



Zusammenfassung

Haftungsausschluss: Der Autor und die Fachschaft Jus Luzern (Fajulu) übernehmen keinerlei Gewähr hinsichtlich der inhaltlichen Richtigkeit, Genauigkeit, Aktualität, Zuverlässigkeit und Vollständigkeit der Informationen. Haftungsansprüche gegen den Autor oder die Fajulu wegen Schäden materieller oder immaterieller Art, welche aus dem Zugriff oder der Nutzung bzw. Nichtnutzung der Zusammenfassung entstehen werden ausgeschlossen.

Zusammenfassung ZGB – Personenrecht und Einleitungsartikel

Das Privatrecht wird vom Bund geregelt. Zum Bundesprivatrecht gehört nebst dem OR und ZGB (Verfasser Eugen Huber 1911/1907) auch Verordnungen und Nebenerlasse (z.B. Zivilstandsverordnung). Zum Privatrecht gehört nebst dem ZGB (Personenrecht, Familienrecht, Erbrecht, Sachenrecht) auch das OR als 5. Teil des ZGB (Schuldrecht, Handelsrecht).

I. Rechtsfähigkeit (Art. 11 ZGB)

Fähigkeit einer Person, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, diese zu erwerben, zu behalten und darüber zu verfügen (= Zurechenbarkeit von Rechten und Pflichten).

Alle Personen (=Rechtssubjekte) sind rechtsfähig! Wer nicht Rechtssubjekt ist, ist nicht rechtsfähig.

Beispiele:

- Träger von Eigentums- und Unterhaltsrechten
- Träger von Unterhalts- oder Schadenersatzpflichten
- Heirats- und Erbfähigkeit
- Prozess- und Betreuungsfähigkeit, etc.

Rechtsfähig sind natürliche Personen (Menschen, ZGB 11) und juristische Personen (durch Anerkennung durch die Rechtsordnung, ZGB 52).

Daraus folgt, dass auch handlungsunfähige Personen rechtsfähig sind. Nichtrechtsfähig sind Tiere, Umwelt, verstorbene Menschen und Personengesamtheiten (die nicht als juristische Person anerkannt werden, z.B. Kollektiv- und Kommanditgesellschaften, diese sind jedoch immerhin parteifähig).

1. Umfang der Rechtsfähigkeit

Rechtsfähig ist jedermann (Art. 11 Abs. 2 ZGB).

Art. 11 Abs. 2 ZGB garantiert dabei die Gleichheit der Rechte und Pflichten. Der Gesetzgeber möchte somit allen Bürgern die gleiche privatrechtliche Ausgangslage gewährleisten. Dennoch besteht keine absolute Gleichheit, sondern nur eine solche *«in den Schranken der Rechtsordnung»*. Abstufungen nach bestimmten Kriterien sind (beim Vorliegen triftiger Gründe) zulässig. Es wird zudem keine Gleichheit von Personen in Bezug auf persönliche, soziale und wirtschaftliche Stellung gewährleistet.

a) Abstufungen aufgrund Alter

Das Alter hat keinen Einfluss auf die Rechtsfähigkeit. Jedoch bleiben bestimmte Rechte aufgrund absoluter Höchstpersönlichkeit den Betroffenen verwehrt (z.B. Recht auf Eheschliessung; Art. 94 ZGB oder Recht auf Errichtung Testament (Art. 467 ZGB).

b) Abstufung aufgrund Geschlechtes

Ausnahmen vom Prinzip der gleichen Rechtsfähigkeit zwischen Mann und Frau sind zwischenzeitlich weitestgehend weggefallen.

c) Abstufung aufgrund Gesundheit/Urteilsfähigkeit

Personen die aufgrund jugendlichen Alters, geistiger Behinderung oder Bewusstlosigkeit nicht in der Lage sind, vernunftgemäss zu handeln, sind urteilsunfähig und somit nicht handlungsfähig. Absolut höchstpersönliche Rechte wie die Ehefähigkeit oder Testierfähigkeit können sie daher nicht ausüben.

d) Abstufung aufgrund Ehre/Straffälligkeit

Mittlerweile weitestgehend weggefallen.

e) Abstufung aufgrund Kindesverhältnis

Rechtliche Stellung des Kindes unterscheidet sich, ob Eltern verheiratet sind oder nicht, z.B. Begründung des Kindesverhältnisses zum Vater (Art. 252 Abs. 2 ZGB), den Namen und das Bürgerrecht des Kindes (Art. 270/271 ZGB), die elterliche Sorge (Art. 297 und 298 ZGB) sowie die Unterhaltspflicht von Vater und Mutter (Art. 276 Abs. 1 und 2 sowie Art. 278).

f) Abstufung aufgrund Nationalität/Wohnsitz

Für die privatrechtliche Rechtsfähigkeit kaum von Bedeutung. Jedoch Beschränkung aufgrund wirtschaftlicher Tätigkeit (Kauf von Grundstücken, Wohnsitz eines VR bei AG).

2. Rechtsfähigkeit juristischer Personen

Gemäss Art. 52 ZGB erlangen juristische Personen ihre Rechtspersönlichkeit grundsätzlich durch Eintrag im Handelsregister (Achtung, es gibt Ausnahmen!). Gemäss Art. 53 ZGB kommen den juristischen Personen sodann alle Rechte und Pflichten zu «die nicht die natürlichen Eigenschaften des Menschen zur Voraussetzung haben». Damit wird für die juristischen Personen grds. auf Art. 11 ZGB verwiesen.

3. Terminologie

Das Gesetz spricht anstatt von Rechtsfähigkeit bloss von Persönlichkeit oder Rechtspersönlichkeit. Davon zu unterscheiden, sind die Persönlichkeitsrechte nach Art. 27 ff. ZGB.

Die rechtsfähige Person ist zudem in der rechtswissenschaftlichen Terminologie auch Rechtssubjekt. Das ZGB benützt aber nur den Begriff «Person».

4. Beginn der Rechtsfähigkeit (Art. 31 ZGB)

Art. 31 ZGB spricht von «Anfang und Ende der Persönlichkeit». Gemeint sind Beginn und Ende der Rechtsfähigkeit natürlicher Personen.

4.1 Materielle Kriterien

Die Rechtsfähigkeit beginnt mit dem Leben nach der vollendeten Geburt (Art. 31 Abs. 1 ZGB).

Vollendete Geburt = vollständig aus dem Mutterleib austreten (unabhängig ob natürlich oder per Kaiserschnitt); Geburt muss aus medizinischer Sicht nicht abgeschlossen sein (Plazenta, Nabelschnur!)

Leben = jedes noch so geringe Lebenszeichen genügt (ein Atemzug, Herzschlag).

Die Lebensfähigkeit spielt hingegen keine Rolle. Es wird lediglich ein bestimmter Reifegrad des Kindes vorausgesetzt, d.h. das Kind muss fähig sein, sich ausserhalb des Mutterleibes weiterzuentwickeln (Anhaltspunkt, aber keine starre Regel: 22. SSW und Gewicht von mind. 500g).

4.2 Rechtsstellung des ungeborenen Kindes (nasciturus)

Gemäss Art. 31. Abs. 2 ZGB ist das ungeborene Kind unter dem Vorbehalt rechtsfähig, dass es lebend geboren wird. Dieser Vorbehalt ist eine Bedingung i.S.v. Art. 151 ff. OR. Der Nasciturus ist somit nur bedingt rechtsfähig.

In der Lehre wird unterschieden zwischen (umstritten):

Suspensivbedingung (aufschiebende Bedingung) (*wird von Mehrheit der neuen Lehre angenommen*)

Wirkung des Rechtsgeschäfts tritt erst mit Eintritt der ungewissen Tatsache ein.

- ➔ Es ist zu warten, bis Kind lebend geboren wird. Ist dies der Fall, ist das Kind (rückwirkend auf den Zeitpunkt der Empfängnis) rechtsfähig.

Denkbar beim Erwerb von Vermögensrechten und der Zurechnung von Pflichten.

Resolutivbedingung (auflösende Bedingung)

Rechtsgeschäft entfaltet sofort volle Wirkung, verliert diese aber ex tunc bei Eintritt der Bedingung.

- ➔ Der Nasciturus ist bereits rechtsfähig. Wenn er nicht lebend geboren wird, wird Rechtsfähigkeit aufgelöst.

Denkbar bei Persönlichkeitsrechten des Kindes. Folge: Arzthandeln gegenüber Nasciturus kann widerrechtlich sein.

- ➔ Nasciturus kann somit bereits vor der Geburt Unterhaltsansprüche geltend machen und ist bedingt erbfähig. Er kann zudem Schadenersatzansprüche aus ungerechtfertigten Eingriffen in seine körperliche Integrität erwerben, hat Anspruch auf Versorgerschaden oder bei Verletzung psychischer Integrität auf Genugtuung.
Hingegen kann der Nasciturus keine strafrechtlichen Ansprüche geltend machen.
Ungeborenes Leben wird nur durch Bedingungen über den Schwangerschaftsabbruch geschützt (Art. 118 ff. StGB).
- ➔ Todgeburt führt dazu, dass Nasciturus nie Rechtsfähigkeit erlangte!

4.3 Praktische Bedeutung

Ehepaar hat einen Autounfall. Ehemann stirbt sofort. Die schwangere Ehefrau wird in Spital überführt. Kind kommt vorzeitig zu Welt. B überlebt den Unfall.

Wer ist Erbe wenn

a) das Kind ohne Lebenszeichen zur Welt kam?

- ➔ Kind hat keine Rechtsfähigkeit erlangt. Der Nachlass wird vererbt, wie wenn das Kind nie gezeugt worden wäre. Ehefrau muss mit Eltern des Mannes Erbschaft teilen (vgl. Art. 462 ZGB)

b) das Kind nach der Geburt wenige Minuten geatmet hat und dann verstorben ist?

- ➔ Kind hat Rechtsfähigkeit bereits als nasciturus erlangt und ist damit Erbe geworden. Nach seinem Tod wird es von der Mutter beerbt. Diese erhält daher ganze Erbschaft.

4.4 Privatrechtliche Stellung des Embryos in vitro

Embryo in vitro hat bedingte Rechtsfähigkeit nach Art. 31 Abs. 2 ZGB ab Zeitpunkt der Befruchtung. Ansonsten könnte schädigendes Arzthandeln nicht zu Ersatzpflicht führen.

Hingegen hat das Embryo in vitro kein Anspruch auf Einpflanzung in die Gebärmutter der Frau.

4.5 Das noch nicht gezeugte Kind (Nondum Conceptus)

Das noch nicht gezeugte Kind ist nicht rechtsfähig (keine Anwendung von Art. 31 Abs. 1 ZGB).

Die Rechtsstellung des Kindes/des Nasciturus kann aber durch Ereignisse beeinflusst werden, die vor seiner Zeugung liegen, z.B. Entzug der elterlichen Sorge (gilt auch für noch nicht gezeugte Kinder), Einsetzung als Nacherbe, Haftpflichtansprüche bei Einnahme von Medikamenten vor der Schwangerschaft (sofern KZ bejaht wird).

5. Ende der Rechtspersönlichkeit

Die Rechtsfähigkeit endet gemäss Art. 31 Abs. 1 ZGB mit dem Tode.

Vermögensrechtliche Ansprüche gehen auf die Erben über. Ebenso eine über den Tod hinaus erteilte Vollmacht (Art. 35 Abs. 1 OR). Persönlichkeitsrechtliche Ansprüche (Art. 28 ZGB) sind hingegen unvererblich, da absolut höchstpersönlich (vorbehältlich Pietätsgefühl der Angehörigen, strafrechtlicher Schutz oder gewisse Bestimmungsrechte (vgl. BGE 129 I 302 ff., Nr. 1 im Reader)

5.1 Der absolute Todeszeitpunkt

Es wird auf den Gehirntod abgestellt. Die Feststellung des Todes erfolgt jedoch jeweils durch einen Arzt. Dieser bestimmt den Todeszeitpunkt.

5.2 Der relative Todeszeitpunkt

Der relative Todeszeitpunkt betrifft das zeitliche Verhältnis mehrerer Todesfälle, d.h. die Reihenfolge des Ablebens mehrerer Menschen.

Praktische Bedeutung erlangt der relative Todeszeitpunkt v.a. im Erbrecht aber auch im Sozialversicherungsrecht.

Komorientiertenvermutung (Art. 32 Abs. 2 ZGB)

TB: 1. Eintritt des Todes zweier Menschen steht fest.

2. Reihenfolge des Ablebens ist ungewiss

RF: Vermutung gleichzeitigen Versterbens (d.h. z.B. keiner hat den anderen beerbt)

somit können keine Rechte aus dem Vorversterben der anderen Person geltend gemacht werden.

II. Handlungsfähigkeit

Die Handlungsfähigkeit ist die Möglichkeit zur eigenen Rechtsgestaltung (d.h. ohne Bezug eines Vertreters), d.h. Fähigkeit durch eigenes Verhalten Rechte und Pflichten zu begründen, zu ändern oder aufzuheben.

Sinn und Zweck der Handlungsfähigkeitsregeln ist es

- Dem voll Handlungsfähigen rechtliche Gestaltungsfreiheit seiner Lebensverhältnisse zu gewährleisten und gleichzeitig
- Dem nicht voll Handlungsfähigen Schutz vor unbedachtem Handeln zu gewähren
→ ***nur wer selbstverantwortlich handeln kann, soll die rechtlichen Folgen seines Verhaltens tragen müssen (Handlungsfähigkeitsrecht ist Schutzrecht!)***

1. Formen der Handlungsfähigkeit

Die Handlungsfähigkeit äussert sich in zwei Formen:

1. Deliktsfähigkeit

Eine Person hat für unerlaubte Handlungen zivilrechtlich einzustehen (Art. 41 OR).

Zu beachten ist Art. 54 OR, wonach eine nicht urteilsfähige Person aus Billigkeit zur Leistung von Schadenersatz verurteilt werden kann.

Es wird nur Urteilsfähigkeit vorausgesetzt.

2. Geschäftsfähigkeit

Eine Person kann verbindlich rechtsgeschäftliche Handlungen vornehmen (beinhaltet z.B. Vertragsfähigkeit, Testierfähigkeit, etc.)

Es wird (normalerweise) Volljährigkeit und Urteilsfähigkeit vorausgesetzt (es gibt jedoch viele Ausnahmen).

2. Voraussetzungen der Handlungsfähigkeit

Gemäss Art. 13 ZGB wird für die (volle) Handlungsfähigkeit vorausgesetzt:

1. Volljährigkeit (Art. 14 ZGB) (oder Beistandschaft) (objektive formale Voraussetzung)

Positive Voraussetzung: Volljährig ist, wer das 18. Lebensjahr zurückgelegt hat (ab 00.00 Uhr am Geburtstag, d.h. 30.08., 00.00 Uhr).

Negative Voraussetzung: Fehlen einer umfassenden Beistandschaft (Art. 398 ZGB), d.h. bei volljähriger Person welche nachträglich unter umfassende Beistandschaft gestellt wird, entfällt die Handlungsfähigkeit.

Andere Arten von Beistandschaften schränken die Handlungsfähigkeit der Personen lediglich ein (Art. 19d ZGB)

2. Urteilsfähigkeit (Art. 16 ZGB) (subjektive materielle Voraussetzung)

Urteilsfähig ist jede Person, die in der Lage ist vernunftgemäss zu handeln und nicht wegen ihres Kindsalters, infolge geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch oder ähnlicher Zustände dieser Fähigkeit mangelt.

➔ Fehlt eine dieser beiden Voraussetzungen, ist der Betroffene grundsätzlich handlungsunfähig (Art. 17 ZGB)

Fazit: Minderjährige oder urteilsunfähige Personen sind handlungsunfähig; jedoch braucht es nicht für alle rechtlich relevanten Verhaltensweisen volle Handlungsfähigkeit (siehe nachfolgend Ziff. III).

3. Die Urteilsfähigkeit (Art. 16 ZGB)

Wer nicht in der Lage ist, vernunftgemäss zu handeln, dem soll sein Verhalten nicht zugerechnet werden. Es geht also um die Frage, ob jemand in der Lage ist, für sein Verhalten die Verantwortung zu tragen. Wer dies aufgrund konkreter Einschränkungen (z.B. geistige Behinderung, Kindsalter) nicht kann, dem sollen die rechtlichen Konsequenzen seines Handelns nicht überbürdet werden.

➔ Handlungsfähigkeitsrecht ist Schutzrecht!

3.1 Relativität der Urteilsfähigkeit

Die Urteilsfähigkeit muss jeweils mit Rücksicht auf das konkrete Handeln einer Person beurteilt werden.

a) Relativität in zeitlicher Hinsicht

Die Urteilsunfähigkeit kann in zeitlicher Hinsicht begrenzt sein. So kann eine demente Person in lichten Momenten gültig Rechtsgeschäfte abschliessen (luzides Intervall), vgl. auch BGE 124 III 5 (Nr. 2 im Reader)

b) Relativität in sachlicher Hinsicht

Geschäfte des täglichen Bedarfs können noch erledigt werden, jedoch ist Urteilsfähigkeit im gleichen Moment im Hinblick auf «anspruchsvolle Geschäfte» (z.B. Errichtung Testament, Gründung einer Gesellschaft, etc.) nicht immer gegeben.

Es muss zwischen der Komplexität des Geschäftes (viele intellektuelle Voraussetzungen sind nötig) und der Tragweite des Geschäftes (es geht um sehr viel) unterschieden werden.

3.2 Beweislast betreffend Urteils(un)fähigkeit

Urteilsfähigkeit ist der Normalfall und wird damit aufgrund der Lebenserfahrung vermutet.

Derjenige der im Prozess die Urteilsunfähigkeit behauptet bzw. daraus Rechte ableitet hat sie zu beweisen (Beweislastumkehr).

Die Vermutung gilt hingegen dort nicht mehr, wo objektiv Zweifel an der Urteilsfähigkeit einer Person angezeigt sind (z.B. schwere Demenz, Kleinkind, etc.).

Es gilt: ohne Urteilsfähigkeit keine Rechtswirkungen!

3.3 Urteilsfähigkeit im Bereich der Geschäftsfähigkeit

Es benötigt zwei Voraussetzungen:

a) **Willensbildungsfähigkeit** → Fähigkeit einen vernunftgemässen Willen zu bilden

- Verstandesgemässes Urteilsvermögen (Intellekt)
→ Mindestmass an intellektueller Einsichts- und rationaler Beurteilungsfähigkeit, an Denkvermögen und Urteilskraft
- Realitätsbezug des Urteilsvermögens
→ Lebenspraktische Einschätzung der Tragweite eines Geschäfts
- Fähigkeit zur Bildung nachvollziehbarer Motive
→ Motivation des Betroffenen zählt; Zugang zu den eigenen Wertvorstellungen, z.B. BGE 124 III 5, Verfügungen im Hinblick auf das eigene Seelenheil wurden im neuen Testament aufgehoben. BGer hat Urteilsfähigkeit verneint.
- Fähigkeit zur Motivkontrolle
→ Einsicht in die Tragweite des eigenen Verhaltens
- Willensbildung i.e.S.
→ Fähigkeit der Willensbildung (sich zu einer Entscheidung durchringen können)

b) **Willensumsetzungsfähigkeit**

Der geäusserte Wille muss der eigene Wille des Handelnden sein (keine Willensbeeinflussung von aussen)

3.4 Urteilsfähigkeit im Bereich der Delikts- und Verschuldensfähigkeit

Drei Voraussetzungen werden benötigt, um die Deliktsfähigkeit zu bejahen:

a) **Fähigkeit zur Einsicht in die Schädigungsmöglichkeit**

Der Schädiger muss die Gefahr bzw. die Möglichkeit des Schadeneintritts erkennen können (Spiel mit Pfeil und Bogen bei 10jährigen wurde bejaht)

b) **Fähigkeit zur Einsicht in das Unrecht der Schadenszufügung (Unrechtsbewusstsein)**

Kenntnis etwas Verbotenes zu tun.

c) **Steuerungsfähigkeit (= Verzichtsfähigkeit) (BGE 102 III 363)**

Willenskraft ein bestimmtes schädigendes Verhalten zu unterlassen (darauf zu verzichten).

ACHTUNG: Deliktsfähigkeit setzt nur Urteilsfähigkeit; nicht jedoch Volljährigkeit voraus!

Bei der Deliktsfähigkeit wird geprüft, ob eine Schädigung einer Person zugerechnet werden kann. Erst in der Folge wird Art. 41 OR geprüft und es stellt sich die Frage nach der Schadenersatzpflicht.

3.5 Objektive Grundlagen der Urteilsunfähigkeit

Die Urteilsunfähigkeit im Rechtssinne setzt voraus, dass diese zumindest teilweise auf physiologischen bzw. psychischen Ursachen beruht. In Art. 16 ZGB werden die möglichen Gründe der Urteilsunfähigkeit abschliessend aufgezählt.

a) Kindesalter

Starre Altersgrenze darf wegen der Relativität der Urteilsfähigkeit nicht gezogen werden.

Geschäftsfähigkeit von Kindern

Bei der Geschäftsfähigkeit wird die Altersgrenze höher angesetzt als bei der Deliktsfähigkeit. Die Urteilsfähigkeit bei einfachsten Rechtsgeschäften (z.B. Kaufen von Süßigkeiten liegt i.d.R. spätestens ab 8 Jahren vor. Bei bedeutenden Rechtsgeschäften (lang dauernde vertragliche Bindung, hoher Kaufpreis) ist die Urteilsfähigkeit erst ab dem 14.-16. Altersjahr zu bejahen).

Deliktsfähigkeit von Kindern

Wird erst ab dem 7. Altersjahr angenommen. Bis zum 14. Altersjahr liegt normalerweise lediglich ein geringes Verschulden vor (Abstufung der Verschuldensfähigkeit).

b) Psychische Störung

z.B. Psychosen, Psychopathien, Suchtkrankheiten

Auch hier ist im einzelnen Fall wertend zu entscheiden, ob der Betroffene zur rechtlich relevanten Handlung Urteilsfähig war oder nicht.

c) Geistige Behinderung

angeborene oder erworbene (z.B. unfallbedingte) Schwächen der geistigen Fähigkeit und der Urteilskraft. Abgrenzung zur psychischen Störung ist unscharf. Spielt in der Praxis aber keine Rolle.

d) Rausch und «ähnliche Zustände»

Alkohol- und Drogenrausch haben (vorübergehende) Urteilsunfähigkeit zur Folge. Wenn Schaden angerichtet wird, kommt Art. 54 Abs. 2 OR zum Zug.

Ebenso fallen Betagte Menschen unter diese Norm oder auch Fälle von Unerfahrenheit und Misswirtschaft.

3.6 Zusammenfassung

Fähigkeit	Ausserhalb des Prozesses	Im Prozess
<i>Rechtsfähigkeit</i> (Art. 11 ZGB)	Wer kann überhaupt Träger von Rechten und Pflichten sein?	
<i>Parteifähigkeit</i> (Art. 66 ZPO)		Wer kann überhaupt Kläger oder Beklagter sein? vgl. Nr. 1 im Reader KollG/KommG sind trotz fehlender Rechtsfähigkeit Parteifähig!
<i>Handlungsfähigkeit</i> (Art. 12 ff. ZGB)	Wer kann überhaupt durch eigenes Verhalten Rechte und Pflichten begründen, ändern oder aufheben? (ohne Vertreter handeln?)	

<i>Prozessfähigkeit</i> (Art. 67 ZPO) (Prozessrechtliche Seite der Handlungsfähigkeit)		Wer kann überhaupt «Angriff» und «Verteidigung» ausüben? Wer handlungsfähig ist, ist auch prozessfähig (d.h. kann einen Prozess führen oder sich vertreten lassen)
<i>Verfügungsfähigkeit</i> (= Dispositionsfähigkeit)	Wer darf überhaupt über seine Rechte verfügen? (Rechte übertragen, belasten oder auf sie verzichten)	
<i>Prozessführungsbefugnis</i>		Wer kann über einen streitigen Anspruch im Prozess verfügen?

III. Die verschiedenen Stufen der Handlungsfähigkeit

Nicht nur die Urteilsfähigkeit, sondern auch die Handlungsfähigkeit muss immer in Bezug auf eine bestimmte (Rechts-)Handlung geprüft werden.

Fehlende Urteilsfähigkeit = vollständige Handlungsunfähigkeit

Fehlende Volljährigkeit/Beistandschaft = beschränkte Handlungsfähigkeit

Das Gesetz unterscheidet:

- Verschiedene Handlungstypen, für welche unterschiedliche Anforderungen an die Handlungsfähigkeit gestellt werden
 - o Worum geht es?
 - o Welcher Handlungstyp (z.B. Kauf eines Autos, Begründung eines Wohnsitzes, Einwilligung in medizinische Behandlung) bedarf welcher Voraussetzungen?
- Verschiedene Stufen der Handlungsfähigkeit
 - o Wer hat gehandelt?
 - o Was kann eine bestimmte Person tun? In welchen Bereichen kann minderjährige oder umfassend verbeiständete Person (ohne Zustimmung der Vertreter) rechtsgültig handeln?

1. Unterscheidung nach Handlungstypen

Es lohnt sich i.d.R. zuerst den betreffenden Handlungstyp näher anzuschauen und zu fragen, ob dafür volle Handlungsfähigkeit erforderlich ist oder nicht.

Für die meisten Rechtshandlungen sind beide Voraussetzungen der Handlungsfähigkeit (Volljährigkeit und Urteilsfähigkeit) erforderlich. Allerdings entfalten gewisse Handlungen auch dann Rechtswirkung, wenn die betroffene Person nur urteilsfähig, aber noch nicht volljährig ist oder unter (umfassender) Beistandschaft steht:

1.1. Deliktsfähigkeit (inkl. Selbstverschulden)

Urteilsfähigkeit genügt vgl. Art. 19 Abs. 3 ZGB (→ es muss nur gefragt werden: War das Kind urteilsfähig oder nicht?)

Die Ersatzpflicht kann jedoch wegen herabgesetzten Verschuldens reduziert werden (reduzierte Urteilsfähigkeit = reduziertes Verschulden), vgl. auch Art. 43 OR.

Minderjährige, die ihre Geschäftspartner über die fehlende Handlungsfähigkeit getäuscht haben, werden gemäss Art. 19b Abs. 2 ZGB schadenersatzpflichtig.

Auch für Selbstverschulden ist lediglich Urteilsfähigkeit erforderlich. Wer nicht urteilsfähig ist, dem kann sein gefährliches oder gar selbstschädigendes Verhalten nicht zugerechnet werden (d.h. kein Verlust eines Schadenersatzanspruchs oder von Versicherungsleistungen).

1.2. Geschäftsfähigkeit

- **Rechtsgeschäftliche Willensäußerungen/Rechtsgeschäftsähnliche Willensäußerungen**

Für alle Rechtsgeschäfte ist grds. volle Handlungsfähigkeit erforderlich, z.B. für Vertragsschluss (Verpflichtungsgeschäft), Übereignung des verkauften Gegenstandes (Verfügungsgeschäft), Errichtung eines Testaments oder Kündigung eines Vertrages.

Analoges gilt für faktische Verhaltensweisen, die zwar keine rechtsgeschäftlichen Willensäußerungen sind, aber ähnliche Folgen haben, z.B. Fristansetzung des Gläubigers zur nachträglichen Erfüllung (Art. 107 OR) oder Weigerung des Schuldners seine Leistung zu erbringen (Art. 108 Abs. 1 OR). Denn Handlungsfähigkeitsrecht = Schutzrecht.

Ausnahmen:

- **Unentgeltliche Vorteile (Art. 19 Abs. 2 ZGB)**

Für den Erwerb unentgeltlicher Vorteile genügt, wenn der Minderjährige urteilsfähig ist. Der gesetzliche Vertreter darf aber ebenfalls tätig werden, die Zulässigkeit selbständigen Handelns schliesst die Vertretungsmacht nicht aus.

Beispiele: Schenkung, Schulderlass, Vermächtnis (Art. 484 ZGB), Erlangung einer unentgeltlichen Option, Aneignung einer Sache (Art. 658, 718 ZGB).

- **Geringfügige Angelegenheiten des täglichen Lebens (Art. 19 Abs. 2 ZGB)**

Urteilsfähige Minderjährige können geringfügige Angelegenheiten des täglichen Lebens selbständig (ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters) besorgen.

Beispiele: Erwerb von Gegenständen des täglichen Gebrauchs, Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel (jedoch nicht: Kreditgeschäfte)

- **Durch gesetzlichen Vertreter gewährte Vorteile**

- **Höchstpersönliche Rechte (Art. 19c ZGB)**

Höchstpersönliche Rechte sind Rechte, die untrennbar mit der Person verbunden sind. Einer Person stehen sowohl übertragbare und vererbare Vermögensrechte zu, wie auch unübertragbare und unvererbare (und im Voraus unverzichtbare) höchstpersönliche Rechte. Urteilsfähige handlungsunfähige Personen können höchstpersönliche Rechte ausüben. Diese werden unterschieden in

Relativ höchstpersönliche Rechte (Art. 19c Abs. 2 ZGB)

Können und müssen vom Berechtigten ausgeübt werden, sofern er urteilsfähig ist.

Bei fehlender Urteilsfähigkeit: Eine Vertretung ist möglich → gesetzlicher Vertreter kann für urteilsunfähige Person Recht wahrnehmen

Gewisse Rechte können **vom urteilsfähigen Berechtigten allein** ausgeübt werden.

Beispiel: Persönlichkeitsrechte (Art. 28 ff. ZGB), Klagen zum Schutz des Namens (Art. 29 ZGB), Klagen auf Unterhalt resp. i.Z.m. der Begründung von Eltern-/Kind-Verhältnissen, Einwilligung in medizinische Behandlung

→ Urteilsfähige kann Rechte wahrnehmen. Bei Urteilsunfähigkeit nimmt Vertreter diese wahr.

Andere Rechte bedürfen des **gleichzeitigen Handelns des urteilsfähigen Berechtigten** und seines gesetzlichen Vertreters.

Beispiele: Gesuch um Namensänderung (Art. 30 ZGB) oder Adoption (Art. 264 ff. ZGB)

→ Bei Urteilsunfähigkeit handelt Vertreter. Bei Urteilsfähigkeit braucht es ebenfalls Zustimmung von Vertreter.

Wichtig: Ausdrückliche Ablehnung der betreffenden Handlung durch den beschränkt Handlungsunfähigen schliesst die Vertretungsmacht des Vertreters aus!

Absolut höchstpersönliche Rechte

Vertretung ist unmöglich (vertretungsfeindlich) → gesetzlicher Vertreter kann diese Rechte nicht anstelle und im Namen der urteilsunfähigen Person wahrnehmen. Daraus folgt:

→ keine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bei gegebener Urteilsfähigkeit nötig bei z.B. bei Zustimmung zur Sterilisation, Rücktritt vom Verlöbnis (Art. 91 ZGB), Heirat bzw. Scheidung (Art. 94 ff. resp. 111 ZGB), Errichtung eines Testaments (sofern volljährig) (Art. 467 ZGB), Abschluss von Erbverträgen (Art. 468 ZGB), Mitgliedschaft in einem Verein, Entscheid über religiöse Zugehörigkeit (Art. 303 Abs. 3 ZGB), Klage auf Anfechtung einer Vaterschaft (Art. 256 f. ZGB)

→ Trotz Urteilsfähigkeit nur aufgrund gesetzlicher Anordnung mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters möglich:
z.B. Verlöbnis Art. 90 Abs. 2 ZGB, Abschluss eines Ehevertrages, Art. 183 Abs. 2 ZGB, sowie die Anerkennung eines Kindes, Art. 260 Abs. 2 ZGB.

Ist eine Person urteilsunfähig, können die absolut höchstpersönlichen Rechte wegen der Vertretungsfeindlichkeit nicht wahrgenommen werden! Daher wird Relativität der Urteilsfähigkeit in diesem Fall hohe Bedeutung zugemessen, d.h. die Person muss lediglich in groben Umrissen erkennen, worum es beim betreffenden Geschäft geht.

z.B. Geltendmachung von Genugtuungsansprüchen, Schönheitschirurgie, Geschlechtsoperationen bei intersexuellen Kindern

- **Tathandlungen (Realakte)**

Realakte (= Tathandlungen; faktische Verhaltensweisen mit rechtsgeschäftsähnlichen Wirkungen) sind nicht auf die Mitteilung eines Geschäftswillens, sondern unmittelbar auf die Veränderung eines äusseren Zustandes gerichtet (z.B. Begründung eines Wohnsitzes (Art. 23 ZGB), Eigentumserwerb durch Vermischung (Art. 727 ZGB) → es genügt Urteilsfähigkeit (Hinweis: «Absicht» im Gesetz lässt auf Urteilsfähigkeit schliessen).

