Recht für die Soziale Arbeit

Grundlagen und ausgewählte Aspekte

5. Auflage

Herausgegeben von:
Peter Mösch Payot
Marianne Schwander

mit Beiträgen von:
Alexandra Caplazi
Christoph Häfeli
Daniel Rosch
Johannes Schleicher

Haupt

Peter Mösch Payot, Marianne Schwander (Hrsg.)

Mit Beiträgen von: Alexandra Caplazi, Christoph Häfeli,
Daniel Rosch und Johannes Schleicher

Recht für die Soziale Arbeit

Haupt

Peter Mösch Payot, Marianne Schwander (Hrsg.)

Mit Beiträgen von: Alexandra Caplazi, Christoph Häfeli,
Daniel Rosch und Johannes Schleicher

Recht für die Soziale Arbeit

5., aktualisierte Auflage

Haupt Verlag

5. Auflage: 2021
4. Auflage: 2016
3. Auflage: 2013
2. Auflage: 2009
1. Auflage: 2007

ISBN 978-3-258-08252-3 (Buch)
ISBN 978-3-258-48252-1 (E-Book)

Umschlaggestaltung: Daniela Vacas nach einem Konzept von
Atelier Mühlberg, Basel
Layout: Die Werkstatt Medien-Produktion GmbH, Göttingen

Alle Rechte vorbehalten.
Copyright © 2021 Haupt Bern
Jede Art der Vervielfältigung ohne Genehmigung des Verlages ist unzulässig.

Diese Publikation ist in der Deutschen Nationalbibliografie verzeichnet. Mehr Informationen dazu finden Sie unter http://dnb.dnb.de.

Der Haupt Verlag wird vom Bundesamt für Kultur für die Jahre 2021–2024 unterstützt.

Wir verlegen mit Freude und großem Engagement unsere Bücher. Daher freuen wir uns immer über Anregungen zum Programm und schätzen Hinweise auf Fehler im Buch, sollten uns welche unterlaufen sein.

www.haupt.ch

Inhaltsverzeichnis

Einleitung (Johannes Schleicher) 19

1 Recht und Rechtsordnung (Marianne Schwander) 23

1.1 Einleitung 23

1.2 Staat 23
1.2.1 Begriff und Funktion 25
1.2.2 Staat, Gesellschaft, Individuum 26
1.2.3 Die verschiedenen Staatsebenen 28
1.2.3.1 Die Rechtsstellung von Bund, Kantonen und Gemeinden . 28
1.2.3.2 Die Aufgaben von Bund, Kantonen und Gemeinden . . . 30
1.2.3.3 Das Zusammenwirken von Bund und Kantonen 32

1.3 Recht 32
1.3.1 Begriff und Funktion 33
1.3.2 Recht und Gerechtigkeit 37
1.3.3 Gliederung des Rechts 39
1.3.3.1 Formelles und materielles Recht 39
1.3.3.2 Privates und öffentliches Recht 39
1.3.3.3 Dispositives und zwingendes Recht 41
1.3.4 Völkerrecht 42

1.4 Rechtsquellen 42
1.4.1 Allgemeines 42
1.4.2 Geschriebenes Recht 43
1.4.2.1 Verfassung 43
1.4.2.2 Gesetze 46
1.4.2.3 Verordnungen 46
1.4.2.4 Publikation des geschriebenen Rechts 48
1.4.3 Ungeschriebenes Recht 48
1.4.3.1 Allgemeine Rechtsregeln 48
1.4.3.2 Gewohnheitsrecht 49
1.4.3.3 Richterrecht 49

1.5 Verfassungsgrundsätze . . . 50
1.5.1 Gesetzmässigkeitsprinzip . . . 50
1.5.2 Öffentliches Interesse . . . 53
1.5.3 Verhältnismässigkeitsprinzip . . . 54
1.5.4 Treu und Glauben . . . 55
1.5.5 Rechtsgleichheitsgebot und Willkürverbot . . . 57

1.6 Rechtsanwendung und Rechtsetzung . . . 58
1.6.1 Rechtsetzung . . . 58
1.6.2 Stufen der Rechtsanwendung . . . 59
1.6.3 Normauslegung . . . 60
1.6.4 Vorrangregeln bei Normwidersprüchen . . . 61
1.6.5 Ermessen . . . 62

1.7 Verfügung . . . 64
1.7.1 Begriff der Verfügung . . . 64
1.7.1.1 Legaldefinition . . . 64
1.7.1.2 Anordnung einer Behörde . . . 65
1.7.1.3 Einzelfall . . . 65
1.7.1.4 Regelung eines Rechtsverhältnisses . . . 65
1.7.1.5 Einseitigkeit . . . 65
1.7.1.6 Verbindlichkeit . . . 66
1.7.1.7 Abstützung im öffentlichen Recht . . . 66
1.7.2 Form der Verfügung . . . 67

1.8 Vertrag . . . 67

1.9 Verfahren . . . 68
1.9.1 Begriffe . . . 68
1.9.2 Garantien fairer Verfahren . . . 69
1.9.2.1 Anspruch auf ein faires Verfahren . . . 70
1.9.2.2 Rechtliches Gehör . . . 70
1.9.2.3 Unentgeltliche Rechtspflege . . . 72
1.9.2.4 Rechtsweggarantie . . . 72
1.9.2.5 Grundsatz von Treu und Glauben im Prozess . . . 73
1.9.2.6 Weitere Verfahrensgarantien in einem Gerichtsverfahren im Überblick . . . 73
1.9.3 Verfahren allgemein . . . 73

1.9.4 Einzelne Verfahren . . . 74
1.9.4.1 Zivilrechtspflege . . . 74
1.9.4.2 Strafrechtspflege . . . 75
1.9.4.3 Verwaltungsrechtspflege . . . 75
1.9.5 Das Bundesgericht . . . 76

2 Die Person in Staat und Recht
(Alexandra Caplazi, Peter Mösch Payot) . . . 77

2.1 Einleitung (Alexandra Caplazi) . . . 77

2.2 Person und Menschenrechte . . . 79
2.2.1 Internationaler Menschenrechtsschutz . . . 79
2.2.1.1 Menschenrechte . . . 81
2.2.1.2 Geltung der Menschenrechtsverträge im Landesrecht . . . 82
2.2.1.3 Vorbehalte . . . 83
2.2.1.4 Völkergewohnheitsrecht . . . 83
2.2.1.5 Durchsetzung der Menschenrechte . . . 83
2.2.2 Allgemeine Menschenrechtserklärung . . . 86
2.2.3 Abkommen über die Rechtsstellung von Flüchtlingen . . . 87
2.2.4 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte . . . 88
2.2.5 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte . . . 90
2.2.6 Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung . . . 91
2.2.7 Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau . . . 92
2.2.8 Übereinkommen über die Rechte des Kindes . . . 94
2.2.9 Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen . . . 96
2.2.10 Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten . . . 98
2.2.11 Europäische Sozialcharta . . . 100

2.3 Der Schutz der Person durch die Verfassung . . . 101
2.3.1 Schutz der Person als Verfassungsaufgabe . . . 101
2.3.2 Der Grundrechtskatalog . . . 102

2.3.2.1 Zum Begriff der Grundrechte 103
2.3.2.2 Einteilung der Grundrechte 104
2.3.3 Rechtsgleichheit und Diskriminierungsverbot 105
2.3.3.1 Die Rechtsgleichheit 105
2.3.3.2 Allgemeines Rechtsgleichheitsgebot 105
2.3.3.3 Diskriminierungsverbot 106
2.3.3.4 Gleichstellung der Geschlechter 107
2.3.3.5 Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen 108
2.3.4 Weitere ausgewählte Grundrechte 109
2.3.4.1 Recht auf persönliche Freiheit 109
2.3.4.2 Schutz der Privatsphäre 109
2.3.4.3 Niederlassungsfreiheit 110
2.3.4.4 Schutz der Kinder und Jugendlichen 110
2.3.4.5 Recht auf Hilfe in Notlagen 111
2.3.4.6 Anspruch auf Grundschulunterricht 111
2.3.4.7 Anspruch auf rechtliches Gehör 112
2.3.4.8 Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege 113
2.3.4.9 Grundrechtsschutz bei Freiheitsentzug und im Strafverfahren 113
2.3.5 Verwirklichung der Grundrechte 114
2.3.5.1 GrundrechtsträgerInnen 114
2.3.5.2 Grundrechtsverpflichtete 114
2.3.6 Die Drittwirkung der Grundrechte 115
2.3.7 Einschränkung von Freiheitsrechten 115
2.3.7.1 Gesetzliche Grundlage 115
2.3.7.2 Öffentliches Interesse 116
2.3.7.3 Verhältnismässigkeit 116
2.3.7.4 Kerngehalt 116
2.3.8 Rechtsschutz bei Grundrechtsverletzungen 118
2.3.8.1 Verfassungsbeschwerde 118
2.3.8.2 Rechtsfolgen einer Grundrechtsverletzung 118

2.4 Die Person im Staat 119
2.4.1 Bürgerrecht 120
2.4.1.1 Die verfassungsrechtliche Ordnung 120
2.4.1.2 Struktur und Inhalt des Schweizer Bürgerrechts 120

2.4.1.3 Erwerb des Schweizer Bürgerrechts . . . 121
2.4.1.4 Voraussetzungen der Einbürgerung . . . 121
2.4.1.5 Verfahren . . . 122
2.4.2 Ausländer- und Asylrecht . . . 122
2.4.2.1 Die ausländerrechtliche Rahmenordnung . . . 122
2.4.2.2 Ausländerrecht . . . 123
2.4.2.3 Asylrecht . . . 124
2.4.2.4 Personenfreizügigkeitsabkommen . . . 126

2.5 Person im Privatrecht . . . 126
2.5.1 Personenrecht im ZGB . . . 127
2.5.1.1 Überblick . . . 127
2.5.1.2 Natürliche und juristische Person . . . 127
2.5.2 Die natürliche Person . . . 128
2.5.2.1 Rechtsfähigkeit . . . 128
2.5.2.2 Beginn und Ende der Rechtspersönlichkeit . . . 128
2.5.3 Handlungsfähigkeit . . . 129
2.5.3.1 Stufen der Handlungsfähigkeit . . . 130
2.5.4 Rechtlich erhebliche Beziehungen einer Person . . . 132
2.5.4.1 Name . . . 132
2.5.4.2 Verwandtschaft . . . 132
2.5.4.3 Wohnsitz . . . 133
2.5.5 Privatrechtlicher Persönlichkeitsschutz . . . 134
2.5.5.1 Allgemeines . . . 134
2.5.5.2 Schutz vor übermässiger Bindung . . . 135
2.5.5.3 Schutz vor Dritten . . . 136
2.5.6 Die juristische Person . . . 137
2.5.6.1 Arten von juristischen Personen . . . 137
2.5.6.2 Der Verein . . . 137
2.5.6.3 Die Stiftung . . . 138

2.6 Datenschutz, Amts- und Berufsgeheimnis (Peter Mösch Payot) . . . 138
2.6.1 Bedeutung für den Schutz der Person . . . 138
2.6.2 Rechtliche Grundlagen und -prinzipien für den Datenschutz . . . 139
2.6.2.1 Rechtliche Grundlagen . . . 139
2.6.2.2 Grundprinzipien des Datenschutzes . . . 141
2.6.3 Amts- und Berufsgeheimnis . . . 142

2.6.4 Bedeutung des Datenschutzes und der Geheimhaltungspflichten für die Soziale Arbeit . . . 143
2.6.4.1 Allgemeines . . . 143
2.6.4.2 Informationen beschaffen, bearbeiten und weitergeben in der Sozialen Arbeit . . . 144
2.6.4.3 Weitergaben von Personendaten an Drittpersonen . . . 145

3 Die Person in Interaktion (Peter Mösch Payot, Daniel Rosch) . . . 149

3.1 Allgemeine Grundlagen . . . 149

3.2 Rechtsverhältnisse zwischen Klientschaft, Institution und Fachpersonen Sozialer Arbeit . . . 153
3.2.1 Übersicht . . . 153
3.2.2 Das Rechtsverhältnis zwischen Klientin und Institution . . . 155
3.2.3 Das Rechtsverhältnis zwischen Fachperson der Sozialen Arbeit und Institution . . . 157

3.3 Verträge und Soziale Arbeit . . . 157
3.3.1 Bedeutung der Verträge für die Soziale Arbeit . . . 157
3.3.2 Überblick über die Rechtsgrundlagen des Vertragsrechts . . . 158
3.3.3 Entstehung, Wirkung und Beendigung des Vertrages . . . 159
3.3.4 Im Besonderen: Zusammenarbeits- und Zielvereinbarungen in der Sozialen Arbeit . . . 161
3.3.5 Vollmacht und Stellvertretung . . . 163
3.3.5.1 Allgemeines . . . 163
3.3.5.2 Die gültige Stellvertretung . . . 164
3.3.5.3 Die Vollmacht . . . 164
3.3.6 Besondere Vertragsverhältnisse I: Arbeitsvertrag . . . 166
3.3.7 Besondere Vertragsverhältnisse II: Miete und Mietvertrag . . . 172

