

**COMMON LAW UND CIVIL LAW  
EIN RECHTSVERGLEICH UND SEINE BEDEUTUNG  
FÜR DAS SCHWEIZERISCHE RECHT**

PROBEARBEIT IN DER ALLGEMEINEN STAATSLEHRE

**Vorgelegt von**

**Letizia Lavizzari**

Rue de l'Hôpital, 25

1700 Fribourg

**letizia.lavizzari@unifr.ch**

**Blaw, 11. Semester**

**Bei Prof. Dr. Thomas Fleiner**

Professor der Rechtswissenschaftlichen Fakultät

der Universität Fribourg i.Ue.

Probearbeit begonnen am 6. Juli 2006

Probearbeit eingereicht am 20. Juli 2006

# Inhaltsverzeichnis

<b>Inhaltsverzeichnis.....</b>	<b>I</b>
<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>III</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis .....</b>	<b>VI</b>
<b>I. Einleitung .....</b>	<b>1</b>
<b>II. Wesentliche Merkmale und historischer Hintergrund.....</b>	<b>1</b>
A. Civil Law .....	1
B. Common Law .....	2
<b>III. Wesentliche Unterschiede.....</b>	<b>3</b>
A. Staatsverständnis und Staatsfunktion .....	3
B. Die Rolle des Richters im Verfahren - Sachverhaltsfeststellung.....	4
C. Instanzenzug .....	6
D. Grundsatz des rechtlichen Gehörs.....	6
E. Die Trennung zwischen öffentlichem und privatem Recht – die Entwicklung des Verwaltungsrechts .....	7
F. Verwaltungsgerichtsbarkeit.....	8
1. Zuständigkeit .....	9
2. Rechtsmittel .....	9
3. Durchsetzung .....	10
4. Verfahren .....	10
5. Instanzen ( <i>Ministre Juge</i> ) .....	11
6. Funktion.....	11
G. Klage vs. das System der Writs.....	12
H. Rechtsquellen: Gesetz vs. Richterrecht.....	13
I. Grundrechte .....	15
J. Völkerrecht.....	15
Fazit .....	16
<b>IV. Konsequenzen für die Schweiz.....</b>	<b>17</b>
A. Staatsfunktion.....	17
B. Die Rolle des Richters – Sachverhaltsfeststellung.....	17

C.	Instanzenzug.....	18
D.	Grundsatz des rechtlichen Gehörs.....	19
E.	Verwaltungsrecht.....	19
F.	Verwaltungsgerichtsbarkeit.....	20
	1. Zuständigkeit .....	20
	2. Rechtsmittel.....	21
	3. Verfahren .....	21
	4. Instanzen.....	22
G.	Rechtsquellen: Vorrang des geschriebenen Gesetzes .....	22
H.	Grundrechte .....	24
I.	Völkerrecht.....	25
<b>V.</b>	<b>Fazit .....</b>	<b>26</b>

## Literaturverzeichnis

Die angeführten Autoren und Autorinnen werden, wo nicht anders angegeben, mit ihren Nachnamen und der betreffenden Seitenzahl und der Randziffer und/oder sonstigen Fundstelle zitiert.

BAKER J.H., An Introduction to English Legal History, 3. Aufl., London, Boston, Dublin, Edinburgh, Hato Rey, Kuala Lumpur, Singapore, Sydney, Toronto, Wellington 1990.

BASTA FLEINER LIDIJA R./FLEINER THOMAS, Allgemeine Staatslehre, Über die konstitutionelle Demokratie in einer multikulturellen globalisierten Welt, 3. Aufl., Berlin 2004.

BERNSTOFF GRAF CHRISTOPH, Einführung in das englische Recht, 2.Aufl., München 2000.

BODENHEIMER EDGAR/OAKLEY BILYEU JOHN/LOVE C. JEAN, An Introduction To The Anglo-American Legal System, 2.Aufl., St. Paul, Minnesota 1988.

BUNGE JÜRGEN, Zivilprozess und Zwangsvollstreckung in England und Schottland, 2. Aufl., Berlin 2005.

DAVID RENÉ/JAUFFRET-SPINOSI CAMILLE, Les grands systèmes de droit contemporains, 10. Aufl., Paris 1992.

DEUTSCH ERWIN, Rechtssystem, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung, in: Institute of Comparative Law Waseda University (Hrsg.), Law in East and West, Recht in Ost und West, Tokyo 1988.

FLEINER THOMAS, Administrative Law in the Common Law and Civil Law Legal Traditions and the Development of the Rule of Law: The Role of the Judiciary, in:

Xia Yong Li Lin/Lidija R. Basta Fleiner (Hrsg.), *The Rule of Law and the 21st Century*, Beijing 2004, S. 579ff (zit.: FLEINER, *Administrative Law*).

FLEINER THOMAS, *Rechtsvergleichende Überlegungen zum Staatsverständnis in Ländern mit anglo-amerikanischer und kontinentaleuropäischer Rechtsordnung – Rechts- und staatsphilosophische sowie kulturelle Aspekte -*, in: Peter Häberle/Martin Morlok/Wassilios Skouris (Hrsg.), *Staat und Verfassung in Europa*, 1. Aufl., Baden-Baden 2000, S. 43ff (zit.: FLEINER, *Rechtsvergleichende Überlegungen*).

FLEINER- GERSTER THOMAS, *Wem Gott ein Amt gibt, gibt er aich Verstand, Rechtsvergleichende Überlegungen zur richterlichen Kontrolle der Verwaltung in der Common Law- und der Civil Law Tradition*, in: Peter Gauch (Hrsg.), *L’image de l’Homme en Droit, Das Menschenbild im Recht*, Fribourg 1990, S. 141ff (zit.: FLEINER, *Wem Gott ein Amt gibt*).

GLENDON ANN MARY/GORDON WALLACE MICHAEL/OSAKWE CHRISTOPHER, *Comparative Legal Traditions*, 2.Aufl., St. Paul, Minnesota 1994.

GRASSMANN GÜNTHER/DAVID RENÉ, *Einführung in die grossen Rechtssysteme der Gegenwart*, 2.Aufl., München 1988.

HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 5. Aufl., Zürich 2001.

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Aufl., Zürich, Basel, Genf 2002.

KÄLIN WALTER/EPINEY ASTRID, *Völkerrecht*, Bern 2003.

MERRYMAN HENRY JOHN/CLARK S. DAVID/HALEY O. JOHN, *The Civil Law Tradition: Europe, Latin America, and East Asia, USA* 1994.

PROBST THOMAS, Die Änderung der Rechtsprechung. Eine rechtsvergleichende, methodologische Untersuchung zum Phänomen der höchstrichterlichen Rechtsprechungsänderungen in der Schweiz (civil law) und den Vereinigten Staaten (common law), Diss. Basel und Frankfurt am Main 1993.

SARBACH MARTIN, Die richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht im schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 2003.

SEILER HANSJÖRG, Einführung in das Recht, 2.Aufl., Zürich, Basel, Genf 2004.

TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005.

VOGEL OSCAR/SPÜHLER KARL, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. Aufl., Bern 2001.

ZIMMERMANN REINHARD, “Common law” und “civil law”, Amerika und Europa –Zu diesem Band, in:Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Amerikanische Rechtskultur und europäisches Privatrecht, Tübingen 1995.

## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BB	Bundesblatt
Bd.	Band
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
bspw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
EU	Europäische Union
f.	und folgende
ff.	und fortfolgende
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
i.Ue.	im Uechtland
Jh.	Jahrhundert
lit.	litera
OG	Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (SR 173.110)
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911 (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
Rz	Randziffer
S.	Seite(n)
sog.	sogenannte
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
u.a.	unter anderem

USA	United States of America
v.a.	vor allem
v.A.w.	von Amtes wegen
vgl.	vergleiche
VwVG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (SR 172.021)
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
zit.;	zitiert



## **I. Einleitung**

In der westlichen Welt dominieren v.a. zwei Rechtssysteme: Das kontinentaleuropäische Recht (nachfolgend Civil Law) einerseits, mit seinem Ursprung im Römischen Recht und das Common Law andererseits, mit seinem Ursprung in England. Obwohl sich beide Rechtssysteme in Zeiten der zunehmenden Globalisierung zwangsweise immer näher kommen (man denke z.B. an die europäische Einigung im Rahmen der EU)<sup>1</sup>, bestehen doch noch grundlegende Unterschiede, die eine nähere Betrachtung wert sind. Ferner bestehen nicht nur zwischen den Rechtssystemen bzw. Rechtstraditionen Unterschiede, sondern auch zwischen den nationalen Rechtsordnungen innerhalb dieser Rechtssysteme.<sup>2</sup> Auf diese Unterschiede einzugehen, würde den Rahmen dieser Arbeit jedoch sprengen, weshalb nachfolgend jedes Rechtssystem als Einheit betrachtet wird.

Ziel dieser Arbeit soll es sein, Civil Law und Common Law einander gegenüber zu stellen und die wesentlichen Unterschiede herauszuarbeiten. Die Arbeit ist in drei Teilen gegliedert: Der erste Teil (II.) soll anhand einer kurzen Darstellung der historischen Entwicklung und einiger wichtiger Merkmale der beiden Rechtssysteme als Einführung in diese relativ komplexe Thematik dienen. In einem zweiten Teil (III.) werden die wesentlichen Unterschiede erfasst und näher vorgestellt. Im dritten Teil (IV.) schliesslich werden diese Unterschiede mit dem schweizerischen Recht in Beziehung gesetzt.

## **II. Wesentliche Merkmale und historischer Hintergrund**

### **A. Civil Law**

Das kontinentaleuropäische Rechtssystem bezeichnet man als Civil Law und ist das älteste und wohl am weitest verbreitete Rechtssystem der Welt. Tatsächlich findet man es nicht nur in Europa, sondern auch in Südamerika, in weiten Teilen Asiens und Afrikas und sogar in Louisiana (USA) und Quebec (Kanada).<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> ZIMMERMANN, S .2.

