
Einleitungsartikel und Personenrecht

Sibylle Hofer

Dr. iur., Professorin an der Universität Bern

Stephanie Hrubesch-Millauer

Dr. iur., Professorin an der Universität Bern

unter Mitarbeit von

Martina Bosshardt, MLaw und

Barbara Kurmann, lic. iur., MAES

Vito Roberto

Dr. iur., Professor an der Universität St. Gallen



Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis.....	XV
Literaturverzeichnis.....	XXI
 1. TEIL: EINLEITUNGSARTIKEL	 1
§ 1 Vorbemerkungen zu den Einleitungsartikeln	1
A. Gegenstand	1
B. Inhalt und systematische Stellung der Einleitungsartikel	1
I. Inhalt	1
II. Systematische Stellung	2
C. Anwendungsbereich der Einleitungsartikel	3
I. Bundesprivatrecht	3
II. Anwendungsbereich ausserhalb des Bundesprivatrechts	3
 § 2 Art. 1 und 4 ZGB: Anwendung und Ergänzung des Gesetzes.....	 5
A. Regelungsgegenstand von Art. 1 ZGB.....	5
B. Gesetzesrecht.....	6
I. Vorrang des Gesetzes.....	6
II. Definition des Begriffs „Gesetz“	7
III. Rechtsgültigkeit des Gesetzes.....	7
IV. Massgebender Gesetzeswortlaut.....	8
V. Auslegung des Gesetzes.....	11
C. Gesetzeslücken	24
I. Begriff der Lücke	24
II. Lückenarten	26
D. Lückenfüllung	29
I. Allgemeines	29
II. Durch Gewohnheitsrecht (Art. 1 Abs. 2 ZGB).....	29
III. Durch Gerichtsrecht (Art. 1 Abs. 2 ZGB).....	32
IV. Behandlung der Ausnahmelücke	36
E. Bewährte Lehre und Überlieferung (Art. 1 Abs. 3 ZGB)	38
I. Allgemeines	38
II. Bewährte Lehre.....	39
III. Bewährte Überlieferung.....	40
IV. Weitere Hilfsmittel der Rechtsfindung	43
F. Gerichtliche Billigkeitsentscheidungen gemäss Art. 4 ZGB.....	45
I. Allgemeines	45

II.	Anwendungsbereich.....	45
III.	Vorgehensweise des Gerichts	48
IV.	Schranken der Ermessensausübung	49
V.	Abgrenzungen.....	50
VI.	Gerichtliche Überprüfung kasuistischer Urteile	51
§ 3	Art. 2 ZGB: Gebot von Treu und Glauben / Rechtsmissbrauchsverbot	53
A.	Gegenstand von Art. 2 ZGB	53
I.	Aufbau	53
II.	Treu und Glauben	53
III.	Rechtsmissbrauch	54
IV.	Verhältnis.....	54
V.	Allgemeiner Zweck und Bedeutung	58
VI.	Anwendungsbereich.....	58
VII.	Entstehung	59
VIII.	Rechtsvergleichung.....	59
B.	Art. 2 Abs. 1 ZGB: Grundsatz von Treu und Glauben.....	60
I.	Grundgedanke	60
II.	Treu und Glauben bei Rechtsgeschäften (insbesondere bei Verträgen) ..	60
III.	Treu und Glauben bei rechtlich relevantem Verhalten ohne vertragliche Bindung.....	65
IV.	Treu und Glauben bei der Gesetzesanwendung.....	69
C.	Art. 2 Abs. 2 ZGB: Verbot des offenbaren Missbrauchs.....	71
I.	Grundgedanke	71
II.	Nutzlose und schikanöse Rechtsausübung	72
III.	Krasses Missverhältnis der Interessen	74
IV.	Widersprüchliches Verhalten.....	75
V.	Rechtsmissbräuchliche Berufung auf einen Formmangel	78
VI.	Zweckwidrige Verwendung von Rechtsinstituten.....	79
VII.	Verzögerte Rechtsausübung	81
VIII.	Rechtsmissbräuchliche Erhebung der Verjährungseinrede	82
IX.	Clausula rebus sic stantibus	83
§ 4	Art. 3 ZGB: Guter Glaube.....	85
A.	Grundsätzliches	85
I.	Regelungsgegenstand.....	85
II.	Begriff des guten Glaubens.....	85
B.	Vermutung des guten Glaubens (Art. 3 Abs. 1 ZGB).....	91
I.	Umfang	91
II.	Sondervorschrift.....	92
III.	Widerlegung der Gutglaubensvermutung	94
IV.	Rechtsfolge	96
C.	Ausschluss des Gutglaubensschutzes aufgrund mangelnder Aufmerksamkeit (Art. 3 Abs. 2 ZGB)	98
I.	Allgemeines	98
II.	Massstab der gebotenen Aufmerksamkeit	99
III.	Einteilungen / Typenbildung	101
IV.	Rechtsfolge	103

