegen zwingende Bestimmungen des Völkerrechts verstossen (siehe Art. 139 Abs. 3 BV), gar nicht erst zur Abstimmung gebracht werden.

Grundrechte und Minderheitenschutz lassen sich nicht durch eine Änderung der Bundesverfassung mittels „Mehrheitsentscheid“ rechtsgültig einschränken. Auch wenn ein öffentliches Interesse dargelegt werden kann, ist es nach unbestrittener Lehre für einen rechtlich zulässigen Eingriff in Grundrechte zusätzlich erforderlich, dass der Kerngehalt eines betroffenen Grundrechts nicht beeinträchtigt wird und die Einschränkung im Einzelfall verhältnismässig ist (vgl. BGE 6B\_165/2015 vom 1. Juni 2016 zum richterlichen Ermessen beim Raseratbestand). Eine Mehrheit (die in Wirklichkeit eine Minderheit ist) kann darüber nicht allgemeingültig

beschliessen. Ob und wie weit Grundrechte und Minderheitenschutz eingeschränkt werden dürfen, kann grundsätzlich nur der Richter im Einzelfall (mit Überprüfungsmöglichkeit durch obere Gerichtsinstanzen) auf der Grundlage gemeinsamer Moralvorstellungen entscheiden. Eine andere Auffassung liesse sich nur aus einer überholten rechtspositivistischen Theorie herleiten. Wenn somit ein nach dem „Mehrheitsprinzip“ erlassenes Gesetz Grundrecht übermässig einschränkt oder grundlegende Rechtsprinzipien missachtet, darf es folgerichtig von einem Richter in einem rechtsstaatlichen Verfahren nicht beachtet werden (siehe hinten).

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass bei Volksabstimmungen und Parlamentswahlen unterschiedliche Mehrheiten massgeblich sind. Bei Volksabstimmungen braucht es für eine Annahme der Vorlage Volks- und Ständemehr. Beim Volksmehr handelt es sich um die Mehrheit der Stimmberechtigten (Mehrheit von 5 Millionen bei einer Gesamtbevölkerung von 8 Millionen). Beim Ständemehr geht es um die Mehrheit der Kantone (mit überproportionalem Gewicht von kleineren, ländlichen Kantonen). Im Unterschied dazu werden bei Nationalratswahlen die Sitze nach der Gesamtbevölkerungszahl auf die Kantone verteilt (Gesamtbevölkerung von ca. 8 Millionen, d.h. ständige Wohnbevölkerung einschliesslich Ausländer mit einer Niederlassungs-, Aufenthalts- oder Kurzaufenthaltsbewilligung für mindestens 12 Monate sowie Asylsuchende mit einer Gesamtaufenthaltsdauer von mindestens zwölf Monaten nach Art. 1 lit. d Volkszählungsverordnung; Art. 149 Abs. 4 BV). Dasselbe Vertretungsprinzip „One man, one vote“ wurde kürzlich auch vom amerikanischen Supreme Court bestätigt, wonach die parlamentarische Vertretung für alle gleichwertig ist und bei den Wahlkreisen alle Einwohner (inkl. Kinder und Immigranten) und nicht nur die Wahlberechtigten gezählt werden (NZZ vom 4. April 2016). Bei den Ständeratswahlen gilt die kantonale Gesetzgebung (Art. 150 Abs. 3 BV), wobei in den meisten Kantonen nach dem Majorzverfahren gewählt wird. Das führt dazu, dass im Ständerat grundsätzlich nur gemässigte Politiker sitzen, die in ihren Kantonen über eine überparteiliche Akzeptanz verfügen. Im Ergebnis wird ersichtlich, dass etwa rechtskonservative Anliegen bei einer Volksabstimmung tendenziell bessere Erfolgschancen als bei einer Abstimmung im Parlament haben. Dies dürfte ein Grund dafür sein, dass die Zahl der Volksinitiativen in den letzten Jahren zugenommen hat. Vor diesem Hintergrund erscheint die direkte

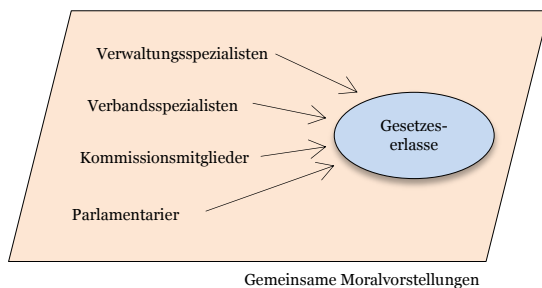
Demokratie, so wie sie seit dem 19. Jahrhundert in der Bundesverfassung verankert ist, aus einer rechtsstaatlichen Sicht nicht unproblematisch, weil sie einer ländlichen, eher konservativen Bevölkerung ein übermässiges Gewicht einräumt, das sich nicht nur dann realisiert, wenn eine Initiative angenommen wird, sondern auch dann, wenn eine Initiative zwar abgelehnt wird, das Parlament sich zuvor aber gezwungen fühlte, eine Gesetzesrevision anzunehmen, einfach um eine Annahme der Initiative zu verhindern. Im Ergebnis ist es paradoxerweise so, dass ein Parlamentsentscheid insofern mehr „Volksentscheid“ darstellt als ein Entscheid in einer Volksabstimmung, weil die Gesamtbevölkerung im Parlament besser als in einer Volksabstimmung vertreten ist.

### **Schwierigkeiten mit dem Gesetzgeber**

Nach der rechtspositivistischen Theorie werden Gesetze ausschliesslich durch einen demokratisch legitimierten Gesetzgeber, d.h. durch das Parlament erlassen. Dies entspricht einer starken Vereinfachung der wirklichen Verhältnisse. In Tat und Wahrheit sind neben dem Parlament auch andere Personen und Institutionen in den Gesetzgebungsprozess involviert, die über keine formaldemokratische Legitimation verfügen. In der Schweiz wird die Ausarbeitung von Bundesgesetzen vom Bundesrat auf Anregung von Parlamentariern oder anderweitig initiiert. Danach bereitet die Bundesverwaltung (bzw. deren Juristen und andere Spezialisten des zuständigen Departements) einen ersten Gesetzesentwurf vor. Dieser wird verschiedenen Organisationen und Interessensgruppen (bzw. deren Juristen und anderen Spezialisten) als Vernehmlassungsentwurf zur Stellungnahme vorgelegt. Anschliessend überarbeitet die Bundesverwaltung (bzw. deren Juristen und andere Spezialisten) den Gesetzesentwurf anhand der erhaltenen Stellungnahmen und erläutert die überarbeitete Gesetzesversion in einer Botschaft. Danach leitet der Bundesrat den revidierten Gesetzesentwurf samt Botschaft an das Parlament weiter. In der Folge überprüfen die zuständigen Kommissionen des National- und Ständerats den Gesetzesentwurf und arbeiten Änderungsvorschläge zuhanden des National- bzw. Ständerats aus. Anschliessend beraten National- und Ständerat den Gesetzesentwurf samt Änderungsvorschlägen. Schliesslich wird ein bereinigter Gesetzesentwurf von der Mehrheit des Parlaments verabschiedet und (unter Vorbehalt eines Referendums) zum allgemeingültigen Gesetz erklärt. Alternativ

wird der Gesetzesentwurf vom Parlament abgelehnt und zur Überarbeitung an den Bundesrat zurückgewiesen, wonach der Prozess von vorne beginnt.

Im Ergebnis wird ein Gesetz nicht einfach vom Parlament ausgearbeitet und beschlossen, wie dies die rechtspositivistische Theorie glauben machen will, sondern ist der Gesetzgebungsprozess viel komplexer. Gesetze werden zu einem erheblichen Teil von Personengruppen ausserhalb des Parlaments vorbereitet und beeinflusst. Dies kann vereinfacht wie folgt dargestellt werden:



Es entspricht einer Fiktion, dass Gesetze ausschliesslich von einem demokratisch legitimierten Gesetzgeber erlassen werden. Zunächst gibt es „den Gesetzgeber“ gar nicht. Es gibt in Wirklichkeit nur die Parlamentarier, die für eine bestimmte Zeit gewählt werden, über Gesetzesentwürfe abstimmen und später wieder durch andere Parlamentarier ersetzt werden. Zudem bestimmen gewählte Parlamentarier für gewöhnlich nur die Grundzüge bzw. einzelne Aspekte eines Gesetzesentwurfes. Die Details und damit der Gehalt eines Gesetzes werden dagegen überwiegend von Juristen und anderen Spezialisten der Verwaltung und von Interessenverbänden bestimmt, die über keine formal-demokratische Legitimation verfügen. Eine Mitwirkung von nicht demokratisch legitimierten Spezialisten im Gesetzgebungsprozess lässt sich nach der rechtspositivistischen Theorie nicht erklären, denn solche Personen kommen in ihr gar nicht vor. Sie werden von ihr im Interesse von Schönheit und Einfachheit einfach ausgeblendet.

Der Gesetzgebungsprozess, wie er tatsächlich stattfindet, lässt sich nur mit einem wirklichkeitsnahen Rechtsverständnis erklären. Dabei kann m.E. zwischen der Legitimation zur Teilnahme am Gesetzgebungsdiskurs einerseits und der Legitimation zum Erlass von Gesetzen andererseits unterschieden werden. Zur Teilnahme am Gesetzgebungsdiskurs muss grundsätzlich jedes Mitglied einer demokratisch organisierten Gesellschaft befugt sein. Dies gilt verstärkt für Personen, die von einem Gesetzge-

bungsprojekt besonders betroffen sind, oder für Personen, die über besondere Fachkenntnisse verfügen und so zur Ausarbeitung eines allgemeingültigen Gesetzes beitragen können. Allerdings ist dabei zu fordern, dass die Ausarbeitung von Gesetzen möglichst transparent, d.h. für alle einsehbar und nachvollziehbar ausgestaltet wird. Im Unterschied zum Gesetzgebungsdiskurs erscheint es angemessen, die Legitimation zum eigentlichen Erlass von Gesetzen grundsätzlich auf ein gewähltes Parlament zu beschränken. Gewählte Parlamentarier vertreten im besonderen Masse die gemeinsamen Moral- und Wertvorstellungen einer Bevölkerung. Sie sind deshalb geeignet, in letzter Instanz über den Erlass von Gesetzen zu entscheiden.

### Ausblenden durch Vereinfachung

Dass Mehrheitsentscheide rechtsstaatlichen Schranken unterworfen sind und dass an der Entstehung von Gesetzen neben dem Gesetzgeber noch andere Personengruppen beteiligt sind, wird in der Praxis für gewöhnlich verschwiegen bzw. nicht thematisiert. Das Gesetzgebungsverfahren wird formal und vereinfacht dargestellt und dessen Ergebnisse nicht in Frage gestellt. Es ist lediglich die Rede davon, dass ein Gesetz vom Gesetzgeber erlassen worden sei bzw. die Mehrheit entschieden habe und das Gesetz deshalb für alle Gültigkeit habe.

Eine Schwierigkeit der rechtspositivistischen Theorie besteht darin, dass sie wesentliche Teile der Rechtswirklichkeit ausblendet, indem sie nicht thematisiert, was in ihr nicht vorkommt. Es ist ein Defizit dieser Theorie, dass sie allein auf die formal-demokratische Legitimation und mithin auf numerische Mehrheitsverhältnisse abstellt. So ist sie nicht in der Lage, eine moralische Diskussion abzubilden, ohne die eine Gesetzgebung in Wirklichkeit nicht möglich ist. Es ist auch ein Defizit dieser Theorie, dass sie den Prozess, wie Gesetze entstehen, nicht erklärt und deshalb nicht in der Lage ist, Anforderungen an einen angemessenen Gesetzgebungsprozess zu formulieren.

## Gesetzesanwendung: Fiktion und Wirklichkeit

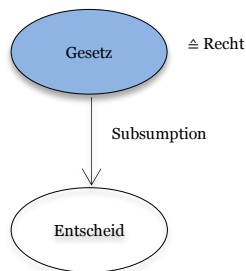
### Positivistische Rechtsanwendung

Nach der rechtspositivistischen Theorie entspricht ein vom Gesetzgeber erlassenes Gesetz dem Recht und ist umfassend und direkt anwendbar. Es wird



durch *Subsumption* vom Richter gewissermaßen mechanisch auf den Einzelfall übersetzt (vgl. Hürlimann-Kaup/Schmid, Rz 167). Dabei muss der Richter das Gesetz strikt befolgen; er darf es bei dessen *Auslegung* nicht nach eigenen Präferenzen verändern. Nur in Ausnahmefällen, wenn ein Gesetz zu einer Frage keine Vorschrift enthält (echte Gesetzeslücke), darf er das Gesetz *ergänzen*.

Die positivistische Vorstellung von Rechtsanwendung kann vereinfacht wie folgt dargestellt werden:



### Schwierigkeiten mit der Gesetzesanwendung

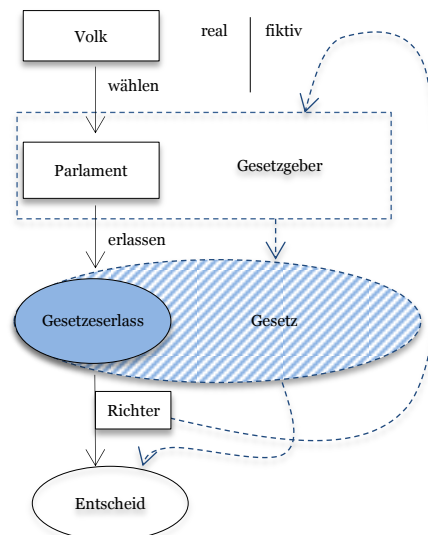
Im Zusammenhang mit der Gesetzesanwendung stellt sich zunächst die Frage, was unter dem Begriff „Gesetz“ genau zu verstehen ist. Naheliegender wäre es eigentlich, darunter einen realen Gesetzeserlass zu verstehen, mit welchem ein historischer Gesetzgeber einen „typischen Sachverhalt“ regeln wollte und diesbezüglich einen Wertungsentscheid traf. Ein solches Gesetz entspricht dem wirklichen Willen eines historischen Gesetzgebers und ist damit formal-demokratisch legitimiert. Eine Aufforderung an den Richter, ein solches Gesetz im Einzelfall umzusetzen, ist nachvollziehbar.

Die rechtspositivistische Theorie versteht den Begriff „Gesetz“ bei genauer Betrachtung aber viel umfassender. Nach der Bestimmung von Art. 1 Abs. 1 ZGB, die 1907 vor dem Hintergrund positivistischen Gedankenguts erlassen wurde, findet das Gesetz auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es „nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält“. Ein solches Gesetzesverständnis geht weit über den realen Gesetzeserlass hinaus und findet auch auf Sachverhalte Anwendung, an die ein historischer Gesetzgeber nachweislich gar nicht dachte bzw. gar nicht denken konnte, weil es sie damals noch gar nicht gab (z.B. wegen einer erst späteren technischen Entwicklung). Allgemeine Geltung hat nach der rechtspositivistischen Theorie ja nicht, was ein historischer Gesetzgeber wirklich regeln wollte, sondern vielmehr, was dem Gesetz (losgelöst von seinem Schöpfer) nach Wortlaut oder Auslegung entnommen werden kann. Dabei soll der objektive

Sinn einer Gesetzesbestimmung ermittelt werden (vgl. Hürlimann-Kaup/Schmid, Rz 123 ff.).

Eine gesetzliche Bestimmung, die einen „typischen Sachverhalt“ regelt, an den der historische Gesetzgeber überhaupt nicht dachte, entspricht letztlich einer Fiktion des gesetzgeberischen Willens. Wenn ein Richter im Rahmen positivistischer Rechtsanwendung bestimmt, dass ein Gesetz eine bestimmte Regelung enthält, obwohl es an einem entsprechenden Willen des historischen Gesetzgebers fehlt, dann existiert diese Regelung nur im Kopf des Richters und ist nicht formal-demokratisch legitimiert. Bei einer solchen Gesetzesanwendung ist der Gesetzgeber niemand anders als der Richter selbst. Da ist in Tat und Wahrheit niemand anders als der Richter. Er selbst konstruiert die gesetzliche Bestimmung, um auf diesem Umweg seinen Entscheid begründen zu können. Es ist der Richter selbst, der sagt, dass das Gesetz aufgrund einer grammatikalischen, systematischen oder teleologischen Auslegung einen bestimmten Sachverhalt regelt. Letztlich dient die positivistische Gesetzesauslegung dazu, über eine fiktive Ausdehnung des Gesetzeserlasses eine formal-demokratische Legitimation vorzutauschen, die es in Wirklichkeit nicht gibt. In einer Vielzahl von Gerichtsentscheiden dürften ausgelegte Gesetzesbestimmungen mehr oder weniger fingierter Natur sein. Denn „typische Sachverhalte“, die von einem historischen Gesetzgeber bewusst und gewollt in einem Gesetzeserlass geregelt wurden, werden eher selten Anlass zu gerichtlichen Auseinandersetzungen geben.

