

Recht einfach – Heuristik und Recht

Arnold F. Rusch | *Wie muss die Norm lauten, die bei den Rechtsgenossen «gut ankommt»? Der häufig gehörte Ruf nach Einfachheit setzt bei Sprache, Ausgestaltung und Erklärung der Normen an. Die nachfolgenden Erwägungen widmen sich der Frage, wie die Heuristik bei der Suche nach Einfachheit dienen kann.**

Inhaltsübersicht

- 1 *Problemstellung und Definition*
- 2 *Heuristik – die einfach gestaltete Norm*
 - 2.1 *Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten*
 - 2.2 *Prioritätsregeln*
 - 2.3 *Steuerrecht*
 - 2.4 *Anweisungsfälle*
 - 2.5 *Mündigkeit und Schutzalter*
 - 2.6 *Prozessuale Normen*
 - 2.7 *Voraussetzungen nach Artikel 8 UWG*
 - 2.8 *Verantwortlichkeitsklagen und differenzierte Solidarität*
- 3 *Heuristik – die einfach erklärte Norm*
 - 3.1 *Faustregeln*
 - 3.2 *Aufzählung von Beispielen, Visualisierung*
- 4 *Schlusswort*

1 Problemstellung und Definition

Was ist Heuristik? Ein Beispiel sagt mehr als lange Definitionen: Stellen Sie sich eine Intensivstation für Herzpatienten mit beschränkter Anzahl Betten vor. Nur Patienten mit hohen gesundheitlichen Risiken sollen dort liegen. Hängt die Entscheidung der Einweisung von 50 schwierig zu ermittelnden Faktoren ab, werden gestresste Ärzte zu viele Patienten als hohe Risiken einstufen. Sie prüfen die 50 Faktoren gar nicht, wollen aber dennoch keinen Fehler begehen. Beschränkt man den Entscheidungsbaum auf drei einfach zu beantwortende Fragen, wenden ihn die Ärzte an. Dieser Entscheidungsbaum generiert vielleicht nur zu 98 % richtige Antworten. Unter dem Strich rettet er dennoch Leben, weil ohne ihn die Intensivstation permanent überfüllt wäre und bei Anwendung des vollen Tests viele Fehler passieren und zu viel Zeit vergeht.¹ Die ausgeblendete Information spart also Zeit und Ressourcen und generiert dennoch bessere Ergebnisse.² *Genau das ist Heuristik in einer «Nusschale»!* Die Bedeutung dieses Sachverhalts lässt sich ohne Probleme ins Recht übersetzen. Die Regeln zur Einweisung sind das Gesetz, das einmal kompliziert und einmal einfach ist, weil es einen Teil des Sachverhalts nicht beachtet. Gesetze sollten einfach sein – doch für wen? Was bedeutet «einfach» über-

haupt? Einfach zu verstehen, einfach aufgebaut, einfach anwendbar, einfach umsetzbar?³ Diese sattsam bekannte Debatte⁴ soll an dieser Stelle mal aussen vor bleiben. Heuristik generiert eine generisch einfache Einfachheit, die für alle Adressatinnen und Adressaten und für alle Facetten der Einfachheit von Relevanz sein kann.

Heuristik steht für die Lehre der einfachen Problemlösung.⁵ Die Heuristik gibt Anweisungen, wie neue Erkenntnisse zu gewinnen sind, und stellt als Hilfsmittel der Forschung Arbeitshypothesen auf. Die Brockhaus-Enzyklopädie definiert die Heuristik als «die Kunst, wahre Aussagen zu finden»⁶ (griechisch εὐρεῖν, heurerein, finden). Saloppere Definitionen attestieren ihr, dass sie «rules of thumb» hervorbringe.⁷ Diese negativ konnotierte Definition trifft auf positive Art und Weise den Punkt – bei der *Gestaltung* eines Gesetzes oder dessen *Erklärung*.

Es ist nicht möglich, immer eine Lösung zu finden, die alle Befindlichkeiten und Konstellationen berücksichtigt, geschweige denn, diese in ein allgemeingültiges Gesetz zu gießen. Meist berührt ein Problem die Interessen mehrerer Personen. Noch mehr Interessen kommen hinzu, wenn der Markt als solcher oder die ganze Volkswirtschaft Berücksichtigung finden – die Lösung muss schnell und klar sein, damit es keinen unproduktiven Streit gibt.⁸ Es ist unmöglich, alle Interessen in allen Konstellationen vollständig zu befriedigen. Hier kommt die Heuristik zum Einsatz. Die schnellste Lösung, die in möglichst vielen Konstellationen die Wertungen richtig setzt, muss zum Gesetz werden.⁹ Erfasst die heuristische Regel eine Vielzahl ähnlicher Probleme, kann sie in verallgemeinerter Form gar als *Meta-Heuristik* dienen. Die Rechtsscheinlehre gehört zu dieser Gruppe. Mit wenigen Voraussetzungen (Rechtsschein, dessen Kenntnis und Zurechnung, guter Glaube, Vertrauen und Vertrauensdisposition, Kausalität) schafft sie ein System des positiven Vertrauensschutzes für das *gesamte Zivilrecht* (Rusch 2010, 21 ff., m.w.H.). Die erfassten Sachverhaltskonstellationen könnten unterschiedlicher nicht sein – es geht um Stellvertretung, Eigentum und Besitz, Gesellschaften, Zession und viele Gebiete mehr. Einziges Bindeglied ist der Schutz des Vertrauens.

Auch bei der *Erklärung* einer Norm kann die Heuristik helfen. «Die Kunst, wahre Aussagen zu finden», ist bei der Erläuterung eines Gesetzes für die Adressatinnen und Adressaten *und* die Anwender von Belang. Nicht jedes Detail ist wichtig, wenn Rechtsgenossen im Alltag sich nach dem Gesetz orientieren sollen. Es kann hilfreicher sein, schnell anwendbare Merksätze zu kennen, die in 95 % der Fälle richtig sind, als ein genaues und schwerfälliges Verfahren, das zwar immer richtige Resultate liefert, aufgrund der Komplexität, der Kosten und der Dauer aber gar keine Anwendung findet.

2 Heuristik – die einfach gestaltete Norm

Vollständigkeit und Fassbarkeit eines Gesetzes stehen in einem Spannungsverhältnis. Artikel 1 des Zivilgesetzbuchs (ZGB, SR 210) zeugt davon und wählt einen Mittelweg. Das Gesetz ist vollständig, weil es auch eine allgemeine Regel enthält, wie man mit nicht erfassten Situationen umgehen soll. Doch bleibt es eine Illusion, ein Gesetz zu schaffen, das alle Situationen erfasst. Das einfache Gesetz als solches ist ebenso eine Illusion, doch kann man sich beiden Idealen zumindest nähern. Die Heuristik ist ein Weg zu diesem Ziel. Die nachfolgenden Beispiele zeigen positive und negative Beispiele gesetzlicher und richterrechtlicher Regeln und deren Bezug zur Heuristik.

2.1 Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten

Erfassen die Artikel 933 f. ZGB wirklich alle Situationen des Erwerbs vom Nichtberechtigten adäquat? Abhanden gekommene Sachen kann man von jedem Empfänger zurückfordern, anvertraute Sachen nicht. Bühler kritisierte die Regelung scharf:

«Wenn ich ein Velo in einem verrufenen Quartier stehen lasse und es deshalb gestohlen wird, so kann ich dieses Velo von jedem gutgläubigen Erwerber herausverlangen, nicht aber, wenn ich es bei einem Mechaniker, den ich als ehrlich betrachte, reparieren lasse und dieser es weiterveräußert. Der Trunkenbold, der seine goldene Uhr im Wirtshaus liegen lässt, ist besser geschützt als der Vorsichtige, der sie einer Bank zur Aufbewahrung anvertraut.»¹⁰

Die Gerechtigkeitslücke der ganzen Regelung liegt scheinbar in der fehlenden Berücksichtigung der Unsorgfalt beim Verlust der Sache. Doch genau dieses Element ist schwierig festzustellen und missbrauchsanfällig. Das Unterscheidungskriterium *abhandengekommen vs anvertraut* ist in Sekundenschnelle erfassbar, und die Rechtsfolge ist eindeutig (alles oder nichts), was für die Verschuldenskomponente nicht zutrifft. Piotet schlägt vor, *verlorene Sachen* wie *anvertraute Sachen* zu behandeln. Beim Verlust komme im Gegensatz zum Diebstahl stets ein eigenes Verschulden hinzu: *«Le vol est le fait d'un tiers. (...) Au contraire, la perte d'une chose est le fait de celui qui la possédait et lui est normalement imputable.»* (Piotet 1959, 288). Es ist aber sehr wohl möglich, dass – hätte sich diese Folge einmal herumgesprochen – jeder Eigentümer behaupten würde, ein Dieb hätte die Sache gestohlen und danach weggeworfen. Der Anreiz zu dieser Lüge wäre zu stark, wenn man dadurch die Sache zurückfordern könnte. Widerlegen könnte dies in den meisten Fällen kaum jemand.

