

# Grundzüge des Rechts

53354 characters in 5824 words on 1212 lines

Florian Moser

August 19, 2021

## 1 rechtsordnung

### 1.1 was ist recht

#### **naturrechtler**

recht steht im einklang mit grund- und menschenrechten  
falls widerspruch, nach definition nicht "recht"  
somit recht in engem verhältnis zu gerechtigkeit

#### **rechtspositivismus**

alles staatlich gesetzte rechte ist "recht" (unabhängig inhalt)  
trennt moral und recht  
kritik der legitimation von recht von schurkenstaaten

### 1.2 rechtsordnung

materielles recht (welche rechte stehen zu)  
formelles recht (wie können rechte durchgesetzt werden)

#### **(materielles) öffentliches recht**

staatsrecht (aufgaben & kompetenzen organe, grundrechte)  
verwaltungsrecht (formen des handelns & organisation)  
strafrecht

#### **(materielles) zivilrecht**

personenrecht (familienrecht, erbrecht, sachecht)  
schuld- und vertragsrecht  
nebenerlasse (partnerschaftsgesetz, lex koller, pfandbriefgesetz)

#### **handels- und wirtschaftsrecht**

gesellschaftsrecht  
nebenerlasse (kartell-, banken-, kapitalmarkt-, immaterialgüterrecht)

#### **formelles recht**

verfahrensrecht  
vollstreckungsrecht

#### **beispiele**

wahlperiode 4 jahre (staatsrecht)  
förderung baumanbau (verwaltungsrecht)  
geringere strafe bei geständnis (strafrecht)  
notarielles testament (zivilrecht)

### 1.3 verfahrensrecht

#### **zivilprozessrecht**

durchsetzung zivilrechtliche ansprüche  
durchführung zivilprozess

#### **strafprozessrecht**

durchsetzung materielles strafrecht  
durchführung strafprozess  
insbesondere schutzvorschriften für angeklagten

#### **verwaltungsverfahrensrecht**

durchsetzung materielles verwaltungsrecht  
durchführung verwaltungsverfahren  
starke formalisierung für rechtssicherheit gegenüber staat

### 1.4 zuständigkeiten

kantone souverän, bestimmte rechte an bund übertragen  
zuweisung/einfüllung staatlicher aufgaben nach subsidiarität  
privatrecht bei bund

#### **subsidiaritätsprinzip**

gesellschaftsethisches prinzip  
aufgabe soll von kleinster möglicher einheit ausgeführt werden  
für freiheitssicherung & autonomie (kontrolle einfacher, näher an realität)  
für ökonomische effizienz (informationsvorsprung, ...)  
aber zentralisierung hat skaleneffekte  
aber zentralisierung kann übergreifende probleme lösen (umweltschutz)

### 1.5 öffentliches recht vs privatrecht

kompetenz (kantone vs bund)  
inhaltlich (legalitätsprinzip vs privatautonomie)  
durchsetzung (verwaltungsbehörden/gerichte vs klage vor zivilgericht)

#### **zwingendes recht vs dispositives recht**

meist dispositives privatrecht erlaubt vom gesetz abweichende regelungen  
ausnahmen formvorschriften, persönlichkeitschutz, öffentliches interesse  
öffentliches recht meist zwingendes recht  
ausnahmen öffentlich-rechtliche verträge

#### **klare regeln vs abstrakte generelle formulierung**

klare regeln erlauben rechtssicherheit  
aber edge-cases, abuse durch rechtsexperten  
grundsätze erlauben gerichte auf einzelfälle einzugehen  
jedoch schwammig, keine rechtssicherheit

#### **theorien öffentliches recht vs privatrecht**

subordinationstheorie (hoheitlich vs gleichrangig)  
aber staat verhandelt auch mit anderen (gleichrangigen) staaten  
subjektstheorie (staat/privat oder staat/organe vs private)  
aber staat beschafft bei privaten (unter privatrecht)  
interessentheorie (öffentliches vs privates interesse)  
funktionstheorie (erfüllung öffentlicher vs privater aufgaben)  
aber beide tautologisch definiert  
⇒ theorien sind nicht trennscharf, kombiniert angewandt jedoch nützlich

#### **verfassung als gesellschaftsvertrag**

(nach rousseau, hobbess, lockes)  
wie staatsgewalt / regeln nur legitim wenn zustimmungsfähig  
"zustimmungsfähig" bei zustimmung im "veil of ignorance" (rawls)  
bevor man weiss ob glück/unglück (motiviert AHV, IV, ALV)

### 1.6 anwendungsvorrang

bundesgesetze und völkerrecht massgebend für bundesgericht  
darf gesetze mit verfassung abgleichen (kein prüfungsverbot)  
aber darf bundesgesetze nicht ausser kraft setzen (anwendungsgebot)  
über verordnungen / kantonales recht kann aber entschieden werden

#### **diskussion**

+ bundesgesetze bereits demokratisch legitimiert  
+ volk kann bundesgesetze direkt beeinflussen  
+ richter sollen volkswillen nicht zunichte machen können  
- grundrechte werden nicht geschützt  
- minderheiten werden nicht vor "diktatur der mehrheit" geschützt

#### **internationale perspektive**

CH bundesgericht kann nur einfluss auf politik nehmen (durch prüfung)  
USA/FR/DE verfassungsgericht kann gesetze ausser kraft setzen  
USA kann nur klagen wer persönlich betroffen, DE auch Abgeordnete  
in krisenzeiten tendieren höchste gerichte jedoch zur zurückhaltung

#### **realität des machgefüges**

exekutive hat armee, legislative populistische meinung  
wenn nun judikative entscheidung trifft, dann vermutlich nicht umsetzbar  
zB internierung japanische minderheit während WW2 in den USA  
verfassungsgericht sagte OK weil NOK umsetzung unrealistisch  
mögl. präzedenzfall mit verlust von autorität

### 1.7 normenhierarchie

#### **bundesverfassung**

änderung braucht qualifiziertes mehr von volk und kantonen  
enthält zivilnormen, grundrechte, kompetenznormen,  
organisationsvorschriften

#### **bundesgesetz**

enthält generell (an alle) abstrakte (keine einzelfälle) normen  
verfassungsmässigkeit nicht überprüfbar (demokratisches prinzip)  
enthält einschneidende eingriffe in grundrechte  
veröffentlichung in amtlicher & systematischer sammlung bundesrecht

## **rechtverordnung**

präzisierung bestehender gesetze zur anwendung/ausführung  
flexibel, dafür vor gericht anfechtbar  
erlassen von zuständiger behörde oder übergeordneter verwaltungs-  
publizierung in bundesblatt, amtsblatt, kreisschreiben, ...

## **gewohnheitsrecht**

langjährige, ununterbrochene, einheitliche praxis der verwaltungsbehörden  
füllt lücke in geschriebenem recht (aber widerspricht nicht)  
zB zwei sitze in kantonsrat obwohl gemeinde mathematisch zu klein  
bundesgericht entschied OK weil gewohnheitsrecht

## **richterrecht**

präzisierung recht mittels auslegung  
wichtig bundesgericht (amtliche sammlung BGE) und kantonalgerichte

## **1.8 ausarbeitung gesetz**

### **initiative**

ratsmitglieder, kommissionen & fraktionen  
bundesrat  
kantone

### **ausarbeitung gesetzentwurf**

mitwirkung bundesrat (vorverfahren, vernehmlassung, botschaft)  
vernehmlassung bezieht interessensgruppen mit ein (verhindert referenden)  
botschaft durch parlament, vorberatung in kommissionen  
lobbyarbeit (einbringung einschlägiges wissen und interessen)

### **beratung/verabschiedung in räten**

getrennte beratung und abstimmung in national- & ständerat  
differenzbereinigungsverfahren wenn beschlüsse unterschiedlich

### **fakultatives referendum**

gegen bundesgesetze mit geltungsdauer > 1 jahr  
bei 50'000 stimmberechtigten oder 8 kantonen

### **inkrafttreten**

nach ablauf referendumsfrist  
sammlung unterschritten muss 100 tage ab veröffentlichung stattfinden

## **2 staatsorganisationsrecht**

"grundlage und schranke staatlichen handelns ist das recht" - BV

### **2.1 legalitätsprinzip**

staatliches handeln durch recht bestimmt (vs absolutistischer staat)  
gesetzesvorrang (massnahme muss gesetzeskonform sein)  
gesetzesvorbehalt (tätigkeit muss gesetzlich gefordert sein)