Im Ergebnis stellt sich eine Anwendung von Gesetzen nach der rechtspositivistischen Theorie als Fiktion heraus, sobald sie sich vom wirklichen Willen des historischen Gesetzgebers löst, was vereinfacht wie folgt dargestellt werden kann:



## Methodenpluralismus als Lösung?

Das Bundesgericht hat sich schon vor längerer Zeit über den sogenannten *pragmatischen Methodenpluralismus* von der positivistischen Vorstellung einer mechanischen Gesetzesanwendung distanziert. In einem Entscheid von 1984 (BGE 110 Ib 1, 8) äussert sich das Bundesgericht wie folgt: „Das Bundesgericht hat sich bei der Auslegung von Erlassen denn auch stets von einem Methodenpluralismus leiten lassen und nur dann allein auf die grammatikalische Auslegungsmethode abgestellt, wenn sich daraus zweifellos eine sachlich richtige Lösung ergab.“ In einem neueren Entscheid von 2015 kommentiert das Bundesgericht das Verfahren der Gesetzesauslegung wie folgt: „Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkrete Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der *ratio legis*. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen. Die Gesetzesmaterialien sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Bei der Auslegung neuerer Bestimmungen kommt den Materialien eine besondere Stellung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger nahelegen.“ (BGE 141 III 155 (156)).

Der Ansatz des pragmatischen Methodenpluralismus dient den Gerichten letztlich als Mittel, um mit einer nicht funktionierenden rechtspositivistischen Theorie umzugehen, die der schweizerischen Gesetzgebung zugrunde liegt (siehe Art. 1 ZGB). Allerdings sagt dieser Ansatz nicht, wie Recht im Einzelfall gefunden werden soll, wenn nicht durch Subsumption. Dieser Ansatz sagt eigentlich nur, dass ein Richter im Einzelfall im Interesse der Gerechtigkeit methodisch mehr oder weniger tun und lassen kann, was er will. Der Richter kann unabhängig vom Willen des Gesetzgebers Entscheide fällen. Zwar hält der Ansatz am positivistischen Rechtskonzept fest, wonach der Richter das Gesetz anwenden und befolgen muss. Doch wird dem Richter gleichzeitig auch erlaubt, sich vom Willen des historischen Gesetzgebers zu lösen und frei zu entscheiden, ohne dabei die eigenen Überlegungen transparent machen zu müssen. Im Ergebnis zeigt der pragmatische Methodenpluralismus lediglich die Nutzlosigkeit der rechtspo-

sitivistischen Theorie auf, bietet aber keine Alternative an. Dem Richter wird keinerlei Richtschnur zur Verfügung gestellt, wie er im Einzelfall entscheiden soll.

Die schweizerische Rechtspraxis und Rechtswissenschaft haben die neueren Erkenntnisse in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie dogmatisch noch nicht verarbeitet (vgl. Hürlimann-Kaup/Schmid, Rz 167). Nach wie vor wird das Gesetz mit einer rechtspositivistischen Sprache angewendet und ausgelegt. Es wird immer noch mit verschiedenen Interpretationsmethoden erklärt, wieso das Gericht kraft Gesetz nur so und nicht anders entscheiden könne. Ein solches Vorgehen, bei dem die wirklichen Verhältnisse ausgeblendet oder falsch dargestellt werden, erscheint rechtsstaatlich problematisch. Wenn ein Gerichtsurteil nicht die wirklichen Gründe für einen Entscheid enthält, sondern sich auf eine formale Gesetzesauslegungssprache beschränkt, ist es für einen Rechtssuchenden nur beschränkt möglich, den Entscheid sachlich fundiert anzufechten, um so zu seinem Recht zu kommen. Was nicht gesagt wird, kann an sich auch nicht in Frage gestellt werden.

Welchen Sinn macht es, wenn die Richter mit viel Aufwand und verschiedenen Methoden in einem formalen Verfahren herausfinden, was ein Gesetz bedeutet, dessen Inhalt sie letztlich selbst bestimmen? Wieso sollen Richter den Umweg über ein fiktives Gesetz nehmen, wenn es in Wirklichkeit doch sie selbst sind, die den Inhalt der Regeln im Einzelfall bestimmen? Ein solcher Umweg ist allein einer überholten rechtspositivistischen Theorie geschuldet. Besser und ehrlicher wäre es, wenn Richter feststellen würden, dass ein Gesetz, so wie es vom historischen Gesetzgeber gewollt war und erlassen wurde, keine Antwort auf eine sich stellende Rechtsfrage enthält. Sie wären anschliessend befugt, einen eigenständigen Entscheid zu fällen. Sie könnten den Entscheid sachlich begründen und darlegen, auf welche Grundlagen sie sich dabei abstützten und von welchen Überlegungen sie dabei ausgingen.

Ein Richter muss die wirklichen Gründe für seine Entscheidung offenlegen und darf sich nicht hinter formalen Auslegungsmethoden verstecken. Gerichtliche Entscheide müssen ethische Einflüsse und Wertungen offenlegen. Nur so ist eine kritische Rationalisierung moralischer Einflüsse auf die Grundrechtskonkretisierung möglich. Es darf in einer aufgeklärten Rechtswissenschaft keine methodologisch naive Vorstellung von einer Rechtsfindungspraxis ohne ethische Einflüsse unterhalten werden (siehe Mahlmann, S. 260 und 262).

## Wirklichkeitsnahes Verständnis von Recht

---

### Recht als richterliche Entscheidung

Ein Gesetz ist eine Sammlung von generell-abstrakten Normen, die einen Tatbestand bzw. einen „typischen Sachverhalt“ regeln. Gesetzesnormen wenden sich nicht von allein auf einen individuell-konkreten Sachverhalt an. Sie müssen von einem Richter konkretisiert bzw. auf den Einzelfall übersetzt werden, wobei der Richter nicht umhin kommt, auch Faktoren ausserhalb des Gesetzeserlasses zu berücksichtigen und einen mehr oder weniger grossen Wertungsaufwand zu betreiben (Problem der Konkretisierung; vgl. Mahlmann, S. 261). Die rechtspositivistische Behauptung, Gesetz und Recht seien identisch und das Gesetz würde im Einzelfall durch Subsumption angewendet, ist Fantasievorstellung, in Wirklichkeit nicht möglich und deshalb abzulehnen.

Wenn ein Gesetzeserlass aber nicht unmittelbar anwendbar ist, kann ihm in einer normativen Theorie auch keine (unbedingte) rechtliche Geltung zuerkannt werden. Eine generell-abstrakte Gesetzesnorm kann bei einem wirklichkeitsnahen Rechtsverständnis nur Grundlage der Rechtsfindung sein, indem sie durch einen Richter im Einzelfall vermittelt werden muss und nur durch und in Gestalt dieser Vermittlung Rechtswirkung entfalten kann. Wenn ein Gesetzeserlass aber keine rechtliche Geltung beanspruchen und deshalb nicht Recht sein kann, stellt sich die Frage, was in einer normativen Theorie denn als Recht bezeichnet und anerkannt werden soll.

Nach einem wirklichkeitsnahen Verständnis entsteht Recht erst im Einzelfall, nämlich dann, wenn der Richter einen Entscheid fällt. Recht ist danach nicht generell-abstrakt, sondern individuell-konkret. *Recht ist richterliche Entscheidung.* Eine relevante Gesetzesnorm ist Grundlage eines so verstandenen Rechts. Als richterliche Entscheidung hat Recht *Geltung im Einzelfall.* In diesem Sinn ist unter *Rechtsslage* zu verstehen, wie Richter auf der Grundlage von Gesetzeserlassen in der Vergangenheit Recht gesprochen haben und in Zukunft möglicherweise sprechen werden. Und in diesem Sinn ist unter *Rechtsverletzung* zu verstehen, was Richter auf der Grundlage von Gesetzeserlassen in der Vergangenheit als Verstoss gegen eine bestehende Rechtsslage verstanden haben und in Zukunft möglicherweise verstehen werden.

Die positivistische Vorstellung von Recht erweist sich als Fiktion. Danach müsste sich der Richter möglichst an das Gesetz halten und dürfte nur dann eigenständig entscheiden, wenn dem Gesetz ausnahmsweise keine Vorschrift entnommen werden könnte (vgl. Art. 1 Abs. 2 ZGB) und dementsprechend eine (echte) Gesetzeslücke vorliegen würde. „Gesetzeslücke“ und „Lückenfüllung“ sind Begriffe einer überholten rechtspositivistischen Theorie, die bei einem wirklichkeitsnahen Rechtsverständnis keinen Sinn ergeben. Von „Gesetzeslücke“, „Gesetzesergänzung“ und davon zu sprechen, dass der Richter bei Fehlen einer gesetzlichen Vorschrift nach der Regel entscheiden soll, die er als Gesetzgeber aufstellen würde (Art. 1 Abs. 2 ZGB), macht nur Sinn, wenn Gesetze rechtspositivistisch als direkt anwendbares und umfassendes Recht verstanden werden. Verbindliches Recht ist aber in Wirklichkeit kein generell-abstrakter Überbau, der ergänzt werden könnte, sondern richterliche Entscheidung im Einzelfall. Ein generell-abstrakter Gesetzeserlass ist lediglich eine Grundlage des Rechts, an dessen Ergänzung gar kein Interesse besteht. Denn in einem Fall, in dem ein Gesetzeserlass keine Antwort auf eine sich stellende Rechtsfrage bereithält, braucht der Richter keine Lücke zu füllen. Er kann und soll gegebenenfalls das Recht mit Hilfe anderer Grundlagen finden (siehe hinten).

Wenn Recht nicht Gesetz, sondern richterliche Entscheidung ist, macht auch die Vorstellung einer selbstständigen Gesetzesauslegung keinen Sinn. Dann dient die Gesetzesauslegung ausschliesslich dazu, den tatsächlichen Inhalt eines Gesetzeserlasses, d.h. den wirklichen Willen eines historischen Gesetzgebers zu bestimmen (historische Auslegung). Sobald feststeht, dass sich der historische Gesetzgeber zu einer sich stellenden Rechtsfrage nicht geäussert hat, gibt es auch keinen Raum für Auslegung. Eine selbstständige Bedeutung eines Gesetzes über den tatsächlichen Willen des historischen Gesetzgebers hinaus wird als blosser Fiktion abgelehnt. Wenn es an einer von einem historischen Gesetzgeber gewollten Gesetzesbestimmung fehlt, ist es irreführend, von Gesetzesauslegung zu sprechen, denn es gibt im betreffenden Gesetzeserlass in Wirklichkeit gar keine Anleitung für eine entsprechende Rechtsfindung. Der Richter muss sich dann auf andere Grundlagen stützen. Grammatikalische und systematische Auslegungsmethoden stammen aus einer überholten rechtspositivistischen Ideenwelt, in der das Gesetz fiktiv als Recht konstruiert wird. Sie haben bei einem wirklichkeitsnahen Rechtsverständnis

keine Existenzberechtigung, es sei denn, sie dienen im Rahmen einer historischen Auslegung der Bestimmung des wirklichen Willens des historischen Gesetzgebers. Auch die teleologische Auslegungsmethode, die sich am Sinn und Zweck einer Gesetzesnorm orientiert, findet keine Grundlage in einem realen Gesetzeserlass. Sie entspricht einer eigenständigen Anleitung für die Rechtsfindung.

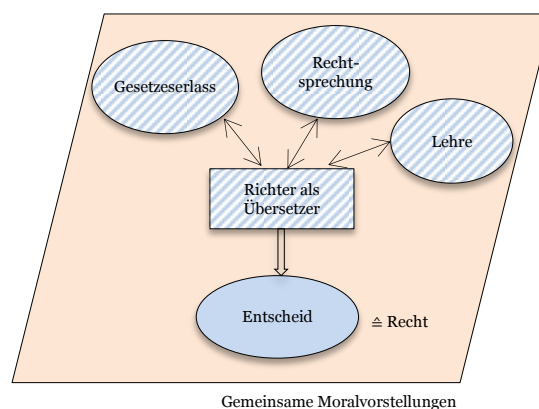
Wenn Recht wirklichkeitsnah als richterliche Entscheidung im Einzelfall verstanden wird, kommt dem Richter freilich eine grosse Bedeutung in der Rechtsfindung zu. Man muss eingestehen, dass da in Wirklichkeit niemand anders als der Richter ist, der entscheidet und sagt, was rechtens ist. Das ist so, obwohl der Richter nicht vom Volk und möglicherweise auch von keinem Parlament gewählt wird. Die Legitimation des Richters braucht nicht formal-demokratisch zu sein; sie ist letztlich ursprünglicher und umfassender. Sie ergibt sich aus dessen Zugehörigkeit zur Wertegemeinschaft bzw. dessen Zugang zu den gemeinsamen Moralvorstellungen, der definierten richterlichen Funktion in einem Rechtsstaat sowie dessen Fähigkeit und Erfahrung, Gesetzeserlasse zu verstehen und auf den Einzelfall zu übersetzen.

Der Begriff „Gesetz“ hat bei einem wirklichkeitsnahen Rechtsverständnis eine engere Bedeutung als in der rechtspositivistischen Theorie: Gesetz bedeutet nicht umfassendes Recht, sondern limitierte Rechtsgrundlage. Ein solches reales Gesetz ist gemeint, wenn nachfolgend von „Gesetzeserlass“ die Rede ist. Es adressiert in Abweichung von der rechtspositivistischen Theorie immer nur einen kleinen Teil der tatsächlich zu beurteilenden Fälle, nämlich nur jene Fälle, die der historische Gesetzgeber beim Erlass eines relevanten Gesetzes tatsächlich vor Augen hatte und wirklich regeln wollte. Der Inhalt eines Gesetzeserlasses ergibt sich zunächst aus dessen Wortlaut und muss im Zweifelsfall zusätzlich mit Hilfe der Botschaft und der Parlamentsprotokolle bestimmt werden. Dabei wird nach dem *wirklichen Willen des historischen Gesetzgebers* gefragt. Allein ein so verstandener realer Gesetzeserlass ist formal-demokratisch legitimiert und muss vom Richter im Einzelfall grundsätzlich umgesetzt werden (vgl. Rütters, S. 20 f.). Eine richterliche Gesetzesauslegung, die über den wirklichen Willen des historischen Gesetzgebers hinausgeht, hat sich als Fiktion erwiesen und ist abzulehnen.

Wenn es an einer von einem historischen Gesetzgeber gewollten Gesetzesbestimmung fehlt, muss sich der Richter bei seiner Entscheidung auf andere

Grundlagen stützen. Er ist in seiner Entscheidung nicht frei und darf sich nicht von eigenen subjektiven Wertvorstellungen leiten lassen. Vielmehr muss er sich bei Fehlen einer relevanten Gesetzesbestimmung auf die *Rechtsprechung* und die *Lehre* stützen (vgl. Art. 1 Abs. 3 ZGB). Recht entsteht im Einzelfall, wenn ein Richter einen Entscheid fällt und sich dabei auf Gesetzeserlasse, Rechtsprechung und Lehre stützt und zusätzlich eigene Wertung einbringt. Je genauer bestimmte Arten von Sachverhalten in der Vergangenheit durch ein Parlament oder obere Gerichte oder die Lehre bereits wertend beurteilt wurden, desto weniger ist der urteilende Richter befugt, einen eigenen Wertungsentscheid zu fällen. Wenn andererseits passende Gesetznormen, Gerichtsentscheide und Lehrmeinungen fehlen, bleibt dem Richter im Einzelfall nichts anderes übrig, als eigenständig einen angemessenen Entscheid zu fällen, wobei er sich direkt an den gemeinsamen Moralvorstellungen orientiert (vgl. Hürlimann-Kaup/Schmid, Rz 167).

Die richterliche Rechtsfindung mit Hilfe von Gesetzeserlassen, Rechtsprechung und Lehre und auf der Grundlage gemeinsamer Moralvorstellungen kann vereinfacht wie folgt dargestellt werden:



## Rechtsdiskurs

Während in der rechtspositivistischen Theorie Recht durch Gesetzesanwendung festgestellt wird, wird bei einem wirklichkeitsnahen Verständnis Recht durch Rechtsdiskurs gefunden. Dabei führt ein Richter gedanklich einen Diskurs mit jenen Mitgliedern der Gesellschaft, die sich in der Vergangenheit zu einer sich stellenden Rechtsfrage sachlich fundiert und mit Gültigkeitsanspruch geäußert haben. Es sind dies im Wesentlichen der historische Gesetzgeber, die Gerichte und die Vertreter relevanter Lehrmeinungen.

Recht wird nach einem wirklichkeitsnahen Verständnis nicht durch formal-demokratische Wahl

wie bei der rechtspositivistischen Theorie, sondern durch inhaltlichen Diskurs gerechtfertigt. Dabei wird das demokratische System aber nicht in Frage gestellt, sondern lediglich anders, d.h. wirklichkeitsnaher verstanden. Ein gewähltes Parlament bzw. deren Mehrheit kann nicht befugt sein, Gesetze mit absolutem Geltungsanspruch zu erlassen. Ein gewähltes Parlament muss aber ohne weiteres befugt sein, Gesetzeserlasse mit grundsätzlichem Geltungsanspruch als Grundlage für eine diskursive Rechtsfindung zu erlassen. Dasselbe gilt für die Mehrheit bei einer Volksabstimmung: Sie kann nicht befugt sein, formelle Verfassungsbestimmungen mit absolutem Geltungsanspruch zu beschliessen. Sie muss aber ohne weiteres befugt sein, eine Verfassungsbestimmung mit grundsätzlichem Geltungsanspruch als Grundlage für eine diskursive Rechtsfindung vorzugeben. Neben dem historischen Gesetzgeber müssen auch Gerichte befugt sein, mit relevanten Urteilen zu einer diskursiven Rechtsfindung beizutragen. Schliesslich ist es sinnvoll, auch Juristen im Rahmen publizierter Lehrmeinungen an einer diskursiven Rechtsfindung teilnehmen zu lassen.