Nicht einmal Urteilsfähigkeit ist erforderlich bei Begründung eines subsidiären Wohnsitzes nach Art. 24 Abs. 2 ZGB, Retentionsrecht (Art. 895 ff. ZGB) oder beim zweijährigen Getrenntleben als Scheidungsgrund (Art. 115 ZGB).

Ausnahme: Bei blossen Realakten ist dann volle Handlungsfähigkeit verlangt, wenn deren Wirkungen rechtsgeschäftsähnlich sind (z.B. Eigentumsaufgabe; Dereliktion).

Es ist daher zu differenzieren, ob ein Schutzbedürfnis des Handlungsunfähigen besteht.

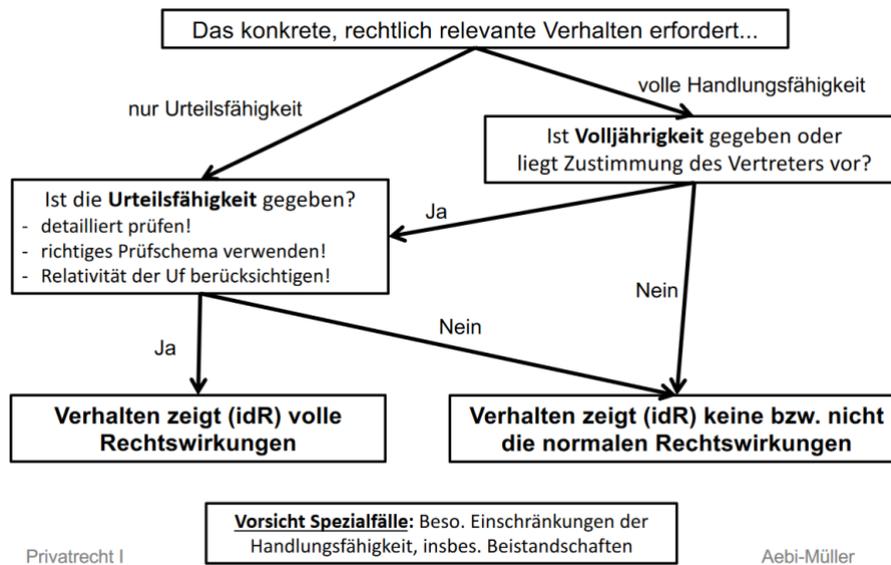
- **Unterlassungen mit Rechtsfolgen**

Auch das Unterlassen einer Handlung kann Rechtsfolgen nach sich ziehen (z.B. Nichtfristgerechte Ausschlagung einer Erbschaft). Auch hier drängt sich der Schutz des Handlungsunfähigen auf.

→ Unterlassene Handlung kann fingiert werden

→ Frist kann verlängert werden, bis ein gesetzlicher Vertreter für den Handlungsunfähigen handeln kann (Handeln und Unterlassen werden in der Folge dem Vertreter zugerechnet).

1.3. Prüfschema



2. Unterscheidung nach der Rechtsstellung einer Person (Stufen der Handlungsfähigkeit)

Hier wird nicht danach gefragt, um welchen Handlungstyp es im konkreten Fall geht, sondern die Person steht im Zentrum und es wird gefragt, was diese Person selbständig tun kann.

Auch hier: relative Urteilsunfähigkeit (bezogen auf bestimmte Handlung und für bestimmten Zeitpunkt)

2.1 Stufen der Handlungsfähigkeit

Zustand einer Person (bezogen auf konkrete Handlung)	Volljährigkeit	Minderjährigkeit
Urteilsfähig	Volle Handlungsfähigkeit (Art. 13 f ZGB) Sofern nicht volljährig sondern verbeiständet = beschränkte Handlungsfähigkeit (Art. 19d ZGB)	Beschränkte Handlungs <u>un</u> fähigkeit (Art. 19 ZGB)
Nicht urteilsfähig	Volle Handlungs <u>un</u> fähigkeit (Art. 17 f. ZGB) (auch bei Personen mit umfassender Beistandschaft)	Volle Handlungs <u>un</u> fähigkeit (Art. 17 f. ZGB)

2.2 Rechtsstellung des vollständig Handlungsunfähigen (Art. 18 ZGB)

Rechtsgeschäft, dass von einer handlungsunfähigen Person vorgenommen wurde ist **nichtig!**

→ Es gibt keinen Schutz des guten Glaubens Dritter

→ Sämtliche Beteiligten können sich auf Nichtigkeit berufen (auch der Vertragspartner des Urteilsunfähigen)

→ nachträgliche Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter hat keine Heilung der Nichtigkeit zur Folge (allenfalls aber einen neuen Vertragsabschluss; Zustimmung = Offerte)

→ Es erfolgt auch keine Heilung der Nichtigkeit durch Zeitablauf (vorbehältlich Rechtsmissbrauch i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB).

Allerdings ist denkbar, dass dem Vertragspartner **ausservertragliche Ansprüche** zustehen:

z.B. Vindikation (Eigentumsherausgabe), Kodiktion (Klage wegen ungerechtfertigter Bereicherung), Art. 54 OR (Billigkeitshaftung des Urteilsunfähigen bei unerlaubter Handlung oder Vertragsverletzung) oder Verantwortlichkeit des Handlungsunfähigen nach Art. 19b Abs. 2 ZGB resp. Art. 452 Abs. 3 ZGB, aber nur sofern der Handlungsunfähige deliktsfähig ist (grds. möglich aufgrund Relativität der Urteilsfähigkeit), Spezialfall von culpa in contrahendo

Ausnahmen von der Nichtigkeitsfolge:

- Einige Rechtsgeschäfte entfalten kraft spezialgesetzlicher Anordnung volle Wirkung, solange die Urteilsunfähigkeit nicht gerichtlich geltend gemacht wird (z.B. Eheschluss einer Urteilsunfähigen Person, Art. 105 Ziff. 2 ZGB; Klage auf Nichtigerklärung der Ehe, Art. 107 Abs. 1 ZGB; Art. 519 ZGB, Ungültigkeitsklage bei Verfügung von Todes wegen)
- Bei einer rechtsmissbräuchlichen Berufung auf die (eigene oder fremde) Handlungsunfähigkeit i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB
- Ausnahmsweise: Annahme eines «faktischen Vertragsverhältnisses» dient als Korrektiv zur Nichtigkeit des Konsensualvertrages (z.B. bei Gesellschaftsverträgen, Arbeitsvertrag (Art. 320 Abs. 2 OR), Dauerschuldverhältnisse, Alltagsgeschäften) → es wird so getan als wäre Vertrag gültig!

Vertretung des vollständig Handlungsunfähigen

Wer durch sein Handeln nicht selbständig Rechtswirkungen herbeiführen kann, braucht einen gesetzlichen Vertreter (ins. Eltern, Beistand) der die erforderlichen Geschäfte für ihn tätigt.

Der Vertreter kann im Namen des Handlungsunfähigen und an dessen Stelle alle Handlungen vornehmen (Einschränkungen bei höchstpersönlichen Rechten und bestimmten Rechtshandlungen wie das Errichten von Bürgschaften, Stiftungen, Schenkungen sowie Genehmigung durch KESB bei Geschäften von besonderer Bedeutung).

→ Die Rechtswirkungen des Handelns durch den Vertreter treten unmittelbar beim Vertretenen ein.

Wenn ein gesetzlicher Vertreter fehlt, muss die KESB einen Beistand ernennen (es sei denn es besteht ein Vorsorgeauftrag oder bei Ehegatten → gesetzliches Vertretungsrecht, Art. 374 ZGB).

2.3 Rechtsstellung des beschränkt Handlungsunfähigen (Art. 19 ZGB)

Die urteilsfähige minderjährige (bzw. unter umfassender Beistandschaft stehende Person) ist grundsätzlich beschränkt handlungsunfähig, weil das Gesetz in Art. 19 ZGB die Handlungsfähigkeit in bestimmten Bereichen vorsieht.

Volle Rechtswirkungen erlangt der beschränkt Handlungsunfähigen ohne Zustimmung des Vertreters in folgenden Bereichen:

- **Handlungen die generell nur Urteilsfähigkeit erfordern**
- **Erlangen von unentgeltlichen Vorteilen**
- **Besorgen von geringfügigen Angelegenheiten des täglichen Lebens**
- **Ausübung höchstpersönlicher Rechte**
- **Gesetzliche Sonderbestimmungen**
z.B. Freies Vermögen (Art. 321 ZGB und Art. 409 ZGB), Vermögen das durch eigene Arbeit erworben wurde (Art. 323 ZGB), Vermögen für die selbständige Berufsausübung (Art. 323 Abs. 1 ZGB).
- **Vertretung Dritter**
Kind handelt für Mutter → Es liegt volle Geschäftsfähigkeit vor. Mutter wird verpflichtet.

Abgesehen von diesen Ausnahmen ist der urteilsfähige Minderjährige nicht handlungsfähig.

Mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters kann der beschränkt Handlungsunfähige jedoch sämtliche Rechtshandlungen vornehmen (ausser es ist kraft Gesetzes ein Mindestalter erforderlich).

Zustimmung des Vertreters des beschränkt Handlungsunfähigen

Das Zustimmungserfordernis führt zu einer «bedingten Geschäftsfähigkeit»: Die Rechtsgeschäfte des urteilsfähigen Minderjährigen sind unter der Bedingung gültig, dass der gesetzliche Vertreter dem Handeln zustimmt.

Zustimmung = formlos gültiges, einseitiges Rechtsgeschäft; setzt als nicht empfangsbedürftige Willenserklärung Volljährigkeit voraus!

Bis zur erfolgten Zustimmung befindet sich das Rechtsgeschäft in der Schwebe (hinkendes Rechtsgeschäft).

Bleibt die Zustimmung aus, ist das Rechtsgeschäft nichtig. Zulässig ist jedoch die Genehmigung eines sich noch in der Schwebe befindlichen Geschäfts durch die in der Zwischenzeit volljährige Person. Je nach Zeitpunkt der Zustimmung unterscheidet man:

- *Vorgängige Ermächtigung*
z.B. Taschengeld oder Fahrrad aussuchen für max. 800.-
- *Gleichzeitige Mitwirkung*
Zustimmung durch konkludentes Verhalten (Eltern gehen zum Fahrradkauf mit)
- *Nachträgliche Genehmigung*
Genehmigung hat innert angemessener Frist zu erfolgen (Kind hat Fahrrad bereits gekauft, Eltern stimmen nachträglich zu).

2.4 Besondere Einschränkungen der Handlungsfähigkeit

Zufolge Ehe

Die Handlungsfähigkeit von verheirateten Personen ist von Gesetzes wegen eingeschränkt bei einer Bürgschaft (Art. 494 OR), Kündigung/Aufhebung der Familienwohnung (Art. 169 ZGB; Art. 266m OR) sowie bei Barauszahlung von Austrittsleistungen (Art. 2 Abs. 2 FZG). Es wird jeweils die Zustimmung des Ehegatten benötigt!

Zufolge Beistandschaften im Erwachsenenschutzrecht

gilt seit 1.1.2013

- Mitwirkungsbeistandschaft
- Vertretungsbeistandschaft
- Umfassende Beistandschaft

IV. Verwandtschaft und Schwägerschaft

1. Verwandtschaft

Natürliche Verwandtschaft → Blutgemeinschaft / natürliche Abstammung

Adoptivverwandtschaft → Verwandtschaft durch Adoption. Führt zum Erlöschen der ursprünglich begründeten natürlichen Verwandtschaft und zur Entstehung einer neuen rechtlichen Verwandtschaft und zwar «wie wenn» die Adoption das Eltern/Kinds-Verhältnis mit der Geburt begründet hätte. Die Adoptivverwandtschaft wird mit der natürlichen Verwandtschaft gleichgestellt. Ausnahme stellt das Ehehindernis (Art. 92 Abs. 2 ZGB) dar.

1.1 Gradnähe der Verwandtschaft

Die Nähe der Verwandtschaft zwischen zwei Personen wird in Graden ausgedrückt. Die Gradnähe definiert sich nach der Anzahl der sie vermittelnden Geburten (römische Zählweise).

Eltern / Kind → Verwandtschaft 1. Grades

Bruder / Schwester → Verwandtschaft 2. Grades

Tante / Neffe → Verwandtschaft 3. Grades

Die Gradnähe der Verwandtschaft unterscheidet sich von der Parentelenordnung, welche für das Erbrecht von Bedeutung ist.

1.2 Linienteilung der Verwandtschaft

In gerader Linie sind zwei Personen miteinander verwandt, wenn der eine vom anderen abstammt (z.B. Grossvater/Enkel)

Eine Verwandtschaft in Seitenlinie liegt vor, wenn die betreffenden Personen von einem gemeinsamen Vorfahren abstammen, aber nicht gleichzeitig in gerader Linie verwandt sind (z.B. (Halb-)Geschwister, Cousins, Onkel/Neffe).

2. Schwägerschaft

Die Schwägerschaft ist die rechtliche Beziehung zwischen einem Ehegatten und den ehelichen oder ausserhalb der Ehe geborenen Verwandten des anderen Ehegatten.

2.1 Voraussetzungen für die Begründung einer Schwägerschaft

- Bestehen eines Verwandtschaftsverhältnisses zwischen dem anderen Ehegatten und der betreffenden Person
- Eingehen und Bestehen einer Ehe

→ Schwägerschaft bleibt auch bei Auflösung der Ehe bestehen!

→ Schwägerschaft wird auch durch mangelhaften Eheschluss (Art. 104 ZGB) begründet.

V. Wohnsitz

Die praktische Bedeutung von Art. 22 bis Art. 26 ZGB besteht vor allem in drei Funktionen:

- Begründung der örtlichen Zuständigkeit bestimmter Behörden (Klagedomizil usw.)
- Bestimmung des anwendbaren Rechts in Kollisionsfällen
- Anknüpfungspunkt für verschiedene privatrechtliche Tatbestände

1. Die Heimat

Gemäss Art. 22 Abs. 1 ZGB bestimmt sich die Heimat nach dem Bürgerrecht einer Person, d.h. mit Heimat ist das Gemeinde- und Kantonsbürgerrecht gemeint. Im internationalen Privatrecht meint man damit den Heimatsstaat.

Bei mehrfachem Bürgerrecht bestimmt sich die zivilrechtliche Heimat nach Art. 22 Abs. 3 ZGB:

Wohnt ein Doppelbürger an einem seiner Bürgerorte, ist dieser Heimat i.S.v. Art. 22 ZGB. Fehlt die Wohnsitzname an einem Bürgerort, gilt derjenige als Heimat, den der Betreffende bzw. dessen Vorfahren zuletzt erworben haben.

Die Heimat ist heute insgesamt von deutlich geringerer Bedeutung als der Wohnsitz, z.B.

Art. 260a Abs. 1 ZGB → Vaterschaftsanfechtung durch die Heimatgemeinde

Art. 60 IPRG → Zuständigkeit der Gerichte am Heimatort für die Scheidungsklage des Schweizer Ehegatten mit ausländischem Wohnsitz

Bestimmungen über den Erwerb und den Verlust des Bürgerrechts finden sich sowohl im Privatrecht wie auch im öffentlichen Recht (Art. 271 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB).

2. Wohnsitz

Art. 23 ff. ZGB enthalten keinen einheitlichen Wohnsitzbegriff für die gesamte Rechtsordnung. Es besteht allerdings die Tendenz, den öffentlich-rechtlichen Domizilbegriff dem Wohnsitz gemäss ZGB anzugleichen. Zudem verweisen bedeutsame Teile des öffentlichen Rechts auf den privatrechtlichen Wohnsitz (z.B. Art. 13 ATSG Abs. 1: «*Der Wohnsitz einer Person bestimmt sich nach den Art. 23-26 des ZGB*»). Nichtsdestotrotz ist streng zwischen dem Wohnsitz als zivilrechtlichen Tatbestand und dem Domizil als entsprechenden Anknüpfungspunkt im öffentlichen Recht zu unterscheiden, d.h. es hat eine autonome Auslegung zu erfolgen. So hat das BGE in einem Fall entschieden (BGE 135 V 249), dass trotz dem Verweis in Art. 13 ATSG der abgeleitete Wohnsitz nach Art. 25 ZGB nicht zur Anwendung gelange.

2.1 Grundsätze des Wohnsitzrechts nach ZGB

Ausschliesslichkeit (Einheit) eines Wohnsitzes

Eine natürliche Person kann zur gleichen Zeit nur an einem einzigen Ort ihren zivilrechtlichen Wohnsitz haben.

Notwendigkeit eines Wohnsitzes

Jeder Person wird notwendigerweise ein Wohnsitz zugeordnet.

2.2 Wohnsitzarten

Selbständiger/Unselbständiger Wohnsitz

Selbständiger Wohnsitz → Person erfüllt Kriterien nach Art. 23 und Art. 24 ZGB selber. Es besteht kein abgeleiteter Wohnsitz

Unselbständiger Wohnsitz → beruht auf einer bestimmten Beziehung zu einer anderen Person oder Behörde (z.B. Wohnsitz Minderjähriger Art. 25 ZGB)

Primärer/Subsidiärer Wohnsitz

Primärer Wohnsitz → Stützt sich auf Art. 23 (selbständiger) oder Art. 25 (abgeleiteter Wohnsitz) ZGB

Subsidiärer Wohnsitz → Person hat keinen primären Wohnsitz begründet.

Materialer/formaler Wohnsitz

Materialer Wohnsitz → Wohnsitz beruht auf einer wertenden Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse (z.B. Lebensmittelpunkt, Aufenthalt an einem bestimmten Ort)

Formaler Wohnsitz → Wohnsitzzuordnung erfolgt aufgrund eines formalen Kriteriums (z.B. Abhängigkeitsverhältnis von einer anderen Person) = fiktiver Wohnsitz

Freiwilliger/Gesetzlicher Wohnsitz

Freiwilliger Wohnsitz → Begründung des Wohnsitzes auf einer frei wählbaren örtlichen Verknüpfung

Gesetzlicher Wohnsitz → Wohnsitz wird einer Person durch ausdrückliche Gesetzesvorschrift überein.

2.3 Selbständiger Wohnsitz nach Art. 23 Abs. 1 ZGB

Der freiwillige primäre Wohnsitz bestimmt sich nach zwei Tatbestandselementen:

- Aufenthalt an einem bestimmten Ort (objektives TB)
Erforderlich ist ein Verweilen. Die physische Anwesenheit ist nur zur Begründung, nicht aber zur Aufrechterhaltung des Wohnsitzes erforderlich.
 - Absicht dauernden Verweilens (subjektives TB)
Die Absicht dauernden Verweilens setzt Urteilsfähigkeit voraus. Sie muss für Dritte erkennbar, aus den Umständen herausgehen. Die Person muss mit ihrem Verhalten zeigen, dass sie an dem Ort den Mittelpunkt ihrer Lebensbeziehungen begründet hat. Wesentlich ist der Wille zu einer bestimmten Verweildauer, der sich an Äusserlichkeiten ablesen lässt. I.d.R. stimmen diese äusseren Umstände und der tatsächliche Wille überein. Anderenfalls ist der objektivierte Wille massgebend. Es genügt, wenn eine Person beabsichtigt «bis auf Weiteres» und nicht bloss «vorübergehend» an einem Ort zu verbleiben.
- ➔ Mittelpunkt der Lebensverhältnisse (Ort, wo die Person ihre intensivsten, gesellschaftlichen, familiären und beruflichen Beziehungen unterhält).

Fallen Arbeits- und Wohnort auseinander, so besteht i.d.R. der Wohnsitz am Wohnort, sofern die Person mehr oder weniger regelmässig dorthin zurückkehrt (Vorrang der persönlichen Beziehungen). Der Wohnsitz liegt dann am Arbeitsort, wenn die gesamten Umstände und insbesondere eine Kaderposition auf eine engere Beziehung der betr. Person zum Arbeitsort hinweisen und somit der Arbeitsort zum eigentlichen Lebensmittelpunkt wird.

Der Aufenthalt zu Sonderzwecken in Anstalten, Pflegeeinrichtungen oder Spitälern begründet keinen Wohnsitz. Dies insbesondere dann, wenn der Aufenthalt nicht aus eigenem Willen erfolgt. Hingegen darf von einer Verlegung des Lebensmittelpunktes ausgegangen werden, wenn urteilsfähige volljährige Personen freiwillig in ein Alters- und Pflegeheim eintreten, um dort ihren Lebensabend zu verbringen. Die Aufzählung im Gesetz ist nicht abschliessend.

Beim Aufenthalt zu Studienzwecken ist auch von einem Sonderzweck auszugehen. Es wird grundsätzlich vermutet, dass der Student seinen ursprünglichen Wohnort nicht zugunsten des Studienortes aufgibt. Um die Vermutung zu widerlegen wird ein strenger Massstab angewendet. So sind z.B. die Erwerbstätigkeit am Studienort, eine gemeinsame Wohnung mit der eigenen Familie, die Absicht, nach dem Studium am Studienort zu verbleiben oder ein Verbleib am Studienort während der Semesterferien mögliche Indizien für die Wohnsitzname am Studienort.

2.4 Perpetuierung des bisherigen Wohnsitzes (Art. 24 Abs. 1 ZGB)

Eine Person kann keinen Wohnsitz aufgeben, ohne einen neuen zu begründen (Grundsatz der Notwendigkeit eines Wohnsitzes). Erst mit der Begründung des neuen Wohnsitzes, geht der Bisherige unter. Die blossе Ortsabwesenheit (Weltreise) lässt den Wohnsitz nach Art. 23 Abs. 1 ZGB nicht untergehen.

Unter dem «einmal begründeten Wohnsitz» ist der primäre Wohnsitz gemeint. Nicht perpetuierbar ist der subsidiäre Wohnsitz am Aufenthaltsort (Art. 24 Abs. 1 ZGB). Auch ein abhängiger Wohnsitz nach Art. 25 ZGB bleibt nach Beendigung des zu Grunde liegenden Abhängigkeitsverhältnis bestehen.

Die Perpetuierung endet erst, wenn im In- oder Ausland ein neuer Wohnsitz begründet wurde. Die Perpetuierung führt zudem zu einer Beweislastumkehr, derjenige der den Erwerb eines neuen Wohnsitzes behauptet muss dies beweisen.

2.5 Aufenthaltsort als Wohnsitz (Art. 24 Abs. 2 ZGB)

Fehlt ein primärer Wohnsitz oder wurde nie ein solcher begründet, genügt unter Umständen der blossе Aufenthalt einer Person. Die Bestimmung greift dann ein, wenn kein früherer Wohnsitz nachgewiesen werden kann.

Wenn ein früherer ausländischer Wohnsitz aufgegeben wurde (d.h. die Beziehungen zu diesem Ort stark gelockert wurden) und in der Schweiz kein primärer Wohnsitz begründet wurde, kann der Aufenthaltsort als subsidiären Wohnsitz herangezogen werden. Unter Aufenthaltsort wird der Ort verstanden, wo eine Person tatsächlich verweilt (ein bloss zufälliges Sich-Aufhalten genügt nicht). Mindestdauer ist ein Tag (24 Stunden). Nicht erforderlich ist eine subjektive Absicht dauernden Verweilens. Auch ein zeitlich begrenzter Aufenthalt gegen den Willen einer Person oder zu einem Sonderzweck genügt (Entscheid Kantonsgericht BL, 810 17 11).

2.6 Abgeleiteter Wohnsitz (Art. 25 ZGB)

Für den Wohnsitz des Kindes ist derjenige der Eltern resp. des Obhutsinhabers massgebend. Bei gemeinsamer elterlicher Sorge und Obhut getrenntlebender Eltern wird i.d.R. in einer Vereinbarung bzw. einem Urteil der Wohnsitz des Kindes festgelegt (i.d.R. dort wo das Kind zur Schule geht).

Bevormundete Kinder haben ihren Wohnsitz am Sitz der KESB. Volljährige unter umfassender Beistandschaft stehende Personen haben ihren Wohnsitz ebenfalls am Sitz der (K)ESB. Bei den anderen Arten von Beistandschaften bleibt der bisherige selbständige Wohnsitz bestehen. Grund: die Person soll durch einen allfälligen Umzug nicht in ein Betreuungsloch fallen. Personen haben aber Anspruch darauf umziehen zu dürfen (Recht auf Niederlassungsfreiheit).

Der Wohnsitz der Ehegatten bestimmt sich nach Art. 23 und Art. 24 ZGB.

VI. Grundlagen des Persönlichkeitsschutzes

Als Persönlichkeit i.S.v. Art. 28 ZGB versteht man die Gesamtheit der individuellen Grundwerte eine Person, also dass was eine Person «ausmacht» und sie von anderen Personen unterscheidet. Davon unterschieden wird die Persönlichkeit i.S.v. Art. 31 ZGB, welche mit Rechtsfähigkeit gleichzusetzen ist.

Die Persönlichkeitsrechte sind diejenigen Rechte, die dem Einzelnen um seiner selbst willen zustehen und die untrennbar mit seiner Person verknüpft sind.

Der Persönlichkeitsschutz umfasst den Einzelnen umfassend in seinem gesamten Dasein (Grundlagen der menschlichen Existenz, z.B. Leben, Körperliche Integrität), aber auch in seinem Sosein (also in seinen individuellen Eigenschaften, z.B sportliche Leistung).

Die Persönlichkeit lässt sich nicht auf bestimmte Persönlichkeitsgüter beschränken. Der Begriff muss offen bleiben für neue Schutzbedürfnisse der Einzelnen. Das Gesetz verzichtet daher bewusst auf eine Aufzählung. Die bedeutsamsten Bereiche des Persönlichkeitsschutzes sind jedoch:

- Ehre
- Körperliche Integrität (physisch und psychisch)
- Persönliche Freiheit (insb. körperliche Bewegungsfreiheit)
- «Privatsphäre», Recht auf informationelle Selbstbestimmung
- Identität (Recht um Wissen um die eigene Herkunft)
- Pietätsgefühl Angehöriger
- Name
- Bild und Stimme

1. Grundsätze des Persönlichkeitsschutzes

1.1. Rechtsquellen des Persönlichkeitsschutzes

Der Schutz des Individuums erstreckt sich auf die gesamte Rechtsordnung. Im Privatrecht sind Art. 27 und Art. 28 ff. die zentralen Normen des Persönlichkeitsschutzes. Diese Bestimmungen statuieren einen unmittelbaren Schutz der Persönlichkeit. Die übrige Rechtsordnung schützt primär andere Werte (z.B. Art. 641 Abs. 2 ZGB Eigentum).

1.2. Gefahr der Ausuferung des Persönlichkeitsschutzes

Bei Art. 27 und Art. 28 ZGB handelt es sich um konkretisierungsbedürftige Generalklauseln. Das Gesetz umschreibt weder die geschützten Persönlichkeitsgüter noch den Tatbestand der Persönlichkeitsverletzung im Einzelnen. Der Persönlichkeitsschutz unterliegt einer Heterogenität, da er vermehrt komplexe Schutzbedürfnisse aus den verschiedensten Lebensbereichen abzudecken hat.

Gelegentlich wird der Persönlichkeitsschutz als «Notventil» herangezogen, wenn der Schutz eines Einzelnen erfolgen «muss», es jedoch an einer entsprechenden Schutznorm fehlt. Dieses Vorgehen ist mit Zurückhaltung auszuüben, da die Gewährung von Schutz für den Einen immer auch eine Einschränkung der Persönlichkeit für den Anderen (d.h. den Verletzer) bedeutet.

2. Charakterisierung der Persönlichkeitsrechte

2.1 Nichtvermögenswerte (ideelle Güter) als Schutzobjekte

Der Persönlichkeitsschutz schützt ideelle (nicht jedoch materielle) Güter. Persönlichkeit ist als solche nicht vermögensrechtlicher Natur. Eine Verletzung kann aber einen wirtschaftlich messbaren Schaden nach sich ziehen, und eine Ersatzpflicht (Schadenersatz, Genugtuung oder Gewinnherausgabe) auslösen. Es handelt sich dabei jedoch jeweils um bloße Folgeansprüche einer Verletzung der ideellen Persönlichkeit.

2.2 Höchstpersönliche Rechte

Es handelt sich um relativ höchstpersönliche Rechte i.S.v. Art. 19c ZGB. Das heisst, dass sie durch den minderjährigen oder umfassend verbeiständeten Urteilsfähigen ohne die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters ausgeübt werden können. Der Urteilsunfähige kann jedoch nicht handeln (Art. 18 ZGB) und muss sich daher durch seinen gesetzlichen Vertreter vertreten lassen.

2.3 Absolute Rechte

Persönlichkeitsrechte sind absolute Rechte und richten sich gegen alle anderen Rechtssubjekte. Sie müssen von jedermann respektiert werden (Wirkung «erga omnes»). Relative Rechte hingegen richten sich nur gegen eine bestimmte Person und sind nur für diese beachtlich (z.B. Mietrecht oder Arbeitsrecht).

2.4 Negatorische Wirkung des Persönlichkeitsschutzes

Die Persönlichkeitsrechte dienen der Abwehr von faktischen Eingriffen, d.h. es geht jeweils um ein Unterlassen resp. Beseitigen der Störung. Es kann kein Tun gefordert werden.

2.5 Unverjährbarkeit

Persönlichkeitsrechte können nicht verjähren. Gegen eine Verletzung kann so lange vorgegangen werden, wie eine übermässige rechtliche Bindung (Art. 27) vorliegt oder eine faktische Störung gemäss Art. 28 andauert resp. eine Gefährdung besteht. Vorbehalten bleibt der Rechtsmissbrauch (Art. 2 ZGB). Für Folgeansprüche wie Schadenersatz, Genugtuung und Gewinnherausgabe gelten jedoch die Verjährungsfristen.

2.6 Unübertragbarkeit

Persönlichkeitsrechte sind grundsätzlich nicht abtretbar. Hat eine Verletzung hingegen schon stattgefunden, steht der Abtretung der damit verbundenen Vermögensrechte (Schadenersatz- und Bereicherungsanspruch) grds. nichts im Wege.

2.7 Unvererblichkeit

Die Vermögensrechte erlöschen grds. mit dem Tod ihres Trägers (vgl. BGE 129 I 302, Nr. 1 im Reader). Vermögensrechte gehen jedoch auf die Erben über. In der Verletzung des Verstorbenen kann zudem ein Verstoss gegen die Persönlichkeitsrechte der Angehörigen liegen, die unter Umständen befugt sind, aus eigenem Recht gegen die Störung vorzugehen.

Anspruch	Grundlage	Übertragbarkeit	Vererblichkeit
Persönlichkeitsrechtlicher Anspruch	Art. 28a Abs. 1 und 2 ZGB	Nein	Nein
Vermögensrechtlicher Anspruch	OR (Art. 28a Abs. 3 ZGB als Verweisnorm)	Ja, sofern die Verletzung bereits stattgefunden hat	Ja
Genugtuungsanspruch	OR (Art. 28a Abs. 3 ZGB als Verweisnorm)	Umstritten	Umstritten

2.8 Unverzichtbare Rechte

Persönlichkeitsrechte sind als solche unverzichtbar (Art. 27 ZGB). Eine Einwilligung zu einer Persönlichkeitsverletzung ist dagegen grundsätzlich möglich. Diese kann jedoch widerrufen werden.

3. Subjekte des Persönlichkeitsschutzes

Subjekte des Persönlichkeitsschutzes sind nicht nur natürliche, sondern auch juristische Personen (im Rahmen von Art. 53 ZGB). Umstritten ist, ob eine in ihren Persönlichkeitsrechten verletzte juristische Person einen Anspruch auf Genugtuung hat. BGER hat dies im Grundsatz bejaht, gemäss h.L. kann eine juristische Person aber keine «seelische Unbill» empfinden, höchstens die hinter ihr stehenden Organpersonen können dies und in der Folge auch Genugtuung verlangen.