3.4 Haftung und Verantwortlichkeit . . . 177
3.4.1 Haftungsvoraussetzungen . . . 178
3.4.2 Haftungsausschluss . . . 181
3.4.3 Haftung für Hilfspersonen . . . 182
3.4.4 Staatshaftung . . . 183
3.4.4.1 Haftung des Bundes . . . 183
3.4.4.2 Haftung der Kantone . . . 184

3.4.4.3 Haftpflichtversicherungen 184

3.5 Ausgewählte Rechtsbeziehungen des Familienrechts (Daniel Rosch) . 185
3.5.1 Überblick über die familienrechtlichen Rechtsgrundlagen 185
3.5.2 Ehe- und Scheidungsrecht/Partnerschaftsrecht 186
3.5.2.1 Eingetragene Partnerschaft und eheähnliche Lebensformen 186
3.5.2.1.1 Eheähnliche Gemeinschaften 187
3.5.2.1.2 Die eingetragene Partnerschaft 188
3.5.2.2 Überblick über das Eherecht 189
3.5.2.3 Eheschliessung 189
3.5.2.4 Wirkungen der Ehe 191
3.5.2.5 Eheschutzrecht 197
3.5.2.6 Beendigung der Ehe; insb. Scheidungsrecht 199
3.5.2.6.1 Faktische Trennung, eheschutzrichterliche Trennung und Scheidung 199
3.5.2.7 Im Besonderen: Ehescheidung. 201
3.5.2.7.1 Scheidungsfolgen 203
3.5.3 Kindesrecht 208
3.5.3.1 Allgemeines. 208
3.5.3.2 Kinder und ihre Eltern 211
3.5.3.2.1 Entstehung des Kindesverhältnisses. 211
3.5.3.2.2 Das Rechtsverhältnis zwischen Kindern und Eltern . . . 212
3.5.3.2.3 Im Besonderen: Persönlicher Verkehr bzw. Kontaktrecht (Art. 273 ff. ZGB): 217
3.5.3.2.4 Recht auf Kindesunterhalt (Art. 276 ff. ZGB) 222

3.6 Durchsetzung von Ansprüchen gegen Personen (Peter Mösch Payot) 227
3.6.1 Überblick über das Zivilprozessrecht 227
3.6.2 Überblick über die Durchsetzungvon Geldforderungen. 230
3.6.2.1 Die Betreibungsarten 231
3.6.2.2 Das Betreibungsverfahren: Ein Überblick 232
3.6.2.3 Schuldnerschutz und Schuldensanierung 233
3.6.2.3.1 Das betreibungsrechtliche Existenzminimum 233
3.6.2.3.2 Einvernehmliche private Schuldenbereinigung (Art. 333–336 SchKG) 234
3.6.2.3.3 Insolvenzerklärung (Privatkonkurs) 234

4 Die Person und ihr staatlicher Schutz
(Peter Mösch Payot, Johannes Schleicher, Christoph Häfeli) . . . 237

4.1 Einleitung . . . 237

4.2 Verfassungsrechtlicher Überblick . . . 239
4.2.1 Sozialverfassung Schweiz . . . 239
4.2.2 Verfassungsgrundlagen . . . 240
4.2.2.1 Verfassungsgrundlage Sozialversicherung . . . 240
4.2.2.2 Verfassungsgrundlage für die Sozialhilfe . . . 242
4.2.2.3 Verfassungsgrundlagen für Kindesschutz und Erwachsenenschutz . . . 244

4.3 Sozialversicherungsrecht . . . 245
4.3.1 Rechtsquellen . . . 245
4.3.1.1 Gegenstand . . . 245
4.3.1.2 Bundesgesetze und Verordnungen . . . 246
4.3.1.3 Rechtsstaatliche Grundsätze . . . 247
4.3.1.4 Weitere Rechtsquellen . . . 249
4.3.2 Übersicht «Versicherte Risiken, versicherte Personen, Finanzierung und Leistungen» . . . 250
4.3.2.1 Vorbemerkungen . . . 250
4.3.2.2 Versicherte Risiken . . . 251
4.3.2.3 Versicherte Personen . . . 254
4.3.2.4 Finanzierung . . . 255
4.3.2.5 Leistungen . . . 256
4.3.3 Ausgewählte Sonderfragen . . . 258
4.3.3.1 ATSG und das Verhältnis zu den Einzelgesetzen . . . 258
4.3.3.2 Schadenminderungspflichten der Versicherten . . . 259
4.3.3.3 Verfahrensfragen, unentgeltliche Rechtspflege und Parteientschädigung . . . 260
4.3.3.4 Informations- und Beratungspflichten . . . 263
4.3.3.5 Die Stellung der EU/EFTA-Ausländer/-innen in der Sozialen Sicherheit . . . 264

4.4 Sozialhilferecht (Johannes Schleicher, Peter Mösch Payot) . . . 267
4.4.1 Vorbemerkung zur Terminologie . . . 267
4.4.2 Zur Einleitung: Vom Verhältnis der Sozialhilfe zu den Sozialversicherungen . . . 269

4.4.3 Grundprinzipien des Sozialhilferechts 273
4.4.3.1 Das Finalprinzip 273
4.4.3.2 Das Subsidiaritätsprinzip 274
4.4.3.3 Bedarfsdeckungsprinzip 275
4.4.3.4 Individualisierungsprinzip 276
4.4.4 Zuständigkeitsordnung, Organisation, Finanzierung 278
4.4.5 Exkurs: Zur Rechtslage von Ausländerinnen und Ausländern in der Sozialhilfe 280
4.4.6 Rückerstattung und Verwandtenunterstützung 283
4.4.7 Verfahrensrechtliche Probleme: Autoritatives und konsensuales Handeln. 285
4.4.8 Recht und Pflicht, Missbrauch, Sanktion 289

4.5 Kindesschutz und Erwachsenenschutz (Christoph Häfeli) 295
4.5.1 Übersicht 295
4.5.2 Kindesschutz 296
4.5.2.1 Begriff und System des Kindesschutzes 296
4.5.2.2 System und Bereiche des Kindesschutzes 297
4.5.2.3 Leitideen des zivilrechtlichen Kindesschutzes. 299
4.5.2.4 Geeignete Massnahmen Art. 307 Abs. 3 ZGB 300
4.5.2.5 Beistandschaft Art. 308 ZGB. 303
4.5.2.6 Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts Art. 310 ZGB 307
4.5.2.7 Entziehung der elterlichen Sorge Art. 311 ZGB und Art. 312 ZGB 312
4.5.2.8 Vertretungsbeistandschaft Art. 306 Abs. 2 ZGB und Art. 299 ZPO für Minderjährige. 314
4.5.2.9 Minderjährigenvormundschaft nach Art. 327 a-c ZGB. 315
4.5.2.10 Zuständigkeit und Verfahren 316
4.5.2.11 Die Pflegekindergesetzgebung als Teil des zivilrechtlichen Kindesschutzes 318
4.5.3 Erwachsenenschutz 320
4.5.3.1 Vom Vormundschaftsrecht zum neuen Kindes- und Erwachsenenschutz 320
4.5.3.2 Leitideen, Prinzipien und zentrale Revisionsanliegen . . 322

4.5.3.3 Die eigene Vorsorge und Massnahmen von Gesetzes wegen . . . 324
4.5.3.4 Die behördlichen Massnahmen – Allgemeine Grundsätze und Voraussetzungen . . . 330
4.5.3.5 Die Begleitbeistandschaft . . . 332
4.5.3.6 Die Vertretungsbeistandschaft . . . 334
4.5.3.7 Die Mitwirkungsbeistandschaft . . . 334
4.5.3.8 Die umfassende Beistandschaft . . . 335
4.5.3.9 Die Kombination von Beistandschaften . . . 336
4.5.3.10 Die fürsorgerische Unterbringung . . . 337
4.5.4 Die Beiständin oder der Beistand; die Vormundin oder der Vormund 338
4.5.4.1 Allgemeine Voraussetzungen . . . 339
4.5.4.2 Privat- und Berufsbeistand oder -beiständin . . . 340
4.5.4.3 Instruktion, Beratung und Unterstützung . . . 341
4.5.4.4 Vertrauensbeistand/-beiständin und Angehörige als Beistand oder Beiständin . . . 341
4.5.5 Führung von Kindes- und Erwachsenenschutzmandaten . . . 342
4.5.5.1 Mandatsführung als Sozialarbeit im Zwangskontext . . . 342
4.5.5.2 Übernahme des Amtes . . . 343
4.5.5.3 Verhältnis zur betroffenen Person und Förderung der Selbstbestimmung . . . 343
4.5.5.4 Vermögensverwaltung . . . 344
4.5.5.5 Besondere Geschäfte . . . 344
4.5.5.6 Sorgfalts- und Verschwiegenheitspflicht . . . 344
4.5.5.7 Aufsicht der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde über die Mandatsführung . . . 345
4.5.5.8 Informationspflicht des Beistands bei Änderung der Verhältnisse . . . 345
4.5.6 Organisation . . . 345
4.5.6.1 Behörden und örtliche Zuständigkeit . . . 345
4.5.6.2 Verfahren . . . 347
4.5.6.3 Verhältnis zu Dritten und Zusammenarbeitspflicht . . . 347
4.5.6.4 Verantwortlichkeit . . . 348
4.5.7 Übergangsrecht . . . 348

5 Person, Abweichung und Sanktion (Marianne Schwander) 351

5.1 Devianz, Kriminalität, Strafe und Sanktion: Eine Einführung 351
5.1.1 Statistisches zu Kriminalität und abweichendem Verhalten 353
5.1.2 Straftheorien: Der Versuch der Legitimation von Strafen 356
5.1.3 Rechtsstaatlichkeit, Opferschutz und Sanktionierung 361

5.2 Strafrecht und Strafvoraussetzungen 362
5.2.1 Strafgesetzbuch und Nebenstrafrecht:Ein historischer Abriss . . . 362
5.2.2 Das strafbare Verhalten: Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld 365

5.3 Strafverfahrensrecht und Opferhilfe 368
5.3.1 Übersicht über das Strafverfahren 368
5.3.2 Prinzipien des Strafprozesses 371
5.3.3 Rechte und Schutz der Opfer im Strafverfahren 374

5.4 Sanktionen des Erwachsenenstrafrechts 377
5.4.1 Strafen und Massnahmen des Strafgesetzbuchs 377
5.4.2 Wie legt das Gericht eine Sanktion fest? 379
5.4.3 Strafen im Erwachsenenstrafrecht 380
5.4.3.1 Geldstrafe, Art. 34 bis Art. 36 StGB, und Busse, Art. 106 StGB 380
5.4.3.2 Gemeinnützige Arbeit 381
5.4.3.3 Freiheitsstrafe, Art. 40 f. StGB 381
5.4.3.5 Strafbefreiung, Art. 52 bis Art. 55a StGB 382
5.4.4 Bedingte und teilbedingte Strafen, bedingte Entlassung 383
5.4.4.1 Bedingte Strafe, Art. 42 StGB 383
5.4.4.2 Teilbedingte Strafe, Art. 43 StGB 384
5.4.4.3 Bedingte Entlassung, Art. 86 ff. StGB 384
5.4.5 Freiheitsentziehende und -beschränkende Massnahmen 385
5.4.5.1 Stationäre Behandlung von psychischen Störungen, Art. 59 StGB 386
5.4.5.2 Suchtbehandlung, Art. 60 StGB 386
5.4.5.3 Massnahme für junge Erwachsene, Art. 61 StGB 387
5.4.5.4 Ambulante Behandlung, Art. 63 bis Art. 63b StGB 387
5.4.5.5 Verwahrung, Art. 64 bis Art. 64b StGB 388

5.4.5.6 Qualifizierte lebenslängliche Verwahrung nach Art. 56 Abs. 4bis, Art. 64 Abs. 1bis und Art. 64c StGB . . . 388

5.5 Strafvollzug . . . 390
5.5.1 Vollzugsziel und Vollzugsgrundsätze . . . 390
5.5.1.1 Achtung der Menschenwürde, Art. 74 StGB . . . 390
5.5.1.2 Das Sozialisierungsziel, Art. 75 StGB . . . 391
5.5.2 Vollzugswirklichkeit . . . 392
5.5.2.1 Statistisches zum Strafvollzug . . . 392
5.5.2.2 Anstaltstypen . . . 392
5.5.2.3 Regime in der Strafanstalt . . . 394
5.5.2.4 Vollzugsablauf . . . 395
5.5.2.5 Rückfallziffern . . . 395
5.5.3 Organisation des Strafvollzugs . . . 396
5.5.4 Besondere Vollzugsformen . . . 397
5.5.4.1 Gemeinnützige Arbeit . . . 397
5.5.4.2 Electronic Monitoring . . . 398
5.5.5 Bewährungshilfe und ambulante Programme . . . 399
5.5.6 Neue Programme und Arbeitsformen . . . 400

5.6 Jugendstrafrecht . . . 402
5.6.1 Grundsätze . . . 402
5.6.2 Strafuntersuchung im Jugendstrafrecht . . . 404
5.6.3 Schutzmassnahmen des Jugendstrafrechts . . . 405
5.6.3.1 Voraussetzungen . . . 405
5.6.3.2 Aufsicht, Art. 12 JStG . . . 406
5.6.3.3 Persönliche Betreuung, Art. 13 JStG . . . 406
5.6.3.4 Ambulante Behandlung, Art. 14 JStG . . . 407
5.6.3.5 Unterbringung, Art. 15 und Art. 16 JStG . . . 407
5.6.3.6 Änderung und Beendigung der Massnahmen, Art. 18 und Art. 19 JStG . . . 408
5.6.4 Jugendstrafrechtliche Strafen . . . 409
5.6.4.1 Voraussetzungen . . . 409
5.6.4.2 Strafbefreiung, Art. 21 JStG . . . 410
5.6.4.3 Verweis, Art. 22 JStG . . . 410
5.6.4.4 Persönliche Leistung, Art. 23 JStG . . . 411
5.6.4.5 Busse, Art. 24 JStG . . . 412