Im Ergebnis haben historische Gesetz- und Verfassungsgeber, Gerichtsinstanzen, publizierende Juristen und der urteilende Richter selbst in einem konkreten Rechtsdiskurs eine mehr oder weniger starke Stimme. Es liegt dann am urteilenden Richter, unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu entscheiden, welche Stimme bzw. welche von mehreren divergierenden Stimmen letztlich gehört werden soll. Der Wechsel von einer positivistischen Gesetzesanwendung zu einem wirklichkeitsnahen Rechtsdiskurs entspricht einem Paradigmenwechsel: Die Fokussierung auf Gesetzgeber und Gesetz wird aufgegeben und stattdessen verschiedene Diskursteilnehmer und Rechtsgrundlagen nebeneinander berücksichtigt. Es wird anerkannt, dass es für einen historischen Gesetzgeber schlicht unmöglich ist, auf alle künftigen Rechtsfragen eine passende Antwort zu geben. Eine passende Antwort auf eine sich stellende Rechtsfrage kann hingegen stets dadurch gefunden werden, dass einem urteilenden Richter im Einzelfall erlaubt wird, verschiedenen Rechtsgrundlagen mehr oder weniger Rechnung zu tragen und auf diese Weise einen angemessenen Zugang zu den gemeinsamen Moralvorstellungen zu finden (siehe nachfolgend).

#### *Parlamentarier-Mehrheit als Diskursteilnehmer*

An einem konkreten Rechtsdiskurs nimmt gedanklich zunächst der historische Gesetzgeber teil. Es handelt sich dabei um die Mehrheit der anwesenden

Parlamentarier, die bei der Abstimmung über einen relevanten Gesetzeserlass in der Vergangenheit mit ja gestimmt und sich durchgesetzt haben.

Der historische Gesetzgeber weist als Diskursteilnehmer verschiedene Schwächen auf: Eine Parlamentarier-Mehrheit vertritt zunächst nicht die Gesamtbevölkerung, für welche ein Gesetzeserlass letztlich Geltung beansprucht. Damit ergeben sich ohne weiteres Legitimationsschwierigkeiten: Eine Parlamentarier-Mehrheit, die ein Gesetz erlässt, wurde letztlich nur von einer Minderheit der Gesamtbevölkerung gewählt und kann sich deshalb nicht darauf berufen, im Namen des „Volkes“ zu legiferieren. Wenn beispielsweise im Nationalrat mit einer 60 Prozent-Mehrheit für ein neues Gesetz gestimmt wird, repräsentieren die ja-stimmenden Parlamentarier gerade einmal einen Anteil von ca. 17 Prozent der Gesamtbevölkerung, wenn man von einer durchschnittlichen Stimmbeteiligung an Nationalratswahlen von 46 Prozent in den letzten 25 Jahren, einer Gesamtbevölkerung von ca. 8 Millionen und einer stimmberechtigten Bevölkerung von ca. 5 Millionen ausgeht. Des Weiteren besteht bei Gesetzeserlassen regelmässig eine mehr oder weniger grosse „zeitliche Legitimationsdiskrepanz“: Alte Gesetzeserlasse beruhen auf einer Parlamentarier-Mehrheit und einem wählenden Bevölkerungsteil, die es gar nicht mehr gibt und die sich möglicherweise von den Parlamentariern und der Bevölkerung zur Zeit eines Rechtsdiskurses erheblich unterscheiden. Hinzu kommt, dass die Annahme, dass gewählte Parlamentarier die Interessen der sie wählenden Bürger vertreten, einer Fiktion entspricht und in Wirklichkeit höchstens tendenziell zutrifft. Das Abstimmungsverhalten von Parlamentariern wird auch von anderen Faktoren beeinflusst. Insbesondere können Parlamentarier Interessenverbänden und Unternehmen nahestehen und bei Gesetzesabstimmungen vor allem deren Privatinteressen vertreten. Schliesslich sind Parlamentarier bei Gesetzesabstimmungen regelmässig überfordert. Sie arbeiten die Gesetzeserlasse nicht selbst aus, organisieren sich parteiintern und stimmen entsprechend den Vorgaben ihrer Partei und ihren Kommissionsvertretern ab.

Im Ergebnis weichen die wirklichen Verhältnisse, wie Gesetze entstehen, erheblich von der rechtspositivistischen Idealvorstellung ab, wonach ein demokratisch legitimierter Gesetzgeber im Namen des Volkes Gesetze mit allgemeiner Geltung für das Volk beschliesst. Es ist gewiss gerechtfertigt, dass der historische Gesetzgeber an einem konkreten Rechts-

diskurs teilnimmt. Doch kann er angesichts seiner Schwächen keine absolute Geltung für das von ihm erlassene Gesetz beanspruchen. Deren Bedeutung muss vielmehr vom Richter im Einzelfall beurteilt werden.

#### *Abstimmenden-Mehrheit als Diskursteilnehmer*

An einem konkreten Rechtsdiskurs nimmt gedanklich auch jener Teil der Bevölkerung teil, der aufgrund einer Volksinitiative (Art. 139 BV) oder eines obligatorischen Referendums (Art. 140 BV) über eine Verfassungsbestimmung abgestimmt und sich dabei durchgesetzt hat.

Auch eine Abstimmenden-Mehrheit weist als Diskursteilnehmerin verschiedene Schwächen auf: Zunächst ergeben sich wiederum Legitimationsschwierigkeiten, weil eine historische Abstimmenden-Mehrheit nicht mit der Gesamtbevölkerung identisch ist, für welche ein erlassenes Gesetz Geltung beansprucht. Sie ist nicht das „Volk“, sondern in Wirklichkeit nur eine kleine Minderheit von etwa 15 Prozent der Gesamtbevölkerung (siehe vorne). Des Weiteren besteht auch bei Volksabstimmungen stets eine mehr oder weniger grosse „zeitliche Legitimationsdiskrepanz“: Ältere Verfassungsbestimmungen beruhen auf einer Abstimmenden-Mehrheit, die es gar nicht mehr gibt und die mit der Bevölkerung und deren Moralvorstellungen zur Zeit eines Rechtsdiskurses möglicherweise nur noch wenig gemein hat. Hinzu kommt, dass Abstimmende bei komplexen Vorlagen mangels Zeit und Kenntnisse regelmässig nicht in der Lage sind, einen überlegten Abstimmungsentscheid zu treffen. Schliesslich können überforderte Abstimmende in einem Abstimmungskampf manipuliert werden, sodass im Ergebnis sachfremde Interessen den Ausschlag für die Annahme oder Ablehnung einer Verfassungsbestimmung geben können.

Im Ergebnis weichen auch bei einer Abstimmenden-Mehrheit die wirklichen Verhältnisse stark von der rechtspositivistischen Idealvorstellung ab, wonach ein „Volk“ seine eigene Verfassung selbst erlässt. Auch hier gilt, dass eine Abstimmenden-Mehrheit gewiss befugt ist, an einem konkreten Rechtsdiskurs teilzunehmen. Doch kann sie wegen ihren Schwächen keine absolute Geltung für die eigene Verfassungsbestimmung beanspruchen. Deren Bedeutung muss vielmehr vom Richter im Einzelfall beurteilt werden.

#### *Gerichte als Diskursteilnehmer*

An einem konkreten Rechtsdiskurs nehmen gedanklich auch Gerichte, insbesondere das Bundesgericht

und kantonale obere Gerichtsinstanzen teil. Obere Gerichtsinstanzen haben in Wirklichkeit einen erheblichen Einfluss auf die Rechtsfindung. Ein Richter ist aus praktischen Gründen gehalten, sich an der Rechtsprechung zu orientieren. Tut er es nämlich nicht, kann dessen Entscheid von einer Partei weitergezogen und von einer oberen Gerichtsinanz aufgehoben werden. Obere Gerichtsinstanzen haben sich häufig bereits mit ähnlichen Rechtsfragen beschäftigt, sodass sich ein Richter an ihren Entscheiden orientieren kann. Oftmals wird es passende Gerichtsurteile jüngerer Datums geben, weshalb eine „zeitliche Legitimationsdiskrepanz“ in der Rechtsprechung weniger häufig auftreten dürfte, als dies bei Gesetzeserlassen und Verfassungsbestimmungen der Fall ist.

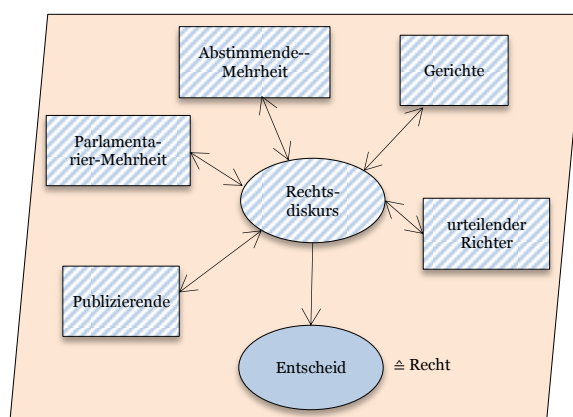
#### *Publizierende Juristen als Diskursteilnehmer*

Auch publizierende Juristen nehmen gedanklich an einem konkreten Rechtsdiskurs teil. Der Richter soll sich im Rahmen der Rechtsfindung auch an den publizierten Meinungen von Professoren und praktizierenden Juristen orientieren (vgl. Art. 1 Abs. 3 ZGB). Dies ist gerechtfertigt, indem fundierte und begründete Lehrmeinungen einen Beitrag zu einer angemessenen Rechtsfindung leisten können.

#### *Abwägen durch den Richter*

Letztlich ist es der Richter, der einen konkreten Rechtsdiskurs zwischen den Diskursteilnehmern gedanklich leitet. Er muss verschiedene Voten anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls gegeneinander abwägen und kann dabei auch eigene Überlegungen einbringen. Welches Gewicht den Stimmen der einzelnen Diskursteilnehmer eingeräumt wird, muss von Fall zu Fall beurteilt werden und kann von Fall zu Fall unterschiedlich sein.

Ein konkreter Rechtsdiskurs zwischen Parlamentarier- oder Abstimmenden-Mehrheiten, Gerichten, publizierenden Juristen und dem urteilenden Richter kann vereinfacht wie folgt dargestellt werden:



Gemeinsame Moralvorstellungen

## Rechtsgrundlagen

Die Grundlagen, die ein Richter im Rahmen einer diskursiven Rechtsfindung im Einzelfall heranziehen kann, sind (wie gesagt) in erster Linie relevante Gesetzeserlasse (inkl. Verfassung), Rechtsprechung und Lehrmeinungen. Wenn man einen wirklichkeitsnahen Blick auf die Urheber dieser Rechtsgrundlagen wirft (wie soeben geschehen), dann wird klar, dass keiner von ihnen in der Lage ist, einen absoluten Geltungsanspruch zu formulieren. Dem Richter bleibt deshalb nichts anderes übrig, als im Einzelfall auf alle relevanten Rechtsgrundlagen zurückzugreifen und deren Gewichtung von den jeweiligen Umständen abhängig zu machen. Dementsprechend bestehen die verschiedenen Rechtsgrundlagen nebeneinander und es gibt keine vorgegebene Hierarchie unter ihnen. Sowohl Gesetzeserlasse als auch Gerichtsentscheide als auch Lehrmeinungen als auch die eigene Wertung des urteilenden Richters beruhen letztlich auf den gemeinsamen Moralvorstellungen einer Gesellschaft und gewähren je einen eigenen Zugang zu diesen. Die gemeinsamen Moralvorstellungen einer Gesellschaft, mit denen Recht verbunden sein muss, werden in Gesetzeserlassen dokumentiert und spezifiziert, in der Rechtsprechung anhand einzelner Fälle konkretisiert, in der Lehre diskutiert und im Rahmen richterlicher Wertung in einem konkreten Fall artikuliert. Die Rechtsgrundlagen werden ständig erneuert, präzisiert, ergänzt und verändert, indem fortlaufend neue Gerichtsentscheide, neue Lehrmeinungen und auch neue Gesetzeserlasse hinzukommen.

### *Gesetzeserlasse als Rechtsgrundlage*

Es ist nicht so, wie die rechtspositivistische Theorie glauben machen will, dass ein formal-demokratisch legitimes Gesetz strikt befolgt und vom Richter unbedingt angewendet werden müsste und davon nur in Ausnahmefällen abgewichen werden dürfte (vgl. Art. 1 Abs. 1 ZGB). Ein solch überwiegender Fokus der Rechtsfindung auf das Gesetz, d.h. eine primäre und direkte Ableitung von Recht aus Gesetz, ist „technisch“ nicht möglich und damit Fiktion und liesse sich in Wirklichkeit auch nicht rechtfertigen. In diesem Sinn kann nicht länger an einem strikten rechtspositivistischen Prinzip der Gewaltentrennung und einem rechtspositivistischen Vorrang des Gesetzes festgehalten werden. Im Rahmen einer diskursiven Rechtsfindung muss die Bedeutung von Gesetzeserlassen relativiert werden. Bei einem wirklichkeitsnahen Rechtsverständnis sind Gesetzeserlasse „kleiner“, als sie vorgeben zu sein, und haben keinesfalls einen absoluten Geltungsanspruch.

Gesetzeserlasse, wenn man die wirklichen Verhältnisse ihrer Entstehung berücksichtigt (siehe vorne), können lediglich als eine Grundlage der Rechtsfindung verstanden werden. Ein Gesetzeserlass ist nicht das „Wort Gottes“, das der Richter nur auslegen dürfte und dann strikt befolgen müsste, wie es der rechtspositivistischen Theorie vorschwebt. In Wirklichkeit stammen Gesetzeserlasse von historischen Parlamentarier-Mehrheiten und Verfassungsbestimmungen von historischen Abstimmenden-Mehrheiten mit je einer problematischen Legitimation. Hinzu kommt, dass Gesetze und Verfassungsbestimmungen letztlich nicht nur von Parlamentariern und Abstimmenden stammen, sondern darüber hinaus von verschiedenen anderen Personengruppen beeinflusst werden.

Gesetzeserlasse wirklichkeitsnah verstanden können nicht mehr enthalten, als was dem tatsächlichen Willen des historischen Gesetzgebers entspricht. Sie enthalten nicht, was Richter nachträglich hineininterpretieren bzw. wie Richter nachträglich auslegen. Ein Gesetzeserlass enthält in Tat und Wahrheit immer nur Antworten auf einen kleinen Teil der sich tatsächlich stellenden Rechtsfragen. Nur wenn ein historischer Gesetzgeber typische Fälle wie den zu beurteilenden tatsächlich geregelt hat, kommt ein Gesetzeserlass als Rechtsgrundlage überhaupt in Frage.

Auch wenn sich ein historischer Gesetzgeber tatsächlich zu einer Rechtsfrage geäußert hat und eine relevante Gesetzesbestimmung vorliegt, darf der Richter die gesetzgeberische Wertung gleichwohl nicht einfach übernehmen, sondern muss eine eigene Beurteilung im Einzelfall vornehmen. Dies gilt allgemein (und nicht positivistisch nur ausnahmsweise bei einem Rechtsmissbrauch oder einer unechten Gesetzeslücke) und ergibt sich ohne weiteres aus einem wirklichkeitsnahen Rechtsverständnis, wonach Gesetzeserlasse nicht umfassendes Recht, sondern nur begrenzte Rechtsgrundlage sind. Bei älteren wird sich ein Richter eher als bei neueren Gesetzeserlassen über eine parlamentarische Wertung hinwegsetzen und sich stattdessen an Rechtsprechung und Lehre halten oder einen eigenen Wertungsentscheid treffen dürfen (vgl. dazu Überlegungen des Bundesgerichts im Rahmen eines pragmatischen Methodenpluralismus in BGE 141 III 155 (156)).

Wenn der Richter im Rahmen der Rechtsfindung einen Gesetzeserlass berücksichtigt, vergleicht er den konkreten Sachverhalt mit dem Normtatbestand und folgt bei einer Entsprechung der Rechtsfolge der

Norm. Der Richter übersetzt gewissermassen die gesetzliche Norm auf den Einzelfall und geht dabei vom wirklichen Willen und der Wertung des historischen Gesetzgebers aus. Der Wortlaut des Gesetzeserlasses entspricht vermutungsweise dem wirklichen Willen des historischen Gesetzgebers. Die Rechtsanwender dürfen sich grundsätzlich auf den Wortlaut des Gesetzeserlasses im Sinn einer Rechtsgrundlage verlassen. Wenn ein Richter im Rahmen der Rechtsfindung in einem konkreten Fall von einem abweichenden Gesetzgeberwillen ausgehen will, muss er diesen mit Hilfe von Botschaft, Parlamentsprotokollen oder weiteren Materialien nachweisen.

#### *Rechtsprechung als Rechtsgrundlage*

Gesetzeserlasse sind bei einem wirklichkeitsnahen Rechtsverständnis nicht die einzige Rechtsgrundlage. Daneben muss insbesondere die Rechtsprechung als weitere eigenständige Rechtsgrundlage vom Richter berücksichtigt werden. Während im Fall des Gesetzeserlasses ein Gesetzgeber die wertende Beurteilung auf einer generell-abstrakten Ebene vorgenommen hat, hat im Fall der Rechtsprechung ein Gericht den Wertungsentscheid auf einer individuell-konkreten Ebene getroffen.