<sup>2</sup> DAVID/GRASSMANN, S. 129.

<sup>3</sup> MERRYMAN/CLARK/HALEY, S.4.

Die Wurzeln des Civil Law liegen im Römischen Recht, das schliesslich im Gesetzeswerk "Corpus Iuris Civilis" von Kaiser Justinian im Jahre 529 n. Chr. Eingang fand und als Grundlage für das Recht in Europa nach der Rezeption im 16. Jh. galt.<sup>4</sup>

Aus dem Römischen Recht wuchs das französische Recht heraus mit seinem "Code Civil" aus dem Jahre 1804, das seinerseits Vorbild für zahlreiche kontinentaleuropäische Rechtsordnungen war.<sup>5</sup> Man könnte somit das Civil Law gewissermassen als moderne Version des alten Römischen Rechts bezeichnen.<sup>6</sup>

Zentrales Merkmal ist der Vorrang der geschriebenen Gesetze als Rechtsquelle: Die Gerichte haben sich am Gesetzestext und an den Willen des Gesetzgebers zu halten. Dies ist darauf zurück zu führen, dass in den Staaten, in denen das Civil Law System gilt, die Legislative als einzige Quelle des Rechts angesehen wird.<sup>7</sup>

## **B. Common Law**

Das englische Common Law ist das Rechtssystem, das in den angelsächsischen Ländern gilt. So namentlich in England, USA (mit Ausnahme von Louisiana), Kanada (mit Ausnahme von Quebec), Neuseeland, Australien und sonstigen Mitgliedern des britischen Commonwealth.

Anders als das Civil Law hat sich das Common Law nicht infolge staatlicher Rechtsetzung, sondern aus der Rechtsprechung der Gerichte des englischen Königs um das 17. Jh. entwickelt.<sup>8</sup> Es handelt sich um Recht, das sich aus der ständigen Praxis der Gerichte entwickelt hat, weshalb es vielfach auch als Case Law (Fallrecht) bezeichnet wird. Die Entscheide eines Obergerichts wirken über den jeweiligen Einzelfall hinaus und bilden Präjudizien, an die sich die Gerichte der unteren Stufe zu halten haben. Heute können die Obergerichte ausnahmsweise von ihren früheren Entscheidungen abweichen. Dies bezeichnet man als *overruling*.<sup>9</sup>

Das Common Law beruht also v.a. auf Richterrecht und weniger auf Gesetze (Statue Law). Tatsächlich ist nur ein geringer Anteil kodifiziert, was aber v.a. seit dem 20./21. Jh. stark zugenommen hat. Diese zentrale Bedeutung der richterlichen

---

<sup>4</sup> DEUTSCH, S. 204.

<sup>5</sup> DEUTSCH, S. 204.

<sup>6</sup> BODENHEIMER/OAKLEY/LOVE, S. 8.

<sup>7</sup> FLEINER, Administrative Law, S. 580.

<sup>8</sup> BODENHEIMER/OAKLEY/LOVE, S. 9.

<sup>9</sup> DEUTSCH, S. 206.

Rechtsprechung lässt sich damit erklären, dass das Common Law System von der Ideologie geprägt ist, wonach Menschen durch das Recht und nicht durch Menschen beherrscht werden sollen (*“men have to be governed by law and not by men”*).<sup>10</sup> Demnach ist Recht nicht nur das von der Legislative erlassene positive Recht, sondern vielmehr die Gesamtheit der Prinzipien, Richtlinien und Entscheide der Judikative.<sup>11</sup>

Die Hauptmerkmale des Common Law liegen neben der richterlichen Rechtsfindung durch Präjudizien u.a. im Vorrang des Verfahrensrechtes sowie in der Tatsache, dass noch immer keine saubere Trennung zwischen öffentlichem und privatem Recht erfolgt ist, und schliesslich darin, dass in England im Gegensatz zu Kontinentaleuropa die Rezeption des Römischen Rechts nie statt gefunden hat.<sup>12</sup>

### **III. Wesentliche Unterschiede**

#### **A. Staatsverständnis und Staatsfunktion**

Beide Rechtssysteme gehen von unterschiedlichen Staatsverständnissen aus, die konsequenterweise auch zu unterschiedlichen Funktionen der Staaten in den jeweiligen Rechtsordnungen führen.

Dies ist darauf zurück zu führen, dass um das 17. Jh. in den angelsächsischen Ländern die Ideen von John Locke dominierten, während in den kontinentaleuropäischen Ländern v.a. Thomas Hobbes mit seiner Lehre des Gesellschaftsvertrages und dem Leviathan vorherrschend waren.<sup>13</sup>

Hobbes ging davon aus, dass sich die Menschen im Naturzustand alle gegenseitig bekämpfen (*homo homini lupus*), weil jeder seinem eigenen Egoismus folgt.<sup>14</sup> Um diesen chaotischen Zustand zu beseitigen, schliessen sie einen Gesellschaftsvertrag und unterwerfen sich einem Herrscher. Der Staat wird in der Lehre von Hobbes als Leviathan bezeichnet, der aufgrund des soeben genannten Gesellschaftsvertrages die absolute Souveränität inne hat und gerade deswegen die einzige Quelle des Rechts

---

<sup>10</sup> FLEINER, Administrative Law, S. 580.

<sup>11</sup> FLEINER, Administrative Law, S. 580.

<sup>12</sup> DAVID/GRASSMANN, S. 444.

<sup>13</sup> FLEINER, Rechtsvergleichende Überlegungen, S. 43.

<sup>14</sup> SEILER, S. 37.

ist.<sup>15</sup> Nur wer die absolute Souveränität inne hat, ist berechtigt, Recht zu setzen. Mit anderen Worten ist Recht das, was von der verfassungsgebenden Gewalt kommt, nämlich der Legislative.

Die Französische Revolution hat den Gedanken von Hobbes weiter geführt und den König von Gottes Gnaden durch ein souveränes, vom Volk gewähltes Parlament ("Assemblée nationale") ersetzt. Von nun an ist nicht mehr der König, sondern das Parlament der absolute Souverän und die einzige Quelle von Recht und Gerechtigkeit.<sup>16</sup>

Gleichzeitig prägt dieses Staatsverständnis die Erwartungen an die Aufgaben des Staates und an seine Rolle. Tatsächlich geht das kontinentaleuropäische Recht von einem aktiven Staat aus, der die Gesellschaft verändern und gesellschaftspolitische Ziele aktiv verfolgen soll. Man denke z.B. an Leistungsaufträge an den Staat, die sich aus den Grundrechten ergeben.<sup>17</sup>

Demgegenüber ging John Locke davon aus, dass der Staat nur über eine limitierte Souveränität verfügt und dem Menschen nicht notwendigerweise übergeordnet ist. Im Gegensatz zum Staat nach Hobbes nimmt der Staat nach Locke eine eher passive Rolle ein. Der Staat ist hier nichts weiter als ein Nachtwächterstaat, dessen einziger Zweck es ist, die Rechte seiner Bürger zu schützen und dadurch für Gleichgewicht innerhalb der Gesellschaft zu sorgen.<sup>18</sup> Eingriffe in das öffentliche oder private Leben der Bürger sind hier also unerwünscht.

## **B. Die Rolle des Richters im Verfahren - Sachverhaltsfestellung**

Im Common Law System steht der Richter, anders als beim Civil Law System, nicht über, sondern zwischen den Parteien und muss versuchen, einen Ausgleich zu finden, der dem konkreten Einzelfall gerecht wird.<sup>19</sup> Gerecht ist eine Lösung dann, wenn das Verfahrensrecht richtig angewendet wurde. Das bedeutet, dass im Rechtssystem des Common Law nicht so sehr das materielle Recht, als vielmehr das Verfahrensrecht die dominierende Stellung einnimmt.<sup>20</sup> Dies ist darauf zurück zu führen, dass im Common Law System die Auffassung gilt, dass derjenige Recht hat, der den Prozess

---

<sup>15</sup> FLEINER, Rechtsvergleichende Überlegungen, S. 43.

<sup>16</sup> BASTA FLEIENR/FLEINER, S. 255.

<sup>17</sup> BASTA FLEIENR/FLEINER, S. 251; FLEINER, Rechtsvergleichende Überlegungen, S. 46.

<sup>18</sup> BASTA FLEIENR/FLEINER, S. 251.

<sup>19</sup> FLEINER, Wem Gott ein Amt gibt, S. 142.

<sup>20</sup> FLEINER, Wem Gott ein Amt gibt, S. 143.

gewinnt.<sup>21</sup> Dies wiederum führt dazu, dass während dem Prozess Gerechtigkeit und “fair play” gelten sollen, die eben durch das Verfahrensrecht gewährleistet werden. Der Richter des Common Law Systems hat lediglich eine koordinierende Funktion zwischen den Parteien. Gestützt auf die Vorbringen der Parteien im sog. *adversary system*, muss er den Sachverhalt feststellen und versuchen, den Streit nach geeigneten Kriterien zu schlichten.<sup>22</sup>

Verglichen mit der relativ schwachen Stellung des Richters im Common Law nimmt der Richter im Civil Law System eine umso stärkere Stellung ein. Hier ist zunächst zu betonen, dass die kontinentaleuropäischen Staaten sehr stark vom kanonischen Recht beeinflusst wurden, das v.a. im 12. Jh. eine immer grössere Bedeutung erlangte. Das kirchliche Recht ist seinerseits stark von einem hierarchischen Denken geprägt, welches dazu führte, dass das Recht als eine vom Volk getrennte Wissenschaft interpretiert wurde, die nicht von Laien, sondern von Experten angewendet werden muss.<sup>23</sup> Dies erklärt somit die den Parteien übergeordnete Stellung des Richters als Experte in diesem Sinne. Er muss die von der Legislative als einzige Quelle des Rechts erlassenen Gesetze aktiv durchsetzen und anwenden.

