

Dr. Peter Forstmoser

Professor an der Universität Zürich, Rechtsanwalt, LL.M.

Unter Mitarbeit von Dr. des. Hans-Ueli Vogt

Rechtsanwalt, LL.M.

Einführung in das Recht

Dritte, neu bearbeitete Auflage



Stämpfli Verlag AG Bern • 2003

Inhaltsübersicht

Detailliertes Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungen	XXI
Literatur	XXIX

1. Teil: Juristische Methode und Arbeitstechnik

§ 1	Die Methodik des juristischen Arbeitens	1
§ 2	Die Arbeitsweise und die Hilfsmittel des Juristen	30
§ 3	Die Bedeutung der Sprache	98

2. Teil: Rechtliche Grundbegriffe und Gliederung des Rechts

§ 4	Die Vieldeutigkeit des Ausdrucks «Recht»; einige rechtliche Grundbegriffe.	123
§ 5	Zur Gliederung des positiven Rechts	159

3. Teil: Die gesellschaftliche Ordnungsfunktion des Rechts

§ 6	Das Recht als soziale Ordnungsmacht	165
§ 7	Das Recht als staatliche Ordnungsmacht	199
§ 8	Recht und Sitte	206
§ 9	Recht und Sittlichkeit (Moral)	222
§ 10	Weitere Ordnungssysteme für gesellschaftliches Zusammenleben	258

4. Teil: Die inhaltliche Ausrichtung des Rechts

§ 11	Gesellschaftliche, ökonomische und geschichtliche Grundlagen des Rechts (Realfaktoren).	259
	A. Recht als gesellschaftliche Realität	259
	B. Recht und ökonomische Ordnung	281
	C. Die geschichtliche Dimension des Rechts.	287
§ 12	Ziele für die Ausgestaltung der Rechtsordnung (Idealfaktoren)	290
	A. Ausrichtung auf die Gerechtigkeit	291
	B. Ausrichtung auf die Billigkeit	314
	C. Zweckmässigkeit, Sicherheit und Durchsetzbarkeit als Ziele der Rechtsordnung	328
	D. Wirtschaftliche Effizienz als Kriterium des Rechts.	340
	E. Folgerung	341

5. Teil: Rechtsquellen

§ 13	Gesetzesrecht	347
§ 14	Gewohnheitsrecht	368
§ 15	Richterrecht	376
§ 16	Exkurs I: Orientierungshilfen für die Rechtsfindung	409
§ 17	Die Vereinbarung als Rechtsquelle	425
§ 18	Exkurs II: Urteil, Beschluss und Verfügung	437

6. Teil: Rechtsauslegung, Rechtsanwendung und Rechtsdurchsetzung

§ 19	Die Auslegung von Rechtssätzen	441
§ 20	Die Auslegung privater Willensäußerungen	465
	A. Die Auslegung von Verträgen	465
	B. Die Auslegung von Testamenten	474
	C. Die Auslegung von Statuten, Gesellschaftsverträgen und Stiftungsreglementen	475
§ 21	Rechtsanwendung und Rechtsdurchsetzung	478

Anhang: Die juristischen Berufe	503
Der Richter (Hans Peter Walter)	503
Der forensisch tätige Rechtsanwalt (Lorenz Erni)	508
Der Wirtschaftsanwalt (Peter Isler)	513
Der Unternehmensjurist (Christian Thalmann)	517
Der Jurist in der Verwaltung (Walter Dietrich)	522
Die Rechtsprofessorin (Regina Ogorek)	526
Der Jurist in der Führung von Wirtschaftsunternehmen (Hans Kellerhals)	530
Die Juristin im Beruf des Journalisten und Redaktors (Claudia Schoch)	535
Der Jurist im diplomatischen Dienst (Raymond R. Probst)	538
Der Jurist als Politiker (Arnold Koller)	543

