

Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht

von

Bettina Hürlimann-Kaup

Dr. iur., ordentliche Professorin an der Universität Freiburg (Schweiz)

und

Jörg Schmid

Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Luzern

2., ergänzte, verbesserte und nachgeführte Auflage

Schulthess § 2010

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungen	XIX
Literaturverzeichnis	XXVII

1. Teil: Einführung in das ZGB Nr.

§ 1 Die Vereinheitlichung des Privatrechts 2

I.	Das «Privatrecht»	2
1.	Allgemeines	3
2.	Privatrechtliche Rechte im Einzelnen	10
A.	Beispiele von Privatrechten	11
B.	Absolute und relative Rechte	16
3.	Der typische (Privat-)Rechtssatz: Tatbestand und Rechtsfolge	20
4.	Dispositives und zwingendes Privatrecht	24
II.	Die Vereinheitlichung auf Bundesebene	31

§ 2 Die Rechtsquellen des Privatrechts im Allgemeinen 38

I.	Die bundesrechtlichen Rechtsquellen	38
II.	Das Verhältnis von ZGB und OR	43
III.	Die kantonalen Rechtsquellen	47
IV.	Schema	50

§ 3 Grundlegende Prinzipien und Begriffe des Privatrechts 51

I.	Ausgewählte Grundprinzipien	52
1.	Privatautonomie	53
2.	Achtung und Schutz der Person	60
II.	Grundbegriffe	68
1.	Person	68
2.	Sache	72
3.	Forderung	76
4.	Willenserklärung und Rechtsgeschäft	80
5.	Vertrag	83

§ 4 Der Aufbau des ZGB 87

2. Teil: Die Einleitungsartikel (Art. 1–9 ZGB)

§ 5 Vorbemerkungen

96

§ 6 Die Anwendung und die Ergänzung des Gesetzes (Art. 1 und 4 ZGB)

101

I.	Der Regelungsgegenstand von Art. 1 ZGB	104
II.	Das Gesetz	108
1.	Der Vorrang des Gesetzes	110
2.	«Wortlaut und Auslegung» des Gesetzes	117
A.	Der Begriff der Auslegung	117
B.	Das Ziel der Auslegung	123
C.	Die Auslegungselemente	130
a.	Das grammatische (grammatikalische) Element	132
b.	Das systematische Element	140
c.	Das teleologische Element	145
d.	Das historische Element	147
e.	Weitere Elemente	151
D.	Das Zusammenspiel der Elemente und das Resultat der Auslegung	156
E.	Kritik und moderne Ansätze	162
F.	Würdigung der Kritik	167
3.	Die Lückenhaftigkeit des Gesetzes	169
A.	Die Anerkennung von Gesetzeslücken durch Art. 1 Abs. 2 ZGB	169
B.	Klarstellung: Arten von Lücken; teleologische Reduktion und Extension	171
a.	Lücken intra legem (Rechtsfindung intra legem)	172
b.	Lücken praeter legem (Rechtsfindung praeter legem)	177
aa.	Echte Lücken	178
bb.	Unechte Lücken	181
c.	Teleologische Reduktion	185
d.	Teleologische Extension (und Analogie)	188
III.	Das Gewohnheitsrecht	190
1.	Der Begriff des Gewohnheitsrechts	191
2.	Die Voraussetzungen für die Anwendung von Gewohnheitsrecht	195
3.	Die praktische Bedeutung	198
IV.	Das Richterrecht (Gerichtsrecht)	200
1.	Die Voraussetzungen	201
2.	Das Vorgehen des Gerichts bei der Lückenfüllung (Rechtsfortbildung)	203
A.	Die Pflicht zur Regelbildung	203
B.	Die Ausnahmen nach Art. 4 ZGB	209
V.	Bewährte Lehre und Überlieferung	218
1.	Allgemeines	218
2.	«Bewährte Lehre»	220
A.	Die Lehre und ihre Aufgaben	220
B.	Die «Bewährtheit»	228
C.	Die Bedeutung: richterliche Berücksichtigungspflicht	230
3.	«Bewährte Überlieferung»	234
A.	Die Überlieferung im Allgemeinen	234
B.	Die Rechtsprechung (Gerichtspraxis) insbesondere	237