### **motivation**

rechtssicherheit (tätigkeit nur aufgrund gesetze)  
rechtsgleichheit (handeln aufgrund allgemeiner regeln)  
freiheit individuum vor (willkürlichen) staatlichen eingriffen  
demokratische legitimisation staatliches handeln (da bund gesetze macht)

### **bestimmtheitsgrundsatz**

generalklauseln ("alles tun was nötig") sind zu vermeiden  
daher bestimmungsgrundsatz für vorhersehbarkeit in einzelfällen  
abwägung rechtssicherheit vs flexibilität  
anwendung strikt bei wichtigen gesetzen (wie grundrechten)  
anwendung flexibler bei technischem verwaltungshandeln

### **beispiel studiengebührenerhöhung**

gebührenerhöhung studiengebühren ohne gesetzliche grundlage  
2004 bundesgericht gibt OK CHF 600 → CHF 700  
weil im rahmen teuerung & vergleichbar zu anderen unis  
2014 erhöhung CHF 700 → CHF 850, skuba hat anklage eingereicht  
jedoch vergessen kostenvorschuss zu bezahlen, daher kein urteil

## **2.2 gewaltenteilung**

### **horizontale gewaltenteilung (funktional)**

legislative (bundesversammlung), primär legislative & finanzhoheit  
exekutive (bundesrat), primär regierung und verwaltung  
judikative (gerichte)

### **vertikale gewaltenteilung (institutionell)**

föderalismus wirkt beschränkend zur machtzentrierung  
bund, kantone, gemeinde

### **aristotelische lehre**

gutes system driftet jeweils ab in verfallsform  
monarchie (alleinherrschaft) → tyrannei (tyrannenherrschaft)

aristokratie (herrschaft der besten) → oligarchie (herrschaft der reichen)  
demokratie (herrschaft des volkes) → ochlokratie (herrschaft des pöbels)

### **nach montesquieu**

um aristotelischer lehre entgegen zu treten  
legislative nach demokratischem prinzip  
exekutive nach monarchischem prinzip  
judikative nach aristokratischem prinzip

### **schweizer ausprägung**

demokratisches element am stärksten  
exekutive geschwächt durch kollegium  
judikative wird gewählt (in der praxis exzellente juristen)  
staatstheoretiker würden abdriften in ochlokratie fürchten  
jedoch grosse beteiligung volk macht volk uU verantwortungsvoller

## **2.3 horizontale gewaltenteilung**

### **bundesversammlung**

zweikammer-system (national und ständerat)  
verfassungs- und gesetzgebung  
wahl bundesrat, bundeskanzler, richter bundesgericht, kriegsgeneral  
genehmigung völkerrechtlicher verträge  
finanzkompetenzen  
kontrollfunktionen über bundesverwaltung/gerichte/PUKs  
nur beschränkte sanktionierungskompetenz

### **bundesrat**

amtsdauer 4 jahre (inkl. wiederwahl)  
richtlinienkompetenz  
information der öffentlichkeit  
äussere und innere sicherheit  
entwürfe von gesetzen, verordnungsrecht  
spitze der verwaltung

### **justiz**

bundesgericht (bunde- und völkerrecht, verfassungsmässigkeit)  
kantonsrecht, streitigkeiten bund/kantone)  
kantonsgerichte übernehmen meiste richterliche aufgaben  
aufteilung in zivil-, straf-, verwaltungsgerichte  
gerichte unabhängig (wenig finanzkontrolle) jedoch auch inflexibel

### **personelle gewaltenteilung**

nationalrat != ständerat != bundesrichter != bundesrat  
damit gewaltenteilung nicht unterlaufen wird

## **2.4 vertikale gewaltenteilung (föderalismus)**

bund, kantone, gemeinde

### **kantone**

grundsätzlich alle kompetenzen, ausser explizit an bund übertragen  
wie organisations-, polizei-, baurecht, schul- und gesundheitswesen  
autonomie der kantone sinkt tendenziell (weniger bei verwaltungen)  
jedoch ständemehr, standesreferendum, standesinitiative

### **gemeinden**

grundsätzlich gemeindeautonomie, unter aufsicht kanton  
kann eigene gesetze und verwaltung definieren  
wie bau-, polizei-, landschaftsrecht  
wie infrastruktur (wasser, abfall, strassen), kultur, schulen  
interkommunale vereinbarungen für spitäler, abwasser, altersheime, ...

### **kompetenzenaufteilung**

ausschliessliche bundeskompetenz (kantonsregelungen unwirksam)  
wie kernenergie, zollwesen; "anfängliche derogation"  
konkurrierende bundeskompetenz (kantonsregelungen verdrängt)  
wie umwelt-, gewässerschutz; "nachträgliche derogation"  
parallele kompetenzen (beide regelungen existieren)  
wie hochschulen, einkommenssteuer  
grundsatzkompetenzen bund (festlegung grundsätzlicher prinzipien)  
wie raumplanung, nutzung erneuerbarer energien

### **beispiel kompetenz**

appenzell autofreie sonntage → nein, weil bundeskompetenz

## **3 grundrechte**

### **3.1 abwehr vs leistungsrechte**

#### **abwehrrechte**

verpflichtet staat zu unterlassung  
historisch zuerst im fokus (überwindung absolutismus)  
wie freiheitsrechte

## **leistungsrechte**

anspruch des individuum auf staatliche leistung  
anerkennung sozialer grundrechte umstritten (zb recht auf arbeit)  
wie rechtsgleichheit, soziale grundrechte

## **viele (soziale) grundrechte**

weitere mögl. grundrechte wie recht auf arbeit, grundrente  
negative korrelation von vielen grundrechten <=> durchsetzung  
weil staaten mit vielen grundrechten jung (unerfahren)  
weil zT schwer umsetzbar (bruch grundrechte wird normalisiert)

## **3.2 grundrechte**

rechte die allen menschen gemäss verfassung gewährt werden  
vs menschenrechten die überall gewährt werden (grundrechte superset)  
vs bürgerrechten die nur bürgern zustehen (wie abstimmen)

## **freiheitsrechte (abwehrrechte)**

freiheit vom staat  
wie menschenwürde, recht auf leben, privatsphäre  
wie glaubens-, meinungs-, informationsfreiheit  
wie wissenschafts-, kunstfreiheit  
wie versammlungs-, vereinigungs-, niederlassungsfreiheit  
wie schutz vor ausweisung, auslieferung  
wie eigentumsgarantie & wirtschaftsfreiheit

## **rechtsgleichheit**

staatliche garantien  
wie rechtsgleichheit, willkürverbot  
wie verfahrensgarantien  
wie grundsätze der Besteuerung  
wie petitionsrecht

## **soziale grundrechte**

staatliche leistungen  
wie grundschulunterricht, recht auf hilfe in notlagen  
in schweiz relativ zurückhaltend

## **vs menschenrechte**

vorpositives recht  
steht menschen von natur aus zu (nicht nur bürgern)

## **3.3 funktionen**

### **grundrechte als ordnungsprinzipien**

leitziele für gesetzgeber zur ausgestaltung rechtsordnung  
interpretation von gesetzen folgen grundrechte

### **träger von grundrechten**

natürliche personen (mit privilegien schweizer bürger, minderjähriger)  
juristische personen (soweit natur des grundrechts dies zulässt)  
öffentlich-rechtliche körper (jedoch teil des staates)

### **adressaten**

sämtliche staatliche stellen (ursprünglich dafür geschaffen)  
unter privaten "sofern dazu geeignet"

### **minderheitenschutz**

grundrechte schützen minderheit gegenüber mehrheit  
in CH, stärkere demokratie aber minderheitsrechte schwächer  
europäische menschenrechtskommission (EMRK) gilt auch in der schweiz

## **3.4 beispiele grundrechte**

### **meinungs-, informations- und versammlungsfreiheit**

alle dürfen frei Meinungen bilden und ungehindert äussern/verbreiten  
gleiches gilt für die organisation von versammlungen

### **recht auf leben**

todesstrafe verboten, körperliche & geistige freiheit  
jedoch unklar beginn / ende leben

### **eigentumsgarantie**

gewährleistung eigentum  
enteignung / eigentumsbeschränkungen werden voll entschädigt  
wie grundstücke, bewegliche sachen, inhaberschaft rechte/forderungen/IP

### **rechtsgleichheit**

alle menschen vor gesetz gleich  
keine diskriminierung aufgrund herkunft, rasse, geschlecht, alter, sprache,  
soziale stellung, religiöse Überzeugung  
mann und frau gleichberechtigt ("gleicher lohn für gleiche arbeit")  
aber ungleiches ist auch ungleich zu behandeln  
wie maukorbzwang für kampfhunde da aggressiver als andere hunde