4. Persönlichkeitsschutz unter Privaten und gegenüber dem Staat

Wo ein Verhältnis zwischen Bürger und Staat in Frage steht, ist der Anwendungsbereich von Art. 28 ff. ZGB nicht mehr betroffen. In den Vordergrund rückt dann das Grundrecht der persönlichen Freiheit (Art. 10 BV). Der Schutzbereich dieses Grundrechts umfasst insbesondere das Leben, die Würde, die Ehre und die Privatsphäre. Ebenfalls gewährleistet Menschenrechte den Schutz gewisser Persönlichkeitsrechte (Art. 8 und Art. 10 EMRK). Eine Einschränkung dieser Rechte ist denkbar, sofern sie sich auf Art. 36 BV stützt (gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit, Kerngehalt nicht unterdrückt).

Die Abgrenzung ist nicht immer einfach, z.B. Privatspital (Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 ZGB) und öffentliches Spital (Grundrechtsverletzung).

Im Strafrecht gibt es aufgrund Art. 1 StGB (nulla poena sine lege) keine Generalklausel, weshalb nur ein punktueller Schutz von Persönlichkeitsrechten gewährleistet ist. Aufgrund des Grundsatzes der Unabhängigkeit von Zivil- und Strafrecht, muss was zivilrechtlich verpönt ist nicht unbedingt auch strafrechtlich relevant sein, i.d.R. geht der zivilrechtliche Schutz deutlich weiter als der strafrechtliche (z.B. bei Ehrverletzungen). Allenfalls ist eine Kumulation von Massnahmen denkbar, wenn ein Verhalten straf-, zivil und verwaltungsrechtliche Rechtsfolgen nach sich zieht. Für jeden Rechtsbereich ist aber separat zu prüfen, ob die Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind und welche Rechtsfolgen das Verhalten hat.

5. Dualismus des privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes

Art. 28 ZGB

Bezweckt den Schutz einer Person vor bestimmten faktischen Beeinträchtigungen durch Dritte innerhalb eines bestimmten Schutzbereichs. Der Schutz liegt hier somit auf der Ebene des Faktischen.

Art. 28 ZGB betrifft den Schutz der Person vor Dritten (externer Schutz). Es besteht (meist) keine Beziehung zwischen Verletzer und Verletzten.

Es besteht eine Wechselwirkung zu den Sondervorschriften, diese gründen einen allgemeinen Persönlichkeitsschutz, sind aber auch zur Auslegung der Generalklauseln in analogen Fällen heranzuziehen. Beispiele für Sondervorschriften: Art. 29 ZGB, Art. 268c ZGB, Art. 47 OR, Art. 328 OR, sowie in gewissen Spezialgesetzen (Kartellgesetz, Datenschutzgesetz, etc.)

Art. 27 ZGB

Bezweckt den Schutz des Individuums bzw. der juristischen Person vor rechtsgeschäftlichen Bindungen, welche die persönliche Freiheit beschränken → Schutz vor übermässiger rechtsgeschäftlicher Bindung. Der Schutz liegt hier somit auf der Ebene des Normativen.

Bei Art. 27 ZGB geht es zudem um den Schutz der Person vor sich selbst (internen Schutz). Es besteht eine Beziehung zwischen Verletzer und Verletzten.

Sondervorschriften: Art. 70 Abs. 2 ZGB, Art. 91 Abs. 2 ZGB, Art. 202 Abs. 2 ZGB, Art. 749 ZGB, Art. 34 OR, Art. 141 Abs. 1 OR, Art. 163 Abs. 3 OR, etc.

VII. Persönlichkeitsschutz nach Art. 28 ZGB

Art. 28 ZGB schützt die natürliche und die juristische Person vor persönlichkeitsverletzenden faktischen Beeinträchtigungen durch Dritte. Die Bestimmung verleiht dem Einzelnen ein Recht auf Unversehrtheit in den geschützten Persönlichkeitsbereichen, indem gegen jeden «Angreifer» das Gericht angerufen werden kann. Art. 28 ZGB enthält somit ein (privatrechtliches) stillschweigendes allgemeines Verbot unerlaubter Eingriffe in die Persönlichkeitssphäre anderer.

Art. 28 ZGB kann nur im Rahmen privatrechtlicher Verhältnisse angewendet werden, jedoch können sich auch juristische Personen des öffentlichen Rechts gegenüber Privaten auf Art. 28 ZGB berufen, z.B. bei einer Ehrverletzung einer juristischen Person des öffentlichen Rechts.

1. Tatbestand von Art. 28 ZGB

Art. 28 ZGB formuliert nur den Tatbestand, die Rechtsfolgen ergeben sich aus Art. 28a ZGB!

1.1. Schema/Vorgehen

➔ Ist der Schutzbereich des Art. 28 ZGB («Persönlichkeit») betroffen?

- ➔ Falls ja: Liegt eine eigentliche «Verletzung» der Persönlichkeit vor?
- ➔ Falls ja: Liegt (ausnahmsweise) ein Rechtfertigungsgrund vor?
- ➔ Falls nicht: Welche Rechtsbehelfe stehen in Frage?
 - Sind die spezifischen Voraussetzungen der einzelnen Rechtsbehelfe erfüllt?
 - Können und sollten vorsorgliche Massnahmen ergriffen werden?

1.2. Schutzbereich von Art. 28 ZGB / Persönlichkeit

Bei Art. 28 ZGB handelt es sich um eine Generalklausel.

Physische Persönlichkeit

Damit sind sowohl die körperliche Integrität als auch die körperliche Bewegungsfreiheit gemeint.

Der Arzt kann trotz seines Bemühens um eine Besserung des Gesundheitszustandes des Patienten keine Sonderstellung beanspruchen. Es kommt daher nicht darauf an, ob ein ärztlicher Eingriff aus medizinischer Sicht sinnvoll ist oder nicht. In aller Regel ist nur zulässig, was der Patient will und alles was gegen seinen Willen erfolgt, ist rechtswidrig. Vorbehalten bleibt ausnahmsweise die Lebensrettung.

Somit sind Heileingriffe nur mit Einwilligung (konkludent, stellvertretend, mutmasslich) zulässig. Die gültige Einwilligung setzt eine ausreichende Aufklärung des Patienten voraus. Die Beweislast für eine rechtsgenügende Einwilligung trifft den Arzt. Die ungenügende Aufklärung führt zu einer Haftung des Arztes (Schadenersatz und/oder Genugtuung) – und zwar unabhängig vom Heilungserfolg. Denkbar ist auch eine hypothetische Einwilligung (Konkreter Patient hätte bei ordnungsgemässer Aufklärung seine Zustimmung zum Eingriff erteilt)

Aufgrund des negatorischen Charakters (Abwehrrechte) ist eine Verletzung der Persönlichkeit zudem nur durch ein Tun möglich, nicht aber durch Unterlassen einer an sich erforderlichen Behandlung. Die Unterlassung kann jedoch eine Vertragsverletzung oder Verletzung einer öffentlich-rechtlichen Pflicht bedeuten.

Emotionale resp. Affektive Persönlichkeit (= psychische Integrität)

Zur durch Art. 28 ZGB geschützten Persönlichkeit gehört auch das Gefühlsleben der natürlichen Person, d.h. der seelisch-emotionale Lebensbereich. Damit eine rechtlich relevante Verletzung vorliegt, muss die Gefühlsphäre unmittelbar und nachhaltig beeinträchtigt werden.

- **Zufügung von physischem Schmerz**
Physischer Schmerz ist psychische Realität und beeinträchtigt als solche die Gefühlsphäre des Verletzten. Es kommt Klage auf Genugtuung in Frage («Schmerzensgeld»)
- **Körperliche Entstellung**
Bewirkt eine Minderung der Lebensfreude des Betroffenen. Sie gibt Anlass zu Schadenersatz und/oder Genugtuung (z.B. Entstellung des Gesichts durch Hundebiss, Auffällige Narbe als Folge des Unfalls, Verlust mehrerer Fingerglieder, etc.)
- **Tötung bzw. schwere physische Schädigung eines Angehörigen**
Die Genugtuungsansprüche sind in Art. 47 OR geregelt. Unter den Begriff «Angehörige» fallen der Ehegatten, der Konkubinatspartner und die nächsten Angehörigen des Getöteten. Voraussetzung ist eine enge gefühlsmässige Bindung zum Verstorbenen.
- **Pietätsgefühl**
Gefühle der Angehörigen werden verletzt, z.B. bei Ehrverletzenden Äusserungen gegen den Verstorbenen.
- **Schutz der ehelichen und/oder familiären Beziehungen**
Die Bestimmungen des Eheschutzes schliessen als lex specialis die besonderen Persönlichkeitsrechtlichen Klagen (Art. 28a Abs. 1 ZGB) gegen den Ehepartner grundsätzlich aus.

Der Schutz der Beziehung des Kindes zu den Eltern erfolgt vorab durch die Regeln des Kindsschutzes (Art. 307 ff ZGB). Eine Persönlichkeitsverletzung liegt aber z.B. bei Behauptung einer Vaterschaft eines Mannes, welcher eine Affäre mit der Ehefrau unterhält, da dies die familiäre Beziehung stört.

- **Mobbing, Drohungen, Stalking**

Sobald die Harmlosigkeitsschwelle überschritten wurde.

Soziale Persönlichkeit: Ehre

Darunter versteht man die Geltung, auf die eine Person in der Gesellschaft Anspruch hat. Dies umfasst:

- ➔ Primärbereich/Ehre im engeren Sinn: menschlich-sittliche Geltung, d.h. der gute Ruf des Individuums – der Primärbereich ist auch strafrechtlich geschützt.
- ➔ Sekundärbereich/Ehre im weiteren Sinn: Gesellschaftliche Geltung ganz allgemein (sozialer Bereich), dazu gehören Dinge, die man sich erarbeitet hat (z.B. die berufliche oder politische Ehre sowie der Sport)

z.B. Zeitschrift berichtet über namentlich genannten Arzt, dieser sei nicht auf dem neusten Stand (= gesellschaftliche Geltung) und verrechne massiv übersetzte Honorarforderungen (= menschlich-sittliche Geltung).

Im *politischen Diskurs* wird die Grenze zur Ehrverletzung höher angesetzt: die hohe Bedeutung der Meinungsbildung in einer demokratischen Gesellschaft hat zur Folge, dass die Exponenten (Politiker) mehr ertragen müssen.

Im Zusammenhang mit einer *humoristischen/satirischen Darstellung* ist nur dann von einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung auszugehen, wenn die Darstellung «die ihrem Wesen eigenen Grenzen in unerträglichem Mass überschreitet», selbst wenn sie als «taktlos und unanständig empfunden wird». Obschon Art. 28 ZGB Platz für Humor lässt, muss eine betroffene Person eine das tragbare Mass überschreitende Darstellung nicht dulden.

Formen ehrverletzender Äusserungen

- **Tatsachenbehauptung:**

unmittelbare Kundgabe eines konkreten, als objektiv geschehenen bzw. bestehenden Ereignis. Persönlichkeitsverletzend sind daher unrichtige Tatsachenbehauptungen oder wahrheitswidrige Darstellungen von Tatsachen, wenn sie durch Art und Form eine unrichtige Vorstellung hervorruft. Frage der Wahrheit/Unwahrheit ist dem Beweis zugänglich.

- **Gemischtes Werturteil**

Werturteil = Ausdruck von Geringschätzung oder Missachtung gegenüber einer Person. Gemischte Werturteile = Verbindung einer Tatsachenbehauptung mit einem Werturteil.

Das *gemischte Werturteil* bestimmt sich damit auf eine bestimmte Tatsache (z.B. wird ein Politiker aufgrund seiner politischen Entscheidungen als rechtsextrem bezeichnet), d.h. es verweist auf einen Tatsachenkern, der dem Beweis zugänglich ist. Gemischte Werturteile dürfen nicht auf unzutreffenden Tatsachenbehauptungen beruhen.

- **Reines Werturteil**

Reine Werturteile (z.B. Bewertung eines Politikers als unfähig) sind grundsätzlich zulässig. Beweis ist nicht möglich. Es kann nicht gesagt werden, ob die Aussage stimmt oder nicht.

Ehrverletzungen durch die Presse

Grundsätzlich gibt es keine Sonderstellung der Presse.

Eine durch Verbreitung falscher Tatsachen erfolgte Verletzung der Persönlichkeit ist grundsätzlich widerrechtlich. Es gibt kein überwiegendes Informationsinteresse an «Fake News».

Allerdings ist nicht jede unwahre Behauptung der Presse persönlichkeitsverletzend. Die Behauptung muss ein gewisses Mass bzw. eine gewisse Bedeutung bzgl. Der Falschinformation erreicht haben (gemäss BGer: betroffene Person wird in einem falschen Licht gezeigt). Bei kleineren Ungenauigkeiten handelt es sich demgegenüber nicht um eine Persönlichkeitsverletzung.

- ➔ Das Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit muss gegen das Interesse des Betroffenen abgewogen werden (objektive Berichterstattung ist nur dann rechtmässig, wenn ihre Publikation im öffentlichen Interesse liegt, vgl. «Ist der Graf ein echter Graf?», BGer 5A 76/2018, Nr. 6 im Reader).

Soziale Persönlichkeit: Informationelle Privatheit

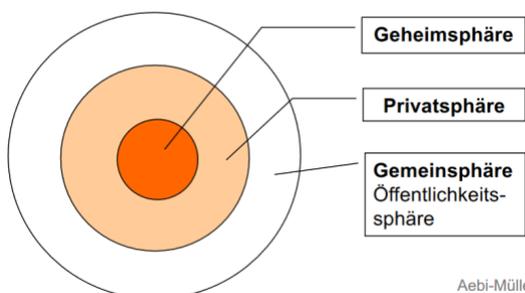
Der Schutz der informationellen Privatheit soll verhindern, dass jede private Lebensäusserung der Allgemeinheit bekannt wird. Der Einzelne soll sich nicht dauernd beobachtet fühlen, sondern selber bestimmen dürfen, wer welches Wissen über ihn haben darf resp. welche personenbezogenen Begebenheiten einer weiteren Öffentlichkeit verborgen bleiben sollen.

Er ist unabhängig vom Schutz der Ehre, da die fraglichen Tatsachen nicht ehrenrührig oder unwahr sein müssen. Eine Verletzung der informationellen Privatheit kann sich auch bei wahren Äusserungen ergeben, wohingegen die Ehre v.a. mit unwahren Äusserungen verletzt wird. Im Einzelfall kann die Abgrenzung zum Ehrenschatz aber schwierig sein, insbesondere wenn die fraglichen Tatsachen nicht bewiesen oder nicht allgemein bekannt sind.

Bei vollständiger Anonymisierung ist die informationelle Privatheit nicht verletzt!

Drei-Sphären-Theorie

Literatur und Rechtsprechung gehen von einer Dreiteilung des gesamten Lebensbereichs eines Menschen aus.



- **Gemeinsphäre/Öffentlichkeitssphäre**

Lebenserscheinungen im Gemeinbereich («la vie publique»). Konkrete Lebensäusserungen des Einzelnen in der Öffentlichkeit, z.B. unpersönliches Auftreten an allgemein zugänglichen Orten und Veranstaltungen sowie persönliches Auftreten als Künstler und Redner. Der Vorgang spielt sich in der Öffentlichkeit ab.

Die Grenze zwischen der Gemein- und der Privatsphäre kann sich aber mit der Zeit verkürzen («Recht auf Vergessen»). Ein Ereignis, das zum Gemeinbereich gehört kann von der Bevölkerung vergessen werden und damit in den Privatbereich der betreffenden Person übergegangen sein. Wenn es sich um Personen der Zeitgeschichte handelt, besteht nur ein eingeschränktes Recht auf Vergessen.

- **Privatsphäre**

Die Privatsphäre («la vie privée») umfasst all jene Lebensäußerungen, die der Einzelne gemeinhin nur mit einem begrenzten, ihm relativ nahe stehenden Personenkreis teilen will oder muss (z.B. mit Angehörigen und Freunden, nicht jedoch mit der Öffentlichkeit).

- **Geheimsphäre**

Der Geheimbereich («la vie intime») umfasst diejenigen Lebensvorgänge, die der Kenntnis aller anderen Personen entzogen sein sollen, mit Ausnahme jener Person, denen eine Sache besonders anvertraut worden ist. Diese Sphäre ist nach Art. 28 ZGB (und auch im Strafrecht) absolut geschützt, d.h. es ist insofern kein Rechtfertigungsgrund denkbar.

Informationelle Selbstbestimmung

Die Drei-Sphären-Theorie zeigte sich aber insbesondere im Bereich der elektronischen Datenverarbeitung als ungenügend. Die Datenschutzgesetzgebung begründet im Ergebnis ein Recht auf informationelle Selbstbestimmung, wonach dem Einzelnen die Herrschaft über «seine» personenbezogenen Daten zukommt und zwar grundsätzlich ohne Rücksicht darauf, wie «sensibel» die fraglichen Informationen tatsächlich sind.

Informationelle Privatheit

Verfolgt einen pragmatischen Ansatz: Inwieweit, d.h. wann und in welcher Situation besteht ein Bedürfnis nach Schutz?

→ Das Bedürfnis des Einzelnen nach informationeller Privatheit ist dann und soweit zu schützen, als der Einzelne durch eine bestimmte Verhaltensweise in seiner Persönlichkeit tatsächlich und spürbar beeinträchtigt wird. Die Beeinträchtigung kann verschiedene Persönlichkeitsbereiche betreffen:

- **Beeinträchtigung der Unbefangenheit der Lebensgestaltung**
gezielte, mehr oder weniger systematische Beobachtung oder Ausforschung führt zu einem Verhalten unter falschen Voraussetzungen (Im Fall des Nichtwissens) oder zu Wutempfinden, Schamgefühl oder Enttäuschung (nach erfolgter Kenntnisnahme des Eingriffs)
- **Beeinträchtigung der selbstbestimmten Beziehungsgestaltung**
Durch Weiterverbreitung von personenbezogenen Daten an Dritte
- **Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Persönlichkeit**
durch unbefugte Informationsbeschaffung wird die Stellung des Betroffenen als Vertragspartner beeinträchtigt.

Fallgruppen der informationellen Privatheit

- Unbefugtes Ausforschen des Privatlebens**
Observation durch Privatdetektiv, Abhören privater Unterhaltungen, Abfangen und Ausforschen (elektronischer) Post, etc.
- Unbefugtes Weiterverbreiten personenbezogener Tatsachen**
z.B. Boulevardklatz ohne öffentliches Informationsinteresse, Abbildung einer jungen Frau in einem einschlägigen Magazin, wodurch sie in den Zusammenhang mit Pornografie und Prostitution gebracht wird,
- Speicherung von persönlichkeitsrelevanten Daten**
Risiko einer späteren Übermittlung an Dritte
- Recht am eigenen Bild**
Veröffentlichung des Bildes verletzt Recht auf informationelle Privatheit, insbesondere dann, wenn das Bild in einem Zusammenhang verwendet wird, der nicht mit dem Abgebildeten zu tun hat. Schon allein die fotografische oder filmische Aufnahme kann eine

Persönlichkeitsverletzung bedeuten. Bildmanipulationen/Fotomontagen als auch Verwendung in verfälschtem Kontext stellen i.d.R. Persönlichkeitsverletzungen dar.

Schutz von Personen des öffentlichen Lebens

Die Bekanntheit oder besondere Stellung einer Person kann zu erhöhtem berechtigten Interesse der Öffentlichkeit führen. Im Ergebnis können somit öffentliche Personen bzw. Personen der Zeitgeschichte nur geringen Schutz beanspruchen, da ihre Tätigkeit in gewissen Grenzen ein schützenswertes Interesse der Bevölkerung entstehen lässt, Tatsachen aus ihrem Berufs- und allenfalls auch Privatleben zu kennen (z.B. Abramowitsch-Fall).

Ähnliches gilt für Angehörige von Berufsarten mit qualifizierter Vertrauensstellung, z.B. Ärzte. Wobei sich hier die Berichterstattung auf Tatsachen aus bzw. im Zusammenhang mit dem beruflichen Bereich zu beschränken hat (z.B. BGE 126 III 209, Fall Kraka, Nr. 8 im Reader; hat der behandelnde Arzt eine ihm amtlich übertragene Pflicht verletzt, darf sein Name im Pressebericht erwähnt werden. Die Darstellung muss jedoch richtig sein; es kommt auf den Durchschnittsleser an).

Grenzen bilden das Berechtigte Informationsinteresse der Öffentlichkeit einerseits und andererseits auch das «Recht auf Vergessen» sowie das Privatleben von Künstlern (Martin Suter's Sohn erstickt). Als Autor soll sein Privatleben privat bleiben!

Recht auf wirtschaftliche Entfaltung

Es geht nicht um Anspruch auf bestimmte Marktstellung, sondern um die Freiheit des Einzelnen, aufgrund eigener Entscheidungen seine Persönlichkeitsattribute (Arbeitskraft, Name, Prominenz) gegen Entgelt kommerziell zu verwerten (oder im Gegenteil auf eine solche Verwertung zu verzichten), z.B. bei Sperrungen/Boycott: Ein Mitglied eines Vereins als massgebende Organisation des betreffenden Wirtschaftszweigs/Berufsstandes darf nur als wichtigen Gründen aus dem Verein ausgeschlossen werden, vgl. BGE 123 III 193; Nr. 9 im Reader). Dies erlangt auch zunehmende Bedeutung im Spitzensport (Fussball) oder bei der sog. **Zwangskommerzialisierung** (z.B. unerlaubte Werbung mit Bild oder erfundene Interviews).

Recht auf den Namen

Vgl. unten Ziff. XI

1.3. Verletzung der Persönlichkeit

Die Verletzung muss mehr als nur harmlos sein, sondern muss eine gewisse Intensität erreichen. Es muss sich um eine eigentliche Verletzung handeln, die sich niemand gefallen lassen muss (keine Sozialadäquanz). Es darf sich nicht um eine harmlose Beeinträchtigung, die sich praktisch notwendigerweise aus dem menschlichen Zusammenleben ergibt handeln (z.B. das Anrempeln einer Person, Behinderung der Bewegungsfreiheit im Weihnachtsrummel). Dies beurteilt sich nach dem objektiven Massstab.

Der Beweis der Verletzung muss durch den Kläger erbracht werden.

1.4. Rechtfertigungsgrund

Die Verletzung der Persönlichkeit ist grundsätzlich widerrechtlich, sofern sie nicht durch einen Rechtfertigungsgrund gerechtfertigt ist (Art. 28 Abs. 2 ZGB).

Der Beweis des Rechtfertigungsgrundes hat durch den Beklagten zu erfolgen.

a) Einwilligung des Verletzten

Willigt der Verletzte gültig in den Tatbestand der Persönlichkeitsverletzung ein, entfällt die Widerrechtlichkeit der Verletzung.

Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung:

- **Urteilsfähigkeit des Betroffenen**
- **Hinreichende Bestimmtheit der Einwilligung**
muss aber nicht ausdrücklich erteilt werden, u.U. reicht eine konkludente Einwilligung. In bestimmten Fällen genügt auch eine mutmassliche Einwilligung (z.B. bei urteilsunfähigen Unfallopfern). Bei dauernder Urteilsunfähigkeit kann bei relativ höchstpersönlichen Rechten der Vertreter die Einwilligung erteilen.

Bei der Ausübung eines Sports besteht die Vermutung einer Einwilligung in die unter Befolgung der Spielregeln möglichen und üblichen Verletzungen. Darüberhinausgehende Verletzungen sind widerrechtlich.

- **kein unzulässiger Gegenstand der Einwilligung**
Einwilligung darf nicht gegen die guten Sitten oder das geltende Recht verstossen.
z.B. Einwilligung in Tötung oder Verstümmelung
- **kein (gültiger) Widerruf der Einwilligung**
Die Einwilligung kann bis zum erfolgten Eingriff widerrufen werden.

b) überwiegendes öffentliches oder privates Interesse

Es liegt eine Persönlichkeitsverletzung vor, jedoch ergibt die Abwägung der in Frage stehenden Interessen, dass die durch den Verletzer geltend gemachten Interessen überwiegen. Die Verletzung ist daher rechtmässig, wenn der Verletzer ein «besseres Recht» an der Verletzung hat als die betroffene Person an der Achtung ihrer Persönlichkeitsrechte.

Privates Interesse des Verletzers

z.B. Verletzung der Privatsphäre oder der Ehre der Gegenpartei im Scheidungsprozess oder Interesse einer Versicherungsgesellschaft resp. der dahinterstehenden Versicherungsgemeinschaft Leistungen zu Unrecht erbringen zu müssen rechtfertigt Fotografien und Videoaufnahmen ohne Einwilligung (BGE 136 III 410, Nr. 7 im Reader)

Notwehr oder Notstand (i.d.R. nicht bloss finanzielle Interessen)

Öffentliches Interesse des Verletzers

Informationsinteresse der Öffentlichkeit (Informationsauftrag der Presse), Gerichtsberichtserstattung oder wissenschaftliches Interesse

Personen des öffentlichen Lebens (insb. Politiker) müssen sich wegen des erhöhten Informationsinteresses schwerere Eingriffe in ihre Persönlichkeitssphäre gefallen lassen. Keine Privilegierung der Medien rechtfertigt sich aber wenn Persönlichkeitsverletzungen mit dem Ziel der Auflagen- oder Gewinnsteigerung in Kauf genommen werden.

c) gesetzliche Grundlage

Privatrechtliche Spezialnormen gehen als lex specialis Art. 28 ZGB vor, z.B. Weisungs- und Erziehungsrecht der Eltern (Art. 301 ff. ZGB) oder öffentlich-rechtliche Vorschriften, die einer Privatperson ein bestimmtes Verhalten vorschreiben (z.B. Pflicht zur Hilfeleistung bei einer Strassenverkehrsunfall). Öffentlich-rechtliche Normen, auf die sich der Eingriff im Einzelfall stützt sind hingegen keine Rechtfertigungsgründe i.S.v. Art. 28 Abs. 2 ZGB, da sich die betroffene Person auch nicht auf den Schutz von Art. 28 ZGB berufen kann.

1.5. Rechtsbehelfe (Art. 28a und Art. 28b ZGB)

Aktivlegitimation: Wer kann klagen?

Jede Person, die sich in ihrer Persönlichkeit verletzt fühlt (auch juristische Personen).

Wird eine bestimmte Personengruppe kollektiv in ihrer Persönlichkeit verletzt, bedeutet dies nur in seltenen Fällen auch eine Persönlichkeitsverletzung der einzelnen Gruppenmitglieder (z.B. «die Jus-studierenden in Luzern sind dumm und faul»).

Anerkannt ist hingegen ein Verbandsklagerecht der Vereine oder Verbände, um ihre Mitglieder vor Persönlichkeitsverletzungen zu schützen. Voraussetzung dafür ist, dass der Verband nach seinen Statuten die Interessen der Mitglieder wahrt und diese selbst zur Klage legitimiert wären.

Passivlegitimation: Gegen wen kann man Klage einreichen?

«Gegen jeden, der an der Verletzung mitgewirkt hat», Art. 28 Abs. 1 ZGB

Passivlegitimiert sind somit alle (Mit-)Urheber der Verletzung, d.h. Allein- und Mittäter, Anstifter und Gehilfen – so kann bei einem Presseartikel gegen den Herausgeber, den Redaktor, den Journalisten, den Drucker oder den Verteiler des Textes richten. Auch bloss untergeordnete Mitwirkung ermöglicht eine Klage (Blog-Hoster, Kioskfrau, FB-Like, etc.). Dem Verletzten steht die Wahl zu, gegen wen er klageweise vorgehen will. Für reparatorische Ansprüche wird aber ein persönliches Verschulden vorausgesetzt.

Spezifische und «allgemeine» Klagen

Spezifische Klagen	Allgemeine Klagen (Verweismorm Art. 28a Abs. 3 ZGB)
Unterlassungsklage	Schadenersatzklage
Beseitigungsklage	Genugtuungsklage
Feststellungsklage	Gewinnherausgabeklage
Publikations-/Berichtigungsbegehren (im Zusammenhang mit der Beseitigung oder Feststellung.	
Massnahmen bei häuslicher Gewalt und Stalking	

Die allgemeinen Klagen können anstelle der oder gehäuft mit den spezifischen persönlichkeitsrechtlichen Klagen von Art.28a Abs. 1 und 2 angebracht werden.

Typischer Anwendungsbereich

Art der Verletzung	Beispiel	In Frage kommende Sanktionen
Störungshandlung und Störung sind abgeschlossen	Zufügung von physischem Schmerz	Klage auf Feststellung Schadenersatz und/oder Genugtuung; allenfalls Gewinnherausgabe
Störungshandlung ist abgeschlossen, Störung dauert an	Ehrverletzung durch die Presse	Beseitigungsklage; Feststellungsklage sowie allenfalls Genugtuung und Schadenersatz, Gewinnherausgabe
Störungshandlung dauert an	Boycott	Feststellungsklage Unterlassungsklage Schadenersatz und Genugtuung, Gewinnherausgabe
Unmittelbar bevorstehende Störungshandlung	Bevorstehende Ehrverletzung	Unterlassungsklage, allenfalls Feststellungsklage

Die spezifischen Klagen

Klage auf Unterlassung

Dem Beklagten wird verboten, in der Zukunft ein bestimmtes Verhalten anzunehmen, das zu einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung führen würde.

Die Klage ist immer dann möglich, wenn eine Verletzung der Persönlichkeit droht. Der Kläger hat eine drohende Gefahr nachzuweisen. Die Klage greift in die Zukunftsgestaltung des Beklagten ein und ist deshalb möglichst präzise und detailliert zu umschreiben. Aufgrund des Zeitfaktors wird diese Klage besonders oft als vorsorgliche Massnahme eingereicht.

Beispiel: *«Es sei der Beklagten zu verbieten, gegenüber Drittpersonen, Behörden, etc. die Behauptung aufzustellen, der Kläger habe sie sexuell missbraucht.»*

Klage auf Beseitigung

Der Beklagte wird verurteilt, die Ursachen einer noch bestehenden widerrechtlichen Verletzung der Persönlichkeitsrechte des Klägers zu beseitigen. Meist geht es um Zeitungen, Bücher, Bilder und in jüngster Vergangenheit auch um Websites. Der Beklagte wird verurteilt, die Verbreitung der Zeitung zu unterbrechen resp. das Buch vom Markt zurückzuziehen.

Wird besonders oft zusammen mit Feststellungs- oder Unterlassungsklage behauptet!

Beispiel: *«Es sei der Beklagte unter Androhung der Ungehorsamstrafe nach Art. 292 StGB zu verurteilen, den Schriftzug am Klubhaus der Klägerin binnen fünf Tagen zu überstreichen»*

→ Jeweils verbinden mit Strafandrohung und evt. Ersatzvornahme (mache es selbst oder lasse es bezahlen).

Klage auf Feststellung

Zielt darauf ab, gerichtlich festzustellen, dass ein bestimmtes, zurückliegendes Verhalten des Beklagten, das sich weiterhin auswirkt, die Persönlichkeitsrechte des Klägers widerrechtlich verletzt.

Häufigster Rechtsbehelf im Zusammenhang mit Art. 28 ZGB.

Voraussetzung hierfür ist ein hinreichendes Feststellungsinteresse, d.h. schützenswertes Interesse an der Beseitigung der Verletzung.

Die Klage kann dann erhoben werden, wenn sich die Verletzung weiterhin störend auswirkt. Das Fortdauern des Störungszustandes genügt, namentlich durch den Fortbestand der verletzenden Äusserung auf einem Äusserungsträger (z.B. Zeitungsartikel).

Häufung mit anderen Ansprüchen (u.a. Unterlassung) ist oft sinnvoll, für den Fall, dass diese Klagen abgewiesen werden z.B. weil der Wiederholungsrisiko entfallen ist).

Beispiel: *«Es sei festzustellen, dass die Darstellung (...) eine Persönlichkeitsverletzung darstellt.»*

Mitteilung oder Publikation einer Berichtigung oder eines Urteils

Es handelt sich um einen sekundären Anspruch, der einen der Klagegründe nach Art. 28a Abs. 1 ZGB voraussetzt. Der Richter kann den Inhalt der Berichtigung und die Modalitäten der Veröffentlichung bestimmen.

Begehren um Urteilspublikation → Veröffentlichung des Urteilsdispositiv

Berichtigungsbegehren → Verpflichtung des Beklagten eine berichtigende Darstellung in Presseerzeugnissen abzugeben (gibt es eher selten)

Beispiel: «Es sei die Beklagte zu verpflichten, das Urteil in der nächsten auf das Urteil folgenden Ausgabe (...) zu veröffentlichen».