a.	Die Aufgabe der Gerichte im Allgemeinen	237
b.	Der Grundsatz, nur die im Einzelfall streitigen Fragen zu entscheiden	238
c.	Der Grundsatz «stare decisis»	242
C.	Die «Bewährtheit» der Überlieferung	248
D.	Die Bedeutung: beschränkte richterliche Befolgungspflicht	249
VI.	Weiterführende Literatur	253

§ 7 Das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben sowie das Verbot des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 ZGB)

I.	Der Regelungsgegenstand von Art. 2 ZGB	257
1.	Gemeinsamkeiten der beiden Absätze	258
2.	Unterschiede zwischen den beiden Absätzen	263
3.	Anwendungsbereich und praktische Bedeutung	267
II.	Das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB)	271
1.	Der Grundgedanke	271
2.	Ausprägungen des Gebots von Treu und Glauben im rechtsgeschäftlichen Bereich	274
3.	Die Haftung für Verstösse gegen Treu und Glauben (Vertrauenshaftung)	281
III.	Das Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB)	286
1.	Übersicht	286
2.	Zum Tatbestand: Fallgruppen des offenbaren Rechtsmissbrauchs	293
A.	Unnütze oder zweckwidrige Rechtsausübung	294
B.	Krasses Missverhältnis der Interessen	298
C.	Widersprüchliches Verhalten (venire contra factum proprium)	300
D.	Unzulässige Berufung auf Formungültigkeit	302
E.	Unredlicher Rechtserwerb	305
3.	Die Rechtsfolgen	307
A.	Die allgemeine Rechtsfolge: Verweigerung von Rechtsschutz	307
B.	Rechtsfolgen nach speziellen Vorschriften	311
C.	Die Berücksichtigung von Amtes wegen	313
IV.	Weiterführende Literatur	315

§ 8 Der Schutz des guten Glaubens (Art. 3 ZGB)

I.	Der Regelungsgegenstand von Art. 3 ZGB	319
II.	Der Begriff des guten Glaubens	320
III.	Gutglaubensschutz (nur) nach Sondervorschriften	328
IV.	Die Vermutung von Art. 3 Abs. 1 ZGB	331
V.	Die Einschränkung von Art. 3 Abs. 2 ZGB	336
1.	Der Tatbestand	337
2.	Die Rechtsfolge	344
VI.	Weiterführende Literatur	346

§ 9 Die Einheit des Bundesprivatrechts (Art. 7 ZGB) 347

- I. Das Verhältnis von ZGB und OR im Allgemeinen 350
- II. Die Verweisung in Art. 7 ZGB 352

§ 10 Das Verhältnis des Bundesprivatrechts zum kantonalen Recht (Art. 5 und 6 ZGB) 359

- I. Vorbemerkungen 359
- II. Bundesprivatrecht und kantonales Privatrecht (Art. 5 ZGB) 365
 - 1. Grundlagen 369
 - A. Das Prinzip der Gesamtkodifikation 369
 - B. Echte und unechte Vorbehalte 374
 - 2. Vorbehalte zu Gunsten des kantonalen Privatrechts (Art. 5 Abs. 1 ZGB) 377
 - A. Gründe für Vorbehalte 379
 - B. Arten und praktische Bedeutung 382
 - C. Quellen des vorbehaltenen kantonalen Privatrechts 390
 - 3. Übung und Ortsgebrauch (Art. 5 Abs. 2 ZGB) 392
 - A. Begriff und Bedeutung 393
 - B. Die Ermittlung der Verkehrssitte 395
 - 4. Weiterführende Literatur 399
- III. Bundesprivatrecht und kantonales öffentliches Recht 400
 - 1. Die Abgrenzung des privaten vom öffentlichen Recht 404
 - 2. Die Bedeutung von Art. 6 ZGB 414
 - A. Art. 6 ZGB als unechter Vorbehalt 415
 - B. Die sogenannte «expansive Kraft» des kantonalen öffentlichen Rechts 417
 - 3. Weiterführende Literatur 424

