

## Abstract

Ziel dieses Buches ist es, angehende Juristinnen und Juristen wie auch andere am Recht Interessierte in die Eigenarten des juristischen Denkens und Arbeitens einzuführen und sie mit der Funktionsweise unserer Rechtsordnung und den ihr zugrunde liegenden Gerechtigkeitsvorstellungen vertraut zu machen. Dabei wird viel mit Beispielen aus praktisch wichtigen Gesetzen und aktuellen Gerichtsfällen gearbeitet, so dass gleichzeitig auch Grundkenntnisse des geltenden Rechts vermittelt werden. Zahlreiche Hinweise auf zurzeit hängige Gesetzesreformen geben zudem einen Einblick in die aktuelle rechtspolitische Diskussion. Das Buch liefert so ein solides Fundament für die weitere Auseinandersetzung mit dem geltenden schweizerischen Recht, der Rechtswissenschaft und der juristischen Arbeitstechnik.

## Inhalt

\*Juristische Methode und Arbeitstechnik: Die Methodik des juristischen Arbeitens Das "logische Element im Recht - Das wertende und normative Element im Recht - Allgemeines - Die Wertungsbezogenheit des Rechts und des juristischen Denkens - Die Gewinnung und Überprüfung von Wertungen - Theorien zur rechtlichen Methode - Begriffsjurisprudenz - Teleologische Jurisprudenz - Interessenjurisprudenz - Wertungsjurisprudenz - Kombination der verschiedenen Theorien - Die Arbeitsweise und die Hilfsmittel des Juristen - Elemente der juristischen Arbeit - Ermittlung der Fakten und Heraus Schälen des Sachverhalts - Rechtsfindung und Rechtsanwendung - Hilfsmittel der Rechtsfindung (Übersicht) - Gesetze als Ausgangspunkt - Der Gesetzesbegriff - Die Gliederung der Gesetze - Äussere Gestalt und Zitierweise - Geltung der Gesetze - Exkurs: Kodifikationsprinzip und Fallrecht (case law) - Die Bedeutung der Entstehungsgeschichte geltender Gesetze - Gesetzesmaterialien

- Die Bedeutung der Materialien für das Verständnis von Gesetzen - Juristische Literatur (Doktrin) - Bedeutung und Umfang - Erscheinungsformen - Zur Arbeit mit juristischer Literatur - Rechtsprechung (Judikatur) - Begriff und Bedeutung - Elemente des Urteilstextes - Die Arbeit mit Judikatur - Rechtsvergleichung - Rechtsdokumentation - Allgemeines - Gesetzesdokumentation - Dokumentation der Literatur - Dokumentation der Judikatur - Dokumentation der Materialien - Der Einsatz der EDV in der juristischen Dokumentation - Exkurs: Zum Einsatz der EDV in Verwaltung, Justiz und Gesetzgebung - Exkurs: Amtsblätter und öffentliche Register - Die Bedeutung der Sprache - Die Sprache als Werkzeug des Juristen - Eigenarten der juristischen Fachsprache - Allgemeines - Besonderheiten der Gesetzessprache - Eigenarten der schweizerischen Gesetzessprache - Fachsprache oder Alltagssprache bei der Redaktion von Verträgen? - Die Auslegung juristischer Texte

Rechtliche Grundbegriffe und Gliederung des Rechts: Die Vieldeutigkeit des Ausdrucks "Recht"; einige rechtliche Grundbegriffe - Formelles und materielles Recht - Sachrecht und Kollisionsrecht - Öffentliches Recht und Privatrecht - Hierarchische Gliederungen - Staatlich gesetztes und privatautonom gesetztes Recht - Zwingendes Recht und nachgiebiges Recht - Rechtsetzung, Rechtsanwendung und Rechtsvollstreckung - Objektives und subjektives Recht - Die Begriffe - Zur Gliederung subjektiver Rechte - Rechtsobjekt und Rechtssubjekt - Rechtsobjekt - Rechtssubjekt - Juristische Personen - Rechtsverhältnis und Rechtsgeschäft - Das Rechtsverhältnis - Das Rechtsgeschäft - Gemeines Recht und Partikularrecht, allgemeines Recht und Sonderrecht, Regelrecht und Ausnahmerecht - Zur Gliederung des positiven Rechts

Die gesellschaftliche Ordnungsfunktion des Rechts: Das Recht als soziale Ordnungsmacht - Die Rechtsordnung als Ordnung äusseren Verhaltens - Die Rechtsordnung als gesellschaftliche Ordnung - Die Rechtsordnung als verbindliche und grundsätzlich erzwingbare Ordnung - Verbindlichkeit - Durchsetzbarkeit durch staatlich organisierten Zwang - Nicht erzwingbares Recht - Private Sanktionen - Die Rechtsordnung als umfassende Ordnung - Die Rechtsordnung als generell-abstrakte Ordnung - Die Rechtsordnung als Friedensordnung - Steuerungsfunktionen des Rechts - Die Rechtsordnung als Solensordnung - Die Rechtsordnung als geistige Ordnung - Allgemeines - Fiktion und Vermutung - Das Recht als staatliche Ordnungsmacht - Die Rechtsordnung als rationale, säkularisierte Ordnung - Die Rechtsordnung als staatliche Ordnung - Das Verhältnis von Recht und Staat; der Begriff des Rechtsstaates - Recht und Sitte - Das Verhältnis von Recht und Sitte - Die Sitte als Vorläuferin des Rechts - Die Sitte als Teil des Rechts - Allgemeines - Handelssitten, Usanzen - Der Ortsgebrauch - Exkurs: Vorbehalt der "guten Sitten Sinn, Rechtfertigung und Problematik der gesetzlichen Bezugnahme auf die Sit-

tenordnung - Recht und Sittlichkeit (Moral)

