

Das Personenrecht des ZGB

Erster Teil

**Rechts- und Handlungsfähigkeit,
Verwandtschaft, Heimat und Wohnsitz
natürlicher Personen
(Art. 11-26 ZGB, Art. 31-38 ZGB)**

Vorwort

Das vorliegende Lehrbuch ist herausgewachsen aus der Vorlesung «Personenrecht», die dem Verfasser seit 1996 an der Universität Basel anvertraut ist. Entsprechend der derzeitigen Basler Prüfungsordnung fehlt die Darstellung der Beurkundung des Personenstandes. Der Text ist geprägt durch das Bemühen, wo immer möglich einen roten Faden herauszuarbeiten, der den Studierenden als Aufhänger für die einzelnen Regeln und Begriffe dient und ihnen das Erlernen und Behalten des Stoffes erleichtert. Dies führt nicht immer zur grösstmöglichen Kürze. Es ist Sache der Studierenden, den Text durch Unterstreichungen und Exzerpte auf jenes Gerüst zu reduzieren, das als Memorier-Hilfe für die Examensvorbereitung den individuellen Bedürfnissen am besten gerecht wird.

Die zum vorliegenden Lehrbuch gehörende Fallsammlung kann kostenlos bezogen werden von der Homepage www.vischer.com. Bei den wiedergegebenen Fällen handelt es sich vorwiegend um Sachverhalte aus der bundesgerichtlichen und kantonalen Judikatur (jeweils mit Angabe des bibliographischen Standortes), zu einem geringen Teil um anonymisierte Sachverhalte aus der anwaltlichen Praxis. Die Judikatur ist für den Unterricht dergestalt aufbereitet, dass die Sachverhalte – wie in akademischen Übungsfällen üblich – in zusammenhängenden Textblöcken dargestellt werden. Die Urteilserwägungen und das Dispositiv sind ausgeblendet. Dies ermöglicht den Studierenden, selber die Falllösung zu erarbeiten, das Resultat anschliessend mit dem publizierten Entscheid zu vergleichen und auf diese Weise nicht nur ihr eigenes Können zu testen, sondern auch das betreffende Präjudiz kritisch zu würdigen und sich Gedanken zu machen über die Art und Weise, wie Urteilstexte redigiert und in welcher (meist unvollständigen) Form sie publiziert werden.

Der Stoff des Buches ist gegliedert in drei Teile. Der erste Teil (Art. 11-26 und Art. 30-38 ZGB) umfasst die zum Status der natürlichen Person gehörenden Themen und damit eine eher trockene Materie. Durch den Einbezug der Judikatur erhält aber auch dieser Abschnitt Farbe. Der zweite Teil (Art. 27-29 ZGB) umfasst den Persönlichkeits- und den Namensschutz – eine Thematik, die unmittelbar ans Lebendige geht. Der dritte Teil (Art. 52-89^{bis} ZGB) ist den juristischen Personen des ZGB gewidmet und führt über die Beschreibung rechtlicher Strukturen in die Dynamik korporativer Vorgänge hinein.

Die langjährige Mitarbeit des Verfassers in der Zentralen medizinisch-ethischen Kommission der Schweizerischen Akademie der medizinischen Wissenschaften mag die Breite erklären, mit der die arztrechtlichen Fragen im Rahmen des Persönlichkeitsschutzes abgehandelt sind. Die Mitarbeit des Verfassers in den Stiftungsräten mehrerer Personalvorsorgeeinrichtungen und staatlich subventionierter Kulturstiftungen erklärt die Optik, aus der heraus das Stiftungsrecht behandelt ist.

Der Verfasser dankt Herrn Daniel Stehlin für die sorgfältige Durchsicht des Manuskripts.

Basel, im September 2000

Christian Brückner

Inhaltsübersicht

Erster Teil	Rechts- und Handlungsfähigkeit, Verwandtschaft, Heimat und Wohnsitz natürlicher Personen (Art. 11-26 ZGB, Art. 31-38 ZGB)	1
1. Kapitel	Person, Persönlichkeit, Rechtsfähigkeit	5
2. Kapitel	Anfang der Persönlichkeit (zeitlicher Beginn der Rechtsfähigkeit, Art. 31 Abs. 1 und 2 ZGB, Art. 544 ZGB)	15
3. Kapitel	Ende der Persönlichkeit (Art. 31 Abs. 1 ZGB)	21
4. Kapitel	Todesbeweis und Verschollenerklärung (Art. 32-38 ZGB)	33
5. Kapitel	Handlungsfähigkeit natürlicher Personen	49
6. Kapitel	Verwandtschaft, Schwägerschaft (Art. 20 und 21 ZGB)	83
7. Kapitel	Heimat (Art. 22 ZGB)	87
8. Kapitel	Wohnsitz der natürlichen Personen (Art. 23-26 ZGB)	91
Zweiter Teil	Persönlichkeitsschutz, Gegendarstellungsrecht, Name und Namensschutz (Art. 27-30 ZGB)	107
9. Kapitel	Der Persönlichkeitsschutz gegenüber Dritten (Art. 28-28I ZGB)	111
10. Kapitel	Der interne Schutz der Persönlichkeit (Art. 27 ZGB)	229
11. Kapitel	Name, Namensänderung, Namensschutz (Art. 29 und 30 ZGB)	279
Dritter Teil	Die juristischen Personen allgemeine Lehren; Verein; Stiftung (Art. 52-89^{bis} ZGB)	303
12. Kapitel	Die juristischen Personen – allgemeine Lehren	305
13. Kapitel	Der Verein (Art. 60-79 ZGB)	343
14. Kapitel	Die Stiftung (Art. 80-89 ^{bis} ZGB)	389