Was die Eruierung des Sachverhaltes angeht, gilt beim Civil Law in Straf- und Verwaltungsverfahren die sog. Inquisitionsmaxime (Untersuchungsmaxime).<sup>24</sup> Demzufolge müssen die Richter des Civil Law den Sachverhalt selber feststellen und sind nicht an die Vorbringen der Parteien gebunden. Die Parteien haben zwar gewisse Mitwirkungspflichten, allerdings ist ihre Stellung um einiges schwächer als beim *adversary system* im Common Law.

Zusammengefasst lässt sich sagen, dass beim Civil Law System das Recht bereits vorgegeben ist und der Richter also den darauf anwendbaren Sachverhalt (Tatbestand) feststellen und unter der geeigneten Norm subsumieren muss. Dies im Gegensatz zum Common Law, wo zuerst der Sachverhalt in einem fairen Verfahren festgestellt wird und dann in einem zweiten Schritt die geeigneten Kriterien gesucht werden, um den bestehenden Konflikt zu lösen.

---

<sup>21</sup> BASTA FLEINER/FLEINER, S. 250.

<sup>22</sup> FLEINER, Wem Gott ein Amt gibt, S. 147.

<sup>23</sup> BASTA FLEINER/FLEINER, S. 252.

<sup>24</sup> BASTA FLEINER/FLEINER, S. 252.

### **C. Instanzenzug**

Wie bereits dargestellt, war das kontinentaleuropäische Rechtsdenken stark vom Hierarchiedenken des kirchlichen Rechts im Mittelalter geprägt, welches dazu führte, dass das Recht sozusagen vom Volk losgelöst wurde und eine übergeordnete Stellung einnahm. Basierend auf dieser Tatsache, entwickelte sich allmählich eine Stufenordnung des Rechts und somit auch die Idee des Instanzenzuges.<sup>25</sup> Die Entscheidung der höheren Instanz galt als gerechter als diejenige der unteren Instanz, weil sie näher an der Krone war, d.h. am König von Gottes Gnaden, der ja die Quelle der Gerechtigkeit war.<sup>26</sup> Somit war im kontinentaleuropäischen Rechtsdenken nicht das Urteil an sich das wirklich Entscheidende, sondern die Rangordnung der jeweiligen Behörde. Hier kommt wieder das Denken von Hobbes deutlich zum Vorschein, wonach einzige Quelle des Rechts und der Gerechtigkeit beim souveränen Gesetzgeber liegt und somit Gerechtigkeit nicht durch das Verfahren garantiert wird, sondern eben durch die Nähe der verfügenden Behörde an dieser Quelle.

Demgegenüber ist nach Auffassung der Common Law Staaten die gerechte Lösung das Ergebnis eines richtig angewendeten Verfahrensrechtes und nicht der Entscheidung einer möglichst hohen Instanz.

### **D. Grundsatz des rechtlichen Gehörs**

Dieser Grundsatz garantiert, dass alle Parteien ein Recht haben, vom Richter angehört zu werden. Darunter fällt auch das Recht an der Sachverhaltsfeststellung mitzuwirken und Beweise vorzubringen.<sup>27</sup>

In den Civil Law Staaten wird der Grundsatz des rechtlichen Gehörs durch ein schriftliches Verfahren erfüllt. Die angelsächsischen Länder hingegen gehen davon aus, dass der Grundsatz des rechtlichen Gehörs erst dann erfüllt ist, wenn der Sachverhalt in einem mündlichen Verfahren vor einem unabhängigen Richter eruiert wird.<sup>28</sup> Diese Tatsache bringt die unterschiedliche Bedeutung des Verfahrensrechtes in den beiden Rechtssystemen klar zum Ausdruck. Es sei an dieser Stelle noch einmal daran erinnert, dass im Common Law ausserordentlich viel Wert auf die Mitwirkung

---

<sup>25</sup> FLEINER, Rechtsvergleichende Überlegungen, S. 46.

<sup>26</sup> BASTA FLEINER/FLEINER, S. 52.; FLEINER, Rechtsvergleichende Überlegungen, S. 46 f.

<sup>27</sup> BASTA FLEINER/FLEINER, S. 170.

<sup>28</sup> FLEINER, Wem Gott ein Amt gibt, S.148.; BASTA FLEINER/FLEINER, S. 253.

der Parteien bei der Sachverhaltsfeststellung gelegt wird. Nur so könne ein faires Ergebnis erzielt werden. Mit dem mündlichen Verfahren lässt sich dieses Ziel wesentlich besser erreichen als auf schriftlichem Wege, wo es womöglich noch zu Missverständnissen kommen könnte.

### **E. Die Trennung zwischen öffentlichem und privatem Recht – die Entwicklung des Verwaltungsrechts**

Seit Napoleon kennt das kontinentaleuropäische Recht eine Trennung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht. Napoleons Ziel war es, die hierarchische Feudalgesellschaft, so wie sie bis anhin bestanden hatte, durch eine moderne Gesellschaft abzulösen, die sich dadurch auszeichnete, dass alle Individuen gleichberechtigt sind. Um dieses Ziel zu erreichen, sorgte Napoleon für eine unabhängige Exekutive, indem er ein neues, eigens für die Exekutive und der ihr unterstellten Verwaltung öffentliches Recht schuf. Die Besonderheit lag darin, dass von nun an die Exekutive und die Verwaltung von der Gerichtsbarkeit der traditionellen Gerichte ausgenommen waren und dadurch Immunität genossen.<sup>29</sup>

Somit waren nicht nur die Grundsteine für eine Trennung zwischen öffentlichem und privatem Recht gelegt, sondern auch für die Gewaltenteilung.

Dieses öffentliche Recht ermöglicht es der Verwaltung mittels einseitigem Verwaltungsakt (*acte administratif*), den Individuen Rechte und Pflichten aufzuerlegen. Zudem hat es die gleiche Wirkung wie ein richterliches Urteil und kann somit auch vollstreckt werden.<sup>30</sup>

Das öffentliche Recht regelt also die Rechtsverhältnisse zwischen dem Staat, oder genauer: zwischen der Verwaltung bzw. Exekutive und den Privatpersonen. Es geht dabei davon aus, dass die Privatpersonen in einem Subordinationsverhältnis zum Staat stehen, dass dieser ihnen also übergeordnet ist (siehe Hobbes).

Als Zwischenfazit ergibt sich somit, dass Napoleon im kontinentaleuropäischen Raum das Konzept einer hierarchischen Rechtsordnung dadurch verstärkte, dass er nun eine gegenüber den Bürgern übergeordnete und starke, mit richterähnlichen Befugnissen ausgestattete Exekutive und Verwaltung einsetzte, die zudem ihr eigenes Recht (öffentliches Recht) besaßen. Diese starke Stellung der Verwaltung zeigt sich

---

<sup>29</sup> BASTA FLEINER/FLEINER, S. 255.

<sup>30</sup> BASTA FLEINER/FLEINER, S. 257.

einerseits in der bereits erwähnten Vollstreckbarkeit des Verwaltungsaktes und andererseits auch in der Tatsache, dass die Vermutung der Richtigkeit des Verwaltungsaktes nur bei Vorliegen eines ausdrücklichen Anfechtungsgrundes umgestossen werden kann.<sup>31</sup>

Ganz anders entwickelte sich dagegen die Situation im englischen Common Law. Die Gerichte des Vereinigten Königreichs galten als Gerichte der Krone und mussten im Namen der Krone über die Rechtsstreitigkeiten urteilen. Allerdings ist zu betonen, dass die Krone das Recht nicht für sich ableiten konnte, d.h. es galt für sie kein eigenes öffentliches Recht.<sup>32</sup> Somit unterscheidet das Common Law nicht zwischen öffentlichem und privatem Recht. Der Minister als Regierungsmitglied verfügt über keine privilegierte Stellung wie etwa die Beamten im Civil Law System. Das bedeutet, dass für Beamte wie auch für Privatpersonen die gleichen Rechtsnormen gelten – sie befinden sich auf gleicher Stufe.

Ein weiterer Unterschied zum kontinentaleuropäischen Recht besteht darin, dass das Common Law die Institution des Verwaltungsaktes nicht kennt.<sup>33</sup> Zwar können die Beamten Entscheidungen treffen, diese haben jedoch keine urteilsähnliche Wirkung und können somit auch nicht vollstreckt werden.

## **F. Verwaltungsgerichtsbarkeit**

Da die Verwaltung in den Civil Law Ländern nicht mehr der Gerichtsbarkeit der für Privatrecht zuständigen Gerichte unterstand, war schnell klar, dass es geeignete Instrumente brauchte, um die Individuen vor Machtmissbrauch der Verwaltung zu schützen. Es ging also um die Frage der Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Eine solche Verwaltungsgerichtsbarkeit hat sich auf dem kontinentaleuropäischen Raum erst Ende des 19. und im 20. Jh. entwickelt.<sup>34</sup>

Auch das Common Law kennt eine gewisse verwaltungsgerichtliche Kontrolle, die sich aber in vielen Punkten von derjenigen des Civil Law unterscheidet (siehe nachfolgend Ziff.1 ff.). Der Rechtsschutz gegenüber der Verwaltung hat sich hier nämlich v.a. auf die Schaffung neuer Rechtsmittel beschränkt.<sup>35</sup>

---

<sup>31</sup> FLEINER, Wem Gott ein Amt gibt, gibt, S.166.

<sup>32</sup> FLEINER, Wem Gott ein Amt gibt, S.166 f.

<sup>33</sup> FLEINER, Wem Gott ein Amt gibt, S.167.

<sup>34</sup> BASTA FLEINER/FLEINER, S. 256.

<sup>35</sup> BASTA FLEINER/FLEINER, S. 194.