Sachregister	551
-------------------------------	------------

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungen	XXI
Literatur	XXIX

1. Teil: Juristische Methode und Arbeitstechnik

§ 1 Die Methodik des juristischen Arbeitens	1
I. Das «logische» Element im Recht	2
II. Das wertende und normative Element im Recht	6
1. Allgemeines	6
2. Die Wertungsbezogenheit des Rechts und des juristischen Denkens	10
3. Die Gewinnung und Überprüfung von Wertungen	13
III. Theorien zur rechtlichen Methode	19
1. Begriffsjurisprudenz	19
2. Teleologische Jurisprudenz	21
3. Interessenjurisprudenz	22
4. Wertungsjurisprudenz	24
5. Kombination der verschiedenen Theorien	25
§ 2 Die Arbeitsweise und die Hilfsmittel des Juristen	30
I. Elemente der juristischen Arbeit	30
1. Ermittlung der Fakten und Herausschälen des Sachverhalts	31
2. Rechtsfindung und Rechtsanwendung	32
3. Hilfsmittel der Rechtsfindung (Übersicht)	36
II. Gesetze als Ausgangspunkt	37
1. Der Gesetzesbegriff	37
2. Die Gliederung der Gesetze	39
3. Äussere Gestalt und Zitierweise	51
4. Geltung der Gesetze	54
5. Exkurs: Kodifikationsprinzip und Fallrecht (case law)	56
III. Die Bedeutung der Entstehungsgeschichte geltender Gesetze	58
1. Gesetzesmaterialien	58
2. Die Bedeutung der Materialien für das Verständnis von Gesetzen	60
IV. Juristische Literatur (Doktrin)	63
1. Bedeutung und Umfang	64
2. Erscheinungsformen	65
3. Zur Arbeit mit juristischer Literatur	68
V. Rechtsprechung (Judikatur)	69
1. Begriff und Bedeutung	69
2. Elemente des Urteilstextes	72
3. Die Arbeit mit Judikatur	73

VI.	Rechtsvergleichung	76
VII.	Rechtsdokumentation	79
1.	Allgemeines	79
2.	Gesetzesdokumentation	82
3.	Dokumentation der Literatur	85
4.	Dokumentation der Judikatur	86
5.	Dokumentation der Materialien	89
6.	Der Einsatz der EDV in der juristischen Dokumentation...	89
7.	Exkurs: Zum Einsatz der EDV in Verwaltung, Justiz und Gesetzgebung	92
VIII.	Exkurs: Amtsblätter und öffentliche Register	95
§ 3	Die Bedeutung der Sprache	98
I.	Die Sprache als Werkzeug des Juristen	98
II.	Eigenarten der juristischen Fachsprache	99
1.	Allgemeines	99
2.	Besonderheiten der Gesetzessprache	106
3.	Eigenarten der schweizerischen Gesetzessprache	111
4.	Fachsprache oder Alltagssprache bei der Redaktion von Verträgen?	121
III.	Die Auslegung juristischer Texte	121
2. Teil: Rechtliche Grundbegriffe und Gliederung des Rechts		
§ 4	Die Vieldeutigkeit des Ausdrucks «Recht»; einige rechtliche Grundbegriffe	123
I.	Formelles und materielles Recht	123
II.	Sachrecht und Kollisionsrecht	128
III.	Öffentliches Recht und Privatrecht	131
IV.	Hierarchische Gliederungen	134
V.	Staatlich gesetztes und privatautonom gesetztes Recht	135
VI.	Zwingendes Recht und nachgiebiges Recht	136
VII.	Rechtsetzung, Rechtsanwendung und Rechtsvollstreckung	140
VIII.	Objektives und subjektives Recht	140
1.	Die Begriffe	140
2.	Zur Gliederung subjektiver Rechte	141
IX.	Rechtsobjekt und Rechtssubjekt	143
1.	Rechtsobjekt	143
2.	Rechtssubjekt	145
3.	Juristische Personen	147
X.	Rechtsverhältnis und Rechtsgeschäft	149
1.	Das Rechtsverhältnis	149
2.	Das Rechtsgeschäft	151
XI.	Gemeines Recht und Partikularrecht, allgemeines Recht und Sonderrecht, Regelrecht und Ausnahmerecht	157