Ein urteilender Richter orientiert sich an der Rechtsprechung, indem er früher gefällte, ähnliche Gerichtsentscheide bei der Beurteilung des konkreten Falls berücksichtigt. Dabei vergleicht er den zu beurteilenden Sachverhalt mittels typologischer Methode mit den Sachverhalten anderer Gerichtsentscheide und übernimmt bei Entsprechung früher getroffene Wertungsentscheide. Er übersetzt gewissermassen die vorhandene Rechtsprechung auf den vorliegenden Einzelfall (vgl. „Überlieferung“ in Art. 1 Abs. 3 ZGB; vgl. Rüthers, S. 20 ff. und 30).

#### *Lehre als Rechtsgrundlage*

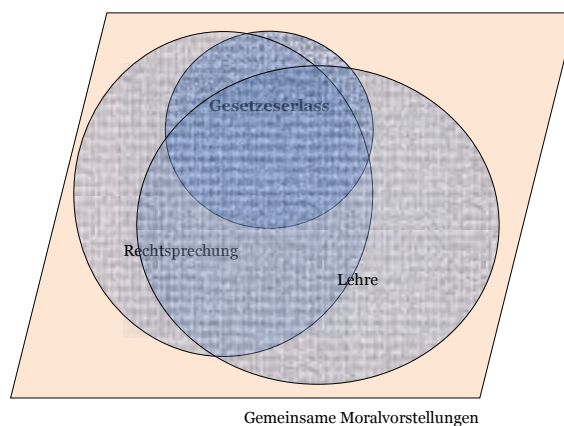
Bei einem wirklichkeitsnahen Rechtsverständnis gilt weiter die Lehre als eigenständige Rechtsgrundlage. In diesem Sinn können juristische Lehrmeinungen als eine nicht-formalisierte, diskursive Aufarbeitung gemeinsamer Moralvorstellungen mit Bezug auf eine relevante Rechtsfrage verstanden werden. Die Lehre kann einen generell-abstrakten Charakter haben, indem sie Gesetzesnormen diskutiert oder allgemeine rechtliche Ausführungen enthält. Sie kann auch individuell-konkret sein, indem sie Gerichtsurteile bespricht (vgl. „bewährte Lehre“ in Art. 1 Abs. 3 ZGB).

#### *Richterliche Bewertung der Rechtsgrundlagen*

Nach einem wirklichkeitsnahen Rechtsverständnis soll der Richter dem Gerechtigkeitsgedanken im Einzelfall zum Durchbruch verhelfen. Bei der Suche nach einer gerechten Entscheidung kann keine Rechtsgrundlage für sich allein oder absolute Geltung beanspruchen. Wenn beispielsweise die Heranziehung einer (alten) gesetzlichen Norm im Einzelfall zu einem ungerechten Ergebnis führen würde, muss sich der Richter stattdessen an einer abweichenden Rechtsprechung oder Lehre orientieren oder einen eigenen Wertungsentscheid treffen.

Die verschiedenen Rechtsgrundlagen haben keine identischen, sondern unterschiedliche und sich überschneidende Geltungsbereiche. Vielen Rechtsfragen werden in Gesetzeserlassen, Rechtsprechung und Lehre auf gleiche ohne ähnliche Weise beantwortet. Andere Rechtsfragen werden in den verschiedenen Rechtsgrundlagen unterschiedlich oder nur in einzelnen Rechtsgrundlagen beantwortet. Beispielsweise kann im Einzelfall eine relevante Gesetzesnorm fehlen, aber relevante Rechtsprechung vorhanden sein.

Die Geltungsbereiche von Gesetzeserlassen, Rechtsprechung und Lehre im Rahmen der gemeinsamen Moralvorstellungen einer Gesellschaft können vereinfacht wie folgt dargestellt werden:



Wenn der Richter im Einzelfall eine Rechtsfrage zu beurteilen hat, auf die er weder in einem Gesetzeserlass noch in der Rechtsprechung noch in der Lehre eine passende Antwort findet, muss er trotzdem einen Entscheid fällen. Er muss gegebenenfalls unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls eine gerechte Entscheidung fällen, indem er einen eigenen Wertungsentscheid trifft und sich dabei unmittelbar an den gemeinsamen Moralvorstellungen orientiert.



Fällt der Richter einen Entscheid, der von einer relevanten Gesetzesnorm oder der Rechtsprechung oder der herrschenden Lehre abweicht, so trifft ihn eine erhöhte Begründungspflicht. Er muss erklären, weshalb der getroffene Entscheid gerecht ist, obwohl er etwa von einer relevanten Gesetzesnorm (d.h. von der Wertung eines historischen Gesetzgebers) abweicht. Der Richter muss den eigenen Wertungsentcheid angemessen und sachlich begründen und dabei offenlegen, welche Überlegungen dem Entscheid zugrunde liegen.

Der Richter hat im Rahmen der Rechtsfindung einen mehr oder weniger grossen Wertungsspielraum, je nachdem, wieviel relevante Wertung bereits in den Rechtsgrundlagen vorgegeben ist. Beispielsweise verfügt ein Richter im Einzelfall nur über einen geringen Wertungsspielraum, wenn eine relevante Norm in einem neueren Gesetz enthalten ist und diese in verschiedenen Urteilen oberer Gerichtsstanzungen bereits beachtet wurde. Je näher eine vorgegebene Wertung bei einem konkret zu beurteilenden Sachverhalt liegt, was Zeit und Umstände betrifft, desto höher ist deren Bedeutung. Der unterschiedlich grosse Wertungsspielraum des Richters im Einzelfall kann tabellarisch anhand einzelner Konstellationen wie folgt dargestellt werden:

Gesetzliche Norm	Rechtsprechung	Lehrmeinung	Richter. Wertungsspielraum
Nein	Nein	Nein	Gross
Ja, alt	Nein	Nein	Gross
Ja, neu	Ja, identisch	Ja, identisch	Klein
Nein	Ja, neu	Ja, identisch	Klein
Nein	Ja, neu	Ja, nicht iden.	Mittel
Ja, alt	Ja, nicht iden.	Nein	Mittel

## Rechtsschranken

Ein Richter kann unter Berufung auf die Rechtsgrundlagen nicht irgendeinen Entscheid treffen. Es gibt gewisse rote Linien, die er auf keinen Fall überschreiten darf. Er muss bestimmte grundlegende Rechtssätze (materielle Verfassung) beachten, die sich letztlich direkt aus den moralischen Grundprinzipien einer Gesellschaft ergeben.

### Moralische Grundprinzipien

Unter den moralischen Grundprinzipien sind jene Grundsätze zu verstehen, die von allen oder praktisch allen Mitgliedern einer Gesellschaft und ande-

ren in gleicher Weise organisierten Gesellschaften geteilt und nicht in Frage gestellt werden. Als letzte Instanz für die Bestimmung der moralischen Grundprinzipien einer Gesellschaft muss die Gesamtbevölkerung eines Landes oder teilweise auch einer Region oder der ganzen Welt gelten. Es gibt in einer Welt ohne Gott keine höhere moralische Instanz.

Die moralischen Grundprinzipien einer freien Gesellschaft bestehen in der Gestalt von grundlegenden Werten wie Menschenwürde, Freiheit und Gleichheit. Sie werden in den Schulen gelehrt, am Stammtisch und in Umfragen bestätigt und in Presse und Fernsehen wiederholt. Sie werden in einer freien Gesellschaft in einem ständigen Diskurs auf allen Ebenen, privat und öffentlich, gelebt und bestätigt. Moralische Grundprinzipien können sich über einen längeren Zeitraum auch verändern. Die Grenzen dessen, was moralisch zulässig und unzulässig ist, sind nicht für immer festgelegt, sondern müssen in einer Gesellschaft stets von neuem erkämpft werden.

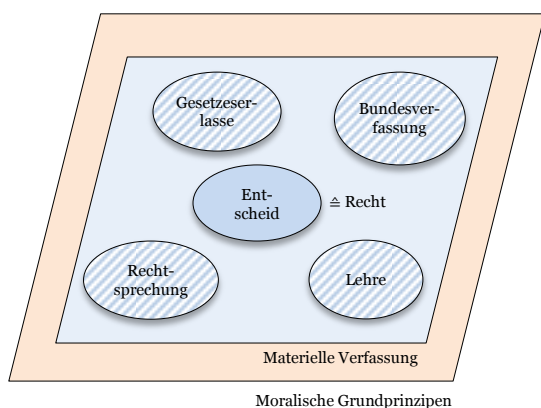
### Materielle Verfassung

Aus den moralischen Grundprinzipien einer Gesellschaft ergeben sich die rechtlichen Schranken, die von einem Richter im Rahmen der Rechtsfindung unbedingt eingehalten werden müssen. Diese Rechtsschranken beruhen auf den Kerngehalten der Grundrechte und politischen Rechte, des Minderheitsschutzes und anderer rechtsstaatlicher Garantien. Sie machen die materielle Verfassung eines Staatswesens aus und bilden den eigentlichen Gehalt einer rechtsstaatlichen und demokratischen Staatsordnung (Häfelin/Haller/Keller, S. 8). Viele grundlegende Rechtssätze, die zur materiellen Verfassung gehören, wurden in die Bundesverfassung (formelle Verfassung) und das Völkerrecht aufgenommen. Das gilt insbesondere für die Grundrechte. Diese dürfen nach unbestrittener Lehre nur eingeschränkt werden, wenn neben einem formellen Gesetzeserlass und einem öffentlichen Interesse auch sichergestellt ist, dass deren Kerngehalt nicht beeinträchtigt wird und die Einschränkung im Einzelfall verhältnismässig ist (vgl. BGE 6B\_165/2015 vom 1. Juni 2016 zum richterlichen Ermessen beim Rasertatbestand).

Die Rechtsschranken (wie das Recht als solches) lassen sich letztlich nur mittels eines Rechtsdiskurses im Einzelfall bestimmen. Abstimmungen und Gesetzeserlasse können lediglich eine Grundlage für den Rechtsdiskurs schaffen. Ein Richter darf bestehende Rechtsgrundlagen nur soweit beachtet, wie materielle Verfassungsregeln darin respektiert wer-

den. Das gilt unabhängig davon, ob es ein besonderes Verfassungsgericht mit entsprechender Prüfungscompetenz gibt oder nicht. In diesem einschränkenden Sinn muss auch Art. 190 BV verstanden werden: Bestimmungen in Bundesgesetzen, die nicht nur gegen formelles, sondern auch gegen materielles Verfassungsrecht verstossen, können keine Geltung beanspruchen und dürfen vom Richter im Einzelfall nicht beachtet werden.

Der materielle Verfassungsrahmen mit unbedingtem Geltungsanspruch auf der Grundlage der moralischen Grundprinzipien einer Gesellschaft kann vereinfacht wie folgt dargestellt werden:



### Dynamischer Rechtsfindungsprozess

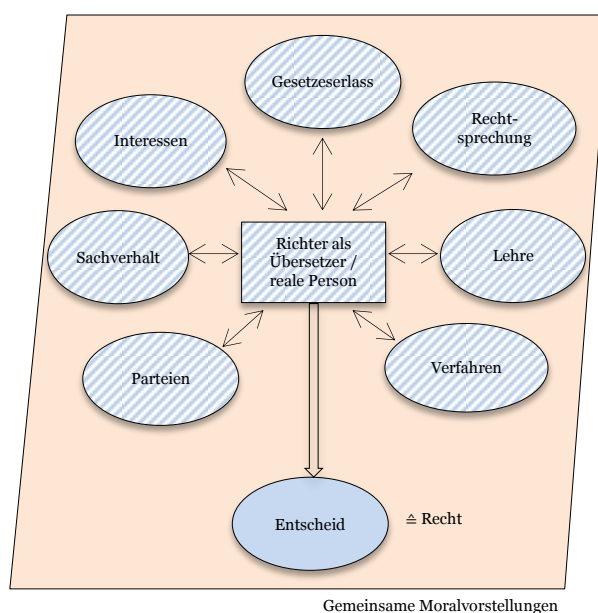
Eine taugliche Rechtsfindungsmethode soll dem Richter Anleitung geben, wie er im Einzelfall Recht finden und sprechen kann. Sie soll auf Fiktionen verzichten und sich an den neueren Erkenntnissen in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie orientieren. Zudem soll sie möglichst alle wichtigen Grössen berücksichtigen, die tatsächlich einen Einfluss auf die Rechtsfindung haben.

Ein von einem urteilenden Richter geleiteter Rechtsdiskurs unter Berücksichtigung verschiedener Rechtsgrundlagen kann die Rechtsfindung nur teilweise erklären, wie sie in Wirklichkeit stattfindet. Der Rechtsfindungsprozess geht in Tat und Wahrheit über diese materiell-rechtliche Dimension hinaus. Ein Modell der richterlichen Rechtsfindung, das nur mit den Parametern „Gesetzeserlass“, „Rechtsprechung“, „Lehre“, „Richter“ und „materielle Verfassung“ operiert, entspricht immer noch einer Idealvorstellung, die in der realen Welt so nicht vorkommt. Es bildet die Wirklichkeit nur ungenügend ab und kann das Recht, wie es von Richtern tatsächlich gefunden und gesprochen wird, nur teilweise erklären. Eine isolierte materiell-rechtliche

Betrachtung vernachlässigt wichtige Aspekte, welche die Rechtsfindung ebenfalls beeinflussen.

In der realen Welt wird der Prozess der Rechtsfindung noch von weiteren Parametern beeinflusst, wie insbesondere der „Person des Richters“, der „Funktion und Person der Parteien“, der „Feststellung des Sachverhalts“, dem „Verfahren“ und den „besonderen Interessen“. Der Rechtsfindungsprozess, wie er tatsächlich stattfindet, ist letztlich ein dynamischer Prozess mit Wechselwirkung zwischen verschiedenen materiell-rechtlichen und anderen Parametern. Den einzelnen Parametern kann von Fall zu Fall eine unterschiedliche Bedeutung zukommen. Erlangen nicht materiell-rechtliche Grössen in einem konkreten Fall eine übermässige relative Bedeutung, so kann ein richterlicher Entscheid in der Folge gegen eine materielle Rechtslage verstossen und ungerecht sein. Beispielsweise kann eine Klage aus rein verfahrensrechtlichen Gründen abgewiesen werden, obwohl der zugrundeliegende Anspruch materiell-rechtlich begründet gewesen wäre. Oder ein Entscheid kann besonderen Interessen folgen und eine bestehende Rechtslage nur ungenügend berücksichtigen. Im Ergebnis ist ein Modell der Rechtsfindung, das zusätzliche Parameter integriert, die nicht materiell-rechtlicher Natur sind, auch in der Lage, rechtlich unbegründete bzw. ungerechte Entscheide zu erklären.

Bei der Rechtsfindung spielen in Tat und Wahrheit nicht nur materiell-rechtliche, sondern auch andere Aspekte eine Rolle, die vereinfacht und als Übersicht wie folgt dargestellt werden können:



Nachfolgend sollen einige wichtige weitere Aspekte des Rechtsfindungsprozesses, die nicht materiell-rechtlicher Natur sind, kurz erläutert werden:

#### *Richter als reale Person*

In Wirklichkeit wird am Ende eines rechtlichen Verfahrens das Urteil stets von einem Richter gefällt. Alles „läuft“ über die Person und Persönlichkeit des Richters. Es ist der Richter, der im Einzelfall das Recht wertend findet, den Sachverhalt feststellt und über das Verfahren entscheidet. Der Richter ist eine reale Person, die nicht wie in der rechtspositivistischen Theorie einfach vernachlässigt werden kann. Auch die Persönlichkeit und die subjektive Einstellung eines Richters ist bei der Rechtsfindung von einer gewissen Bedeutung (vgl. Aemisegger/Robert, AJP 2015, S. 1232; Rüthers, S. 33).

Auf den Richter kommt es an; er kann Fehler begehen, die sich unmittelbar auf die Rechtsfindung auswirken. Beispielsweise kann sich ein Richter im Rahmen seiner Wertung von subjektiven Überzeugungen statt von gemeinsamen Moralvorstellungen leiten lassen. Er kann ein Verfahren wegen Verfahrensfehlern zu Unrecht einstellen. Er kann einen wichtigen Beweis zu Unrecht aus verfahrensrechtlichen Gründen nicht berücksichtigen. Er kann einen Sachverhalt falsch feststellen oder einseitig würdigen, etc.

Ein Richter ist nur beschränkt in der Lage, von seiner eigenen Person zu abstrahieren oder ein eigenes Vorverständnis kritisch zu überwinden. Das Maximum, das man von einem Richter erwarten kann, ist dessen Versuch, das eigene Vorverständnis und die persönlichen Hintergründe für sich selbst bzw. für den Zweck der Rechtsfindung transparent zu machen, um unerwünschte Einflussfaktoren zu erkennen.

Es wird deutlich, dass die Integrität der Person des Richters für die Rechtsfindung von erheblicher Bedeutung ist. Ein Richter muss ehrlich bemüht sein, Recht zu sprechen und der Gerechtigkeit zum Durchbruch zu verhelfen. Ohne ein solches Bemühen wird ein Richter tendenziell äusseren Einflüssen und Zwängen nachgeben und den Weg des geringsten Widerstands auf Kosten der Gerechtigkeit gehen.

#### *Parteien funktional und als reale Personen*

Neben dem Richter spielen auch die Parteien eine wichtige Rolle im Rechtsfindungsprozess. Die Parteien bzw. ihre Anwälte stehen im Laufe eines Zivilverfahrens in regelmässigem Kontakt mit dem Richter. Sie behaupten und beweisen den Sachverhalt

und schlagen eine bestimmte rechtliche Beurteilung vor. Die Parteien gehören gewissermassen zum Sachverhalt und prägen diesen entscheidend mit.

