
Peter Forstmoser

Dr. iur., em. Professor an der Universität Zürich

Hans-Ueli Vogt

Dr. iur., Professor an der Universität Zürich

Einführung in das Recht

Fünfte, vollständig überarbeitete und stark
erweiterte Auflage



Stämpfli Verlag AG Bern · 2012

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungen	XXI
Literatur	XXXI

1. Teil: Juristische Methodik und Arbeitsweise	1
§ 1 Die Methodik des juristischen Arbeitens	1
I. Das logische Element im Recht	2
II. Das wertende und normative Element im Recht	7
1. Allgemeines	7
2. Die Wertungsbezogenheit des Rechts und des juristischen Denkens	11
3. Die Gewinnung und Überprüfung von Wertungen	15
III. Theorien zur juristischen Methode	21
1. Begriffs- und Konstruktionsjurisprudenz	21
2. Teleologische Jurisprudenz	23
3. Interessenjurisprudenz	24
4. Wertungsjurisprudenz	25
5. Kombination der verschiedenen Theorien	26
§ 2 Die Arbeitsweise des Juristen und seine Hilfsmittel	30
I. Elemente der juristischen Arbeit	31
1. Ermittlung der Tatsachen und Herausschälen des Sachverhalts	31
2. Auffinden und Anwenden der Rechtsnormen	33
II. Gesetze	37
1. Der Gesetzesbegriff	37
2. Äussere Gestalt und Zitierweise von Gesetzen	39
III. Gesetzesmaterialien	43
IV. Judikatur (Rechtsprechung)	45
1. Begriff und Bedeutung	45
2. Zur Arbeit mit Judikatur	48
V. Juristische Literatur	52
1. Umfang und Bedeutung der juristischen Literatur	53
2. Erscheinungsformen juristischer Literatur	54
3. Zur Arbeit mit juristischer Literatur	57
VI. Rechtsdokumentation	59
1. Allgemeines	59
2. Dokumentation der Gesetze	64
3. Dokumentation der Materialien	67
4. Dokumentation der Judikatur	68
5. Dokumentation der Literatur	73
VII. Exkurs: Amtsblätter und öffentliche Register	74

§ 3	Die Bedeutung der Sprache	78
I.	Die Sprache als Werkzeug des Juristen	78
II.	Eigenarten der juristischen Fachsprache.....	80
1.	Allgemeines	80
2.	Besonderheiten der Gesetzessprache	89
3.	Eigenarten der schweizerischen Gesetzessprache.....	94
4.	Fachsprache oder Alltagssprache bei der Redaktion von Verträgen?	103
2. Teil:	Rechtliche Grundbegriffe und Disziplinen der Rechtswissenschaft.....	105
§ 4	Rechtliche Grundbegriffe	105
I.	Der Begriff des Rechts	106
II.	Formelles und materielles Recht	111
III.	Sachrecht und Kollisionsrecht	114
IV.	Öffentliches Recht und Privatrecht.....	117
V.	Hierarchische Gliederungen	123
1.	Gliederung aufgrund der Hierarchie der Gemeinwesen.....	123
2.	Gliederung aufgrund der Hierarchie im Rechtssystem	124
VI.	Staatliches Recht und privatautonom geschaffenes Recht	125
VII.	Zwingendes Recht und dispositives Recht	127
VIII.	Rechtsetzung, Rechtsanwendung und Rechtsdurchsetzung.....	130
IX.	Objektives und subjektives Recht.....	131
1.	Die Begriffe	131
2.	Zur Gliederung der subjektiven Rechte	132
X.	Rechtsobjekt und Rechtssubjekt	135
1.	Rechtsobjekt	135
2.	Rechtssubjekt.....	138
3.	Juristische Personen	140
XI.	Rechtsverhältnis und Rechtsgeschäft.....	142
1.	Das Rechtsverhältnis	142
2.	Das Rechtsgeschäft.....	144
XII.	Gemeines Recht und Partikularrecht, allgemeines Recht und Sonderrecht, Regelrecht und Ausnahmerecht.....	152
§ 5	Disziplinen der Rechtswissenschaft.....	154
I.	Jurisprudenz (Rechtsdogmatik, Rechtswissenschaft im engeren Sinn).....	155
II.	Grundlagendisziplinen.....	161
1.	Rechtssoziologie	161
2.	Rechtsgeschichte.....	164