Das heuristische Wesen des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten liegt darin, dass es von allen verfügbaren Informationen das Verschulden beim

Abhandenkommen ausblendet und eine eindeutige, nicht abänderbare Rechtsfolge vorsieht.¹¹ Die ausgeblendeten Elemente würden die Rechtsanwendung erschweren, aber im Normalfall keine erhebliche Rolle spielen. Die Effizienz, die Einfachheit und die Vorhersehbarkeit der Rechtsfolge wären dahin, wenn man das Verschulden auch berücksichtigen würde (vgl. Canaris 1971, 476 ff., insb. 479). Ebenso wenig passt es, den Vorgang des Anvertrauens der Anfechtung wegen Willensmängeln zu unterstellen. Auf diese Weise käme über den fahrlässigen Irrtum via Artikel 26 des Obligationenrechts (OR, SR 220) die Verschuldenskomponente wiederum ins Spiel. Es geht nicht an, aus Verkehrsschutzüberlegungen den Eigentumserwerb zu schützen, um diesen über die Hintertüre der Anfechtung wieder zu zerstören. Dies mag im Bereich des Partnerschutzes¹² angehen, nicht aber beim Verkehrsschutz gegenüber unbeteiligten Dritten.¹³ Der Einfachheit halber soll die vorgestellte Rechtslage zur Wirklichkeit werden.¹⁴ Diese Regel ist zugegeben hart und blendet auf heuristische Weise aus, dass auch die andere Partei vielleicht ein paar Argumente zu ihren Gunsten vorzuweisen hätte, aber sie ist deswegen gerade einfach und effizient. Entweder man erwirbt das Eigentum, oder man erwirbt es nicht. Es bedarf keiner individuellen Bemessung von Schadenersatz und keiner Beurteilung, welche Rechtsfolge angemessen wäre. Müsste man das *Verschulden* berücksichtigen, wäre auch ein *Selbstverschulden* relevant, was die Schadenersatzbemessung zusätzlich erschweren würde.

2.2 Prioritätsregeln

Wenn zwei Leute unabhängig voneinander im Abstand von nur zwei Stunden das Telefon erfinden, ist es dann richtig, den späteren Erfinder *vollumfänglich leer ausgehen zu lassen*? Die Bedingungen für ein Patent sollen eindeutig sein. Nur der erste Erfinder bekommt das Patent. Der Nachweis einer früheren Erfindung ist aber schwierig – deshalb muss die erste *Anmeldung* beim Patentamt relevant sein, ohne Berücksichtigung des *tatsächlichen Erfindungsvorgangs* (vgl. Art. 3 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1954 über die Erfindungspatente, PatG, SR 232.14). Im amerikanischen Recht wird dies erst ab März 2013 der Fall sein. Das Gesetz richtet sich dort jetzt noch nach dem Datum der Erfindung, nicht der Anmeldung. Es gewährt sogar ein Patent für den ersten Erfinder, auch wenn eine andere Person die Erfindung zwar später gemacht, aber zuerst realisiert hat (35 USCS Sect. 102 (g)). Resultat davon sind in beiden Fällen komplizierte und kostspielige «interference proceedings».¹⁵ Die Regel *first to invent* sollte im Vergleich zur Regel *first to file* eigentlich kleine Unternehmungen und natürliche Personen als Erfinder schützen, bewirkte aber oft das Gegenteil, weil diese sich die teuren und aufwendigen Verfahren gar nicht leisten konnten.¹⁶ Der Zeitpunkt der Anmeldung ist demgegenüber eindeutig und einfach feststellbar. Die Rechtsfolge

ist ebenso eindeutig. Diese Regel hat einen guten Nebeneffekt: Muss die Anmeldung schneller erfolgen, unterstützt dies den Fortschritt durch eine schnellere Verbreitung der Erfindung (Fraser Tiedemann 2007, 480). Der heuristische Einfluss zeigt sich darin, dass ein Teil der Information keine Beachtung findet. Hier sind es die beiden ausgeblendeten Fragen, wer die Erfindung tatsächlich zuerst gemacht hat und ob der zweite Erfinder nicht auch einen legitimen Anspruch auf einen Teil des Patents hätte. Die Berücksichtigung dieser Fragen wäre nicht sinnvoll, weil sie die Resultatfindung massiv erschwert und die Eindeutigkeit der Rechtsfolge aufhebt. Dieses Alles-oder-nichts-Prinzip ist zwar hart, erspart aber viel Aufwand.¹⁷ Dieselben Überlegungen sind nicht nur im Patentrecht gültig, sondern auch im Sachenrecht (Prinzip der Alterspriorität; vgl. Art. 812 Abs. 2 ZGB; vgl. Epstein 2006, 147 f.).

2.3 Steuerrecht

Wenn jeder Steuerpflichtige mehrere Abzüge von seinem Einkommen machen kann, wäre es dann nicht einfacher, alle Abzüge zu streichen und dafür den Steuereffuss zu senken?¹⁸ Eine Unzahl an möglichen Abzügen strapaziert das Verhältnis von Regel und Ausnahme im Steuerrecht. Die Steuerpflichtigen richten sogar ihr Leben auf mögliche Steuerabzüge ein (Kirchhof 2011, 7). Das Steuerrecht will auf zu viele spezielle Konstellationen Rücksicht nehmen und setzt dadurch Fehlanreize. Die Heuristik gebietet die Ausblendung unwesentlicher Faktoren und trennt die Höhe der Steuern vom Einfluss eines später gewählten wirtschaftlichen Vorgangs, indem es möglichst an der Quelle des Verdienstes ansetzt (Kirchhof 2011, 4 f., 7). Sicher ist *der tiefere Satz ohne Ausnahmen* in wenigen Fällen *ungerecht*.¹⁹ In den meisten Fällen gelangt er aber zu demselben Steuerbetrag. Wesentlicher Faktor ist aber auch, wie viel Aufwand man für die Einreichung der Steuererklärung betreiben muss, ob man die Grundlagen der Besteuerung versteht und wie viel Arbeit die Steuerveranlagung beim Fiskus auslöst. Hier schneidet der von Ausnahmen bereinigte, tiefere Satz massiv besser ab. Dies klingt attraktiv und sinnvoll, liess sich aber im deutschen Wahlkampf des Jahres 2005 nicht gut verkaufen. Entsprechende Projekte hat Kirchhof vorgebracht (zuletzt Kirchhof 2011, passim). Obwohl sein Vorschlag mit fundierter Begründung auf eine radikale Vereinfachung abzielt, benutzte der damalige Kanzler Schröder für ihn nur noch die Bezeichnung «der Professor aus Heidelberg» und diffamierte ihn als unsozialen und weltfremden Theoretiker (Neue Zürcher Zeitung, 1.9.2005, 1). Das Projekt «Easy Swiss Tax» verfolgt eine ähnliche Richtung der Vereinfachung.²⁰ Der Schweizer Bundesrat strebt einen einheitlichen Mehrwertsteuersatz anstelle der verschiedenen Sätze mitsamt Streichung der meisten Ausnahmen an. Die Botschaft zu diesem Projekt liest sich wie ein Lehrbuch, wie man durch

Weglassung und Vereinfachung ein *effizientes, kostengünstiges und verständliches* Mehrwertsteuersystem erzielen kann.²¹

2.4 Anweisungsfälle

Zahlt eine Bank ohne Anweisung oder bezahlt sie den angewiesenen Betrag versehentlich zweimal, so kann sie direkt aus Bereicherungsrecht gegen die Zahlungsempfängerin oder den Zahlungsempfänger vorgehen. Ausnahmen bestehen gemäss Bundesgericht und Lehre in den Fällen der widerrufenen, aber trotzdem ausgeführten Anweisung zugunsten eines gutgläubigen Anweisungsbegünstigten, *weil ein Rechtsscheintatbestand vorliege* (BGE 121 III 109 ff., 115). Die angewiesene Bank muss dann gegen den anweisenden Bankkunden vorgehen. Bestand tatsächlich eine durch die Zahlung getilgte Schuld, so geht die Bank gegen den anweisenden Bankkunden mit der *Rückgriffskondition* vor. Bestand sie nicht, muss die Bank die *Kondition der Kondition* wählen (BGE 121 III 109 ff., 116). Die Rechtsscheinlehre ist ein heuristisches Prinzip und sollte eigentlich einfache Lösungen generieren.²² Weshalb ist dies bei den Anweisungsfällen so gründlich schief gelaufen? Die einzelnen Elemente der Rechtsscheinlehre (Rechtsschein, dessen Kenntnis und Zurechnung, guter Glaube, Vertrauen und Vertrauensdisposition, Kausalität) liegen nicht vollständig vor. Die Vertrauensdisposition fehlt, gerade im Leitentscheid BGE 121 III 109 ff. Erst wenn der gutgläubige Empfänger gestützt auf den Rechtsschein Dispositionen trifft, entsteht ein schutzwürdiger Vorgang. Dann ist dieser Vorgang aber schon durch Artikel 64 OR erfasst (Wegfall der Bereicherung).