Inhaltsverzeichnis

[Separates Dokument: Brü_Inhalt.doc]

Häufig zitierte Literatur

Die hier aufgelisteten Werke werden, wo nichts anderes vermerkt ist, nur mit dem Verfassernamen und dem Erscheinungsjahr zitiert.

- BUCHER ANDREAS, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 3. Aufl., Basel 1999 (zitiert: ANDREAS BUCHER [1999])
- BUCHER EUGEN, Berner Kommentar zum ZGB, Art. 11-26, Bern 1976 (zitiert: BK-BUCHER [1976])
- BUCHER EUGEN, Berner Kommentar zum ZGB, Art. 27, Bern 1993 (zitiert: BK-BUCHER [1993])
- EGGER AUGUST, Kommentar zu Art. 11-89 ZGB, Zürich 1911 (zitiert: ZK-EGGER [1911])
- GEISER THOMAS, Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke, Basel 1990 (zitiert: GEISER [1990])
- GROSSEN JACQUES-MICHEL, Das Recht der Einzelpersonen, Schweizerisches Privatrecht (SPR) II, S. 285-378, Basel 1967 (zitiert: GROSSEN [1967])
- GUILLOD OLIVIER, Le consentement éclairé du patient – autodétermination ou paternalisme?, Diss. Neuchâtel 1986
- HAFTER ERNST, Kommentar zu Art. 11-89 ZGB, Bern 1910; (zitiert: BK-HAF-TER [1910])
- HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Stämpfli-Skripten zum Schweizerischen Privatrecht, Bern 1999, (zitiert: HAUSHEER/AEBI [1999])
- HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/THOMAS GEISER (HRSG.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1-359 ZGB, Basel und Frankfurt am Main 1996 (zitiert: ZGB-AUTOR [1996])
- KRAMER ERNST A., Berner Kommentar zu Art. 19-20 OR, Bern 1990 (zitiert: BK-KRAMER [1990])
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Aufl., Bern 1998 (zitiert: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER [1998])
- PEDRAZZINI MARIO M./OBERHOLZER NIKLAUS, Grundriss des Personenrechts, 4. Aufl., Bern 1993 (zitiert: PEDRAZZINI/OBERHOLZER [1993])
- RIEMER HANS MICHAEL, Berner Kommentar zum ZGB (Art. 52-59 ZGB), Bern 1993 (zitiert: BK-RIEMER [1993])
- RIEMER HANS MICHAEL, Berner Kommentar zum ZGB (Art. 60-79), Bern 1990 (zitiert: BK-RIEMER [1990])

- RIEMER HANS MICHAEL, Berner Kommentar zum ZGB (Art. 80-89^{bis} ZGB), Bern 1975 (zitiert: BK-RIEMER [1975])
- RIEMER HANS MICHAEL, Personenrecht des ZGB – Studienbuch und Bundesgerichtspraxis, Bern 1995 (zitiert: RIEMER, Studienbuch [1995])
- SPIRO KARL, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalfristen, 2 Bände, Bern 1975 (zitiert: SPIRO [1975])
- STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 2. Aufl., Bern 1996 (zitiert: STRATENWERTH, AT I)
- TERCIER PIERRE, Le nouveau droit de la personnalité, Zürich 1984
- TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Aufl., Zürich 1995 (zitiert: TUOR/SCHNYDER/SCHMID [1995])
- WIEGAND WOLFGANG, Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, in: Handbuch des Arztrechts, 3. Kapitel, Zürich 1994, S. 119 ff.

Umfangreiche bibliographische Hinweise finden sich in den beiden 1999 erschienenen Personenrechts-Lehrbüchern von ANDREAS BUCHER, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz (3. Aufl., Basel 1999) sowie von HEINZ HAUSHEER/ REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Bern 1999).