§ 11 Bundesrecht und Zivilprozessrecht (Art. 8–9 ZGB) 425

- I. Grundlagen des Zivilprozessrechts 429
 - 1. Begriff und Funktion des Zivilprozessrechts 430
 - 2. Kompetenzverteilung und Einordnung 435
 - 3. Die Sachverhaltsermittlung als Teil des Zivilprozesses 442
- II. Beweisen und Beweislast 447
 - 1. Allgemeines 448
 - A. Der Begriff des Beweises und die Beweismittel 448
 - B. Der Gegenstand des Beweises 452
 - C. Die Beweislast als Regelung der Folgen der Beweislosigkeit 460
 - D. Das Recht auf Beweis 464
 - 2. Die Regelung von Art. 8 ZGB 466
 - 3. Sonderregeln 476
 - A. Vermutungen 477
 - B. Fiktionen 482
- III. Die Beweisführung 483
 - 1. Die besondere Beweiskraft öffentlicher Register und öffentlicher Urkunden (Art. 9 ZGB) 484

2. Die Einschränkung kantonaler prozessrechtlicher Formvorschriften (aArt. 10 ZGB)	491
IV. Weiterführende Literatur	493

§ 12 Anhang: Ausgewählte Bestimmungen des Schlusstitels 494

I. Vorbemerkungen	497
II. Grundsätze des intertemporalen Rechts	507
1. Die typische Fragestellung	508
2. Die Regel der Nichtrückwirkung	514
3. Ausnahmen	521
A. Regeln des «Ordre public» (Art. 2 SchlT ZGB)	524
B. Regeln über den gesetzlichen Inhalt von Rechtsverhältnissen (Art. 3 SchlT ZGB)	529
C. Die Behandlung nicht erworbener Rechte (Art. 4 SchlT ZGB)	533
III. Ausgewählte Einführungs- und Übergangsbestimmungen	536
1. Die Aufhebung des kantonalen Zivilrechts	537
2. Die Kompetenzen der Kantone	540
IV. Weiterführende Literatur	548

3. Teil: Das Personenrecht (Art. 11–89^{bis} ZGB)

§ 13 Vorbemerkungen 549

I. Allgemeines zum Personenrecht	549
II. Rechtsquellen	555

1. Abschnitt: Die natürlichen Personen

§ 14 Die Rechtsfähigkeit 562

I. Begriff und Inhaber der Rechtsfähigkeit	565
II. Gleichheit in der Rechtsfähigkeit: Grundsatz und Ausnahmen	575
III. Unverzichtbarkeit	582

§ 15 Die Handlungsfähigkeit 586

I. Begriff	589
II. Voraussetzungen	597
1. Urteilsfähigkeit	601
2. Mündigkeit (und keine Entmündigung)	611
III. «Grade» der Handlungsfähigkeit	615