Das Bundesgericht will mit der komplizierten Rechtsprechung bestehende Einreden erhalten, vor Einreden *ex iure tertii* schützen und die Insolvenzzrisiken richtig verteilen. Die dadurch notwendig gewordene Wertung und Weichenstellung vor einem Prozess hingegen strapaziert den Rechtsverkehr erheblich. Wie soll die Bank wissen, ob der Anweisungsbegünstigte bezüglich des Widerrufs gut- oder bösgläubig war? Wenn sie direkt gegen den Anweisungsbegünstigten vorgehen will, trägt sie die Beweislast für dessen Bösgläubigkeit (BGE 121 III 109 ff., 115). Sie ist somit für Fakten beweispflichtig, die sie nicht kennt und auch nicht kennen müsste. Bei der Klage der Bank gegen den Anweisenden muss dieser beweisen, dass der Empfänger bösgläubig war und deshalb passivlegitimiert wäre – ihm wird dies auch leichter fallen, denn es war sein Vertragspartner.²³ Kommt die Bank zum Schluss, dass der Anweisungsbegünstigte bezüglich des Widerrufs gutgläubig war, kann sie nicht einfach gegen den Anweisenden vorgehen. Sie muss dann abschätzen, ob die Schuld im Valutaverhältnis gültig bestanden hat und getilgt worden ist, wenn sie die Rückgriffskondition wählt oder das Konto mit der ausbezahlten Summe belastet (Rusch 2010, 284, m.w.H.). Alle relevanten Abklärungen

hat die Bank in einer Konfliktsituation zu treffen, bei der jede Partei für nichts Verantwortung übernehmen will und in der man sich ohnehin nichts schenkt.²⁴ Die Bank kann aber auch einfach behaupten, im Valutaverhältnis sei eine Schuld getilgt worden, dem Bankkunden die Summe belasten und warten, bis dieser klagt. Dessen Klage hält sie sodann die Bereicherungsforderung verrechnungsweise entgegen. Verliert sie diesen Prozess, kann sie noch immer die Direktkondition gegen den Anweisungsbegünstigten einleiten. Diese Möglichkeit würde einen grossen Teil der Klagerisiken auf den Anweisenden verlagern; dabei ist es doch gerade die Bank, die den Fehler begangen hat und diesen wieder «ausbaden» sollte.

Die Heuristik gebietet, unwesentliche Faktoren auszublenden. Die Bank soll ihren Fehler ausbügeln und gegen den Anweisungsempfänger vorgehen – unabhängig von dessen Gut- oder Bösgläubigkeit und ebenso unabhängig davon, ob im Valutaverhältnis tatsächlich eine Schuld bestanden hat. Die Prozessrisiken aufgrund der notwendigen Weichenstellungen bei der Klageeinleitung wären zu gross. Die bundesgerichtliche Lösung ist im Alltag und in der Lehre *kaum vermittelbar*. Das Schutzniveau leidet unter der Vereinfachung nicht – immerhin kann der gutgläubige Anweisungsempfänger sich auf Artikel 64 OR berufen, wenn er schon Dispositionen getroffen hat. Alle anderen Lösungen sind zu kompliziert und setzen falsche Anreize. Die Bank würde der Versuchung nicht widerstehen können, den Betrag einfach dem Konto zu belasten und so den Kontoinhaber zur Erfüllungsklage zu zwingen, dieser aber die Bereicherungsforderung entgegenzuhalten (Rusch 2010, 287 f.).

2.5 Mündigkeit und Schutzalter

Die Festlegung der Mündigkeit (Art. 14 ZGB) erledigt der Gesetzgeber mit einer heuristischen Abkürzung. Während viele Jugendliche die geistige Reife schon vor dem gesetzlichen Mündigkeitsalter von 18 Jahren erreichen, bleibt sie anderen ewig versagt. Dennoch bietet eine feste Altersgrenze als «*rule of thumb*» Rechtssicherheit und ermöglicht schnelle Abklärungen über die Gültigkeit eines Geschäfts. Ohne diese Grenze müssten im Einzelfall komplizierte Abklärungen erfolgen, ob eine Person die Reife und Erfahrung besitzt, autonom und selbstverantwortlich Entscheidungen zu treffen.²⁵ Im Sexualstrafrecht setzt der Gesetzgeber das Schutzalter bei 16 Jahren an (Art. 187 StGB), wiederum unabhängig von individueller Entwicklung oder Erfahrung.²⁶ Diese Grenze hat der Gesetzgeber wahrscheinlich zu hoch angesetzt, was ihn zu mehreren Differenzierungen zwingt (Art. 187 Ziff. 2-4 StGB).²⁷ Ziemlich sicher kann nur eine tiefere Grenze *als plausibler Indikator* für die fehlende Zustimmungsfähigkeit dienen. Es handelt sich also kaum um Heuristik, sondern um Moral. Die gesetzliche Faustregel

von 16 Jahren führt zu falschen Ergebnissen, bei denen aus Täterperspektive kaum erkennbar war, dass das Opfer nicht gültig zustimmen konnte.²⁸ Heuristik dient aus diesem Grund auch schlecht zur Beeinflussung der Rechtsgenossen.²⁹ Vielmehr soll Heuristik das Verhalten der Rechtsgenossen zuverlässig, aber einfach und schnell abbilden und erfassen, ohne es zu manipulieren.

2.6 Prozessuale Normen

Anscheinsbeweis, Vermutung und Beweislastumkehr sind ebenfalls heuristische Instrumente.³⁰ Vier Fälle sollen das auch hier zeigen.

Die Patientin gerät *erstens* in Beweisnot, wenn die ärztliche Dokumentation der Behandlung plötzlich unauffindbar ist. Was machen Gerichte? Sie könnten die Beweislast umkehren oder vermuten, dass die verschwundenen Dokumente die Behauptungen der Patientin beweisen, oder das Beweismass senken.³¹ Diese Regeln beruhen auf der stillschweigenden Annahme, dass es einen Grund für das Verschwinden des Dokuments gibt.³² Sie lassen sich auch aus der Wahrscheinlichkeit oder der Verhaltenssteuerung ableiten.

Das *zweite* Beispiel betrifft die Zustimmung zum ärztlichen Heileingriff. Es ist schwierig bis unmöglich, die eigene, hypothetische Entscheidung bei hypothetisch richtig erfolgter Aufklärung zu beweisen. Die Gerichte helfen mit der «*Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens*» oder einer Umkehr der Beweislast (Rusch 2012, 443, m.w.H.). *Die Ärztin* trifft in ständiger Rechtsprechung die Beweislast, dass sie richtig aufgeklärt hat oder dass die nicht aufgeklärte Patientin in die Behandlung bei richtiger Aufklärung auch eingewilligt hätte.³³

Im *dritten* Fall geht es um Krankheitsfolgen einer Behandlung, beispielsweise um Infektionen nach Injektionen. Eine Erkrankung nach der Behandlung lässt einen Behandlungsfehler vermuten.³⁴ Wer nach einer Bluttransfusion HIV-positiv ist und keiner Risikogruppe angehört, hat den Anscheinsbeweis erbracht für die *Sorgfaltspflichtsverletzung* und die *Kausalität* der Transfusion für die Ansteckung.³⁵ Ähnlich erfolgt die Beurteilung gravierender Kostenüberschreitungen. Damit ist der *Anscheinsbeweis einer Sorgfaltspflichtsverletzung* der Architektin erbracht (Urteil BGer 4C.424/2004, E. 3.2.2.1).

Viertens schliesst man aus einer groben Verletzung auf deren Kausalität für die Verschlechterung der Gesundheit. Verletzt die Ärztin die Regeln der Kunst *gravierend*, so ist klar, dass alle Folgen darauf zurückgeführt werden. Der Weg dazu führt wiederum über eine Kausalitätsvermutung (Landolt 2011, 111 ff.). Hat also die Ärztin gegen die rein theoretische Feststellung des groben Behandlungsfehlers gemäss den ärztlichen Lehrbüchern nichts vorzubringen, so ergeht das Urteil abstrahiert von den konkreten Umständen (Wagner 2006, 298 f.).