§ 5	Art. 5 ZGB: Bundesprivatrecht und kantonales Privatrecht	105
A.	Ausgangslage und Prinzip der Gesamtkodifikation	105
B.	Vorbehalte zugunsten kantonalen Zivilrechts (Art. 5 Abs. 1 ZGB)	105
I.	Allgemeines zu den Vorbehalten	105
II.	Umfang und Auslegung echter Vorbehalte	107
III.	Inhalt und Tragweite der Vorbehalte	108
IV.	Arten	109
V.	Vorbehaltenes kantonales Zivilrecht	112
C.	Gesetzliche Verweisung auf Übung und Ortsgebrauch (Art. 5 Abs. 2 ZGB)	114
I.	Begriffe	114
II.	Bedeutung und Funktionen	115
III.	Geltungsbereich gesetztesergänzender Verkehrsübungen	117
IV.	Ermittlung der Verkehrssitte und Rechtsschutz	117
V.	Abgrenzung gegenüber dem Gewohnheitsrecht	118
§ 6	Art. 6 ZGB: Bundesprivatrecht und kantonales öffentliches Recht	120
A.	Abgrenzung Privatrecht und öffentliches Recht	120
I.	Ausgangslage	120
II.	Bedeutung der Abgrenzung	121
III.	Theorien zur Abgrenzung	121
IV.	Doppelnormen	124
B.	Vorbehalt von Art. 6 Abs. 1 ZGB	125
I.	Begriff „Befugnis“	125
II.	Rechtsnatur	125
III.	Anwendungsbereich	125
IV.	Expansive Kraft	127
V.	Rechtsschutz	130
C.	Art. 6 Abs. 2 ZGB	130
§ 7	Art. 7 ZGB: Einheit des Bundesprivatrechts	132
A.	Grundsätzliches	132
I.	Ausgangslage	132
II.	Verweisung des Art. 7 ZGB	133
B.	Verweisung	135
I.	Grundsatz: analoge Anwendung	135
II.	Ausnahmen	136
III.	Prüfungsprogramm	139
C.	Verweisungsumfang: Die erfassten Normen	140
I.	Allgemeine Bestimmungen des OR	140
II.	Besondere Bestimmungen des OR	143
III.	Bestimmungen des ZGB	144
D.	Anwendungsbereich	144
§ 8	Art. 8 und 9 ZGB: Beweisregeln	146
A.	Einführung in die Thematik	146
I.	Allgemeines	146
II.	Begriff des Beweises	147
III.	Hauptbeweis, Gegenbeweis, Beweis des Gegenteils	147