## 1. Zuständigkeit

Als erster Unterschied ist zu erwähnen, dass im Common Law System immer noch die ordentlichen Gerichte eventuelle Streitigkeiten zwischen Privaten und der Verwaltung beurteilen und dabei die gleichen Rechtsquellen anwenden wie für die Privatpersonen.<sup>36</sup> Es gibt im englischen Common Law also keine Unterteilung in Zivil- und Verwaltungsgerichte. Dies im Gegensatz zum Civil Law, das für Klagen des Bürgers gegen die Verwaltung besondere Verwaltungsgerichte kennt, wie z.B. das "Conseil d'Etat" in Frankreich.<sup>37</sup>

## 2. Rechtsmittel

Ein weiterer Unterschied findet sich bei den Rechtsmitteln. Das Common Law kennt eine ganze Reihe von Rechtsmitteln (z.B. das *writ of habeas corpus*, das *writ of certiorary*, das *writ of mandamus* und schliesslich das *writ of prohibitory injunction*), die es dem Individuum ermöglichen, schon vor der eigentlichen Entscheidung der Verwaltung Beschwerde einzureichen. Ferner besteht die Möglichkeit, einen Entscheid der Verwaltung durch ein Gericht zu fordern oder zu verhindern.<sup>38</sup>

In den meisten Ländern mit Civil Law Tradition hingegen kann man sich nur gegen einen bereits erlassenen Verwaltungsakt wehren.<sup>39</sup> Das Vertrauen in die verfügenden Behörden bewirkt zudem, dass ein solcher Verwaltungsakt, selbst wenn ursprünglich fehlerhaft, nach Ablauf einer gewissen Frist, in der nicht rechtzeitig geklagt wird, rechtskräftig wird. Der Mangel ist geheilt.<sup>40</sup> Im Civil Law ist die Beschwerde gegen den Verwaltungsakt das klassische Rechtsmittel.<sup>41</sup> In Frankreich kennt man z.B. das *recours pour excès de pouvoir* und in Deutschland die *Verwaltungsrechtliche Beschwerde*.<sup>42</sup> Mit diesen Rechtsmitteln kann jedoch nur verlangt werden, dass das Gericht den betreffenden Verwaltungsakt aufhebt. Rechtsmittel wie sie das Common Law kennt, existieren im kontinentaleuropäischen Recht nicht. Immerhin besteht in Deutschland die Möglichkeit, durch das Gericht die Verwaltung dazu zu bringen,

---

<sup>36</sup> DAVID/GRASSMANN, S.

<sup>37</sup> GLENDON/GORDON/OSAKWE, S. 757.

<sup>38</sup> FLEINER, Wem Gott ein Amt gibt, S. 169.

<sup>39</sup> FLEINER, Wem Gott ein Amt gibt, S. 170.

<sup>40</sup> FLEINER, Administrative Law, S. 585.

<sup>41</sup> BASTA FLEINER/FLEINER, S. 195.

<sup>42</sup> FLEINER, Administrative Law S. 585.

einen Verwaltungsakt zu erlassen. Allerdings wird von dieser Möglichkeit selten Gebrauch gemacht.<sup>43</sup>

Im Ergebnis kann also festgehalten werden, dass im kontinentaleuropäischen Recht Rechtsschutz gewährt wird, wenn ein bereits erlassener Verwaltungsakt besteht, wohingegen im Common Law Rechtsschutz gewährt wird, wenn ein passendes Rechtsmittel gegeben ist.

### 3. Durchsetzung

Mit dem Zwangsmittel des *contempt of court*, d.h. mittels Strafandrohung, können die Gerichte des Common Law Systems ihre Entscheide auch gegenüber den Beamten durchsetzen.<sup>44</sup> Die Länder mit Civil Law kennen keine solche Möglichkeit, ihre Entscheidungen gegenüber den Beamten mittels Strafandrohung durchzusetzen, denn diese genießen vor dem Richter Immunität bzw. Amtsprivileg.

Allerdings haben Verwaltungsakte nach kontinentaleuropäischem Recht, wie bereits erwähnt, urteilsähnliche Wirkung gegenüber Privatpersonen und können ihnen gegenüber vollstreckt werden. Eine solche Wirkung kommt den Entscheiden der Verwaltung im Common Law System nicht zu. Damit sie gegenüber den Bürgern vollstreckt werden können, braucht es zusätzlich einen richterlichen Vollstreckungsbefehl.<sup>45</sup>

### 4. Verfahren

Im Common Law findet, unabhängig davon, ob es sich um ein Zivil-, Straf- oder Verwaltungsprozess handelt, stets das *adversary system* statt. Dieses zeichnet sich dadurch aus, dass hier die Parteien bzw. ihre Rechtsanwälte die Fakten vorzubringen haben (Verhandlungsmaxime), und nicht etwa der Richter den Sachverhalt von sich aus abklären muss.<sup>46</sup> Mit anderen Worten wird den Prozessparteien, verglichen mit dem Richter, eine relativ starke Stellung eingeräumt. Diese Tatsache rührt von der typischen Vorstellung der Common Law Tradition, wonach nur mittels dem *adversary system* ein gerechtes Verfahren garantiert werden kann; und wo ein

---

<sup>43</sup> FLEINER, Administrative Law, S. 585.

<sup>44</sup> BASTA FLEINER/FLEINER, S. 270.

<sup>45</sup> BASTA FLEINER/FLEINER, S. 267.

<sup>46</sup> <[http://www.en.wikipedia.org/wiki/Adversarial\\_system](http://www.en.wikipedia.org/wiki/Adversarial_system)> (zuletzt besucht am 19.07.06).

gerechtes Verfahren ist, ist auch eine gerechte Lösung (Vorrang des Verfahrensrechts).

Im Civil Law hingegen gilt für den Straf- sowie für den Verwaltungsprozess die Untersuchungs- bzw. die Inquisitionsmaxime, die den Richter verpflichtet, den Sachverhalt v.A.w. und einseitig zu eruieren. Diese für das Verwaltungsverfahren gesetzlich geregelte Maxime führt dazu, dass die Möglichkeiten des Bürgers, zu einem späteren Zeitpunkt den v.A.w. festgestellten Sachverhalt anzufechten, beschränkt sind.<sup>47</sup>

## 5. Instanzen (*Ministre Juge*)

In den Ländern mit Civil Law können Rechtsstreitigkeiten mit der Verwaltung nicht sofort an das Gericht weitergezogen werden. Vielmehr werden solche von einer oberen Instanz beurteilt. Mit anderen Worten müssen zuerst sämtliche Instanzen vor dem Gericht ausgeschöpft werden. Nach dem französischen Konzept des *Ministre Juge* entscheidet aber vielfach die Verwaltung als letzte Instanz, so dass ein Weiterzug an das Gericht nicht möglich ist.<sup>48</sup> Dieses Konzept, wonach der Minister wie ein Richter wirkt, hat sich in den meisten kontinentaleuropäischen Ländern durchgesetzt.

Im Common Law ist dies hingegen nicht denkbar, weil die Verwaltung hier eben nicht über richterähnliche Befugnisse bzw. Kompetenzen verfügt.

## 6. Funktion

Beide Rechtssysteme sehen schliesslich in der Verwaltungsgerichtsbarkeit eine andere Funktion. Im Common Law System (und übrigens auch in Deutschland) hat sie die Funktion, die Individualinteressen des Einzelnen zu schützen, während sie im Civil Law System neben dem Rechtsschutz auch das öffentliche Interesse und den Willen des Gesetzgebers sicherstellen und vollziehen soll.<sup>49</sup> Hier gilt nämlich, dass der Verwaltungsrichter dafür sorgen soll, dass sich die Exekutive an die vorgegebenen Gesetze hält und nur dann in die Rechte der Bürger eingreifen soll,

---

<sup>47</sup> FLEINER, Wem Gott ein Amt gibt, S. 171.

<sup>48</sup> BASTA FLEINER/FLEINER, S. 265.

<sup>49</sup> FLEINER, Wem Gott ein Amt gibt, S. 172.

wenn sie durch das Gesetz (welches ja den Willen des Gesetzgebers repräsentiert) hierzu ausdrücklich ermächtigt ist.<sup>50</sup>

### **G. Klage vs. das System der Writs**

Ein weiterer Unterschied zwischen dem Common Law und dem Civil Law liegt im Mittel zur Durchsetzung eines Rechtsanspruchs. Während das kontinentaleuropäische Recht hierfür die Klage vorsieht, kannte das englische Common Law ursprünglich das System der *writs*.<sup>51</sup> Das *writ* verkörperte einen schriftlichen Befehl des Königs als oberstem Gesetzgebers an den Scheriff der Grafschaft des Beklagten mit dem Inhalt, bestimmte prozessuale Massnahmen einzuleiten.<sup>52</sup> Eine Person, die Rechtsschutz suchte, musste zuerst ein solches *writ* gegen Gebühr beim “Chancellor’s office” (königliche Kanzlei) beantragen. Der deutliche Unterschied zur Klage zeigt sich am Satz: “*where there is no writ, there is no right*”.<sup>53</sup> Das bedeutet, dass Rechtsmittel hier wichtiger sind als Rechte, denn ob man sein Recht durchsetzen konnte, hing eben davon ab, ob ein entsprechendes *writ* vorhanden war oder nicht. Während die kontinentaleuropäische Klage sich v.a. auf materielles Recht stützt, verkörperte ein *writ* ein rein prozessrechtliches Instrument. Für jede Situation war ein entsprechendes *writ* mit einem eigenen vorgeschriebenen Verfahrensrecht vorhanden.<sup>54</sup>

Zusammenfassend ergibt sich also einmal mehr ein Vorrang des Verfahrensrechts im Common Law System gegenüber der eigentlichen Lösung des Konfliktes.