Schutz vor häuslicher Gewalt und Stalking

Art. 28b ZGB ist erst seit 2007 in Kraft und konkretisiert resp. erweitert die gerichtlichen Handlungsmöglichkeiten:

- Verbot der Annäherung und Aufenthalt an bestimmten Orten (Rayonverbot)
- Verbot der Kontaktaufnahme (Kontaktverbot)
- Ausweisung des Täters aus der Wohnung bei häuslicher Gemeinschaft mit dem Opfer

Die Aufzählung ist nicht abschliessend.

Die Massnahme muss geeignet und erforderlich sein, um die drohende Verletzung zu verhindern. Zudem muss sie dem Beklagten zumutbar sein.

Je schwerer die Bedrohung oder Gewaltanwendung wiegt, desto einschneidender darf der gerichtliche Eingriff sein.

Die praktische Bedeutung ist eher gering (in der Praxis meist subsidiär zu polizeilichen Massnahmen).

Die Allgemeinen Klagen

Klage auf Schadenersatz (Art. 28a Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 41 OR)

Die Schadenersatzklage zielt darauf ab, den Beklagten zu Geldersatz für (materiellen) Vermögensschaden zu verurteilen.

Voraussetzungen/Tatbestandselemente

a) Schaden

Schaden ist eine unfreiwillige Vermögensminderung. Er besteht in einer Verminderung der Aktiven, Vermehrung der Passiven oder entgangenem Gewinn.

Der Schaden entspricht i.d.R. der Differenz zwischen dem aktuellen Stand des Vermögens und jenem hypothetischen Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (Differenztheorie).

Der Schaden ist grds. ziffernmässig nachzuweisen. Der Richter kann ihn jedoch unter Umständen auch nach Ermessen festlegen (Art. 42 Abs. 1 und 2 OR).

b) Widerrechtlichkeit

Jeder widerrechtliche Eingriff in die Persönlichkeit bewirkt gleichzeitig die Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR. Wenn jedoch ein Rechtfertigungsgrund besteht, entfällt auch die Widerrechtlichkeit der Schadenszufügung.

c) Kausalzusammenhang

Zwischen dem eingetretenen Schaden und dem Verhalten muss sowohl ein natürlicher wie auch adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Ein natürlicher Kausalzusammenhang besteht, wenn das Verhalten nicht hinweggedacht werden kann ohne dass auch der Erfolg entfiere (conditio sine qua non). Die Persönlichkeitsverletzung muss zudem auch adäquate Ursache der Vermögenseinbusse sein. Das beanstandete Verhalten muss nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet sein, einen Schaden von der Art des eingetretenen zu verursachen.

z.B. Person verliert aufgrund Persönlichkeitsverletzung eine Stelle und wird daraufhin chronisch depressiv. Die andauernde Arbeitsunfähigkeit aufgrund Depression ist nach drei Jahren nicht mehr adäquat kausal für die Persönlichkeitsverletzung.

d) Verschulden/Kausalhaftung

Die widerrechtliche, adäquat kausal zugefügte Schädigung muss dem Schädiger zugerechnet werden können. Die Zurechnung erfolgt aufgrund des Verschuldens (Fahrlässigkeit oder Absicht). Dafür muss Urteilsfähigkeit gegeben und eine Sorgfaltspflichtverletzung vorliegen. Unabhängig vom Verschulden kann auch ein Kausalhaftungsgrund bestehen, z.B. die Geschäftsherrenhaftung (Art. 55 OR; Geschäftsherr haftet für falsche Arbeit seiner Hilfspersonen, wenn er nicht nachweist, dass er die Hilfspersonen sorgfältig ausgewählt, instruiert und überwacht hat) oder die Organhaftung (Art. 55 ZGB).

Beispiel: «*Es sei der Beklagte zu verpflichten, dem Beklagten Schadenersatz in der Höhe von Fr. 50'000.- zu bezahlen*»

Klage auf Genugtuung (Art. 28a Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 47 oder Art. 49 OR)

Die Genugtuungsklage zielt darauf ab, den Beklagten zu einer Geld- oder anderen Leistung als Abgeltung für die erlittene materielle Unbill zu verurteilen.

Die Genugtuung dient nicht dem Vermögensausgleich.

Voraussetzungen/Tatbestandselemente

a) schwere seelische Unbill

Die Wiedergutmachung der seelischen Unbill muss sich aufgrund der Schwere der Verletzung rechtfertigen.

b) Kausalzusammenhang

Analog Schadenersatz

c) Widerrechtlichkeit

Analog Schadenersatz

d) Verschulden/Kausalhaftung

Analog Schadenersatz. Ist im Gesetz zwar nicht ausdrücklich genannt, es benötigt aber trotzdem wenigstens ein leichtes Verschulden des Verletzers.

Klage auf Herausgabe des Gewinns (Art. 28a Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 423 OR)

Unter Umständen kann der Verletzer von der Persönlichkeitsverletzung profitiert und einen Gewinn erzielt haben. Die Gewinnherausgabeklage zielt darauf ab, durch Verurteilung zu einer Geldleistung Vermögensvorteile abzuschöpfen, die der Beklagte aufgrund einer Persönlichkeitsverletzung erzielt hat, z.B. BGE 133 II 153 (Fall Nr. 10 im Reader, Patty Schnyders Vater).

Voraussetzungen/Tatbestandselemente:

a) Widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung

Der Verletzer hat widerrechtlich in die Persönlichkeitsphäre der verletzten Person eingegriffen.

b) Gewinnerzielung

Der Geschäftsführer (Verletzer) hat einen Gewinn erzielt, d.h. konkrete Auflagensteigerung oder Erhaltung einer bestimmten Auflagenstärke

c) Kausalzusammenhang

Zwischen der Gewinnerzielung und dem Eingriff muss ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen.

Es muss kein Verschulden nachgewiesen werden!

Beispiel: «*Es sei der Beklagte zu verpflichten, den entstandenen Gewinn herauszugeben*»

Überblick über die verschiedenen Klagen

Zweck der Klage	Thema	Verschulden des Verletzers	Grundlage der Klage
Drohende Verletzung verbieten (bezogen auf die Zukunft)	Unterlassung	Nicht erforderlich	Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB ; Art. 28b ZGB
Bestehende Verletzung eliminieren (bezogen auf die Gegenwart)	Beseitigung	Nicht erforderlich	Art. 28a Abs. 1 Ziff. 2 ZGB
Rechtswidrigkeit der Verletzung feststellen	Feststellung	Nicht erforderlich	Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB
Mitteilung/Veröffentlichung von Berichtigung oder Urteil	Publikation bzw. Berichtigung	Nicht erforderlich	Art. 28a Abs. 2 ZGB
Zusprechung von Schadenersatz	Schadenersatz	Erforderlich resp. Kausalhaftungsgrund	Art. 28a Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 41 ff. OR
Zusprechung von Genugtuung	Genugtuung	Erforderlich resp. Kausalhaftungsgrund	Art. 28a Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 47 oder 49. OR
Herausgabe eines Gewinns	Gewinnherausgabe	Nicht erforderlich	Art. 28a Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 423 OR

1.6. Vorsorgliche Massnahmen (Art. 261 ff. ZPO)

Persönlichkeitsverletzungsverfahren ziehen sich oft in die Länge, daher sind vorsorgliche Massnahmen zulässig (Art. 261 ff. ZPO). Vorsorgliche Massnahmen können im Zusammenhang mit den spezifischen Klagen des Persönlichkeitsschutzes angeordnet werden, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass

- sie in ihrer Persönlichkeit widerrechtlich verletzt ist oder eine solche Verletzung zu befürchten ist
- dass ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wiedergutmachender Nachteil droht (sog. Nachteilsprognose)

Zwischen der (drohenden) Verletzung und dem Nachteil muss ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Zudem muss eine zeitliche Dringlichkeit bestehen.

Allenfalls schuldet der Gesuchsteller eine Sicherheitsleistung, nämlich dann, wenn die vorsorgliche Massnahme dem Gesuchgegner einen erheblichen Vermögensschaden zufügen kann. Dies für den Fall, sollte sich die vorsorgliche Massnahme in einem späteren Prozess als «falsch» erweisen.

Inhalt der vorsorglichen Massnahmen

Aufzählung im Gesetz ist nicht abschliessend, u.a.

- das vorsorgliche Verbot einer drohenden Verletzung (z.B. soll Fernsehsendung nicht ausgestrahlt werden oder Buch nicht publiziert werden).
- Die vorsorgliche Beseitigung einer eingetretenen Verletzung (z.B. soll ein Buch aus dem Handel zurückgezogen werden)

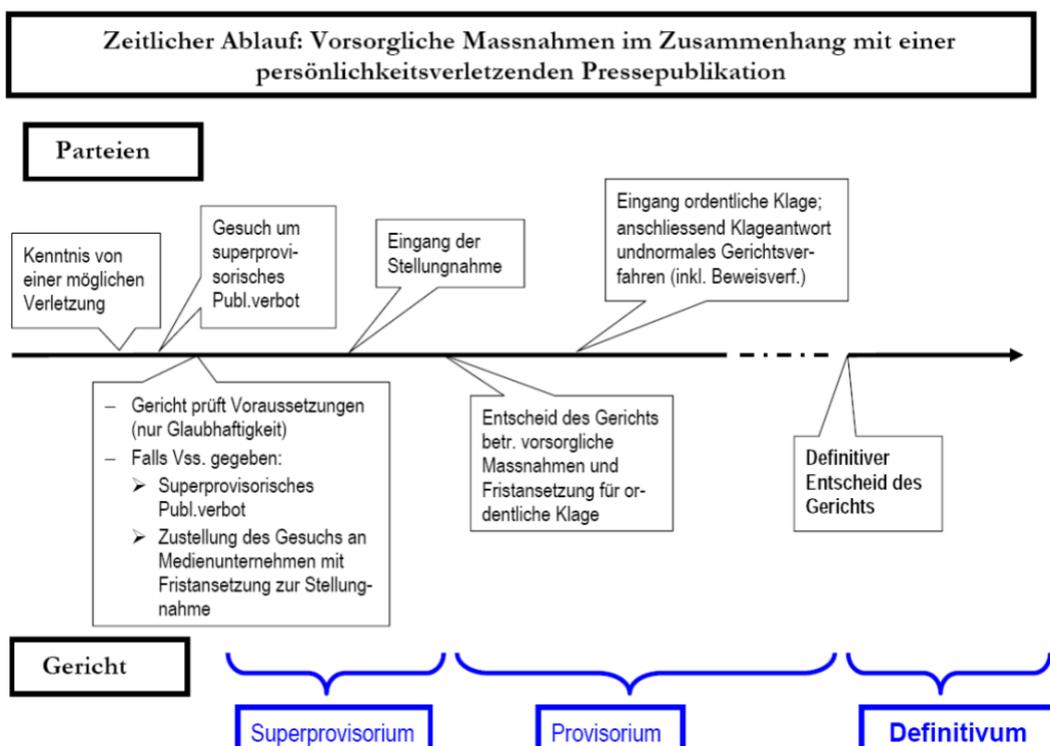
Besondere Voraussetzungen im Falle periodisch erscheinender Medien

Zur Verhinderung grundsätzlich unerwünschter privater Vorzensur, stellt das Gesetz besonders strenge Anforderungen, wenn es um vorsorgliche Massnahmen im Bereich «periodisch erscheinender Medien» geht. So darf eine vorsorgliche Massnahme nur angeordnet werden, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- Der Gesuchsteller hat glaubhaft (überwiegende Wahrscheinlichkeit) zu machen, dass ihm aus der drohenden oder eingetretenen Persönlichkeitsverletzung ein besonders schwerer Nachteil entsteht
- offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund vorliegt
- die Massnahme nicht unverhältnismässig erscheint (z.B. ganze Zeitung darf wegen eines kleinen Artikels nicht veröffentlicht werden)

Vorsorgliche Berichtigung ist zudem nur dann zulässig, wenn die Voraussetzungen für die Gegendarstellung fehlen! Weitere Klagen nach Art. 28a ZGB bleiben jedoch möglich.

Stadien des Prozesses bei Persönlichkeitsverletzungen



Superprovisorium (Art. 265 ZPO)

Vorsorgliches Verbot ohne Anhörung des Gegners (Verhalten sei unverzüglich gerichtlich zu verbieten)

Blitzartiger Rechtsschutz nach blossen «Glaubhaftmachen» der Voraussetzungen gleichzeitig mit der Verfügung Fristansetzung zur Stellungnahme (Gewährung rechtliches Gehör)

Wer Grund zur Annahme hat, dass gegen ihn ohne vorgängige Anhörung die Anordnung einer superprovisorischen Massnahme beantragt wird, kann seinen Standpunkt vorsorglich in einer Schutzschrift (Art. 270 ZPO) hinterlegen. Dem Gericht werden in der Schutzschrift die Gründe dargelegt, die gegen die superprovisorische Massnahme sprechen. Im Falle einer superprovisorischen Massnahme sind ist bei Vorliegen einer Schutzschrift deren Inhalt ebenfalls zu würdigen.

Provisorium (Art. 261 ff. ZPO)

Provisorischer Entscheid nach Anhörung des Gegners

Es wurden noch keine Beweismittel erhoben

Fristansetzung zur Erhebung der ordentlichen Klage → leitet der Kläger die ordentliche Klage nicht ein, fällt die vorsorgliche Massnahme dahin.

Nach Erlass der Superprovisorischen Massnahme oder wenn eine solche nicht verlangt oder abgewiesen wurde, beginnt das Stadium des Provisoriums. Der Gegner kann eine Vernehmlassung einreichen.

Definitivum (ordentlicher Prozess)

Endgültiger Entscheid, nachdem die Parteien vollen Beweis für die rechtserheblichen Tatsachen erbracht haben.

2. Die Gegendarstellung (Art. 28g ff. ZGB)

2.1 Zweck und Inhalt

Die Gegendarstellung soll es einer Person ermöglichen, das in einem periodischen Medium von ihr gezeichnete «Bild» zu korrigieren. Es geht daher um den Schutz von einseitiger Tatsachendarstellung in den Medien. Dabei knüpft das Recht auf Gegendarstellung an eine blosser Tatsachenbehauptung an, nicht an die widerrechtliche Verletzung der Persönlichkeit.

Damit soll der Grundsatz der Waffengleichheit zwischen dem Betroffenen und dem Medienunternehmen verwirklicht werden.

Die Richtigstellung einer Tatsachenbehauptung auf dem Weg vorsorglicher Massnahmen ist gegenüber periodisch erscheinenden Medien nur zulässig, wenn die Voraussetzungen des Rechts auf Gegendarstellung nicht erfüllt sind.

2.2 Voraussetzungen

- **Unmittelbare persönliche Betroffenheit**

Die in Frage stehende Tatsachendarstellung wirft in der Öffentlichkeit (für den Durchschnittsleser) ein ungünstiges Bild auf die betroffene Person.

Mit der Tatsachendarstellung wird jemand individuell angesprochen (es genügt, wenn der Identität ohne Weiteres bestimmbar ist).

- **Aufgrund einer Tatsachendarstellung (nicht Werturteil)**

Als Tatsache gilt, was bewiesen werden kann oder könnte. Werturteile hingegen vermitteln blosser Ansichten einer Person über andere Personen. Dem Durchschnittsleser bleibt dahingestellt, was er von derartigen Meinungsäusserungen halten will. Ein Werturteil ist keine Tatsachendarstellung.

Die Tatsachen können richtig sein, aber dermassen unvollständig und aus dem Zusammenhang gerissen, dass ein falsches Bild von der betroffenen Person entsteht, vgl. BGE 130 III 1 ff. (Reader Nr. 12)

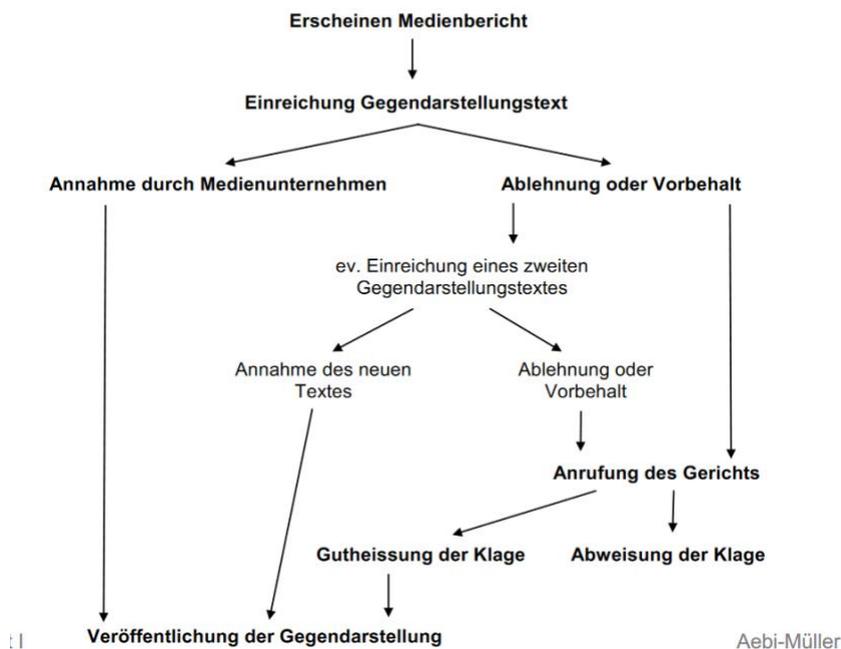
- **Durch ein periodisch erscheinendes Medium**

Das Medium richtet sich regelmässig an einen bestimmten, mehr oder weniger gleichbleibenden Empfängerkreis und richtet sich an die Öffentlichkeit resp. ist der Öffentlichkeit zugänglich.

Es wird weder ein Verschulden, noch eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung vorausgesetzt. Daher ist eine Gegendarstellung auch möglich, wenn die Klagen des Persönlichkeitsschutzes nicht ergriffen werden können. Oft ist aber die Berichterstattung, die Anlass nur Gegendarstellung gibt, eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung.

Ausgeschlossen ist das Gegendarstellungsrecht, wenn über öffentliche Verhandlungen einer Behörde wahrheitsgetreu berichtet wurde und die betroffene Person an den Verhandlungen teilgenommen hat (Art. 28g Abs.2 ZGB), sie muss jedoch die Gelegenheit gehabt haben, sich zu äussern oder wenn das Beharren auf einer gerichtlich angeordneten Gegendarstellung als offensichtlich rechtsmissbräuchlich erscheint (Art. 2 Abs. 2 ZGB), z.B. wenn das Medium der betroffenen Person die Gelegenheit eingeräumt hatte, in einem Interview Stellung zu nehmen.

Gegendarstellung: Ablauf des Verfahrens



1. Recht von der bestrittenen Darstellung Kenntnis zu nehmen

→ der Betroffene kann vom Medium verlangen, dass ihm eine Abschrift des Zeitungsartikels zugänglich gemacht wird oder er die Sendung anhören/ansetzen kann

2. Ausarbeitung einer knappen, grundsätzlich schriftlichen Gegendarstellung

→ der Text hat sich auf das Wesentliche zu beschränken und muss so abgefasst sein, dass eine Wiedergabe ohne Änderung möglich ist. Das Gericht hat allerdings die Möglichkeit, den Gegendarstellungstext den gesetzlichen Erfordernissen anzupassen und ihn zu kürzen.

3. Inhalt der Gegendarstellung

→ Die Gegendarstellung hat sich auf den Gegenstand der beanstandeten Darstellung zu beschränken (es dürfen keine weiterführenden Angaben gemacht werden) und darf nicht offensichtlich unrichtig oder sittenwidrig sein. Unzulässig ist eine Gegendarstellung, die ihrerseits einen ehrverletzenden Charakter aufweist.

4. Gesuch um Veröffentlichung

→ Die Gegendarstellung wird direkt dem Medium zur Veröffentlichung zugestellt, unter Wahrung der Fristen nach Art. 28i Abs. 1 ZGB. Die Gegendarstellung erfolgt daher grds. aussergerichtlich.

5. Entscheid des Medienunternehmens

→ Nach Eingang der Gegendarstellung hat das Medienunternehmen dem Betroffenen unverzüglich zu erklären, wann es diese veröffentlicht resp. weshalb es diese zurückweist.

6. Veröffentlichung der Gegendarstellung

→ Die Gegendarstellung soll im Medium sobald als möglich kostenlos, ohne Replik und derart publiziert werden, dass sie denjenigen Personenkreis erreicht, der die beanstandete Darstellung zur Kenntnis genommen hatte. Die Gegendarstellung hat in der gleichen Rubrik zu erfolgen.

7. Anrufung des Gerichts

→ Das Gericht kann angerufen werden, wenn die Gegendarstellung verhindert, verweigert oder

nicht korrekt ausgeführt wurde. Es handelt sich dabei somit um ein subsidiäres Recht. Die Zuständigkeit bestimmt sich nach Art. 20 lit. b ZPO. Das Gesetz sieht keine Frist für die Einreichung der Klage vor. Das Bundesgericht spricht von 20 Tagen.

8. Entscheid des Gerichts

→ Gericht verurteilt Medienunternehmen, die Gegendarstellung zu veröffentlichen unter Androhung einer Ungehorsamstrafe nach Art. 292 StGB. Das Gericht befindet jedoch nicht darüber, wer Recht hat, sondern nur, dass ein Anspruch auf Gegendarstellung besteht.

VIII. Persönlichkeitsschutz nach Art. 27 ZGB

Art. 27 ZGB will eine Person vor übermässiger Bindung schützen. Abs. 1 regelt den Schutz der Dispositionsfähigkeit und Abs. 2 gewährleistet die zukunftsorientierte, lebensgestaltende Entscheidungsfreiheit.

1. Schutz der Dispositivfähigkeit (Art. 27 Abs. 1 ZGB)

Niemand kann durch Vertrag oder einseitige rechtsgeschäftliche Erklärung auf die Möglichkeit verzichten, Pflichten zu begründen oder über Bestandteile seines Vermögens zu verfügen.

Diese Regel ist bloss deklaratorischer Natur, da sowohl Art. 11 Rechtsfähigkeit wie auch die Bestimmungen über die Handlungsfähigkeit zwingendes Recht darstellen.

Beispiele:

- Bei Eintritt in die Sekte muss gesamtes Vermögen und künftiges Einkommen an den Sektenführer abgetreten werden
- Versprechen einen Erbvertrag abzuschliessen, ist nach Art. 27 Abs. 1 ZGB nichtig, unabhängig davon ob das Versprechen in einer Scheidungskonvention oder einem Schiedsgerichtsurteil enthalten ist.
- Verzicht weitere Geschäfte (insb. Kreditaufnahmen) mit anderen Banken abzuschliessen (Beispiel bei Eröffnung einer Zahnarztpraxis)

2. Schutz der Entscheidungsfreiheit (Art. 27 Abs. 2 ZGB)

Art. 27 Abs. 2 zielt auf Verpflichtungsgeschäfte (schuldrechtliche Verträge) ab, welche die Lebensgestaltung des Betroffenen wesentlich beeinflussen. Es werden Rechtsgeschäfte umfasst, welche die Entscheidungsfreiheit für die Zukunft beschränken. Dabei wird unterschieden zwischen

2.1 Unzulässiger Bindungsgegenstand

Persönlichkeitsrelevanz der Bindung → Ist der Kernbereich der geschützten Persönlichkeit betroffen, ist jegliche rechtliche, zukunftsgerichtete Bindung zum Vorherein ausgeschlossen, z.B. Verpflichtung einer Schauspielerin während den Dreharbeiten nicht schwanger zu werden. Verpflichtung wäre nicht rechtsgültig.

Ebenso davon umfasst sind Vereinbarungen, welche gesellschaftliche Freiräume der Person beschneiden, z.B. die Vereinsfreiheit. Der Einzelne kann z.B. nicht rechtsgültig auf sein Austrittsrecht aus einem Verein oder einer politischen Partei verzichten.

2.2 Übermass der Bindung

Gewisse rechtsgeschäftliche Verpflichtungen sind von ihrem Gegenstand her zwar grds zulässig, überschreiten aber das nach Art. 27 Abs. 2 zulässige Ausmass der Bindung, namentlich in folgender Hinsicht:

- Übermass der Intensität der Bindung, z.B. Knebelverträge oder Verträge mit einseitigem Änderungsrecht (sind nur zulässig, wenn die andere Partei vom Vertrag zurücktreten kann), Lebenslanges Berufsverbot bei Fussballern
- Überlange Dauer der Bindung bzw. mangelnde Begrenzung, z.B. Ewige Verträge
- Übermass in sachlicher Hinsicht, z.B. umfassende Konkurrenzverbote

Zentrale Frage: Ist es für die betreffende Person in der jeweiligen Situation eine Bindung, die nicht toleriert werden kann, weil sie die Person übermässig beschränkt? Entscheidend sind die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Schutzes und nicht jene bei Vertragsabschluss. Die entscheidende Frage ist, welche Konsequenzen ein Bruch der Verpflichtung zum jetzigen Zeitpunkt hat. Die Konsequenz bei Vertragsbruch muss übermässig sein! Vgl. auch BGE 129 III 209 (Nr. 14 im Reader): Es ist auf den Zeitpunkt zu achten, in dem der Schutz geltend gemacht werden soll.

Art. 27 Abs. 2 ZGB bezweckt zudem nicht den Schutz vor jeglichem unüberlegtem Handeln des Betroffenen, der sich im Nachhinein einer bestimmten Verpflichtung entledigen möchte. Es muss sich um stossende Fälle handeln.

3. Rechtsfolgen bei unzulässiger Bindung i.S.v. Art. 27 Abs. 2 ZGB

Wird ein übermässig bindender Vertrag abgeschlossen, so ist dieser nichtig, weil er gegen die gesetzliche Regel von Art. 27 Abs. 2 ZGB verstösst i.S.v. Art. 19 OR unzulässig und damit auch nach Art. 20 Abs. 1 OR widerrechtlich bzw. sittenwidrig ist. Aber:

- In gewissen Sachlagen ist es sachgerecht, von blosser Teilnichtigkeit auszugehen (z.B. gerichtliche Anpassung eines Vertrages, Reduktion des Übermasses, insb. Reduktion der übermässigen Dauer)
- Betrifft die Bindung den Kernbereich der Persönlichkeit kann ein einseitiges Widerrufsrecht des Belasteten genügen und es ist nicht von Nichtigkeit auszugehen.
- Wurde der Vertrag bereits vorbehaltlos erfüllt ist die Nichtigkeitsfolge fehl am Platz (ausser bei gleichzeitiger Rechts- oder Sittenwidrigkeit).

4. Prüfschema

1. Liegt im Zeitpunkt der Klage überhaupt ein Fall von Art. 27 Abs. 2 ZGB vor?

- Kernbereich der Persönlichkeit oder Übermass der Bindung und
- keine Möglichkeit, sich der Bindung zu entledigen

2. Falls eine i.S.v. Art. 27 Abs. 2 ZGB unzulässige Bindung vorliegt, ist diese grundsätzlich nichtig (Art. 19 und Art. 20 OR) → Ausnahmen beachten!

IX. Der Name (Art. 29 und Art. 30 ZGB)

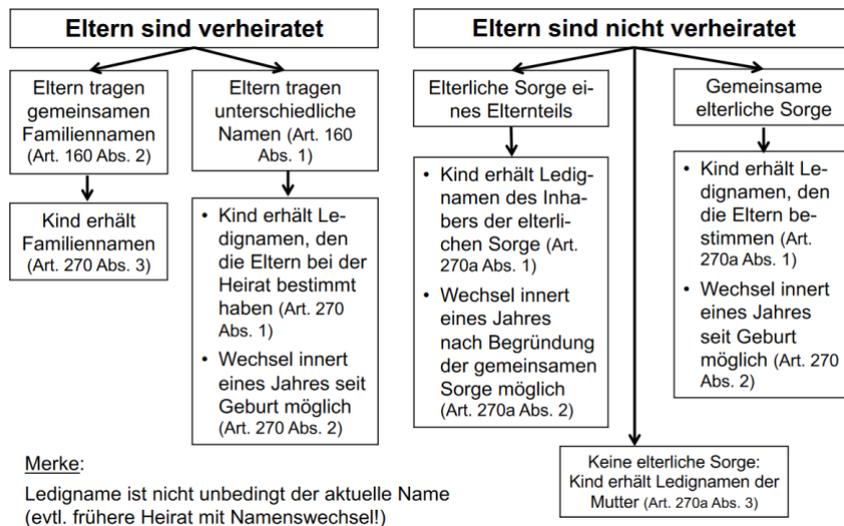
Der Name erfüllt eine Doppelfunktion. Einerseits handelt es sich um ein Kennzeichnungsrecht, d.h. um ein absolutes (gegenüber jedermann geltendes) Recht, dessen Funktion darin besteht, den Berechtigten selber zum Schutze vor Verwechslungen zu individualisieren, zu identifizieren oder zuzuordnen. Andererseits ist der Name Ausdruck der Identität und Individualität einer Person. Der Name ist Teil der rechtlich geschützten Persönlichkeit. Der Schutz erfolgt aber nicht primär durch Art. 28 ZGB, sondern durch Art. 29-30a ZGB.

1. Träger des Namensrechts

Träger des Namenrechts sind sowohl natürliche Personen wie auch Vereine und Stiftungen. Diese geniessen ebenfalls einen Namensschutz nach Art. 19 ZGB.

Juristische Personen des OR besitzen hingegen nicht einen Namen, sondern eine Firma. Der Schutz erfolgt nach Art. 956 OR.

2. Der Familienname



3. Pseudonyme

Sofern keine Namensrechte anderer Personen verletzt werden oder keine Täuschungsgefahr geschaffen wird, kann eine Person einen Namen des privaten (d.h. nicht amtlichen) Gebrauchs wählen, z.B. ein Künstlername oder ein Pseudonym. Auch diese gelten als Namen und geniessen denselben Schutz wie die anderen Namen. Künstlernamen werden jedoch nur vom Ausschliesslichkeitsrecht geschützt, wenn diese eine *gewisse Originalität* aufweisen.

Beispiel: Marshall Bruce Mathers III (amtlicher Name) vs. Eminem (Künstlername)

4. Domainnamen

Der Domainname kann ein Name i.S.v. Art. 29 ZGB sein, z.B. als Name eines Vereins (2bit.ch).

Andererseits kann durch die Registrierung eines Domainnamens das Namensrecht dessen verletzt werden, dessen Name (ganz oder beinahe) mit der entsprechenden registrierten Domain übereinstimmt (z.B. www.djbobo.ch).

5. Der Vorname

Auch der Vorname genießt den Namensschutz von Art. 29 ZGB. Die sorgeberechtigten Eltern bestimmen den Vornamen des Kindes (Art. 301 Abs. 4 ZGB). Sind die Eltern nicht miteinander verheiratet und üben die elterliche Sorge nicht gemeinsam aus, so erfolgt die Namensgebung durch die Mutter (Art. 37 Abs. 1 ZStV). Anlässlich der Adoption können die Adoptiveltern dem Kind einen neuen Vornamen geben (Art. 267 Abs. 3 ZGB).

Grenzen gesetzt wird durch das Kindeswohl, so weist das Zivilstandsamt Namen zurück, wenn der Name die Interessen des Kindes offensichtlich verletzt (z.B. 12 Vornamen haben einen erheblich belästigenden Charakter für das Kind). Der Vorname muss aber nicht mehr wie früher das Geschlecht des Kindes klar erkennen lassen.

6. Schutz des Namens

Der Schutz des Namens als Persönlichkeitsrecht erfolgt einerseits durch Klage auf Feststellung des Rechts auf den Namen nach Art. 29 Abs. 1 ZGB und andererseits durch Klage auf Unterlassung nach Art. 29 Abs. 2 ZGB.

Namensschutz kann aber nur beanspruchen, wer seinerseits den Namen zu Recht führt.

Art. 29 Abs. 1 → Allein schon die Tatsache, dass jemand das Recht auf den Namen eines anderen in Frage stellt, begründet ein ausreichendes Feststellungsinteresse.