§ 5	Zur Gliederung des positiven Rechts	159
3. Teil: Die gesellschaftliche Ordnungsfunktion des Rechts		
§ 6	Das Recht als soziale Ordnungsmacht	165
	I. Die Rechtsordnung als Ordnung äusseren Verhaltens	166
	II. Die Rechtsordnung als gesellschaftliche Ordnung	167
	III. Die Rechtsordnung als verbindliche und grundsätzlich erzwingbare Ordnung	169
	1. Verbindlichkeit	169
	2. Durchsetzbarkeit durch staatlich organisierten Zwang	171
	3. Nicht erzwingbares Recht	179
	4. Private Sanktionen	181
	IV. Die Rechtsordnung als umfassende Ordnung	182
	V. Die Rechtsordnung als generell-abstrakte Ordnung	186
	VI. Die Rechtsordnung als Friedensordnung	189
	VII. Steuerungsfunktionen des Rechts	193
	VIII. Die Rechtsordnung als Sollensordnung	194
	IX. Die Rechtsordnung als geistige Ordnung	195
	1. Allgemeines	195
	2. Fiktion und Vermutung	195
§ 7	Das Recht als staatliche Ordnungsmacht	199
	I. Die Rechtsordnung als rationale, säkularisierte Ordnung	199
	II. Die Rechtsordnung als staatliche Ordnung	200
	III. Das Verhältnis von Recht und Staat; der Begriff des Rechtsstaates	202
§ 8	Recht und Sitte	206
	I. Das Verhältnis von Recht und Sitte	206
	II. Die Sitte als Vorläuferin des Rechts	212
	III. Die Sitte als Teil des Rechts	213
	1. Allgemeines	213
	2. Handelssitten, Usanzen	214
	3. Der Ortsgebrauch	218
	4. Exkurs: Vorbehalt der «guten Sitten»	220
	5. Sinn, Rechtfertigung und Problematik der gesetzlichen Bezugnahme auf die Sittenordnung	220
§ 9	Recht und Sittlichkeit (Moral)	222
	I. Sittlichkeit und Sitte	222
	II. Sittlichkeit und Recht	223
	1. Sittlichkeit und Recht als normative Ordnungen	223
	2. Äusserlichkeit des Rechts - Innerlichkeit der Moral?	223
	3. Recht als ethisches Minimum?	229
	4. Konflikte zwischen Moral und Recht	229

III. Die Berücksichtigung moralischer Pflichten im Recht	232
I. Das Gebot von Treu und Glauben	233
2. Das Verbot des Rechtsmissbrauchs.	237
3. Vertrauenshaftung, insbesondere culpa in contrahendo	241
4. Die clausula rebus sie stantibus	245
5. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Privatrecht, insbesondere der Durchgriff im Aktienrecht.	248
6. Gesetzliche Konkretisierungen von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot	249
7. Ungültigkeit von Verträgen, die gegen die guten Sitten verstossen.	252
8. Übermäßige Eingriffe in das Recht der Persönlichkeit als Sonderfall der Sittenwidrigkeit	255
9. Die rechtliche Sonderbehandlung von sittlich gebotenen Leistungen und Leistungsversprechen.	256
§ 10 Weitere Ordnungssysteme für gesellschaftliches Zusammenleben	258
4. Teil: Die inhaltliche Ausrichtung des Rechts	
§ 11 Gesellschaftliche, ökonomische und geschichtliche Grundlagen des Rechts (Realfaktoren)	259
A. <i>Recht als gesellschaftliche Realität</i>	259
I. Die soziologische Betrachtungsweise im Recht	260
1. Recht als soziale Erscheinungsform	260
2. Abhängigkeit des Rechts vom sozialen Umfeld.	260
3. Die soziale Steuerungsfunktion des Rechts.	263
4. Gelebtes Recht - normiertes Recht	263
II. Die Entwicklung des modernen schweizerischen Rechts aus soziologischer Sicht	266
1. Anpassung an gewandelte soziale Vorstellungen.	266
2. Erfassen des technischen und wissenschaftlichen Fortschritts.	271
3. Vereinheitlichung der Rechtsordnung	275
4. Spezialisierung und Professionalisierung	279
B. <i>Recht und ökonomische Ordnung</i>	281
I. Wirtschaft und Recht.	281
II. Die Ökonomische Analyse des Rechts.	282
1. Universalitätsanspruch der ökonomischen Betrachtungsweise.	282
2. Würdigung	285
C. <i>Die geschichtliche Dimension des Rechts</i>	287