1.	Die volle Handlungsunfähigkeit	617
2.	Die beschränkte Handlungsunfähigkeit	620
A.	Grundsatz: rechtsgeschäftliches Handeln nur mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters	623
B.	Ausnahmen vom Zustimmungserfordernis	629
a.	Erweiterte Handlungsfähigkeit	629
b.	Erlangen unentgeltlicher Vorteile	631
c.	Ausübung höchstpersönlicher Rechte	634
d.	Vertretung Dritter	641
3.	Die beschränkte Handlungsfähigkeit	642
4.	Die volle Handlungsfähigkeit	646
IV.	Unverzichtbarkeit	651
§ 16 Die natürliche Person in der Rechtsgemeinschaft		653
I.	Verwandtschaft und Schwägerschaft	655
1.	Die Verwandtschaft	659
2.	Die Schwägerschaft	662
II.	Heimat und Wohnsitz	665
1.	Die Heimat	669
2.	Der Wohnsitz	676
A.	Begriff und Arten	676
B.	Die massgebenden Kriterien beim selbständigen Wohnsitz	682
C.	Der Aufenthaltsort als subsidiäre örtliche Zuordnung	689
D.	Die Wirkungen des Wohnsitzes	691
III.	Der Name	694
1.	Vorbemerkung	697
2.	Der Familienname	700
3.	Der Vorname	714
4.	Die Namensänderung	717
IV.	Anfang und Ende der Persönlichkeit	726
1.	Vorbemerkung	729
2.	Geburt und Tod	731
A.	Die Geburt	731
a.	Im Allgemeinen	731
b.	Sonderfragen bei künstlicher Befruchtung	738
B.	Der Tod	747
3.	Der Beweis des Lebens und des Todes	756
4.	Die Verschollenerklärung	762
V.	Die Beurkundung des Personenstandes (Registerrecht)	765
1.	Vorbemerkungen	768
2.	Die Organisation	774
3.	Die privatrechtlichen Klagen	790
A.	Die Schadenersatzklage	791
B.	Die Bereinigungsklage	798

§ 17 Der Schutz der Persönlichkeit vor übermässiger Bindung (Art. 27 ZGB)	808
I. Vorbemerkungen	811
II. Die Unverzichtbarkeit der Rechts- und Handlungsfähigkeit	816
III. Die Grenzen der Beschränkung der Freiheit	821
1. Art. 27 Abs. 2 ZGB als allgemeine Schranke	821
A. Unzulässigkeit der Bindung auf Grund ihres Gegenstandes	823
B. Unzulässigkeit der Bindung auf Grund ihres Ausmasses	825
2. Rechtsfolge einer übermässigen Freiheitsbeschränkung	829
3. Sondernormen zum Schutz der persönlichen Freiheit	837
 § 18 Der Schutz der Persönlichkeit vor Verletzungen durch Dritte (Art. 28 ff. ZGB)	 841
I. Die geschützten Persönlichkeitsrechte	846
1. Vorbemerkungen	848
2. Die Rechte der physischen Persönlichkeit	863
3. Die Rechte der affektiven (emotionalen) Persönlichkeit	869
4. Die Rechte der sozialen Persönlichkeit	873
A. Überblick	873
B. Das Recht auf Respektierung des Privatlebens insbesondere	880
II. Die Widerrechtlichkeit	887
1. Grundsatz: Widerrechtlichkeit jeder Verletzung	891
2. Ausnahme: Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes	895
III. Die Klagen	909
1. Vorbemerkungen	912
2. Die Abwehrklagen	916
A. Die Abwehrklagen im Allgemeinen	917
a. Die Legitimation	918
b. Die einzelnen Abwehrklagen	921
aa. Die Unterlassungsklage	922
bb. Die Beseitigungsklage	925
cc. Die Feststellungsklage	928
dd. Weitere Abwehrmittel	932
B. Die Abwehrklagen zum Schutz vor Gewalt, Drohungen und Nachstellungen im Besonderen	936
a. Allgemeines	936
b. Die einzelnen Schutzmassnahmen	940
3. Die Wiedergutmachungsklagen	946
IV. Verfahrensfragen	954
1. Vorbemerkung	957
2. Gerichtsstand	958
3. Vorsorgliche Massnahmen	964
A. Rechtsgrundlage	964
B. Voraussetzungen	965
C. Inhalt	973
D. Verfahren, Vollstreckung, Schadenersatzpflicht, Abänderung und Aufhebung	976