Namensanmassung: Art. 29 Abs. 2 → Bei Anmassung eines Namens durch einen Dritten, kann eine Klage auf Unterlassung wegen Namensanmassung erhoben werden. Im Mittelpunkt steht dabei eine Verwechslungsgefahr, d.h. die Person die den Namen trägt und ein schützenswertes Interesse daran hat, könnte mit der Person die den Namen anmasst verwechselt werden. Auch die Verwendung eines bloss ähnlichen Namens kann eine Anmassung i.S.v. Art. 29 Abs. 2 ZGB bedeuten. Die Unterlassungsklage kann mit Antrag auf Schadenersatz und/oder Genugtuung verbunden werden (allerdings ist dann Verschulden nötig). Wichtig: Art. 29 ZGB ist eine lex specialis zu Art. 28a ZGB. Es kommt nur die Unterlassungsklage und allenfalls Schadenersatz in Betracht.

Auch die Registrierung einer Domain kann eine Namensanmassung sein (www.djbobo.ch).

Das Recht am Namen gehört zu den Persönlichkeitsrechten nach Art. 28 ZGB. Verletzungen, die den Namen betreffen aber keine Namensanmassung darstellen, fallen daher in den Anwendungsbereich der allgemeinen Regel von Art. 28 ZGB (z.B. wenn Name verhunzt wird und dies beleidigend wirkt, geht es nicht mehr um eine Verwechslung, sondern um den Schutz der Ehre).

7. Namensänderung (Art. 30 Abs. 1 ZGB)

Wegen seiner Zuordnungs- und Identifizierungsfunktion gilt der Grundsatz der Unabänderlichkeit des Namens. Es soll von Geburt bis zum Tod der gleiche (amtliche) Name getragen werden.

Eine Namensänderung kann von der Regierung des Wohnsitzkantons nur dann bewilligt werden, wenn dafür «achtenswerte Gründe» vorliegen (nach früherem Recht waren «wichtige Gründe» ausreichend). Es geht dabei um eine Abwägung zwischen den Interessen des Namensträgers und dem öffentlichen Interesse an der Konstanz der Zuordnungsfunktion des einmal erworbenen Namens.

In der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts zeichnete sich eine grössere Zurückhaltung bei der Namensänderung ab. Die rein subjektive, gefühlsmässige Ablehnung des angestammten Namens ist kein genügender Grund für eine Namensänderung (mehr). Mit der Neuformulierung des Wortlautes ist offenkundig, dass die Namensänderungspraxis gelockert werden soll. Es ist davon auszugehen, dass in Zukunft auch rein subjektive Gründe, wenn sie eine gewisse Schwere erreichen als «achtenswert» und damit als ausreichend anerkannt werden.

Art. 30 ZGB ist nur auf Namen natürlicher Personen anwendbar. Das Namensänderungsrecht ist ein relativ höchstpersönliches Recht.

8. Anfechtung der Namensänderung (Art. 30 Abs. 3 ZGB)

Wer durch Namensänderung verletzt wird, kann sie binnen Jahresfrist, nachdem er davon Kenntnis erlangt, gerichtlich anfechten ≠ Namensanmassung (Art. 29 Abs. 2 ZGB), sondern jemand ist aufgrund behördlichem Entscheid berechtigt, den Namen zu verwenden!

Der Anfechtende hat schutzwürdige Interessen darzulegen. Ein solches Interesse liegt etwa darin begründet, Dritte vom Namen einer Familie wegen erhöhter Verwechslungsgefahr auszuschliessen, wo es sich um den Namen einer nicht weit verbreiteten, gleichzeitig aber besonders angesehen und deswegen auch aussergewöhnlichen Familie handelt. Es muss jedoch eine Interessensabwägung stattfinden, z.B. kann das Interesse des Namensträgers höher gewichtet werden, wenn dieser den Namen bereits ein Vierteljahrhundert als Familienname verwendet hatte und unter diesem Namen im beruflichen, gesellschaftlichen und politischen Leben integriert war (Fall «de Marval»).

X. Der Beweis

1. Beweis im Allgemeinen

Ein Beweis muss immer geführt werden, wenn ein für eine behauptete Rechtslage erheblicher Sachumstand bestritten ist.

→ Dem Beweis sind nur Sachumstände (nicht Rechtsnormen) zugänglich. Rechtsnormen werden lediglich ausgelegt!

→ Welche Tatsachen rechtserheblich sind, ergibt sich aus dem materiellen Recht (Tatbestand einer Norm), z.B. Art. 41 OR.

Im Zusammenhang mit dem Beweis stellen sich im Wesentlichen drei Fragen:

- **Beweislast:** Wer unterliegt im Prozess, wenn der bestrittene Sachumstand nicht bewiesen werden kann?
- **Beweismass:** Wie gross muss die Überzeugung des Gerichts sein, damit der Beweis «genügt»?
- **Beweisführung/Beweismittel:** Welche Beweismittel dürfen verwendet werden? Gibt es Beweismittel mit erhöhter Beweiskraft? Gibt es unzulässige Beweismittel?

2. Die Beweislast

Ist ein erheblicher Sachumstand umstritten, muss Beweis geführt werden. Das Beweisverfahren richtet sich dabei nach der ZPO.

Das Ergebnis des Beweisverfahrens kann wie folgt ausfallen:

→ Steht die rechtserhebliche Tatsache als erwiesen fest, spielt Art. 8 ZGB keine Rolle.

→ das Beweisverfahren hat kein eindeutiges Beweisergebnis erbracht: Es bedarf einer Bestimmung, welche verbindlich festlegt, wer das Prozessrisiko, d.h. die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat.

Es wird zudem unterschieden in:

Objektive Beweislast → Regelt die Folgen der Beweislosigkeit: Wer unterliegt im Prozess, wenn der Beweis misslingt?

Subjektive Beweislast → Regelt die Beweisführungslast: Wer muss im Prozess die umstrittene Tatsache beweisen?

2.1 Die Beweislastregel (Art. 8 ZGB)

Der Bundesgesetzgeber hat daher für die objektive Beweislast eine allgemeine Beweislastregel aufgestellt:

Art. 8 ZGB weist den Richter an, für den Fall, dass eine Tatsache beweislos geblieben ist, zuungunsten desjenigen zu entscheiden, der aus ihrem Vorhandensein seine Rechte ableitet.

Das heisst: Art. 8 ZGB hat nur dann Bedeutung, wenn eine bestimmte Tatsache (z.B., dass ein Raubüberfall stattgefunden hat oder dass Wertgegenstände im Tresor waren) nicht mit Sicherheit feststeht.

→ Die Bestimmung ist daher falsch formuliert: Es geht nicht darum, wer beweisen muss, sondern darum wer den Prozess verliert, wenn die Tatsache beweislos bleibt!

Art. 8 ZGB besagt in allgemeiner Form, dass jede Partei die tatbeständlichen Voraussetzungen desjenigen Rechtssatzes zu beweisen hat, der zu ihren Gunsten wirkt.

Dabei wird unterschieden in:

- **rechtserzeugende Tatsachen**
Tatbestandsvoraussetzungen, welche bewiesen werden müssen (z.B. Versicherungsvertrag ist abgeschlossen, Versicherungsfall ist eingetreten, Höhe des Schadens, etc.).
Die *Beweislast liegt beim Kläger* (Juwelier), dieser muss den Hauptbeweis erbringen. Der Beklagte (Versicherungsgesellschaft) wird versuchen, den Hauptbeweis mittels Gegenbeweis zu torpedieren, d.h. Zweifel beim Gericht zu schüren, sodass der Beweis misslingt.
- **rechtshindernde Tatsachen**
Es ist gar nie ein Recht entstanden, da z.B. der Versicherungsvertrag ungültig ist, die Partei nicht handlungsfähig ist oder eine Anzeigepflichtverletzung besteht.
Die Beweislast liegt beim Beklagten, dieser muss den Hauptbeweis erbringen. Der Kläger (Juwelier) wird versuchen den Hauptbeweis mittels Gegenbeweis zu torpedieren, d.h. Zweifel beim Gericht schüren, sodass der Beweis misslingt.
- **rechtsaufhebende Tatsachen**
Grds. ist Recht entstanden, aber es ist nachträglich untergegangen, z.B. die Forderung wurde schon erfüllt oder der Versicherungsvertrag wurde vor dem Versicherungsfall gekündigt.
Die Beweislast liegt beim Beklagten, dieser muss den Hauptbeweis erbringen. Der Kläger (Juwelier) wird versuchen den Hauptbeweis mittels Gegenbeweis zu torpedieren, d.h. Zweifel beim Gericht schüren, sodass der Beweis misslingt.
- **Einreden**
Lassen ein Recht nicht untergehen, sondern hemmen die Durchsetzung des Rechts, z.B. Eintritt der Verjährung, Anspruch ist noch nicht fällig

Wenn der Hauptbeweis misslingt, muss das Gericht entsprechend der Beweislast entscheiden. Misslingt beispielsweise der Hauptbeweis betr. Eintritt des Versicherungsfalls, unterliegt der Kläger.

Besondere Schwierigkeiten bestehen beim Beweis negativer Tatsachen (*negativa non sunt probanda*). Hier kommt es regelmässig zu einer Umkehr der Beweislast, da es nahezu unmöglich ist, zu beweisen, dass ein bestimmter Umstand sich nicht zugetragen haben soll.

2.2 Ausnahmen von Art. 8 ZGB

Art. 8 ZGB gilt nur insofern, als das Gesetz nicht anderes bestimmt, d.h. vorbehalten bleiben sogenannte Sondernormen. Eine spezielle von Art. 8 ZGB abweichende Beweislastverteilung liegt vor bei:

- **Gesetzliche Anordnungen**
- **Gesetzliche Vermutungen**
Unter einer Vermutung versteht man den Schluss von Bekanntem (Vermutungsbasis) auf Unbekanntes (Vermutungsfolge).

Bei einer gesetzlichen Vermutung ist dieser Schluss Inhalt einer Gesetzesnorm, d.h. die Vermutungsbasis ist gesetzlich umschrieben und die Vermutungsfolge ist eine Tatsache oder ein Recht.

Beispiel: Vaterschaftsvermutung des Ehemannes (Art. 255 Abs. 1 ZGB) oder güterrechtliche Vermutungen nach Art. 200 ZGB.

→ führt zu einer Umkehr der Beweislast!

Demgegenüber gibt es die **natürliche Vermutung**. Diese ist eine Form der Beweiswürdigung, sie führt nicht zu einer Umkehr der Beweislast!

Unter einer natürlichen Vermutung versteht man den aufgrund der Lebenserfahrung gezogene Schluss von Bekanntem (Vermutungsbasis) auf Unbekanntes (Vermutungsfolge).

Bei der natürlichen Vermutung ist die Vermutungsbasis nicht gesetzlich umschrieben!
Beispiel: Vermutung der Urteilsfähigkeit erwachsener natürlicher Personen.

3. Die Beweisarten

Es lassen sich verschiedene Arten von Beweisen auseinanderhalten:

- **Hauptbeweis**
Der der beweisbelasteten Partei obliegende Beweis. Durch ihn soll das Gericht von der Wahrheit einer Tatsachenbehauptung überzeugt werden.
- **Gegenbeweis**
Der Beweis des Gegners der beweisbelasteten Partei, der selbst Beweismittel anruft, um den Hauptbeweis nicht gelingen zu lassen. Es genügt dabei, dass beim Gericht so grosse Zweifel an der Richtigkeit der Sachdarstellung der beweisbelasteten Partei entstehen, dass der Hauptbeweis nicht erbracht ist (abhängig vom sog. Beweismass).
- **Beweis des Gegenteils (nur bei gesetzlichen Vermutungen!)**
Mit dem Beweis des Gegenteils soll eine gesetzliche Vermutung beseitigt werden. Es ist wiederum ein Hauptbeweis, gegen welchen der Gegenpartei der Gegenbeweis zusteht (z.B. DNA-Test bei Vaterschaftsvermutung oder Kaufquittung bei Vermutung der Eigentümerschaft)

4. Beweis von Leben und Tod einer natürlichen Person (Art. 32 f. ZGB)

4.1 Beweislastregel und Kommorientenvermutung (Art. 32 ZGB)

Die Beweislastregel von Art. 32 Abs. 1 ZGB wiederholt nur die allgemeine Regel von Art. 8 ZGB und hat somit keine selbständige Bedeutung.

Beispiele: Wer Kinderzulagen erhalten will, muss beweisen, dass er/sie Kinder hat
 Wer Todesfallkapital beanspruchen will, muss den Tod des Versicherungsnehmers beweisen.

Die in Art. 32 Abs. 2 ZGB geregelte Kommorientenvermutung stellt eine gesetzliche Tatsachenvermutung dar: Aus der Tatsache, dass mehrere Personen verstorben sind, wird der Schluss gezogen, dass deren Tod gleichzeitig eingetreten sei. Die Vermutung kann indessen durch den Beweis des Gegenteils widerlegt werden.

Die Beweislast trifft diejenige Person, die aus dem Vorversterben einer bestimmten Person Rechte ableitet.

Die gesetzliche Vermutung wird zur Fiktion, wenn klar oder höchstwahrscheinlich ist, dass der Tod nicht gleichzeitig eingetreten sein kann, aber nicht bewiesen werden kann, wer wen überlebt hat. Die Personen gelten unter diesen Umständen als gleichzeitig verstorben.

4.2 Die Beweismittel (Art. 33 ZGB)

Der Beweis für Geburten oder Tod wird i.d.R. mit den Zivilstandsurkunden geführt. Diese sind besondere, nämlich amtliche Beweismittel. Diesbezüglich gilt Art. 9 ZGB, wonach öffentliche Register und Urkunden für die durch sie bezeugenden Tatsachen vollen Beweis erbringen, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhalts nachgewiesen ist. Dieser Nachweis ist an keine besondere Form gebunden. Bis er erbracht ist, kommt den öffentlichen Registern verstärkte Beweiskraft zu.

Fehlen Zivilstandsurkunden oder hat sich deren Inhalt als unrichtig erwiesen, so kann der Beweis gemäss Art. 33 Abs. 2 auch auf «andere Weise» erbracht werden, z.B. durch Zeugenbeweis, ärztliche Todesbescheinigung, DANN-Untersuchung der Leiche.

4.3 Die Todeserklärung (Art. 34 ZGB)

Regelmässig wird der Tod eines Menschen durch die ärztliche Untersuchung einer Leiche festgestellt und bescheinigt (sog. Leichenschau, Art. 35 Abs. 5 ZStV). Anschliessend erfolgt die Eintragung im Todesregister des Zivilstandsamtes und die familien- sowie erbrechtlichen und sonstigen Folgen des Todes treten von Gesetzes wegen sofort und unwiderruflich ein.

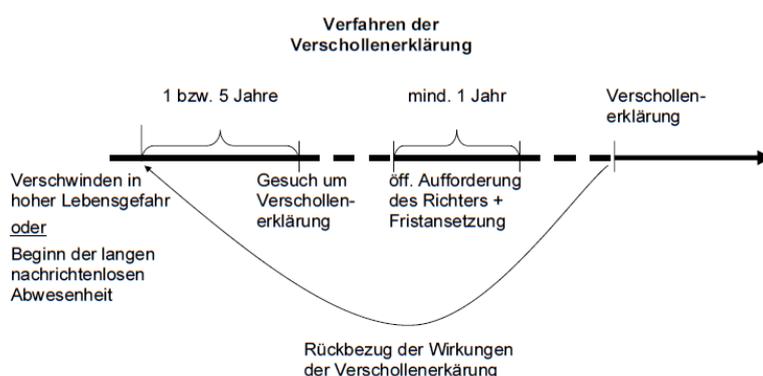
Wenn kein Leichnam vorhanden ist, kann auch keine ärztliche Bescheinigung ausgestellt werden. Daher ermöglicht Art. 34 ZGB ausnahmsweise die Eintragung des Todes, auch wenn niemand die Leiche gesehen hat, und zwar dann, wenn Umstände vorliegen, die den Tod als absolut sicher erscheinen lassen. Die vom BGer diesbezüglich gestellten Anforderungen sind allerdings sehr hoch. Praktisch wird er etwa im Fall anzunehmen sein, wenn jemand vor Augenzeugen in eine Gletscherspalte fällt bzw. von einer Lawine verschüttet wird oder bei einem Flugzeugabsturz (z.B. Halifax) resp. einem Tsunami ums Leben oder durch Explosion in einem Bergwerk kommt. Der Aufenthalt am betreffenden Ort muss zudem ausser jedem Zweifel stehen.

Das heisst, die Person muss nachgewiesenermassen von einem Ereignis betroffen worden sein, das notwendig ihren Tod zur Folge haben musste!

4.4 Die Verschollenerklärung (Art. 35 f. ZGB)

Der Eintrag des Todes darf hingegen nicht erfolgen, wenn sein Eintritt nur wahrscheinlich ist.

Diesfalls erfolgt eine Verschollenerklärung. Eine solche kann aber erst nach dem Ablauf bestimmter Fristen ausgesprochen werden. Durch die Verschollenerklärung wird der Tod bloss vermutet. Die Folgen, die an den Tod einer Person geknüpft werden, treten zwar grundsätzlich ein, jedoch nicht immer von selbst und bloss widerruflich.



Bei Verschwinden in hoher Lebensgefahr: Frist 1 Jahr

Bei Beginn der langen nachrichtenlosen Abwesenheit: Frist 5 Jahre

Praxisbeispiele: Nichtrückkehr von Himalaya-Expedition, Ausflügler kehrt nicht mehr zurück von Bergtour, Jemand befindet sich in einem Boot auf einem See in einem Sturm, das Boot wird anschliessend leer gefunden, Flugzeugabsturz in den Anden, bei dem Flugzeug verschollen blieb, Passagieren verschwindet aus abgeschlossener Kabine auf Kreuzfahrtschiff.

4.5 Register und Verfahren

Das ZGB stellt in Art. 39 ff. ZGB die zentralen Regelungen auf. Detaillierte Vorschriften finden sich sodann in der Zivilstandsverordnung. Zuständig für die Registerführung, etc. sind die Zivilstandsbehörden. Die Zivilstandskreise werden von den Kantonen umschrieben. Das Zivilstandswesen unterliegt einer kantonalen Aufsicht. Die Oberaufsicht hat das EJPD inne.

Seit 2004 wird das Zivilstandsregister elektronisch geführt. Der Bund betreibt seither eine zentrale Datenbank.

Damit die Register nachgeführt werden können, bestehen Anzeigepflichten. Diese sind in Art. 40 ZGB und Art. 34 ff. ZStV geregelt. Personen die der Anzeigepflicht nicht nachkommen, kann eine Geldstrafe auferlegt werden.

Mit der umfassenden Gestaltungsklage von Art. 42 ZGB kann die Bereinigung des Registers verlangt werden, bei denen kein eigenes Verfahren zur Verfügung steht. Aktivlegitimiert ist, wer ein schützenswertes persönliches Interesse an der Berichtigung glaubhaft macht. Diese Aktivlegitimation ist grosszügig auszulegen, so besteht sie auch, wenn die Person die fehlerhaften Angaben selbst gemacht hat (vgl. Reader Nr. 15). Ebenfalls zur Klage berechtigt, sind die kantonalen Aufsichtsbehörden. Wenn die fehlerhafte Eintragung auf einem offensichtlichen Versehen oder Irrtum beruht, dürfen die Zivilstandsbehörden den Fehler von Amtes wegen beheben (Art. 43 ZGB).

Der Datenschutz und die Zugriffsrechte sind in Art. 43a ZGB sowie in den entsprechenden Ausführungsbestimmungen der ZstV geregelt.

5. Das Beweismass

Beim Beweismass geht es um die Frage, wie überzeugt das Gericht von einer Behauptung einer beweisbelastenden Partei sein muss, um ihr den geltend gemachten Anspruch zuzusprechen.

→ welches Mass an Überzeugung bzw. Gewissheit ist erforderlich, damit die beweisbelastende Partei obsiegt, der Beweis also erbracht ist.

Nach jüngerer Rechtsprechung des Bundesgerichts ergibt sich aus Art. 8 ZGB ein bundesrechtliches Beweismass, an das sich die kantonalen Gerichte halten müssen.

Der Grund dafür liegt darin, dass das Beweismass die materiell-rechtlichen Ansprüche des Bundeszivilrechts erheblich beeinflusst: Es darf nicht sein, dass ein kantonal Richter einen Anspruch schon dann zuspricht, wenn eine überwiegende Wahrscheinlichkeit vorliegt, während ein anderer Richter den Anspruch erst dann bejaht, wenn er vollständig überzeugt ist, also überhaupt keine Zweifel mehr bestehen.

Ausgangspunkt ist grundsätzlich das **Regelbeweismass**:

«Ein Beweis gilt als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit der Sachbehauptung überzeugt ist. Absolute Gewissheit kann dabei nicht verlangt werden. Es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel leicht erscheinen»

→ Fast 100% Sicherheit ist erforderlich; das Gericht muss überzeugt sein (Ausnahme: Art. 34 ZGB: Es ist 100% Sicherheit erforderlich!)

Ausnahme vom Regelbeweismass ist die **überwiegende Wahrscheinlichkeit**. Bei gewissen Tatsachen lässt sich eine völlige Gewissheit aufgrund der Natur der Sache nicht erreichen. Dies gilt u.a. i.d.R. für den Kausalverlauf im Zusammenhang mit Schadenersatzforderungen.

Die Beweiserleichterung der überwiegenden Wahrscheinlichkeit setzt eine Beweisnot voraus. Eine Beweisnot liegt vor, wenn ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Eine Beweisnot liegt aber nicht schon darin begründet, dass die Tatsache nicht bewiesen werden kann, weil die Beweismittel fehlen. Blosser Beweisschwierigkeiten können nicht zu einer Beweiserleichterung führen.

→ Auch für das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit braucht es immer noch eine Wahrscheinlichkeit von 70-80% (z.B. bei Versicherungsfällen, vgl. auch BGE 130 III 321, Nr. 17 im Reader)

Davon zu unterscheiden ist das Beweismass der **blossen Glaubhaftmachung** (die etwa im Zusammenhang mit vorsorglichen Massnahmen genügt). Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben.

→ für das Glaubhaftmachen braucht es eine mindestens 51%-ige Wahrscheinlichkeit und es wird immer eine gesetzliche Grundlage benötigt!

Vom Regelbeweismass abgewichen werden kann, wenn das Gesetz dies vorsieht, z.B. Art. 34 ZGB (100% Wahrscheinlichkeit) oder Art. 9 GIG (Glaubhaftmachung) oder wenn dies von Lehre und Rechtsprechung entsprechend herausgearbeitet wurde, z.B. überwiegende Wahrscheinlichkeit bei Versicherungsfällen (BGE 130 III 321, Nr. 17 im Reader). Voraussetzung ist immer das Vorliegen einer Beweisnot!

6. Die Beweisführung (Art. 9 ZGB)

Im Rahmen der Beweisführung legen die Parteien dem Richter Beweismittel vor, mit denen sie den ihnen obliegenden Nachweis bestimmter Tatsachen zu erbringen versuchen. Welche Beweismittel zulässig sind und wie der Richter sie zu würdigen hat bestimmt Art. 168 ZPO.

Gewisse Fragen der Beweisführung erschienen dem Bundesgesetzgeber schon im Jahr 1907 derart bedeutsam, dass er deren Regelung nicht den Kantonen überlassen wollte. Demnach haben öffentliche Register und Urkunden eine besondere Beweiskraft. Es handelt sich um eine gesetzliche Vermutung die für die Richtigkeit des Inhalts spricht (z.B. Identität der Personen, dass Personen verheiratet sind, dass Personen handlungsbefugt für das Unternehmen sind, etc.). Die Beweisverstärkung betrifft nur jenen Teil einer öffentlichen Urkunde, für den die Verurkundung bundesrechtlich vorausgesetzt wird, d.h. für jene Inhalte die kraft Gesetzes öffentlich beurkundet werden müssen und umfasst nur das, was die Urkundsperson nach Massgabe der Sachlage kraft eigener Prüfung überhaupt als richtig bescheinigen kann, d.h. was sie selber gesehen hat. Für die inhaltliche Richtigkeit öffentlich verurkundeter Erklärungen besteht jedoch eine tatsächliche (natürliche) Vermutung (weil man nicht so gerne schriftlich und vor einer Urkundsperson lügt), z.B. ob Eigengut in der Höhe von 1 Mio. bestanden hat (bei öffentlicher Beurkundung eines Ehevertrages).

Es steht auch hier die Möglichkeit offen, den Nachweis der Unrichtigkeit des Inhalts der öffentlichen Urkunde zu erbringen, wobei er gemäss Art. 9 Abs. 2 ZGB an keine besondere Form gebunden sein darf (freie Beweiswürdigung). Das heisst, auch ein Zeugenbeweis kann zur Umstossung des Urkundeninhalts genügen.

XI. Einführung in die Einleitungsartikel

Die Einleitungsartikel gelten als unerlässlicher Kern des ZGB, sind aber kein eigentlicher allgemeiner Teil (wie z.B. im OR AT).

Gemeinsamer Gesichtspunkt der Einleitungsartikel ist die Rechtsanwendung im weiteren Sinne (Sachverhaltsfeststellungen: Art. 8-9 ZGB, Art. 3 ZGB) und Rechtsfindung (Art. 1-2 und Art. 4-7 ZGB).

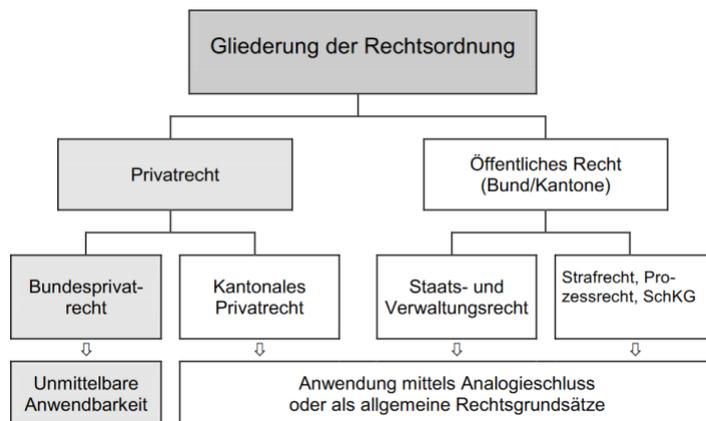
Diese Unterscheidung in Sachverhaltsfeststellung und Rechtsfindung (Rechtsregel) wird auch **Rechtsanwendung im weiteren Sinne** genannt. In diesem Stadium der Rechtsanwendung wird die Basis für die Urteilsfällung geschaffen. So helfen die Beweisregeln den relevanten Sachverhalt zu klären (Art. 8 ZGB) resp. festzustellen, wer Eigentümer eines Grundstückes ist (Art. 9 ZGB). Die für die Rechtsfindung massgebliche Rechtsregel wird dem Gesetz entnommen (z.B. Art. 684 ZGB)

Davon unterschieden wird die **Rechtsanwendung i.e.S.**, diese beinhaltet zwei Schritte:

→ Subsumtion: Unterstellung eines feststehenden konkreten Sachverhalts (sog. Untersatz) abstrakten TB eines festgestellten Rechtssatzes (OS), die TB's von Art. 684 ZGB werden geprüft.

→ Konklusion: Resultat der erfolgten Subsumtion. Lässt sich ein konkreter Sachverhalt unter eine bestimmte Norm subsumieren, ergibt sich daraus logisch zwingend die in der Norm enthaltene Rechtsfolge (sog. Schlussatz), Schlussfolgerung: Baum muss weg oder Baum kann bleiben.

Anwendungsbereich der Einleitungsartikel:



Die Art. 1 bis 4 ZGB werden auch im öffentlichen Recht angewandt!

1. Gesetzesmässigkeitsprinzip und Gesetzesauslegung (Art. 1 ZGB)

Art. 1 ZGB gibt Antwort auf die Frage, nach welcher Rechtsnorm der Richter entscheiden muss, wenn er einen konkreten Rechtsfall zu beurteilen hat.

Die Bestimmung nennt einerseits die Rechtsquellen und unterstellt sie gleichzeitig einer bestimmten Rangordnung:

1. Gesetzesrecht als primäre Rechtsquelle (sowie bei Vorliegen einer Lücke:)
2. Gewohnheits-
3. Richterrecht als sekundäre Rechtsquellen

1.1 Gesetzesmässigkeitsprinzip

Art. 1 ZGB stellt die positivrechtliche Verankerung des Gesetzesmässigkeitsprinzips (Legalitätsprinzip) für das gesamte Zivilrecht dar. Ausgangspunkt jeglicher Rechtsfindung ist immer das Gesetz. Es ist primäre und wichtigste Rechtsquelle.

- Wirksamkeit (Inkraftsetzung) der Norm; evtl. Übergangsbestimmungen: Ist die Norm in Kraft?
- Ggfs. Verweis auf ausländisches Recht (bei Sachverhalten mit Auslandbezug, z.B. Handlungsfähigkeit gemäss IPRG bestimmt sich nach Wohnsitz des Betroffenen, d.h. bei Medizintourismus kommt ausländisches Recht zur Anwendung)

Gesetzeswortlaut als Ausgangspunkt

Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut des Gesetzes. Vom klaren, d.h. eindeutigen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, u.a. wenn triftige Gründe vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Norm wiedergibt. Ein Wortlaut kann jedoch nur dann als «klar» bezeichnet werden, wenn er den Rechtssinn des Rechtssatzes richtig und eindeutig wiedergibt. Ob das zutrifft, ist eine Frage der Auslegung, die auch zu einem vom Wortlaut abweichenden Ergebnis führen kann.

Der massgebliche Wortlaut bestimmt sich nach der elektronischen Ausgabe der Amtlichen Sammlung.

Marginalien (Randtitel) gehören ebenfalls zum Gesetzestext.

Die drei Amtssprachen gelten als gleichwertig, z.B. häuslicher Bereich nach Art. 42 Abs. 3 OR (vgl. BGE 143 III 646, Nr. 18 im Reader). Es ist zu prüfen, welche Sprache den Willen des Gesetzgebers zutreffend zum Ausdruck bringt.

Ein mangelhafter Wortlaut kann auch berichtigt werden durch:

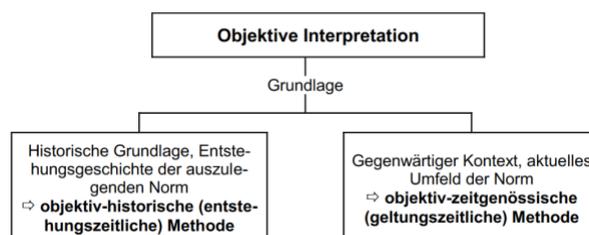
- den Gesetzgeber
- die Redaktionskommission der eidg. Räte
- die rechtsanwendenden Organe (z.B. BGE 126 III 161 betr. Verschuldensvoraussetzung bei Genugtuung)

Auslegungsgegenstand

Der Rechtssinn einer Gesetzesbestimmung ist dem Wandel der Zeit unterworfen und kann unterschiedlich ausfallen, je nachdem, ob bei der Auslegung auf die subjektive Anschauung des Gesetzgebers bzw. des Rechtsanwenders abgestellt wird oder aber auf eine objektive Betrachtungsweise. Was für ein Rechtssinn nun massgebend sein soll, ist die Frage nach dem Gegenstand der Auslegung.

Ziel der Auslegung ist immer die Ermittlung des objektiven Sinnes einer Rechtsnorm. Es ist somit danach zu fragen, was «vernünftige und korrekte Gesetzesadressaten unter den ihnen erkennbaren Umständen aus der gesetzgeberischen Erklärung als Sinn herauslesen müssen».

Die Grundlage der objektiven Interpretationsmethode ist verschieden, je nachdem ob man sich bei der Ermittlung des objektiven Sinnes einer Norm am entstehungszeitlichen Hintergrund orientiert oder auf den geltungszeitlichen Kontext abstellt.



a) die objektiv-historische Methode

Gegenstand bildet der Wille des hypothetischen historischen Gesetzgebers. Der Richter bemüht sich, den entstehungszeitlichen Sinn einer Norm zu ermitteln.

Die subjektiv-historische Methode hingegen, stellt auf den Willen des effektiven historischen Gesetzgebers ab. Diese Ausrichtung lässt sich jedoch mit dem Grundsatz von Treu und Glauben sowie dem Rechtssicherheitsprinzip nicht vereinbaren, weshalb diese Methode heutzutage einhellig abgelehnt wird.