§ 12	Ziele für die Ausgestaltung der Rechtsordnung (Idealfaktoren)	290
	<i>A. Ausrichtung auf die Gerechtigkeit.</i>	291
	I. Der Begriff «Gerechtigkeit»; Wandelbarkeit der Gerechtigkeitsvorstellungen.	292
	II. Regelfallgerechtigkeit und Einzelfallgerechtigkeit.	304
	III. Formelle und materielle Gerechtigkeit.	305
	IV. Recht auf Gleichbehandlung, Schutz vor Willkür, Wahrung von Treu und Glauben und Verfahrensgarantien: Garantien eines Mindeststandards an Gerechtigkeit.	306
	1. Allgemeines.	306
	2. Das Willkürverbot insbesondere.	312
	V. Ungerechtes Recht.	314
	<i>B. Ausrichtung auf die Billigkeit.</i>	314
	I. Ungenügen der Regelfallgerechtigkeit.	315
	II. Gesetzliche Grundlagen für Einzelfallgerechtigkeit.	317
	1. Privatrecht.	318
	2. Strafrecht.	320
	3. Verwaltungsrecht.	321
	III. Vorgehen des Gerichts bei Billigkeitsentscheiden.	322
	1. Die gesetzliche Anweisung.	322
	2. Abstellen auf den Einzelfall.	322
	3. Individuelle, aber objektive Interessenabwägung.	323
	4. Berücksichtigung von Lehre und Praxis.	324
	5. Exkurs: Die Überprüfung von Ermessensentscheiden durch Oberinstanzen.	324
	IV. Zur Problematik von Billigkeitsentscheiden.	325
	V. Exkurs: Alternativen zur Streiterledigung durch Urteil des staatlichen Gerichts.	326
	<i>C. Zweckmässigkeit, Sicherheit und Durchsetzbarkeit als Ziele der Rechtsordnung.</i>	328
	I. Zweckmässigkeit der Rechtsordnung.	328
	1. Zweckmässigkeit und Regelfallgerechtigkeit.	328
	2. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit als Ausfluss von Zweckmässigkeitsüberlegungen.	329
	3. Weitere Beispiele.	331
	II. Rechtssicherheit.	334
	1. Der Begriff.	334
	2. Gewährleistung der Rechtssicherheit im geltenden Recht..	335
	III. Durchsetzbarkeit des Rechts.	337
	1. Erzwingbarkeit als Charakteristikum der Rechtsordnung.	337
	2. Vorrang der Durchsetzbarkeit gegenüber der Einzelfall- gerechtigkeit.	338
	<i>D. Wirtschaftliche Effizienz als Kriterium des Rechts.</i>	340
	<i>E. Folgerung.</i>	341

5. Teil: Rechtsquellen

Vorbemerkungen	343
§ 13 Gesetzesrecht	347
I. Der Begriff des Gesetzes; Eigenarten im Vergleich zu anderen Rechtsquellen	347
1. Der Gesetzesbegriff	347
2. Eigenarten des Gesetzes als Rechtsquelle	349
3. Ebenen der Gesetzgebung	349
II. Stufenfolge der Erlasse und Gesetzgebungskompetenzen im Bund	349
1. Verfassung	350
2. Gesetze im formellen Sinn	352
3. Verordnungen	355
4. Exkurs: Rechtsetzung durch Private	360
5. Das Postulat der stufengerechten Rechtsetzung	361
III. Erlasse von Kantonen und Gemeinden	363
1. Kantonale Erlasse	363
2. Gemeindeerlasse	363
IV. Konflikte zwischen Normen des gesetzten Rechts	365
V. Gesetzesrecht und andere Rechtsquellen	367
§ 14 Gewohnheitsrecht	368
I. Der Begriff	368
1. Andauernde Übung	369
2. Rechtsüberzeugung	369
3. Gemeinschweizerischer Charakter	369
II. Das Verhältnis zu anderen Rechtsquellen	370
1. Abgrenzung zum Gesetzesrecht	370
2. Abgrenzung zum Richterrecht	371
III. Charakteristik und Bedeutung	374
§ 15 Richterrecht	376
I. Gesetzeslücken und richterliche Lückenfüllung: Allgemeines ..	377
1. Rechtsetzung als Aufgabe des Gesetzgebers, Rechtsanwendung als Aufgabe des Gerichts?	377
2. Auslegung und Lückenfüllung als (scheinbare) Gegensätze ..	380
II. Der Begriff der Gesetzeslücke, Lückenarten	383
1. Begriff und Abgrenzungen	383
2. Lücken praeter legem	387
3. Ausnahmelücken («Lücken contra verba legis»)	389
4. Lücken intra legem	391
III. Pflicht und Kompetenz des Gerichts zur Lückenfüllung	392
1. Richterliche Entscheidungspflicht (Verbot der Rechts- verweigerung) und Beachtung des Gewaltenteilungs- prinzips	392