Sittlichkeit und Sitte - Sittlichkeit und Recht - Sittlichkeit und Recht als normative Ordnungen - Äusserlichkeit des Rechts - Innerlichkeit der Moral? - Recht als ethisches Minimum? - Konflikte zwischen Moral und Recht - Die Berücksichtigung moralischer Pflichten im Recht - Das Gebot von Treu und Glauben - Das Verbot des Rechtsmissbrauchs - Vertrauenshaftung, insbesondere culpa in contrahendo - Die clausula rebus sic stantibus - Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Privatrecht, insbesondere der Durchgriff im Aktienrecht - Gesetzliche Konkretisierungen von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot - Ungültigkeit von Verträgen, die gegen die guten Sitten verstossen - Übermässige Eingriffe in das Recht der Persönlichkeit als Sonderfall der Sittenwidrigkeit - Die rechtliche Sonderbehandlung von sittlich gebotenen Leistungen und Leistungsversprechen - Weitere Ordnungssysteme für gesellschaftliches Zusammenleben

Die inhaltliche Ausrichtung des Rechts: Gesellschaftliche, ökonomische und geschichtliche Grundlagen des Rechts (Realfaktoren) - Recht als gesellschaftliche Realität - Die soziologische Betrachtungsweise im Recht - Recht als soziale Erscheinungsform - Abhängigkeit des Rechts vom sozialen Umfeld - Die soziale Steuerungsfunktion des Rechts - Gelebtes Recht - normiertes Recht - Die Entwicklung des modernen schweizerischen Rechts aus soziologischer Sicht - Anpassung an gewandelte soziale Vorstellungen - Erfassen des technischen und wissenschaftlichen Fortschritts - Vereinheitlichung der Rechtsordnung - Spezialisierung und Professionalisierung - Recht und ökonomische Ordnung - Wirtschaft und Recht - Die Ökonomische Analyse des Rechts - Universalitätsanspruch der ökonomischen Betrachtungsweise - Würdigung - Die geschichtliche Dimension des Rechts - Ziele für die Ausgestaltung der Rechtsordnung (Idealfaktoren) - Ausrichtung auf die Gerechtigkeit - Der Begriff "Gerechtigkeit"; Wandelbarkeit der Gerechtigkeitsvorstellungen - Regelfallgerechtigkeit und Einzelfallgerechtigkeit - Formelle und materielle Gerechtigkeit - Recht auf Gleichbehandlung, Schutz vor Willkür, Wahrung von Treu und Glauben und Verfahrensgarantien: Garanten eines Mindeststandards an Gerechtigkeit - Allgemeines - Das Willkürverbot insbesondere - Ungerechtes Recht - Ausrichtung auf die Billigkeit - Ungenügen der Regelfallgerechtigkeit - Gesetzliche Grundlagen für Einzelfallgerechtigkeit - Privatrecht - Strafrecht - Verwaltungsrecht - Vorgehen des Gerichts bei Billigkeitsentscheiden - Die gesetzliche Anweisung - Abstellen auf den Einzelfall - Individuelle, aber objektive Interessenabwägung - Berücksichtigung von Lehre und Praxis

Exkurs: Die Überprüfung von Ermessensentscheiden durch Oberinstanzen - Zur Problematik von Billigkeitsentscheiden - Exkurs: Alternativen zur Streiterledigung durch Urteil des staatlichen Gerichts - Zweckmässigkeit, Sicherheit und Durchsetzbarkeit als Ziele der Rechtsordnung - Zweckmässigkeit der

Rechtsordnung - Zweckmässigkeit und Regelfallgerechtigkeit - Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit als Ausfluss von Zweckmässigkeitsüberlegungen - Weitere Beispiele - Rechtssicherheit - Der Begriff - Gewährleistung der Rechtssicherheit im geltenden Recht - Durchsetzbarkeit des Rechts - Erzwingbarkeit als Charakteristikum der Rechtsordnung - Vorrang der Durchsetzbarkeit gegenüber der Einzelfallgerechtigkeit - Wirtschaftliche Effizienz als Kriterium des Rechts - Folgerung