Obwohl dieses starre *writ* System im 19. Jh. durch ein vereinfachtes System ersetzt wurde, das heute für alle Streitfragen das gleiche Verfahren vorsieht, bleibt die relativ dominante Stellung des Verfahrensrechtes typisch für das Common Law.<sup>55</sup>

Im kontinentaleuropäischen Recht hat es hingegen eine derartige Beschränkung der Zuständigkeit auf besondere Klagen mit besonderen Verfahren von vornherein nie gegeben.<sup>56</sup> Hier steht eindeutig das materielle Recht im Vordergrund.

---

<sup>50</sup> BASTA FLEINER/FLEINER, S. 260.

<sup>51</sup> GLENDON/GORDON/OSAKWE, S. 441.

<sup>52</sup> BERNSTOFF GRAF, S.3.; BAKER, S. 63.

<sup>53</sup> GLENDON/GORDON/OSAKWE S. 441.

<sup>54</sup> DAVID/GRASSMANN, S. 444 f.

<sup>55</sup> < [http:// www. Answers.com/topic/common-law](http://www.Answers.com/topic/common-law)> (zuletzt besucht am 19.07.06)

<sup>56</sup> DAVID/GRASSMANN, S. 448.

## H. Rechtsquellen: Gesetz vs. Richterrecht

Wie eingangs bereits erwähnt, orientiert sich das Common Law in erster Linie an Rechtsfindung durch die Gerichtspraxis der Gerichte (Case Law). Die Rolle des Richters besteht im Unterschied zum kontinentaleuropäischen Raum demzufolge nicht so sehr in der Anwendung, sondern vielmehr in der eigentlichen Entwicklung von Rechtsregeln.<sup>57</sup> Demgegenüber nimmt das von der Legislative erlassene Recht (sog. Statue Law) als Rechtsquelle nur eine sekundäre Rolle ein.

Entscheidend ist im Common Law System die Bindung an die Präjudizien, also an Recht, das durch richterliche Entscheidungen gesetzt wurde und über den Einzelfall hinausgeht. Diese strikte Bindung an die Vorentscheide (Präjudizien) hat sich erst zu Beginn des 19. Jh. durchgesetzt und verlangt von den Gerichten unterer Stufe, dass sie sich an Entscheidungen eines höheren Gerichtes zu orientieren und an diese zu halten haben.<sup>58</sup> Dieses Prinzip der Präjudizienbindung ist auf einem verglichen mit dem Civil Law System unterschiedlichen Verständnis der Rechtssicherheit zurück zu führen. Rechtssicherheit, als "Vorhersehbarkeit juristischer Antworten auf konkrete Rechtsfragen"<sup>59</sup> verstanden, erfolgt hier über die strenge Beachtung und Bindung an Präjudizien und nicht wie im Civil Law System über die Bindung am Gesetz.

Nur im Falle des sog. *overruling* greift diese Regel nicht. Ein *overruling* i.S. einer Änderung der Rechtsprechung ist nur dann möglich, wenn das erkennende Gericht die frühere Entscheidung aufheben kann, oder wenn ein höheres Gericht oder die Gesetzgebung die betreffende Entscheidung aufheben kann.<sup>60</sup>

Heute kennen die Länder mit Common Law Tradition vermehrt für einzelne Rechtsgebiete geschriebene Rechtsnormen, die von der Legislative oder von der Verwaltung stammen. Insofern hat sich die Stellung des Gesetzes in diesen Ländern verbessert, und dieses tritt immer mehr an die Seite des Richterrechts.<sup>61</sup> Allerdings wäre es falsch zu behaupten, dass sie die Rechtsprechung verdrängen. Tatsache ist nämlich, dass das Common Law weiterhin in erster Linie ein Case Law bleibt, nicht zuletzt darum, weil die wichtigsten Rechtsgebiete immer noch von der richterlichen

---

<sup>57</sup> DAVID/JAUFFRET-SPINOSI, S. 306.

<sup>58</sup> DAVID/GRASSMANN S. 490.

<sup>59</sup> PROBST, S. 397.

<sup>60</sup> BERNSTOFF GRAF, S. 9 f.

<sup>61</sup> DAVID/GRASSMANN, S. 312.

Rechtsprechung erfasst sind, und auch weil die Juristen des Common Law bedacht sind an ihrer Tradition fest zu halten.<sup>62</sup>

Ein solches Fallrecht hat sowohl Vorteile als auch Nachteile. Während es einerseits für ein relativ transparentes und v.a. voraussehbares Rechtssystem sorgt, führt es andererseits aber auch zu einer gewissen Unflexibilität des Rechts. Die Anpassung an veränderte Verhältnisse und Gerechtigkeitsvorstellungen kann nämlich nur sehr langsam erfolgen, zumal dies die Änderung einer jahrelangen Gerichtspraxis voraussetzt. Es versteht sich von selbst, dass eine solche Prozedur nicht so ohne weiteres von heute auf morgen geschehen kann.<sup>63</sup>

Anders präsentiert sich die Situation auf dem kontinentaleuropäischen Raum. Hier herrscht die Meinung, dass das Prinzip der Rechtssicherheit am besten durch die Schaffung von generell abstrakten Normen erreicht wird, die auf konkrete Einzelfälle angewendet werden können.<sup>64</sup> Das erklärt auch, warum die kontinentaleuropäische Rechtskultur im Gegensatz zu den angelsächsischen Staaten Gesetzbücher mit generell abstrakten Normen kennt, die der Richter anwenden soll. Diese Einstellung hat im 19. Jh. zu einer regelrechten Kodifikationswelle auf dem kontinentaleuropäischen Raum geführt, in der sich fast alle Staaten Verfassungen und Gesetzbücher gaben.

Im Bereich des Civil Law genießen die geschriebenen Gesetze eine primäre Stellung. In der Tat spricht Professor Thomas Probst in seiner Dissertation zutreffend von einem "Vertrauen in das Gesetz" der Civil Law Tradition.<sup>65</sup> Gleichzeitig spricht er sich aber auch über eine "inkonsistente Haltung gegenüber dem Richterrecht" aus.<sup>66</sup> Grundsätzlich gilt im Civil Law nämlich, dass alles, was nicht gesetzlich geregelt ist, als sog. unsicheres Recht qualifiziert wird. Andererseits führt die Tatsache, dass die kontinentaleuropäischen Gesetzbücher v.a. konkretisierungsbedürftige Generalklauseln enthalten, dazu, dass Präjudizien dennoch bei der Auslegung von unbestimmten Gesetzesbestimmungen beigezogen werden.

Zusammengefasst ergibt sich, dass im Civil Law System eindeutig der Gesetzestext Vorrang genießt, die Rechtsprechung der Gerichte aber ebenfalls ihren Teil an der

---

<sup>62</sup> DAVID/GRASSMANN, S. 496 f.

<sup>63</sup> BUNGE, S.32.

<sup>64</sup> PROBST, S. 391.

<sup>65</sup> PROBST, S. 391.

<sup>66</sup> PROBST, S. 392.

Rechtsentwicklung beitragen, wenn auch nur in Form der Gesetzesauslegung und weniger in Form einer eigentlichen Rechtsschöpfung.<sup>67</sup>

## **I. Grundrechte**

In den Staaten mit Civil Law Tradition, die ja bekanntlich von den Vorstellungen von Hobbes geprägt sind, gewährt und garantiert die Verfassung die Grundrechte der Individuen. Dies bedeutet mit anderen Worten, dass sich die Bürger nötigenfalls gegen Verletzungen ihrer Freiheitsrechte zur Wehr setzen können. Die Verwaltungs- und Verfassungsgerichte müssen demzufolge auf eventuelle Beschwerden der Privatpersonen betreffend der Verletzung ihrer verfassungsmässigen Rechte eintreten.<sup>68</sup> Ferner reichen ihre Kompetenzen nur soweit, wie die Verfassung es ihnen erlaubt.<sup>69</sup>

Im Common Law System geht man hingegen von einem Vorverfassungsverständnis der Grundrechte aus, das auf John Locke zurückzuführen ist. Das bedeutet, dass die Bürger von Anfang an Träger solcher vorstaatlicher Rechte sind und, anders als im Civil Law System, nicht darauf angewiesen sind, dass ihnen solche Rechte erst durch die Verfassung garantiert werden. Weil diese Rechte sich aus dem Naturrecht ergeben, sind sie unverzichtbar. Der Staat kann nur dann in diese Rechte eingreifen, wenn er dazu ausdrücklich ermächtigt ist.<sup>70</sup>

Weiter ist zu beachten, dass während die Civil Law Länder in erster Linie materielle Freiheitsrechte gewähren, die Common Law Länder v.a. Verfahrensrechte garantieren<sup>71</sup>, womit einmal mehr die zentrale Bedeutung des Verfahrensrechtes im Common Law System unterstrichen wird.

## **J. Völkerrecht**

In den Staaten des Common Law Systems (mit Ausnahme der USA) können die Gerichte das internationale Völkervertragsrecht nicht unmittelbar anwenden.<sup>72</sup> Das internationale Völkervertragsrecht kann erst dann seine Wirkungen im Inland

---

<sup>67</sup> DAVID/GRASSMANN, S. 199.

<sup>68</sup> FLEINER, Wem Gott ein Amt gibt, S. 158.

<sup>69</sup> BASTA FLEINER/FLEINER, S. 192.

<sup>70</sup> FLEINER, Rechtsvergleichende Überlegungen, S. 47 f.

<sup>71</sup> BASTA FLEINER/FLEINER, S. 262.

<sup>72</sup> BASTA FLEINER/FLEINER, S. 331.

entfalten, wenn es vorher durch einen innerstaatlichen Umsetzungsakt ins nationale Recht umgeformt worden ist.<sup>73</sup> Man spricht hier vom Dualistischen System, dies im Gegensatz zum Monistischen System, welches es den Staaten ermöglicht, das Völkervertragsrecht unmittelbar anzuwenden. Mit anderen Worten, es braucht hier keinen Transformationsakt.