Im Laufe des Verfahrens kann zwischen den Parteien bzw. deren Anwälten und dem Richter auch eine gewisse Wechselwirkung auf psychologischer Ebene entstehen. Wie der Richter über die Parteien denkt, ob er sie mag oder nicht mag, kann durchaus, bewusst oder unbewusst, einen Einfluss auf die Rechtsfindung haben (vgl. Aemisegger/Robert, AJP 2015, S. 1225).

#### *Feststellung des Sachverhalts*

Die Rechtsfindung erfolgt im Einzelfall und setzt stets die Feststellung eines relevanten Sachverhalts voraus. Damit Gesetzeserlasse, Rechtsprechung und Lehre auf den Einzelfall übersetzt werden können, muss zunächst der relevante Sachverhalt bestimmt werden. Oftmals richtet sich der Hauptfokus eines Gerichtsverfahrens auf die Feststellung und den Nachweis des relevanten Sachverhalts. Der Sachverhalt wird letztlich durch niemanden anders als durch den Richter festgestellt. In einem Zivilverfahren tut er dies auf der Grundlage von Behauptungen und Beweisen seitens der Parteien. So verstanden gibt es keine „objektive“ Sachverhaltsfeststellung, sondern immer nur eine Sachverhaltsfeststellung durch die Brille des Richters.

Der Richter stellt den Sachverhalt fest, soweit er für die Rechtsfindung relevant ist. Deshalb muss der Richter Kenntnis von den relevanten Gesetzesnormen und der relevanten Rechtsprechung haben. Umgekehrt muss der Richter die Gesetzesnormen und die Rechtsprechung ausgehend von einem relevanten Sachverhalt bestimmen und verstehen. Im Ergebnis erfordert die Rechtsfindung stets ein wiederholtes Hin- und Herschweifen des Blickes zwischen Sachverhalt und Normtatbestand und ein entsprechendes Vorverständnis des Richters (hermeneutischer Zirkel des Verstehens nach Gadamer; vgl. z.B. Rhinow/Koller/Kiss/Turnherr/Brühl-Moser, N 1113; vgl. auch Hürlimann-Kaup/Schmid, Rz 164).

#### *Verfahrensrecht*

Der Rechtsfindungsprozess ist je nach Verfahrensart mehr oder weniger formalisiert und der Richter muss sich an die jeweiligen Verfahrensregeln halten. Das Verfahrensrecht enthält Zuständigkeitsregeln, Behauptungs- und Beweisregeln etc. Solche Verfahrensregeln haben in der Rechtsfindung eine grosse Bedeutung. Werden sie von einer Partei nicht beachtet (z.B. Verpassen einer Frist), kann ein Gerichts-

verfahren eingestellt oder Recht anhand eines unvollständigen Sachverhalts gesprochen werden.

Die Ausgestaltung der Verfahrensregeln hängt von der Art des Verfahrens ab. Es kann grundsätzlich zwischen Zivil- und Verwaltungsverfahren unterschieden werden. Während der Richter im Zivilverfahren grundsätzlich zwischen zwei streitenden Parteien steht und so neutral positioniert ist, beginnt das Verwaltungsverfahren mit der Verfügung einer Behörde, die nicht neutral ist, sondern gewissermassen als Gegenpartei zum betroffenen Bürger bzw. Unternehmen auftritt. Verwaltungsstellen und Aufsichtsbehörden „repräsentieren“ die Interessen der Allgemeinheit oder bestimmter schutzwürdiger Gruppen wie Anleger, Versicherte etc.; sie stellen deren Interessen in den Vordergrund, wenn sie Verfügungen erlassen. Diese einseitige Orientierung an den Interessen der Allgemeinheit wird durch die Möglichkeit eines betroffenen Bürgers bzw. Unternehmens, ein Verwaltungsgericht anzurufen, nur beschränkt korrigiert; denn Verwaltungsgerichte überprüfen Ermessensentscheide der Verwaltung nur mit Zurückhaltung. Ein auf diese Weise funktionierendes Verwaltungsverfahren hat eine gewisse Auswirkung darauf, wie Gesetzeserlasse auf den Einzelfall übersetzt werden. Im Verwaltungsverfahren wird tendenziell nach einer Lösung gesucht, die möglichst die Interessen der Allgemeinheit oder bestimmter Personengruppen schützt. Dadurch unterscheidet sich das Verwaltungsverfahren grundlegend vom Zivilverfahren, auch wenn in der Lehre (in einer rechtspositivistischen Sprache) darauf hingewiesen wird, dass im Verwaltungsrecht dieselben Auslegungsmethoden wie im Zivilrecht gelten würden (siehe z.B. Tschannen/Zimmerli/Müller, § 25 Rz 3).

Ein wichtiges Element der Rechtsfindung ist die Beschwerdemöglichkeit bzw. der Instanzenzug. Zwar erfolgt die Rechtsfindung durch einen Richter und ist damit zwangsläufig subjektiv gefärbt. Doch besteht immerhin die Möglichkeit, eine richterliche Entscheidung überprüfen zu lassen. Es kommt gewissermassen ein „Vieraugenprinzip“ zum Tragen, das präventiv wirkt: Erstinstanzliche Richter schätzen es gar nicht, wenn ihre Entscheide von einer oberen Instanz aufgehoben werden. Dies wird subjektiv oftmals (berechtigt oder unberechtigt) als Infragestellung der eigenen Kompetenz verstanden. Darin liegt eine wichtige Triebfeder für erstinstanzliche Richter, Entscheide so zu fällen, dass sie von allen Parteien akzeptiert oder wenigstens von einer oberen Gerichtsinstanz nicht aufgehoben werden

können. Wenn es keine Beschwerdemöglichkeit gäbe, würden richterliche Entscheide tendenziell anders ausfallen. Der Instanzenzug ist vor allem in zivilrechtlichen Streitigkeiten effektiv. Die Parteien erhalten die Möglichkeit, einen zusätzlichen Richter anzurufen, der zumindest in der zweiten Instanz mit voller Kognition entscheiden kann und der ersten Instanz in keiner Weise verpflichtet ist. Etwas weniger effektiv ist m.E. (wie gesagt) der Instanzenzug im Bereich des Verwaltungsrechts: Verwaltungsgerichte werden auch bei voller Kognition Ermessensentscheide der Verwaltung nur mit grosser Zurückhaltung überprüfen und korrigieren. Eine Korrektur findet nur bei einer klaren Rechtsverletzung statt, die auch in einem Missbrauch oder einer Überschreitung des Ermessens bestehen kann (vgl. Art. 49 VwVG).

#### *Besondere Interessen*

In einem Gerichtsverfahren können neben den Parteiinteressen auch andere Interessen im Spiel sein. Es können persönliche Interessen des Richters oder besondere Interessen von verfahrensfremden Personen eine Rolle spielen. Solche Interessen können die Rechtsfindung beeinflussen und im Ergebnis zu einem unsachgemässen Entscheid führen. Beispielsweise können die Interessen einer Gemeinde, gute Steuerzahler im eigenen Einzugsgebiet anzusiedeln, einen Einfluss auf die Verfügung der Steuerbehörde haben, die unter dem Einfluss solcher Interessen geneigt sein mag, eine Verfügung entgegen einer bestehenden Rechtslage zu erlassen und auch durchzusetzen, wenn es mangels eines Klägers zu keiner gerichtlichen Überprüfung kommt.

Besondere Interessen sind in einem Gerichtsverfahren vorhanden oder nicht vorhanden und gegebenenfalls Teil eines erweiterten Sachverhalts. Im Modell der positivistischen Rechtsanwendung, in dem keine Interessen vorkommen, wird ein Teil der Wirklichkeit einfach ausgeblendet und dementsprechend auch keine Lösung angeboten, wie im Rahmen der Rechtsfindung mit Interessen umgegangen werden soll. Bei einem wirklichkeitsnahen Rechtsverständnis gebietet es sich dagegen für den Richter aus einer ethischen Perspektive, bestehende Interessen explizit und unparteilich zu reflektieren (vgl. Mahlmann, S. 20). Auf diese Weise kann der Richter zumindest versuchen, einen ungerechtfertigten Einfluss von bestehenden Interessen auf die Rechtsfindung zu vermeiden. Hat ein Richter eigene Interessen, die den zu beurteilenden Fall betreffen, besteht ein Interessenkonflikt. Er muss seine Interessen offenlegen und bei einem Interessenkonflikt von sich

aus oder auf Antrag einer Partei in den Ausstand treten.

### *Praktische Rechtsfindung durch Richter*

Die praktische Rechtsfindung durch einen Richter in einem wirklichkeitsnah verstandenen Rechtsfindungsprozess kann für den Fall eines Zivilverfahrens vereinfacht wie folgt dargestellt werden:

- Die Parteien behaupten und substantiieren den Sachverhalt und stellen Anträge, wie der Richter entscheiden soll.
- Der Richter reflektiert involvierte Interessen und macht diese nötigenfalls transparent. Handelt es sich dabei um eigene Interessen, so tritt er im Fall eines Interessenkonflikts in den Ausstand.
- Der Richter macht sich ein erstes Bild und hat bereits eine eigene Auffassung davon, wie ein Entscheid ausfallen könnte. Er identifiziert einerseits relevante Rechtsgrundlagen und andererseits massgebliche Sachverhaltselemente in einem wechselwirkenden Prozess.
- Die Parteien beweisen auf Verlangen des Richters den relevanten Sachverhalt.
- Der Richter wendet das Verfahrensrecht schonend an, damit ungerechte Entscheide möglichst vermieden werden.
- Der Richter fällt im Rahmen eines gedanklichen Rechtsdiskurses unter Berücksichtigung von Rechtsgrundlagen einen im Einzelfall angemessenen Entscheid.
- Der Richter begründet den getroffenen Entscheid auf eine sachliche Weise.
- Jede Partei kann den Entscheid des Richters an die nächste Gerichtsinstanz weiterziehen.

### **Recht in Wirklichkeit**

Mit der Art und Weise, wie Recht allgemein verstanden wird, stimmt grundsätzlich etwas nicht. Die Behauptung, Recht sei in Gesetzesform vorgegeben und könne gewissermassen mechanisch auf den Einzelfall angewendet werden, hat sich als Fiktion erwiesen. Solche Vorstellungen entsprechen dem formalisierten Schönheitsideal einer überholten rechtspositivistischen Theorie aus dem 19. Jahrhundert, die unser Verständnis von Recht und Gesetz seither übermässig geprägt hat.

In Wirklichkeit ist Recht nicht in Form von generell-abstrakten Gesetzen vorgegeben, sondern entsteht und manifestiert sich nur *im Einzelfall*, wenn ein Richter einen Entscheid fällt. Recht kommt nicht ohne konkreten Sachverhalt aus. So verstanden

besteht Recht nur im Einzelfall; Recht ist *einzelfallbezogen*.

In Wirklichkeit sind Gesetzeserlasse nicht Recht, sondern nur Rechtsgrundlage, die ein Richter im Rahmen der Rechtsfindung im Einzelfall berücksichtigt. Recht wird nicht durch „objektive“ Gesetzesauslegung bestimmt, sondern in einem *Rechtsdiskurs* mit Hilfe von *Rechtsgrundlagen* innerhalb bestimmter *Rechtsschranken* im Rahmen eines *dynamischen Rechtsfindungsprozesses* von einem Richter gefunden.

In Wirklichkeit ist Recht *rückwirkend*, indem es zur Zeit einer richterlichen Entscheidung entsteht und sich auf einen vergangenen Sachverhalt bezieht. Recht ist nicht zeitlos, sondern hat ein Datum. Das rechtspositivistische Verbot der Rückwirkung (Art. 1 des Schlusstitels zum ZGB) bezieht sich lediglich auf die „Anwendung“ von Gesetzen und ändert nichts daran, dass ein Richter den Entscheid rückwirkend mit Bezug auf einen vergangenen Sachverhalt fällt. Es entspricht einer Fiktion und beruht auf der falschen Annahme einer Identität von Recht und Gesetz, wenn behauptet wird, es fände keine Rückwirkung des Rechts statt, nur weil neue Gesetzesbestimmungen nicht auf vergangene Sachverhalte „angewendet“ werden dürfen.

In Wirklichkeit besteht keine Rechtssicherheit, sondern eine *begrenzte Rechtsunsicherheit*, indem ein Richter als reale Person das Recht in einem konkreten Fall, der von früher beurteilten Fälle stets mehr oder weniger abweicht, neu findet und sich dabei an Gesetzeserlassen, Rechtsprechung und Lehre orientiert und darüber hinaus selber wertend urteilt (vgl. Hürlimann-Kaup/Schmid, Rz 165a, mit weiteren Verweisen). Aus dem Umstand, dass generell-abstrakte Gesetze erlassen werden, ergibt sich keine Rechtssicherheit. Eine solche anzunehmen, entspricht rechtspositivistischem Wunschenken. In Tat und Wahrheit kann von einem funktionierenden Gerichtswesen maximal erwartet werden, dass es bei vergleichbaren oder ähnlichen Fällen innerhalb eines gewissen „Streubereichs“ ähnliche Entscheide fällt.

In Wirklichkeit ist eine bestehende Rechtslage nicht durch Gesetze vorgegeben und kann nicht nur mittels Gesetzesrevisionen geändert werden. Vielmehr ist eine bestehende Rechtslage *„auf Moral bezogen“* und kann sich bereits aufgrund neuer tatsächlicher Umstände ändern. Recht wird über richterliche Wertung vermittelt und beruht letztlich auf den gemeinsamen Moralvorstellungen einer Gesellschaft. Wenn sich gesellschaftliche Moralvorstellungen aufgrund

äusserer Umstände verändern, kann sich auch eine bestehende Rechtslage ändern, indem Richter unter deren Einfluss andere Entscheide fällen. Die Rechtsprechung entwickelt sich so fortlaufend und geräuschlos weiter. Beispielsweise sehen Finanzmarktbehörden die Risiken für Banken und Versicherungsunternehmen nach einer Finanzkrise mit anderen Augen als noch vor der Finanzkrise. Dementsprechend verstehen sie relevante Gesetzesbestimmungen vor- und nachher fallbezogen tendenziell unterschiedlich und beurteilen frühere Geschäftstätigkeiten eines beaufsichtigten Institutes nachher tendenziell kritischer als vorher.

In Wirklichkeit ist Recht nicht autoritär vorgegeben, sondern *interaktiv*, indem es im Einzelfall gefunden wird und dabei die betroffenen Personen einbezieht. Die betroffenen Personen bestimmen den Sachverhalt mit und nehmen aktiv am Rechtsfindungsprozess teil. Sie können so einen direkten Einfluss auf den Inhalt des Rechts ausüben, wie es vom Richter gegenüber ihnen gefunden und ausgesprochen wird (siehe auch hinten).

### **Bedeutung eines wirklichkeitsnahen Verstehens**

Es ist wichtig, zu verstehen, was Recht ist und wie es wirklich funktioniert. Darauf beruht das *rechtliche Urteilsvermögen (legal judgment)* einer Person, welches befähigt, eine bestehende Rechtslage im Einzelfall angemessen zu beurteilen. Wer Recht nur positivistisch vereinfacht und konstruiert versteht, ist in seinem rechtlichen Urteilsvermögen eingeschränkt. Der rechtspositivistischen Theorie fehlt die Verbindung zur Wirklichkeit, die für eine angemessene rechtliche Beurteilung erforderlich ist, indem sich Recht immer zu einem Sachverhalt äussert. Beispielsweise wird sich ein Richter mit überwiegend positivistischen Rechtsvorstellungen grundsätzlich an einen klaren Gesetzeswortlaut halten, auch wenn das Gesetz alt ist und das Ergebnis nicht zu befriedigen vermag. Er wird in Übereinstimmung mit Art. 1 ZGB nur in Ausnahmefällen von einer (unechten) Gesetzeslücke ausgehen und vom Gesetzeswortlaut abweichen. Im Unterschied dazu wird sich ein Richter mit wirklichkeitsnahem Rechtsverständnis breiter auf Gesetzeserlasse, Rechtsprechung und Lehre abstützen. Er wird auf diese Weise ohne weiteres in der Lage sein, einen gerechten und sachlich begründeten Entscheid zu fällen.

Die rechtspositivistische Theorie konstruiert lediglich eine „Fassade“, die schön sein mag, aber nur wenig leisten kann: Sie sagt dem Richter letztlich

nicht, wie er entscheiden soll, sondern erlaubt ihm an sich nur, einen bereits gefällten Entscheid über Gesetzesanwendung und Gesetzesauslegung formal zu begründen (vgl. Hürlimann-Kaup/Schmid, Rz 164, mit weiteren Verweisen). Auf der anderen Seite geht ein wirklichkeitsnahes Rechtsverständnis weiter und wirkt gewissermassen „hinter der Fassade“. Es bietet dem Richter eine echte Entscheidungshilfe an und sagt ihm, wie er eine gerechte Entscheidung fällen kann. Sie füllt den Raum hinter der Fassade aus, der von der rechtspositivistischen Theorie im Dunkeln gelassen und von Richtern theoriekonform regelmässig nicht thematisiert wird.