V.	Das Gegendarstellungsrecht insbesondere	985
1.	Allgemeines	988
2.	Die Voraussetzungen	991
3.	Die Ausübung, das Verfahren und die Veröffentlichung	1002
4.	Der Rechtsschutz	1012
VI.	Der Namensschutz insbesondere	1025
VII.	Der Schutz bei Datenbearbeitung insbesondere	1037
1.	Allgemeines	1041
2.	Allgemeine Grundsätze der Datenbearbeitung	1055
A.	Die Grundsätze	1055
B.	Das Auskunftsrecht insbesondere	1069
3.	Persönlichkeitsverletzungen und Rechtfertigungsgründe	1080
4.	Rechtsansprüche und Verfahren	1089
VIII.	Der Schutz nach dem Gleichstellungsgesetz insbesondere	1097
1.	Allgemeines	1100
2.	Persönlichkeitsverletzungen	1104
3.	Rechtsansprüche und Verfahren	1112

2. Abschnitt: Die juristischen Personen

§ 19 Die juristischen Personen im Allgemeinen 1126

I.	Allgemeines	1129
II.	Die Einteilung	1136
1.	Übersicht	1136
2.	Die juristischen Personen des Bundesprivatrechts	1142
3.	Die öffentlich-rechtlichen und kirchlichen juristischen Personen	1151
4.	Die Allmendgenossenschaften und ähnliche Körperschaften	1159
III.	Entstehung und Untergang; Fusion	1164
1.	Die Entstehung	1164
2.	Der Untergang	1176
3.	Die Fusion	1184
IV.	Der Sitz	1189
V.	Rechts- und Handlungsfähigkeit	1195
1.	Vorbemerkungen	1195
2.	Die Rechtsfähigkeit	1199
3.	Die Handlungsfähigkeit	1204
A.	Die Voraussetzungen	1204
B.	Die Ausübung	1210
VI.	Der Missbrauch der juristischen Person (Fragen zum sogenannten «Durchgriff»)	1219

§ 20 Der Verein	1225
I. Allgemeines	1229
II. Entstehung und Untergang	1243
1. Die Entstehung	1243
2. Der Untergang	1252
III. Die Organisation	1258
1. Die Vereinsversammlung	1261
A. Zwingende Normen	1262
B. Dispositive Normen	1269
C. Weitere Regeln	1275
2. Der Vorstand	1280
3. Die Revisionsstelle	1284
IV. Die Mitgliedschaft	1290
1. Die Mitgliedschaft als «constitutivum»	1290
2. Erwerb und Verlust der Mitgliedschaft	1292
A. Der Erwerb	1292
B. Der Verlust	1296
a. Der Austritt des Mitglieds	1297
b. Die Ausschliessung durch den Verein	1299
3. Rechte und Pflichten der Mitglieder	1307
V. Sonderfragen	1314
1. Der Schutz des Vereinszwecks	1314
2. Der Schutz der Mitgliedschaft	1319
3. Das Vereinsvermögen	1332
4. Das Phänomen der Vereinsverbände (Vereine mit Sektionen)	1335
5. Verbandsklagerecht und Schiedsgerichtsbarkeit	1342
§ 21 Die Stiftung	1344
I. Allgemeines	1348
II. Die Arten	1367
1. Die Familienstiftungen	1369
2. Die kirchlichen Stiftungen	1376
3. Die Personalfürsorgestiftungen	1383
4. Die Unternehmensstiftungen	1388
5. Abgrenzungen zu weiteren Stiftungsarten und zum Trust	1391
III. Entstehung, Umwandlung und Untergang	1395
1. Die Entstehung	1395
A. Die Eintragung in das Handelsregister	1395
B. Die Stiftungsurkunde	1405
C. Einzelfragen	1412
2. Die Umwandlung	1419
A. Die Änderung der Organisation	1420
B. Die Änderung des Zwecks	1421
3. Der Untergang	1427

IV.	Die Organe und die übrigen «Beteiligten»		1435
V.	Die Beaufsichtigung		1451
	1. Das Gemeinwesen als Aufsichtsbehörde		1451
	2. Die Kompetenzen der Aufsichtsbehörde		1453
	3. Zuständigkeit und Rechtsmittel		1463
	Gesetzesregister	Seite	349
	Sachregister	Seite	357