Wie also zeichnet sich die Heuristik im Zivilprozess ab? Wo etwas wahrscheinlich oder typisch ist, nimmt der Prozess eine Abkürzung mittels Vermutung, Anscheinsbeweis oder Beweislastumkehr. Das umständliche, volle Programm des Beweisverfahrens steht zwar noch offen, doch muss die andere Person die relevanten Tatsachen vorbringen oder beweisen. Da die Verteilung der Beweislast in diesen Fällen meist eine stark präjudizierende Wirkung hat, ist es angebracht, in vielen Fällen von einer Ausblendung eines grossen Teils des Sachverhalts zu sprechen.

2.7 Voraussetzungen nach Artikel 8 UWG

Der neue Artikel 8 des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG, SR 241) findet nur Anwendung, wenn sich das erhebliche Missverhältnis zuungunsten eines *Konsumenten* auswirkt. Wie schwierig darf die Feststellung der Konsumenteneigenschaft sein? Es bestehen für die Konsumenteneigenschaft mehrere Konzepte – der Vertrag müsse den üblichen Verbrauch betreffen, oder er dürfe *nicht zur gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit* gehören.³⁶ Je nach Auslegung ist der Landwirt, der einen Radio für den Stall und einen für die Stube kauft, Unternehmer oder Konsument. Der Millionär, der einen Mercedes für 191 300 Franken kauft, ist im Zivilprozessrecht wegen des Kriteriums des «üblichen Verbrauchs» kein Konsument, obwohl er relativ betrachtet vielleicht weniger für den Wagen ausgibt als der Arbeiter, der einen billigen Fiat kauft.³⁷ Eine relative Preisgrenze wäre im Alltag zu kompliziert. Die absolute Fixierung der Preisgrenze wäre aber auch nicht sinnvoll, weil gerade bei hohen Beträgen der Schutz notwendig sein kann.³⁸ Die Regelung in Artikel 8 UWG ist höchst unbefriedigend, da auch für die Gegenseite nicht ersichtlich ist, wer Konsument ist. Die Heuristik würde die Faktoren des *Preises, der geschäftlichen Verwendung oder des alltäglichen Verbrauchs* als unwichtige Information ausblenden und nach dem *Kern der Schutzbedürftigkeit* fragen.³⁹ Bei AGB müsste man deshalb *immer* eine Inhaltskontrolle durchführen. Wer genug Macht hat, verhindert den Einbezug von AGB. Die Inhaltskontrolle ist das notwendige Korrektiv zur fehlenden Aushandlung des Vertrages. Damit würde auch der unnütze Streit über die Konsumenteneigenschaft entfallen. Das Parlament wollte es eindeutig anders, doch sollte dann wenigstens klar sein, welche Konsumentendefinition gilt.⁴⁰ Auch die weiteren Voraussetzungen von Artikel 8 UWG lassen die notwendige Einfachheit vermissen. Mehrere unbestimmte Rechtsbegriffe (Treu und Glauben, erhebliches Missverhältnis, ungerechtfertigt) harren noch der Auslegung, was die Anwendung von Artikel 8 UWG zu einem höchst unsicheren Unterfangen macht (Thouvenin 2012, N 1, 23). In mehreren schwammigen Voraussetzungen zeigt sich aber auch der Unwille, die Situation überhaupt zu erfassen. Unzählige

und unklare Voraussetzungen sind ein *Indiz für die Regelungsunwilligkeit*.⁴¹ Das Gesetz will gar nicht, dass man klagt. Artikel 8 UWG wäre überdies eine Regel, die für eine erleichterte Anwendung eines Beispielkataloges unzulässiger Klauseln bedürfte, wie es der deutsche Gesetzgeber in den §§ 308 f. BGB geschaffen hat (zu Beispielkatalogen als heuristische Erklärung des Gesetzes siehe Ziff. 3.2).

2.8 Verantwortlichkeitsklagen und differenzierte Solidarität

Die Artikel 754 ff. OR unterscheiden zwischen Klagen der Gesellschaft und Klagen der Aktionäre und Gläubiger, wobei die Rechtsnatur des Aktionärsanspruchs umstritten ist (Binder/Roberto 2012, zu OR 756 N 13). Im Konkurs gilt für die Klageberechtigung des Gläubigers oder Aktionärs eine komplizierte Unterteilung in *mittelbaren* und *unmittelbaren* Schaden.⁴² Sieht man trotz dieses kaum überblickbaren Wusts einen möglichen Anspruch, steht man vor dem Phänomen der «differenzierten Solidarität». Es ist nicht einfach möglich, gegen jedes der haftbaren Organe einzeln auf den ganzen Betrag vorzugehen – sie haften zwar solidarisch, aber eben nur *differenziert* (Art. 759 OR). Die Differenzierung bedeutet, «*das Verschulden der einzelnen Ersatzpflichtigen individuell zu ermitteln*» und «*gestützt auf die verschiedenen Kausalketten unterschiedliche Verursacherkreise für jeden Teilschaden auszuscheiden*». ⁴³ Alles klar? Solidarität dient zuvorderst den Interessen der Gläubiger. Das Bundesgericht schreibt zur Solidarität im Allgemeinen Teil des OR:

«Eigenheit der Solidarität ist es, dass sich der Geschädigte nicht um das Innenverhältnis und damit die endgültige Aufteilung des Schadens zwischen den Schädigern zu kümmern braucht (...). Demgegenüber trägt der erwähnte Entscheid dem Innenverhältnis vorbehaltene Erwägungen ins Aussenverhältnis und versagt dadurch dem Geschädigten die ihm aufgrund der gesetzlich vorgesehenen Solidarität zustehende Vorzugsstellung.» (BGE 127 III 257 ff., 262).

Bei der Solidarität hat das Innenverhältnis keine Rolle zu spielen. Die übertriebene Sorge, Verwaltungsräte und anderen Organe, insbesondere die Revisionsstelle, nicht zu hart haften zu lassen, schafft mit der Differenzierung meist zusätzliche Prozessrisiken für den klagenden Gläubiger und einen gigantischen Aufwand für das Gericht.⁴⁴ Dabei geht vergessen, dass der Schutz des Geschädigten vor zahlungsunfähigen Schädigern wichtiger ist als der Schutz der Schädiger vor dem Risiko, für andere zu haften. Das Bundesgericht ging früher selber noch von diesem Ansatz aus:

«Die solidarische Haftung beruht vielmehr auf dem Bestreben, dem Gläubiger eine möglichst vollständige Befriedigung für seine Ansprüche zu sichern (...). Den schutzwürdigen Interessen des belangten Schuldners trägt die Einräumung des Rückgriffsrechtes im internen Verhältnis der mehreren Schuldner genügend Rechnung. Die Möglichkeit, dass wegen Zahlungsunfähigkeit der andern Schuldner der Rückgriff ergebnislos bleibt, darf nicht als Grund für die Beschränkung der

Haftung des belangten Schuldners in Betracht gezogen werden; denn es wäre noch ungerechter, wenn statt eines der mehreren Schadensstifter der Geschädigte einen Verlust auf sich nehmen müsste (...).» (BGE 97 II 403 ff., 415 f.).

Die beklagten Organe wissen besser als alle anderen Akteure, welche Aufteilung angemessen ist. Sind sie sich nicht einig, sollen sie dies auf eigene Kosten ausfechten und allfällige Insolvenzrisiken nicht nach aussen tragen. Die Heuristik gebietet auch hier wie immer, einen Teil der Information auszublenden. Ausblenden muss man hier das Verschulden der einzelnen Organe und die Ausscheidung aller Teilursachen und Teilkasketten. Es geht nicht an, die Einfachheit der Solidarität durch die Differenzierung wieder zurückzunehmen.

3 Heuristik – die einfach erklärte Norm

3.1 Faustregeln

Das Bundesgericht verwendet für die Anwendung diverser Normen *Faustregeln* und *Prozentsätze*. So entsteht ein durchsetzbarer Anspruch auf Ausrichtung der Gratifikation, wenn sie die Arbeitgeberin vorbehaltlos während mindestens *drei aufeinander folgenden Jahren* ausgerichtet hat (BGE 129 III 276 ff., 278). Bei der fristlosen Entlassung ist eine Überlegungs- und Handlungsfrist von *2-3 Tagen* angemessen; bei notwendigen Entscheidungen eines mehrköpfigen Organs einer juristischen Person ist eine Frist von einer Woche noch ausreichend.⁴⁵ Bei längerem Zuwarten fehle die Unzumutbarkeit der Weiterführung des Arbeitsverhältnisses im Sinne von Artikel 337 Absatz 2 OR (Urteil BGer 8C_294/2011, E. 6.3.1). Beim werkvertraglichen Kostenvoranschlag liegt die Toleranzgrenze zur unverhältnismässigen Überschreitung (Art. 375 Abs. 1 OR) als Faustregel bei *zehn Prozent* (Urteil BGer 4A_15/2011, E. 3.1). Diese Regeln kennen keine tiefere Begründung. Niemand kann sagen, weshalb die Grenze ausgerechnet bei *drei* Zahlungen, *zehn* Prozent oder *zwei bis drei* Tagen liegen soll. Im juristischen Alltag sind solche Faustregeln als *schnelle Entscheidungshilfe* und *Konkretisierung* unbestimmter Rechtsbegriffe dennoch *enorm hilfreich*, wie Beyer richtig festhält:

«Gemeinsam ist jedenfalls allen Varianten dieser Judikatur, dass sie an mehr oder weniger unbestimmte Rechtsbegriffe anknüpfen und versuchen, diese handhabbar zu machen. Das ist unter dem Gesichtspunkt der Plausibilität, der Praktikabilität und der Rechtssicherheit, auf die es bei der Auslegung solcher „dehnbaren“ Begriffe der Gesetzessprache ankommt, nicht nur legitim, sondern rechtsstaatlich geradezu geboten.» (Beyer 2010, 1026).