IV. Gegenstand des Beweises	148
B. Recht zum Beweis	149
I. Art. 8 ZGB	149
II. Art. 29 Abs. 2 BV	153
III. Art. 6 EMRK	154
C. Beweismass	155
I. Allgemeines	155
II. Regelbeweismass	155
III. Gesenktes Beweismass	156
D. Beweislast	158
I. Beweislosigkeit	158
II. Beweislastverteilung	159
E. Beweisführung	164
I. Beweiskraft öffentlicher Urkunden und öffentlicher Register (Art. 9 ZGB)	164
II. Ausschluss kantonaler prozessrechtlicher Formvorschriften (Art. 10 aZGB)	167
 2. TEIL: PERSONENRECHT	169
 § 9 Einleitung	169
A. Gesetzssystematik	169
B. Gliederung der nachfolgenden Ausführungen	169
 1. KAPITEL: NATÜRLICHE PERSONEN	171
 § 10 Die Handlungsfähigkeit	171
Bevorstehende Revision	171
A. Bedeutung, Begrifflichkeit und Aufbau	171
I. Bedeutung und Zweck	171
II. Begrifflichkeit und Arten	172
III. Aufbau des Gesetzes und der nachfolgenden Ausführungen	173
B. Die Geschäftsfähigkeit	173
I. Voraussetzungen der Geschäftsfähigkeit	174
II. Rechtsfolgen beim Fehlen von Voraussetzungen der Geschäftsfähigkeit	179
III. Anwendung der Regeln zur Geschäftsfähigkeit auf nicht-rechtsgeschäftliche Handlungen	186
C. Die Verschuldensfähigkeit	187
I. Voraussetzungen der Verschuldensfähigkeit	187
II. Rechtsfolgen beim Fehlen von Voraussetzungen von Verschuldensfähigkeit	188
D. Anhang	190
I. Gegenüberstellung bisheriges – neues Recht	190
II. Gegenüberstellung neues – bisheriges Recht	190

§ 11 Die Rechtsfähigkeit	192
A. Grundlagen	192
I. Begriff und Abgrenzungen	192
II. Rechtsfähige Subjekte.....	192
III. Bedeutung	193
B. Beginn der Rechtsfähigkeit	193
C. Ende der Rechtsfähigkeit	194
D. Beweis von Beginn und Ende der Rechtsfähigkeit	195
I. Beweislast	195
II. Beweismittel/Personenstandsregister.....	195
III. Sonderfälle des Todesbeweises	196
§ 12 Individualisierungen natürlicher Personen.....	198
A. Allgemeines.....	198
B. Name	198
I. Grundlagen.....	198
II. Erwerb des Namens	199
C. Wohnsitz und Heimat.....	200
I. Bedeutung	200
II. Wohnsitz	201
D. Verwandtschaft und Schwägerschaft	202
I. Bedeutung	202
II. Verwandtschaft	202
III. Schwägerschaft	203
2. KAPITEL: DIE JURISTISCHEN PERSONEN	205
§ 13 Grundlagen.....	205
A. Begriff der juristischen Person.....	205
B. Arten der juristischen Personen.....	206
C. Aufbau des Gesetzes	208
§ 14 Allgemeiner Teil des Rechts der juristischen Personen	209
A. Aufbau des Gesetzes	209
B. Rechtsfähigkeit juristischer Personen	209
I. Umfang der Rechtsfähigkeit bei juristischen Personen	209
II. Beginn der Rechtsfähigkeit juristischer Personen	210
III. Ende der Rechtsfähigkeit bei juristischen Personen	211
C. Handlungsfähigkeit	211
I. Exekutivorgane	212
II. Geschäftsfähigkeit	213
III. Verschuldensfähigkeit	214
IV. Sonstige Zurechnungen.....	215
D. Sitz.....	215
§ 15 Der Verein	217
Anstehende Revisionen.....	217
A. Bedeutung.....	217