## **Fazit**

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass beide Rechtssysteme unterschiedliche rechtsgeschichtliche Entwicklungen hinter sich haben, die sie nachhaltig beeinflusst und dazu geführt haben, dass sich zwei eigenständige, sich in vielerlei Hinsicht voneinander unterscheidende Rechtssysteme gegenüber stehen.

Es wurde festgestellt, dass beide Rechtsstraditionen von unterschiedlichen Staatsverständnissen ausgehen, aus denen sich die Rolle des Staates jeweils anders definiert. Ferner haben wir einen Vorrang des Verfahrensrechtes im Common Law gegenüber dem materiellen Recht ausmachen können, der seinerseits die Stellung des Richters im Prozess beeinflusst.

Nicht zu vergessen sind ferner die Unterschiede im Bereich der Rechtsquellen, zumal das Common Law in erster Linie auf Case Law (Rechtsprechung der Gerichte) und das Civil Law auf Gesetzestext basiert. Auch wurde auf einige Unterschiede im Bereich der Stellung der Grundrechte und des Völkerrechts hingewiesen.

Schliesslich wurden auch die Trennung zwischen privatem und öffentlichem Recht und das daraus resultierende unterschiedliche Verwaltungsrecht und die ebenso unterschiedliche Verwaltungsgerichtsbarkeit untersucht.

Unter dem nachfolgenden Titel werden diese Unterschiede nun im Zusammenhang mit dem schweizerischen Recht gesetzt und mit Letzterem verglichen.

---

<sup>73</sup> KÄLIN/EPINEY, S. 92.



## IV. Konsequenzen für die Schweiz

### A. Staatsfunktion

Die schweizerische Bundesverfassung folgt eindeutig der Vorstellung des Civil Law Systems, wonach Verfassungen nicht nur Instrumente der Begrenzung der Staatsmacht darstellen, sondern insbesondere auch dazu dienen, den einzelnen Staatsstrukturen Kompetenzen und Richtlinien vorzuschreiben, um namentlich die soziale Wohlfahrt zu gewährleisten.<sup>74</sup> Dies ergibt sich aus Art. 5 Abs.1 BV, ds die Grundsatznorm des rechtsstaatlichen Handelns darstellt.

### B. Die Rolle des Richters – Sachverhaltsfeststellung

Die Schweiz trennt verfahrensmässig zwischen Zivil-, Straf- und Verwaltungsverfahren. Während das Verwaltungsverfahren kantonal geregelt ist, sind Zivil- und Strafverfahrensrecht seit der Volksabstimmung von 2000 dem Bund übertragen (vgl. Art. 122 Abs. 1 und Art. 123 Abs. 1 BV).<sup>75</sup>

Im Zivilprozess gilt wie beim *adversary system* des Common Law der Verhandlungsgrundsatz: Es ist Sache der Parteien den Sachverhalt zusammen zu stellen. Der Richter als unabhängiger Schiedsrichter hat lediglich (aber immerhin) die Aufgabe das Recht v.A.w. auf die von den Parteien vorgebrachten Tatsachen anzuwenden.<sup>76</sup> Es gilt hier das lateinische Sprichwort: “*Da mihi facta, dabo tibi ius*” (“gib mir die Tatsache, ich gebe dir das Recht”).<sup>77</sup> An dieser Stelle muss allerdings erwähnt werden, dass die Verhandlungsmaxime im Zivilprozess nicht etwa uneingeschränkt gilt. Einige Bestimmungen sehen z.B. vor, dass in gewissen Verfahren nur diejenigen Tatsachen berücksichtigt werden, von deren Vorhandensein sich das Gericht überzeugt hat. Das gilt namentlich in den Fällen, bei denen nicht nur private sondern auch öffentliche Interessen involviert sind (siehe Art. 139 Abs. 2 ZGB).<sup>78</sup> Ferner sehen einige Bestimmungen vor, dass das Gericht zum Schutz der

---

<sup>74</sup> <[http://www.federalism.ch/files/documents/legalsystems\\_tipsheet\\_209.02\\_find.pdf](http://www.federalism.ch/files/documents/legalsystems_tipsheet_209.02_find.pdf)> (zuletzt besucht am 19.07.06).

<sup>75</sup> Seiler, S. 238.

<sup>76</sup> SARBACH, S. 5.

<sup>77</sup> SEILER, S. 250.

<sup>78</sup> VOGEL/SPÜHLER, S. 173 Rz 58.

schwächeren Partei den Sachverhalt v.A.w. feststellen soll. Zu denken ist hier z.B. an Art. 343 Abs. 4 OR für Streitigkeiten aus dem Arbeitsvertrag.<sup>79</sup>

Im Straf- und Verwaltungsverfahren gilt hingegen der Untersuchungsgrundsatz, wonach die Behörden den Sachverhalt v.A.w. eruieren müssen. Auch die Untersuchungsmaxime ist ihrerseits gewissen Einschränkungen unterworfen: Zum einen haben die Parteien eine Mitwirkungspflicht. Das Gericht darf davon ausgehen, dass die Parteien die zu ihren Gunsten relevanten Tatsachen vorbringen und daher muss es nicht sämtliche Abklärungen v.A.w. treffen. Zum anderen müssen die Parteien eventuelle Rechtsmittel begründen.<sup>80</sup>

Zusammenfassend ergibt sich somit, dass der Richter in der Schweiz je nach Prozessart eine andere Rolle im Hinblick auf die Sachverhaltsfeststellung hat. Dies im Vergleich zum *adversary system* des Common Law, das in allen drei Verfahrensarten gilt und von der Verhandlungsmaxime dominiert wird. Diese Tatsache ist darauf zurück zu führen, dass im Straf- und Verwaltungsverfahren sowohl Privatinteressen als auch öffentliche Interessen beteiligt sind.

### **C. Instanzenzug**

In der Schweiz ist das Rechtspflegesystem in verschiedenen Instanzen hierarchisch gegliedert. Zuerst entscheidet eine untere Instanz, und wenn eine Partei mit dem Entscheid nicht einverstanden ist, kann sie diesen mit einem Rechtsmittel an eine obere Instanz weiterziehen. Je nach Kanton variiert die Zahl der Rechtsmittelinstanzen. I.d.R. kann man aber von 2 kantonalen Instanzen ausgehen, bevor man an das Bundesgericht als letzte und abschliessend urteilende Instanz gelangt.<sup>81</sup>

Mit diesem Instanzenzug ist eine gewisse Kontrolle der unteren Behörden verbunden. Dies dient einerseits dem Prinzip der Rechtsstaatlichkeit und andererseits auch der Rechtssicherheit, weil die obersten Instanzen klarstellen können, wie die Rechtslage ist. Gewisse Juristen vertreten sogar die Meinung, dass ein Rechtspflegesystem umso rechtsstaatlicher ist, je mehr Anfechtungsmöglichkeiten und Rechtsmittelinstanzen es gibt.<sup>82</sup>

---

<sup>79</sup> SEILER, S. 251.

<sup>80</sup> SEILER, S. 251.

<sup>81</sup> SEILER, S. 239.

<sup>82</sup> SEILER, S. 238.

Man erkennt hier also im Hintergrund die Vorstellung: Je näher eine Instanz am Bundesgericht ist, desto besser kennt sie das Recht und desto gerechter ist somit die Entscheidung.

#### **D. Grundsatz des rechtlichen Gehörs**

Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Obwohl sich der genaue Umfang dieses Anspruches aus dem jeweilig anwendbaren Verfahrensrecht ergibt, können aus Art. 29 Abs. 2 BV doch einige Mindestanforderungen abgeleitet werden:<sup>83</sup> Die Parteien können z.B. Beweise bringen und Beweisanträge stellen; ferner können sie sich vor dem Entscheid zur Sache äussern und haben Anspruch auf ordnungsgemässe Eröffnung und Begründung des Entscheids.

Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs, als Garantie für ein rechtsstaatliches Verfahren, dient der Sachaufklärung und garantiert gleichzeitig dem Betroffenen ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht im Verfahren.<sup>84</sup>

Diese Verfahrensgarantie gilt für sämtliche Gerichts- und Verwaltungsverfahren<sup>85</sup> und wird zudem in den einzelnen Gesetzen bzw. Prozessordnungen konkretisiert.

#### **E. Verwaltungsrecht**

Das Verwaltungsrecht als Teil des öffentlichen Rechts führt dazu, dass die Behörden bei der Erfüllung ihrer Verwaltungsaufgaben gegenüber den Privaten über Hoheitsgewalt verfügen.<sup>86</sup> Im Rahmen dieser Hoheitsgewalt sind sie berechtigt, gegenüber den Privatpersonen einseitig Verwaltungsakte zu erlassen. Einen solchen Verwaltungsakt bezeichnet man in der Schweiz als Verfügung. Letztere definiert sich gemäss Art. 5 Abs. 1 VwVG als ein an den Einzelnen gerichteten Hoheitsakt der Verwaltung, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird.<sup>87</sup> Die Verfügung ist somit verbindlich und erzwingbar; d.h. sie kann unmittelbar

---

<sup>83</sup> BGE 117 Ia 268 f.

<sup>84</sup> BGE 122 I 53, 55.

<sup>85</sup> BBl 1997 I 181.

<sup>86</sup> HÄFELIN/MÜLLER, S. 57 Rz 272.

<sup>87</sup> HÄFELIN/MÜLLER, S.178 Rz 854.

vollstreckt werden, ohne dass es hierfür einer weiteren Konkretisierung bedarf, und wirkt somit faktisch wie ein richterliches Urteil.<sup>88</sup>

Die Rechtsfigur der Verfügung ist im schweizerischen Verwaltungsrecht deswegen so zentral, weil nur bei Vorliegen einer solchen dem Einzelnen Rechtsschutz in der Verwaltungsrechtspflege gewährt werden kann.<sup>89</sup>

Dies im Gegensatz zum englischen Common Law, dem dieses Institut fremd ist und das einzig darauf achtet, ob ein Rechtsmittel oder eine bestimmte Klagemöglichkeit gegeben ist, mit welchen der Einzelne seinen Anspruch gegen die Verwaltung durchsetzen kann.