Die optimale Wirkung der Faustregeln stellt sich aber nur dann ein, wenn es wirklich *nur eine* Faustregel und *nicht zu viele* Ausnahmen gibt. Beim fragwürdigen stillschweigenden Akzept einer Lohnkürzung hat das Bundesgericht zwei verschiedene Faustregeln präsentiert. In den Urteilen BGer 4A_443/2010 und

4A_223/2010 ging das Bundesgericht von *sechs* Monaten aus und belegte dies mit dem Hinweis auf Urteil BGer 4C.242/2005. Dort erfolgte die nicht beanstandete Bezahlung des gekürzten Lohnes jedoch während *zehn* Monaten (vgl. zum Ganzen Rusch 2011, N 6). Die Notwendigkeit vieler Ausnahmen erschwert nicht nur die schnelle Rechtsfindung. Sie zeigt überdies, dass die Faustregel keinen plausiblen Indikator für die heuristisch gefundene, richtige Antwort bildet. Die Faustregel zur Verwirkung der fristlosen Kündigung ist beispielsweise zu kurz bemessen. Zahlreiche Ausnahmen und eine Vielzahl von Prozessen zeugen davon, dass die Unzumutbarkeit im Sinne von Artikel 337 Absatz 2 OR auch bei längerem Zuzwarten sehr wohl vorliegen kann.⁴⁶

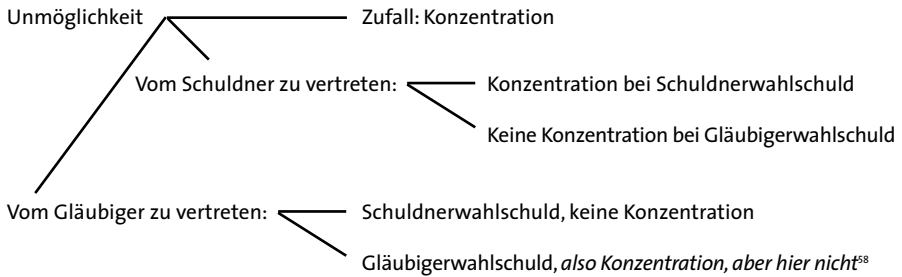
3.2 Aufzählung von Beispielen, Visualisierung

Ein Gesetz erhält manchmal erst durch die Aufzählung von Beispielen eine besondere Anschaulichkeit, die für die Anwendung im Alltag hilfreich ist.⁴⁷ Solche Konkretisierungen nennt das Gesetz häufig mit dem Einschub «insbesondere». Das Gesetz schafft damit eine Auslegungshilfe und benennt direkt besonders häufige Anwendungsfälle, was ebenfalls eine heuristische Vereinfachung darstellt. Beispiele dafür sind die §§ 308 f. BGB als Klauselkataloge des deutschen AGB-Korrektivs, Artikel 12 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG, SR 235.1), die Artikel 269a und 271a OR und Artikel 5 Absatz 3 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251). Besonders vereinfacht erfolgt die Anwendung des Gesetzes in der Sprache der *Fiktion*, abstrahiert von Auslegungsschwierigkeiten bei der Subsumtion und konkreten Gegebenheiten.⁴⁸ Beispiele dafür sind Artikel 320 Absatz 2 OR⁴⁹, Artikel 482 Absatz 4 ZGB⁵⁰, Artikel 7 Absatz 3 OR⁵¹.

Manchmal kann im Gesetz⁵² und im Alltag⁵³ nur ein *Bild* die Situation vereinfacht und anschaulich darlegen.⁵⁴ Dasselbe Ziel verfolgen die Behörden, wenn sie in Merkblättern, Formularen und Broschüren das Recht möglichst einfach erklären wollen.⁵⁵ Besonders einfach geschieht dies mit Beispielen oder einer Visualisierung, etwa mit einem Entscheidungsbaum.⁵⁶

Im Unterricht empfiehlt sich eine Faustregel ebenfalls, wenn man die Ausnahmen dazu explizit erklärt. Wie soll man den Studierenden beispielsweise die Konzentration bei einer unmöglich gewordenen Wahlschuld erklären? Die Lehrbücher zählen einfach nur die verschiedenen Varianten und Lösungen auf, ohne eine Regel oder eine tiefere Begründung zu benennen (vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger 2008, N 2260 ff.). Für Studenten und Dozenten gleichermaßen ist dies ein unhaltbarer Zustand. Gemäss Schwenzer gilt auch in der Schweiz der deutsche § 265 BGB als *Faustregel* – es erfolgt keine Konzentration, wenn die nicht wahlberechtigte Partei am Untergang der Sache ein Verschulden

trifft.⁵⁷ Diese Regel stimmt mit der Schweizer Lösung bis auf eine Ausnahme (bei Fn. 58) tatsächlich überein und qualifiziert sich damit als *heuristische Regel* zur Findung und Erklärung einer Lösung.



4 Schlusswort

Bringt es etwas, die Einfachheit von Normen in ein System zu packen und wissenschaftlich zu begründen? Die Gesetzgeber hatten die Heuristik bei den oben dargestellten, positiven Beispielen einfacher Gesetze wahrscheinlich kaum bewusst vor Augen. Ich bin mir aber sicher, dass sie die Heuristik bei den schlechten Beispielen *nicht* vor Augen hatten. Gewinnbringend wäre deshalb die Hinterfragung jedes Gesetzes mit der Heuristik *im Sinne einer Neunerprobe*: Ist der geregelte Sachverhalt unter Ausblendung einiger Elemente nicht einer einfacheren, schnelleren und dennoch genügend akkuraten Regelung zugänglich?

Arnold F. Rusch, PD Dr. LL.M., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an den Universitäten Zürich und Freiburg, mail@arnoldrusch.ch

Anmerkungen

Passagen dieses Textes entstammen früheren Aufsätzen und der Habilitation (Rusch 2010).