## **3.5 einschränkung grundrechte**

### **voraussetzungen**

gesetzliche grundlage  
berechtigtes öffentliches interesse / schutz grundrechte dritter  
verhältnismässigkeit (eignung, erforderlichkeit, zumutbarkeit)  
wahrung kerngehalt grundrecht

## **3.6 fallbeispiele grundrechte**

### **tierhalteverbot tierquäler (erwerbsfreiheit)**

gesetzliche grundlage (ja, tierschutzgesetz)  
öffentliches interesse (ja, würde des tiers)  
eignung (ja, weil dann tiere mehr gequält werden können)  
erforderlichkeit (ja, da keine milderen massnahmen)  
zumutbar (ja, da andere berufe möglich)  
kerngehaltsgarantie (ja, da erwerb anderes bestritten werden kann)

### **unbegrenztes demonstrationsverbot corona (versammlungsfreiheit)**

gesetzliche grundlage (ja)  
öffentliches interesse (ja)  
geeignet (ja, da sich weniger leute treffen)  
erforderlich (unklar da einfluss auf pandemieverlauf unbestimmt)  
zumutbar (unklar da dauer pandemie unbestimmt)  
kerngehaltsgarantie (nein, da zeitlich unbegrenzt)

### **verbot "starke knochen" milchwerbung (informationsfreiheit)**

gesetzliche grundlage (ja, weil täuschungsverbot lebensmitteln)  
öffentliches interesse (ja, täuschungen sollen verhindert werden)  
eignung (ja, täuschung erfolgt nicht mehr)  
erforderlich (ja, kein milderes mittel)  
zumutbar (ja, verhältnismässigkeit gewahrt)  
kerngehaltsgarantie (ja, kann anderes informieren)

### **verbot flyerverteilung ETH (informationsfreiheit)**

gesetzliche grundlage (ja, raumbenützungsreglement ETH)  
öffentliches interesse (ja, geordneter betrieb aller eingänge)  
jedoch nicht verhältnismässig (da durchführung mit auflagen möglich)

### **verordnung strafprozess BS**

überwachung postverkehr sofern drei bedingungen erfüllt  
schweres vergehen, verdächtige täterschaft, notwenig zur ermittlung  
eingriff grundrecht (ja), gesetzliche grundlage (ja)  
verhältnismässigkeit unklar da unbestimmte formulierung  
bundesgericht sagt OK weil "vielgestaltigkeit der verhältnisse"  
+verfahrensrechtliche garantien (berichts-, benachrichtigungspflicht)

### **lauschangriff DE, AU, CH**

strafverfolgungsbehörden durften bürger präventiv abhören  
trotz legalem betragen findet eingriff in grundrechte statt  
ausgleichende massnahmen für betroffene wie benachrichtigungspflicht

### **einschränkung 1-mai umzug (versammlungsfreiheit)**

verbot wäre nicht zulässig gewesen  
jedoch einschränkung zumutbar, kerngehalt gewahrt

### **polizeibeamter namenschild (recht auf leben)**

beamter klagt wegen befürchtung vermehrter persönlicher angriffe  
bundesgericht entscheidet einschränkung ist OK

### **waffenentzug (eigentumsgarantie)**

straftäter wird waffen entzogen und staat behält erlös  
bundesgericht entscheidet dass entziehung OK  
jedoch entschädigungslos unverhältnismässig => staat muss entschädigen

### **versicherungsprämien (diskriminierungsverbot)**

albaner zahlen 2.2 mal mehr wie schweizer bürger  
nicht diskriminierung da statistisch begründet

## **4 verwaltungsrecht**

### **4.1 begriff der verwaltung**

#### **organisatorischer sinn**

verwaltungsbehörden  
privatrechtssubjekte die verwaltungsaufgaben erfüllen

#### **funktioneller sinn**

negative definition  
im gegensatz zur rechtssetzung (politik) & rechtssprechung (gerichte)

### **4.2 aufbau verwaltungsrecht**

grosser rechtsumfang, kategorisierung zur übersichtlichkeit

allgemeines verwaltungsrecht primär ergeben aus rechtssprechung  
besonderes verwaltungsrecht sehr hohe regelungsdichte

#### **allgemeines verwaltungsrecht**

organisation der verwaltung  
formen des verwaltungshandelns  
allgemeine grundsätze des verwaltungshandelns

#### **besonderes verwaltungsrecht**

staatshaftungsrecht  
polizeirecht  
raumplanungs-, umweltschutz- und landwirtschaftsrecht  
wirtschaftsverwaltungsrecht  
sozialversicherungsrecht

### **4.3 wirkungen der verwaltung**

#### **eingriffsverwaltung**

verwaltung greift in rechtspositionen des bürgers ein  
zB bau-, demonstrationsverbot

#### **leistungsverwaltung**

verwaltung gewährt bürger staatliche leistungen  
zB finanzielle unterstützung, sachleistungen, subventionen

### **4.4 verwaltungshandeln**

#### **rechtsnorm vs einzelakt**

generelle rechtsnormen mit abstrakten gegenständen  
individuelle einzelakte mit konkretem gegenstand  
verwaltung erlässt verordnungen (abstrakt) und verfügungen (individuell)

### **4.5 verfügung**

hoheitliche, einseitige, individuell-konkrete anordnung einer behörde  
anwendung von verwaltungsrecht mit rechtswirkung nach aussen  
verbindlich und erzwingbar  
wie baubewilligung, konzessionen, führerausweis

#### **inhalt**

"verfügt", behörde, begründung, datum  
massnahmen/feststellungen inkl. rechtsmittelbelehrung  
mündlich oder schriftlich je nach kantonalem recht  
schriftlich bei bundesverwaltungsrecht

#### **fehlerhafte verfügungen**

grundsätzlich rechtswirksam, aber anfechtbar  
fehler muss schwerwiegend sein damit verfügung nichtig wird  
zB zuständigkeitsfehler (falsche behörde)  
zB verfahrenfehler (fristen überschritten)  
zB inhaltliche fehler (falscher adressat)

#### **allgemeinverfügung**

richtet sich an generellen personenkreis  
spezifiziert mögl. eine explizite vertretung  
verfahrenstechnisch gleich einer verfügung  
wie fahrverbotsschild

### **4.6 realakt**

tatsächliches verwaltungshandeln (ohne verfügung)  
zB unterhalt strassen, löschen brand, empfehlungen

#### **anfechtung**

bürger kann underlassung wiederrechtlicher handlung verlangen  
sowie deren folgen zu beseitigen  
nachträglich wird verfügung ausgestellt & angefochten

### **4.7 verwaltungsrechtlicher vertrag**

wie vertrag, jedoch anwendung verwaltungsrecht  
zur erfüllung öffentlicher aufgabe / zweck

#### **vertragsarten**

koordinationsrechtlich (gemeinde <=> kanton)  
subordinationsrechtlich (staat <=> private)

#### **beispiele**

erschliessungsverträge, public-private partnership  
bewirtschaftungsverträge, enteignungsverträge  
prozessrechtliche vergleichsverträge

### **4.8 durchsetzung**

#### **exekutorische sanktionen**

unmittelbare durchsetzung von verwaltungsrechtlichen pflichten

wie schuldbetreibung, ersatzvornahme, unmittelbarer zwang

#### **repressive sanktionen**

ahndung unrecht zur verhinderung künftiger pflichtverletzungen  
wie verwaltungsstrafen, disziplinar massnahmen

### **4.9 grundsätze verwaltungshandeln**

#### **legalitätsprinzip**

staatliches handeln durch recht bestimmt  
(bereits diskutiert)

#### **verhältnismässigkeit**

eignung (erfolg wird erreicht)  
erforderlichkeit (mildestes mittel das zur verfügung steht)  
zumutbar nach abwägung privates/öffentliches interesse

#### **vertrauensschutz**

bürger dürfen sich auf zusicherungen verlassen  
verbot widersprüchliches verhalten (positionen sind nicht variabel)  
verbot rechtsmissbräuchlichem verhalten (inkl. zweckentfremdend)

#### **ermessen**

unbestimmte rechtsbegriffe werden durch verwaltung interpretiert  
weil nicht alle zukünftigen rechtsfragen vorhergesehen werden können  
verwaltung legt gesetze aus (gewaltenteilung vs flexibilität)  
entschlussungsermessen ("ob") und auswahlermessen ("was")