B. Grundsätze.....	218
C. Rechtsfähigkeit.....	219
I. Beginn der Rechtsfähigkeit.....	219
II. Ende der Rechtsfähigkeit.....	221
D. Organe.....	222
I. Übersicht.....	222
II. Vorstand.....	223
III. Vereinsversammlung.....	224
E. Mitgliedschaft.....	227
I. Rechtsverhältnis.....	227
II. Beginn der Mitgliedschaft.....	228
III. Ende der Mitgliedschaft.....	228
IV. Schutzrechte.....	232
§ 16 Die Stiftung.....	233
Anstehende Revisionen.....	233
A. Grundlagen.....	233
I. Begriff und Grundsätze.....	233
II. Besonderheiten.....	234
B. Rechtsfähigkeit.....	235
I. Beginn der Rechtsfähigkeit.....	235
II. Ende der Rechtsfähigkeit.....	238
C. Organe.....	239
I. Der Stiftungsrat.....	239
II. Revisionsstelle.....	242
D. Änderung der Stiftungsurkunde.....	242
I. Unwesentliche Änderungen.....	242
II. Änderungen der Organisation.....	243
III. Zweckänderungen.....	243
E. Sonderformen.....	244
I. Familienstiftungen.....	244
II. Kirchliche Stiftungen.....	244
III. Personalfürsorgestiftungen.....	245
3. TEIL: PERSÖNLICHKEITSSCHUTZ.....	247
§ 17 Allgemeines und Schutz vor übermässiger Bindung (Art. 27 ZGB).....	247
A. Überblick über die gesetzliche Regelung.....	247
I. Überblick über die gesetzliche Regelung vor dem Hintergrund der Gesetzgebungsgeschichte.....	247
II. Abgrenzung des Schutzes der Persönlichkeit vor übermässiger Bindung (Art. 27 ZGB) und vor Dritten (Art. 28 ff. ZGB).....	248
B. Allgemeines zu den Persönlichkeitsrechten.....	248
I. Absolute Rechte.....	248
II. Relativ höchstpersönliche Rechte.....	248
III. Unübertragbare Rechte.....	249
IV. Unverjährbare Rechte.....	250

V.	Träger der Persönlichkeitsrechte.....	250
C.	Schutz der Persönlichkeit vor übermässiger Bindung.....	251
I.	Abgrenzung der Tatbestände in Art. 27 Abs. 1 ZGB und Art. 27 Abs. 2 ZGB	251
II.	Unverzichtbarkeit auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit (Abs. 1).....	251
III.	Entäusserung oder Beschränkung der Freiheit (Abs. 2)	252
§ 18	Verletzung der Persönlichkeit durch Dritte (Art. 28 ff. ZGB)	258
A.	Vorbemerkungen, Abgrenzungen und dogmatische Grundlagen	258
I.	Vorbemerkungen	258
II.	Abgrenzungen	259
III.	Dogmatische Grundlagen	260
B.	Geschützte Persönlichkeitsrechte	260
I.	Vorbemerkungen	260
II.	Schutzbereich von Art. 28 ZGB	261
III.	Wahre und unwahre Tatsachen in Medienberichterstattungen.....	262
IV.	Absolute und relative Personen der Zeitgeschichte	262
V.	Geheim-, Privat- und Gemeinsphäre	264
VI.	Einzelne Persönlichkeitsaspekte	265
C.	Rechtswidrigkeit.....	266
I.	Erfolgs- oder Verhaltensunrecht?	266
II.	Einwilligung des Verletzten.....	267
III.	Überwiegendes privates oder öffentliches Interesse.....	268
IV.	Rechtfertigende Gesetzesvorschrift	269
D.	Verletzungshandlungen	269
I.	Ehrverletzungen	270
II.	Verbreitung falscher Persönlichkeitsbilder	272
III.	Eindringen in den persönlichen Bereich	273
IV.	Herstellen von Öffentlichkeit.....	275
V.	Rufausbeutung	278
VI.	Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit.....	279
VII.	Postmortaler Persönlichkeitsschutz	280
VIII.	Verletzung der „wirtschaftlichen Persönlichkeit“	281
IX.	Persönlichkeitsverletzungen bei juristischen Personen und Personengruppen.....	281
E.	Namensschutz insbesondere.....	283
F.	Rechtsbehelfe	284
G.	Rechtsbehelfe im Allgemeinen	287
H.	Abwehrklagen	287
I.	Schadenersatz und Genugtuung	291
J.	Gewinnabschöpfung.....	293
K.	Gegendarstellung.....	294
L.	Vorsorgliche Massnahmen.....	296
Stichwortverzeichnis	297	