- 1 Dieses Beispiel bei Gigerenzer 2006, 24 ff. und Engel/Gigerenzer 2006, 5. Denkbar ist aber auch, dass es gar keine Möglichkeit gibt, die Situation absolut fehlerlos einzuschätzen. Bei der Einschätzung der Rückfallsgefahr von Straftätern ist dies der Fall – es wird immer Fälle geben, in denen scheinbar geheilte Straftäter rückfällig werden oder in denen wirklich geheilte Straftäter weiterhin im Gefängnis sitzen, weil die Behörden sie falsch eingeschätzt haben (vgl. dazu das ähnliche Beispiel bei Gigerenzer 2006, 28 ff.). Ein heuristisches Prinzip bietet dann *eine möglichst akkurate Entscheidungsfindung*.
- 2 Vgl. Gigerenzer 2006, 18 f. (Misconception 2 und 3) und 20: «*A fast and frugal heuristic is a strategy that ignores part of the information and enables fast decisions.*»
- 3 Zur Einfachheit oder Praktikabilität als Rechtsgrundsatz, *Topos oder Auslegungselement* vgl. Oesch 2008, 121 ff., m.w.H.
- 4 Vgl. dazu statt vieler Müller 2006, N 305 ff. und 320 ff.
- 5 Gemäss Duden lautet die Definition von Heuristik «*Lehre, Wissenschaft von den Verfahren, Probleme zu lösen; methodische Anleitung, Anweisung zur Gewinnung neuer Erkenntnisse*» (Internet: www.duden.ch, Suchbegriff «Heuristik», 30. November 2012).
- 6 Brockhaus, Eintrag «Heuristik»; vgl. Engel/Gigerenzer 2006, 2; vgl. die treffenden Beschreibungen bei Fikentscher, 1091 ff.
- 7 Vgl. Gigerenzer 2006, 17; vgl. die Nähe zu den Begriffen *Judiz und hunch*, beschrieben bei Fikentscher 2007, 1100; kritisch zu legitimierenden Instrumenten wie der Heuristik am Beispiel der Rechtsscheinlehre Ernst 1993, 95 ff.; kritisch generell Sunstein 2002 und Sunstein 2005, beide *passim*.
- 8 Vgl. die Analyse der im Spiel stehenden Interessen beim gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten schon bei Rusch 2010, 22 f. und 251 f.
- 9 Vgl. zu diesem Gedanken Epstein 1995, 53: «*None-theless even though there are some daunting exceptions, these rules do have the virtue of offering solutions for 90 to 95 percent of all possible situations. Never ask for more from a legal system. The effort to clean up the last 5 percent of the cases leads to an unraveling of the legal system insofar as it governs the previous 95 percent.*»
- 10 Bühler 1972, 73; siehe auch die Kritik bei Piotet 1959, 288 f.; vgl. auch Canaris 1971, 479.
- 11 Zur Einordnung des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten in die Rechtsscheinlehre und damit in die Heuristik vgl. Rusch 2010, 22 f., 216 ff.; ablehnend Ernst 1993, 99 f.
- 12 Aus diesem Grund ist es beim Partnerschutz richtig, die *culpa in contrahendo* auf das negative Interesse vorzusehen und bei Verträgen die Anfechtung auch nach Anwendung des Vertrauensprinzips zuzulassen, was zur Schadenersatzpflicht nach Art. 26 OR führt (vgl. BGE 105 II 23 ff., 24 ff.).
- 13 Dazu ausführlich Rusch 2010, 40-45. Diese Ansicht teilt das Bundesgericht für den ähnlichen Fall der Anfechtung eines abredewidrig perfizierten Blanketts, vgl. BGE 88 II 422 ff., 428.
- 14 Vgl. dazu eingehend Rusch 2010, 38, 44 f.; es ist möglich, die Voraussetzungen oder die Folgen zu vereinfachen – hier ist es die Sanktion; vgl. dazu Fikentscher 2007, 1095.
- 15 Bouchoux 2013, 340 f.; Hunter 2012, 97 f.; Fraser Tiedemann 2007, 494 f.; Epstein 2006, 149; Martin 2009, 439 f.
- 16 Vgl. Fraser Tiedemann 2007, 501 ff. und Epstein 2006, 149.
- 17 Epstein 2006, 147: «*The reason for this tough all-or-nothing rule lies in its ability to avoid the incredible complexity of the alternative approach. Once the margin of victory counts, two additional tasks have to be accomplished. Someone has to give a precise measure of the margin of victory, which may be possible in a race, but is not possible in an unstructured encounter where many people are seeking the same resource. In addition, someone has to develop an appropriate sharing rule that indicates what margin of victory entitles the winner to what fraction of the whole. Any such scale is arbitrary, and no single scale will be suitable for all different arenas.*»
- 18 Vgl. Kirchhof 2011, 4 ff., 7 f., 13 f.
- 19 Zu den verfassungsmässigen Grenzen einer zu groben Vereinheitlichung vgl. BGE 125 I 65 ff., 68; vgl. zum Problem der Anzahl der Betroffenen vertieft Oesch 2008, 283 ff.
- 20 Vgl. Internet: www.easyswisstax.ch (30. November 2012). Vgl. auch die Bestrebungen, die Radio- und Fernsehgebühren als Zwangsabgabe von allen Haushalten zu beziehen, egal, ob tatsächlich ein Empfangsgerät vorhanden ist. Der Bundesrat begründet dies mit dem Faktum, dass ohnehin fast alle Haushalte über ein Empfangsgerät verfügen (gemäss Bericht 97 % beim Radio, 93 % beim Fernsehen, vgl. Empfangsgebühren für Radio und Fernsehen, Überprüfung von Erhebung und Inkasso, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats KVF-N vom 17. Februar 2009, 12, www.bakom.admin.ch > Themen > Radio und Fernsehen > Empfangsgebühren > Gebührensystem und dessen Anpassungen > Zukunft der Empfangsgebühren (30. November 2012), der Empfang aufgrund der technischen Fortschritts auch über viele andere Geräte möglich ist und die Gebühr durch den tieferen Erhebungs- und Kontrollaufwand und die höhere Zahl der Abgabepflichtigen geringer ausfallen wird, vgl. dazu den erläuternden Bericht zum E-RTVG unter: www.bakom.admin.ch > Dokumentation > Gesetzgebung > Parlament > RTVG-Revision > Neues Radio- und Fernsehgesetz > Erläuterungen zum RTVG-Entwurf (Ziff. 1.2.1.3, 30. November 2012). Die heuristische Einfachheit der Gebührenerhebung

- beim Haushalt und nicht aufgrund des Empfangsgeräts veranschaulicht Kirchhof 2010, 9, mit einem passenden Bild: *«Dieser normative Ausgangsbefund, das Rundfunkangebot wende sich an den Menschen, muss deshalb grundsätzlich auch im Menschen und nicht in den Empfangsgeräten tatbestandlich erfasst werden. Diese auf den Menschen bezogene Nutzungsvermutung entspringt auch der tatsächlichen Erfahrung. Wenn ein Stadtplaner feststellen will, wie viel Menschen das Angebot eines öffentlichen Weges erreicht, wird er die Zahl der im Umfeld dieses Weges lebenden Menschen ermitteln, nicht deren Schuhe zählen.»*
- 21 BBl 2010 5398: *«Indem die heutigen drei unterschiedlichen Steuersätze durch einen Einheitsatz von 6,2 Prozent ersetzt und 21 der heutigen 29 Steuerausnahmen aufgehoben werden, kann die MWST gründlich und nachhaltig vereinfacht werden, was Volkswirtschaft und Wohlstand in der Schweiz stärkt.»*
- 22 Zur Rechtscheinlehre als heuristisches Prinzip vgl. Rusch 2010, 21 ff., m.w.H.
- 23 Zum Ganzen siehe Rusch 2010, 284, m.w.H.
- 24 Vgl. dazu eingehend Rusch 2010, 271-293, insb. 284 ff.
- 25 Vgl. Breitschmid 2012, zu ZGB 14 N 2; vgl. auch die klaren Altersgrenzen zwischen Strafgesetzbuch (StGB, SR 311.0) und Jugendstrafgesetz vom 20. Juni 2003 (Art. 1, 3, 4 JStG, SR 311.1) und die schwammige und aufwendig zu ermittelnde Ausnahme zur Altersgrenze im deutschen § 105 Abs. 1 JGG: *«(...) wenn (...) die Gesamtwürdigung der Persönlichkeit des Täters bei Berücksichtigung auch der Umweltbedingungen ergibt, dass er zur Zeit der Tat nach seiner sittlichen und geistigen Entwicklung noch einem Jugendlichen gleichstand (...).»*
- 26 Vgl. Trechsel/Bertossa 2008, zu StGB 187 N 3 und Maier 2012, zu StGB 187 N 3, m.w.H.
- 27 Andere, durchaus notwendige Differenzierungen fehlen demgegenüber. So bleiben Handlungen zwischen acht- und elfjährigen Kindern wegen der zulässigen Altersdifferenz von drei Jahren straflos, obwohl das achtjährige Opfer die Bedeutung der Handlungen vielleicht nicht begreift; vgl. Trechsel/Bertossa 2008, zu StGB 187 N 1 f. und Maier 2012, zu StGB 187 N 3, m.w.H.; vgl. auch das tiefere Schutzalter von 14 Jahren in Deutschland (§ 176 Abs. 1 StGB BRD).
- 28 Vgl. Piperides et al. 2006, 359: *«Yet, in many jurisdictions, the statutory rape age is set too high for age to be a plausible indicator of a true inability to know what one is agreeing to. Rather, from a paternalistic perspective, the law believes girls below a certain age should not be having sex, regardless of whether they consent. Consequently, it penalizes men who have intercourse with minors; even if it was reasonable for the man to assume the woman was of an age where she could have consented, and any observer outside of a court of law would have assumed consent was freely and intelligently given.»*
- 29 Es gibt den Wunsch, Handlungen von Menschen durch kleine «Schubser» («nudges») in eine erwünschte Richtung zu beeinflussen, beispielsweise die Zahl der Organspender durch einen Wechsel von der Zustimmung- zur Widerspruchslösung massiv zu erhöhen (vgl. Thaler/Sunstein 2008, 175 ff.; vgl. «Meinung & Debatte», NZZ 29. Oktober 2012, 15; vgl. Wey 2012, 21; vgl. Seelmann 1997, 66). Das hat mit Heuristik nur dann etwas zu tun, wenn die mit einer neuen *default rule* erzielte Zustimmung eher der wahren, tatsächlich ermittelten Organspendebereitschaft der Menschen entspricht, was gemäss Thaler/Sunstein 2008, 176 f., der Fall sei. Dabei ist aber auch zu berücksichtigen, dass die Zulässigkeit solcher Eingriffe häufig von einer *ausdrücklichen Zustimmung* abhängen soll.
- 30 Vgl. Wagner 2006, 285; zur Unterscheidung zwischen Vermutung und Anscheinsbeweis siehe Walter 2012, 451.
- 31 Zu den Varianten ausführlich Urteil BGER 4C.378/1999, E. 3.2; Vermutung und Anscheinsbeweis ändern am Beweismass nichts, vgl. Walter 2012, 454.
- 32 Vgl. dazu Wagner 2006, 291; vgl. Jetzer 2012, 309 ff., insb. 329.
- 33 BGE 133 III 121 ff., 129 f., bestätigt in Urteil BGER 4A_485/2009, E. 1.3.
- 34 Im Sinne einer tatsächlichen Vermutung, vgl. BGE 120 II 248 ff., 250 f.; vgl. dazu Landolt 2011, 106 ff., Walter 2012, 450, Urteil BGER 4C.53/2000, E. 2b und BGE 133 III 121 ff., 125.
- 35 Vgl. BGH, Urteil vom 30. April 1991 - VI ZR 178/90 in NJW 1991, 1948 ff.; vgl. Wagner 2006, 294 ff. und den besonders anschaulichen Entscheidungsbaum (297); vgl. Walter 2012, 456 f.: *«Hier spricht der Anschein des typischen Schadens für eine ärztliche Sorgfaltspflichtverletzung.»*
- 36 Zu den verschiedenen Konsumentenbegriffen ausführlich Maissen 2012, N 304, und Thouvenin 2012, N 16 ff.
- 37 BGER 4A_432/2007, E. 4.2.3: *«En l'espèce, il n'est pas nécessaire d'examiner si une voiture est un objet de consommation courante au sens de l'art. 22 LFors. En effet, même en admettant que tel est le cas, encore faut-il tenir compte de la valeur du véhicule. Or, celle-ci s'élève en l'occurrence à plus de 190'000 fr., ce qui sort manifestement du cadre de la consommation courante. On ne discerne d'ailleurs pas le besoin particulier de protection sociale de l'acquéreur d'une voiture de luxe.»* Die erwähnte Norm ist neu in Artikel 32 Absatz 2 der Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO, SR 272) enthalten.
- 38 Vgl. dazu die Anwendbarkeitsgrenze von 80 000 Franken in Artikel 7 Absatz 1 Bst. e des Bundesgesetzes vom 23. März 2001 über den Konsumkredit (KKG, SR 221.214.1), die einen wichtigen Bereich vom Schutz des KKG ausnimmt und unerwünschte Folgen hat, vgl. Lupi Thomann 2003, 133, und Koller-Tumler 2010, 31.