Rechtsquellen: Gesetzesrecht - Der Begriff des Gesetzes; Eigenarten im Vergleich zu anderen Rechtsquellen - Der Gesetzesbegriff - Eigenarten des Gesetzes als Rechtsquelle - Ebenen der Gesetzgebung - Stufenfolge der Erlasse und Gesetzgebungskompetenzen im Bund - Verfassung - Gesetze im formellen Sinn - Verordnungen - Exkurs: Rechtsetzung durch Private - Das Postulat der stufengerechten Rechtsetzung - Erlasse von Kantonen und Gemeinden - Kantonale Erlasse - Gemeindeerlasse - Konflikte zwischen Normen des gesetzten Rechts - Gesetzesrecht und andere Rechtsquellen - Gewohnheitsrecht - Der Begriff - Andauernde Übung - Rechtsüberzeugung - Gemeinrechtlicher Charakter - Das Verhältnis zu anderen Rechtsquellen - Abgrenzung zum Gesetzesrecht - Abgrenzung zum Richterrecht - Charakteristik und Bedeutung - Richterrecht - Gesetzeslücken und richterliche Lückenfüllung: Allgemeines - Rechtsetzung als Aufgabe des Gesetzgebers, Rechtsanwendung als Aufgabe des Gerichts? - Auslegung und Lückenfüllung als (scheinbare) Gegensätze. - Der Begriff der Gesetzeslücke, Lückenarten - Begriff und Abgrenzungen - Lücken praeter legem - Ausnahmelücken ("Lücken contra verba legis") - Lücken intra legem - Pflicht und Kompetenz des Gerichts zur Lückenfüllung - Richterliche Entscheidungspflicht (Verbot der Rechtsverweigerung) und Beachtung des Gewaltenteilungsprinzips - Lückenfüllung bei Lücken praeter legem - Lückenfüllung bei Lücken intra legem - Lückenfüllung bei Ausnahmelücken ("Lücken contra verba legis") - Die Grenzen richterlicher Rechtsfindung - Die Methode der richterlichen Lückenfüllung - Die Regel von ZGB 1 II: Das Gericht als Gesetzgeber - ZGB 2 II und ZGB 4: Die kasuistische Methode - Das Verhältnis zum Gesetzesrecht - Gesetzesergänzendes, -bestätigendes und -korrigierendes Richterrecht - Richterrecht als Vorstufe von Gesetzesrecht

Hilfsmittel der richterlichen Rechtsschöpfung - Exkurs I: Orientierungshilfen für die Rechtsfindung - Die Bedeutung "bewährter Lehre und Überlieferung" - ZGB 1 III - Die Bedeutung der Präjudizien - Die Bedeutung der Doktrin - Weitere Hilfsmittel - Rechtsvergleichung - Die "Natur der Sache" - Allgemeine Rechtsgrundsätze und Rechtssprichwörter - Hängige Gesetzesreformen - Die Vereinbarung als Rechtsquelle - Rechtsetzung durch Vereinbarungen unter Privaten - Gesamtarbeitsverträge und ihre Allgemeinverbindlicherklärung - Standard-Mietverträge und ihre Allgemeinverbindlicherklärung - Exkurs:

Rechtsetzungskompetenzen privater Organisationen - Allgemeine Geschäftsbedingungen - Anhang: Verträge zu Lasten Dritter? - Verträge zwischen Staaten und zwischen Kantonen als Rechtsquellen - Staatsverträge im Allgemeinen - Rechtsetzende Staatsverträge - Interkantonale Vereinbarungen, Konkordate - Exkurs II: Urteil, Beschluss und Verfügung

Rechtsauslegung, Rechtsanwendung und Rechtsdurchsetzung: Die Auslegung von Rechtssätzen - Auslegungsbedürftigkeit der Rechtssätze - Das Ziel der Auslegung - Entscheidung für den Wortlaut oder für den Sinn einer Rechtsnorm? - Massgeblichkeit des objektiven oder eines subjektiven Sinnes? - Massgeblichkeit des historischen oder des aktuellen Gesetzessinnes? - Elemente der Auslegung - Das grammatische Element - Das systematische Element - Das teleologische Element, die Berücksichtigung der ratio legis - Das realistische Element, Praktikabilitätsüberlegungen und Folgerwägungen - Das historische Element - Ablehnung rein formaler Argumentation - Das Verhältnis der verschiedenen Auslegungselemente zueinander - Hinweis: Hilfsmittel der Auslegung - Die Bedeutung des richterlichen Vorverständnisses für die Auslegung - Die Auslegung privater Willensäußerungen - Die Auslegung von Verträgen - Massgeblichkeit des wirklichen Willens - Wille und Erklärung - Vertragsauslegung und Gesetzesauslegung - Objektivierter Vertragsauslegung nach Treu und Glauben - Objektivierung - Individualisierung - Ergebnis - Auslegungsmittel - Der Wortlaut - Ergänzende Auslegungsmittel - Gesetzliche Vermutungen und ergänzende Auslegungsregeln - Die Auslegung von Testamenten - Die Auslegung von Statuten, Gesellschaftsverträgen und Stiftungsreglementen - Rechtsanwendung und Rechtsdurchsetzung - Rechtsanwendung - Rechtsanwendung als Gegenüberstellung von Wirklichkeit und Norm - Die Ermittlung des Sachverhalts und die Frage der sog. Beweislast - Rechtsdurchsetzung - Durchsetzbarkeit als ein Wesenselement des Rechts - Effektivität des Rechts und Zugang zum Recht