2.	Lückenfüllung bei Lücken praeter legem	393
3.	Lückenfüllung bei Lücken intra legem	394
4.	Lückenfüllung bei Ausnahmelücken («Lücken contra verba legis»)	394
5.	Die Grenzen richterlicher Rechtsfindung	395
IV.	Die Methode der richterlichen Lückenfüllung	398
1.	Die Regel von ZGB 1II: Das Gericht als Gesetzgeber	398
2.	ZGB 2II und ZGB 4: Die kasuistische Methode	403
V.	Das Verhältnis zum Gesetzesrecht	405
1.	Gesetzesergänzendes, -bestätigendes und -korrigierendes Richterrecht	405
2.	Richterrecht als Vorstufe von Gesetzesrecht	407
VI.	Hilfsmittel der richterlichen Rechtsschöpfung	408
§ 16	Exkurs I: Orientierungshilfen für die Rechtsfindung	409
I.	Die Bedeutung «bewährter Lehre und Überlieferung»	409
1.	ZGB 1III	409
2.	Die Bedeutung der Präjudizien	410
3.	Die Bedeutung der Doktrin	417
II.	Weitere Hilfsmittel	420
1.	Rechtsvergleichung	420
2.	Die «Natur der Sache»	421
3.	Allgemeine Rechtsgrundsätze und Rechtssprichwörter	422
4.	Hängige Gesetzesreformen	423
§ 17	Die Vereinbarung als Rechtsquelle	425
I.	Rechtsetzung durch Vereinbarungen unter Privaten	426
1.	Gesamtarbeitsverträge und ihre Allgemein- verbindlicherklärung	426
2.	Standard-Mietverträge und ihre Allgemein- verbindlicherklärung	428
3.	Exkurs: Rechtsetzungskompetenzen privater Organisationen	428
4.	Allgemeine Geschäftsbedingungen	429
5.	Anhang: Verträge zu Lasten Dritter?	430
II.	Verträge zwischen Staaten und zwischen Kantonen als Rechtsquellen	431
1.	Staatsverträge im Allgemeinen	431
2.	Rechtsetzende Staatsverträge	433
3.	Interkantonale Vereinbarungen, Konkordate	435
§ 18	Exkurs II: Urteil, Beschluss und Verfügung	437

6. Teil: Rechtsauslegung, Rechtsanwendung und
Rechtsdurchsetzung

§ 19	Die Auslegung von Rechtssätzen	441
I.	Auslegungsbedürftigkeit der Rechtssätze.	442
II.	Das Ziel der Auslegung.	443
	1. Entscheidung für den Wortlaut oder für den Sinn einer Rechtsnorm?	443
	2. Massgeblichkeit des objektiven oder eines subjektiven Sinnes?	444
	3. Massgeblichkeit des historischen oder des aktuellen Gesetzessinnes?	446
III.	Elemente der Auslegung.	449
	1. Das grammatische Element	450
	2. Das systematische Element	451
	3. Das teleologische Element, die Berücksichtigung der ratio legis.	453
	4. Das realistische Element, Praktikabilitätsüberlegungen und Folgeerwägungen.	457
	5. Das historische Element.	459
	6. Ablehnung rein formaler Argumentation.	459
	7. Das Verhältnis der verschiedenen Auslegungselemente zueinander.	460
	8. Hinweis: Hilfsmittel der Auslegung	463
IV.	Die Bedeutung des richterlichen Vorverständnisses für die Auslegung	463
§ 20	Die Auslegung privater Willensäußerungen	465
A.	<i>Die Auslegung von Verträgen.</i>	465
I.	Massgeblichkeit des wirklichen Willens.	465
	1. Wille und Erklärung	465
	2. Vertragsauslegung und Gesetzesauslegung.	467
II.	Objektivierte Vertragsauslegung nach Treu und Glauben.	468
	1. Objektivierung.	468
	2. Individualisierung	469
	3. Ergebnis.	470
III.	Auslegungsmittel.	471
	1. Der Wortlaut	471
	2. Ergänzende Auslegungsmittel.	472
IV.	Gesetzliche Vermutungen und ergänzende Auslegungsregeln ..	473
B.	<i>Die Auslegung von Testamenten.</i>	474
C.	<i>Die Auslegung von Statuten, Gesellschaftsverträgen und Stiftungsreglementen.</i>	475
§ 21	Rechtsanwendung und Rechtsdurchsetzung	478
I.	Rechtsanwendung.	478

1. Rechtsanwendung als Gegenüberstellung von Wirklichkeit und Norm	478
2. Die Ermittlung des Sachverhalts und die Frage der sog. Beweislast	484
II. Rechtsdurchsetzung	492
1. Durchsetzbarkeit als ein Wesenselement des Rechts	492
2. Effektivität des Rechts und Zugang zum Recht	496
Anhang: Die juristischen Berufe	503
Der Richter (Hans Peter Walter).	503
Der forensisch tätige Rechtsanwalt (Lorenz Erni).	508
Der Wirtschaftsanwalt (Peter Isler).	513
Der Unternehmensjurist (Christian Thalmann).	517
Der Jurist in der Verwaltung (Walter Dietrich).	522
Die Rechtsprofessorin (Regina Ogorek).	526
Der Jurist in der Führung von Wirtschaftsunternehmen (Hans Kellerhals).	530
Die Juristin im Beruf des Journalisten und Redaktors (Claudia Schoch).	535
Der Jurist im diplomatischen Dienst (Raymond R. Probst)....	538
Der Jurist als Politiker (Arnold Koller).	543
Sachregister.	551