- 39 Vgl. zur Auslegung richtig Maissen 2012, N 309: «Es wäre deshalb sinnvoll, den Konsumentenbegriff extensiv auszulegen. Bei der Beurteilung darüber, ob jemand als Konsument zu gelten hat, sollte nicht in erster Linie auf den Verwendungszweck, sondern vielmehr auf die Schutzbedürftigkeit abgestellt werden, die sich aus der eben beschriebenen Schwächelage der einen Vertragspartei ergibt. Wer also mit missbräuchlichen, gegen Treu und Glauben verstossenden AGB konfrontiert wird, soll das Recht haben, sich auf Art. 8 UWG zu berufen, egal ob er Privatperson oder Gewerbetreibender ist, der ausserhalb seines üblichen Tätigkeitsbereichs handelt.»
- 40 Vgl. dazu Maissen 2012, N 305 ff. und Thouvenin 2012, N 17 ff.
- 41 Vgl. Simitis 2004, 403: «Erst recht kommt es deshalb darauf an, noch schärfer und nachhaltiger als bisher zu fragen, wann fehlende Klarheit wirklich ein Sprachproblem ist und wann Unverständlichkeit nur Regelungsunwilligkeit verhüllt und rationalisiert.»
- 42 Vgl. die Übersicht bei Binder/Roberto 2012, N 7, m.w.H.
- 43 Binder/Roberto 2012, zu OR 759 N 4; zur Entstehung vgl. Gericke/Waller 2007, zu OR 759 N 1 ff.
- 44 Aufgrund des Interessenkonflikts ist es meist nicht möglich, alle Organe durch denselben Anwalt vertreten zu lassen; vgl. dazu Körner 2011, N 522; vgl. Urteil BGER 4A_410/2011, E. 12 zur Prozessentschädigung, zu deren massiven Erhöhung sowie zur Zulässigkeit der Einzelvertretung der Beklagten.
- 45 Vgl. Urteil BGER 4A_569/2010, E. 3.1. In einem weiteren Entscheid fasste es die Rechtsprechung und alle Gründe zusammen, die längere Handlungsfristen rechtfertigen, vgl. Urteil BGER 8C_294/2011, E. 6.3.
- 46 Vgl. dazu Rusch 2012b, N 4. Es ist in vielen Fällen sogar möglich, den Vertrag auch deutlich später noch wegen *Grundlagenirrtums oder absichtlicher Täuschung* anzufechten (N 5 ff.).
- 47 Anderer Ansicht Müller 2006, N 328.
- 48 Vgl. zur Funktionsweise und den Zwecken von Fiktionen Müller 2006, N 379 ff., m.w.H.
- 49 Vgl. BGER 4C.390/2005, E. 2.6. Der Vertrag besteht – unabhängig davon, ob die Parteien einen Vertrag wirklich wollten, vgl. Emmel 2012, zu OR 320 N 2.
- 50 Vgl. BBl 2002, 4168 f.; vgl. Müller 2006, N 380, Fn. 750.
- 51 Allerdings abgeschwächt durch den Zusatz «in der Regel». Ohne den Hinweis, dass das ausgestellte Objekt nicht ein Muster, ein Kundenstück oder bereits reserviert sei, gilt die Auslage eines mit einem Preis versehenen Objekts als Antrag, auch wenn der Aussteller tatsächlich keinen Antrag machen wollte; vgl. dazu Morin 2012, N 10, in darin bloss eine widerlegbare Vermutung sieht.
- 52 Vgl. als Beispiel die Skizzen für die Mess- und Berechnungsweisen gemäss Planungs- und Baugesetz (PBG) und der Allgemeinen Bauverordnung (ABV) in der Verordnung über die nähere Umschreibung der Begriffe und Inhalte der baurechtlichen Institute sowie über die Mess- und Berechnungsweisen (Allgemeine Bauverordnung, ZH LS 700.2, Anhang); vgl. zum Einsatz von Bildern Brunschwig 2001, 116 ff., Baumann 2003, 63 ff. und Schuler/Andereg 2009, 255 ff.
- 53 Beispielsweise mit Warnbildern auf Zigaretten oder Verkehrsschildern.
- 54 Vgl. Müller 2006, N 328, Fn. 664; vgl. Baumann 2003, 77: «Es gibt eigentlich nur einen Bereich im Recht, in dem sich Bilder durchgesetzt haben: die Verkehrszeichen sind verbindliche Kurzfassungen ganzer Paragraphen des Strassenverkehrsrechtes. Sie haben sich nicht nur national, sondern praktisch weltweit (mit erstaunlich geringfügigen Abweichungen) bewährt.»
- 55 Vgl. Müller 2006, N 319; vgl. die Anstrengungen des Simplification Centre in England, Internet: www.simplificationcentre.org.uk und die Vereinfachung eines Strafzettels: www.simplificationcentre.org.uk/downloads/reports/SimpleAction1-v6.pdf (beide 30. November 2012).
- 56 Zur Umsetzung von Rechtstexten mit Bildern vgl. Brunschwig 2001, 154 ff., Röhl/Ulbrich 2007, 81 ff. und Röhl et al. 2005, 51 ff.
- 57 Vgl. Schwenzer 2012, N 9.04; vgl. § 265 BGB: «Ist eine der Leistungen von Anfang an unmöglich oder wird sie später unmöglich, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf die übrigen Leistungen. Die Beschränkung tritt nicht ein, wenn die Leistung infolge eines Umstands unmöglich wird, den der nicht wahlberechtigte Teil zu vertreten hat.»
- 58 Nach der Grundregel des § 265 BGB würde hier die Konzentration auf die noch mögliche Leistung eintreten, doch wird dies als unbillig empfunden, was auch einleuchtet. Für den verschuldeten Untergang muss der Gläubiger ohnehin Schadenersatz leisten. Tritt dann zusätzlich Konzentration auf die noch mögliche Leistung ein, muss der Gläubiger auch die noch mögliche Leistung abnehmen. Der Schuldner bezahlt dann Schadenersatz für die zerstörte Sache und den Preis für die andere Sache. Deshalb soll der Gläubiger auch die untergegangene Leistung wählen können (vgl. Schraner, 2000, zu OR 72, N 62).