Damit der Richter rechtsfortbildend tätig sein darf, müssen beachtenswerte Gründe vorliegen. Solche Gründe sind:

- Nachweis erheblicher Veränderungen der Realien
- Nachweis eines tiefgreifenden Wandels in der Bewertung der Interessenlage
- Nachweis, dass die gesetzgebenden Organe in einem Irrtum befangen waren
- Zwischen Erlass eines Rechtssatzes und der konkreten Situation, in welcher er zur Anwendung gelangen sollte, liegt eine erhebliche Zeitspanne
- Nachweis, dass es an der Eindeutigkeit und Tragfähigkeit der historischen Entscheidung des Gesetzgebers mangelt.

Soweit der Richter vom entstehungszeitlichen Sinn abweichen will, hat er aufzuzeigen, inwiefern im konkreten Fall ein solches Abweichen als gerechtfertigt erscheint. Richterliche Fortbildung besteht daher den Schranken:

- Begründungszwang (Nachweis beachtenswerter Gründe)
- keine Auslegung contra racionem legis, d.h. die Rechtsfortbildung hat immer innerhalb der ratio legis zu erfolgen, z.B. Erstellung von Zäunen nur mit Holz aufgrund Holz-mangel. Rekurs gegen Zaun aus Eisen, welcher errichtet wurde als kein Holz-mangel mehr bestand kann nicht stattgegeben werden, da Zweck der Norm Schutz des Holzbestandes war und nicht Heimatschutz.

b) die objektiv-zeitgenössische Methode

Der Richter ermittelt den Sinn einer Gesetzesvorschrift im Lichte der gegenwärtigen Verhältnisse (Sprachgebrauch, Recht, Wertungen, Realien). Der historische Kontext wird ausgeblendet zugunsten des aktuellen Rechtsverhältnisses. Damit ist auch die ratio legis dem Wandel der Zeit unterworfen. Ist problematisch, da dies ein Verlust von Rechtssicherheit bedeutet. Die geltungszeitliche Methode darf daher nur mit Zurückhaltung angewendet werden. So etwa bei:

- ungenauen und missverständlichen Gesetzesbestimmungen
- Vorliegen beachtenswerter Gründe (Bedarf aber immer einer besonderen Begründung)

→ BGer ist zur Frage des Auslegungsgegenstandes uneinheitlich. Es hat sich mehrfach eindeutig zur objektiv-zeitgemässen Gesetzesauslegung bekannt, in anderen Entscheidungen orientiert sich das BGer jedoch wieder am entstehungszeitlichen Sinn. Grund dafür ist das konkrete Umfeld der Entscheidung, d.h. die Eindeutigkeit und Tragfähigkeit des historischen Entscheides sowie der zeitliche Abstand zu diesem Entscheid. Dazu kommt, dass der Auslegungsgegenstand i.d.R. unausgesprochen bleibt und nur indirekt aus der Gewichtung der einzelnen Auslegungselemente hervorgeht. Schwergewichtig dürfte sich das Bild einer objektiv-entstehungszeitlichen Auslegung ergeben, die eine Anpassung und damit Rechtsfortbildung nur dort gestatten, wo beachtenswerte Gründe vorliegen.

Auslegungselemente

Die Elemente der Auslegung stellen Hilfsmittel dar, die von der Rechtswissenschaft zur Ermittlung des (objektiven) Sinngehalts einer Gesetzesbestimmung entwickelt worden sind. Während es beim Auslegungsgegenstand um die Frage geht, was der Auslegung zugrunde zu legen ist, geben die Auslegungselemente darüber Auskunft, wie dabei vorzugehen ist.

Die einzelnen Elemente der Auslegung stehen grundsätzlich gleichwertig nebeneinander. Ergeben sie nicht den gleichen Sinn, sind sie gegeneinander abzuwägen (pragmatischer Methodenpluralismus). Zur Begründung wird dasjenige Element herangezogen, das im konkreten Fall am meisten zu überzeugen vermag. Folgende Auslegungselemente werden unterschieden:

a) Grammatisches Element (Gesetzeswortlaut)

Ausgangspunkt ist der Wortlaut des Gesetzes. Das Gericht hat auch bei scheinbar klarem Wortlaut immer nach dem Sinn und der Bedeutung der gesetzgeberischen Anordnung zu fragen. Der Wortlaut ist dabei bloss ein – wenn auch gewichtiges – Element der Auslegung. Zum Wortlaut gehören alle in den drei Amtssprachen abgefassten Texte, einschliesslich der Titel und Marginalien. Massgebend ist jeweils derjenige Wortsinn, welcher dem Sprachgebrauch zur Zeit der Entstehung des Gesetzes entspricht. Bei der Ermittlung des Wortsinns ist aber nicht nur der allgemeine, sondern auch der juristische Sprachgebrauch zu berücksichtigen (z.B. Besitz und Eigentum). Der Gesetzgeber ist oft unpräzise; nicht selten haben dieselben Begriffe verschiedene Bedeutungen (z.B. Verjährung gemäss Art. 521, 533, 929 ZGB ist eigentlich eine «Verwirkung»). Daher darf die Bedeutung des grammatischen Elements bei der Auslegung nicht überschätzt werden. Ziel der Auslegung ist der Normsinn, d.h. es geht nicht um den Wortlaut an sich, sondern um den gesetzgeberischen Regelungswillen.

b) Systematisches Element

Das Gesetz ist als Einheit und aus dem Zusammenhang zu verstehen, z.B. sind bei juristischen Personen gemäss OR auch die Bestimmungen von Art. 52 ff. ZGB heranzuziehen oder gemäss Art. 17 ZGB sind Minderjährige handlungsunfähig. Erst nach Betrachtung des Gesamtkontext wird klar, dass diese lediglich beschränkt handlungsunfähig sind. Einerseits ist die Bedeutung des Kontextes einer Gesetzesbestimmung heranzuziehen (z.B. OR als 5. Teil des ZGB oder Verhältnis zwischen OR und VVG) andererseits ist auch die äussere Gliederung der Rechtsordnung zu beachten, z.B. Abfolge der Absätze, Überschriften und Marginalien (Art. 27 ZGB), Verweisungen (Art. 28 Abs. 3 ZGB).

In diesem Zusammenhang werden formale Auslegungsregeln angewandt, z.B.

- **Analogieschluss**
Ein gesetzlicher TB wird auf einen Sachverhalt angewandt, der zwar nicht unter dem Wortlaut des TB subsumiert werden kann, auf den jedoch dessen Grundgedanke und Sinn zutrifft. Voraussetzung ist eine Ähnlichkeit der zu regelnden Verhältnisse
- **Umkehrschluss**
Eine gesetzliche Regelung gelangt nur für TB zur Anwendung, welche in ihr ausdrücklich erwähnt sind. Soweit deren Wortlaut für die zu beantwortende Rechtsfrage keine Antwort bereit hält, liegt ein qualifiziertes Schweigen vor.
- **Vorrang der lex specialis, lex posterior und lex superior**
Das spezielle Gesetz geht dem Allgemeinen, das spätere dem früheren und das über dem untergeordneten vor.

c) Verfassungs- und völkerrechtskonforme Auslegung

Ist eigentlich ein Anwendungsfall des systematischen Elements.

Alle Normen formell ungeordneter Rechtsstufen sind tunlichst so zu interpretieren, dass sie mit den Normen einer höheren Stufe nicht im Widerspruch stehen, z.B. Berufung auf Kunstfreiheit und Persönlichkeitsschutz im Fall der Brustbilder.

Die verfassungskonforme Auslegung ergibt sich aus der Überordnung der Verfassung. Art. 191 BV, wonach Bundesgesetze für das Bundesgericht massgebend sind, ist kein absolutes Prüfungsverbot, sondern lediglich ein Anwendungsgebot.

Damit wird auch die indirekte Drittwirkung von Grundrechten anerkannt, Freiheitsrechte sind nicht nur Abwehrrechte des Einzelnen gegen den Staat, sondern wirken sich auch auf private Rechtsverhältnisse aus, und zwar indirekt als Richtlinien für den Gesetzgeber und als Auslegungshilfen für die Richter.

Bei der völkerrechtskonformen Auslegung ist der Sinn des Landesrechts so zu ermitteln, dass es nicht im Widerspruch zum Völkerrecht steht.

d) Historisches Element

Im Mittelpunkt des historischen Elements steht die Entstehungsgeschichte des auszulegenden Gesetzes, d.h. die Gesetzesmaterialien (z.B. Vorentwürfe, Gutachten, Protokolle der Kommissionen, Botschaften des Bundesrates, Bulletin von National- und Ständerat, etc.).

Die Materialien sind häufig uneinheitlich und widersprüchlich, daher bedürfen sie immer einer kritischen Würdigung.

e) Teleologisches Element (Zweck der Norm)

Normen und Gesetze sind immer als Antwort des Gesetzgebers auf ein bestimmtes Regelungsbedürfnis zu verstehen. Das richtige Verständnis der Norm setzt daher die Kenntnis ihres Zwecks voraus (z.B. Art. 169 ZGB beschränkt die Handlungsfähigkeit des an der ehelichen Wohnung berechtigten Ehegatten. Es handelt sich dabei um eine Eheschutzmassnahme, die nicht gerichtlich anzuordnen ist, sondern von Gesetzes wegen gilt).

Hinter einem bestimmten Rechtssatz steht daher regelmässig auch der Schutz bestimmter Interessen. Ein Rechtssatz kann nur verstanden werden, wenn diese Interessen bekannt sind (Interessenbewertung durch den Gesetzgeber)

Der Zweck einer Norm (die ratio legis) kann sich ergeben:

- direkt aus der konkreten Norm
- Aus einem bestimmten Rechtsinstitut (z.B. Nachbarrecht, Urheberrecht, Immaterialgüterrecht, etc.)
- aus der Bezeichnung eines Gesetzes
- aus der Berücksichtigung des ganzen Gesetzes bzw. aus dem Normkontext (UWG)
- oft ergeben sich aus den Materialien (insb. aus den einleitenden Kapiteln der Botschaft des Bundesrates) Hinweise auf den Zweck einer Norm

Die Teleologie wird vielfach als oberstes resp. bedeutsamstes Element der Auslegung betrachtet (Problematik der Prädominanz des teleologischen Elements).

Die Auslegung beginnt regelmässig mit Wortlaut und Gesetzessystematik. Diese führen aber nicht ohne weiteres zum richtigen Ergebnis, sondern zu einer Ergebnishypothese, die ggf. anhand des teleologischen Elements auf ihre materielle Richtigkeit zu prüfen ist.

Nicht immer lässt sich der Zweck eines Rechtssatzes ohne weiteres erkennen. Umgekehrt kann die ratio legis zwar feststehen, jedoch für die zu lösende Rechtsfrage nicht weiterführen.

Es ist immer der Gesamtkontext zu betrachten.

f) Realistisch (soziologisches) Element

Ziel ist es, den tatsächlichen Verhältnissen (Realien) zur Zeit der Entstehung des Gesetzes Rechnung zu tragen (z.B. medizinischer/wissenschaftlicher Fortschritt, Zäune aus Stein, etc.).

Ergebnis der Auslegung

Wenn sich die verschiedenen Auslegungselemente widersprechen oder zu unterschiedlichen Ergebnissen führen ist wie folgt vorzugehen:

- Die Auslegungselemente sind grds. gleichwertig
- Ergeben sie für die Auslegung einer bestimmten Norm nicht denselben Sinn, sind sie gegeneinander abzuwägen (Gleichwertigkeit heisst nicht, dass jedes Element das gleiche Gewicht hat)
- Es wird die sachlich überzeugendste und gerechteste Lösung gesucht

2. Gesetzeslücken und Lückenfüllung (Art. 1 Abs. 2 ZGB)

2.1 Begriff der Gesetzeslücke

Unter einer Lücke im Gesetz versteht man das Fehlen einer erforderlichen gesetzlichen Anordnung. Auf eine bestimmte Rechtsfrage lässt sich dem Gesetz keine bzw. nicht unmittelbar eine Antwort entnehmen.

Ob eine Lücke vorliegt oder nicht ist eine Auslegungsfrage. Das Vorliegen einer Lücke darf zudem nicht leichthin angenommen werden. Keine Lücke liegt vor bei:

- **Rechtsfreier Raum:** Eine bestimmte Frage ist keine Rechtsfrage, sondern wird einer anderen Ordnung als der des Rechts zur Regelung überlassen und deshalb schweigt das Gesetz (z.B. kirchliche Ehe, Sitte/Moral).
- **qualifiziertem Schweigen:** Der Gesetzgeber hat bewusst auf eine Regelung im Gesetz verzichtet (Beispiele: PS bei Genossenschaften oder Heirat mit dem Cousin (Art. 95 ZGB)).

2.2 Einordnung des qualifizierten Schweigens



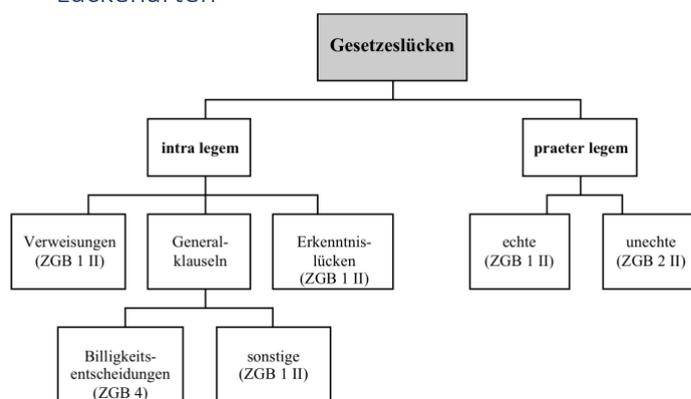
Ein qualifiziertes Schweigen schliesst allerdings nicht in jedem Fall die Annahme einer Lücke aus. Führt das Schweigen des Gesetzes zu sachlich nicht haltbaren Lösungen, liegt u.U. eine unechte

Lücke vor, welche es dem Richter ermöglicht, korrigierend einzugreifen (vgl. BGE 140 III 206, Nr. 23 im Reader).

Der Bereich der Lücken beginnt da, wo derjenige der Gesetzesanwendung aufhört. Ergibt die Auslegung, dass das Gesetz auf eine bestimmte Rechtsfrage keine Antwort weiss und weder ein rechtsfreier Raum noch ein qualifiziertes Schweigen vorliegt, ist von einer Gesetzeslücke auszugehen.

Zwischen Auslegung und Lückenfüllung lässt sich allerdings oft keine strenge Grenze ziehen. Die Übergänge können fließend sein. Trotzdem ist an dieser Unterscheidung festzuhalten, weil sie einerseits vom Gesetz verlangt wird (Art. 1 Abs. 1 und 2 ZGB) und andererseits verhindern soll, dass der Richter allzu schnell mittels «Lückenfüllung» seine eigenen Präferenzen ins Gesetz hineinträgt. Darüber hinaus ist in bestimmten Rechtsgebieten (Strafrecht, Steuerrecht) eine Lückenfüllung ausgeschlossen.

2.3 Lückenarten



Hinter den verschiedenen Lückenarten verbergen sich zwei unterschiedliche Bereiche richterlicher Tätigkeit, nämlich:

→ **Gesetzesergänzung:** Das Gericht muss einen Rechtsstreit auch dann entscheiden, wenn er dem Gesetz keine Antwort entnehmen kann (echte Lücke) bzw. wenn das Gesetz zwar eine Lösung enthält, diese aber zu unbestimmt ausfällt (Lücke intra legem, z.B. Generalklausel von Art. 28 ZGB), Art. 1 Abs. 2 ZGB.

→ **Gesetzesberichtigung:** Eine Gesetzesberichtigung darf nur ganz ausnahmsweise in Betracht gezogen werden und zwar bei sogenannten unechten Lücken (Art. 2 Abs. 2 ZGB).

Gesetzesergänzung

a) Lücken intra legem

Das Gesetz gibt auf eine bestimmte Rechtsfrage zwar eine Antwort, diese ist aber noch nicht unmittelbar Lösung des konkreten Problems. Es bedarf vielmehr noch weiterer Abklärungen und Wertungen. Es gibt folgende Fallgruppen:

- **Erkenntnislücken**
Der Gesetzgeber wollte eine Frage vollständig regeln, die Auslegung ergibt aber keinen eindeutigen, bestimmten und deshalb unmittelbar anwendbaren Inhalt, z.B. Art. 125 Abs. 3 ZGB «grobe Verletzung der Unterhaltspflicht» oder Art. 477 «schwere Verletzung familienrechtlicher Pflichten»
- **Generalklauseln / Blankettnormen**
Der Gesetzgeber hat hier eine bestimmte Frage angesprochen und dem Grundsatz nach geregelt, die nähere inhaltliche Konkretisierung aber bewusst dem Richter überlassen (z.B.

Art. 27 Abs. 2 (Schranken der Selbstbindung), Art. 20 OR oder Art. 41 OR sowie Art. 4 ZGB (Billigkeitsentscheidungen)

- **Verweisungen**

Gesetz beantwortet eine Rechtsfrage durch Verweisung auf gesetzliche Vorschriften aus einem anderen Gebiet. Diese Bestimmungen können sinngemäss übernommen werden. (z.B. Art. 678 Abs. 1 ZGB, Art. 7 ZGB, Art. 58 ZGB).

b) echte Lücken

Eine echte Lücke liegt vor, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen und dem Gesetz weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung ermittelten Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann. Die echten Lücken sind weitaus seltener als Lücken intra legem.

Echte Gesetzeslücken können auch dort entstehen, wo das Gesetz auf eine Rechtsfrage zwei sich entgegenstehende Antworten enthält (Widerspruch/Antinomie). Diese Normen heben sich gegenseitig auf. Es entsteht eine ausfüllungsbedürftige Lücke, die vom Richter nach den Regeln der freien Rechtsfindung auszufüllen ist.

Eine echte Lücke kann auch dann entstehen, wenn der Wortsinn des Rechtssatzes mit Blick auf dessen ratio legis zu kurz greift.

Der Richter hat echte Lücken aufgrund des Rechtsverweigerungsverbot zu schliessen (Gesetzesergänzung).

Gesetzesberichtigung

a) Unechte Lücken

Das Gesetz enthält auf eine bestimmte Rechtsfrage eine Antwort, jedoch ist diese im konkreten Fall sachlich völlig unbefriedigend.

Eine unechte Lücke zu füllen ist nur ausnahmsweise zulässig, wenn die Anwendung der fraglichen Norm zu einem offensichtlich unhaltbaren, völlig unbefriedigenden und grob ungerechten Ergebnis führen würde. Die gesetzliche Grundlage für die Möglichkeit der Gesetzesberichtigung bei unechten Lücken findet sich in Art. 2 Abs. 2 ZGB (Rechtsmissbrauchsverbot) (vgl. auch BGE 120 III 131, Nr. 24 im Reader)

Die Füllung einer unechten Lücke erfolgt dabei grundsätzlich auch nach Massgabe von Art. 1 Abs. 2 ZGB oder u.U. ist auch ein Vorgehen nach Art. 4 ZGB angezeigt.

Schematische Darstellung

Lückenart	Wann besteht eine derartige Lücke?	Lückenfüllung
echte Lücke (gesetzssystematische)	Dem Gesetz ist auf eine wesentliche Rechtsfrage überhaupt keine Antwort zu entnehmen (ZGB 1 II) ⇒ Gesetzesergänzung als richterliche Pflicht (Rechtsverweigerungsverbot)	Lückenfüllung gemäss ZGB 1 II
⇕	Teilweise nicht klar abgrenzbar	⇕
unechte Lücke (rechtspolitische)	Die im Gesetz vorgesehene Regelung führt im konkreten Fall zu einem offensichtlichen Rechtsmissbrauch (ZGB 2 II) ⇒ Gesetzesberichtigung aber grundsätzlich verboten (Legalitätsprinzip)	Lückenfüllung nach Massgabe von ZGB 1 II oder ZGB 4

2.4 Lückenfüllung

Lückenfüllung durch Gewohnheitsrecht

Der Richter hat nach Art. 1 Abs. 2 ZGB zunächst nach Gewohnheitsrecht zu entscheiden, wenn dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden kann (sekundäre Rechtsquelle zur Ausfüllung von Gesetzeslücken).

Gewohnheitsrecht liegt vor, wenn folgende Elemente (kumulativ) nachgewiesen sind:

- **Übung** (= äusseres faktisches Erfordernis)
Vorausgesetzt ist ein länger andauernder, bis in die Gegenwart nachweisbarer und höchstens durch Einzelfälle durchbrochener Brauch
- **Rechtsüberzeugung der Rechtsgenossen** (= inneres, psychologisches Moment)
Die Rechtsgenossen müssen von der Verbindlichkeit (von der Rechtmässigkeit) dessen was angewandt wird, überzeugt sein
- **Gesamtschweizerische Übung**
Überall dort, wo das fragliche Rechtsinstitut verwendet wird, hat sich der Brauch durchgesetzt und wird von den Beteiligten mit der massgebenden Rechtmässigkeitserüberzeugung befolgt.

In der Schweiz hat das Gewohnheitsrecht eine sehr geringe praktische Bedeutung (Beispiel: Wenn jemand stirbt kümmern sich Angehörige um die Beerdigung, etc. Dies steht nirgends im Gesetz, sondern ist Gewohnheitsrecht).

Lückenfüllung durch Richterrecht

Für die Lückenfüllung viel wichtiger als das Gewohnheitsrecht ist das Richterrecht, d.h. die richterliche Regelbildung.

Liegt eine (echte) Gesetzeslücke vor und findet sich keine gewohnheitsrechtliche Norm, so hat das Gericht gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB nach der Regel zu entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde («modo legislatoris»). Der Richter muss also zunächst eine allgemeine Regel, d.h. eine generelle und abstrakte Norm bilden, unter der er anschliessend den individuellen und konkreten Sachverhalt zu subsumieren hat. Darin unterscheidet sich die richterliche Tätigkeit im Rahmen von Art. 1 Abs. 2 ZGB von derjenigen nach Art. 4 ZGB.

Richterliche Regelbildung i.S.v. Art. 1 Abs. 2 ZGB bedeutet, dass der Richter zuerst die Interessenlage eruieren muss, d.h. die für eine generell-abstrakte Normierung massgebenden tatsächlichen Verhältnisse und diese sodann kritisch zu würdigen hat unter den Gesichtspunkten der Praktikabilität (realistischer Gesichtspunkt), d.h. die gebildete Regel muss praktikabel sein und sie muss sachlich überzeugend sein (ethischer Gesichtspunkt).

Bei der Regelbildung ist der Richter insofern nicht völlig frei, als sich seine Lösung in das Ganze des geschriebenen Gesetzes einfügen und mit diesem harmonieren muss. Aus diesem Grund hat die Lückenfüllung primär mittels Analogieschluss zu erfolgen, d.h. der Richter überträgt die gesetzliche Lösung eines vergleichbaren Problems mutatis mutandis auf das gesetzlich ungelöste Problem.

Ist ein Analogieschluss nicht möglich, so hat der Richter seine Regel «aus dem Geist der (positiven) Rechtsordnung» zu schöpfen.

Ist das Gesetzgebungsverfahren mit welchem eine Lücke des geltenden Rechts gefüllt werden soll bereits abgeschlossen, so kommt diesem neuen, noch nicht in Kraft getretenen Gesetzestext eine besondere Bedeutung zu.

2.5 Richterliche Billigkeitsentscheidungen nach Art. 4 ZGB

Der Gesetzgeber lässt verschiedentlich bewusst einen Ermessensspielraum offen, der es den rechtsanwendenden Organen ermöglichen soll, den in concreto zu beurteilenden Verhältnissen angemessen Rechnung zu tragen. Art. 4 ZGB weist sie dabei, ihren Entscheid nach «Recht und Billigkeit» zu treffen. Der Richter ist gehalten, nach Billigkeit zu entscheiden. Dies darf jedoch keinesfalls als ein Appell an die «Gefühlsjurisprudenz» verstanden werden. Art. 4 ZGB schreibt dem Richter vielmehr vor, unter Berücksichtigung aller objektiv relevanten Umstände ein möglichst sachgerechtes Urteil zu fällen.

Art. 4 ZGB verlangt dort einen sog. Billigkeitsentscheid, wo das Gesetz auf das «Ermessen» (z.B. Art. 50 Abs. 2 OR, Art. 100 Abs. 2 OR), auf die «Würdigung wichtiger Umstände» (z.B. Art. 3 Abs. 2 ZGB, Art. 333 Abs. 1 ZGB, Art. 52 Abs. 3 ZGB) oder auf «wichtige Gründe» (z.B. Art. 30 Abs. 1 ZGB) verweist.

Die Frage, ob und wo das Gesetz den Richter zu einem Vorgehen nach Art. 4 ZGB anweist, lässt sich nicht schematisch beantworten. Vielmehr gilt es dies jeweils durch Auslegung zu ermitteln (z.B. «Angemessen», Art. 125 Abs. 1 ZGB, «Billig/Billigkeit», Art. 332 Abs. 2 ZGB, Art. 54 Abs. 1 OR oder «kann»-Vorschriften, Art. 125 Abs. 3 ZGB, Art. 49 Abs. 2 OR).

Nach neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung erfordern gewisse Rechtsinstitute aufgrund ihrer Natur einen Billigkeitsentscheid und zwar selbst dann, wenn dies im Gesetzeswortlaut nicht einmal angedeutet wird, z.B. bei Renten, Pensionen und Unterhaltsbeiträgen aller Art.

2.6 Hilfsmittel bei Auslegung und Lückenfüllung

Art. 1 Abs. 3 ZGB legt in verbindlicher Weise fest, dass der Richter bei seiner Tätigkeit «bewährte Lehre und Überlieferung» zu berücksichtigen habe.

Bewährte Lehre i.S. von Art. 1 Abs. 3 ZGB

Unter Lehre ist in erster Linie die Rechtswissenschaft (Doktrin) zu verstehen. Dabei ist weniger die Menge der Autoren massgebend, sondern die sachliche Überzeugungskraft einer bestimmten Lehrmeinung. Als bewährt hat diejenige Ansicht zu gelten, die der Gerechtigkeitsidee und der Zweckmässigkeit wie auch den Anforderungen der Rechtssicherheit entspricht. Der Richter hat sich mit der bewährten Lehre auseinanderzusetzen, hat diese jedoch nicht zu befolgen.

Bewährte Überlieferung nach Art. 1 Abs. 3 ZGB

Damit ist in erster Linie der Gerichtsgebrauch gemeint. Die Bedeutung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist gross. Das BGer misst seinen Präjudizien aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit über den Einzelfall hinaus generelle Tragweite zu. Die vom BGer durch richterliche Rechtsfindung ermittelten Normen finden sich i.d.R. in der amtlichen Sammlung (Urteile mit präjudizieller Bedeutung).

Weitere Hilfsmittel

Dazu zählt die Rechtsvergleichung (z.B. mit dem deutschen Recht) und die Rechtsgeschichte.

3. Art. 2 ZGB

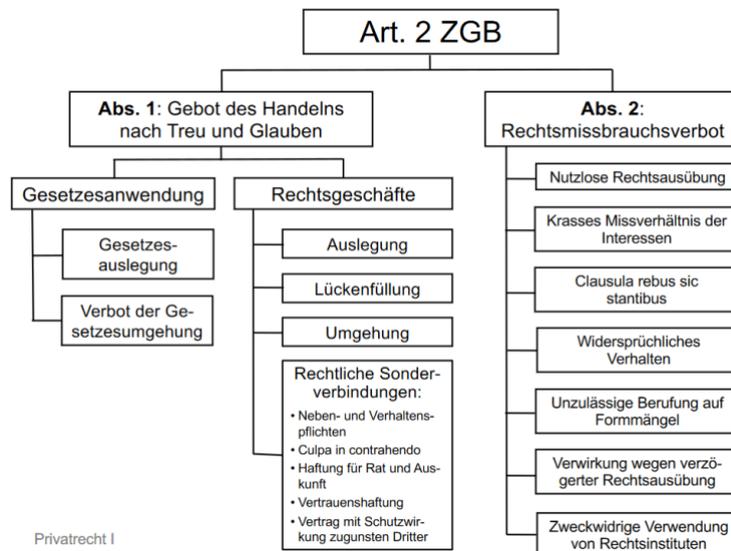
Art. 2 ZGB ist ein Grundsatz allgemeiner Art (eine Grundregel). Auch im öffentlichen Recht wird auf diesen Grundsatz Bezug genommen.

Art. 2 ZGB vereint zwei miteinander verwandte Anordnungen, die sich jedoch unter mehreren Aspekten voneinander deutlich unterscheiden:

- Das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben (Abs. 1) und
- Das Verbot offenbaren Rechtsmissbrauchs (Abs. 2)

Art. 2 ZGB ist sehr allgemein gefasst. Dies muss so sein, um in allen denkbaren Sachlagen «greifen» zu können. Damit eröffnet sich aber ein Spannungsverhältnis zu den Anforderungen der Rechtssicherheit.

Lehre und Rechtsprechung zu Art. 2 ZGB tragen dem durch die Bildung von Fallgruppen Rechnung, die sich zu unterschiedlichen Interessen- und Konfliktkonstellationen äussern und damit dem Richter in gleich oder ähnlich gelagerten Fällen den Weg weisen. Dies gilt in ganz besonderem Mass für das Rechtsmissbrauchsverbot.



Rechtliche Sonderverbindungen: Es fehlt an einer vertraglichen Grundlage.

Das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben bezieht sich auf die Auslegung und Ergänzung von Gesetz und Rechtsgeschäften (→ ergänzende Funktion).

Das Rechtsmissbrauchsverbot enthält dahingegen die positivrechtliche Anerkennung unechter Lücken, befasst sich also mit der Korrektur von Gesetzen (→ Normberichtigende Funktion).

Auch die Rechtsordnung selber hat die beiden Leitprinzipien Handeln nach Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot in unzähligen Normen näher konkretisiert, z.B. Schutz vor missbräuchlichen Kündigungen im Mietrecht (Art. 271 OR) und im Arbeitsrecht (Art. 336 OR) oder Regeln des Gutgläubensschutzes im Recht der Stellvertretung (vgl. namentlich Art. 33 Abs. 3 OR, Art. 34 Abs. 3 OR, Art. 36 Abs. 2 OR, Art. 37 Abs. 1 OR, Art. 38 Abs. 1 OR, etc.). Diese gelten als lex specialis zu Art. 2 ZGB.

3.1 Gebot des Handelns nach Treu und Glauben

Das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben dient der Fairness im Rechtsverkehr. Es hält die Rechtssubjekte zu gegenseitiger Rücksichtnahme bzw. zu loyalem und korrektem Verhalten an.

Wer am Rechtsverkehr teilnimmt, von dem darf und muss erwartet werden, dass er sich wie ein als redlich und vernünftig vorausgesetzter Dritter verhält.

Das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben ist in zweierlei Bereichen von Bedeutung, nämlich:

1. im Zusammenhang mit der Gesetzesanwendung (Gesetzesauslegung und Gesetzumgehung)
2. im rechtsgeschäftlichen Bereich

Die Bedeutung von Treu und Glauben für die Gesetzesanwendung

1. Gesetzesauslegung: Was hätte die vernünftige Durchschnittsperson verstanden?

Mit der Gesetzesauslegung wird die Ermittlung des objektiven Sinns einer Rechtsregel bezweckt. Massgebende Richtlinie dabei ist der Blickwinkel des vernünftigen und korrekten Gesetzesadressaten (nicht der betroffenen Partei), also der Grundsatz von Treu und Glauben

2. Verbot der Gesetzesumgehung

Eine Gesetzesumgehung besteht im Versuch, die Nachteile einer bestimmten Gesetzesnorm «künstlich» zu vermeiden, indem ein anderer Tatbestand verwirklicht wird als derjenige, an welchen die zu umgehende Norm anknüpft. Gesetzesumgehungen stellen ein illoyales Verhalten und damit ein Verstoss gegen das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben dar (umstritten), z.B. Lex-Friedrich: in CH ist es Ausländern nur unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt ein Grundstück zu erwerben. Die Umgehung besteht darin eine Schweizerische AG zu gründen, welche das Grundstück im Anschluss erwirbt.