3.	Rechtsphilosophie und Rechtstheorie	167
4.	Rechtsetzungslehre	168
5.	Rechtsvergleichung.....	170
3. Teil:	Recht und Gesellschaft	175
§ 6	Das Recht als soziale Ordnung	175
I.	Die Rechtsordnung als Ordnung für äusseres Verhalten	176
II.	Die Rechtsordnung als Ordnung für Menschen.....	178
III.	Die Rechtsordnung als grundsätzlich verbindliche und erzwingbare Ordnung	179
1.	Verbindlichkeit	179
2.	Durchsetzung mittels staatlich organisierten Zwangs.....	181
3.	Nicht erzwingbares Recht.....	188
4.	Private Sanktionen	190
IV.	Die Rechtsordnung als umfassende Ordnung	191
V.	Die Rechtsordnung als generell-abstrakte Ordnung	196
VI.	Die Rechtsordnung als Ordnung zur Konfliktbereinigung und Friedenssicherung	199
VII.	Die Rechtsordnung als Ordnung zur Gestaltung und Steuerung der Gesellschaft	204
VIII.	Die Rechtsordnung als Sollensordnung	205
IX.	Die Rechtsordnung als geistige Ordnung.....	206
1.	Verhältnis von Sein und Sollen.....	206
2.	Fiktion und Vermutung.....	206
§ 7	Das Recht als staatliche Ordnung	210
A.	<i>Das Verhältnis von Recht und Staat</i>	210
I.	Der Staat als Schöpfer des Rechts	211
II.	Die Bindung des Staates an das Recht durch den Rechtsstaat	212
B.	<i>Privatautonom geschaffenes Recht</i>	223
I.	Selbstregulierung, «Rechtsetzung durch Private»	223
II.	Schranken der Privatautonomie	227
§ 8	Das Recht als weltliche Ordnung.....	232
I.	Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen Recht und Religion	233
II.	Zusammenhänge zwischen Recht und Religion	235
1.	Vom göttlichen Recht zum konfessionell neutralen Staat.....	235
2.	Christliche Grundwerte im Schweizer Recht.....	238
3.	Religionsfreiheit als Fundament des konfessionell neutralen Staates	240

4.	Kirche und Staat in der Schweiz.....	243
5.	Berücksichtigung religiöser Akte und Regeln im Recht?	245
§ 9	Recht und Sitte	247
I.	Das Verhältnis von Recht und Sitte.....	247
1.	Gemeinsamkeiten und Unterschiede.....	247
2.	Beziehungen zwischen Recht und Sitte	251
II.	Die Sitte als Vorläuferin des Rechts	254
III.	Die Sitte als Teil des Rechts	255
1.	Handelssitten, Usanzen.....	256
2.	Der Ortsgebrauch.....	260
3.	Vorbehalt der «guten Sitten»	261
4.	Sinn, Rechtfertigung und Problematik gesetzlicher Verweisungen auf die Sitten	262
§ 10	Recht und Sittlichkeit (Moral).....	264
I.	Sittlichkeit und Sitte	264
II.	Sittlichkeit und Recht	265
1.	Sittlichkeit und Recht als normative Ordnungen	265
2.	Äusserlichkeit des Rechts – Innerlichkeit der Moral?	265
3.	Recht als ethisches Minimum?	270
4.	Konflikte zwischen Moral und Recht	271
III.	Die Berücksichtigung der Sittlichkeit im Recht	275
1.	Das Gebot von Treu und Glauben	276
2.	Das Verbot des Rechtsmissbrauchs	280
3.	Konkretisierungen von Treu und Glauben und des Rechtsmissbrauchsverbots durch Lehre und Recht- sprechung	284
4.	Gesetzliche Konkretisierungen von Treu und Glauben und des Rechtsmissbrauchsverbots	293
5.	Die Schranke der «guten Sitten» und das Interesse an der öffentlichen Sittlichkeit.....	296
6.	Die rechtliche Sonderbehandlung von sittlich gebotenen Leistungen	302
4. Teil:	Die inhaltliche Ausrichtung des Rechts.....	305
§ 11	Realfaktoren des Rechts	305
A.	<i>Das Recht und sein soziales Umfeld</i>	306
I.	Die soziologische Betrachtungsweise im Recht	306
1.	Recht als soziale Erscheinungsform	306
2.	Abhängigkeit des Rechts vom sozialen Umfeld	307
3.	Die Steuerungsfunktion des Rechts	310
4.	Gelebtes Recht – normiertes Recht.....	310