#### **ermessensfehler**

über- und unterschreitung, ermessensmissbrauch  
gerichtlich überprüfbar ob fehler vorliegt  
innerhalb ermessen aber nicht gerichtlich überprüfbar  
jedoch kann übergeordnete behörde entscheide ändern

## **5 vertragsrecht**

### **5.1 motivation**

freiwillige transaktionen erhöhen wohlfahrt  
darum grundsatz Vertragsfreiheit mit staatlicher durchsetzung  
ermöglicht Privatautonomie (regelung geschäfte unter bürgern)

#### **ex-ante vs ex-post**

ex-ante (vorher) interessen unterschieden von ex-post (nachher)  
ex-ante alignment nutzen um ex-post divergenz zu überwinden

#### **aesop schlangengleichnis**

bauerer rettet Schlange aber wird nachher zu tode gebissen  
Schlange würde daher nicht gerettet werden & sterben  
vertrag mit zusicherungen ermöglicht der Schlange zu überleben  
mit Schlange Schadenersatz vereinbaren falls biss erfolgt  
oder Schlange einwilligen lassen maulkorb zu tragen

#### **"market for lemons"**

als motivation zur durchsetzung von gewährleistungen  
werden high/low quality güter angeboten, wird erwartungswert gezahlt  
dadurch steigen high quality güter aus, durchschnittsqualität sinkt  
dadurch sinkt wiederum erwartungswert, ..., nur lowest-quality überleben

#### **transaktionskosten**

reibungslose transaktionen nötig für spezialisierte gesellschaft  
gerichtlich durchsetzbare verträge erforderlich  
juristen sind transaktionskosteningenieure (tief halten)  
als ersatz für historisch genutzte reputation

#### **verbreitung**

produkt / dienstleistung kaufen, mietvertrag, anstellungsvertrag  
plea bargings (vergleiche, ...) im strafrecht  
verfassung als gesellschaftsvertrag

#### **ziele**

Privatautonomie (regelung verhältnis zwischen Privatpersonen)  
tiefe transaktionskosten (sinnvolle grundregelungen)  
verkehrssicherheit (vertrauen in erfüllung legitimer erwartungen)  
rechtsfrieden (verjährung, geographische limitierung)  
paternalistische motive ((zwangs-)schutz der schutzbedürftigen)  
soziale gerechtigkeit (jedoch nur geringe ausprägung)

### **5.2 rechtsquellen**

bundesrecht, insbesondere obligationenrecht (OR)  
weitere gesetze wie gegen unlauteren wettbewerb (UWG)  
internationales recht (UN konvention CSIG, institut UNIDROIT)  
judikator / gerichtliche auslegung (interpretation durch gerichte)

#### **warum privatrechtliche regelungen**

damit sich vertragsparteien auf wesentliches fokussieren können  
sinnvolle klauseln sind der standard (zB ehevertrag, gewährleistung)  
regelungen sind jedoch dispositiv (änderbar)

#### **privatautonomie**

privatrecht meist frei wählbar (dispositiv)  
bezüglich vertrapartner (abschlussfreiheit)  
bezüglich vertrag (inhaltsfreiheit)  
ausnahmen (schutz schwächerer, formvorschriften, öffentliche interessen)

#### **aufbau obligationenrecht (OR)**

allgemeiner teil (Art. 1 - 183) für alle verträge  
besonderer teil (Art. 184 - 512) für spezifische(nominats-) verträge

#### **nominatverträge**

veräusserungsverträge (kauf, tausch, schenkung)  
gebrauchsüberlassungsverträge (miete, pacht, darlehen)  
dienstleistungsverträge (auftrag, makler, fracht, vermittlung)  
drittbeteiligungsvertrag (bürgschaft)

#### **innominatverträge**

vertragsfreiheit erlaubt gesetzlich nicht geregelte vertragsarten  
mischverträge (charakteristika mehrerer vertragstypen)  
verträge sui generis (neuschöpfungen ohne dominatem vertragstyp)

#### **internationales privatrecht (IPRG)**

bundesgesetz welche staatliche rechtsordnung anwendbar ist  
bei grenzüberschreitenden verträgen freie rechtswahl möglich  
wenn unbestimmt engster räumlicher zusammenhang ausschlaggebend  
wie gewöhnlicher aufenthalt/niederlassung des verkäufers  
ausser verbraucherschutzrecht; es gilt wohnsitz des verbrauches

### **5.3 allgemeine geschäftsbedingungen**

vorformulierte klauseln auf vielzahl verträge anwendbar  
effizient, aber problematisch aus sicht privatautonomie (weil ungelesen)

#### **aufnahme als teil vertrages**

wenn ausdrücklich oder global übernommen (existenz ersichtlich)  
im web muss per click akzeptiert werden (scroll nicht genug)  
kenntnis des inhalts unerheblich

#### **wirksamkeit**

grosszügige interpretationsauslegung durch gerichte  
unklare klauseln zulasten verfassers  
ungewöhnliche/unerwartbare klauseln nicht anwendbar

### **5.4 vertragsrecht**

#### **vertragsformen**

vereinbarung / "cheap talk" (kein interessenskonflikt)  
bei koordinationsproblemen wie rechtsverkehr strasse  
handkauf / spot transaction (vertrag nicht erforderlich)  
bei simultanen aktionen wie kauf apfel  
rechtlich bindende verträge (vertrag erforderlich)  
bei sequentiellen transaktionen wie versicherung

#### **inhalt**

entstehung (besteht ein aktiver vertrag)  
durchsetzbarkeit (nichtigkeit, gerichtliche anfechtbarkeit)  
auslegung (umsetzung der formulierungen)  
rechtsbehelfen (was passiert bei leistungstörungen, nichterfüllung)  
faktoren werden eins nach dem anderen entschieden  
mischung aus allgemeinen & spezifischen regelungen

### **5.5 abschlussfreiheit**

grundsätzlich ja, damit mehrwert entsteht  
verfassung Art 10 (persönliche freiheit)  
verfassung Art 28 (wirtschaftsfreiheit)  
positiv (darf abschliessen) als auch negativ (muss nicht abschliessen)  
aber kontrahierungszwang für monopol/essentielle güter  
aber diskriminierungsverbot aus strafgesetzbuch Art 261  
aber vorverkaufsrecht miteigentümer

#### **inhaltsfreiheit**

grundsätzlich ja, da die vertragsparteien am besten einschätzen können  
aber widerrechtlich (auftragsmord, kartellabsprachen, drogendeal)  
aber sittenwidrig (prostitution, organhandel, ...)  
da negative externalitäten (rehabilitationszentren, kleinkriminalität)

#### **diskriminierungsverbot**

umschliesst mann/frau, behinderte, rassen (nicht alter, statur, ...)  
jedoch bei "sittenwidrigkeiten" vertrag auch nichtig

#### **äquivalenzstörung**

grundsätzlich wird zurückhaltend eingegriffen  
da subjektiver / objektiver wert mögl. unterschiedlich  
aber preisregulierung (mindestlohn, mietpreise)  
aber laesio enormis kirchenrecht (vertrag ungültig falls preis < wert/2)  
aber übervorteilung (schwierige differenzierung)

### **5.6 entstehung**

durch antrag (offerte, anbot) und annahme (akzept)  
antrag braucht bindungswille & wesentliche punkte (essentialia negotii)  
annahme braucht übereinstimmung mit antrag; muss nicht explizit sein  
mündlicher vertragsabschluss möglich (aber beweis schwierig)

#### **beispiele vertrags(nicht)entstehung**

als theaterstück vorgetragen (nein, weil kein bindungswille)  
"auto abkaufen?" (nein, weil preis nicht genannt)  
"auto zu marktpreis?" (ja, da preis bestimmbar)  
ablehnung (nein + beendet anbot; spätere annahme verfällt)  
lange antwortzeit (nein, da nur während vernünftiger frist gebunden)  
annahme unterschiedlich als vorschlag (nein, entspricht gegenantrag)  
annahme unter bedingung (nein, entspricht gegenantrag)  
ablehnung durch handlung (nein, verpflichtende handlung nicht möglich)  
annahme durch handlung mit alternativem zweck wie weggehen (nein)  
wiederruf nach ankunft offerte mit brief (nicht möglich in CH)  
wiederruf vor ankunft offerte mit brief (möglich in CH)  
"ankunft" als "zugang in den machtbereich" wie briefkasten

#### **formfreiheit**

grundsätzlich ja, da rechtsschutz von alle genossen werden soll  
aber schutz-/überleitungsfunktion (schenkung)  
aber beweiskfunktion (testament)  
aber rechtssicherheit / publizierungsfunktion (grundstücke, zefix)  
aber kanalisierungsfunktion (explizites ende verhandlungen)