5.6.4.6 Freiheitsentzug, Art. 25 JStG bis Art. 27 JStG 412
5.6.4.7 Bedingte Entlassung, Art. 28 JStG bis Art. 31 JStG 413
5.6.4.8 Bedingter Vollzug, Art. 35 JStG 413
5.6.5 Jugendstrafverfahren. 414

5.7 Polizeiliche Zwangsmassnahmen. 416
5.7.1 Mittel zur Aufgabenerfüllung der Polizei. 416
5.7.2 Nicht freiheitsentziehende Zwangsmittel. 417
5.7.3 Freiheitsentziehende Polizeimassnahmen 419
5.7.4 Anwendung von unmittelbarem Zwang 420
5.7.5 Rechtsmittel und Rechtsbehelfe 421
5.7.6 Freiheitsentziehende administrative Zwangsmassnahmen 422
5.7.6.1 Entfernungsmassnahmen. 422
5.7.6.2 Fernhaltemassnahmen 423
5.7.6.3 Ausschaffungshaft und Durchsetzungshaft, Art. 76 AIG bis Art. 79 AIG 423
5.7.6.4 Vorbereitungshaft, Art. 75 AIG 424
5.7.6.5 Ein- und Ausgrenzung, Art. 74 AIG 424

6 Quellenverzeichnis. 425

7 Abkürzungsverzeichnis 435

8 Autorinnen und Autoren. 445

9 Index 447

Einleitung

(Johannes Schleicher)

> ***La loi est la même pour tous; elle interdit aux riches comme aux pauvres de coucher sous les ponts.***
> *Anatole France*

Mit den grossen bürgerlichen Revolutionen des achtzehnten Jahrhunderts erkämpften sich die westlichen Gesellschaften die Befreiung von der Bevormundung durch die Obrigkeit zunächst überall dort, wo sie der wirtschaftlichen Entwicklung entgegenstand, denn die erfuhr damals durch die Industrialisierung einen gewaltigen Schub. Die Entstehung des politischen Liberalismus war Voraussetzung und Folge der industriellen Revolution. In unseren Rechtsordnungen hat sie weit tiefere Spuren hinterlassen, als dies der Hinweis auf die alten gemeinsamen Wurzeln etwa im Römischen Recht oder im Code Napoléon vermuten liesse.

Das Individuum wurde von den ständischen Fesseln einer feudalistischen Ordnung befreit, aber Vorbild war das *bürgerliche* Individuum. Es ist es noch heute. Ihm wurden alle Menschen gleichgestellt, ob sie nun der Freiheit gewachsen waren oder nicht. Gleichheit vor Staat und Recht wurde zum herrschenden Wert, unbesehen der individuellen Chancen und Voraussetzungen, diese Gleichheit zum eigenen Vorteil zu nutzen.

Die Rechtsordnung zerfiel dabei in zwei Teile, das private und das öffentliche Recht[1]. Das private Recht ist geprägt vom Dogma der individuellen Willensfreiheit des Einzelnen bei maximaler Abstinenz des Staates: Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites[2]. Was Private miteinander vereinbaren, soll für sie ebenso verbindlich sein wie das Gesetz selbst. Wie, mit wem und welchen Inhalts Vereinbarungen zustande kommen, ist grundsätzlich dem freien Willen der Parteien überlassen. Willkür ist im privaten Recht ein positiv besetzter Begriff, ihre Anerkennung, ja ihr staatlicher Schutz conditio sine qua non der Entfaltung des homo oeconomicus. Der klassische, liberale Nachtwächterstaat tritt erst auf den Plan, wo Vereinbarungen unter Privaten nicht eingehalten werden, und verhilft ihnen zur

1 Eine vertiefte Darstellung bietet Caroni Pio, Privatrecht. Eine sozialhistorische Einführung. Basel und Frankfurt a. M., 1988.

2 Code civil, Art. 1134 Abs. 1.

Durchsetzung. Hierdurch schafft er die Voraussetzungen der Kalkulierbarkeit unternehmerischer Risiken und damit unternehmerischen Verhaltens schlechthin.

Die Ausnahmen hierzu machen indessen Legion: Wo immer die Willensfreiheit allzu hypothetisch erschien, wo immer Argumente der Schutzbedürftigkeit einer vermutungsweise schwächeren Partei Gehör fanden, nach in aller Regel zähem Ringen durchgesetzt werden konnten und also ins Gesetz geschrieben wurden, musste dies als *Einbruch ins System* in Kauf genommen werden. Im Konsumentinnenrecht, im Miet- und Arbeitsrecht etwa sind Sozialschutzbestimmungen zum prägenden Element geworden und täuschen über die eigentlichen Paradigmen des privaten Rechts hinweg[3].

Anders im öffentlichen Recht. Es hat die Kompetenzen des Staates als Rechtsnachfolger der alten Obrigkeit zu regeln, und das heisst vor allem: zu begrenzen. Dem Staat wurde beigebracht, sich selbst Schranken aufzuerlegen. Darin ist uns der Rechtsstaat lieb und teuer: Er hält sich an die ihm auferlegten Grenzen. Er soll uns damit vor seiner eigenen Willkür schützen, wie sie vor dem bürgerlichen Umsturz hierzulande und in totalitären Systemen auch weiterhin zum Alltag gehört. Anders als dem privaten Recht ist Willkür dem öffentlichen Recht nicht Programm, sondern Trauma. Juristischer Inbegriff dessen, dass wir hier den Staat insgesamt erfolgreich gezwungen haben, sich an Verfassung und Gesetz zu halten, ist das Gesetzmässigkeitsprinzip. Jeder staatliche Akt muss aus dem Gesetz begründet werden, und gelingt dies nicht, soll auf Klage hin ein unabhängiges Gericht dem Staat in den Arm fallen. Im Gegensatz zum privaten Recht ist deshalb öffentliches Recht zwingendes Recht; selbst im gegenseitigen Einvernehmen kann von ihm nicht abgewichen werden. In einem Subordinationsverhältnis, zwischen «oben» und «unten» wird nicht verhandelt, nur zwischen (wenn auch hypothetisch) gleichgeordneten Partnern, «Privaten».

So der Entwurf im neunzehnten Jahrhundert. Im selben Zeitraum entstand aus dem eidgenössischen Staatenbund der schweizerische Bundesstaat. Und nicht nur die personale, auch die territoriale Vereinheitlichung des Privatrechts lag vorwiegend in denjenigen ökonomischen Interessen, die durch das Bürgertum erfolgreich vertreten wurden. Deshalb ist heute privates Recht schweizweit einheitliches Bundesrecht, während öffentliches Recht überwiegend kantonales Recht geblieben ist.

---

3 Verwirrend hinzu kommt, dass das *Patriarchat* die bürgerlichen Revolutionen weitgehend ungeschoren überlebt hat und deshalb in etlichen Bereichen der Rechtsordnung ein auf die *Geschlechter* bezogener Gleichheitsgedanke erst in den letzten Jahrzehnten seinen Niederschlag gefunden hat. Nicht nur im öffentlichen Recht (z. B. politische Rechte), sondern auch im privaten Recht (z. B. Familienrecht, insbesondere Ehe und Scheidung).

Ohne Einbezug der Geschichte lassen sich Recht und Rechtsordnung nur missverstehen[4].

Soziale Arbeit ist ein kostspieliges Korrektiv zum liberalen Entwurf. Sie sucht seither die Rechtsordnungen ab nach Legitimation und Ermächtigung, zugunsten der Verliererinnen und Verlierer zu intervenieren.

Dies ist die wichtigste Gemeinsamkeit im Rechtsverständnis der Autorinnen und Autoren der vorliegenden Sammlung: Das Recht hat der Sozialen Arbeit, das heisst der Durchsetzung ihrer Ziele, ihrer Werte und ihrer Fachlichkeit zu dienen. Soziale Arbeit verpflichtet sich dem politisch errungenen, verfassungsrechtlichen Bekenntnis zum Sozialstaat und arbeitet mit bei der Umsetzung dieses Programms:

- In der Rechtsanwendung. Soziale Arbeit verhilft dem Anliegen des Schutzes der schwächeren Partei in vivo zum Durchbruch. Wo es um die Durchsetzung von Ansprüchen ihrer Klientschaft gegenüber Dritten geht, bewegt sie sich vorwiegend auf dem Boden des privaten Rechts. Sie kommt aber auch in die Rolle, im Kontakt zu Behörden zu vermitteln, und handelt schliesslich selbst häufig im Rahmen einer Behörde, «hoheitlich». Hier bewegt sie sich auf öffentlich-rechtlichem Boden. Sie ist plötzlich selbst institutioneller Teil der ehemaligen Obrigkeit, vor der die Rechtsordnung ihre Klientschaft schützen soll. Hier liegt die pièce de résistance im Verhältnis zwischen der Sozialen Arbeit und dem Recht.
- In der Rechtsentwicklung. Die Rechtsordnung wird nicht als vorgefundene (ehemals gottgegebene) Ordnung begriffen, sondern als Momentaufnahme eines Prozesses der ständigen Neuverhandlung von Interessen. Hier mischt sich Soziale Arbeit ein, indem sie ihre fachlich und wissenschaftlich begründeten Erkenntnisse und Positionen in den Diskurs einbringt. Sie nimmt Einfluss auf die Rechtsetzung. Hier besteht Nachholbedarf.

Unter demokratischen Verhältnissen ist die Rechtsordnung kein selbstreferenzielles System. Die Berührungspunkte des Rechts und der Sozialen Arbeit sind bilateral vielfältig. Im vorliegenden Kompendium weichen wir von der klassischen juristischen Systematik bewusst ab, weil sie ihrerseits nicht selbsterklärend und überdies wenig verträglich ist mit den Alltagsfragen, wie sie sich in der Praxis stellen.

---

4 Die Benennung der Interessenkonflikte, die unsere Rechtsordnung mit und seit der Aufklärung so tief und nachhaltig geprägt haben, dient der Freilegung ihrer Grundmuster. Die wirken zwar fort, sind aber vielerorts verschüttet worden. Staat und Private – treten sie nicht immer häufiger in vertauschten Rollen auf? Alte Gegensätze scheinen überholt, wo sich private globalisierte Unternehmen staatlichen Regelungsansprüchen systematisch zu entziehen vermögen, aber auch dort, wo sich behördlicher Gestaltungswille zunehmend privatwirtschaftlicher Methoden bedient. Empfehlenswert für einen rechtsgeschichtlichen und doch hochaktuellen Gesamtüberblick: Wesel Uwe, Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zum Vertrag von Maastricht, 3. Auflage, 2006.

Im Mittelpunkt der Gliederung dieses Lehrbuchs steht einerseits das Individuum, dessen neuzeitlich zentrale Position unter Einbezug aller Ressourcen und Defizite ernst genommen wird. Auf der anderen Seite gilt das besondere Interesse dem Staat und den Erwartungen, wie sie ihm gegenüber in seiner heutigen Verfassung angebracht erscheinen.

Wie lässt sich das Recht erlernen? Wer immer sich in der Schweiz mit dieser Frage zu befassen hat, ist in einer doppelt privilegierten Situation.

Die weltweit fast einmalig republikanischen Verhältnisse machen uns zu Direktbeteiligten. Dass die Rechtsordnung in Wirklichkeit ein Prozess ist, der immer nur phasenweise erstarrt – um diese Einsicht kommt hierzulande bei näherem Hinsehen niemand herum. Das verschafft uns einen vorzüglichen didaktischen Zugang. Denn wer die Entstehung von Recht versteht, versteht auch das Recht selbst. Die beste Prüfungsvorbereitung ist die tägliche Zeitungslektüre. Das vorliegende Lehrbuch mit seiner bescheidenen Auswahl reicht jedenfalls nicht aus, zumal nicht für die Praxis der Sozialen Arbeit.

Die ausgeprägt kleinräumige und föderalistische Struktur des Alpenlandes hat zur Folge, dass das Recht vergleichsweise nah bei den Menschen geblieben ist. Allen voran das ZGB ist weltweit bekannt für seine einfache Sprache und geprägt vom Anspruch, den Menschen und nicht der Rechtswissenschaft zu dienen. Die schweizerische Rechtsordnung war denn auch die erste überhaupt, die ihre Lückenhaftigkeit eingestand[5]. Wer immer Recht anwendet, ist dazu aufgerufen, Lücken, Widersprüche

und Spielräume zu erkennen und selbstverantwortlich nach bestem Wissen und Gewissen zu füllen bzw. zu lösen. Das geschieht in der Praxis täglich, gerade in der Sozialen Arbeit.