Literatur

- Baumann, Max, 2003, Warum das Recht Bilder braucht, LeGes, 63 ff.
- Beyer, Dietrich, 2010, Prozentsätze als Auslegungskriterium des BGH – Mehrverbrauch, Flächenabweichung, Vertragsstrafe, Zahlungsunfähigkeit, NJW, 1025 ff.
- Binder, Andreas/Roberto, Vito, 2012, zu OR 756 ff., in: Amstutz Marc et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. A., Zürich.
- Bouchoux, Deborah E., 2013, The Law of Trademarks, Copyrights, Patents and Trade Secrets, International Edition, 4. A., South Melbourne.
- Breitschmid, Peter, 2012, zu ZGB 14, in: Amstutz, Marc et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. A., Zürich.

- Brunschwig, Colette R., 2001, Visualisierung von Rechtsnormen, Diss. Zürich (= Zürcher Studien zur Rechtsgeschichte, Band 45).
- Bühler, Theodor, 1972, «Hand wahre Hand» und sein Niederschlag im ZGB, ZSR NF 1972 I 55 ff.
- Canaris, Claus-Wilhelm, 1971, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, Münchener Universitätschriften, Reihe der Juristischen Fakultät, Band 16, München.
- Emmel, Frank, 2012, zu OR 320, in: Amstutz, Marc et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. A., Zürich.
- Engel, Christoph/Gigerenzer, Gerd, 2006, Law and Heuristics: An Interdisciplinary Venture, in: Gigerenzer Gerd/Engel Christoph (Hrsg.), Heuristics and the Law, Cambridge, 1 ff.
- Epstein, Richard A., 1995, Simple rules for a complex world, Cambridge.
- Epstein, Richard A., 2006, The optimal complexity of legal rules, in: Gigerenzer, Gerd/Engel, Christoph (Hrsg.), Heuristics and the Law, Cambridge, 141 ff.
- Ernst, Wolfgang, 1993, Ist der gutgläubige Mobilienwerb eine Rechtsscheinwirkung? In: Lange, Hermann/Nörr, Knut Wolfgang/Westermann, Harm Peter (Hrsg.), Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, 95 ff.
- Fikentscher, Wolfgang, 2007, Juristische Heuristik? in: Heldrich, Andreas et al. (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris, Band II, München, 1091 ff.
- Fraser Tiedemann, Whitney E., 2007, Comment: First-to-File: Promoting the Goals of the United States Patent System as Demonstrated Through the Biotechnology Industry, 41 U.S.F.L. Rev. 477 ff.
- Gauch, Peter/Schlupe, Walter R./Schmid, Jörg/Emmenegger, Susan, 2008, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I und II, 9. A. Zürich.
- Gericke, Dieter/Waller, Stefan, 2012, zu OR 759, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, Basler Kommentar, 4. A., Basel.
- Gigerenzer, Gerd, 2006, Heuristics, in: Gigerenzer Gerd/Engel Christoph (Hrsg.), Heuristics and the Law, Cambridge, 17 ff.
- Hunter, Dan, 2012, Intellectual Property, New York.
- Jetzer, Laura, 2012, Die ärztliche Dokumentationspflicht und der Beweis des Behandlungsfehlers, ZBJV, 309 ff.
- Kirchhof, Paul, 2011, Bundessteuergesetzbuch – ein Reformentwurf zur Erneuerung des Steuerrechts, Heidelberg.
- Kirchhof, Paul, 2010, Gutachten über die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, Heidelberg, www.ard.de/intern/standpunkte/-/id=1453944/property=download/nid=8236/g73vou/Gutachten+zur+Rundfunkfinanzierung.pdf (30. November 2012).
- Koller-Tumler, Marlies, 2010, Konsumkredite – eine kleine Tour d'Horizon mit Blick auch auf die EU, in: Emmenegger, Susan (Hrsg.), SBT 2010 – Schweizerische Bankrechtstagung 2010: Kreditrecht, Bern, 19 ff.
- Körner, Alexandra, 2011, Die Haftung der Solidarschuldner im Aussenverhältnis – Kausalität und persönliche Herabsetzungsgründe im System der Solidarität, Diss. Luzern.
- Landolt, Hardy, 2011, Beweiserleichterungen und Beweislastumkehr im Arzthaftungsprozess, *Haftpflichtprozess* 2011, 81 ff.
- Lupi Thomann, Melania, 2003, Die Anwendung des Konsumkreditgesetzes auf Miet-, Miet-Kauf- und Leasingverträge, Diss. Zürich.
- Maier, Philipp, 2007, zu Art. 187 StGB, in: Niggli Marcel A./Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, Basler Kommentar, 2. A., Basel.
- Maissen, Eva, 2012, Die automatische Vertragsverlängerung, Diss. Zürich.
- Martin, Michael F., 2009, The end of the first-to-invent rule: a concise history of its origin, 49 IDEA 435 ff.
- Müller, Georg, 2006, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 2. A., Zürich.
- Morin, Ariane, 2012, zu OR 7, in: Thévenoz, Luc/Werro, Franz (Hrsg.), Code des obligations I, 2. A., Basel.
- Oesch, Matthias, 2008, Differenzierung und Typisierung: zur Dogmatik der Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung, Habil. Bern.
- Piotet, Paul, 1959, L'acquisition d'une chose mobilière aliénée sans droit, SJZ, 285 ff.
- Piperides, Callia et al., 2006, Group Report: What Is the Role of Heuristics in Litigation? In: Gigerenzer, Gerd/Engel, Christoph (Hrsg.), Heuristics and the Law, Cambridge, 343 ff.
- Röhl, Klaus F./Ulbrich, Stefan, 2007, Recht anschaulich, Köln.
- Röhl, Klaus F. et al, 2005, Das Projekt «Recht anschaulich», in: Hilgendorf, Eric (Hrsg.), Beiträge zur Rechtsvisualisierung, Berlin.
- Rusch, Arnold F., 2010, Rechtsscheinlehre in der Schweiz, Habil. Zürich.
- Rusch, Arnold F., 2011, Stillschweigend akzeptierte Lohnkürzung? ARV online, Nr. 474.
- Rusch, Arnold F., 2012a, Auskehr in der Schweiz, Schadensersatz in Deutschland? WM, 440 ff.
- Rusch, Arnold F., 2012b, Anfechtung als Alternative zur fristlosen Entlassung, ARV online, Nr. 108.
- Schraner, Marius, 2000, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband VIe, Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR, 3. A., Zürich.
- Schuler, Thomas/Anderegg, Michael, 2009, Von der Vorschrift zum Vorbild: Farbfotografien als Warnhinweise im Tabakrecht, LeGes, 255 ff.
- Schwenzer, Ingeborg, 2012, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. A., Bern.
- Seelmann, Kurt, 1997, Wozu Rechtsphilosophie? BJM, 57 ff.
- Simitis, Spiros, 2004, Verständlichkeit des Rechts – Illusion oder konkrete Utopie? In: Lerch, Kent D. (Hrsg.), Recht verstehen: Verständlichkeit, Missverständlichkeit und Unverständlichkeit von Recht, Berlin, 393 ff.

- Sunstein, Cass R., 2002, Hazardous Heuristics, *John M. Olin Law & Economics working paper* No. 165, Chicago 2002, www.law.uchicago.edu/files/files/165.crs_heuristics.pdf (30. November 2012).
- Sunstein, Cass R., 2005, Fast, frugal, and (sometimes) wrong, *John M. Olin Law & Economics working paper* No. 265, Chicago 2005, www.law.uchicago.edu/files/files/265_1.pdf (30. November 2012).
- Thaler, Richard H./Sunstein, Cass R., 2008, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, New Haven.
- Thouvenin, Florent, 2012, Art. 8 UWG: Zur Strukturierung eines strukturlosen Tatbestandes, *Jusletter* 29. Oktober 2012.
- Trechsel, Stefan/Bertossa Carlo, 2008, zu Art. 187 StGB, in: Trechsel, Stefan (Hrsg.), *Schweizerisches Strafbuch*, Zürich/St. Gallen.
- Wagner, Gerhard, 2006, Heuristics in Procedural Law, in: Gigerenzer, Gerd/Engel, Christoph (Hrsg.), *Heuristics and the Law*, Cambridge, 281 ff.
- Walter, Hans Peter, 2012, Der Anscheinsbeweis im Haftpflichtrecht, in: Fuhrer, Stephan/Chappuis, Christine (Hrsg.), *Haftpflicht- und Versicherungsrecht*, Liber amicorum Roland Brehm, Bern, 447 ff.
- Wey Rainer, 2012, Ein Schubser reicht, und wir ändern unser Verhalten, *NZZ am Sonntag*, 16. September 2012, 21.

Résumé

Comment formuler une norme pour qu'elle soit bien reçue par celui à qui elle s'applique? Le besoin de simplicité souvent manifesté porte sur la langue, la construction et l'explication des normes. Dans la présente contribution nous nous interrogeons sur ce que l'heuristique peut apporter à la recherche de la simplicité.