#### **arten von formfortschritten**

einfache schriftlichkeit (schriftliche erklärung, unterschrift)  
wie lehrvertrag, schenkungsversprechen  
qualifizierte schriftlichkeit (qualifizierte merkmale wie formular)  
wie mietzinserhöhung (formular), testament (handschrift)  
öffentliche beurkundung (festgelegtes verfahren, notar)  
wie grundstückskauf, erbvertrag  
registereintrag (bestimmte gesetzliche voraussetzungen)  
wie übertragung von grundstücken, gründung GmbH / AGs  
aber transaktionen teurer  
aber täuschungsgefahr durch besser informierte partei

#### **pflichten vor vertragsabschluss**

keine, erst mit abschluss entstehen pflichten  
jedoch möglicherweise bereits vorvertragliches schuldverhältnis  
dieser verpflichtet zu verhandlung nach treu und glauben  
wie vertragszusatz "noch abklärung mit bank ob finanzierung OK"

### **5.7 nichtigkeit**

abwägung schutz privatautonomie vs verkehrsschutz  
rechtsgeschäft bleibt gültig bis erfolgreich vor gericht angefochten

#### **gründe**

geschäftsunfähigkeit (mangelnde erfahrung, intellekt)  
wie kinder (ausser taschengeldparagraph), behinderte, drogen  
willensmangel (irrtum, fälschung, furchterregung)  
verursachung externalitäten (auftragkiller, kartellabsprachen)  
formungültigkeit (unterschrift nicht notariert, ...)

#### **paternalismus**

zum schutz schützenswerter personen (beseitigung schikane, ausbeutung)  
jedoch umkehrereffekt (stereotypen, bevormundung, einschränkung zugang)

#### **beschränkung inhaltsfreiheit**

äquivalenzstörungen (sehr unfair; zurückhaltend angewandt)  
widerrechtlich (gegen recht; wie organhandel)  
sittenwidrig (gegen grundwerte; wie knebelvertrag)  
persönlichkeitsverletzung (wie verbot heirat im arbeitsvertrag)  
übervorteilung (äquivalenzstörung + beeinträchtigte willensbildung + bewusstes ausbeuten)  
wie in ersichtlicher notlage überhöhter preis verlangen

### **5.8 willensmängel**

abwägung privatautonomie (auflösung) vs rechtssicherheit (bindung)

#### **5.8.1 irrtumanfechtung**

##### **erklärungsirrtum**

erklärungsinhalt (verschrieben, sprachgebrauch, ...)

erklärungsakt (vertrag verwechselt, ...)

#### **motivirrtum**

falsche vorstellung über sachverhalt

wie kauf verlobungsring (aber partner lehnt ab)

wie kauf nachbau (aber original erwartet)

#### **qualifizierter motivirrtum**

wenn sowohl subjektives als auch objektives element vorhanden und für gegenpartei die wesentlichkeit dieser elemente erkennbar  
subjektiv wenn vertrag sonst nicht abgeschlossen worden wäre  
objektiv wenn notwendige grundlage für vertrag im geschäftsverkehr

#### **anfechtbarkeit**

wesentlich vs unwesentlich (wenn vertragabschluss davon betroffen)

erklärungsirrtum & wesentlich → anfechtbar

qualifizierter motivirrtum → anfechtbar

#### **fahrlässigkeit**

wenn irrtum fahrlässig entstanden ist muss ersatz geleistet werden

frage ob nur negativer betrag oder auch positiver ersetzt wird

hindsight bias führt zu tendenziell höherer anmassung rückblickend

### **5.8.2 täuschung**

anfechtungsgegner weniger schutzwürdig, da zurechenbare handlung

güterabwägung verschiebt sich zugunsten privatautonomie

absicht/fahrlässigkeit nicht erforderlich

ist täuschung beabsichtigt zusätzlich tatbestand des betrugs

#### **arten**

direkte täuschung (falsche angabe)

indirekte täuschung (informationen unvollständig)

#### **aufklärungspflicht**

nach treu und glauben (fakten richtig stellen, auch aus anderem kontext)

zB klarstellen dass piccasso gefälscht auch wenn früher damit geprahlt

per gesetz (finanzdienstleistungen)

ökonomietheoretisch keine publizierung wenn sozial wertvoll

zB nach ölsuche bei grundstückskauf nein, haltlose behauptung ja

### **5.8.3 drohung/furchterregung**

#### **voraussetzungen**

wiederrechtlich (angedrohtes muss gegen recht verstossen)

zB keine gegenleistung ohne bezahlung OK, gegenpartei schlagen NOK

begründet (drohung muss realistisch sein)

zB boxchampion droht OK, kleinkind droht NOK

#### **economic duress**

kurz vor vertragserfüllung mehr geld verlangen

wie band tag vor hochzeit; arbeiter vor fischsaison

wiederrechtlich (da erpressung)

begründet (schadenersatz schwierig zu bekommen)

### **5.9 vertragserfüllung**

wenn gültig zustandgekommen und ohne anfechtungsgründe

staat (gerichte & vollzugsorgane) setzen vertrag durch

#### **auslegung**

wille der vertrapsparteien entscheidend, nicht vertragstext

zB übersetzungsfehler sind irrelevant

willenserklärung nach empfängerverständnis (ausser bewusst falsch)

zB 1ster Stock US vs 1ster Stock CH; verkäuferwille

aber möglicherweise irrumsanfechtung

#### **gegen durchsetzung vorgehen**

unterschiedliche interpretation der formulierungen

schuldnerwechsel (zB unternehmensübernahme)

leistungspflicht nicht fällig (zB frist noch nicht abgelaufen)

leistungspflicht erloschen (zB unmöglichkeit)

anspruch verjährt

#### **gegen nutzung rechtsbehelf vorgehen**

erfüllung nicht durchsetzbar (zB persönliche dienstleistung)

schadenersatz nicht geltend machbar (zB fehlendes verschulden)

schadenminderungsobrigkeit bei kläger (zB hilfeleistung unterlassen)

lediglich immaterieller schaden (aber konventionalstrafe)

schaden nicht adäquat verursacht (zB nicht vorhersehbar)

gewährleistungsfrist abgelaufen

### **5.10 kaufrecht**

käufer trägt gefahr des untergangs vor übergabe

#### **leistungspflichten**

verkäufer hat pflicht zur eigentumsverschaffung

käufer hat pflicht zur kaufspreisentrichtung

gültig bei subjektiv nachträglicher unmöglichkeit

wie sonnenscheingarantie mit schadenersatz, leerverkauf

ungültig bei objektiv anfänglicher unmöglichkeit

wie verkauf einhorn

#### **verpflichtung- vs verfügungsgeschäft**

verpflichtungsgeschäft bei verpflichtung schuldner zur leistung

zB bei kaufvertrag pflicht des verkäufers zur eigentumsverschaffung

verfügungsgeschäft bei erfüllung verpflichtungsgeschäft

zB bei kaufvertrag die effektive übertragung des eigentums

trennung nützlich zu analytischen zwecken

#### **formpflicht**

je nach art des kaufvertrages (zB grundstücksverkauf)

betrag der transaktion nicht relevant

#### **beispiele**

zerstörung vor übergabe (käufer haftet)

verkäufer schuld an zerstörung (verkäufer haftet)

verkäufer verpasst übertragungstermin (verkäufer haftet)

zerstörung vor übergabe mietauto (vermieter haftet)

mehrfachverkauf (eigentumsbeschaffung oder schadenersatz)

### **5.11 gewährleistung (kaufrecht)**

verkäufer muss funktion garantieren

verschuldensunabhängig (auch bei herstellerefehler)

betrag  $\leq$  verkaufspreis; bei unwesentlichen mängeln lediglich rabatt

rückgriff auf den hersteller für schadenersatz möglich

#### **vs garantie**

wird im (kauf-)vertrag frei vereinbart

”parallel” zur dispositiven, gesetzlichen gewährleistung

#### **differenzierungsprinzip**

betrag = vermögenswert ohne handlung - gegenwärtiger vermögenswert

verminderung aktive (beschädigungen, verlust)

vermehrung passive (rechnungen, schulden)

entgangener gewinn (produktionsverlust)