5 Art. 1 ZGB.

1 Recht und Rechtsordnung

(Marianne Schwander)

Kaufmann Franz-Xaver, Sozialpolitik und Sozialstaat: Soziologische Analysen, 3., erweiterte Auflage, Wiesbaden 2009.
Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4., aktualisierte Auflage, Bern 2016.
Tschannen Pierre/Zimmerli Ulrich/Müller Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Bern 2014.
Tschentscher Al, Grundprinzipien des Rechts. Einführung in die Rechtswissenschaft mit Beispielen aus dem schweizerischen Recht, Bern 2003.

1.1 Einleitung

Der Staat braucht die Soziale Arbeit, die Soziale Arbeit braucht den Staat und ist oft selbst staatliches Handeln. Was aber ist der Staat? Der Rechtsstaat? Der Sozialstaat? Wie ist der schweizerische föderale Bundesstaat aufgebaut? Wer hat welche Aufgaben zu erfüllen?

Die Fachpersonen der Sozialen Arbeit wenden im Berufsalltag Recht an. Sie werden auch verfügen. Was ist aber Recht? Gerechtigkeit? Wie wird Recht gesetzt, angewendet und durchgesetzt? Was ist eine Verfügung? Welche Verfassungsgrundsätze und Verfahrensgrundsätze spielen im Berufsalltag der Sozialen Arbeit eine Rolle?

Im folgenden Kapitel werden diese und weitere Fragen beantwortet. Professionelle Soziale Arbeit bedeutet, dass Fachpersonen der Sozialen Arbeit in der Lage sind, die geltende Rechtsordnung kritisch zu reflektieren und sich mit dem Individuum und dessen Rechtsstellung im Berufsalltag auseinanderzusetzen.

1.2 Staat

Die Vorstellung darüber, was ein Staat ist oder sein soll, hat sich in den letzten 2000 Jahren mehrfach geändert. Staatsauffassungen, Staatsformen oder Staatsfunktionen sind je nach Zeit und Ort verschieden, sie sind wandelbar, und ebenso variieren die von ihnen ausgehenden Wirkungen. Ob die zurzeit beobachtbare Entwicklung, dass die Zuständigkeit für wirtschafts- und finanzpolitische Fragen sich zunehmend auf die internationale Ebene verschiebt, während der Kompetenzbereich der Sozialpoli-

tik im Wesentlichen auf der nationalstaatlichen Ebene verbleibt, zu einem neuen Staatsverständnis führt, ist kritisch zu verfolgen[1].

Im Europa der Neuzeit können vier Stufen der Staatlichkeit oder Phasen der Staatsentwicklung unterschieden werden, die sich je durch ihre *Staatsaufgaben* charakterisieren lassen: der Polizeistaat, der Rechtsstaat, der Sozialstaat und der Steuerungsstaat.

Der Polizeistaat: Die erste Phase der europäischen Staatsentwicklung, welche zwischen dem 16. und 18. Jahrhundert anzusetzen ist, beinhaltet die Konstituierung des Staatswesens als Konsolidierung der autonomen Herrschaft über ein abgegrenztes Territorium. Als wichtige Merkmale sind die Zentralisierung der Machtmittel und ihre Legitimation, die Trennung von Privathaushalt und Staatshaushalt der Machthaber sowie die Entstehung einer nach Aufgaben gegliederten Staatsverwaltung zu nennen[2].

Der Rechtsstaat: Aufgabe des Rechtsstaats ist es, Freiheit und Berechenbarkeit bürgerlicher Verkehrsbeziehungen zu gewährleisten, um dadurch gesellschaftlichen Fortschritt zu ermöglichen. Die Gewaltenteilung[3] und die Trennung von Staat und Gesellschaft[4] sind wichtigste Merkmale des Rechtsstaats[5].

Der Sozialstaat: Nach dem Zweiten Weltkrieg entfaltete sich der Sozialstaatsgedanke. Die Definition des Sozialstaats setzt an seinen Zielen an: Verwirklichung sozialer Sicherheit als Schutz vor den Folgen sozialer Risiken sowie soziale Gerechtigkeit als Chancengleichheit und sozialer Ausgleich, damit die Menschenwürde jeder einzelnen Person geschützt sowie die Entfaltung der Persönlichkeit ermöglicht werden kann[6].

Der Steuerungsstaat: In den letzten Jahren wird eine Verschiebung der staatlichen Intervention zu einer staatlichen Steuerung gefordert: Nicht mehr bloss mehr oder weniger punktuelle oder lokale Interventionen des Staats zur Korrektur von Rechtsverletzungen, zur Gefahrenabwehr oder zur Besserstellung bestimmter Bevölkerungsgruppen werden gefordert, sondern ein systembeeinflussendes Handeln, welches nicht mehr unmittelbar bei der Sanktionierung, sondern bei den Handlungsprämissen ansetzt[7]. Im Bereich der Sozialpolitik bedeutet dies beispielsweise eine wachsende Bedeutung qualifizierender, beratender oder präventiver sozialer

1 Zu wirtschaftlichen und sozialen Trends in Europa siehe Fredrich Bettina 2016, S. 15 ff.
2 Siehe Kaufmann Franz-Xaver 1996, S. 20.
3 Siehe 1.4.2.1.
4 Siehe 1.2.2.
5 Siehe Kaufmann Franz-Xaver 2009, S. 385 ff.
6 Siehe Meyer-Blaser Ulrich 2003, S. 303 f.
7 Siehe Kaufmann Franz-Xaver 2009, S. 392 ff.

Dienstleistungen sowie eine Gewichtsverlagerung von Geldtransfers zu gestaltungswirksamer angesehenen Realtransfers[8].

Die Zuerkennung der Staatsqualität, der ein politisches Gebilde genügen muss, um in der Völkergemeinschaft als Staat zu gelten, hat bedeutsame rechtliche und politische Konsequenzen. Beispielsweise können grundsätzlich nur Staaten Mitglieder der Vereinten Nationen werden, oder nur Staaten steht es zu, ihren Bürgerinnen und Bürgern im Ausland diplomatischen Schutz zu gewähren.

Aus welchen Elementen setzt sich der Staatsbegriff jedoch zusammen respektive welche Erfordernisse werden an einen Staat gesetzt?

1.2.1 Begriff und Funktion

Der Staat kann umschrieben werden als mit *höchster Macht ausgestatteter Verband eines Volkes auf einem bestimmten Gebiet*[9]. Der Staatsbegriff setzt sich dementsprechend aus folgenden drei unverzichtbaren Erfordernissen zusammen: Staatsgebiet, Staatsvolk sowie Staatsgewalt[10].

Grundlegend für die neuzeitliche Entwicklung zum institutionellen Flächenstaat wurde das Element des *Staatsgebiets* und damit das Prinzip der Territorialherrschaft. Das Staatsgebiet ist ein umgrenzter Teil der Erdoberfläche samt zugehörigem Erdkörper und Luftraum, innerhalb dessen die Staatsgewalt wirksam werden darf.

Das *Staatsvolk* umfasst die Gesamtheit der Personen, die sich auf dem betreffenden Staatsgebiet aufhalten und aufgrund ihrer Staatsbürgerschaft der Staatsgewalt unterworfen sind.

Die *Staatsgewalt* ist eine dauerhafte, wirksame und von keinem anderen Staat abgeleitete Regierungsstruktur, die einerseits nach innen über die selbst gesetzte höchste Befehls- und Vollstreckungshoheit verfügt und andererseits nach aussen nur an das Völkerrecht gebunden ist[11].

Als Entscheidungs- und Wirkungseinheit bedarf der Staat notwendigerweise des Rechts[12], also eines Gefüges von Regeln für das gesellschaftliche Leben, das er durch seine Organe setzt, verwirklicht und vollstreckt[13]. Rechtlich gesehen ist der Staat eine

---

8 Siehe Kaufmann Franz-Xaver 1996, S. 29.

9 Siehe Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela 2020, N 930.

10 Zu den drei Erfordernissen siehe Tschannen Pierre 2016, § 1 N 3.

11 Wobei völkerrechtliche Regeln auch für Binnenverhältnisse des Staates immer wichtiger werden.

12 Siehe 1.3.

13 Die Legislative, d. h. Bundesversammlung und Volk, setzt Recht, die Exekutive, d. h. Bundesrat und Bundesverwaltung, verwirklicht Recht, und die Judikative, d. h. die verschiedenen Gerichte, überprüft Recht.

öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft und damit eine juristische Person[14]. Nur der Staat, d. h. seine Organe, hat die Befugnis, unter Vorbehalt völkerrechtlicher Bindungen, über Bestand, Umfang und Ausgestaltung seiner Kompetenzen selbstständig zu befinden. Und nur der Staat darf Rechte und Pflichten zwangsweise durchsetzen und Rechtsbrüche einseitig mit Strafe belegen[15].

Staat und Recht sind in den Dienst politischer Gerechtigkeit zu stellen. Die unterschiedlichen Interessen und Sichtweisen möglichst aller Beteiligten müssen daher vorgebracht und von den Akteurinnen und Akteuren des politischen Systems in möglichst nachvollziehbarer Weise zu Entscheidungen verarbeitet werden können, welche diesen Interessen und Sichtweisen möglichst umfassend Rechnung tragen[16].

Fragen zum Sozialstaat
Was macht einen Sozialstaat aus? Was kennzeichnet die Schweiz als Sozialstaat?

1.2.2 Staat, Gesellschaft, Individuum

Die Trennung von Staat und Gesellschaft und damit von öffentlichem Recht und Privatrecht[17] in der Zeit der Aufklärung ist eines der zentralen Merkmale des Rechtsstaats[18].

Der Begriff Gesellschaft steht für die Gesamtheit der Kollektive und Verbindungen von Individuen, in denen sich das menschliche Zusammenleben abspielt. Anders als der Staat bildet die Gesellschaft kein einheitlich wirkendes Handlungsgefüge. Und anders als der Staat ist die Gesellschaft nicht dem Leitwert der politischen Gerechtigkeit verpflichtet.

Die funktionale Differenzierung von Staat und Gesellschaft setzt sich bis in die Person des Individuums fort. Die einzelne Bürgerin bzw. der einzelne Bürger ist nicht nur Privatperson (Bourgeois, Bourgeoise), sondern immer auch Staatsbürgerin bzw. Staatsbürger (Citoyenne, Citoyen) – wenn auch nicht unbedingt Staatsbürgerin bzw. Staatsbürger jenes Staats, in welchem sie bzw. er wohnt. Als Privatperson verfolgt sie bzw. er die Verwirklichung der eigenen Lebensentwürfe und geht den Besorgungen des täglichen Lebens nach; als Staatsbürgerin bzw. als Staatsbürger nimmt sie bzw. er

14 Siehe 2.5.6.
15 Siehe Tschannen Pierre 2016, § 1 N 6 bis 13.
16 Siehe Tschannen Pierre 2016, § 1 N 19.
17 Siehe 1.3.3.2.
18 Siehe 1.2.

besondere, mit der Staatsangehörigkeit verbundene Rechte und Pflichten wahr, unter anderem das Recht auf Teilhabe an demokratischen Wahlen und Abstimmungen[19].

In der Auseinandersetzung Staat, Gesellschaft, Individuum stellen sich u. a. zwei Fragen:

- Aufgrund der wachsenden Internationalisierung der Lebensverhältnisse verliert die Verknüpfung der staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten mit der Staatsangehörigkeit an Bedeutung[20]. Wird dadurch die einzelne Bürgerin oder der einzelne Bürger je länger, desto mehr zur Privatperson?
- Zudem schränkt die zeitliche Belastung, beispielsweise von Alleinerziehenden oder Working Poor mit verschiedenen Erwerbstätigkeiten sowie Erziehungs-, Betreuungs- und Pflegeaufgaben, aufgrund von beschränkten zeitlichen Ressourcen die Möglichkeit der aktiven Partizipation am gesellschaftspolitischen und damit auch am staatsbürgerlichen Leben erheblich ein oder verunmöglicht es sogar. Anteilsmässig sind deswegen diese Bevölkerungsgruppen im gesellschaftspolitischen Leben untervertreten, sie können ihre Anliegen schlechter als andere Bevölkerungsgruppen einbringen. Dadurch entsteht die Gefahr einer weiteren Marginalisierung.

Der Staat muss aber letztlich ein Interesse haben, die Widersprüche zwischen Staatsbürger- und Privatbürgerrolle, auch von Alleinerziehenden und Working Poor, in erträglichen Grenzen zu halten, denn sonst verliert er auf Dauer seine Legitimation[21]. Zudem erscheint der Staat durch die neueren gesellschafts- und sozialpolitischen Entwicklungen auch nicht mehr als Gegenüber der Gesellschaft, sondern als gesellschaftliches Teilsystem.

Fragen zur Auseinandersetzung Staat, Gesellschaft und Individuum

In welchem Verhältnis stehen Sozialpolitik, Sozialarbeitende und Sozialwissenschaft zueinander? Was ist Ihre Aufgabe als Fachperson der Sozialen Arbeit in diesem Dreieck?

Welche Chancen und Gefahren sehen Sie durch die neueren politischen, wirtschafts- und sozialpolitischen Entwicklungen für Ihre Arbeit?

19 Siehe Tschannen Pierre 2016, § 1 N 20 bis 25.
20 Siehe Tschannen Pierre 2016, § 1 N 23.
21 Siehe Tschannen Pierre 2016, § 1 N 25.