## **F. Verwaltungsgerichtsbarkeit**

### **1. Zuständigkeit**

In der Schweiz sind für die Verwaltungsrechtspflege besondere, von der Verwaltung unabhängige richterliche Instanzen vorgesehen (Rekurskommissionen, Verwaltungsgerichte), welche die Rechtmässigkeit des Verwaltungshandelns überprüfen.<sup>90</sup> Allerdings ist ihre Überprüfungsbefugnis insofern beschränkt, als sie nur eine Rechtskontrolle und keine Ermessenskontrolle vornehmen können.<sup>91</sup>

Man unterscheidet generell zwischen allgemeinen Verwaltungsgerichten und Spezialverwaltungsgerichten. Ein allgemeines Verwaltungsgericht (z.B. das Verwaltungsgericht des Kanton Zürich) liegt vor, wenn sich sein Zuständigkeitsbereich auf alle Streitigkeiten in sämtlichen Sachgebieten des Verwaltungsrechts erstreckt. Demgegenüber befasst sich ein Spezialverwaltungsgericht mit Streitigkeiten aus einem bestimmten Sachbereich des Verwaltungsrechts. Auf Bundesebene ist z.B. das Eidgenössische Versicherungsgericht in Luzern für sämtliche Streitigkeiten im Bereich des Sozialversicherungsrechts zuständig. Der Vorteil eines solchen Spezialverwaltungsgerichtes liegt darin, dass hier Richter gewählt werden, die über besonderes Fachwissen im jeweiligen Sachbereich verfügen.<sup>92</sup>

---

<sup>88</sup> HÄFELIN/MÜLLER, S.180 Rz 864.

<sup>89</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI, § 28 Rz 41.

<sup>90</sup> SEILER, S. 262.

<sup>91</sup> HÄFELIN/MÜLLER, S. 400 Rz 1930.

<sup>92</sup> HÄFELIN/MÜLLER, S. 389 Rz 1874 ff.

## 2. Rechtsmittel

Anfechtungsobjekt eines Rechtsstreites zwischen dem Bürger und einer Verwaltungsbehörde ist in der Schweiz die einseitig erlassene Verfügung. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist das ordentliche Rechtsmittel, mit dem man bei einem Verwaltungsgericht die Abänderung oder Aufhebung einer erstinstanzlichen Verfügung einer Verwaltungsbehörde verlangen kann.<sup>93</sup>

Damit die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zur Anwendung kommen kann, müssen gewisse Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein. U.a. wird sowohl für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde auf Bundesebene als auch auf kantonaler Ebene explizit eine Verfügung als Beschwerdeobjekt verlangt (vgl. z.B. Art. 97 OG für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde auf Bundesebene). Mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann bspw. Rechtswidrigkeit (z.B. Verletzung des materiellen Rechts), die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes oder in Ausnahmefällen die Unangemessenheit gerügt werden.<sup>94</sup>

In Fällen, bei denen die Verwaltung ohne das Erlassen einer Verfügung handelt, greift hingegen die verwaltungsrechtliche Klage als Rechtsmittel.

## 3. Verfahren

Beim Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren auf Bundesebene erfolgt die Sachverhaltsfeststellung in der Regel v.A.w. (Art. 105 Abs. 1 OG). Allerdings wird hier die Untersuchungsmaxime nicht so streng gehandhabt, zumal dem Bundesgericht die Möglichkeit offen steht, sich mit der Sachverhaltsdarstellung der Parteien zu begnügen. Gemäss Art. 105 Abs. 2 OG ist das Bundesgericht ferner an die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz gebunden, vorausgesetzt es handelte sich bei der Vorinstanz um eine richterliche Behörde und die Sachverhaltsfeststellung war nicht offensichtlich unrichtig. Das Verfahren erfolgt i.d.R. schriftlich.

Auch die kantonalen Rechtspflegegesetze sehen grundsätzlich eine Sachverhaltsfeststellung v.A.w. vor.<sup>95</sup>

---

<sup>93</sup> HÄFELIN/MÜLLER, S. 394 Rz 1904.

<sup>94</sup> HÄFELIN/MÜLLER, S. 401 Rz 1932 ff.

<sup>95</sup> HÄFELIN/MÜLLER, S. 407 Rz 1972 ff.

#### 4. Instanzen

Bei der Verwaltungsgerichtsbarkeit unterscheidet man zwischen ursprünglicher und nachträglicher Verwaltungsgerichtsbarkeit. Bei Letzterer urteilt das Verwaltungsgericht als zweite oder dritte Instanz über eine erstinstanzliche Verfügung oder einen Beschwerde- oder Einspracheentscheid einer Vorinstanz, die mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen worden ist. Damit ein Verwaltungsgericht überhaupt auf eine Beschwerde eintritt, muss der in den jeweiligen Verfahrensgesetzen und Spezialgesetzen vorgegebene Instanzenzug ausgeschöpft worden sein.<sup>96</sup> Art. 98 OG zählt z.B. die für das Bundesgericht in Frage kommenden Vorinstanzen auf.

Als Vorinstanzen kommt allgemein entweder die verfügende Verwaltungsbehörde oder im Falle der sog. zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit ein anderes Verwaltungsgericht in Frage.<sup>97</sup>

Demgegenüber besteht die ursprüngliche Verwaltungsgerichtsbeschwerde in Fällen, in denen keine anfechtbare Verfügung vorliegt, weil es den Verwaltungsbehörden nicht zusteht, die betreffenden Rechtsverhältnisse durch eine Verfügung zu regeln. Hier wird die Streitigkeit mittels verwaltungsrechtlicher Klage an das Verwaltungsgericht gezogen, das die Sache als erste und meistens auch als letzte Instanz beurteilt.<sup>98</sup>

#### **G. Rechtsquellen: Vorrang des geschriebenen Gesetzes**

Es kann nicht verneint werden, dass die schweizerische Rechtsordnung stark vom positiven Recht dominiert wird.<sup>99</sup> Dies ist darauf zurück zu führen, dass die Schweiz das Prinzip der Rechtssicherheit als die Vorhersehbarkeit der zutreffenden Antworten auf die zu lösenden Rechtsfragen definiert.<sup>100</sup> Dieses Ziel wird durch die Bindung an generell abstrakte Rechtsnormen erreicht, die von der dazu ermächtigten Behörde im dafür vorgesehenen Verfahren rechtmässig erlassen wurden. Durch die Anwendung

---

<sup>96</sup> HÄFELIN/MÜLLER, S. 393 Rz 1897.

<sup>97</sup> HÄFELIN/MÜLLER, S. 393 f. Rz 1900,1902.

<sup>98</sup> HÄFELIN/MÜLLER, S. 386 Rz 1854.

<sup>99</sup> PROBST, S. 395.

<sup>100</sup> PROBST, S. 391.

solcher generell abstrakter Normen auf gleichartige Sachverhalte ist nicht nur die Vorhersehbarkeit sondern auch die Gleichbehandlung letzterer gewährleistet.<sup>101</sup>

Im schweizerischen Recht gilt also die Meinung, dass die generell abstrakten Rechtsnormen die Grundlage der Rechtsfindung bilden.<sup>102</sup> In der Tat schreibt die Hierarchieordnung des Art. 1 ZGB dem Richter vor, bei der Suche nach der geeigneten Lösung für ein bestimmtes Rechtsproblem in erster Linie das Gesetzesrecht zu konsultieren. Dies ist aber nicht so einfach, wie es auf den ersten Blick vielleicht erscheinen mag. Zu bedenken ist nämlich, dass die schweizerischen Gesetze mehrheitlich konkretisierungsbedürftige Generalklauseln und unbestimmte Gesetzesbegriffe enthalten. Ferner wird es aufgrund der Vielfältigkeit und dem ständigen Wandel der Gesellschaft immer Sachverhalte und Lebensverhältnisse geben, die das Gesetz nicht regelt (sog. Lücke im Gesetz).

In solchen Fällen, in denen das Gesetz sozusagen versagt, herrscht also über die juristische Antwort auf das zu lösende Problem noch Ungewissheit. Dies bedeutet, dass der Richter mittels eines Urteils die Rechtssicherheit in der Rechtsordnung wieder herstellen muss.<sup>103</sup>

Welche Wirkungen haben nun solche richterliche Entscheidungen für das schweizerische Recht? In der Schweiz werden Gerichtsentscheidungen anders als im Common Law System nur als Reflexe des zur Anwendung gebrachten Gesetzes aufgefasst.<sup>104</sup> D.h. die vom Richter aufgestellte Regel gilt nicht formell als Rechtsregel für künftige ähnliche Fälle und wird damit nicht zu positivem Recht. Diese Tatsache kann wiederum damit erklärt werden, dass die Civil Law Tradition im Zusammenhang mit ihrer Definition der Rechtssicherheit eine "Furcht" vor verfehlten und unvernünftigen Präjudizien hat, die womöglich den Willen des Gesetzgebers verfehlen bzw. ihm widersprechen könnten.<sup>105</sup>

Aufgrund der Tatsache, dass Präjudizien also nicht bindend sind, führt das allgemein ausgedrückt dazu, dass ein Sachverhalt von einem Gericht einmal so und einmal anders entschieden werden kann, vorausgesetzt natürlich, die Entscheidung beruhe auf sachliche Gründe. Als Beispiel sei die Rechtsprechung des Bundesgerichtes zum

---

<sup>101</sup> PROBST, S. 432.

<sup>102</sup> PROBST, S. 398

<sup>103</sup> PROBST, S. 398.

<sup>104</sup> PROBST, S. 393.

<sup>105</sup> PROBST, S. 393.

Architektenvertrag herangezogen. In früheren Entscheiden wurde dieser als Werkvertrag<sup>106</sup> und in neueren Entscheiden als Auftrag<sup>107</sup> qualifiziert.