#### **sachmangel**

bei abweichung zur zugesicherten eigenschaft

oder mangelnde tauglichkeit zum vorausgesetzten gebrauch

nachweispflicht beim kunden

#### **anspruch**

bei sachmangel

für käufer nicht offensichtlich, nicht gewusst / hätte wissen müssen

bei unwesentlichem mangel preisminderung

bei wesentlichem mangel wandlung (ersatz oder erstattung betrag)

präklusionsfrist über 2 jahre ab übergabe

#### **limitierung**

vorgesehen im OR, jedoch dispositiv

verkürzung nicht möglich (alles oder nichts)

vertraglich (AGBs nicht genug) (nur in CH möglich)

nicht abdingbar für ausdrücklich zugesicherte funktionen

auch ohne gewährleistung müssen arglistige mängel behoben werden

#### **mängelrügepflicht**

rechtsverlust wenn mangel entdeckt aber nicht angezeigt wird

weil vermeidbarer schaden nicht eingeklagt werden kann

mögl. untersuchungspflicht (ware nach annahme der leistung inspizieren)

#### **rechtsmangelgewährleistung**

verkäufer verkauft (unwissentlich) fremde sache

fällig wenn käufer die sache wieder entzogen wird

rückerstattung des preises bei vollständigem entzug

ersatz des schadens der durch entzug entsteht

verjährungsfrist 10 jahre

### **5.12 mietrecht**

#### **untervermietung**

mieter darf grundsätzlich untermieten

aber mitteilung an vermierter, dieser hat begrenzte verweigerungsgründe

#### **kleinen unterhalt**

muss durch mieter erledigt werden (zB verstopfter abfluss)

grössere ausgaben muss vermierter zahlen

zwingende regelung, die nicht durch mietvertrag geändert werden kann

#### **zwingendes mietrecht**

geht vor; widersprechende mietvertragsklausel ungültig

jedoch keine strafe bei ungültiger klausel im vertrag

## **solidarschuld mieter**

jeder schuldner steht gegenüber vermietet für gesamte schuld  
erfüllender schuldner kann gegenüber anderen regress nehmen

## **6 haftungsrecht**

### **6.1 haftung**

#### **voraussetzungen**

schaden entstanden (etwas negatives resultiert)  
kausalzusammenhang besteht (pflichtverletzung ⇒ schaden)  
pflichtverletzend (vertraglich) oder widerrechtlich (schutznorm)  
schuld besteht (keine mangelnde schuldfähigkeit) / kausalhaftung

### **6.2 haftpflichtrecht**

#### **anspruch**

aus vertrag (ex-contratu) wie missachtung pflichten, leistungsstörung  
aus delikt (ex-delicto) wie unerlaubte handlung  
aus bereicherungsrecht wie geld falsch überwiesen

#### **funktionen haftpflichtrecht**

kompensation des geschädigten durch differenzprinzip  
verhaltenssteuerung schädigers (abschreckung durch bussen)  
einzelheiten geregelt durch case law (bestehende judikatur)

#### **verhaltenssteuerung schädiger**

(mögliche) bussen korrigieren marktversagen  
jedoch chilling effects (zu grosse abschreckung mindert investments)  
zB sorgfaltspflicht nicht erkennbar durch hindsight bias

### **6.3 einführungsfälle**

#### **A wirft vase im zorn an die wand**

schaden eingetreten (eigentum zerstört)  
kausalität besteht (schaden durch wurf verursacht)  
rechtswidrige handlung (schutznorm eigentum)  
schuldhaft (+ zusätzlich auch vorsätzlich)

#### **A wirft vase aus notwehr an die wand**

schaden eingetreten (eigentum zerstört)  
kausalität besteht (schaden durch wurf verursacht)  
keine rechtswidrige handlung da notwehr als rechtfertigungsgrund

#### **A wirft vase um wegen schlechter sicht durch blaues auge von B**

schaden eingetreten (eigentum zerstört)  
kausalität von B besteht nicht (nicht adäquat verursacht)

#### **A zerstört vase beim umfallen durch KO tropfen von B**

A trifft kein verschulden  
B haftet (insbesondere kausalität erfüllt)

### **6.4 schaden**

grundsätzlich wird schaden selber getragen  
ausser zurechnungsgrund anderer person (absicht oder fahrlässigkeit)

#### **schadenminderungspflicht**

geschädigter muss schaden minimieren  
zusätzlicher schaden durch unterlassung wird nicht erstattet  
wie wasserschäden weil geschädigtes dach nicht sofort repariert

#### **nicht erstattbar**

schmälerung lebensgenuss / vermindering lebensfreude  
leichte beeinträchtigung des wirtschaftlichen / sozialen ansehens  
entgangene chancen, frustrationsschäden (wie verpasster termin)  
verhindert dass schadenersatz ins bodenlose wächst

#### **schadenersatz**

bezifferung nach differenztheorie oder richter setzt fest  
keine straffunktion (im gegensatz zu punitive damages USA)  
dispositionsgrundsatz (gericht spricht maximal was gefordert)  
bei rekurs gilt reformatio in peius (keine verschlechterung)

#### **anteilmässiger schadenersatz**

schadenersatz kann auch nur anteilmässig stattgegeben werden  
dann werden prozesskosten auch nur anteilmässig übernommen  
daher incentive schadenersatz realistisch zu fordern

### **6.5 schadensarten**

#### **personenschaden (tötung, körperverletzung, inkl. psychisch)**

kosten der arbeitsunfähigkeit, heilung, pflege  
wie prothesen, haushaltshilfen, entgangene sozialversicherungsbeiträge

#### **sachschaden (beschädigung, zerstörung, verlust)**

kosten zur reparatur, ersatz minderwert, erhöhte aufwendungen  
wie neuanschaffung bei verlust  
wie entgangener gewinn durch stillstand produktionslinie

#### **tiere**

gesetzlich keine "sachen", jedoch so behandelt  
bei nutztieren wird wirtschaftlicher ausfall ersetzt  
bei haustieren wird affektionswert ersetzt (inkl. heilungskosten)

#### **genugtuung (immaterieller schaden)**

persönlichkeitsverletzung  
leib&leben (amputation finger violinistin)  
körperliche integrität (unfruchtbarkeit jugendlicher)  
freiheit (ungerechtfertigte untersuchungshaft)  
ehre (schwere rufschädigung)  
zurückhaltende zusprechung & nur bei gesetzlicher grundlage

### **6.6 fallbeispiele schaden**

#### **A's ungepflegter baum fällt auf dach B**

A zahlt schaden  
B hat schadenminderungspflicht (wetterschäden durch verzug ungedeckt)

#### **A's unfall endet mit B im krankenhaus**

A zahlt kosten der versuchten heilung & arbeitsunfähigkeit  
A zahlt versorgerschaden wie unterhalt für kinder  
leicht sehr hohe beträge ⇒ privathaftpflicht

#### **B's bestattungskosten**

nach differenztheorie nicht erstattbar (so oder so eingetreten)  
jedoch lässt gesetzgeber erstattung zu

### **6.7 kausalität**

wirkungszusammenhang zwischen ursache & schaden  
braucht sowohl natürliche kausalität & adäquate verursachung

#### **natürliche kausalität**

wenn resultat nur eintritt weil (rechtswidrige) handlung passiert ist

#### **adäquat verursacht**

wenn aus handlung erwartet werden kann dass resultat eintritt  
nach gewöhnlichem lauf der dinge / allgemeiner lebenserfahrung  
wie lärm ⇒ herzinfarkt nicht adäquat (auch bei gegebener kausalität)

### **6.8 fallbeispiele kausalität**

#### **A's golfplatz; 12m hoher ball verletzt fussgänger**

"rechtmässiges alternativverhalten" wäre 10m hoher zaun gewesen  
daher kausalität pflichtwidrigkeit nicht gegeben

#### **A verursacht unfall, krankenwagen verunfallt**

natürliche kausalität gegeben  
jedoch unfall krankenwagen nicht adäquat verursacht

#### **A's patient stirbt nach überdosis**

steigerungs todeswahrscheinlichkeit 33% durch die überdosis  
w'keit schaden muss aber über 75% sein ("hohe w'keit")  
rechtstheoretisch proportionalhaftung vorgeschlagen

#### **verbautes asbest führt zu krebs**

adressat schadenersatzforderung unklar  
rechtstheoretisch marktanteilhaftung vorgeschlagen

### **6.9 pflichtverletzung / widerrechtlichkeit**

vertragliche haftung durch einverständnis (pflichtverletzung)  
ausservertragliche haftung bei delikten (widerrechtlichkeit)  
anspruchsparallität (summe der ansprüche einforderbar)

#### **pflichtverletzung**

verschulden wird vermutet  
auch ersatz von reinen vermögensschäden  
verjährt innerhalb von 10 jahren  
gehilfenhaftung kann nicht freibewiesen werden