1.2.3 Die verschiedenen Staatsebenen

Wie ist der schweizerische Bundesstaat aufgebaut? Wer besorgt welche Aufgaben im Bundesstaat? Wie verkehren Bund und Kantone bei der Erfüllung ihrer Aufgaben miteinander? In einem ersten Schritt wird die Rechtsstellung von Bund, Kantonen und Gemeinden dargelegt, in einem zweiten Schritt deren Aufgabe und in einem dritten Schritt das Zusammenwirken von Bund und Kantonen.

1.2.3.1 Die Rechtsstellung von Bund, Kantonen und Gemeinden

Der Bund als Staat erfüllt alle Elemente des Staatsbegriffs[22]. Er verfügt über ein *Staatsvolk*, nämlich das in Art. 1 Bundesverfassung (BV) statuierte Schweizervolk. Sein *Staatsgebiet* besteht nach Art. 1 BV aus der Gesamtheit der Kantonsgebiete. Ausserdem kommt dem Bund auch die höchste *Staatsgewalt* zu. Sie zeigt sich im Verhältnis zu den Kantonen als Kompetenzhoheit[23] des Bundes (Art. 3 BV). Im Verhältnis zu anderen Staaten wird dessen Anspruch durch Art. 2 Abs. 1 BV sowie Art. 54 BV statuiert: Einerseits wahrt der Bund «die Unabhängigkeit und Sicherheit des Landes», andererseits sind die auswärtigen Angelegenheiten ausschliesslich «Sache des Bundes»[24].

Der Bund hat als Staat zwei Rollen. Auf der einen Seite muss er jene Aufgaben erfüllen, die die Verfassung ihm zugewiesen hat. Auf der anderen Seite ist dem Bund auch die Sorge um die gemeinsame Wohlfahrt der Bevölkerung und den inneren Zusammenhalt des Landes übertragen (Art. 2 Abs. 2 BV). In der gesamtstaatlichen Rolle muss der Bund daher bereit sein, so weit als nötig, die eigenen Bundesverwaltungsinteressen zurückzustellen. Diese Verpflichtung von zentralstaatlichen und gesamtstaatlichen Rollen kann den Bund in Interessenkonflikte führen, die er anhand dreier Instrumente, die in der Bundesverfassung verankert sind, anzugehen hat[25].

Die Kantone haben genau wie der Bund ein Staatsvolk und ein Staatsgebiet (Art. 1 BV und Art. 37 Abs. 1 BV). Sie verfügen auch über Staatsgewalt, diese besteht jedoch allein aufgrund und im Rahmen der Bundesverfassung, ist demnach nicht die

---

22 Siehe 1.2.1.

23 Siehe dazu gleich anschliessend.

24 Siehe Tschannen Pierre 2016, § 15 N 1; siehe Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela 2020, N 931 bis 933.

25 Erstens können Kompetenzkonflikte zwischen Bund und den Kantonen mit einer Beschwerde beim Bundesgericht anhängig gemacht werden. Mit einem föderativen Subsidiaritätsprinzip ist der Bund zweitens angewiesen, nur die Aufgaben zu übernehmen, die einer einheitlichen Regelung bedürfen. Und drittens soll der Bund in seiner Aussenpolitik auf die Kantone Rücksicht nehmen. Siehe Tschannen Pierre 2016, § 15 N 2 bis 4.

«höchste». Aus diesem Grund werden die Kantone als «politisch autonome Gebietskörperschaften von beschränkter Staatlichkeit»[26] angesehen.

Die Kantone verfügen über Organisationsautonomie, Aufgabenautonomie sowie Finanzautonomie, zudem geniessen sie bei der Umsetzung von Bundesrecht Autonomie. Die Autonomie der Kantone kann folgendermassen umrissen werden: Sie können ihre rechtliche Gestalt bestimmen, sich also eine politische Struktur geben, das politische System bestimmen, das Verfahren der Staatsorgane festlegen sowie die politischen Rechte der Bürgerinnen und Bürger in kantonalen Angelegenheiten festlegen[27]. Sie sind also autonom in ihrer Organisation, dies jedoch in den Schranken des Bundesrechts. Sachbereiche, welche die Bundesverfassung nicht dem Bund zuweist, haben die Kantone zu regeln. Beispielsweise die Kultur, das Schulwesen, wobei gemäss Art. 62 Abs. 5 BV der Bund den Beginn des Schuljahres regelt, das Gesundheits- und Sozialwesen sowie wichtige Teile des Polizeirechts und des Planungsrechts gehören in die Aufgabenautonomie der Kantone. Zudem steht es in der Freiheit der Kantone, ihre Einnahmequellen zu bestimmen sowie die Verwendung der Einnahmen zu regeln. Schliesslich muss der Bund den Kantonen bei der Umsetzung des Bundesrechts «möglichst grosse Gestaltungsfreiheit» lassen sowie den «kantonalen Besonderheiten» Rechnung tragen (Art. 46 Abs. 3 BV)[28].

Die Gemeinden bilden nach dem Bund und den Kantonen die dritte staatsrechtliche Ebene im Bundesstaat. Haben die Kantone ihren Gemeinden das Recht auf Selbstverwaltung eingeräumt, steht die entsprechende Autonomie unter dem bundesrechtlichen Schutz des kantonalen Rechts (Art. 50 Abs. 1 BV). Der Bund hat bei der Wahrnehmung seiner Zuständigkeiten die möglichen Auswirkungen seines Handelns auf die Gemeinden zu beachten (Art. 50 Abs. 2 BV). Zudem ist nach Abs. 3 des Art. 50 BV der Bund verpflichtet, die besondere Situation der Städte und Agglomerationen sowie der Berggebiete zu berücksichtigen[29].

---

26 Tschannen Pierre 2016, § 16 N 2 [kursiv im Original weggelassen, A.d.V.]. Siehe auch Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela 2020, N 941 bis 944. Die Kantone besitzen eine äusserst beschränkte Völkerrechtssubjektivität (Art. 56 BV).

27 Kantonales Recht darf aber Bundesrecht nicht widersprechen: 1990 hat das Bundesgericht entschieden, dass Frauen im Kanton Appenzell I. Rh die gleichen politischen Rechte wie Männern zustehen, siehe BGE 116 Ia 359; im Jahre 2003 erklärte das Bundesgericht, dass mit Art. 119 Abs. 1 StGB nicht vereinbar sei, für einen Schwangerschaftsabbruch, nach der 12. Woche über die ärztliche Begutachtung durch den behandelnden Arzt hinaus, mittels kantonaler Richtlinie eine zweite Begutachtung durch einen Facharzt zu verlangen, siehe BGE 129 I 402.

28 Zur Autonomie der Kantone siehe Tschannen Pierre 2016, § 16 N 3 bis 12; Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela 2020, N 945 bis 948.

29 Siehe Tschannen Pierre 2016, § 17 N 2 ff.

1.2.3.2 Die Aufgaben von Bund, Kantonen und Gemeinden

Art. 3 BV regelt das System der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen, und zwar dahin gehend, dass

> «[d]ie Kantone … souverän [sind], soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist; sie üben alle Rechte aus, die nicht dem Bund übertragen sind.»

Der Bund darf daher Aufgaben einzig gestützt auf konkrete Einzelermächtigungen in der Bundesverfassung übernehmen. Für alle anderen Aufgaben bleiben die Kantone zuständig. Art. 3 BV begründet daher die subsidiäre Generalkompetenz der Kantone und sorgt für eine lückenlose Kompetenzordnung, weil sämtliche Staatsaufgaben, die nicht dem Bund übertragen sind, den Kantonen zufallen.

Als Aufgaben des Bundes können die folgenden aufgezählt werden[30]:

Die Aussenpolitik ist ausschliessliche Sache des Bundes (Art. 54 BV), namentlich der Abschluss von Staatsverträgen, Erklärung von Krieg und Frieden, Anerkennung von ausländischen Staaten und Regierungen, Vertretung der Schweiz in internationalen Organisationen, Besorgung des diplomatischen Verkehrs sowie Vermittlung des amtlichen Verkehrs zwischen Kantonen und Behörden einer ausländischen Zentralregierung.

Der Bund verfügt über vielfältige *Rechtsetzungskompetenzen* (siehe Art. 37 bis 40 sowie 54 bis 135 BV). U. a. ist der Bund im Sozialbereich zuständig für den Arbeitnehmerschutz, die Sozialversicherungen wie Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung, Kranken- und Unfallversicherung und die Arbeitslosenversicherung. Die Rechtsetzungskompetenzen schliessen grundsätzlich die Kompetenz des Bundes zur *Vollziehung* seiner eigenen Erlasse mit ein.

Die *Rechtsprechungskompetenzen* des Bundes nehmen in erster Linie das Bundesgericht und weitere richterliche Behörden des Bundes wahr. Das Bundesgericht hat jüngst beispielsweise folgende interessante Entscheide gefällt:

- Videoaufnahmen einer IV-versicherten Person, die sie bei alltäglichen Verrichtungen (Haushaltsarbeit) auf dem frei einsehbaren Balkon zeigen, verletzen den durch Art. 179^{quater} StGB vorgegebenen Rahmen des Geheim- und Privatbereichs nicht[31];
- der Wegweisungsartikel im Polizeigesetz des Kantons Bern, der statuiert, dass Personen, die die öffentliche Sicherheit stören oder bedrohen und für eine

30 Siehe Tschannen Pierre 2016, § 20 N 43 ff.

31 Siehe BGE 137 I 327; zur Observationen in den Sozialversicherungen siehe https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/ueberblick/observationen.html (eingesehen am 01.03.2021).

bestimmte Zeit von einem bestimmten Ort weggewiesen werden, weder das Grundrecht der persönlichen Freiheit noch der Versammlungsfreiheit verletzt[32];
- es besteht ein grundrechtlicher Anspruch auf die Nothilfe nach Art. 12 BV[33];
- ein Ehepaar aus dem Kanton Aargau kann genetisch nicht verwandte Kinder, welche in den USA von einer Leihmutter ausgetragen wurden, im schweizerischen Personenstandsregister nicht als seine Kinder eintragen lassen[34];
- die von der Mutter befürchtete Ausweitung des Konflikts mit dem Vater bei gemeinsamem Sorgerecht bildet keinen Grund, ihr die alleinige elterliche Sorge für die Tochter zu übertragen[35];
- das von der Schulgemeinde St. Margrethen gegenüber einem muslimischen Mädchen ausgesprochene Verbot, das islamische Kopftuch (Hijab) in der Schule zu tragen, ist nicht mit dem Grundrecht der Glaubens- und Gewissensfreiheit vereinbar[36].

Im Rahmen der *Finanzkompetenz* erhebt der Bund Steuern, Kausalabgaben und Lenkungssteuern. Zudem hat der Bund zur Bekämpfung der Steuerflucht und zur Begrenzung des interkantonalen Steuerwettbewerbs Grundsätze über die Steuerharmonisierung zu erlassen (Art. 129 BV).

Welches sind nunmehr die *Kantonsaufgaben*? Im Rahmen ihrer subsidiären Generalkompetenz bestimmen die Kantone weitgehend autonom, welche Aufgaben sie erfüllen wollen. Trotzdem, völlig frei sind sie nicht, denn die Bundesverfassung äussert sich recht häufig zu den Aufgaben der Kantone. In der Bundesverfassung sind die Zuständigkeiten der Kantone explizit ausformuliert, beispielsweise die Zuständigkeit für das Schulwesen (Art. 62 BV). Oder die Kantone haben Sozialhilfegesetze zu erlassen. Gelegentlich werden den Kantonen bestimmte Tätigkeiten untersagt[37] oder ihre Autonomie wird eingeschränkt, weil sie sich an bestimmte Vorgaben halten müssen, beispielsweise an die Beachtung der Sozialziele nach Art. 41 BV. Oder in der Bundesverfassung werden den Kantonen Aufträge erteilt. Zudem setzen die Kantone nach Art. 46 BV Bundesrecht um.

---

32 Siehe BGE 132 I 49.
33 Siehe BGE 131 I 166; 142 I 1.
34 Siehe BGE 141 III 328.
35 Siehe BGE 142 III 1.
36 Siehe BGE 142 I 49; am 7. März 2021 haben die Schweizer Stimmberechtigten über die Volksinitiative «Ja, zum Verhüllungsverbot» abgestimmt und diese mit 51.21 % angenommen, siehe https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/va/20210307/can638.html (eingesehen am 08.03.2021).
37 Beispielsweise das Verbot wirtschaftspolitischer Massnahmen oder der interkantonalen Doppelbesteuerung.

Welche Aufgaben bleiben den *Gemeinden*? Im Rahmen der Gemeindeautonomie verfügen Gemeinden einerseits über Autonomie in der Rechtsetzung, wenn kantonales oder eidgenössisches Recht eine Materie nicht oder jedenfalls nicht abschliessend regelt. Andererseits verfügen sie in diesen Bereichen grundsätzlich über Autonomie in der Rechtsanwendung.

1.2.3.3 Das Zusammenwirken von Bund und Kantonen

Zentrale Grundsätze, nach denen der Umgang von Bund und Kantonen sowie der Kantone untereinander geregelt ist, sind in den Art. 44 und Art. 47 BV statuiert. Der Bund und die Kantone sowie die Kantone untereinander sind zur *Zusammenarbeit* und *Hilfeleistung* verpflichtet. Hauptform der Zusammenarbeit unter den Kantonen sind das Konkordat und zahlreiche interkantonale Konferenzen, beispielsweise die Schweizerische Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren[38] oder die Konferenz der kantonalen Sozialdirektoren und Sozialdirektorinnen[39]. Im Streitfall ist dem Bund und den Kantonen jede Selbsthilfe verboten, sie sind gehalten, Streitigkeiten so weit möglich durch aussergerichtliche Einigung beizulegen (Art. 44 Abs. 3 BV).