Ein wirklichkeitsnahes Rechtsverständnis macht es möglich, zu erkennen, welche Umstände bei der Rechtsfindung tatsächlich massgeblich sind bzw. massgeblich sein sollten. Es erlaubt Rechtssuchenden zu verstehen, wieso Richter entscheiden, wie sie entscheiden. Es ermöglicht ihnen, rechtspositivistisch begründete Gerichtsentscheide zu hinterfragen oder den Ausgang eines gerichtlichen oder verwaltungsrechtlichen Verfahrens effektiv und effizient zu beeinflussen. Es erlaubt Unternehmen, das Recht, wie es wirklich funktioniert, zu verstehen und so die eigenen Rechtsrisiken richtig einzuschätzen und tatsächlich zu reduzieren.

Vor diesem Hintergrund muss m.E. von der Rechtswissenschaft gefordert werden, dass sie nachvollzieht, was in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie schon vor einigen Jahrzehnten mit der Diskussion moderner Verbindungstheorien geschehen ist: Sie muss sich von überholten rechtspositivistischen Vorstellungen trennen und anerkennen, dass Recht nicht auf Gesetzesanwendung und Gesetzesauslegung beruht, sondern ganz anders funktioniert. Sie muss dazu übergehen, Recht wirklichkeitsnah zu verstehen. Dies wird freilich in geraumer Zeit nicht geschehen. Es wird noch länger von Rechts- und Gesetzesanwendung und von Gesetzesauslegung die Rede sein. Für eine Überwindung des Rechtspositivismus müsste Art. 1 ZGB vom Gesetzgeber geändert oder zumindest vom Bundesgericht neu interpretiert werden. Beides ist unter den gegenwärtigen Umständen unwahrscheinlich. Solche rechtstheoretischen Änderungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung müsste von Juristen in der Verwaltung und bei den Gerichten ausgehen. Diese können aber erst aktiv werden, wenn zuvor eine ausführliche fach- und disziplinübergreifende Diskussion in der Lehre stattgefunden hat. Eine solche Diskussion hat, soweit ich sehe, noch nicht begonnen (vgl. Hürlimann-Kaup/Schmid, Rz 167). Aber das macht ja nichts. Es

ist gar nicht nötig, dass rechtspositivistisches Gedankengut in Gesetzeserlassen und Rechtsprechung verschwindet. Ein wirklichkeitsnahes Rechtsverständnis kann zunächst auch parallel zu alten rechtspositivistischen Vorstellungen postuliert werden. Es ist in einer Gesellschaft nicht ungewöhnlich, dass unterschiedliche Ideen und Theorien aus verschiedenen Zeiten nebeneinander vertreten werden, bis sich schliesslich die einen gegen die anderen durchzusetzen vermögen.

## Rechtsrisiken im Unternehmen

---

### Recht und Rechtsrisiko

Neuere Studien haben ergeben, dass Wirtschaftsführer die Rechtsrisiken ihrer Unternehmen zwar in die höchste Risikokategorie einordnen, dass andererseits aber nur 25 Prozent der befragten Spitzenmanager und Verwaltungsräte annehmen, dass sie Rechtsrisiken auch verständen und wüssten, wie sie damit umgehen sollten (Kurer, GesKR 2015, S. 330, mit weiteren Verweisen).

Wenn Unternehmen ihre Rechtsrisiken begreifen und wirksam reduzieren wollen, ist es unumgänglich, dass sie verstehen, wie Recht in Wirklichkeit funktioniert. Ein Unternehmen, das versteht, wie Recht von einem Richter gefunden wird und so Gerichtsentscheide nachvollziehen kann, wird auch in der Lage sein, die eigenen Rechtsrisiken einzuschätzen und effektive Strategien zur Risikominimierung zu entwickeln und zu implementieren.

Das *Rechtsrisiko* betrifft die Gefahr einer Rechtsverletzung. Dessen Verständnis leitet sich unmittelbar aus dem Verständnis von Recht ab: Wer Recht positivistisch als vorgegebenes und unveränderliches Gesetz versteht, wird die Rechtsrisiken eines Unternehmens anders einschätzen, als wer Recht wirklichkeitsnah als etwas versteht, das erst im Einzelfall im Rahmen eines dynamischen Rechtsfindungsprozesses vom Richter gefunden wird.

### Zusatzkosten wegen Rechtsverletzung

Die Rechtsrisiken eines Unternehmens können allgemein als Gefahr verstanden werden, dass dem Unternehmen wegen einer Rechtsverletzung oder behaupteten Rechtsverletzung zusätzliche Kosten entstehen. Rechtsrisiken müssen ökonomisch verstanden werden und beruhen auf Kosten und Aufwand und nicht auf moralischem Fehlverhalten. Es ist aus Sicht des Unternehmens an sich nicht rele-

vant, ob die eigene Geschäftspraxis moralisch oder unmoralisch ist. Relevant ist nur, ob sich daraus (wegen einer Rechtsverletzung) zusätzliche Kosten ergeben oder nicht.

In diesem Zusammenhang ist immerhin das Reputationsrisiko von Unternehmen zu erwähnen. Es handelt sich dabei um die Gefahr, dass aus einem gesellschaftlich verpönten Verhalten (mit oder ohne Rechtsverletzung) ein sogenannter Reputationschaden resultiert, der insofern zu zusätzlichen Kosten führt, als der Umsatz deswegen zurückgeht. Wenn beispielsweise ein amerikanischer Zahnarzt in Afrika Löwen abschießt, kann das in einer Zeit mit Social Media für das eigene Geschäft in den USA schädlich sein und einen Umsatzrückgang bewirken, auch wenn dabei gegen kein Gesetz verstossen und auch keine Untersuchung angedroht oder durchgeführt wurde. Das Thema des Reputationsrisikos wird nachfolgend nicht weiter vertieft, obwohl Rechtsrisiken und Reputationsrisiken eines Unternehmens nebeneinander bestehen und sich in einer unternehmensspezifischen Risikolandschaft gegenseitig ergänzen. Beide Risikoarten, wenn sie sich realisieren, verursachen aufgrund eines „Fehlverhaltens“ unabhängig voneinander zusätzliche Kosten zulasten des Unternehmens.

Wenn man das Rechtsrisiko aus einer Unternehmenssicht im Sinne von möglichen Zusatzkosten wegen künftiger Rechtsverletzungen versteht, stellt die Rechtsverletzung für sich noch keine Verwirklichung des Risikos dar, denn dabei werden noch keine zusätzlichen Kosten verursacht. Zusätzliche Kosten entstehen dem Unternehmen für gewöhnlich erst im Rahmen eines Untersuchungs- oder Gerichtsverfahrens oder als Folge einer Verurteilung.

### Rechtsverfolgungsrisiko

Einem Unternehmen entstehen in der Regel zusätzliche Kosten, sobald eine Rechtsverletzung behauptet wird und deswegen ein Geschäftspartner oder Kunde eine Klage einreicht oder eine Behörde eine Untersuchung eröffnet. Es entstehen Verfahrenskosten, Kosten aus der Notwendigkeit heraus, zusätzliche Rückstellungen zu bilden, und (insbesondere bei börsenkotieren und/oder globalen Unternehmen) Kosten, die sich aus der blossen Möglichkeit einer Verurteilung ergeben (Sinken des Aktienkurses, Schwierigkeiten bei der Kapitalbeschaffung, Druck von Kundenseite, faktischer Zwang eines unvorteilhaften Vergleichs). Solche Kosten werden dem Unternehmen auch bei erfolgreichem Verfahrensabschluss für gewöhnlich höchstens teilweise ersetzt.

Es verbleiben ihm regelmässig mehr oder weniger hohe Kosten, die es selbst bezahlen muss und dessen Gewinn schmälern.

### **Rechtsverurteilungsrisiko**

Einem Unternehmen entstehen weiter zusätzliche Kosten, wenn es wegen einer Rechtsverletzung tatsächlich zu einer behördlichen Verfügung oder einer gerichtlichen Verurteilung kommt. Das Unternehmen kann in einem Zivilverfahren zur Zahlung von Schadenersatz verurteilt werden. Es kann in einem Verwaltungsverfahren zur Zahlung einer Busse verpflichtet werden oder gar von einer Einschränkung oder einem Verbot der eigenen Geschäftstätigkeit betroffen sein. Rechtliche Sanktionen bewirken eine Schmälerung des Gewinns oder können sogar zu einer Gefährdung der Existenz des Unternehmens führen.

### **Beurteilung von Rechtsrisiken**

Nicht jedes Rechtsrisiko eines Unternehmens ist gleich hoch. Es gibt kleinere und grössere Rechtsrisiken. Rechtsrisiken lassen sich wie andere Risiken grundsätzlich als Produkt von Eintrittswahrscheinlichkeit und Schadenpotential bemessen und quantifizieren. Ein Unternehmen sollte bei der Beurteilung der eigenen Rechtsrisiken berücksichtigen, wie wahrscheinlich Bussen oder Schadenersatzansprüche bei einer Rechtsverletzung wären und wie hoch sie ausfallen würden. Es sollte jenen Rechtsrisiken eine grössere Bedeutung beigemessen werden, bei denen die Rechtsverletzung in einem Land konsequent verfolgt wird und/oder zu hohen Kosten führt, als solchen Rechtsrisiken, bei denen die Rechtsverletzung statistisch in der Vergangenheit kaum verfolgt wurde und/oder ein geringes Sanktionspotential aufweist.

Bei der Beurteilung der Rechtsrisiken eines Unternehmens kommt grundsätzlich ein risikobasierter Ansatz zum Tragen. Rechtsrisiken werden in verschiedene Risikostufen eingeteilt und es werden nicht nur die möglichen Rechtsverletzungen an sich, sondern auch deren Bedeutung erfasst. Mögliche Rechtsverletzungen werden aus einer Unternehmensperspektive quantifiziert. Hohe Rechtsrisiken, d.h. Rechtsrisiken mit grossem Kostenpotential und hoher Verfolgungs- und Verurteilungswahrscheinlichkeit, stehen unter einem besonderen Fokus des Risikomanagements.

Das Rechtsrisikoprofil eines Unternehmens kann sich über die Zeit verändern. Kleine Rechtsrisiken können über die Zeit zu grossen Rechtsrisiken wer-

den und umgekehrt. Beispielsweise stehen datenschutzrechtliche Anforderungen bei der Risikobeurteilung vieler Unternehmen eher nicht im Vordergrund. Das hängt damit zusammen, dass entsprechende Verstösse in vielen Ländern bisher kaum verfolgt wurden und es kaum zu Verurteilungen kam. Zudem liegen die angedrohten Bussen eher tief. Mittlerweile ist aber die neue EU-Datenschutzverordnung (EU-DSV) in Kraft getreten. Sie wird ab dem 25. Mai 2018 zur Anwendung kommen. Darin ist unter anderem vorgesehen, dass Klagen wegen Datenschutzverstössen auch im Land der geschädigten Person eingereicht werden können und bei Gesetzesverstössen hohe Bussen drohen. Vor diesem Hintergrund ist zu erwarten, dass europäische und globale Unternehmen Rechtsrisiken im Datenschutzbereich in Zukunft höher einstufen werden, als sie dies in der Vergangenheit getan haben.

## **Risikomanagement im Unternehmen**

---

### **Identifikation und Reduktion von Rechtsrisiken**

Unternehmen sind je nach Geschäftstätigkeit unterschiedlichen Rechtsrisiken ausgesetzt. Dabei ist grundsätzlich relevant, welche Geschäftstätigkeit in welchem Land ausgeübt wird. Zunächst sind verschiedene Geschäftstätigkeiten unterschiedlichen gesetzlichen Regelungen unterworfen und damit auch unterschiedlich hohen Rechtsrisiken ausgesetzt. Beispielsweise ist der Finanzdienstleistungssektor stärker reguliert und birgt höhere Rechtsrisiken, als dies etwa in der Forstwirtschaft der Fall ist. Des Weiteren sind gesetzliche Regelungen überwiegend nationales Recht. Damit bestehen in verschiedenen Tätigkeitsländern unterschiedlich hohe Rechtsrisiken. Beispielsweise ist eine Geschäftstätigkeit in den USA für gewöhnlich höheren Rechtsrisiken ausgesetzt als die gleiche Geschäftstätigkeit etwa in Uganda.

Die Unternehmen sind gefordert, ihre je eigenen Rechtsrisiken zu identifizieren und zu quantifizieren. Sie sollten ein eigenes Rechtsrisikoprofil erstellen und unterhalten. Daraus können sie einen selektiven Blick auf jene gesetzlichen Vorschriften gewinnen, die für ihre Geschäftstätigkeit relevant sind. Einmal identifizierte und quantifizierte Rechtsrisiken müssen aktiv gemanagt werden, denn sie haben das Potential, in Zukunft zusätzliche Kosten zulasten des



Unternehmens zu verursachen. Ein Unternehmen sollte geeignete Massnahmen ergreifen, um relevante Rechtsrisiken zu reduzieren und Rechtsverletzungen in Zukunft möglichst zu vermeiden.

Im Hinblick auf einen angemessenen Umgang mit Rechtsrisiken ist ein wirklichkeitsnahes Verständnis von Recht von erheblicher Bedeutung. Es erlaubt einem Unternehmen, die eigenen Risiken, die sich aus einer Verletzung oder möglichen Verletzung von gesetzlichen Vorschriften ergeben, realistisch einzuschätzen, während positivistische Rechtsvorstellungen den Blick auf die wirklichen Verhältnisse eher versperren und zu einer unsachgemässen Einschätzung von Rechtsrisiken führen können. Aus einem wirklichkeitsnahen Rechtsverständnis lassen sich einige grundlegende Prinzipien für ein effizientes Management von Rechtsrisiken im Unternehmen ableiten. Sie sollen nachfolgend kurz erläutert werden.

### **Vorsichtsprinzip**

Recht wirklichkeitsnah verstanden ist nicht generell-abstrakt vorgegeben, sondern muss vom Richter in einem konkreten Fall erst gefunden werden. Ein Gesetzeserlass ist nicht Recht, sondern lediglich eine von mehreren Grundlagen des Rechts. Was in einem Gesetzeserlass steht, kann nur als generell-abstrakter Vorschlag für eine Rechtsfindung im Einzelfall verstanden werden. Entscheidend ist nicht der Gesetzeswortlaut an sich, sondern wie ein Richter einen Gesetzeserlass (und andere Rechtsgrundlagen) im Einzelfall im Rahmen eines dynamischen Rechtsfindungsprozesses voraussichtlich verstehen und übersetzen wird.

Unternehmen sind vor diesem Hintergrund gut beraten, wenn sie eine bestehende Rechtslage in ihrem Geschäftsbereich mit Vorsicht beurteilt. Sie sollten die jüngere Rechtsprechung und Lehre berücksichtigen und bei wichtigen Geschäftsentscheidungen oder zweifelhafter Rechtslage allenfalls ein Rechtsgutachten einholen.

### **Überprüfungsprinzip**

Eine bestehende Rechtslage ist nicht kraft Gesetz fest vorgegeben, sondern in Wirklichkeit mit bestehenden Moralvorstellungen verbunden und damit veränderlich. Sie kann sich aufgrund neuer gesellschaftlicher Umstände über die Zeit bis zu einem gewissen Grad ändern. Gesellschaftliche Veränderungen können zu veränderten Moralvorstellungen führen, die ihrerseits einen Einfluss auf die richterliche Rechtsfindung haben können. Eine bestehende

Rechtslage kann so einen gesellschaftlichen Wandel gewissermassen mitgehen, ohne dass es dazu einer formellen Gesetzesänderung bedürfte. Formelle Gesetzesänderungen folgen für gewöhnlich erst mit etlicher Verspätung.

Es empfiehlt sich vor diesem Hintergrund, die Einschätzung der eigenen Rechtsrisiken regelmässig zu überprüfen. Wenn eine Geschäftstätigkeit in der Vergangenheit als unproblematisch beurteilt wurde, muss dies nicht zwingend auch für die Zukunft gelten. Die Überprüfung einer bestehenden Rechtslage erscheint insbesondere dann angebracht, wenn sich die gesellschaftlichen oder wirtschaftlichen Rahmenbedingungen verändert haben (z.B. bei Finanzunternehmen nach einer Finanzkrise). Unternehmen sollten in einem veränderten Umfeld prüfen, ob Gerichte und Behörden ihre Praxis geändert haben, und versuchen zu antizipieren, wie Gerichte und Behörden unter den veränderten Umständen in Zukunft entscheiden werden.

### **Gestaltungsprinzip**

Recht wirklichkeitsnah verstanden ist nicht autoritär vorgegeben, sondern interaktiv. Recht wird nicht von einem Gesetzgeber in generell-abstrakter Form erlassen, sondern von einem Richter in einem dynamischen Prozess gefunden, an dem betroffene Personen aktiv teilnehmen. Betroffene Personen sind Teil des Sachverhalts. Als Parameter des Rechtsfindungsprozesses können sie Recht, wie es von einem Richter ihnen gegenüber ausgesprochen wird, in einem beschränkten Umfang beeinflussen.

Unternehmen können ein für sie „geltendes“ Recht auf unterschiedliche Weise beeinflussen. Sie können ihre Geschäftstätigkeit angesichts einer unsicheren Rechtslage einschränken und so eine Rechtsverletzung von vornherein ausschliessen. Sie können ihre Geschäftstätigkeit durch geeignete Compliance-Prozesse überprüfen und dokumentieren und so die Gefahr einer Rechtsverletzung reduzieren. Sie können interne Richtlinien erlassen. Richtlinien, die von einem Unternehmen erlassen und tatsächlich umgesetzt werden, führen in einem aufsichtsrechtlichen Verfahren tendenziell zu einer mildereren Bestrafung. Schliesslich können sich Unternehmen in einem laufenden Zivil- oder Verwaltungsverfahren optimal verteidigen und so Einfluss auf die richterliche Entscheidung, d.h. den Inhalt des Rechts nehmen.