#### **widerrechtlichkeit**

verschulden muss nachgewiesen werden  
kein ersatz von reinen vermögensschäden  
verjährt innerhalb von drei jahren nach kenntnis des schadens  
geschäftsherrenhaftung kann freibewiesen werden

### **6.10 wiederrechtlichkeit**

#### **absolutes recht (erfolgsunrecht)**

persönlichkeitsrecht (leib&leben, freiheit, ehre, privatsphäre)  
dingliche rechte (eigentum, besitz, beschränkte dingliche rechte)  
immateralgüterrechte (urheberrecht, patentrecht, markenrecht)

#### **schutznorm**

vermögensstrafrecht (veruntreuung, diebstahl, hehlerei)  
gesellschaftsrecht (pflichten von kontrollstellen)  
vertrauensmissbrauch (vertrauenshaftung nach ZGK Art 2)

#### **rechtfertigungsgrund**

abwehr gegenwärtiger gefahr für notwehrfähiges rechtsgut  
sowohl eigenes (notwehr) als auch fremdes (notstand)  
einwilligung des verletzten (wie teilnahme boxkampf, tätowierung)

### **6.11 fälle zur wiederrechtlichkeit**

#### **baggerfahrer verletzt stromleitung**

wiederrechtlich da eigentum stromproduzent beeinträchtigt  
keine erstattung reines vermögensschadens durch tiefkühlwarenderb  
ausser haftung vertraglich vereinbart

### **6.12 verschulden**

#### **vorsatz**

täter kennt rechtswidrigkeit seines handelns  
direkter vorsatz (folge wird angestrebt; absicht)  
eventualvorsatz (folge wird nicht angestrebt, aber in kauf genommen)

#### **fahrlässigkeit**

täter lässt gebotene sorgfalt in pflichtwideriger weise vermissen  
grobe fahrlässigkeit wenn sich anständiger bürger nie so verhalten würde  
leichte fahrlässigkeit wenn er sich manchmal so verhalten würde  
keine fahrlässigkeit, wenn er sich immer so verhalten würde

#### **haftung nach verschulden**

bei vorsatz ersatz wirtschaftlicher wert + affektionswert  
bei fahrlässigkeit nur ersatz wirtschaftliches wert  
bei mitverschulden des geschädigten weitere reduktion

### **6.13 fälle verschulden**

#### **vase gegen wand werfen (direkter vorsatz)**

zerstörung der vase ist gewollt, absichtlich

#### **wette um apfel von kopf zu schiessen (eventualvorsatz)**

durch wette klar motiviert, andere person nicht zu treffen  
durch ausübung tat wird schaden aber in kauf genommen

#### **illegale strassenrennen (fahrlässigkeit ⇒ eventualvorsatz)**

rechtsprechung wechselt zur interpretation als eventualvorsatz  
ergibt höheres strafmass als bei fahrlässigkeit

#### **skater bricht passant beim (fahrlässigkeit)**

kosten medizinische behandlung & arbeitsunfall  
frustrationsschäden (theatertickets) werden nicht ersetzt  
da kosten eintrittskarten bereits vorher angefallen sind  
damit schadenersatzforderungen nicht uferlos ausarten

### **6.14 kausalhaftung**

verschulden wird vermutet, beweispflicht umgekehrt

#### **milde kausalhaftung (einfache kausalhaftung)**

unrechtmässige handlung & verschulden wird vermutet  
aber exkulpationsbeweis möglich (beweisbar vorsichtig vorgegangen)  
wie geschäftsherrenhaftung, tierhalterhaftung  
wie haftung familienoberhaupt, signaturschlüssel

#### **scharfe kausalhaftung (einfache kausalhaftung)**

unrechtmässige handlung & verschulden nicht erforderlich  
keine entlastungsmöglichkeit  
wie gehilfen-, werkeigentümer-, grundstückseigentümerhaftung  
wie produktehaftpflicht

#### **gefährdungshaftung (strenge kausalhaftung)**

gefährdende handlungen sind grundsätzlich erlaubt  
jedoch wird haftung geschaffen durch daraus resultierende gefahr  
weil nutzen aus betrieb gefährlichem gerät gezogen wird

### **6.15 beispiele kausalhaftung**

#### **geschäftsherrenhaftung (milde kausalhaftung)**

voraussetzung subordinationsverhältnis hilfsperson  
sowie ausübung dienstlicher/geschäftlicher verrichtungen  
dann haftet geschäftsherr für entstandener schaden  
vertragsverhältnis nicht nötig (zB nachbar von kunde betroffen)

weil geschäftsherr auch bei nachteilen arbeitsteilung partizipieren soll  
weil ermittlung schädigender arbeitnehmer schwierig zu ermitteln ist  
entlastung bei sorgfaltsnachweis auswahl, instruktion, überwachung,  
unternehmensorganisation

#### **gehilfenhaftung (scharfe kausalhaftung)**

hilfspersonen haften im rahmen eines vertraglichen schuldverhältniss  
keine entlastung möglich, kein subordinationsverhältnis nötig  
weil durch vertragsverhältnis besonderes schutz/treueverhältnis vorliegt

#### **produkt haftpflicht (scharfe kausalhaftung)**

fehlerhaftes produkt verursacht personen/sachschaden  
ausser aktueller stand technik oder bagatellschäden (bis CHF 900)  
kein exkulpationsbeweis möglich

#### **kfz-fahrzeughalterhaftung (gefährdungshaftung)**

abfederung durch obligatorische haftpflichtversicherung  
geschädigter macht anspruch direkt gegenüber versicherung geltend

### **6.16 fallbeispiele kausalhaftung**

#### **kind verletzt sich auf umzäunter pferdewiese**

milde kausalhaftung durch tierhaltung  
mögliches verschulden weil schutzgesetz (über zäune) nicht eingehalten  
ausserachtung sorgfalt weil sorgfältiger bauer zaun anders gespannt hätte  
ggf. reduktion haftung da eltern kind nicht beaufsichtigt haben

#### **beim löschen grillband vom balkon gefallen**

produktehaftung gegeben  
jedoch nicht adäquat verursachter sturz  
daher keine haftung für den sturz

### **6.17 prozesskostenregelung**

#### **finanzierung prozess**

durch rechtsschutzversicherung falls vorhanden  
für arme werden kosten direkt übernommen  
prozessfinanzierungsfirmen gibt es aber

#### **prozesskosten**

bei zivilprozess trägt partei kosten die verliert  
inkl. anwaltskosten der gegenpartei  
erfolgsprämien anwalt verboten weil unstatthaft (unabhängigkeit)

### **6.18 vergleich USA**

schadenersatzklagen betroffener als abschreckung (vs verwaltungsstrafen  
CH)

#### **prozesskosten**

jede partei trägt eigene streitkosten  
abschreckung durch hohe prozesskosten / schadenersatzforderungen  
finanzkräftigere partei kann "ärmere" in den ruin treiben  
zB hulk hogan vs gawker gezieht hinausgezögert  
contingency fees mit anwalt möglich (beteiligung bei erfolg)

#### **punitive damages**

wenn mehr als schaden übernommen werden soll als entstanden  
gerechtfertigt bei besonders schlimmer tat  
kann als einschüchterung genutzt werden auch bei kleiner erfolgsaussicht

## **7 sachrecht**

physische beherrschung, faktische kontrolle / ausschliessbarkeit  
privates gut (rivalität, ausschliessbarkeit)  
international anerkannt & geschützt  
zB tisch kann nur an einem ort genutzt werden

### **7.1 relatives vs absolutes recht**

#### **relatives recht**

wirkt zwischen parteien eines schuldverhältnis "inter partes"  
wie vertrag, schadenersatz aus unerlaubten handlungen

#### **absolutes recht**

wirkt gegenüber jedermann "erga omnes" (alle müssen kennen)  
wie sachrecht, patentrecht, urheberrecht

#### **informationserfordernis absolutes recht**

höheres publizitätserfordernis (damit alle davon wissen)  
darum patentregister, grundstücksregister  
beschränkung möglicher formen (damit einfach verständlich)  
darum standardisierte eintragung