Fragen zu den verschiedenen Staatsebenen
Hat der föderale Aufbau des schweizerischen Bundesstaats einen Einfluss auf den Berufsalltag der Sozialen Arbeit? Wenn ja, wie würden Sie diesen ausformulieren?

1.3 Recht

«Der römischen Göttin für Recht und Gerechtigkeit, *Justitia*, verbindet man die Augen, um ihre Unparteilichkeit zu symbolisieren. Demgegenüber stellten die Griechen ihre Rechtsgöttin *Themis* mit offenen und besonders grossen Augen dar – ein Zeichen dafür, dass im Recht aktiv nach der Wahrheit gesucht wird. Neben Unparteilichkeit und Wahrheitssuche gehört zum Recht auch das Abwägen der widerstreitenden Interessen, welches die *Justitia* durch ihre Waage versinnbildlicht, und die besondere Zwangsbefugnis, die als Schwert im Hintergrund schwebt.»[40]

Was ist aber Recht? Wie wird Recht definiert?

38 Siehe https://www.gdk-cds.ch (eingesehen am 01.03.2021).
39 Siehe https://www.sodk.ch (eingesehen am 01.03.2021).
40 Tschentscher Axel 2003, S. 17.

1.3.1 Begriff und Funktion

Eine allgemein anerkannte Antwort auf die Frage, was Recht ist, gibt es nicht, aber eine erste Herangehensweise zum Verständnis des Rechts ist der Unterschied zwischen *Rechtsgesetzen* und *Naturgesetzen*. Gesetze der Natur gelten unabhängig von Ort und Zeit[41]. Gesetze des Rechts dagegen sind ein Menschenwerk einer bestimmten Kultur und gerade nicht der Natur. Durch die Kulturabhängigkeit verlieren sie aber die relative Sicherheit, die bei den Naturgesetzen gegeben ist. Was heute als Rechtsgesetz gilt, kann bereits morgen abgeschafft sein[42].

Rechtsgesetze stellen eine Sollensordnung dar, die einzelnen Sollensordnungen werden als Normen bezeichnet. Deshalb wird vom Recht auch als Normenordnung gesprochen – im Gegensatz zur Seinsordnung der Natur[43].

Was aber ist nunmehr eine Rechtsnorm? Zu den Rechtsnormen werden solche Sollensordnungen gezählt, die für eine Vielzahl von Personen (generell) und für eine Vielzahl von Lebenssituationen (abstrakt) gelten. Beispielsweise die Rechtsnorm «Jede Person hat das Recht, ihre Meinung frei zu bilden und sie ungehindert zu äussern und zu verbreiten»[44], ist generell, indem sie auf *alle* Personen, die ihre Meinung äussern und verbreiten wollen, Anwendung findet; abstrakt ist die Norm insofern, als sie für *jeden Sachverhalt* gilt, in welchem es um die Äusserung und Verbreitung einer Meinung geht.

Rechtsnormen, auch Rechtssätze genannt, können in *Gebote*, *Verbote* und *Erlaubnisse* unterteilt werden. Ein Beispiel für eine *Gebotsnorm* findet sich in der Bundesverfassung:

Art. 5 BV Grundsätze des staatlichen Handelns

[1] Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht.

[2] Staatliches Handeln muss im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein.

[3] Staatliche Organe und Private handeln nach Treu und Glauben.

[4] Bund und Kantone beachten das Völkerrecht.

Neben der offensichtlichen Anordnung des Gebots, dass staatliches Handeln im öffentlichen Interesse liegen *muss*, sind auch die übrigen Absätze Gebotsformulie-

---

41 Ein Gesetz der Natur ist eine These, die widerlegt wird, sobald in der Natur ein Ereignis beobachtet wird, das dem Gesetz widerspricht. Solange aber kein Widerspruch folgt, beansprucht dieses Gesetz unabhängig von einem Land oder einer bestimmten Zeit Geltung.

42 Siehe insbesondere Tschentscher Axel 2003, S. 21.

43 Recht ist normativ. Es schreibt den Personen vor, wie sie sich verhalten sollen. Im Gegensatz zu den Naturgesetzen; ein Naturgesetz ist deskriptiv, es schreibt nicht der Natur vor, wie sie sich verhalten soll, sondern es beschreibt, wie sich die Natur verhält.

44 Art. 16 Abs. 2 BV.

rungen: Alles staatliche Handeln *muss* das Recht als Grundlage und Schranke beachten, staatliche Organe und Private *müssen* nach Treu und Glauben[45] handeln, und Bund und Kantone *müssen* sich an das Völkerrecht halten. Es zeigt sich, dass der normative Gehalt einer Rechtsnorm häufig nicht explizit sich ergibt, sondern das Gesetz enthält implizit eine zwingende Handlungsanweisung[46]. Auch Art. 307 ZGB ist implizit zwingend: Die Kindsschutzbehörde trifft, d. h. sie *muss* die geeigneten Massnahmen zum Schutz des Kinds treffen, wenn das Kindswohl gefährdet ist und die Eltern nicht von sich aus für Abhilfe sorgen oder sie dazu ausserstande sind.

Ein einfaches *Verbot* findet sich im Zivilgesetzbuch: Nach Art. 95 Abs. 1 ZGB ist «[d]ie Eheschliessung zwischen Verwandten in gerader Linie sowie zwischen Geschwistern oder Halbgeschwistern, gleichgültig ob sie miteinander durch Abstammung oder durch Adoption verwandt sind, verboten».

Die Formulierung «ist verboten» drückt hier eindeutig aus, was gemeint ist. Schwieriger verhält es sich bei etlichen anderen Gesetzesbestimmungen, insbesondere beim Strafgesetz, weil hier nicht von Verboten die Rede ist[47], trotzdem wird kaum jemand bezweifeln, dass u. a. töten, betrügen oder erpressen verboten ist.

Auch in der Erlaubnisnorm ist die Formulierung «erlaubt» selten enthalten[48], stattdessen ist von «zulassen» die Rede. In der Regel spricht der Gesetzgeber ein Verbot aus, lässt aber für einzelne Fälle ausnahmsweise eine Erlaubnis zu: Beispielsweise ist in Art. 64 Abs. 8 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung statuiert, dass es Vereinen, Stiftungen oder anderen Institutionen verboten ist, die Übernahme von Kostenbeteiligungen (Franchise und Selbstbehalt) für erbrachte Leistungen vorzusehen. Von diesem Verbot aber ausgenommen ist die Übernahme von Kostenbeteiligungen aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften des Bundes oder der Kantone.

Rechtsnormen, egal ob Gebote, Verbote oder Erlaubnisse, können sich ändern, neue Rechtsnormen entstehen und alte werden aufgehoben. Oder ein Urteil verlangt, dass einzelne Rechtsnormen angepasst oder neu interpretiert werden. Rechtsnormen beziehen sich ausschliesslich auf das Verhalten von Personen. Zudem besteht das Besondere der Rechtsnormen darin, dass sie mit Zwang verbunden sind. Wer also hartnäckig die Miete nicht zahlt, kann vom Vermieter oder der Vermieterin verklagt werden und erhält schliesslich die Kündigung.

Es ist aber ein ganz bestimmter Zwang, der mit dem Recht verbunden ist:

---

45 Zu den Verfassungsprinzipien des Gesetzmässigkeitsprinzips, des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit sowie von Treu und Glauben siehe 1.5.1 bis 1.5.4.

46 Siehe Tschentscher Axel 2003, S. 24.

47 Siehe Art. 111 ff. StGB.

48 Alles, was nicht verboten ist, ist in einem demokratischen Staat als erlaubt anzusehen.

> «Ein Rechtszwang ist … ein hoheitlich organisierter, regelhafter, relativ zentralisierter und vor allem *absoluter* Zwang, das heisst man kann sich ihm selbst dann nicht entziehen, wenn man bereit ist, soziale Ächtung und Ausgrenzung in Kauf zu nehmen: Jedem steht es frei, ein Aussteiger aus der Gesellschaft zu werden, aber niemand kann aus dem Recht aussteigen»[49].

Sehr nahe beim Zwangscharakter des Rechts ist die Normenordnung der einzelnen Religionen. So gilt das Tötungsverbot gleichzeitig als christliche-jüdische Norm «Du sollst nicht töten» und als Rechtsnorm. In beiden Fällen sind Sanktionen an das Verhalten geknüpft, doch nur der Staat und nicht die Kirche darf äusseren Zwang anwenden. Viel weiter vom Zwangscharakter des Rechts entfernt sind informelle Normenordnungen wie Tradition, Sitte, Brauchtum und Mode. Wird dagegen verstossen, macht die einzelne Person sich keines Rechtsverstosses schuldig. Spürbare Sanktionen, wie beispielsweise das Ausgrenzen, gibt es trotzdem, und dies kann sehr schmerzhaft sein, auch wenn die Sanktion nicht von einem Gericht verhängt wurde[50].

Wozu dienen Rechtsnormen? Rechtsnormen beinhalten unterschiedliche, teils gegenläufige Ziele. Klarheit ist allein dort gegeben, wo der *Zweck* in einem Gesetz ausdrücklich geregelt ist. Dies ist bei Spezialgesetzen oftmals der Fall: Beispielsweise beginnen das Gleichstellungsgesetz[51] oder das Sozialhilfegesetz des Kantons Bern[52] jeweils mit einem Zweckartikel. Oder in der Bundesverfassung sind Zwecke explizit in Art. 2 verankert.

Neben diesen expliziten Zielen gibt es implizite *Funktionen* des Rechts[53].

- Von zentraler Bedeutung ist die *Friedensfunktion*, denn unumstritten haben Gebote, Verbote und Erlaubnisse des Rechts eine friedensstiftende Funktion. Sie bieten juristische Verfahren und wenn nötig geordnete Streitbeilegung anstelle von willkürlicher Individualvollstreckung. Die Friedensfunktion bietet so Rechtssicherheit, da sie in allen konfliktträchtigen Bereichen der Gesellschaft Verfahren schafft. Denn die einzelne Person will wissen, wie sie sich verhalten soll, aber noch wichtiger ist, dass sie weiss, wie sich andere verhalten werden oder sollten. Beispielsweise will sie bei einem Vertragsschluss darauf vertrauen können, dass das Gegenüber den Vertrag auch einhält respektive, wenn dieses

---

49 Tschentscher Axel 2003, S. 34 [fett im Original weggelassen, A. d. V.].

50 Siehe Tschentscher Axel 2003, S. 35 f.

51 Nach Art. 1 des Gleichstellungsgesetzes bezweckt dieses Gesetz die Förderung der tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann.

52 Nach Art. 1 des Sozialhilfegesetzes des Kantons Bern sichert die Sozialhilfe die gemeinsame Wohlfahrt der Bevölkerung und ermöglicht jeder Person die Führung eines menschenwürdigen und eigenverantwortlichen Lebens.

53 Siehe Tschentscher Axel 2003, S. 41 ff.

den Vertrag nicht einhält, wissen, was passiert und wie sie sich dagegen wehren kann.

- Des Weiteren unumstritten ist die *Gewährleistungsfunktion* des Rechts. Die Sicherung rechtlicher Gleichbehandlung und individueller Freiheit jeder einzelnen Person ist durch den Staat zu garantieren und damit zu gewährleisten. Denn die Freiheit ist das Primat in einem demokratischen Staat, der den Grundrechten verpflichtet ist.
- Die *Ordnungsfunktion* geht über die Friedensfunktion hinaus, sie ist rechtsgestaltend und bietet geordnete Rahmenbedingungen an. Beispielsweise sind öffentliche Güter wie Luft oder Wasser gefährdet, weil sie durch unregulierte Marktkräfte schliesslich zum Schaden aller verbraucht werden. Das Umweltschutzrecht erzwingt über rechtliche Regulierungen sozialverträgliches Verhalten und dient der Schadensvermeidung. Zuweilen reichen auch lediglich einfache Ordnungsregeln, etwa der Rechtsvortritt im Strassenverkehr. Bei den einfachen Ordnungsregeln kommt es nur darauf an, für alle gleiche Verhaltensanordnungen zu schaffen, gleich, welchen Inhalts. Denn auch ein Linksvortritt würde funktionieren, aber die völlige Regellosigkeit nicht[54].
- Fast unbestritten ist die *Gerechtigkeitsfunktion* zur Förderung der sozialen Gerechtigkeit. Die soziale Sicherheit von Armen, Kranken, Behinderten, Kindern, Alten und anderen Schwachen ist, zumindest in einem sozialen Rechtsstaat, verfassungsrechtlich verankert.
- Als eine weitere wichtige Funktion des Rechts ist die *Komplexitätsreduktion* zu nennen. Das Recht dient infolge seiner Allgemeinheit und Regelhaftigkeit, sprich Abstraktheit, auch der Vereinfachung. Wenn ein Sachverhalt beurteilt werden muss, ist nicht in jedem Fall von Grund auf zu überlegen, wie eine vernünftige Regelung aussehen könnte. Es reicht, wenn geprüft wird, ob die gesetzlich vorgesehenen Tatbestandselemente erfüllt sind. Beispielsweise besagt Art. 14 ZGB, dass, wer das 18. Lebensjahr vollendet hat, volljährig ist, daher muss nicht in jedem einzelnen Fall die Frage der Minder- und/oder der Volljährigkeit geklärt werden.