II.	Die Entwicklung des modernen schweizerischen Rechts aus soziologischer Sicht.....	314
1.	Anpassung an Veränderungen im Bereich der Familie, der Ehe und des Verhältnisses von Mann und Frau.....	314
2.	Gewährleistung von Chancengleichheit und sozialer Sicherheit.....	316
3.	Erfassen des technischen und wissenschaft- lichen Fortschritts und seiner Folgen für Mensch und Umwelt	319
4.	Berücksichtigung veränderter Verhältnisse im Rahmen der Rechtsanwendung.....	327
5.	Spezialisierung und Professionalisierung	329
B.	<i>Recht und Wirtschaft</i>	333
I.	Wechselbeziehungen zwischen Wirtschaft und Recht.....	334
II.	Die Ökonomische Analyse des Rechts	335
1.	Universalitätsanspruch der ökonomischen Betrachtungsweise	335
2.	Würdigung	339
C.	<i>Das Recht im internationalen Umfeld</i>	341
I.	Internationale (und nationale) Rechtsvereinheitlichung	342
II.	Die Berücksichtigung ausländischen Rechts bei der Anwendung und Auslegung von schweizerischem Recht	346
III.	Der Einfluss des EU-Rechts auf die Schweiz	348
1.	Die Organisation und das Recht der EU	349
2.	Die bilateralen Verträge zwischen der Schweiz und der EU	350
3.	Die Berücksichtigung von EU-Recht in der schweizerischen Gesetzgebung und Rechtsprechung	352
D.	<i>Die geschichtliche Dimension des Rechts</i>	355
§ 12	Idealfaktoren des Rechts.....	358
A.	<i>Ausrichtung auf die Gerechtigkeit</i>	359
I.	Der Begriff der Gerechtigkeit und die Wandelbarkeit der Gerechtigkeitsvorstellungen	360
II.	Regelfallgerechtigkeit und Einzelfallgerechtigkeit.....	371
III.	Formelle und materielle Gerechtigkeit	373
IV.	Rechtliche Minimalgarantien der Gerechtigkeit	374
1.	Rechtsgleichheit, Treu und Glauben und faires Verfahren	375
2.	Das Willkürverbot.....	383
V.	Ungerechtes Recht	386
B.	<i>Ausrichtung auf die Billigkeit</i>	387
I.	Ungenügen der Regelfallgerechtigkeit	387

II.	Gesetzliche Grundlagen für Einzelfallgerechtigkeit	390
1.	Privatrecht.....	390
2.	Strafrecht	392
3.	Verwaltungsrecht.....	394
III.	Vorgehen des Gerichts bei Billigkeitsentscheiden	396
1.	Die gesetzliche Anweisung.....	396
2.	Abstellen auf den Einzelfall.....	396
3.	Individuelle, aber objektive Interessenabwägung	397
4.	Berücksichtigung von Lehre und Praxis	398
5.	Exkurs: Die Überprüfung von Ermessensentscheiden durch Oberinstanzen.....	398
IV.	Zur Problematik von Billigkeitsentscheiden.....	399
C.	<i>Der Schutz berechtigten Vertrauens</i>	400
I.	Schutz von Vertrauen im Privatrecht.....	402
1.	Auslegung von Willensäusserungen nach dem Vertrauensprinzip	402
2.	Erwerb einer Sache vom Nichtberechtigten.....	402
3.	Schutz des Vertrauens in das unbefugte Handeln von Vertretern	403
4.	Vertrauenshaftung.....	406
II.	Schutz von Vertrauen im öffentlichen Recht.....	407
1.	Das Spannungsverhältnis zwischen dem Vertrauens- schutz und anderen Rechtsprinzipien	407
2.	Voraussetzungen und Wirkungen des Vertrauens- schutzes im öffentlichen Recht.....	408
D.	<i>Zweckmässigkeit, Rechtssicherheit und Durchsetzbarkeit</i>	412
I.	Zweckmässigkeit der Rechtsordnung	413
1.	Zweckmässigkeit und Regelfallgerechtigkeit	413
2.	Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit als Konkretisierung von Zweckmässigkeitsüber- legungen.....	414
3.	Weitere Beispiele für die Ausrichtung des Rechts auf die Zweckmässigkeit	416
II.	Rechtssicherheit.....	419
1.	Der Begriff.....	419
2.	Gewährleistung der Rechtssicherheit im geltenden Recht.....	420
III.	Durchsetzbarkeit des Rechts.....	423
1.	Erzwingbarkeit als Charakteristikum der Rechtsordnung	423
2.	Vorrang der Durchsetzbarkeit gegenüber der Einzelfallgerechtigkeit.....	423
E.	<i>Wirtschaftliche Effizienz als Ziel des Rechts</i>	426