Ob eine bestimmte «Konstruktion» eine Gesetzesumgehung darstellt, ist durch Auslegung zu prüfen. Dabei ist zwischen Ziel- und Wegverbot zu unterscheiden: Möglicherweise will die umgangene Gesetzesnorm einen bestimmten Erfolg verbieten, vielleicht aber auch nur einen bestimmten Weg; das Ziel darf aber legal auf einem anderen Weg erreicht werden (z.B. öffentliche Beurkundung bei einem Grundstückskauf). Der Gesetzgeber hat möglichen Gesetzesumgehungen verschiedentlich durch Erlass von Bestimmungen Rechnung getragen (z.B. Art. 527 ZGB: keine Umgehung der erbrechtlichen Pflichtteile durch lebzeitige Schenkung)

Die Bedeutung von Treu und Glauben im rechtsgeschäftlichen Bereich (Fallgruppen)

1. Auslegung von Rechtsgeschäften

Auslegung nach Vertrauensprinzip (insb. bei Verträgen), wie kann man die Klausel als redlicher Vertragspartner gemeint haben.

2. Lückenfüllung bei Rechtsgeschäften

Feststellung des hypothetischen Parteiwillens, Orientierung am vernünftigen und redlichen Geschäftspartner

3. Umgehung rechtsgeschäftlicher Verpflichtungen

Extensive Auslegung der umgangenen Verpflichtung

4. Treu und Glauben als Grundlage für rechtliche Sonderverbindungen

- Neben- und Verhaltenspflichten (z.B. Pflicht der Gondelbetreiber auf Sicherung der Pisten)
- Culpa in contrahendo (schuldhafte Verletzung von Pflichten aus einem vorvertraglichen Schuldverhältnis. Sie setzt Vertragsverhandlungen, schutzwürdiges Vertrauen, eine Pflichtverletzung, einen Schaden sowie einen KZ und ein Verschulden voraus)
- Haftung für Rat und Auskunft (man fragt einen Anwalt um Rat und vertraut auf dessen Aussage)
- Vertrauenshaftung (Haftung eines vertragsfremden Dritten, setzt rechtliche Sonderverbindung zwischen Schädiger und Geschädigtem, schutzwürdiges Vertrauen, treuwidrige Enttäuschung dieses Vertrauens, Schaden, KZ und Verschulden voraus, vgl. BGE 121 III 350, Nr. 27 im Reader)
→ Gesetzlich nicht geregelt, vom BGer anerkannt
- Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (z.B. Verkäufer gibt Auftrag für Schätzung, Schätzung ist fehlerhaft. Vertrag mit Schutzwirkungen zu Gunsten Dritter wird nur bejaht, wenn der Verkäufer dem Schätzer die Interessenlage offengelegt und die Schätzung im Einverständnis mit dem Käufer eingeholt hat; wenn die Interessen gegenläufig sind kein Vertrag mit Schutzwirkung zg. Dritter, vgl. auch Nr. 27 im Reader)
→ ist gesetzlich nicht geregelt, vom BGer nicht anerkannt, von der Lehre aber mehrheitlich bejaht.

3.2 Verbot des Rechtsmissbrauchs

Bei Art. 2 Abs. 2 ZGB handelt es sich um einen «Notausgang» für Fälle, wo durch die Gewährung eines scheinbaren (behaupteten), dem Gesetzeswortlaut entsprechenden Rechts offenkundiges Unrecht geschaffen würde.

Die Anwendung von Art. 2 Abs. 2 ZGB ist damit nur «ultima ratio», da die Gesetzeskorrektur an sich dem Gesetzgeber (und nicht dem Richter) unterliegt. Ein systematisches Anwenden von Art. 2 Abs. 2 ZGB würde letztlich die Rechtsordnung aushöhlen.

Daher wurden Fallgruppen gebildet, wann Art. 2 Abs. 2 ZGB angewendet werden kann:

Nutzlose Rechtsausübung (Schikaneverbot)

Wer ein Recht ausübt, das für ihn von keinerlei Nutzen ist, einem Dritten jedoch auf diese Weise Schaden zufügt oder ihn behindert, handelt rechtsmissbräuchlich (z.B. Beharren auf Wohnungsreinigung des Mieters, obwohl Gebäude abgebrochen werden soll).

Krasses Missverhältnis der Interessen

Eine Rechtsausübung ist missbräuchlich, wenn der Berechtigte zwar ein bestimmtes Interesse verfolgt, zwischen seinem Interesse und demjenigen des Belasteten jedoch ein krasses Missverhältnis besteht (z.B. der Mieter beharrt 3 Wochen vor Ende der Mietdauer auf Ersatz der defekten Abwaschmaschine, obwohl das Gebäude nach dem Auszug nicht mehr als Wohngebäude genutzt wird).

Clausula rebus sic stantibus (nachträgliches Missverhältnis bei vertraglichen Leistungen)

Haben sich die Verhältnisse seit Vertragsschluss grundlegend verändert, kann das Beharren auf den Vertrag rechtsmissbräuchlich sein. Rechtsmissbrauch wird hingegen verneint, wenn eine Anpassung durch Auslegung/Lückenfüllung möglich ist oder ein Grundlagenerrtum (Art. 24 OR) bejaht werden kann oder das Gesetz die Anpassung an veränderte Umstände vorsieht.

Widersprüchliches Verhalten (venire contra factum proprium)

Das frühere Verhalten begründet ein schutzwürdiges Interesse der anderen Partei, welches durch die neuen Handlungen enttäuscht würde (z.B. man hat Gegendarstellungsrecht ausgeübt und gibt sich mit Interview zufrieden. Nach der Veröffentlichung möchte man das Gegendarstellungsrecht trotzdem ausüben).

Unzulässige Berufung auf Formmängel

Die Missachtung eines Formmangels führt i.d.R. zur Nichtigkeit des Geschäfts. Die Berufung auf einen Formmangel kann jedoch bei Vorliegen besonderer Umstände rechtsmissbräuchlich sein, z.B. bei Schwarzmarktgeschäften. Man vereinbart einen tieferen Preis in der öffentlichen Urkunde, hat aber einen höheren Preis abgemacht und beruft sich im Anschluss auf den verkündeten Preis oder man beruft sich auf Formmangel obwohl man 2 Jahre lang Eigentümerin des Grundstücks war (vgl. BGE 112 II 330, Nr. 26 im Reader).

Verwirkung wegen verzögerter Rechtsausübung

Ansprüche können aufgrund von Art. 2 Abs. 2 ZGB untergehen, wenn sie zu spät geltend gemacht werden. Damit missbräuchliche Verzögerung in der Rechtsausübung angenommen werden darf, muss das Untätigsein des Berechtigten ein schutzwürdiges Interesse begründet haben (ABER: Kein Rechtsmissbrauch, wenn Ferienlohnanspruch erst bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend gemacht wird).

Zweckwidrige Verwendung von Rechtsinstituten

z.B. Bürgerrechtsehe (nicht mehr relevant, da neu der Eheungültigkeitsgrund der Scheinehe im ZGB geregelt ist), zweckwidrige Verwendung einer juristischen Person, z.B. um sich einer Haftung zu

entziehen (Durchgriff) oder zweckwidrige Kündigung im Arbeitsrecht (Entlassung um gegenüber Medien einen Sündenbock zu haben), vgl. auch BGE 131 III 535, Nr. 25 im Reader.

Behandlung von Rechtsmissbrauchsfällen durch das Gericht

Art. 2 Abs. 2 ZGB ist von Amtes wegen zu beachten. Die Rechtsfolge ist unterschiedlich:

- wird ein Recht ausgeübt, um einen anderen zu schädigen, versagt der Richter dem Ansprecher den Schutz vollständig (z.B. keine Abänderung des Ehegattenunterhalts, wenn Ehemann seine Stelle nur zwecks Schädigung der Ehefrau kündigt).
- Bei einem Missverhältnis der Interessen hat der Richter einen Interessenausgleich herbeizuführen
- Bei der *clausula rebus sic stantibus* wird der Vertrag regelmässig vorzeitig beendet
- Bei der unzulässigen Berufung auf Formmängel kann ein Erfüllungsanspruch ergeben.

4. Art. 3 ZGB

Bei den in Art. 3 ZGB angesprochenen Fällen geht es um eine Interessensabwägung: Der Gesetzgeber will in bestimmten gesetzlich umschriebenen Sachlagen denjenigen schützen, der sich objektiv «falsch» verhält, aber ohne entsprechendes Unrechtsbewusstsein, d.h. gutgläubig.

Abs. 1 → Gesetzliche Vermutung, dass guter Glaube vermutet wird

Abs. 2 → Beweiserleichterung für die Gegenpartei, indem die Gutglaubensvermutung entkräftet wird, wenn der (angeblich) Gutgläubige den Rechtsmangel pflichtwidrig nicht erkannt hat.

4.1 Anwendungsbereich von Art. 3 ZGB

Art. 3 enthält keinen allgemeinen Gutglaubensschutz. Der gute Glaube ist nur als in bestimmten Einzelschriften («wo das Gesetz eine Rechtswirkung an den guten Glauben einer Person knüpft») geschützt zu betrachten, wobei sich aus diesen Einzelschriften jeweils auch die Tragweite des Gutglaubensschutzes ergibt.

Ausserhalb des Anwendungsbereiches von Einzelschriften gibt es daher keinen Gutglaubensschutz
→ Art. 3 ZGB hat nur als Verweisnorm Bedeutung!

Beispiele: Art. 304 Abs. 2 ZGB, Art. 378 Abs. 2 ZGB, Art. 452 Abs. 2 ZGB, Art. 600 ZGB, Art. 933 ZGB, Art. 934 Abs. 2 ZGB, Art. 935 ZGB, Art. 936 ZGB, Art. 36 Abs. 3 OR, Art. 36 Abs. 2 OR

→ die meisten Bestimmungen, welche an die Gutgläubigkeit Rechtsfolgen knüpfen verwenden Worte wie «guter» oder «böser Glaube» oder aber Umschreibungen wie «kennen» oder «kennen müssen».

4.2 Begriff des guten Glaubens

Guter Glaube ist das Fehlen des Unrechtsbewusstseins trotz eines Rechtsmangels.

Vorausgesetzt wird demnach:

- **Rechtsmangel**
Fehlen einer rechtserzeugenden oder Vorliegen einer rechtsverhindernden Tatsache
- **Unkenntnis des Mangels**
Fehlendes Unrechtsbewusstsein des Betroffenen

4.3 Gutgläubensvermutung

Der gute Glaube ist eine innere Tatsache und daher nur schwer zu beweisen. Art. 3 Abs. 1 ZGB hilft demjenigen, der seinen guten Glauben zu beweisen hat in seinem Beweisnotstand. Gelingt ihm der Beweis des Grundtatbestandes (Vermutungsbasis), so wird seine Gutgläubigkeit vermutet.

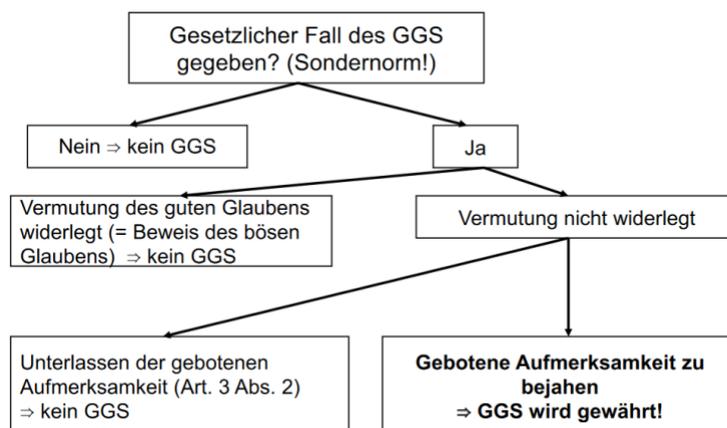
Die Gutgläubensvermutung kann auf dreierlei Weise entkräftet werden

- Durch Gegenbeweis gegen die Vermutungsbasis (d.h. die fragliche Norm ist gar nicht anwendbar, womit auch die Rechtsfolge des guten Glaubens entfällt)
- Durch Beweis des Gegenteils betr. die Vermutungsfolge (d.h. durch den positiven Nachweis der Bösgläubigkeit)
- Durch Berufung auf Art. 3 Abs. 2 ZGB: Fälle des «Kennensollens», d.h. aufgrund der Umstände hätte man wissen müssen, dass etwas nicht stimmen kann (vgl. BGE 122 III 1 f. Nr. 28 im Reader bzgl. Antiquitätenhandel resp. BGE 137 III 153, Nr. 29 im Reader)

4.4 Rechtswirkung des guten Glaubens

Der Gutgläubenschutz hat zur Folge, dass die negativen Wirkungen eines Rechtsmangels abgeschwächt oder aufgehoben werden. Was im Einzelnen gilt, ist den betreffenden Einzelvorschriften zu entnehmen.

4.5 Schema



5. Art. 7 ZGB

Art. 7 ZGB enthält eine umfassende und schematische Verweisung, die den Geltungsbereich der Normen im OR AT erheblich erweitern.

Die Verweisung von Art. 7 ZGB ist aber entbehrlich, da OR sowieso der 5. Teil des ZGB ist und sich, wenn sich eine Regelung im ZGB als unvollständig (lückenhaft) erweist, eine (analoge) Anwendung des OR AT geradezu aufdrängt. Art. 7 ist daher Ersatz für den im ZGB fehlenden allgemeinen Teil.

Der Wortlaut von Art. 7 ZGB ist zu eng gefasst, da nicht nur die «allg. Bestimmungen des OR über die Entstehung, Erfüllung und Aufhebung der Verträge» sondern alle Bestimmungen des OR AT für das ganze Bundesprivatrecht Geltung haben, z.B. Schadenersatzanspruch nach Art. 29 Abs. 2 bestimmt sich nach Art. 41 OR.

Daneben werden von der Verweisung auch einige grundlegende Normen des OR BT umfasst (z.B. Art. 530 ff. OR betr. Gesamthandschaft oder Art. 419 ff. OR betr. Geschäftsführung ohne Auftrag).

Die Übertragung der Bestimmungen des OR auf Rechtsverhältnisse des ZGB erfolgt aber nicht unmittelbar, sondern analog. Im Einzelfall ist zu prüfen, ob abweichende Vorschriften oder die

besondere Natur des betreffenden Rechtsinstituts des ZGB einer analogen Anwendungen der Bestimmungen des OR entgegenstehen.

Eine unmittelbare Anwendung kommt dort in Frage, wo direkt auf das OR verwiesen wird (z.B. Art. 28a Abs. 3 ZGB) oder wo das Zivilrecht obligationenrechtliche Begriffe verwendet.

Die allgemeinen Regeln des OR können auch im öffentlichen Recht zur Anwendung gelangen, allerdings nicht in Anwendung von Art. 7 ZGB, sondern auf dem Weg der Füllung von Gesetzeslücken.

5.1 Prüfungsprogramm zu Art. 7 ZGB

- ① Liegt ein zivilrechtliches Verhältnis ausserhalb des OR vor?
- ② Kommt eine Vorschrift aus dem OR AT nach ihrem Sinn und Zweck (bzw. unmittelbar) für die Übertragung auf das zur Diskussion stehende nicht schuldrechtliche Verhältnis in Frage?
- ③ Besteht eine besondere, der Übertragung entgegenstehende Vorschrift?
- ④ Sachliche Angemessenheit der fraglichen OR-Bestimmungen?
- ⑤ Auch wenn die Fragen 1 - 4 zu bejahen sein sollten, so ist die Anwendung der einschlägigen Vorschrift des OR grds. nur eine sinngemässe. Sie bedarf u.U. mit Rücksicht auf die Besonderheiten des Sachverhalts einer Einschränkung oder Modifikation.

6. Art. 5 ZGB

Art. 5 ZGB ist Ausdruck der verfassungsrechtlichen Kompetenzausscheidung auf dem Gebiet des Zivilrechts (Art. 3 BV → subsidiäre Generalkompetenz der Kantone; Art. 49 BV → derogatorische Kraft des Bundesrechts; Art. 122 BV).

Konflikte zwischen Bundes- und kantonalem Recht werden i.S. des Vorranges des Bundesrechts gelöst. Dem Bundesrecht kommt damit derogatorische Kraft zu. Allerdings kann der Bund Teile seiner Rechtssetzungskompetenz mittels Delegation an die Kantone übertragen. Das Bundesrecht sieht diesfalls einen (echten) Vorbehalt kantonalen Rechts vor.

Art. 122 BV weist dem Bund eine umfassende Rechtssetzungskompetenz auf dem Gebiet des Privatrechts zu (gestützt darauf wurde ZGB/OR erlassen). Für kantonales Recht bleibt grundsätzlich kein Raum. Ohne eine explizite Kompetenzdelegation des Bundesgesetzgebers an die Kantone, d.h. ohne Vorliegen eines echten Vorbehalts, ist kantonales Recht ausgeschlossen (z.B. Regelung von Vaterschaftsurlaub).

Mit Inkrafttreten des ZGB und OR im Jahr 1912 wurden die bis dahin geltenden kantonalen Privatrechtsordnungen aufgehoben. ZGB und OR stellen eine Gesamtkodifikation dar, d.h. das Privat soll (von einigen Spezialgebieten abgesehen) abschliessend geregelt werden.

Mit einem echten Vorbehalt zugunsten des kantonalen Rechts erhalten diese eine Kompetenz die ihnen aufgrund der verfassungsrechtlichen Kompetenzausscheidung entzogen war. Es handelt sich somit um eine Kompetenzdelegation (vgl. auch EG ZGB Nr. 31 im Reader). Folgende echte Vorbehalte lassen sich unterscheiden:

- **Verpflichtende Vorbehalte:** Kantone müssen legislieren, ansonsten trifft der Bundesrat eine Ersatzregelung (Art. 953 ZGB)
- **Zuteilende Vorbehalte:** Kantone müssen Regelung treffen, ansonsten liegt eine Lücke vor, die durch den Richter zu füllen ist

- **Übergangsrechtliche Vorbehalte:** bisherige kantonale Regelung darf weiterhin in Kraft bleiben (Art. 22 SchlT ZGB)
- **Ermächtigende Vorbehalte:** Es ist den Kantonen überlassen, ob sie eigene Vorschriften aufstellen wollen (Art. 795 Abs. 2 ZGB)

Art. 5 Abs. 2 ZGB regelt die Übung und den Ortsgebrauch, damit ist das in einer bestimmten Gegend (Ortsgebrauch) oder einem bestimmten Berufszweig (Übung) übliche Verhalten in einer bestimmten Situation.

ZGB und OR verweisen in unzähligen Bestimmungen auf die «Übung» oder den «Ortsgebrauch». Das Gesetz enthält diesfalls eine Lücke *intra legem*, bei deren Füllung es aber Besonderheiten zu beachten gibt (nur wo das Gesetz auf Übung und Ortsgebrauch verweist, übernimmt Verkehrssitte die Aufgabe, den Inhalt der Norm näher zu bestimmen und nach Art. 5 Abs. 2 entspricht das bisherige kantonale Recht (bis 31.12.1911) vermutungsweise der Verkehrssitte.

Demgegenüber gibt es auch unechte Vorbehalte (vgl. Art. 6 ZGB).

→ Kantonales Recht, das sich auf keinen Vorbehalt stützen kann, ist nichtig.

7. Art. 6 ZGB

Art. 6 ZGB beinhaltet einen unechten Vorbehalt, d.h. er hat deklaratorische Wirkung. Das Bundesrecht verweist auf kantonales Recht, zu dessen Erlass die Kantone ohnehin, d.h. ohne Ermächtigung durch ein Bundesgesetz zuständig sind.

Lehre und Rechtsprechung sehen in Art- 6 ZGB mehr als nur einen deklaratorischen Gehalt. Hinter der Bestimmung steht die Absicht, dem öffentlichen Recht der Kantone sog. Expansivkraft zu verleihen. Der Erlass öffentlich-rechtlicher kantonaler Vorschriften in einem vom Bundeszivilrecht geregelten Bereich ist gestützt auf Art. 6 ZGB zulässig wenn:

1. Der Bundesgesetzgeber keine abschliessende Regelung geschaffen hat
2. Die kantonalen Bestimmungen einem schutzwürdigen Interesse entsprechen
3. Nicht gegen Sinn und Geist des Bundeszivilrechts verstossen

vgl. BGE 132 III 6, Nr. 30 im Reader

Art. 6 Abs. 2 ZGB hat keine eigenständige Bedeutung. Er ist ein blosser Anwendungsfall von Abs. 1. Ein Verbot bzw. die Beschränkung der Verkehrsfähigkeit «gewisser Arten von Sachen» unterliegt damit auch den genannten Schranken.

Zu denken ist an zwei Kategorien von Sachen:

1. Polizeilich relevante Sachen (Gefährliche Sachen, Sachen, die gegen die öffentliche Sitte oder Treu und Glauben im Geschäftsverkehr verstossen, seltene Sachen)
2. Öffentliche Sachen (insb. Sachen, welche unmittelbar der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dienen)

XII. Juristische Personen im Allgemeinen

1. Begriff der juristischen Person

Das Gesetz definiert die juristische Person nicht. Es umschreibt lediglich deren Rechtsstellung. Das ZGB anerkennt Körperschaften (z.B. Verbände, Vereine) und Anstalten (d.h. Zweckvermögen, Stiftung) als mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestatteten juristischen Personen.

Eine Körperschaft ist ein Zusammenschluss von natürlichen und/oder juristischen Personen. Körperschaften sind grundsätzlich demokratisch aufgebaut, d.h. sie haben Mitglieder, welche an der Willensbildung der juristischen Person teilhaben. Die Körperschaften des Privatrechts sind der Verein, die AG, die Kommandit-AG, die GmbH und die Genossenschaft.

Demgegenüber ist eine Anstalt ein verselbständigtes, einem bestimmten Zweck gewidmetes Vermögen (Zweckvermögen). Die Anstalt ist keine Personenvereinigung, d.h. Anstalten haben keine Mitglieder oder Teilhaber, sondern (abgesehen von den Organen) lediglich Destinatäre, d.h. Personen die begünstigt werden. Die einzige Anstalt des Privatrechts ist die Stiftung.

Weil die juristische Person eine eigene Persönlichkeit ist, betrifft eine Forderung gegen die juristische Person nur diese und nicht auch die dahinterstehende natürliche Person (→ Haftungsbeschränkung).

Anders verhält es sich bei Personenmehrheiten und Sachgesamtheiten ohne eigene Rechtspersönlichkeit, deren Handeln den dahinterstehenden natürlichen Personen zugerechnet wird.

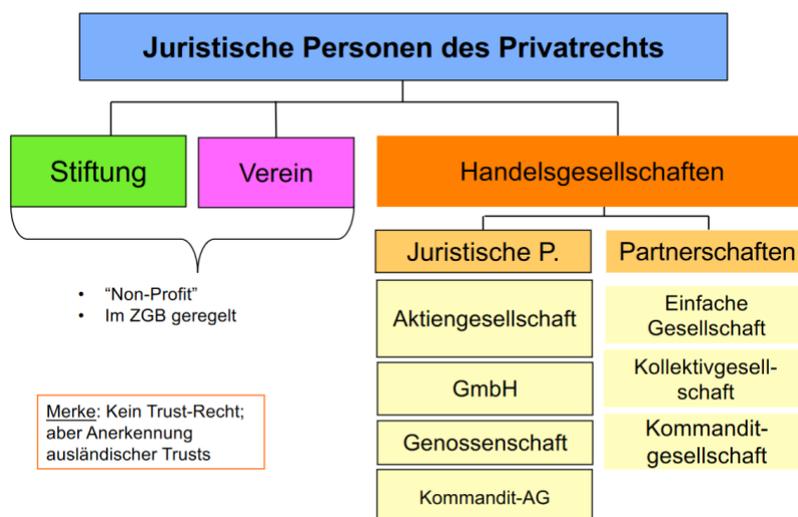
Somit haben die juristischen Personen nebst dem Vorteil der Haftungsbeschränkung auch die Vorteile der Vereinfachung des Geschäftsverkehrs und der Möglichkeit der Vermögensperpetuierung

2. Regelung der juristischen Personen im Privatrecht

Die in Art. 52-59 ZGB enthaltenen Bestimmungen sind allgemeine Regeln zu den juristischen Personen. Es ist aber zu beachten, dass diese Bestimmungen unvollständig sind und durch weitere, geschriebene und ungeschriebene Normen des Privatrechts ergänzt werden muss. Grundsätzlich können diese Normen aber auch auf die im OR geregelten juristischen Personen angewendet werden.

Besondere Bestimmungen zu den einzelnen Typen der juristischen Personen finden sich einerseits im ZGB (Verein, Stiftung) und andererseits im OR (Handelsgesellschaften und Genossenschaften).

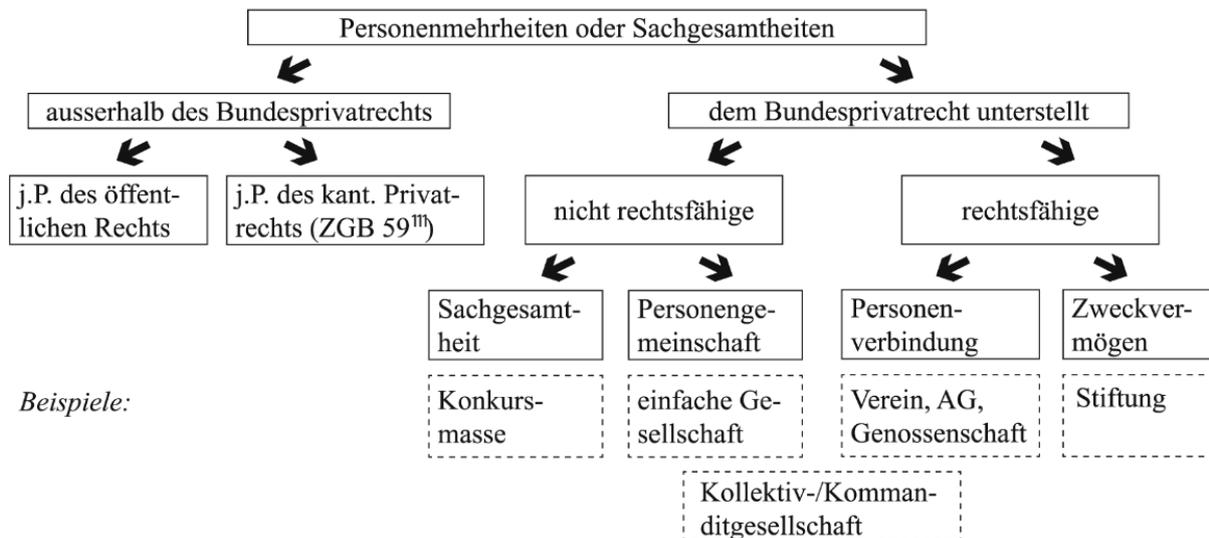
Bei den juristischen Personen herrscht ein numerus clausus, d.h. es gibt nur die vom Gesetz vorgesehenen Typen.



Ausserhalb des Bundesprivatrechts gibt es auch juristische Personen:

- Öffentlich-rechtliche juristische Personen: selbständige/unselbständige Anstalten (z.B. Universität Luzern), Körperschaften des öffentlichen Rechts (z.B. SOL), öffentlichrechtliche Stiftungen (Art. 59 Abs. 1 → unechter Vorbehalt. Es wird lediglich wiederholt, was bereits in Art. 6 Abs. 1 allgemein festgehalten wird).

- Juristische Personen des kantonalen Rechts (z.B. Sennereigenossenschaften, Alpkooperationen; vgl. auch Art. 53 Abs. 3 ZGB → echter Vorbehalt aufgrund von Art. 5 ZGB)
- Kirchliche Körperschaften und Anstalten



3. Anfang und Ende der juristischen Person

3.1 Erwerb der Rechtsfähigkeit

Grundsatz: Handelsregistereintrag (konstitutive Wirkung), Art. 52 ZGB. Dies bedeutet:

- Ohne Eintrag keine Rechtspersönlichkeit (negative Wirkung)
- Durch den Eintrag wird Rechtspersönlichkeit immer erlangt, selbst wenn es an einer materiellrechtlichen Voraussetzung der Entstehung fehlt (positive Wirkung), z.B. bei fehlerhaften Statuten

Ausnahmen: Gewisse j.P. bedürfen zu ihrer Entstehung keinem HR-Eintrag (Prinzip der freien Körperschaftsbildung), insb. der Verein (deklaratorische Wirkung des HR-Eintrages).

Art. 62 ZGB unterstellt Vereine, welche die Persönlichkeit (noch) nicht erlangt haben, dem Recht der einfachen Gesellschaft (Art. 530 ff. OR).

Bei Stiftungen hingegen entsteht die Rechtspersönlichkeit mit dem Handelsregistereintrag. Vor diesem Eintrag kommt der Stiftung die Rechtsstellung eines Nasciturus (analog zu Art. 31 Abs. 2 ZGB) zu. Es können daher vor der Eintragung aufschiebend bedingte Rechtsgeschäfte getätigt werden.

3.2 Ende der Rechtsfähigkeit

Das Gesetz enthält keine allgemeinen Bestimmungen zur Auflösung einer j.P. Es gelten daher die spezifischen Bestimmungen bei den jeweiligen j.P. (z.B. Auflösungsbeschluss, Gerichtsurteil, Konkursöffnung, Zeitablauf).

Der Eintritt des Auflösungsgrundes bewirkt eine Zweckänderung. Alleiniger Zweck ist nun die Liquidation. Art. 58 ZGB verweist auf die Bestimmungen des Genossenschaftsrechts (Art. 913 OR), das wiederum auf die Bestimmungen des Aktienrechts weiterverweist (Art. 736-747 OR).

Die Vermögensverwendung nach Auflösung richtet sich nach Art. 57 ZGB. Oft wird dies aber bereits in den Statuten der j.P. geregelt.

3.3 Die Rechtsfähigkeit der j.P.

Es gilt der Grundsatz der Gleichbehandlung nach Art. 53 ZGB. Die juristischen Personen sind demnach rechtsfähig und somit Träger von Rechten und Pflichten. Wegen ihrer besonderen «Natur» ist diese Fähigkeit jedoch eingeschränkt: die j.P. kann nicht Träger von Rechten und Pflichten sein, die natürliche Eigenschaften des Menschen zur Voraussetzung haben (z.B. j.P. kann nicht heiraten, muss fusionieren).

Eine juristische Person hat daher Vermögensrechte (Eigentum, Besitz, Forderungsrechte, Immaterialgüterrechte), eine juristische Person kann Erbin oder Vermächtnisnehmerin sein, sie hat die Möglichkeit ein Gewerbe zu betreiben und Mitglied einer Vereinigung zu sein und sie kann sich auf den Persönlichkeitsschutz nach Art. 28 ZGB berufen. Vereine und Stiftungen geniessen zudem einen Namensschutz nach Art. 29 ZGB. Umstritten ist, ob j.P. «Gefühle» hat und damit eine immaterielle Unbill i.S.v. Art. 49 OR verlangen kann.

3.4 Die Handlungsfähigkeit der j.P.

Die Handlungsfähigkeit der j.P. beinhaltet die Möglichkeit zur eigenen Rechtsgestaltung. Die Voraussetzungen der Handlungsfähigkeit bestimmt Art. 54 ZGB, demnach müssen Gesetz und/oder Statuten eine Organisation vorsehen und die vorgesehenen Organe müssen effektiv bestellt worden sein. Fehlende Organisation oder Organbestellung führt dazu, dass die j.P. trotz ihrer Rechtsfähigkeit vorerst nicht handlungsfähig ist.

Unter dem Begriff «Organ» versteht man einerseits die Organisationseinheit der j.P., die bestimmte Funktionen wahrnimmt (z.B. Vereinsvorstand) und andererseits die einzelne natürliche oder juristische Person (als Funktionsträgerin), welche zu deren Vertretung im Rechtsverkehr mit Dritten befugt ist und damit Organfunktionen wahrnimmt (z.B. Nadine Nagel als Vereinspräsidentin).

Formelle Organe sind diejenigen Personen, die von der zuständigen Stelle *de forma* zur Wahrnehmung von Organfunktionen berufen werden (z.B. Vereinspräsidentin des Vereins).

Als **faktische Organe** bezeichnet man demgegenüber Personen, die *de facto* an der Willensbildung der Gesellschaft teilhaben und mit entsprechender rechtlicher oder tatsächlicher Entscheidungskompetenz ausgestattet sind (z.B. Prokuristen). Massgebendes Kriterium ist dabei der Grad selbständiger Entscheidungsbefugnis in einem wesentlichen Aufgabenbereich der j.P.