### **Beziehungsprinzip**

Recht wird von Menschen mit Bezug auf andere Menschen gesprochen. Das gilt auch im Fall von

Unternehmen, denn hinter Unternehmen stehen letztlich auch Menschen. Die Beziehung zwischen Menschen ist immer ein Aspekt der Rechtsfindung und gehört zu einem wirklichkeitsnahen Rechtskonzept. Die Vorstellung, dass ein Sachverhalt unter den Tatbestand einer gesetzlichen Norm subsumiert und so die Rechtsfolge hergeleitet werden könnte, ohne dass dabei ein urteilender Mensch mitwirken müsste, entspricht einer rechtspositivistischen Fiktion, die mit den wirklichen Verhältnissen wenig zu tun hat.

Der Beziehungsaspekt des Rechts ist insbesondere für beaufsichtigte Unternehmen von Bedeutung. Sie unterhalten mit einer Aufsichtsbehörde eine Dauerbeziehung. Es ist für sie nützlich, einen angemessenen Kontakt mit den zuständigen Aufsichtspersonen zu pflegen und so eine gute Aufsichtsbeziehung zu unterhalten. Das hilft, wenn es in Zukunft einmal zu einer Untersuchung wegen Fehlverhaltens kommen sollte. Aufsichtsrechtliche Sanktionen werden tendenziell weniger schwer ausfallen, wenn das Fehlverhalten von den zuständigen Aufsichtspersonen als „Ausrutscher“ und nicht als Wiederholungsfall wahrgenommen wird.

### **Absicherungsprinzip**

Recht wirklichkeitsnah verstanden ist nicht zeitlos, sondern hat ein Datum. Es entsteht zur Zeit einer richterlichen Entscheidung und betrifft einen Sachverhalt in der Vergangenheit. Insofern ist Recht rückwirkend. Die Rückwirkung des Rechts lässt sich wirklichkeitsnah verstanden nicht vermeiden. Lediglich innerhalb einer rechtspositivistischen Theorie, in der Recht als Gesetz und mithin als generell-abstrakte Grösse gedacht wird, kann Rückwirkung verboten werden, indem neue Gesetzesbestimmungen nicht auf vergangene Sachverhalte „angewendet“ werden dürfen. Hingegen hat diese Theorie mit der Rechtsfindung, wie sie in Wirklichkeit stattfindet, nur wenig zu tun. Ihr fehlt eine Verbindung zu Moral und Wirklichkeit, weshalb sie nicht wissen kann, dass Rückwirkung tatsächlich eben doch stattfindet. Unternehmen, die ihre Rechtsrisiken effizient managen wollen, müssen sich an einem wirklichkeitsnahen Rechtsverständnis orientieren und nicht daran, wie Recht theoretisch gedacht werden kann.

Rückwirkung des Rechts bedeutet, dass Recht unter den Umständen zur Zeit der Rechtsfindung bestimmt und dabei auf die früheren Umstände zur Zeit des Sachverhalts zurückbezogen wird. Soweit sich relevante Umstände in der Zeit zwischen Sachverhalt und Rechtsfindung verändern, ändert sich

auch die Rechtslage, sodass Recht zur Zeit der Rechtsfindung anders sein kann, als es zur Zeit des Sachverhalts gewesen wäre. Der Richter kann mit anderen Worten zur Zeit der Rechtsfindung anders entscheiden, als er zur Zeit des Sachverhalts entschieden hätte. Solche Änderungen einer Rechtslage sind freilich im Ausmass beschränkt und setzen veränderte Umstände voraus. Sie sind in gewissen Geschäftsbereichen wahrscheinlicher als in anderen. Beispielsweise dürften Finanzmarktaufsichtsbehörden vergleichbare Sachverhalte vor und nach einer Finanzkrise rechtlich tendenziell unterschiedlich beurteilen, auch wenn relevante Gesetzeserlasse nicht oder erst später revidiert werden. Eine veränderte Risikobeurteilung kann zu einer Änderung einer bestehenden Rechtslage führen, die auf frühere Sachverhalte zurückwirkt.

Die Vorstellung, dass Recht rückwirkend ist, ist einigermassen beunruhigend, denn sie bedeutet letztlich, dass sich Unternehmen im Rahmen der eigenen Geschäftstätigkeit an einer Rechtslage orientieren müssen, die sie nicht vollumfänglich kennen können, weil sie erst in Zukunft möglicherweise unter veränderten Umständen von einem Richter spezifiziert wird. Wie kann das Risikomanagement eines Unternehmens mit einer Rückwirkung des Rechts umgehen? Zunächst sollten Unternehmen je nach Geschäftsbereich eine bestehende Rechtslage vorsichtig interpretieren und mithin leichte Veränderungen in der Zukunft einkalkulieren (siehe Vorsichtsprinzip). Des Weiteren können sich Unternehmen mit einer kritischen Geschäftstätigkeit in einem gewissen Sinn dadurch vor einer Rückwirkung des Rechts schützen, dass sie (falls möglich) schriftliche Bestätigungen von zuständigen Behörden einholen. Dabei kann es sich beispielsweise um die Festlegung einer Aufsichtsbehörde oder das „Ruling“ einer Steuerbehörde handeln. Behördliche Bestätigungsdokumente können geeignet sein, ein Unternehmen in Zukunft vor rechtlicher Verfolgung unter veränderten Umständen zu schützen. Sie schaffen mithin zusätzliche Rechtssicherheit für ein Unternehmen.

Wenn eine Aufsichtsbehörde von einem beaufsichtigten Unternehmen um eine Stellungnahme zu einer geplanten Geschäftstätigkeit gebeten wird, besteht freilich immer die Gefahr, dass die Geschäftstätigkeit abgelehnt oder nur in reduzierter Form zugelassen wird. Das Unternehmen wird die Geschäftstätigkeit dann nicht wie geplant durchführen können. Wenn andererseits ein Unternehmen bewusst auf eine behördliche Stellungnahme trotz

zweifelhafter Zulässigkeit der Geschäftstätigkeit verzichtet, geht es bewusst ein erhöhtes Risiko ein, zu einem späteren Zeitpunkt insbesondere unter veränderten Umständen deswegen verfolgt und verurteilt zu werden. Das gilt selbst dann, wenn sich andere Unternehmen in einem Geschäftsbereich gleich verhalten und die zuständige Behörde eine entsprechende Geschäftspraxis auch nie ausdrücklich verboten hat. Unter solchen Umständen mag die Zurückhaltung eines Unternehmens, eine zuständige Behörde zu kontaktieren, zwar verständlich sein. Niemand will sich selbst aus einem profitablen Markt nehmen, in dem die Konkurrenten gutes Geld verdienen. Die rechtliche und regulatorische Situation bleibt trotzdem grundsätzlich dieselbe: Auch wer nur macht, was alle anderen auch machen, bleibt im Fall einer kritischen Geschäftstätigkeit dem Risiko einer späteren Verfolgung und Verurteilung ausgesetzt. Immerhin kann ein Unternehmen, das bei einer zuständigen Behörde nachgefragt und eine negative Antwort erhalten hat, seine Konkurrenten „ermutigen“, sich ebenfalls an die bestehende Rechtslage zu halten. Dafür ist keine Anzeige erforderlich; es genügt bereits, die Kollegen von der Konkurrenz über die rechtliche Situation schriftlich zu informieren. Ein Unternehmen, das nachweisbar Kenntnis von einer bestehenden Rechtslage hat, wird sich im Normalfall an diese halten wollen, weil allfällige Sanktionen bei einem bewussten Regelverstoss tendenziell härter ausfallen würden, als wenn „lediglich“ bei unklarer Rechtslage in einer Grauzone operiert wird.

### **Vermeidungsprinzip**

Wenn in einem bestimmten Geschäftsbereich besondere Interessen Dritter bestehen, ist es denkbar, dass ein richterlicher Entscheid von solchen Interessen beeinflusst wird und insofern von einer bestehenden Rechtslage abweicht und ungerecht ausfällt. Vor allem im öffentlichen Bereich steht das Recht bzw. der Richter, der das Recht findet, unter dem Einfluss gesellschaftlicher, politischer und wirtschaftlicher Interessen. Aufsichtsbehörden, Steuerbehörden und Kartellbehörden, die bei ihren Entscheiden alle über einen erheblichen Wertungsspielraum verfügen, können sich oftmals nur beschränkt von bestehenden politischen und wirtschaftlichen Interessen abgrenzen.

Insbesondere globale Unternehmen können von interessengesteuerten nationalen Urteilen und Verfügungen betroffen sein. Untersuchungen nationaler Behörden gegen global tätige Unternehmen können

protektionistische oder andere politische Hintergründe haben. Problematisch sind solche Verfahren vor allem dann, wenn sich ein betroffenes Unternehmen aus praktischen Gründen (z.B. mediale Kampagne, Kundendruck, Sinken von Aktienkurs, Möglichkeit des Lizenzentzugs) praktisch nicht verteidigen kann, sondern gezwungen ist, in einen unvorteilhaften Vergleich einzuwilligen (Kurer, GesKR 2015, S. 332). Vor diesem Hintergrund sollten global tätige Unternehmen bei der Beurteilung ihrer Rechtsrisiken auch die politischen Rahmenbedingungen in den relevanten Märkten im Auge behalten. Es ist bei einer geschäftsbezogenen Betrachtung unter Umständen sinnvoll, gewisse Produkte nicht anzubieten oder sich aus bestimmten Märkten ganz zurückzuziehen, wenn die Rechtsprechung örtlich zuständiger Gerichte und Behörden in der Vergangenheit stark interessengesteuert war und das Recht deshalb schwer kalkulierbar erscheint.

### **Transferprinzip**

Rechtsrisiken können in Wirklichkeit nicht vollständig vermieden werden. Es ist für Unternehmen praktisch nicht möglich, sich auf eine Weise zu verhalten, bei welcher Rechtsverstösse vollständig ausgeschlossen wären. Rechtsrisiken können immer nur mehr oder weniger reduziert, aber nicht ausgeschlossen werden. Damit besteht immer eine mehr oder weniger grosse Möglichkeit, künftig für Rechtsverstösse verfolgt und verurteilt zu werden.

Vor diesem Hintergrund macht es für Unternehmen Sinn, gewisse Rechtsrisiken nicht selbst zu tragen, sondern an einen Versicherer zu transferieren. Es sind verschiedene Versicherungsprodukte auf dem Markt erhältlich, die Rechtsrisiken abdecken, z.B. Rechtsschutzversicherungen, Organ- und Berufshaftpflichtversicherungen oder auch Transaktionsversicherungen zur Deckung vertraglicher Transaktionsrisiken. Des Weiteren können sich für Versicherer aus einem wirklichkeitsnahen Rechtsverständnis allenfalls neue Möglichkeiten ergeben, innovative Versicherungsprodukte zu entwickeln. Denn die tatsächliche Risikolage stellt sich für Unternehmenskunden anders dar, wenn Recht wirklichkeitsnah und nicht positivistisch verstanden wird.

### **Führen von Prozessen**

Das Beschreiten des Rechtswegs im Fall von Streitigkeiten ist stets mit einem mehr oder weniger grossen Prozessrisiko verbunden. Das wird offensichtlich, wenn man sich von überholten rechtspositivistischen Vorstellungen verabschiedet, wonach Recht

mittels Gesetz vorgegeben und durch Subsumption abrufbar sei, und Recht stattdessen wirklichkeitsnah als etwas versteht, das vom Richter in jedem konkreten Fall neu gefunden werden muss. Ein Unternehmen sollte sich deshalb genau überlegen, ob es einen Prozess als Kläger oder Beklagten führen will. Die Prozessführung über mehrere Instanzen ist zudem kosten- und zeitintensiv. Grosse, komplexe Streitfälle lassen sich angesichts der langen Prozessdauer und des hohen Prozessrisikos eigentlich gar nicht gewinnen. Deshalb enden solche Fälle auch regelmässig mit einem Vergleich.

Unternehmen, die von einem gerichtlichen Verfahren betroffen sind, müssen Rückstellungen nach den Buchführungsregeln bilden, wenn die Wahrscheinlichkeit, dass ein Prozess zu einem Mittelabfluss führt, über 50 Prozent liegt. Wenn die Wahrscheinlichkeit kleiner ist oder wenn der Betrag nicht abschätzbar ist, muss der Fall als Eventualverbindlichkeit zwar nicht verbucht, aber immerhin im Anhang der Jahresrechnung ausgewiesen werden. Die wichtigsten Fälle führen die Unternehmen für gewöhnlich im Geschäftsbericht auf, unter Angabe von Kläger/Beklagten und Sachverhalt (NZZ vom 12. April 2016, S. 31).

Ein Unternehmen, das sich zur Prozessführung entschliesst oder dazu gezwungen wird, sollte sich bei der rechtlichen Begründung von Klage oder Klageantwort von einem wirklichkeitsnahen Rechtsverständnis leiten lassen. Der Bestand oder Nichtbestand eines rechtlichen Anspruchs sollte ausführlich dargestellt und sachlich begründet werden. Man sollte sich nicht mit einer formalistischen Argumentation wie jener der Gesetzesauslegung nach rechtspositivistischen Vorstellungen begnügen. Denn es ist in Wirklichkeit nicht so, dass der Richter durch einen engen Gesetzeswortlaut oder eine spezifische Rechtsprechung von vornherein in seiner Entscheidung eingeschränkt wäre. Vielmehr ist es in Wirklichkeit so, dass ein Richter durchaus die Möglichkeit hat, einen im Einzelfall gerechten Entscheid zu fällen, auch wenn Gesetzeswortlaut oder Rechtsprechung zunächst eine andere Lösung nahelegen. Ein gerechter Entscheid lässt sich dogmatisch immer auf die eine oder andere Weise begründen, wenn der Richter nur will.

## Risikomanagement in Verträgen

---

### Vertrag und Vertragsauslegung

Der Vertrag ist eine einzige Erfolgsgeschichte. Er wurde wesentlich von der römischen Rechtspraxis entwickelt und ist heute Basis des modernen Wirtschaftslebens. Unternehmen regeln mit Hilfe des Vertrags die Beziehungen mit ihren Geschäftspartnern und Kunden. Die vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten kennen kaum Grenzen. Parteien können in einem Vertrag grundsätzlich alles regeln, solange dabei nicht gegen zwingende Gesetzesbestimmungen verstossen wird. Das Spektrum reicht von einfachen Standardverträgen bis zu hochkomplexen Dauerschuldverträgen.

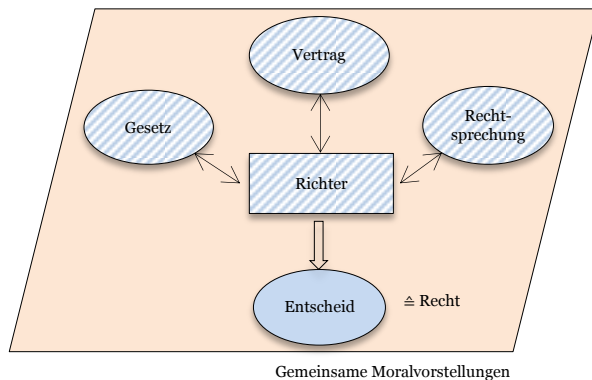
Die Vertragsidee ist einfach und sie funktioniert: Unternehmen und Privatpersonen können ihre rechtlichen Beziehungen selbst verbindlich bestimmen. Mit dem Abschluss eines Vertrags schaffen sie gewissermassen ihre eigenen individuellen „Regeln“. Es genügt dafür ein Austausch übereinstimmender Willenserklärungen. Was Parteien gültig vereinbart haben, das gilt und kann mit Hilfe staatlicher Gerichte auch durchgesetzt werden. Wer vertraglich vereinbarte Pflichten nicht einhält, kann von der anderen Vertragspartei eingeklagt werden. Ein erheblicher Teil der Rechtsrisiken, denen Unternehmen ausgesetzt sind, ergibt sich aus den Verträgen, die sie mit ihren Geschäftspartnern und Kunden abschliessen.

Nach der allgemein anerkannten Vertragstheorie ist der *wirkliche Wille der Parteien* entscheidend. Dieser wird vom Richter im Rahmen einer Vertragsauslegung respektiert. Erst wenn eine Partei die andere nicht tatsächlich richtig verstanden hat, greift das Vertrauensprinzip ein und darf der Richter den Vertragswortlaut, d.h. die Willenserklärung der einen Partei so auslegen, wie ihn die andere Partei nach Treu und Glauben verstehen durfte (Gauch/Schlupe, Rz 308 ff.). Und erst wenn ein Vertrag keine Regelung für eine Streitfrage zwischen den Parteien enthält, darf der Richter den Vertrag ergänzen. Dabei richtet er sich in erster Linie nach den dispositiven Gesetzesbestimmungen und der Rechtsprechung und orientiert sich darüber hinaus am hypothetischen Parteiwillen (Gauch/Schlupe, Rz. 1248 ff.).