Es sei an dieser Stelle jedoch zu erwähnen, dass die Präjudizien in der Praxis ihre ganz eigene Stellung einnehmen, so dass man auch von einem ambivalenten Charakter der Präjudizien sprechen kann.<sup>108</sup> Obwohl sie nämlich als solche, wie gesagt, keine zwingend bindende Wirkung entfalten, werden sie dennoch - v.a. wenn es sich um höchstrichterliche Entscheide handelt (hauptsächlich Bundesgerichtsentscheide) - herangezogen. Wenn sich also ein auf die zu regelnde Frage passendes höchstrichterliches Präjudiz finden lässt, dann ist das urteilende Gericht zwar nicht formell daran gebunden, doch wird es davon nur abweichen, wenn sachliche Gründe dies rechtfertigen.

Zusammenfassend präsentiert sich die Situation also wie folgt: Ein früherer Entscheid (z.B. ein Bundesgerichtsentscheid) kann zwar vom neu urteilenden Gericht zur Konsultation herangezogen werden, kann aber durchaus revidiert werden. Präjudizien sind also nicht die "absolute Wahrheit". Solche Rechtsprechungsänderungen sind mit dem Prinzip der Rechtssicherheit durchaus vereinbar, zumal die Subsumtion gleichartiger Sachverhalte unter den gleichen, generell abstrakten Rechtsnormen genügend Rechtssicherheit bietet. Das neu zu urteilende Gericht wird aber nur dann vom Präjudiz abweichen, wenn es dafür sachlich gerechtfertigte Gründe vorbringen kann. So gesehen wird die Gerichtspraxis zwar nicht formell, aber doch praktisch zu einer Art Rechtsquelle.<sup>109</sup>

## **H. Grundrechte**

In der Schweiz werden die Grundrechte als die von der Verfassung und von internationalen Menschenrechtskonventionen gewährleisteten grundlegenden Rechte des Einzelnen gegenüber dem Staat definiert.<sup>110</sup> In der Tat werden die Grundrechte hier vorab durch den Grundrechtskatalog in Art. 7 ff. BV gewährleistet und gelten als verfassungsmässige Rechte. Grundrechte sind unmittelbar anwendbar, d.h. der Einzelne kann sich direkt auf die Grundrechte berufen.<sup>111</sup>

---

<sup>106</sup> vgl. BGE 63 II 176; BGE 89 II 406 f.

<sup>107</sup> vgl. BGE 98 II 305 ff.

<sup>108</sup> PROBST, S. 392.

<sup>109</sup> SEILER, S. 106.

<sup>110</sup> HÄFELIN/HALLER, S. 68 Rz 205.

<sup>111</sup> HÄFELIN/HALLER, S. 70 Rz 217.



Den Grundrechten liegt ein gewisses Verständnis zu Grunde, welches sich im Laufe der Zeit gewandelt hat:<sup>112</sup> Früher ging man von der Idee aus, dass sie ein Abwehrrecht gegenüber staatlichen Eingriffen verkörpern. Heute spricht man den Grundrechten neben der Abwehrfunktion auch die Funktion von objektiven Grundsatznormen zu, die ihnen einen Anspruch auf ein positives Tun des Staates anerkennt.

Die Grundrechte binden sämtliche Staatsorgane. D.h. Letztere sind verpflichtet, diese im Rahmen ihrer Tätigkeit zu beachten. Andererseits gelten Grundrechte aber auch nicht absolut, so dass es durchaus vorkommen kann, dass sie eingeschränkt werden. Für die Einschränkungen gelten jedoch im Rahmen von Art. 36 BV strenge Voraussetzungen. Trotz der Überschrift des Artikels "Einschränkung von Grundrechten" eignet er sich nur für Freiheitsrechte, nämlich diejenigen Grundrechte, die sich auf die Ausübung gewisser menschlicher Fähigkeiten beziehen.<sup>113</sup>

In der Schweiz kennt man das besondere Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde (Art. 84 ff. OG). Mit ihr kann der Einzelne an das Bundesgericht gelangen und u.a. die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten (Art. 189 Abs.1 lit. a BV i.V.m. Art. 84 Abs.1 lit. a OG) durch kantonale Erlasse oder Verfügungen geltend machen.

## **I. Völkerrecht**

In der Schweiz gilt diesbezüglich das Monistische System: Völkerrechtliche Verträge entfalten ihre Wirkung sofort mit ihrer Ratifizierung. Ferner geniessen sie gegenüber entgegenstehenden Landesrecht Vorrang. Völkerrecht und nationales Recht bilden hier eine einheitliche Rechtsordnung.<sup>114</sup>

Sobald ein völkerrechtlicher Vertrag in der Schweiz in Kraft tritt, stellt sich sogleich die Frage seiner Wirkung. Hier muss man nämlich unterscheiden zwischen den Bestimmungen mit sog. *self-executing* Charakter und solchen, die nicht *self-executing* sind. *Self-executing* bedeutet, dass die jeweilige völkerrechtliche Bestimmung direkt anwendbar ist, was heisst, dass der Einzelne sich unmittelbar darauf berufen kann. Völkerrechtliche Rechtssätze ohne einen solchen *self-executing* Charakter verpflichten hingegen nur den Staat zum Erlass von nationalen Konkretisierungsnormen. In solchen Fällen ist der völkerrechtliche Vertrag zwar

---

<sup>112</sup> HÄFELIN/HALLER, S. 80 ff.

<sup>113</sup> BBI 1997 I 194 f.

<sup>114</sup> KÄLIN/EPINEY, S. 93.

Bestandteil des schweizerischen Rechts entfaltet aber vor dem Erlass dieser nationalen Regeln keinerlei Wirkung.<sup>115</sup>

## V. Fazit

Aus dem oben Aufgeführten lässt sich die Schlussfolgerung ziehen, dass das schweizerische Rechtssystem wesentlich vom Civil Law geprägt ist. Dies soll hier noch einmal in Kürze zusammengefasst werden:

Zum einen ist das schweizerische Recht kein Case Law, obwohl namentlich den Bundesgerichtsentscheiden eine gewisse Bedeutung nicht abgesprochen werden kann. Diese sind aber, anders als die Präjudizien im Common Law, nicht bindend. Die bedeutendste Rechtsquelle im schweizerischen Recht ist und bleibt das Gesetz, das von der vom Volk gewählten Legislative in dem dafür vorgesehenen Verfahren erlassen wurde und somit dem Willen des Volkes entspricht (sog. demokratisches Element des Gesetzes).

Ferner baut das schweizerische Verwaltungsrecht, ganz nach dem Muster der meisten übrigen kontinentaleuropäischen Staaten, auf dem Rechtsinstitut der Verfügung als Verwaltungsakt. Diese bildet das einzige Anfechtungsobjekt einer eventuellen Beschwerde gegen die Verwaltungsbehörde. Wenn also keine Verfügung vorliegt, besteht auch kein Rechtsschutz. Das Common Law System hingegen kennt keinen solchen Verwaltungsakt und begnügt sich mit dem Ausbau verschiedener Rechtsmittel, die es dem Einzelnen ermöglichen sollen, gegen die Verwaltung vorzugehen. Mit anderen Worten ist hier Rechtsschutz gewährt, sobald ein passendes Rechtsmittel vorliegt.

Weiter wurde festgestellt, dass die Schweiz nur für den Zivilprozess das *adversary system* vorsieht, im Gegensatz zum Common Law, welches Letzteren in allen Verfahrensarten anwendet. Damit wird deutlich, dass das schweizerische Recht vom Prinzip ausgeht, wonach derjenige, der im Recht ist, den Prozess gewinnen soll. Dies im Gegensatz zur herrschenden Auffassung im Common Law, welche das Prinzip umdreht und damit davon ausgeht, dass derjenige, der den Prozess gewinnt, im Recht

---

<sup>115</sup> KÄLIN/EPINEY, S. 137.

ist.<sup>116</sup> Aus diesen unterschiedlichen Auffassungen über die Gerechtigkeit fliessen auch unterschiedliche Meinungen über die Bedeutung des Verfahrensrechts, insbesondere auch über die Verfahrensmaximen.

Es wurde ebenfalls darauf hingewiesen, dass das schweizerische Rechtspflegesystem hierarchisch aufgebaut ist und somit auch in dieser Hinsicht dem Civil Law folgt. Entscheidend ist demnach v.a. *wer* bzw. welche Instanz entschieden hat. Je höher die entscheidende Instanz, desto gerechter das Ergebnis. Im Common Law dagegen ist v.a. entscheidend, *wie* etwas entschieden wurde, womit einmal mehr die herausragende Bedeutung des Verfahrensrechts zu erkennen ist.<sup>117</sup>

Auch im Bereich des Völkerrechtes lässt sich die Schweiz voll und ganz im Civil Law System einbetten, zumal völkerrechtliche Verträge entsprechend dem Monistischen System in der Schweiz direkt anwendbar sind.

Ferner kommt in Art. 5 Abs. 1 BV deutlich zum Ausdruck, dass die Schweiz einem "aktivistischen Staatskonzept"<sup>118</sup> folgt. Dies ist ein weiteres Merkmal, welches zeigt, dass die Schweiz vom Civil Law System geprägt ist.

---

<sup>116</sup> <[http://www.federalism.ch/files/documents/legalsystems\\_tipsheet\\_209.02\\_find.pdf](http://www.federalism.ch/files/documents/legalsystems_tipsheet_209.02_find.pdf)> (zuletzt besucht am 19.07.06).

<sup>117</sup> <[http://www.federalism.ch/files/documents/legalsystems\\_tipsheet\\_209.02\\_find.pdf](http://www.federalism.ch/files/documents/legalsystems_tipsheet_209.02_find.pdf)> (zuletzt besucht am 19.07.06)

<sup>118</sup> BASTA FLEINER/FLEINER, S. 251.