5. Teil: Rechtsquellen.....	429
<i>Vorbemerkungen</i>	429
§ 13 Gesetzesrecht.....	434
I. Begriff und Eigenarten des Gesetzes.....	434
1. Der Gesetzesbegriff.....	434
2. Eigenarten des Gesetzes als Rechtsquelle.....	436
3. Ebenen der Gesetzgebung.....	436
II. Verfassung, Gesetze und Verordnungen.....	437
1. Verfassung.....	437
2. Gesetze im formellen Sinn.....	440
3. Verordnungen.....	442
4. Exkurs: Rechtsetzung durch Private.....	448
5. Das Postulat der stufengerechten Rechtsetzung.....	449
6. Konsequenzen des hierarchischen Aufbaus der Rechtsordnung.....	452
III. Erlasse des Bundes, von Kantonen und von Gemeinden.....	453
1. Der föderalistische Aufbau der schweizerischen Rechtsordnung.....	453
2. Erlasse des Bundes.....	459
3. Erlasse der Kantone.....	459
4. Erlasse der Gemeinden.....	460
IV. Kodifikation und Spezialgesetz.....	462
V. Exkurs: Völkerrecht und Landesrecht.....	472
1. Charakteristik und Rechtsquellen des Völkerrechts.....	473
2. Verhältnis des Völkerrechts zum innerstaatlichen Recht.....	476
VI. Konflikte zwischen Normen des gesetzten Rechts.....	481
VII. Geltung der Gesetze.....	483
VIII. Exkurs: Kodifikationsprinzip und Fallrecht (case law).....	486
§ 14 Gewohnheitsrecht.....	489
I. Der Begriff.....	489
1. Andauernde Übung.....	490
2. Rechtsüberzeugung.....	490
II. Das Verhältnis zu anderen Rechtsquellen.....	491
1. Abgrenzung zum Gesetzesrecht.....	491
2. Abgrenzung zum Richterrecht.....	492
III. Charakteristik und Bedeutung.....	495
§ 15 Richterrecht.....	497
I. Gesetzeslücken und richterliche Lückenfüllung: Allgemeines.....	498

1.	Rechtsetzung als Aufgabe des Gesetzgebers, Rechtsanwendung als Aufgabe des Gerichts?	498
2.	Auslegung und Lückenfüllung als (scheinbare) Gegensätze	501
II.	Gesetzeslücken: Begriff und Arten	505
1.	Begriff und Abgrenzungen	505
2.	Lücken praeter legem	508
3.	Ausnahmelücken	509
4.	Lücken intra legem	511
III.	Pflicht und Kompetenz des Gerichts zur Lückenfüllung	512
1.	Richterliche Entscheidungspflicht und Beachtung des Gewaltenteilungsprinzips	512
2.	Die Grenzen richterlicher Rechtsschöpfung	514
IV.	Die Methode der richterlichen Lückenfüllung	518
1.	Die Regel von Art. 1 Abs. 2 ZGB: Das Gericht als Gesetzgeber	518
2.	Art. 2 Abs. 2 und Art. 4 ZGB: Die kasuistische Methode	524
V.	Das Verhältnis zum Gesetzesrecht	525
1.	Gesetzesergänzendes, -bestätigendes und -korrigierendes Richterrecht	525
2.	Richterrecht als Vorstufe von Gesetzesrecht	528
VI.	Hilfsmittel der richterlichen Rechtsfindung	528
§ 16	Exkurs I: Orientierungshilfen für die Rechtsfindung	529
I.	Die Bedeutung der «bewährten Lehre und Überlieferung»	529
1.	Die Bedeutung der Präjudizien	530
2.	Die Bedeutung der Doktrin	538
II.	Weitere Hilfsmittel	541
1.	Berücksichtigung ausländischen Rechts	541
2.	Die «Natur der Sache»	542
3.	Allgemeine Rechtsgrundsätze und Rechtssprich- wörter	543
4.	Hängige Gesetzesreformen	545
§ 17	Die Vereinbarung als Rechtsquelle	547
I.	Rechtsetzung durch Vereinbarungen unter Privaten	548
1.	Gesamtarbeitsverträge und ihre Allgemein- verbindlicherklärung	548
2.	Standardmietverträge und ihre Allgemein- verbindlicherklärung	550
3.	Allgemeine Geschäftsbedingungen und Standardverträge	551
4.	Anhang: Verträge zulasten Dritter?	554