Frage zu den Funktionen des Rechts
Welche Funktion respektive Funktionen erfüllen Sozialhilfegesetze?

54 Siehe Tschentscher Axel 2003, S. 42.

1.3.2 Recht und Gerechtigkeit

Geltendes Recht muss *ordnungsgemäss gesetzt* sein, damit es «Recht» ist, es ist daher nicht wie ein Naturrecht als gegeben vorzufinden[55]. Während ziemlich genau gesagt werden kann, was geltendes Recht ist, ist es überaus schwer zu sagen, was unter *Gerechtigkeit* zu verstehen ist[56].

Seit Aristoteles[57] ist der wichtigste Aspekt der Gerechtigkeit der *Gleichheitsbezug*. Nach unterschiedlicher Ausprägung der Gleichheit werden die *austeilende* und die *ausgleichende Gerechtigkeit* als besondere Formen der Gerechtigkeit unterschieden.

- Bei der austeilenden Gerechtigkeit, der *Verteilungsgerechtigkeit*, liegt die Gleichheit in einer geometrischen Proportionalität: Wer etwas verteilt, beispielsweise der Staat an Bürgerinnen und Bürger, muss dies im Verhältnis zu deren Würde oder Bedürftigkeit tun. Heute und damit 2000 Jahre später wird unter Verteilungsgerechtigkeit die Forderung verstanden, soziale Unterschiede durch staatliche Zuweisung von Gütern und Lasten auszugleichen, beispielsweise, wenn Seniorinnen und Senioren oder Studentinnen und Studenten besondere Vergünstigungen erhalten oder wenn Bevölkerungsgruppen mit geringem Einkommen niedrigere oder keine Steuern bezahlen müssen.
- Die *ausgleichende Gerechtigkeit* bezieht sich auf eine arithmetische Proportionalität: Jedem Vorteil oder Nachteil soll eine gleichgewichtige, vor allem gleichwertige Gegenleistung oder Sanktion gegenübergestellt werden. Beispielsweise dem verkauften Buch steht die Zahlung des Kaufpreises gegenüber oder für jeden Schaden soll ein Ersatzanspruch, für jede Straftat eine Bestrafung verwirklicht werden.

Beispielsweise kann darüber gestritten werden, ob strenge oder milde Strafen sinnvoll sind, wenn aber für dasselbe Delikt die einen streng und die anderen mild bestraft werden, wird dies als ungerecht empfunden. Die Gleichheit ist deshalb ein zentraler Grundsatz des Rechts[58].

Wie hängen nunmehr Recht und Gerechtigkeit zusammen? Gerechtigkeit fliesst durch formale Gerechtigkeit, durch Einzelfallgerechtigkeit sowie durch prozedurale Gerechtigkeit ins geltende Recht[59].

---

55 Siehe 1.3.1.

56 Siehe Tschentscher Axel 2003, S. 47 f.; Seiler Hansjörg 2009, S. 56 ff.

57 Aristoteles (384 v. Chr. bis 322 v. Chr.) war griechischer Philosoph, Naturforscher und einer der einflussreichsten Denker der abendländischen Geistesgeschichte, der zahlreiche Disziplinen entweder selbst begründete oder entscheidend beeinflusste.

58 Siehe 1.5.5.

59 Siehe Tschentscher Axel 2003, S. 48 ff., sowie Seiler Hansjörg 2009, S. 57 ff.

Unter *formaler Gerechtigkeit* wird verstanden, dass das Recht aus einem System von Regeln für eine Vielzahl von Personen und Situationen besteht. Beispielsweise stellt das Erwachsenenschutzrecht Regeln auf, die für alle Fragen der Erwachsenenschutzfälle herangezogen werden müssen und somit für alle gleich gelten. Gleiche Anwendung der Regeln garantiert so formale Gleichheit und damit formale Gerechtigkeit.

Sozusagen das Gegenteil der formalen, durch Gleichbehandlung erzielten Gerechtigkeit, ist die *Einzelfallgerechtigkeit*. Als solche gilt gerade die Ausnahme von der Regel, um Besonderheiten oder Härtefälle im Einzelfall auffangen zu können. Mit Generalklauseln oder Ermessen[60] bietet das Recht die Möglichkeit der Einzelfallgerechtigkeit. Als Beispiel einer Generalklausel kann Art. 23 Abs. 1 des Sozialhilfegesetzes des Kantons Bern genannt werden: Jede bedürftige Person hat Anspruch auf *persönliche und wirtschaftliche Hilfe*. Mit dieser Generalklausel kann auf die individuelle Situation Rücksicht genommen werden. Sozialarbeiterinnen und Sozialarbeiter sind so aufgefordert, fachlich adäquate Lösungen für ihre Klientinnen und Klienten zu suchen und zu erarbeiten. Oder ein Gesetz sieht vor, dass eine Behörde nach den Umständen des Einzelfalls oder nach Ermessen entscheiden soll. Nach Art. 25 des Sozialhilfegesetzes des Kantons Bern tragen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Sozialdienste den *Gegebenheiten des Einzelfalls angemessen Rechnung.*

Die Doppeldeutigkeit der Gerechtigkeit zwischen formaler Gleichbehandlung und Einzelfallgerechtigkeit kann mit dem Stichwort «das ist recht und billig» zusammengefasst werden. Einerseits soll etwas allgemein eine richtige Rechtsregel sein, und andererseits soll das Recht auch den Einzelfall in seinen Besonderheiten angemessen berücksichtigen[61].

Als *prozedurale* Gerechtigkeit wird derjenige Anspruch verstanden, der durch geregelte bzw. normierte Prozesse in der Gesellschaft und damit durch faire Verfahren erreicht wird. Dazu gehören die in der Bundesverfassung statuierten Garantien fairer gerichtlicher und administrativer Verfahren, namentlich das rechtliche Gehör, das Verbot der Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung, der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, die Grundrechte der beschuldigten Personen sowie die Garantie der verfassungsmässigen Richterin oder des verfassungsmässigen Richters[62].

Fazit: *Gerechtes Recht ist, wenn im Zusammenspiel von formalem Recht und einem fairen Verfahren Einzelfallgerechtigkeit entsteht.*

---

60 Zum Ermessen und Fehlern bei der Ermessensausübung siehe 1.6.5.

61 Siehe Tschentscher Axel 2003, S. 49.

62 Siehe 1.9.2 sowie Müller Jörg Paul/Schefer Markus 2008, S. 817 ff.; Kiener Regina/Kälin Walter/Wyttenbach Judith 2018, S. 492 ff.

Frage zu Recht und Gerechtigkeit
Wie erreichen Sie als Fachperson der Sozialen Arbeit im Einzelfall Gerechtigkeit?

1.3.3 Gliederung des Rechts

Der gesamte Rechtsstoff, das Recht, kann nach bestimmten *Eigenschaften* oder nach einzelnen *Rechtsgebieten* unterteilt werden, und zwar in *formelles* und *materielles* Recht, in *privates* und *öffentliches* Recht, auch wenn diese Unterscheidung heute an Bedeutung verliert[63], sowie in *dispositives* und *zwingendes* Recht.

1.3.3.1 Formelles und materielles Recht

Formelles Recht und damit formelle Rechtsnormen bestimmen, durch *wen* (Zuständigkeit) und *in welchem* (*Rechtsetzungs*)*Verfahren* materielles und nachrangiges formelles Recht gesetzt, angewendet und vollstreckt wird. Beispielsweise benötigt ein Bundesgesetz die Zustimmung des National- und Ständerats, und grundsätzlich ist mindestens das fakultative Referendum (Art. 141 BV) gegeben.

Materielles Recht und damit materielle Rechtsnormen legen *inhaltlich* fest, wie eine bestimmte Rechtslage sein soll, was rechtens ist: Wer hat was für Rechte und Pflichten, wer muss was tun oder unterlassen? Beispielsweise legt Art. 301 Abs. 4 ZGB inhaltlich fest, dass Eltern ihrem Kind den Vornamen geben.

1.3.3.2 Privates und öffentliches Recht

Im Gegensatz zum angloamerikanischen common law liegt der kontinentaleuropäischen Rechtstradition die Unterscheidung in öffentliches Recht und Privatrecht zugrunde. Sie reflektiert die seit den bürgerlichen Revolutionen des späten 18. und frühen 19. Jahrhunderts zentral gewordene Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft[64] respektive Öffentlichem und Privatem. Das öffentliche Recht legt die Rechtsordnung des Staats und seine Beziehung zu den Privaten fest, das Privatrecht regelt die Rechtsbeziehungen im gesellschaftlichen Bereich und damit der Privaten unter sich. Das gesamte Recht ist so dem einen oder dem anderen Gebiet zuzuordnen.

---

63 Nach Kaufmann Franz-Xaver 2009, S. 400, wird «[i]n dem Masse, als der Staat die Aufgabe der Steuerung ganzer Gesellschaftsbereiche wie z. B. der Gesundheits- oder Technologiepolitik übernimmt, deren Leistung nahezu ausschliesslich durch nichtstaatliche Akteure und deren Beziehungen zustande kommen, […] die Differenz von öffentlichem und privatem Recht vollends obsolet.»

64 Siehe 1.2.2.

Beispielsweise das Familien- und Erbrecht gehört zum Privatrecht[65], das Steuerrecht, Asylrecht oder das Sozialversicherungsrecht zum öffentlichen Recht; das öffentliche Recht umfasst das Staats- und Verwaltungsrecht[66]. Das Strafrecht ist auch Teil des öffentlichen Rechts[67]. Das Verfahrensrecht, das ebenfalls als öffentliches Recht einzustufen ist, lässt sich in das Zivilprozessrecht, Verwaltungsverfahrensrecht, Verwaltungsjustizverfahrensrecht sowie in das Strafprozessrecht unterteilen[68].

Zum Privatrecht gehören alle Rechtsnormen, die der Wahrnehmung privater Interessen dienen. Dagegen umfasst das öffentliche Recht alle Rechtsnormen zur Wahrnehmung öffentlicher Interessen, also der Interessen der Allgemeinheit und der staatlichen Gemeinschaft. Was öffentliche Interessen sind, ergibt sich in erster Linie aus der Verfassung[69].

Die Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht verliert heute an Bedeutung, es wird stattdessen mehr die Einheit der Rechtsordnung betont. Denn viele Rechtsbegriffe und allgemeine Rechtsgrundsätze oder Rechtsprinzipien gelten für beide Bereiche[70]. Für die Beantwortung folgender Fragen in der Praxis ist aber die Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht noch immer sehr wichtig[71]: Wer hat die *Rechtsetzungskompetenz* inne? Wer ist zuständig für die *Rechtsanwendung*?

Die *Rechtsetzungskompetenz* im föderalistischen System der Schweiz ist zwischen dem Bund und den Kantonen aufgeteilt. Für das Privatrecht, beispielsweise für das ZGB, ist der Bund zuständig (siehe Art. 122 BV). Die Kantone sind nur zuständig, wenn das Bundesrecht einen entsprechenden Vorbehalt enthält (siehe Art. 5 ZGB). Für das öffentliche Recht sind dagegen grundsätzlich die Kantone zuständig (Art. 3

---

65 Zum gesamten Privatrecht gehören das Zivilrecht (Personen-, Familien-, Erb- und Sachenrecht), das Obligationenrecht (Allgemeine Bestimmungen, einzelne Vertragsverhältnisse, Handelsgesellschaften und Genossenschaften, Handelsregister, Geschäftsfirmen und kaufmännische Buchführung und Wertpapiere) sowie das geistige Eigentum.

66 Das Staatsrecht ist die Gesamtheit der Rechtsnormen, welche die Organisation und Aufgaben des Staats, die Organisation, die Aufgaben und das Verfahren der obersten Staatsorgane sowie die grundlegenden Rechte und Pflichten des Individuums im Staat zum Gegenstand haben. Der Gegenstand des Verwaltungsrechts lässt sich als Gesamtheit der Rechtsnormen umschreiben, die die Besorgung von Verwaltungsaufgaben, die damit zusammenhängenden Rechte und Pflichten von natürlichen und juristischen Personen sowie die Zuständigkeiten der Verwaltungsbehörden und das Verfahren auf Erlass einer Verwaltungsentscheidung beinhalten. Siehe Tschannen Pierre 2016, § 1 N 30 und 34.

67 Das Strafrecht umfasst diejenigen Rechtsnormen, welche Zuwiderhandlungen gegen bestimmte Verhaltensregeln mit Strafe bedrohen. Siehe 5.

68 Siehe 1.9.4.

69 Zum öffentlichen Interesse siehe 1.5.2.

70 Siehe Tschentscher Axel 2003, S. 141 ff.; Seiler Hansjörg 2009, S. 89; siehe 1.4.3.1.

71 Ebenso für die Grundrechtsbindung, Rechtsmittelverfahren sowie Bindung an verwaltungsrechtliche Prinzipien bei der Rechtsanwendung.