Indem sich die Vertragstheorie auf den wirklichen Willen der Parteien abstützt, entspricht sie einem wirklichkeitsnahen Rechtsverständnis, das seinerseits den wirklichen Willen eines historischen Gesetzgebers berücksichtigt. Dagegen unterscheidet sie

sich von der rechtspositivistischen Theorie, bei welcher der wirkliche Wille des Gesetzgebers vernachlässigt und von einer verselbständigten, „objektiven“ Gesetzesauslegung verdrängt wird (vgl. Hürlimann-Kaup/Schmid, Rz. 125).

Die richterliche Rechtsfindung im Fall von Verträgen kann vereinfacht (d.h. ohne Beachtung weiterer Aspekte) wie folgt dargestellt werden:



### Inhaltliche Bestimmungen im Vertrag

Die Parteien können mit dem Mittel des Vertrags ihre eigenen Regeln schaffen. Sie können gegenseitige Leistungspflichten, Zusicherungen, Obliegenheiten und Sanktionen bei Vertragsverletzung vereinbaren. Der Richter ist grundsätzlich an das gebunden, was die Parteien bei Vertragsabschluss vereinbart haben.

Vor diesem Hintergrund ist es für Unternehmen aus Sicht des Risikomanagements entscheidend, dass die Verträge mit Geschäftspartnern und Kunden sorgfältig abgefasst werden. Denn ein Richter wird sich im Streitfall vor allem an den Wortlaut eines schriftlichen Vertrags halten. Er wird grundsätzlich davon ausgehen, dass die Parteien tatsächlich vereinbart haben, was im Vertrag steht, und daran rechtliche Wirkung knüpfen.

### Durchsetzungsbestimmungen im Vertrag

Während Unternehmen für die Verhandlung inhaltlicher Vertragsbestimmungen regelmässig viel Zeit aufwenden, ist es m.E. erstaunlich, wie rudimentär vertragliche Durchsetzungsregeln selbst in wichtigen und hochkomplexen Verträgen oftmals abgefasst sind. Man begnügt sich mit kurzen Rechtsanwendungs- und Gerichtsstandsklauseln. Es ist gewiss wichtig, dass gegenseitige Rechte und Pflichten im Vertrag ausreichend klar beschrieben sind, und das genügt auch, solange die Wetterlage zwischen den Parteien gut ist. Sobald aber eine Partei aus irgendwelchen Gründen (z.B. anderes Vertragsverständnis,

unvorteilhafter Vertragsinhalt, schwierige Finanzlage) nicht leistet, stellt sich die Frage nach der rechtlichen Durchsetzung des Vertrags und werden vertragliche Durchsetzungsbestimmungen wichtig. Ein Vertrag, der nicht oder nur unter grossem Aufwand durchgesetzt werden kann, hat für ein Unternehmen einen geringeren Wert, als ein Vertrag, der effektiv und einfach durchsetzbar ist. Auch wird eine Vertragspartei eher geneigt sein, einen unvorteilhaften Vertrag nicht oder nur teilweise zu erfüllen, wenn sie weiss, dass die Gegenpartei (etwa bei grenzüberschreitenden Beziehungen) kaum in der Lage sein wird, die eigenen Ansprüche auf dem Rechtsweg durchzusetzen. Insofern ist die Ausgestaltung von Verträgen in einer Weise, dass sie tatsächlich auch durchgesetzt werden können, eine Frage des Risikomanagements.

Ein Grund dafür, dass ausführliche Bestimmungen zur Streiterledigung in Verträgen selten zu finden sind, dürfte ein falsches positivistisches Rechtsverständnis sein. Denkt man nämlich, dass Recht in Form von Gesetzen vorgegeben sei und vom Richter lediglich „angewendet“ werden müsse, so erscheint es nicht erforderlich und auch nicht möglich zu sein, eine Streiterledigung präventiv im Vertrag zu regeln. Es ist nach dieser Vorstellung ja ohnehin der Richter, der im Streitfall kraft Gesetz entscheiden würde. Wenn man Recht dagegen wirklichkeitsnah versteht (und man muss es wirklichkeitsnah verstehen) und als Ergebnis eines dynamischen Rechtsfindungsprozesses begreift, ist es sinnvoll und auch zulässig, eine künftige Streiterledigung vertraglich zu vereinbaren. Der Richter wird nach diesem Verständnis einen entsprechenden Parteiwillen im Streitfall grundsätzlich berücksichtigen. Das schweizerische Zivilprozessrecht ist teilweise dispositiver Natur und staatliche Gerichte sind auch durchaus geneigt, einem dokumentierten Parteiwillen in Bezug auf Verfahrensfragen im Rahmen des geltenden Verfahrensrechts zu respektieren, wenn sich die Rechtsfindung dadurch vereinfachen lässt. Das gilt beispielsweise für vertragliche Bestimmungen über parteiinterne Streiterledigung, Mediation, Schiedsgutachten oder Schiedsgerichtsbarkeit.

Im Hinblick auf eine erleichterte Vertragsdurchsetzung ist es von Vorteil, wenn Rechtsanwendungs- und Gerichtsstandsklauseln nicht standardmässig, sondern unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls ausgestaltet werden. Solche Klauseln sollen dem Zweck dienen, vertragliche Ansprüche im Streitfall tatsächlich und praktisch durchsetzen zu können. Beispielsweise kann es bei

grenzüberschreitenden Streitigkeiten aus praktischen Überlegungen sinnvoll sein, (auch) einen Gerichtsstand am Ort der ausländischen Vertragspartei zu vereinbaren, weil ansonsten der Rechtsweg kompliziert und zeitraubend wäre, indem zuerst ein rechtskräftiges Gerichtsurteil in der Schweiz erstritten, das anschliessend noch im Ausland anerkannt und durchgesetzt werden müsste.

Die Durchsetzbarkeit von Verträgen kann auch dadurch verbessert werden, dass die vertraglichen Leistungspflichten selbst „durchsetzungsfreundlich“ ausgestaltet werden. Beispielsweise können Parteien vereinbaren, dass ein Anspruch auf ein Tun in Geld umgewandelt werden kann, dass für den Verletzungsfall eine Vertragsstrafe geschuldet ist, dass bei Verzug eine Drittpartei mit der Vertragserfüllung beauftragt werden kann oder dass eine Sicherheitsleistung vereinbart wird, um die Erfüllung eines Anspruchs auf ein Tun oder Unterlassen sicherzustellen. Geldforderungen lassen sich im Allgemeinen einfacher als Ansprüche auf ein Tun oder Unterlassen durchsetzen. Werden Geldforderungen durch einen schriftlichen Vertrag dokumentiert, so steht zudem ein provisorischer Rechtsöffnungstitel zur vereinfachten Durchsetzung zur Verfügung.

Im Hinblick auf eine bessere Vertragsdurchsetzung ist insbesondere bei komplexen Verträgen auch eine ausführliche Präambel nützlich. Auf diese Weise kann der Spielraum des Richters bei der Vertragsauslegung eingeschränkt und können Missverständnisse vermieden werden. Ein Richter wird im Rahmen der freien Beweiswürdigung einen in der Präambel festgestellten Sachverhalt nicht ohne Grund in Frage stellen und ein entsprechendes Beweisverfahren zulassen.

## Literaturverzeichnis

---

- Aemisegger Heinz/Robert Florence Michèle, Sachverhaltsfeststellung und Sachverhaltsüberprüfung, in: *AJP* 2015, A. 1223 ff.
- Alexy Robert, *Theorie der Grundrechte*, 1. Aufl., 1985; 6. Aufl., 2011
- Apel Karl-Otto, *Diskurs und Verantwortung*, 1. Aufl., 1988; 4. Aufl., 1990
- Hürlimann-Kaup Bettina/Schmid Jörg, *Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2010
- Derrida Jacques, *Force of Law*, 1. Aufl., 1992; 5. Aufl., 2006
- Dworkin Ronald, *Taking Rights Seriously*, 1. Aufl., 1977
- Feyerabend Paul, *Against Method*, 1. Aufl., 1975; 4. Aufl., 2010; auf Deutsch: *Wider den Methodenzwang, suhrkamp taschenbuch wissenschaft 597*, 13. Aufl., 2013
- Fuller Lon, *The Morality of Law*, 1. Aufl., 1964; revidierte Aufl., 1977
- Gadamer H.-G., *Wahrheit und Methode*, 1. Aufl., 1960; 2. Aufl., 2011
- Gauch/Schluep, *Schweizerisches Obligationenrecht*, 10. Aufl., Luzern/Bern 2014
- Günther Klaus, *Der Sinn für Angemessenheit*, 1. Aufl., 1988
- Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 1992
- Habermas Jürgen, *Theorie des kommunikativen Handelns*, 1. Aufl., 1981, neue Auflage Band 1 und 2, 1988
- Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 8. Aufl., Zürich 2012
- Hart H.L.A., *The Concept of Law*, 1. Aufl., 1961; 3. Aufl., 2012
- Kant Immanuel, *Grundlegung zur Methaphysik der Sitten*, in: *ders., Kants gesammelte Schriften, Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.)*, Band IV, 1911, S. 385 ff.
- Kelsen Hans, *Reine Rechtslehre*, 1. Aufl., 1934; Studienausgabe 2008
- Kurer Peter, *Wenn das Paradigma wechselt: Rechtsrisiken in der globalen Welt* in: *GesKR* 2015, S. 329 ff.
- Luhmann Niklas, *Das Recht der Gesellschaft*, 1995
- Luhmann Niklas, *Soziale Systeme*, 1. Aufl., 1984; 15. Aufl., 2012
- Mahlmann Matthias, *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 3. Aufl., 2015
- Radbruch Gustav, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, *Süddeutsche Juristenzeitung* 1946, S. 105 – 108.
- Rawls John, *A Theorie of Justice*, 1. Aufl., 1971, 3. Aufl., 2013
- Rhinow René/Koller Heinrich/Kiss Christina/Turnherr Daniela /Brühl-Moser Denise, *Öffentliches Prozessrecht, Grundlagen und Bundesrechtspflege*, 3. Aufl., Basel 2014

Rüthers Bernd, Rechtsordnung und Wertordnung, Zur Ethik und Ideologie im Recht, Konstanzer Universitätsreden 155, Universitätsverlag Konstanz GmbH, Konstanz 1986

Tschannen Pierre/Zimmerli Ulrich/Müller Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., 2014

## Abkürzungsverzeichnis

---

Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis, Fachzeitschrift
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BV	Schweizerische Bundesverfassung von 1999
EU-DSV	Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung)
GesKR	Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, Fachzeitschrift
NZZ	Neue Züricher Zeitung
Rz.	Randziffer
S.	Seite
vgl.	vergleiche
VVG	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag von 1908
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch von 1907

## Auf [www.ruossvoegele.ch](http://www.ruossvoegele.ch) verfügbare Bulletins und Broschüren in PDF-Form

- 2016**
- Produktionsstandort Schweiz  
SWISS MADE – Was gilt für industrielle Produkte?  
Chasper Kamer, LL.M.
- 2015**
- Aufsichtsrechtliche Optimierung durch privatrechtliche Strukturierung (Beispiel Geldwäschereibekämpfung)  
Dr. Alois Rimle, LL.M.
  - Neue Meldepflichten beim Erwerb von Aktien  
Dr. Franziska Buob
  - Cloud Computing Hinweise zur Vertragsgestaltung  
Chasper Kamer Rechtsanwalt, LL.M.
  - Multifunktionale Rückversicherung nach Schweizer Recht  
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- 2014**
- Private Equity in der Schweiz: Rechtlicher Grundriss und neuere Rechtsprechung bis 2014  
Dr. Alois Rimle, LL.M.
  - Mehr Schutz für Versicherungsnehmer am Point of Sale (Deutsch und Englisch)  
Dr. Alois Rimle, LL.M.
  - Praktische Hinweise zum Umgang mit der schweizerischen Finanzmarktaufsicht (Deutsch und Englisch)  
Dr. Alois Rimle, LL.M.
  - Arbeitszeit und deren Erfassung  
Bigna Grauer
  - Regelung des Datenschutzes im multinationalen Konzern (eine Übersicht) (Deutsch und Englisch)  
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- 2013**
- Wettbewerbsabreden und Marktbeherrschung unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Versicherungsmarktes (Deutsch und Englisch)  
Dr. Alois Rimle, LL.M.
  - Geschäftsraummiete  
Chasper Kamer, LL. M.
  - Aufsichtsrechtliche Optimierung in der unabhängigen Vermögensverwaltung (Deutsch und Englisch)  
Dr. Alois Rimle, LL.M.
  - Verantwortlichkeit und Haftung des Verwaltungsrats (eine Übersicht) (RVP)
  - Umstrukturierungen im Versicherungskonzern (eine Übersicht)  
Dr. Alois Rimle, LL.M.
  - Der Vorsorgeauftrag – Delegieren Sie Ihre Sorge(n)  
Bigna Grauer
- 2012**
- Entwicklungen im Unternehmens- Datenschutzrecht der Schweiz und der EU im Jahr 2011  
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- 2011**
- Geplante Änderungen im schweizerischen Versicherungsvertragsrecht in Kürze (Deutsch und Englisch)  
Dr. Alois Rimle, LL.M.
  - Entwicklungen im schweizerischen Versicherungsrecht 2011/1 (Deutsch und Englisch)  
Dr. Alois Rimle, LL.M.
  - Entwicklungen im schweizerischen Transaktionsrecht 2011/1 (RVP)
  - Vermeidung der Regulierung von Private Equity-Investitionen in der Schweiz (Deutsch und Englisch)  
Dr. Alois Rimle, LL.M.; Alfred Gilgen, LL.M., N.Y. BAR
  - Durchsetzung von Geldforderungen nach der neuen ZPO  
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- 2010**
- Der Aktionärsbindungsvertrag  
Chasper Kamer, LL.M.
  - Regulierte Vertragsverhältnisse im schweizerischen Versicherungsgeschäft (Deutsch und Englisch)  
Dr. Alois Rimle, LL.M.
  - Entwicklungen im schweizerischen Transaktionsrecht 2010/1 (Deutsch und Englisch) (RVP)
  - Entwicklungen im Unternehmens-Datenschutzrecht der Schweiz und der EU 1/2010  
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- Entwicklungen im schweizerischen Banken- und Kapitalmarktrecht 2010/1 (Deutsch und Englisch)  
Dr. Alois Rimle, LL.M.
  - Entwicklungen im schweizerischen Versicherungsrecht 2010/1 (Deutsch und Englisch)  
Dr. Alois Rimle, LL.M.
  - Rechtliche Rahmenbedingungen der Unternehmenssanierung
- 2009**
- Entwicklungen im schweizerischen Transaktionsrecht 2009/2 (Deutsch und Englisch) (RVP)
  - Überstunden und Überzeit  
Dr. Franziska Buob
  - Entwicklungen im schweizerischen Versicherungs-, Banken- und Kapitalmarktrecht 2009/2 (Deutsch und Englisch)  
Dr. Alois Rimle, LL.M.
  - Entwicklungen im Datenschutzrecht für Unternehmen in der Schweiz und der EU 2009/2
  - Unternehmensleitung in Krisenzeiten  
Worauf es zu achten gilt  
Dr. Franziska Buob
  - Entwicklungen im schweizerischen Versicherungs-, Banken- und Kapitalmarktrecht 2009/1 (Deutsch und Englisch)  
Dr. Alois Rimle, LL.M.
  - Entwicklungen im Datenschutzrecht für Unternehmen in der Schweiz und der EU 2009/1 (Deutsch und Englisch)  
Dr. Alois Rimle, LL.M.
  - Entwicklungen im schweizerischen Transaktionsrecht 2009/1 (RVP)
- 2008**
- Revision des Revisionsrechtes: Eine Übersicht über die wichtigsten Neuerungen  
Sara Sager
  - Entwicklung im schweizerischen Versicherungs-, Banken- und Kapitalmarktrecht 2008/2 (Deutsch und Englisch)  
Dr. Alois Rimle, LL.M.
  - Vom Prozessieren  
Dr. Franziska Buob
  - Liegenschaften im Erbgang: Häufige Tücken und Fallen (Teil I: Nachlassplanung)  
Pio R. Ruoss
  - Outsourcing  
Dr. Marc M. Strolz
  - IP IT Outsourcing  
Pascale Gola, LL.M.
  - Entwicklung im schweizerischen Versicherungs-, Banken- und Kapitalmarktrecht 2008/1 (Deutsch und Englisch)  
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- 2007**
- Aktuelles aus dem Bereich des Immaterialgüter- und Firmenrechts  
Dr. Martina Altenpohl
  - Die „kleine Aktienrechtsreform“ und Neuerungen im Recht der GmbH  
Chasper Kamer, LL.M.
  - Swiss Insurance Law Update 2007/1  
Dr. Alois Rimle, LL.M.
  - Privatbestechung (Art. 4a UWG)  
Dr. Reto T. Ruoss
  - Neue Phase der Freizügigkeit für EU/EFTA-Bürger, deren Familienangehörige und Erbringer von Dienstleistungen in der Schweiz  
Alfred Gilgen, LL.M.
  - Revidiertes Datenschutzrecht für Unternehmen in der Schweiz  
Dr. Alois Rimle, LL.M.
  - Aktuelles aus dem Bereich des Wettbewerbs- und Immaterialgüterrechts  
Chasper Kamer, LL.M.
  - Actions Required under New Swiss Collective Investment Schemes Act  
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- 2006**
- Dokumenten- und Datenaufbewahrung im schweizerischen Unternehmen  
Dr. Alois Rimle, LL.M.
  - Schweizerische Versicherungs- und Vermittleraufsicht  
Dr. Alois Rimle, LL.M.