II.	Verträge zwischen Staaten und zwischen Kantonen als Rechtsquellen	555
1.	Staatsverträge im Allgemeinen	555
2.	Rechtsetzende Staatsverträge	558
3.	Interkantonale Vereinbarungen (Konkordate)	559
§ 18	Exkurs II: Urteil, Beschluss und Verfügung	562
6. Teil:	Rechtsauslegung, Rechtsanwendung und Rechtsdurch- setzung	565
§ 19	Die Auslegung von Rechtssätzen	565
I.	Auslegungsbedürftigkeit der Rechtssätze	566
II.	Das Ziel der Auslegung	568
1.	Entscheidung für den Wortlaut oder für den Sinn einer Rechtsnorm?	568
2.	Massgeblichkeit des objektiven oder eines subjektiven Sinnes?	568
3.	Massgeblichkeit des historischen oder des aktuellen Gesetzessinnes?	571
III.	Elemente der Auslegung	576
1.	Das grammatische Element	576
2.	Das systematische Element	579
3.	Das historische Element	582
4.	Das teleologische Element	584
5.	Das realistische Element	589
6.	Ablehnung rein formaler Argumente	591
7.	Das Verhältnis der verschiedenen Auslegungs- elemente zueinander	593
8.	Hinweis: Hilfsmittel der Auslegung	595
IV.	Die Bedeutung des richterlichen Vorverständnisses für die Auslegung	595
§ 20	Die Auslegung privater Willensäußerungen	598
A.	<i>Abschluss und Auslegung von Verträgen</i>	599
I.	Massgeblichkeit des wirklichen Willens	599
1.	Wille und Erklärung	599
2.	Auslegung von Willenserklärungen und Gesetzes- auslegung	601
II.	Objektivierte Auslegung nach Treu und Glauben	601
1.	Objektivierung	602
2.	Individualisierung	603
3.	Ergebnis	604

III.	Auslegungsmittel	605
1.	Der Wortlaut	605
2.	Ergänzende Auslegungsmittel	606
IV.	Gesetzliche Vermutungen und ergänzende Auslegungsregeln	607
B.	<i>Die Auslegung von Testamenten</i>	609
C.	<i>Die Auslegung von Statuten, Gesellschaftsverträgen und Stiftungsreglementen</i>	610
§ 21	Rechtsanwendung und Rechtsdurchsetzung	613
I.	Rechtsanwendung	614
1.	Rechtsanwendung als Gegenüberstellung von Wirklichkeit und Norm	614
2.	Grundsätze zur Ermittlung des Sachverhalts und der Anwendung des Rechts	619
3.	Der Beweis rechtserheblicher Tatsachen	623
4.	Exkurs: Beschränkte Überprüfung der Sachverhalts- feststellungen durch Rechtsmittelinstanzen	629
II.	Rechtsdurchsetzung: Allgemeine Grundsätze	631
1.	Durchsetzung des Rechts durch den Staat	631
2.	Realexekution und andere Sanktionen	631
3.	Rechtsdurchsetzung von Amtes wegen oder auf Initiative der Betroffenen	638
III.	Rechtsdurchsetzung: Behörden und Verfahren	642
1.	Rechtsdurchsetzung im Privatrecht	643
2.	Rechtsdurchsetzung im öffentlichen Recht	652
3.	Rechtsdurchsetzung im Strafrecht	657
4.	Exkurs: Alternativen zur Erledigung privat- rechtlicher Streitigkeiten durch Urteil eines staatlichen Gerichts	661
IV.	Effektivität des Rechts und Zugang zum Recht	664
1.	Effektivität des Rechts	664
2.	Gleicher Zugang zum Recht	665
Anhang:	Die juristischen Berufe	671
	Der Richter (Hans Peter Walter)	671
	Der forensisch tätige Rechtsanwalt (Lorenz Erni)	676
	Der Wirtschaftsanwalt (Peter R. Isler)	681
	Der Unternehmensjurist (Andreas L. Meier)	687
	Der Jurist in der Verwaltung (Walter Dietrich)	693
	Die Rechtsprofessorin (Regina Ogorek)	697
	Der Jurist in der Führung von Wirtschaftsunternehmen (Rolf Dörig)	702

Der Jurist im Beruf des Journalisten und Redaktors (Markus Hofmann)	706
Der Jurist im diplomatischen Dienst (Paul Seger)	712
Der Jurist als Politiker (Rolf Schweiger)	716
Sachregister	723