## 7.2 eigentum/besitz

### eigentum

recht an einer sache / andere auszuschliessen

zur eigentumsübertragung wird besitz an sache übergeben

### besitz

faktisches herrschaftsverhältnis über sache (schwächer als eigentum)

mieter besitzt wohnung, jedoch ist es das eigentum des vermieters

### dienstbarkeiten/pfandrecht

dienstbarkeit zB wegrecht auf grundstück

bleibt bestehen auch wenn eigentümer grundstück wechselt

## 7.3 eigentumserwerb

### derivativer eigentumserwerb

ableitung aus recht des vormannes

eigentümer kann nur rechte aus seinem besitz übertragen

### originärer eigentumserwerb

erwerb nicht vom recht des vormannes abgeleitet

gutgläubiger erwerb vom nicht-berechtigten (zB diebesgut) möglich

sofern im "guten glauben"; täuschung nicht erkennbar

jedoch kann eigentümer gut für 5 jahre rückfordern ohne entschädigung

bei öffentlicher steigerung / kaufmann sonderregelung

der wahre eigentümer kann nur zurückfordern wenn kaufpreis bezahlt wird

## 8 immaterialgüterrecht

immaterialgüter nicht an ort/zeit gebunden (ubiquität)

öffentliches gut (nicht rivalität, keine ausschliessbarkeit)

nationale regelungen & unterschiede

### 8.1 motivation

öffentlich-gut charakter führt zu marktversagen

da nichtausschliessbarkeit (jeder kann verwenden sobald bekannt)

da nichtrivalität (anzahl nutzen irrelevant)

### rechtsordnung

ausschliesslichkeit (nur rechtsinhaber hat berechtigung)

absolut (recht kann gegenüber jedermann geltend gemacht werden)

subjektiv (rechtsinhaber kann bestimmtes tun/unterlassen/fordern)

### wettbewerbseinwirkungen

ausschliesslichkeit beschränkt wettbewerb, somit höherer preis

wohlfahrtsverlust resultiert, jedoch oft substituionsgüter

### probleme

prioritätsprinzip; mehrfachinvestition in "patent races"

schutzdauer nach politischen statt ökonomischen abwägungen

### IP alternative

privatwirtschaftliche ansätze (technische mittel)

staatliche ansätze (subventionen, staatliche forschung)

preisvergabe (staatlich & privat; jedoch fairness schwierig)

## 8.2 überblick

patent schützt erfindung (20 jahre nach anmeldung)

urheberrecht schützt werk (sofort + 70 nach tod urheber)

markenrecht schützt zeichen (unbegrenzt nach anmeldung)

designrecht schützt gestaltung (25 jahre nach anmeldung)

unlauterkeitsrecht zum schutz wettbewerb

geschäftsgeheimnisse (vertraglich vereinbart)

weiteres (geschmacksmuster, geographische angabe, ...)

mögl. überlappend (marke iOS, urheberrecht software, ...)

### patent

weil mangelnder innovations-/forschungsanreiz

monopolrecht (ausschliessbarkeit) → innovationseffekt (anreiz)

publizität (patentanmeldung) → diffusionseffekt (information)

"sozialer vertrag" der ermöglicht state-of-the-art zu veröffentlichen

### marken

weil mangelnde information über verborgene eigenschaften güter

marken garantiert ursprung (herkunftsfunktion)

verringert suchkosten der konsumenten (unterscheidungsfunktion)

speichert goodwill des konsumenten gegenüber markeninhaber

### urheberrecht

weil mangelnder anreiz für werkschaffende

ausschliesslichkeitsrecht belohnt urheber für werkschaffen

schutz persönlicher beziehung zwischen urheber und werk

förderung kultureller vielfalt zu gunsten allgemeinheit

## 8.3 patentrecht

### voraussetzungen (alle)

neu (keine prior art, stichtag ist anmeldedatum)

gewerblich anwendbar (ob irgendwo nutzbar; selten umstritten)

erfinderische tätigkeit (nicht offensichtlich ergebend aus stand technik)

### prior art

idee erstmalig publiziert (inkl. patente im anmeldeprozess)

kulanzeit 6 monate (unschädliche offenbahrung)

länger bei anerkannten ausstellungen, bruch geheimhaltungserklärung

### erfinderische tätigkeit

patent wird nur gewährt falls nicht trivial aus stand technik folgt

aufgabe-lösungs-ansatz (stand technik + aufgabe ⇒ hat experte idee?)

falls experte ohne weiteres bei erfindung landet ⇒ zu trivial

### ausschlussgründe

wenn würde des menschen oder kreatur verletzt

wenn gegen öffentliche ordnung / gute sitten verstossen wird

zB klonen, menschlich embryonale stammzellen

### anmeldung

grundsätzlich länderspezifisch jedoch auch internationale abkommen

wie europäisches patent (40 länder), internationales patent (148 länder)

in CH wird nur gewerbliche anwendbarkeit geprüft

### schöpferprinzip

patent gehört grundsätzlich dem erfinder

bei dienstleistung (ausübung dienstlicher tätigkeit) arbeitgeber

bei gelegenheitserfindung (ausserhalb dienstlicher tätigkeit) arbeitnehmer

### erfinderrecht

namen des erfinders muss genannt werden

jedoch trifft eigentümer veröffentlichungsentscheid (zB arbeitgeber)

### schutzwirkungen

ausschliessliches, absolutes, subjektives recht zur nutzung

wie herstellung, anbot, inverkehrbringung, lagerung, einfuhr

verbot der nutzung durch andere möglich

schutzbereich anhand "claims" aufgeschrieben im patent

### einschränkungen

privates handeln, forschung & unterricht, zulassung generika

20 jahre schutzdauer ab anmeldung

regionale erschöpfung (verkauft patentinhaber in region dürfen andere auch)

## 8.4 markenrecht

marke ist geeignetes zeichen um andere unternehmen zu unterscheiden

grundsätzlich alle zeichen (melodie, farben, zahlen, ...) schutzfähig

braucht eintragung in markenregister

### rechtsbegriff marke

marke (kennzeichen für waren)

name/firma (keinnzeichen person / unternehmen)

domain (kennzeichen webseite)

herkunftsangabe (geographische herkunft)

### absolute schutzausschlussgründe

gemeingut (elementares zeichen wie buchstabe, beschreibende angabe)

schutzunfähige warenformen (weil zwingend für zweck; lego-bausteine)

irreführende zeichen (wie "alpina" für jap. uhren)

rechts- / sitten- und ordnungswidrige zeichen

### relative schutzausschlussgründe

konflikte mit älteren kennzeichen (erinnerungsbild, gesamteindruck)

gleichartigkeit waren/dienstleistungen (für massgeblicher adressatenkreis)

verwechslungsgefahr

### schutzwirkungen

beliebig verlängerbar (aber muss gebraucht werden; 5 jahre schonfrist)

positive verfügungsmacht (übertragung, lizenzierung, verpfändung)

negative verbietungsmacht (um verwechslungen zu verhindern)

### einschränkungen

beschreibende verwendung zulässig (zB AUDI-reparatur garage)

vergleichende werbung, parodien

gleichnamige natürliche personen

weiterbenützungrecht

erschöpfung (weiterverkauf unbeschränkt)

### beispiele

positionsmarke bei vans schuhen

dreidimensionalität bei luxemburgerli

bewegung logo swisscom

farbmarke bei post

akustische marke bei ricola melodie  
wortbildmarke für logo ETH zürich

#### **beispiel swissness**

verwendung marke swissness / schweizer kreuz bei lebensmitteln  
mindestens 80% des gewichts muss aus der schweiz stammen  
verarbeitung zur wesentlichen eigenschaft in der schweiz  
ausnahmen wenn rohstoffe in der schweiz ungenügend verfügbar sind

#### **8.5 beispiel nespresso kapseln**

patente für kapsel machine  
dreidimensionale marke für kapsel  
wortmarke für slogan "what else"

#### **denner nachahmung**

kapseln & "was sucht" als slogan  
patentverletzung zurückgewiesen da unterschiedliche funktion

#### **3D marke**

flansch (rand kapsel) technisch notwendig (nicht schutzfähig)  
geometrische form (kegel) nicht schutzfähig  
der rest genug unterschiedlich (insbesondere boden der kapsel)

#### **wortmarke**

vor verfahren hat denner versprochen slogan nicht mehr zu verwenden  
zudem zusatz "kompatibel zu nespressokapsel" nur klein OK  
damit bezug zu nespresso nicht zu gross ist

#### **8.6 beispiel daten SAAS**

es darf lösung der daten verlangt werden  
daten herunterladen klappt "auf jeden fall"  
mögl. auch wenn anders in nutzungsbedingungen (sittenwidrigkeit)

#### **schnittstellen**

verbergen um anderen dienst zu erschweren  $\Rightarrow$  verboten  
(marktherrschaft in A ausnutzen um in B markanteile zu gewinnen)  
verbergen für direkte konkurrenz möglicherweise in ordnung