Die j.P. tätigt ihre Rechtsgeschäfte durch die natürlichen Personen, die als (formelle und faktische) Organe und somit als Bestandteil der juristischen Person tätig werden. Die Organe können aber in eigenem Namen tätig werden, da sie ebenfalls ein selbständiges Rechtssubjekt sind (Janusköpfigkeit der Organe einer j.P.).

Typische Organe sind:

- Mitgliederversammlung (oberstes Organ)
- Vorstand/Verwaltung (Geschäftsführung und Vertretung)
- Kontroll-/Revisionsstelle
- Weitere (statutarische) Organe (z.B. Verwaltungsratsausschüsse, Fachgruppen, Prüfungskommissionen, Schiedsgerichte, etc.)

Die j.P. tätigt ihre Rechtsgeschäfte durch die natürlichen Personen, die als Organe tätig werden. Deren Handlungen werden nicht den Organen selber, sondern der juristischen Person zugerechnet. Die Vertretungsmacht reicht daher grds. soweit, wie die Handlungsfähigkeit der j.P. (d.h. sie ist im Rahmen des Zwecks der j.P. an sich unbeschränkt). Einschränkungen der Vertretungsmacht ergeben sich allerdings aus der Funktion des betreffenden Organs innerhalb der Struktur der juristischen

Person. Zudem herrscht ein Verbot von Doppelvertretung und Insichgeschäften (vgl. auch Reader Nr. 32).

Intern können die Befugnisse der Organe zudem beliebig eingeschränkt werden. Der gutgläubige Dritte muss sich die Beschränkung der Vertretungsbefugnis allerdings nicht entgegenhalten lassen, soweit es sich nicht um gesetzliche Schranken oder im HR eingetragene Beschränkungen handelt.

3.5 Die Deliktsfähigkeit

Die j.P. haben volle Deliktsfähigkeit: Nach Art. 55 ZGB verpflichten die Organe die juristische Person auch durch ihr «sonstiges (d.h. nicht rechtsgeschäftliches) Verhalten», sofern dieses dem Geschäftsbereich der juristischen Person zugerechnet werden kann. Darunter fallen in erster Linie Schadenszufügungen bei Dritten i.S.v. Art. 41 OR.

Voraussetzung für die Deliktshaftung der j.P. ist die Organhandlung, demnach muss die handelnde Person:

- Organqualität besitzen (Ausübung wichtiger Unternehmensfunktionen oder leitende Stellung) oder
- Als Organ gehandelt haben (in Ausübung geschäftlicher Verrichtung, wenngleich ggf. Übertretung der internen Befugnisse)

Die handelnden Organe haften aber zusätzlich für ihr deliktisches Verhalten auch persönlich. Das Organ und die j.P. haften gegenüber dem geschädigten Dritten solidarisch.

3.6 Durchgriff

Bei missbräuchlicher Verwendung der juristischen Person (z.B. wenn die Haftungsbeschränkung der j.P. einzig der Verfolgung unlauterer Zwecke dient) soll ausnahmsweise die Möglichkeit gegeben sein, durch den «Schleier der juristischen Person hindurch» auf die dahinerstehende, natürliche Person zu greifen (sog. Durchgriff).

Durchgriffstatbestände können weitgehend (aber nicht ausschliesslich) als Anwendungsfälle des Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 ZGB) aufgefasst werden. Ein Durchgriff ist zu bejahen, wenn die j.P. als solche aufgrund der gesamten Umstände als ungewöhnlich erscheint und nur in Kauf genommen wird, einen gesetzlich verpönten Zweck zu erreichen.

Ein Durchgriff ist auch in umgekehrter Richtung möglich, wenn z.B. durch Vermögensübertragung an eine juristische Person die Gläubiger der natürlichen Person um ihre Ansprüche gebracht werden sollen (z.B. wenn man Vermögen auf j.P. überträgt, weil man hoch verschuldet ist).

3.7 Sitz

Der Sitz bedeutet die örtliche Verknüpfung der j.P. (analog Wohnsitz der natürlichen Person).

j.P. kann grds. nur einen Sitz haben. Gemäss Art. 56 ZGB haben j.P. Freiheit der Sitzwahl, d.h. die haben die Möglichkeit der rechtsgeschäftlichen, nämlich statutarischen Sitzbestimmung. Nur wenn sich die Statuten nicht äussern, befindet sich der Sitz am Ort der Verwaltung. J.P. müssen daher zwingend einen Sitz haben.

Der Sitz hat in verschiedener Hinsicht rechtliche Bedeutung: Zuständigkeit HR, Betreuungsort, Gerichtsstand, Steuerdomizil, Zuständigkeit allfälliger Aufsichtsbehörden.

XIII. Der Verein

Der Verein ist eine körperschaftlich organisierte Personenverbindung mit grundsätzlich ideellem (nichtwirtschaftlichem) Zweck, der eine eigene Rechtspersönlichkeit zukommt. Nur wenige Bestimmungen zum Verein sind zwingend, weshalb er besonders anpassungsfähig ist.

1. Der Vereinszweck

Der Vereinszweck ist nichtwirtschaftlicher Natur (Art. 60 Abs. 1 ZGB). Körperschaften mit wirtschaftlichem Zweck werden grundsätzlich auf die Handelsgesellschaften des OR verwiesen (Art. 59 Abs. 2 ZGB). Von einem wirtschaftlichen Zweck ist dann die Rede, wenn die juristische Person einen ökonomischen Vorteil (geldwerten Nutzen) zugunsten ihrer Mitglieder erstrebt. Der Verein kann sich aber nebenbei wirtschaftlich betätigen oder sogar ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben, solange der ideelle Zweck im Vordergrund steht. Er muss sich diesfalls aber im Handelsregister eintragen lassen (Art. 61 Abs. 2 ZGB).

Die Praxis des BGER bzgl. Vereinszweck ist sehr liberal. Zulässig ist der Verein:

- Bei ideeller Zielsetzung (Art. 60 Abs. 1 ZGB)
- Bei ideeller Zielsetzung mit einem diesem Ziel untergeordneten Betrieb eines Gewerbes nach kaufmännischer Art (Art. 61 Abs. 2 ZGB)
- Bei wirtschaftlicher Zielsetzung ohne gleichzeitige, direkte gewerbliche Aktivität (Kartelle).

→ Der Verein ist nur bei wirtschaftlicher Zielsetzung und gleichzeitigem Betreiben eines Gewerbes unzulässig (Art. 59 Abs. 2 ZGB).

Art. 74 ZGB schützt den Vereinszweck, d.h. dass ein Mitglied, das einer Umwandlung des Zwecks nicht zugestimmt hat, die Möglichkeit eines sofortigen Austritts (allenfalls mit Anspruch auf Schadenersatz) oder es weiterhin im Verein verbleiben und den Vereinsbeschluss gemäss Art. 75 ZGB wegen Verletzung von Art. 74 ZGB anfechten kann. Ein Recht des Mitglieds auf Fortbestand des Vereins besteht jedoch nicht (Vereinsauflösung und anschliessende Neugründung mit neuem Zweck ist denkbar, wenn dies nur geschieht um die Schutzbestimmung von Art. 74 ZGB zu umgehen, liegt allerdings Rechtsmissbrauch i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB vor).

2. Die Gründung des Vereins

Der eigentliche Gründungsakt des Vereins ist die Annahme der Statuten. Aus den Statuten müssen nebst dem Zweck auch der Wille zur Körperschaftsbildung (man möchte eine juristische Person gründen), die Mittel des Vereins und die Organisation der Personenverbindung ersichtlich sein (Art. 60 ZGB).

Nicht von Gesetzes wegen erforderlich, aber praktisch unerlässlich, sind Bestimmungen über den Namen und den Sitz des Vereins (ansonsten ist der Sitz des Vereins dort, wo der Vereinspräsident wohnt).

Vereinsmitglieder können natürliche oder juristische Personen sein. Es werden mind. 3 gefordert, was sich aus dem Mehrheitsprinzip von Art. 67 Abs. 2 ZGB ergibt. Wenn in den Statuten aber Einstimmigkeit vereinbart wurde, ist eine Vereinsgründung mit nur zwei Mitgliedern ebenfalls zulässig.

Der Verein ist beim Betrieb eines kaufmännischen Gewerbes oder Revisionspflicht verpflichtet, ansonsten berechtigt sich im HR eintragen zu lassen (Art. 61 ZGB). Der Eintrag ist aber auf jeden Fall deklaratorisch, hat also auf das Bestehen der Rechtspersönlichkeit keinen Einfluss. Er entfaltet auch keine heilende Wirkung, falls bei der Gründung ein Fehler passiert ist. Der Verein entsteht daher immer mit Unterzeichnung der Statuten.

Vereine, die die Rechtspersönlichkeit noch nicht erlangt haben, unterstehen dem Recht der einfachen Gesellschaft (Art. 530 ff. OR), z.B. bei ungenügenden Statuten, bei widerrechtlichem oder unsittlichem Zweck oder bei bloss vorübergehendem Zweck (da der Wille fehlt, eine Körperschaft bilden zu wollen), z.B. bei der Durchführung eines Festes.

Die **Normenhierarchie** gemäss Art. 63 ZGB ist wie folgt:

1. Zwingend gesetzliche Normen (absolut zwingend → Art. 68, Art. 64 Abs. 1 ZGB, Art. 75 ZGB sowie relativ zwingend → Art. 64 Abs. 3, Art. 70 Abs. 2 ZGB)
2. Statuten (allenfalls auch eine lange Vereinsübung → es wurde immer so gemacht)
3. Vereinsbeschlüsse
4. Dispositive gesetzliche Normen (Art. 65 Abs. 1 ZGB, Art. 67 Abs. 1 ZGB)

3. Vereinsorganisation

Der Verein hat von Gesetzes wegen zwei oder drei Organe. Die Statuten können aber weitere Organe (z.B. Ethikkommission, Disziplinarkommission, Schiedsgericht, etc.) vorsehen.

3.1 Vereinsversammlung (Art. 64 ZGB)

Ist oberstes Organ und hat die Funktion der Legislative (Willensbildung des Vereins). Die Vereinsversammlung entscheidet über Gründung und Auflösung des Vereins und über Statutenänderungen.

3.2 Vereinsvorstand (Art. 69 ZGB)

Ist die Exekutive, d.h. übt die Geschäftsführung und Vertretung aus. In den Vorstand wählbar sind Vereinsmitglieder und (sofern die Statuten dies nicht ausdrücklich ausschliessen) auch aussenstehende Dritte. Auch juristische Personen sind denkbar.

3.3 Revisionsstelle (Art. 69b ZGB)

Ordentliche Revisionspflicht bei wirtschaftlich bedeutsamen Grossvereinen oder aber beschränkte Revisionspflicht.

→ Bei Mängel in der Organisation (fehlendes Organ, fehlende Bestellung des Organs) kommen die Bestimmungen von Art. 69c ZGB zur Anwendung.

4. Vereinsmitgliedschaft

Eine Mitgliedschaft ist ein Rechtsverhältnis zwischen der Körperschaft und den einzelnen Vereinsangehörigen. Das Mitgliedschaftsverhältnis wird durch Mehrheitsbeschluss begründet, abgeändert oder aufgehoben. Die Mitgliedschaft ist höchstpersönlich.

Der Erwerb der Mitgliedschaft erfolgt durch Teilnahme an der Gründung oder aufgrund eines Beitrittsesuches.

Die Mitgliedschaft kann durch Austritt (Art. 70 Abs. 2 resp. bei Vorliegen wichtiger Gründe (Art. 27 ZGB)) oder durch Ausschluss durch statutarische Ausschlussgründe oder Ausschluss ohne Grundangabe (sofern statutarisch vorgesehen) oder aus wichtigen Gründen (Art. 73 Abs. 3 ZGB).

Pflichten, die den Mitgliedern durch die Statuten auferlegt werden, müssen durch den Vereinszweck gedeckt sein (z.B. persönliche Pflichten wie allgemeine Treuepflicht, Pflicht zur Teilnahme an der Mitgliederversammlung, Helfereinsätze leisten oder vermögensrechtliche Pflichten wie die Bezahlung der Mitgliederbeiträge, Art. 70 ZGB).

Die Mitwirkungsrechte der Vereinsmitglieder sind höchstpersönlicher Natur (z.B. Teilnahme an Vereinsversammlung, Stimmrecht vgl. Art. 68 ZGB) daneben sind weitere statutarische Rechte wie

z.B. Benützungrechte oder auch Schutzrechte (Zweckumwandlung (Art. 74 ZGB), unzulässige Vereinsbeschlüsse (Art. 75 ZGB), ungerechtfertigter Ausschluss, Gleichbehandlung) vorgesehen.

5. Anfechtungsklage

Die Mitglieder haben die Möglichkeit einer Anfechtungsklage gegen unzulässige Vereinsbeschlüsse (Art. 75 ZGB). Anfechtbar sind grds. nur Beschlüsse, aber keine Rechtsgeschäfte. Die Klage richtet sich gegen die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses (z.B. Festsetzung eines statutenwidrig hohen Mitgliederbeitrages, statutenwidriger Ausschluss (Anfechtung durch jedes Mitglied, nicht nur durch Ausgeschlossenen möglich) oder Beschlussfassung die gegen Art. 68 ZGB verstösst.

Grundsätzlich können nur Beschlüsse der Vereinsversammlung angefochten werden. Das BGER anerkennt aber auch die Anfechtung von Beschlüssen des Vorstandes, wenn Mitgliedschaftsrechte verletzt wurden. Es ist aber diesfalls zuerst der vereinsinterne Instanzenzug auszuschöpfen.

Die Anfechtungsklage unterliegt einer Verwirkungsfrist von einem Monat seit Kenntnisnahme (Art. 75 ZGB). Eine qualifizierte Rechtsverletzung hat allerdings die Nichtigkeit des Vereinsbeschlusses zur Folge.

6. Vereine mit Sektionen

Häufig sind Vereine nicht zentralistisch organisiert, sondern verfolgen ihren Zweck in verschiedenen Sektionen. Dabei kann es sich um eine räumliche, sachliche oder sonstige Aufgabenteilung handeln. Es wird unterschieden zwischen:

– Sektionen mit Rechtspersönlichkeit

Hierarchische Mitgliedschaft: Nur Sektionen als juristische Personen sind Mitglieder des Vereins. Die Sektionen fassen wiederum Einzelpersonen als Mitglieder. Zwischen der Einzelperson und dem Dachverband besteht kein verbandsrechtliches Verhältnis (z.B. Sportvereine, Schweizerischer Anwaltsverband, SVP)

Doppelmitgliedschaft: Die natürliche Person ist sowohl in der Sektion als auch im Dachverband Mitglied. Die Verbindung zwischen Dachverband und Sektion ist vertraglicher Natur (z.B. CVP, FDP, SP)

– Sektionen ohne eigene Rechtspersönlichkeit

Sektion selber ist kein Verein, sondern nur Organ des Zentralverbandes. Die Einzelperson ist Mitglied des Zentralverbandes. Der Sektion ist sie lediglich administrativ zugeordnet

7. Auflösung des Vereins

Die Auflösung des Vereins erfolgt nach Art. 76 ZGB durch Beschluss, nach Art. 77 ZGB von Gesetzes wegen oder durch den Richter (Art. 78 ZGB), wenn der Zweck tatsächlich (und nicht bloss statutarisch) widerrechtlich oder unsittlich ist.

Denkbar ist auch, dass ein Verein sich infolge Fusion auflöst. Zu unterscheiden ist:

- die **Absorption (Annexion)**: Ein Verein übernimmt die Mitglieder und das Vermögen eines anderen, d.h. dieser wird «geschluckt»
- die **Kombination**: Mitglieder und Vermögen zweier oder mehrerer Vereine werden von einem neu zu diesem Zweck gegründeten Verein übernommen.

Der schriftliche Fusionsvertrag wird vom Vereinsvorstand abgeschlossen und bedarf der Zustimmung der Mitgliederversammlung der beteiligten Vereine, wobei mind. drei Viertel der an der GV anwesenden Mitglieder jedes Vereins der Fusion zustimmen müssen (Art. 18 FusG).

IVX. Die Stiftung

Die Stiftung ist ein mit Rechtspersönlichkeit ausgestattetes und damit verselbständigtetes einem besonderen Zweck gewidmetes Vermögen (Zweckvermögen). Die Stiftung ist keine Körperschaft wie der Verein, sondern eine Anstalt.

Die aus der Stiftung (mit oder ohne konkreten Rechtsanspruch) Begünstigte sind Destinatäre. Sie profitieren vom Vermögen der Stiftung gemäss ihrem Stiftungszweck. Die Stiftung hat aber weder Mitglieder noch Eigentümer. Folglich hat die Stiftung kein Willensbildungsorgan im eigentlichen Sinn. Sie «ruht in sich selbst».

Als unselbständige Stiftung bezeichnet man stiftungsähnliche Sondervermögen, die sich in der Hand einer Trägerperson befinden (z.B. Schenkung oder Vermächtnis mit Auflage). Es liegen hier ebenfalls Vermögenswerte vor, die an einen bestimmten Zweck gebunden sind, doch fehlt diesem Vermögen die Rechtspersönlichkeit. Die Bestimmungen des Stiftungsrechts sind daher (wenn überhaupt) nur analog anwendbar.

1. Grundsatz der Stiftungsfreiheit

Stiftungsfreiheit bedeutet das Recht jeder Person, eine Stiftung zu errichten und sie nach Zweck, Vermögen und Organisation in den Schranken der Rechtsordnung beliebig auszugestalten. Die privatrechtliche Stiftung muss nicht behördlich genehmigt werden, sie ist von den Behörden bei Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen im Handelsregister einzutragen.

2. Errichtung der Stiftung

Der Widmungsakt ist ein einseitiges, nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft – und zwar entweder ein Rechtsgeschäft unter Lebenden (mit öffentlicher Beurkundung) oder von Todes wegen (Art. 81 ZGB (i.V.m. Art. 493 Abs. 1 ZGB unter Berücksichtigung der Formvorschriften für letztwillige Verfügungen bzw. Erbverträge (Art. 498 ff. bzw. Art. 512 ZGB))).

Der notwendige Inhalt einer Stiftungsurkunde ist der Wille, eine selbständige Stiftung (als selbständiges Rechtssubjekt) zu errichten und dafür Vermögen zu entäussern, die Bezeichnung des Vermögens, das der Stiftung gewidmet wird und die Umschreibung des besonderen Stiftungszwecks.

Der Zweck ist das Herzstück der Stiftung. Gemäss dem Grundsatz der Stiftungsfreiheit ist der Stifter in der Wahl des Zwecks grundsätzlich frei. Er muss weder wohltätig sein, noch im öffentlichen Interesse liegen. Auch Unternehmensstiftungen, welche wirtschaftliche Zwecke verfolgen und ein entsprechendes Gewerbe betreiben oder massgeblich an einem solchen Unternehmen beteiligt sind, sind denkbar (vgl. dazu auch BGE 127 III 337 ff., Nr. 34 im Reader). Der Zweck muss allerdings vom Stifter hinreichend bestimmt sein und der Zweck darf weder widerrechtlich, noch unsittlich oder gar unmöglich sein.

Die Höhe des gewidmeten Vermögens ist gesetzlich nicht definiert. In Frage kommen nebst Grundstücken und Bargeld auch Wertschriften und Forderungen. Das Vermögen muss aber zur beabsichtigten Zweckverfolgung mindestens gerade noch ausreichen.

Die Stiftung ist im Handelsregister einzutragen. Der Eintrag hat konstitutive Wirkung, d.h. erst mit der Eintragung erwirbt die Stiftung ihre Rechtspersönlichkeit (Art. 52 Abs. 1 ZGB). Vorher hat sie die Rechtsstellung eines Nasciturus (Art. 31 Abs. 2 ZGB). Öffentlichrechtliche und kirchliche Stiftungen sowie Familienstiftungen bedürfen zur Erlangung ihrer Rechtspersönlichkeit keiner Eintragung. Diese kann freiwillig erfolgen und ist somit nur deklaratorisch.

3. Anfechtungsklage (Art. 82 ZGB)

Die Errichtung einer Stiftung kann gleich einer Schenkung angefochten werden, wenn berechnigte, gesetzlich geschützte Drittinteressen verletzt werden (Art. 82 ZGB). Die Anfechtungsklage richtet sich gegen die Stiftung selbst. Aktivlegitimiert sind der andere Ehegatte (Art. 208 ZGB), die Erben des Stifters im Rahmen des Pflichtteilsschutzes (Art. 527 Abs. 3 ZGB) sowie Gläubiger. Daneben ist denkbar, dass die Stiftungserichtung rechtsmissbräuchlich i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB ist und deshalb ein «Durchgriff» erfolgt. Dies ist aber wohl eher die Ausnahme und sehr selten.

4. Organisation der Stiftung

Die Organe der Stiftung und die Art der Verwaltung werden in der Stiftungsurkunde festgehalten. Der Stifter kann die nähere Organisation auch in einem Reglement regeln (dieses ist leichter abänderbar als die Stiftungsurkunde).

Erforderlich ist eine Organisation, welche die Funktionsfähigkeit der Stiftung garantiert (vgl. auch Art. 83d ZGB).

Die Verwaltung der Stiftung ist das oberste Stiftungsorgan und wird in der Praxis auch oft als Stiftungsrat bezeichnet. Diesem stehen Geschäftsführung und Vertretung zu. Er sorgt dafür, dass das Stiftungsvermögen nach Massgabe des Stifterwillens verwendet wird. Der Stiftungsrat kann aus einer oder mehreren natürlichen oder juristischen Personen bestehen.

Stiftungen (mit Ausnahme von Familien- und kirchlichen Stiftungen) sind verpflichtet eine Revisionsstelle zu bezeichnen (Art. 83b Abs. 1 ZGB). Kleinere Stiftungen können aber auch davon befreit werden (Art. 83b Abs. 2 ZGB).

Daneben können weitere Organe (z.B. Kontroll- oder interne Aufsichtsorgane) vorgesehen werden.

5. Beaufsichtigung der Stiftung

Die behördliche Aufsicht (Art. 84 ZGB) dient der Sicherung des Stiftungszwecks einschliesslich der Funktionsfähigkeit der Stiftung. Dies ist insbesondere deshalb nötig, weil die Stiftung kein Willensbildungsorgan und keine Eigentümer bzw. Mitglieder hat und der Zweck der Stiftung vom Stifter vorgegeben ist und sich nicht mit den Interessen der Stiftungsorgane decken muss.

Familien- und kirchliche Stiftungen unterstehen allerdings keiner Aufsicht.

Da den Destinatären i.d.R. ein direktes Forderungsrecht gegenüber der Stiftung fehlt, bleibt ihnen für den Fall, dass Stiftungsmittel zweckwidrig verwendet werden die Möglichkeit dies bei der zuständigen Aufsichtsbehörde anzuzeigen.

Üblicherweise erfolgt die Stiftungsaufsicht durch die Kantone. Bei gesamtschweizerischer Bedeutung der Stiftungen erfolgt die Aufsicht durch den Bund (z.B. Pro Juventute).

6. Umwandlung der Stiftung

Die Stiftung beruht auf dem in der Stiftungsurkunde festgehaltenen Stifterwillen. Daraus ergibt sich eine gewisse Starrheit. Eine Änderung des Stiftungszwecks durch die Stiftungsorgane ist grundsätzlich ausgeschlossen. Es ist zu verhindern, dass die Stiftung dem Willen des Stifters offensichtlich entfremdet wird. Das Gesetz sieht daher ausnahmsweise eine Umwandlung der Stiftung bzgl. Organisation (Art. 85 ZGB) und Zweck (Art. 86 ZGB) vor. Des Weiteren sind unwesentliche Statutenänderungen zulässig (Art. 86b ZGB), z.B. Sitzänderungen.

Eine Zweckänderung i.S.v. Art. 86 ZGB ist nur zulässig, wenn der ursprüngliche Stiftungszweck eine ganz andere Bedeutung oder Wirkung erhalten hat, so dass die Stiftung dem Willen des Stifters offenbar entfremdet worden ist, d.h. der Stiftungszweck gänzlich überholt, veraltet oder

unwirtschaftlich ist. Der Zweck z.B. aufgrund veränderter Verhältnisse nicht mehr erreicht werden kann. Eine Zweckänderung ist zulässig, wenn man annehmen kann, der Stifter hätte in Kenntnis der veränderten Umstände den Zweck selber anders umschreiben, ohne allerdings an der Grundausrichtung des Stiftungszwecks zu rütteln.

Des Weiteren kann auch der Stifter seit 2004 selbst eine Zweckänderung verlangen (Art. 86a ZGB). Es handelt sich dabei um ein höchstpersönliches Recht. Die Zweckänderung setzt kumulativ voraus, dass ein entsprechender Vorbehalt in der Stiftungsurkunde angebracht wurde, seit der Errichtung der Stiftung mehr als 10 Jahre vergangen sind und bei einem ursprünglichen oder öffentlichen Stiftungszweck auch der neue Zweck gemeinnützig oder öffentlich sein muss.

Die massgebenden Stiftungsorgane können ein entsprechendes Gesuch an die Aufsichtsbehörde richten, welche ihrerseits einen Antrag an die Umwandlungsbehörde richten muss. Der Stiftungsrat ist zwar anzuhören, seine Zustimmung ist hingegen nicht erforderlich (ausser: Art. 86a Abs. 1 ZGB).

7. Aufhebung der Stiftung

Im Gegensatz zu den Körperschaften gibt es bei der Stiftung keine Selbstauflösung. Von Gesetzes wegen wird die Stiftung aufgelöst, bei Unerreichbarkeit des Zwecks (Vermögensverlust, Überschuldung) oder bei nachträglicher Widerrechtlichkeit oder Unsittlichkeit des Stiftungszwecks (Art. 88 ZGB), z.B. wenn die Stiftung eine Partei unterstützen soll und diese verboten wird. Klage- bzw. Antragsberechtigt ist jede Person die ein Interesse nachweist (Art. 89 ZGB).

Des Weiteren kann die Aufhebung der Stiftung im Stiftungswillen begründet sein. Der Stifter kann z.B. jährliche Kapitalausschüttungen anordnen oder die Existenz der Stiftung von einer Resolutivbedingung abhängig machen, indem der Stifter bestimmt, dass die Stiftung bei Eintritt eines künftigen Ereignisses untergeht.

Eine Fusion zweier Stiftungen ist nur zulässig, wenn sie sachlich gerechtfertigt ist und insbesondere der Wahrung und Durchführung des Stiftungszwecks dient. Neben der Fusion ist auch eine Vermögensübertragung auf einen anderen Rechtsträger (Gesellschaften, Vereine, Stiftungen) denkbar. Bezüglich Liquidation der Stiftung kommen Art. 57 und Art. 58 ZGB zur Anwendung.

8. Familienstiftung

Die Familienstiftung ist ein verselbständigt Vermögen, das mit einer bestimmten Familie verbunden ist und dass der Bestreitung der Kosten der Erziehung, der Ausstattung oder Unterstützung von Familienangehörigen oder ähnlichen Zwecken dient (Art. 335 Abs.1 ZGB).

Der Destinatärkreis der der Familienstiftung ist daher auf eine ganz bestimmte Familie und ihre Angehörigen beschränkt. Nicht erlaubt sind reine Unterhaltstiftungen [oder Familienfideikomisse]. Eine Unterhaltstiftung liegt vor, wenn den Destinatären bedingungslos regelmässig Genuss und Ertrag aus dem Stiftungsvermögen zukommt (d.h. ohne Vorliegen einer besonderen Bedürftigkeit).

Die Familienstiftung erlangt ihre Rechtspersönlichkeit unabhängig von einem Eintrag ins Handelsregister (Art. 52 Abs. 2 ZGB). Sie ist nicht der Aufsichtsbehörde unterstellt (Art. 87 Abs. 1 ZGB) und bedarf keiner Revisionsstelle (Art. 87 Abs. 1bis ZGB).

9. Kirchliche Stiftung

Die kirchliche Stiftung ist eine Stiftung mit kirchlicher Zwecksetzung und einer organischen Verbindung zur Religionsgemeinschaft. Der Stiftungszweck gilt dann als kirchlich, wenn er mittelbar oder unmittelbar dem Glauben an Gott bzw. einer bestimmten Glaubensdemonstration dient, was für rein soziale oder kulturelle Zielsetzungen nicht zutrifft, auch wenn die konkrete Umsetzung dieser Zwecke im kirchlichen Umfeld stattfinden soll.

Die kirchliche Stiftung erlangt ihre Rechtspersönlichkeit unabhängig von einem Eintrag ins Handelsregister (Art. 52 Abs. 2 ZGB). Sie ist nicht der Aufsichtsbehörde unterstellt (Art. 87 Abs. 1 ZGB) und bedarf keiner Revisionsstelle (Art. 87 Abs. 1bis ZGB).

10. Personalfürsorgestiftung

Gemäss Art. 48 Abs. 2 BVG müssen privatrechtliche Vorsorgeeinrichtungen der zweiten Säule entweder die Rechtsform einer Stiftung oder einer Genossenschaft haben. Beinahe alle Vorsorgeeinrichtungen sind heute Stiftungen.

Die Personalfürsorgestiftung unterscheidet sich von der «gewöhnlichen» Stiftung namentlich durch ihren besonderen Zweck (Ausrichten von Unterstützungsleistungen bei Tod, Krankheit, Arbeitslosigkeit, Unfall, Invalidität oder altersbedingtem Ausscheiden aus dem Erwerbsleben) und den besonderen Kreis der Destinatäre (Arbeitnehmer eines bestimmten Arbeitgebers). Neben den Spezialerlassen gelten für Personalfürsorgestiftungen auch die Art. 80-89 ZGB. Art. 89a ZGB enthält zusätzlich Sondervorschriften, welche vor allem eine Verstärkung der Stellung der Destinatäre bewirken soll.

11. Unternehmensstiftung

Die Unternehmensstiftung ist eine Stiftung, bei der das gewidmete Vermögen ganz oder zum grossen Teil aus einem Unternehmen oder einer massgebenden Beteiligung an einem Unternehmen besteht. Es gibt zwei Formen der Unternehmensstiftung:

- die **Unternehmensträgerstiftung**: Die Stiftung führt direkt selber eine wirtschaftliche Unternehmung
- die **Holdingsstiftung**: Stiftungszweck ist die massgebliche Beteiligung an einem (oder mehreren) Unternehmen.

Die Unternehmerstiftung kann entweder einen rein wirtschaftlichen (Haupt)Zweck verfolgen. Diesfalls dienen die Gewinne des von der Stiftung betriebenen Unternehmens ausschliesslich der Vermehrung des Stiftungsvermögens und das Unternehmen selbst verfolgt keinen öffentlichen oder ideellen Zweck – oder aber die Stiftung kann ihren (wirtschaftlichen oder ideellen) Zweck mit den Mitteln einer kaufmännischen Unternehmung verfolgen. Die Unternehmung ist diesfalls bloss das für den von ihr zu unterscheidenden Stiftungszweck erforderliche Substrat der Stiftung. Das BGer hat Unternehmensstiftungen, insbesondere auch mit wirtschaftlichem Hauptzweck, als zulässig erklärt (vgl. dazu auch BGE 127 III 337 ff., Nr. 34 im Reader).

12. Trust

Der Trust ist kein Rechtsinstitut des Schweizerischen Rechts (keine juristische Person), weist aber starke Ähnlichkeiten zur Stiftung auf. Er wird nach ausländischem Recht errichtet und aufgrund des Haager Übereinkommens in der Schweiz anerkannt.

Ein Trust kann durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden oder durch Testament errichtet werden. Bestimmte Vermögenswerte werden dabei durch den Settlor (Begründer/Stifter) treuhänderisch auf eine oder mehrere Personen (Trustees) übertragen. Letztere verwalten das Trustvermögen und verwenden es für einen vom Settlor vorgegebenen Zweck. Der Zweck kann in der Begünstigung bestimmter Personen liegen (Beneficiaries). Der Settlor und/oder der Trustee können auch zeitgleich Beneficiaries sein, d.h. der Begründer hat die Möglichkeit sich selbst zu begünstigen.

Zulässig ist auch ein reiner «BinnenTrust» (alle drei Beteiligte sind Schweizer mit Schweizer Wohnsitz). Dies führt aber regelmässig zu erheblichen steuerlichen Nachteilen.