BV, Art. 6 ZGB), der Bund allein, wenn er dafür eine besondere verfassungsmässige Kompetenz besitzt (Art. 3 BV).

Die Zuständigkeit für die *Rechtsanwendung* hängt davon ab, ob ein konkretes Rechtsproblem privat- oder öffentlich-rechtlicher Natur ist. Eine privatrechtliche Streitigkeit wird nach Zivilprozessrecht vor Zivilgerichten ausgetragen[72], eine öffentlich-rechtliche nach Verwaltungsverfahrensgesetzen vor Verwaltungsbehörden bzw. -gerichten[73].

Wie ist das Verhältnis zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht? Hier gilt der *Grundsatz des Vorrangs des öffentlichen Rechts*[74]. Im Privatrecht steht grundsätzlich die Privatautonomie im Zentrum und damit die Befugnis der einzelnen Person, im Rahmen der Rechtsordnung eigenverantwortlich rechtsverbindliche Regelungen zu treffen. Innerhalb der gesetzlichen Schranken können Private somit tun und lassen, was sie wollen. Das öffentliche Recht ist dagegen hoheitlich, vom Staat zwecks Durchsetzung öffentlicher Interessen erlassen. Rechte und Pflichten werden nicht durch den autonomen Willen der Beteiligten festgelegt, sondern durch Gesetz[75].

1.3.3.3 Dispositives und zwingendes Recht

Das Privatrecht ist grundsätzlich dispositives Recht. Private sollen selbst regeln können, was sie und wie sie es für gut befinden, sie können somit ihr Rechtsverhältnis untereinander autonom regeln. Dies entspricht dem Prinzip der Privatautonomie, die das Privatrecht beherrscht. Der Staat greift erst im Konfliktfall ein und bietet Verfahren zur Streitbeilegung an[76].

Demgegenüber kann über zwingendes Recht nicht frei verfügt werden. Grundsätzlich zwingendes Recht ist das öffentliche Recht. Davon gibt es Ausnahmen: Im Strafrecht werden die Mehrheit der Delikte von Amtes wegen verfolgt, einige Delikte sind jedoch Antragsdelikte. Diese können nur verfolgt und es kann nur ein Urteil gesprochen werden, wenn die geschädigte Person einen Strafantrag stellt. Es liegt somit im Belieben der geschädigten Person, ob der mutmassliche Täter oder die mutmassliche Täterin bestraft werden kann.

---

72 Siehe 1.9.4.1.
73 Siehe 1.9.4.3.
74 Siehe BGE 127 III 90.
75 Zum Gesetzmässigkeitsprinzip siehe 1.5.1.
76 Siehe 1.9.3.

1.3.4 Völkerrecht

Traditionellerweise ist unter Völkerrecht das Recht der zwischenstaatlichen Beziehungen verstanden worden. Heute regelt das moderne Völkerrecht nicht allein das Verhältnis der Staaten zueinander, sondern auch hoheitsfreie Räume wie die Weltmeere, die Atmosphäre oder den Weltraum, die Internationalen Organisationen und die Rechte und Pflichten Privater innerhalb der einzelnen Staaten gegenüber dem Staat. Völkerrecht ist Recht, welches auf dem Konsens von Staaten beruht und in völkerrechtlichen Verträgen, Völkergewohnheitsrecht oder allgemeinen Rechtsgrundlagen enthalten ist[77]. Völkerrechtliche Verträge sind Staatsverträge zwischen zwei (bilaterale Verträge) oder mehreren (multilaterale Verträge) Staaten. Die Schweiz hat etliche multilaterale und bilaterale Staatsverträge abgeschlossen[78].

Völkerrechtssubjekt ist, wer Träger oder Trägerin völkerrechtlicher Rechte und Pflichten sein kann. Staaten besitzen unbeschränkte Völkerrechtssubjektivität.

Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) als Menschenrechtsabkommen des Europarats und die UNO-Pakte I und II als Menschenrechtsabkommen der Vereinten Nationen sind drei zentrale Völkerrechtsverträge[79].

1.4 Rechtsquellen

Wo und wie findet eine Bürgerin oder ein Bürger, eine Richterin oder ein Richter, was Recht ist? Oder anders ausformuliert: Welches sind die Rechtsquellen, in welchen die Rechtsnormen enthalten sind?

1.4.1 Allgemeines

Das Recht ist umfangreich, es gibt viele Normen, und trotzdem lassen sich nicht auf alle Fragen, die sich stellen, konkrete Antworten finden. Wie geht eine Richterin oder ein Richter vor? Sie oder er zieht Art. 1 ZGB heran, denn dieser gilt als zentraler Rechtsgrundsatz für die gesamte Rechtsordnung und stellt die verschiedenen Rechtsquellen, in welchen die Rechtsnormen enthalten sind, in ein hierarchisches Verhältnis.

---

77 Zu den Rechtsquellen des Völkerrechts siehe Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela 2020, N 1971.

78 Siehe https://www.fedlex.admin.ch/de/cc/international-law/0.1 (eingesehen am 01.03.2021).

79 Siehe 2.2.

Art. 1 ZGB Anwendung des Rechts
[1] Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält.
[2] Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde.
[3] Es folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.

Nach Abs. 1 des Art. 1 ZGB gilt in erster Linie das Gesetz, und zwar das Gesetz im materiellen Sinn[80]. Dieses umfasst sowohl die Verfassung[81], die Gesetze[82] als auch die Verordnungen[83]. Sofern sich aus dem geschriebenen Recht keine Bestimmung entnehmen lässt, also keine Antwort auf eine Frage gefunden wird, gilt Gewohnheitsrecht[84], oder, wo solches fehlt, Richterrecht[85] (Art. 1 Abs. 2 ZGB). Die bewährte Lehre und Überlieferung, die in Abs. 3 des Art. 1 ZGB aufgeführt sind, sind Hilfsmittel, die die Richterin oder der Richter berücksichtigen muss, wenn sie oder er Richterrecht aufstellt.

1.4.2 Geschriebenes Recht

Zu den geschriebenen Rechtsquellen gehören Verfassung, Gesetze, Verordnungen sowie interkantonales Recht[86] und Völkerrecht[87].

1.4.2.1 Verfassung

Zur Verfassung im *formellen* Sinn, und zwar sowohl von Bund als auch von den Kantonen[88], gehören alle Rechtsnormen, die im Verfahren der Verfassungsgebung erlassen und in die Verfassungsurkunde aufgenommen worden sind. Im Bund ist dieses besondere Verfahren der Verfassungsgebung in den Art. 138 bis Art. 142 und

80 Zum Begriff Gesetz im materiellen Sinn siehe 1.4.2.2.
81 Siehe gleich anschliessend.
82 Siehe 1.4.2.2.
83 Siehe 1.4.2.3.
84 Siehe 1.4.3.2.
85 Siehe 1.4.3.3.
86 Kantone können in ihrem Zuständigkeitsbereich miteinander Verträge abschliessen (Art. 48 BV). Interkantonale Verträge, die allen Kantonen zum Beitritt offenstehen, werden auch Konkordate genannt. Siehe 1.2.3.3.
87 Internationale Verträge, auch Staatsverträge oder völkerrechtliche Verträge genannt, sind Verträge zwischen zwei oder mehreren Staaten oder zwischen Staaten und internationalen Organisationen und werden in der Regel vom Bund geschlossen. Siehe 1.2.3.2.
88 Siehe in den jeweiligen Kantonsverfassungen.

Art. 192 ff. BV geregelt. Dieses Verfahren auf Bundesebene zeichnet sich in doppelter Hinsicht aus; es findet einerseits ein obligatorisches Referendum statt, und andererseits sind zur Annahme einer Verfassungsbestimmung ein Volksmehr und ein Ständemehr erforderlich. Die neue Bundesverfassung, die dem Volk unterbreitet werden musste, wurde am 18. April 1999 von Volk und Ständen angenommen[89].

Zur Verfassung im *materiellen* Sinn, wiederum von Bund und den Kantonen, gehören alle Rechtsnormen,

«die *wegen ihres Gehalts* als die *Grundlage eines freiheitlichen, demokratischen und sozialen Bundesstaats* angesprochen werden können, somit ‚verfassungswürdig' sind und daher richtigerweise in der Verfassung erscheinen sollten»[90].

Die Meinungen über den «richtigen» Inhalt einer Verfassung gehen auseinander, denn welche Rechtsnormen in die Verfassung gehören und welche nicht, hängt vom Verfassungsverständnis ab. Die Verfassung im materiellen Sinn lässt sich daher nicht so klar eingrenzen wie die Verfassung im formellen Sinn. Es herrscht aber Einigkeit, dass in der Schweiz folgende grundlegende Bestimmungen zur Verfassung im materiellen Sinn gehören:

- die Konstituierung der staatlichen Organisation (Bundesstaat, Bundeskompetenzen, Bundesbehörden etc.);
- die Beschränkung der staatlichen Macht (Gewaltenteilung, Grundrechte etc.);
- die grundsätzlichen Rechte und Pflichten der Privaten (Grundrechte, Grundpflichten etc.)[91];
- die Grundlagen der Rechtsordnung (Gesetzgebungsverfahren, Gerichtsbarkeit etc.);
- die Verankerung grundlegender Werte, die das Gemeinwesen schützen und bewahren will (Freiheit, Rechtsstaatlichkeit, Demokratie, Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen etc.)[92].

Die neue Bundesverfassung von 1999 hat die bis dahin ungeschriebenen Verfassungsgrundsätze, namentlich das Gesetzmässigkeitsprinzip, das Verhältnismässigkeitsprinzip, den Grundsatz des öffentlichen Interesses, Treu und Glauben sowie das Willkürverbot explizit verankert[93].

---

89 Siehe https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/va/19990418/index.html (eingesehen am 01.03.2021).
90 Tschannen Pierre 2016, § 3 N 11.
91 Siehe 2.
92 Siehe Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela 2020, N 21.
93 Zu den Verfassungsgrundsätzen siehe 1.5. Aus diesem Grund gibt es zurzeit kaum ungeschriebenes Verfassungsrecht.

Die Bundesverfassung kann jederzeit (Art. 192 Abs. 1 BV), aber nur unter Einhaltung der geltenden Verfahrensvorschriften (Art. 192 bis Art. 195 BV), geändert werden. Verfassungsrevisionen dürfen jedoch die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts[94] nicht verletzen, z. B. das Folter- und Genozidverbot oder das Verbot der Sklaverei.

Für den demokratischen Staat der Gegenwart lassen sich zwei Verfassungs*funktionen* aufzählen: die *instrumentale* Funktion als Rationalisierung politischer Macht sowie die *materiale* Funktion als Programmierung der Sozialordnung[95].

Die instrumentale Funktion beinhaltet Machtbindung und Machtbegrenzung, indem in der Verfassung die Bedingungen festgelegt sind, unter denen ein Rechtssatz Geltung erlangen kann. Dadurch wird die unmittelbare Umwandlung von sozialer Macht in politische Herrschaft verhindert. Dem gleichen Zweck dienen die Freiheitsrechte[96] als Abwehrrechte. Zudem trägt die Verfassung durch ihren verhältnismässig hohen Abstraktionsgrad dazu bei, dass gesellschaftlichem Wandel durch Gesetzesänderungen bei gleichbleibendem Verfassungswortlaut Rechnung getragen werden kann. Die erschwerte Abänderbarkeit trägt dafür Sorge, dass nicht ein unbegrenztes Mass an gesellschaftlichem Wandel auf einmal verarbeitet werden muss[97].

Gesetzgebungsprozesse lassen sich unter den Bedingungen einer modernen Industrie- und Dienstleistungsgesellschaft nur dann mit vernünftigem Aufwand zu Ende führen, wenn die Politik auf einen Bestand von materialen Grundentscheidungen zurückgreifen kann. Nicht erst in der Gesetzgebung, sondern schon in der Verfassung müssen die grundlegenden Elemente der anzustrebenden Sozialordnung festgelegt sein – dementsprechend hat sie materiale Funktion[98].

---

94 Zum zwingenden Völkerrecht gehört jede Norm, «die von der internationalen Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit angenommen und anerkannt wird als Norm, von der nicht abgewichen werden darf und die nur durch eine spätere Norm … derselben Rechtsnatur geändert werden kann» (Art. 53 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge). Unumstritten ist, dass der Kern des völkerrechtlichen ius cogens als zwingendes Völkerrecht gezählt wird. Aus diesem Grund hat die Bundesversammlung die Volksinitiative «für eine vernünftige Asylpolitik» für ungültig erklärt, da diese gegen das völkerrechtliche Verbot der Rückschiebung, Prinzip des Non-refoulement, verstiess. Siehe BBl 1996 I 1355; zur Botschaft des Bundesrates siehe BBl 1994 III 1486.

95 Siehe Tschannen Pierre 2016, § 3 N 26 f., zur instrumentalen Funktion, N 28-30 zur materialen Funktion.

96 Zu den Freiheitsrechten gehören insbesondere das Recht auf Leben, die persönliche Freiheit, das Recht auf Ehe und Familie, die Glaubens- und Gewissensfreiheit, die Versammlungsfreiheit, die Niederlassungsfreiheit, die Eigentumsgarantie, die Wirtschaftsfreiheit. Siehe 2.

97 Siehe Tschannen Pierre 2016, § 3 N 27.

98 Siehe Tschannen Pierre 2016, § 3 N 28 bis 30.