Erster Teil

Rechts- und Handlungsfähigkeit, Verwandtschaft, Heimat und Wohnsitz natürlicher Personen

(Art. 11-26 ZGB, Art. 31-38 ZGB)

Vorbemerkungen

A. Zum Erlernen und Üben des juristischen Denkens

Um juristische Lehren und gesetzliche Normierungen effizient zu lernen, soll sich der Lernende bemühen, den Stoff laufend mit dem eigenen Rechtsgefühl und mit seinem gesunden Menschenverstand zu überprüfen. Sobald man eine Regelung als zweckmässig und als gerecht erkannt hat, behält man sie leicht im Gedächtnis. Erkennt man eine abwegige Regelung als solche und hat man den entstehungszeitlichen oder politischen Grund ihrer Abwegigkeit erkannt, so wird man auch diese Regelung nicht bald vergessen. Fortwährend ist also die Frage zu stellen: Welche Lebensverhältnisse werden mit einer bestimmten Norm geregelt? Welche Interessen stehen hier gegeneinander? Hätte ich selber diese Lebensverhältnisse gleich geregelt, die Rechtsfrage gleich gelöst, wie es der Gesetzgeber in seinem Erlass oder das Gericht in seinem Urteil getan hat?

1

Beschränkt sich der Lernende auf kritikloses Auswendiglernen, so ist die Fülle des scheinbar toten Rechtsstoffes kaum zu bewältigen. Bemüht er sich um kritischen Nachvollzug der bestehenden Regelungen, so wird der Stoff lebendig und überschaubar. Die gute Juristin ist nicht diejenige, die stets auswendig weiss, wie die Dinge geregelt sind, sondern diejenige, die treffsicher erkennt, wie die Dinge richtigerweise geregelt sein müssten.

2

B. Geschlechtsneutrale Formulierungen

Um Sprachfehlern (*AutorInnen, MitgliederInnen*) aus dem Wege zu gehen und den Text nicht mit schwerfälligen Wiederholungen zu belasten («*Der verantwortliche Arzt bzw. die verantwortliche Ärztin hat den urteilsfähigen Patienten bzw. die urteilsfähige Patientin über alle Risiken aufzuklären ...*»), wird in der vorliegenden Arbeit nach dem Vorbild amerikanischer Rechtsliteratur abwechselnd die männliche und die weibliche Form gewählt. Bei Zweiparteien-Verhältnissen wird die eine Partei meist weiblich, die andere männlich ausgedrückt (*die Gläubigerin/der Schuldner; die Klägerin/der Beklagte; die Baurechtsgeberin/der Baurechtsnehmer; die Ver-*

3

mieterin/der Mieter; die Staatsanwältin/der Angeklagte; die Autorin/der Leser; die Ärztin/der Patient; die Dozentin/der Studierende; etc.). Wo die weibliche Form sprachlich unschön ist, wird die männliche Form beibehalten («*der Vormund*», nicht «*die Vormüandin*»). Wo weibliche Formen in der Deklination mit Pluralbedeutungen verwechselt werden können, wird die nicht verwechselbare männliche Form beibehalten (Beispiel: «*Die gesetzliche Vertreterin handelt namens des Betroffenen*», nicht: «*Der gesetzliche Vertreter handelt namens der Betroffenen*» – weil man unter den letzten zwei Wörtern statt einer Frau auch mehrere Personen verstehen könnte). – Ist von bestimmten Personen die Rede (z.B. PETER LIVER, HANS MERZ), so werden sie im Kontext als «Autoren», nicht als «Autorinnen» bezeichnet. Werden Texte zitiert, so wird in die originale Formulierung nicht eingegriffen. – Während das ZGB und die einschlägigen Kommentare durchwegs vom *gesetzlichen Vertreter* in der männlichen Form sprechen, ist in der vorliegenden Arbeit ebenso konsequent von der *gesetzlichen Vertreterin* die Rede. Die Lektüre wird deutlich machen, wie rasch man sich an dergleichen gewöhnt und wie selbstverständlich es dann ist, dass der abstrakte Begriff in der Regel beide Geschlechter meint.

1. Kapitel

Person, Persönlichkeit, Rechtsfähigkeit

A. Person und Persönlichkeit als Rechtsbegriffe

Im ZGB und im OR bezeichnet das Wort «Person» gleichermassen die natürlichen Personen (Menschen) und die juristischen Personen (Aktiengesellschaften etc.). Aus dem Zusammenhang ergibt sich jeweils, ob von natürlichen oder juristischen Personen oder von beiden die Rede ist. Das Wort «Mensch» findet sich in den beiden Erlassen insgesamt nur viermal (Art. 11 Abs. 2, Art. 53 ZGB; Art. 45 und Art. 47 OR). 4

Indem der Gesetzgeber das Wort «Mensch» vermeidet und stattdessen meist von der «Person» spricht, macht er deutlich, dass die Rechtsordnung den Menschen nicht in der Gesamtheit seines Wesens und seiner Lebensbeziehungen, sondern nur in seiner Eigenschaft als *Träger von Rechten und Pflichten innerhalb der Rechtsgemeinschaft* erfasst. 5

In der Rechtssprache ist das Wort «Person» gleichbedeutend mit «Rechtssubjekt». Die Person bzw. das Rechtssubjekt ist gekennzeichnet durch ihre **Rechtsfähigkeit**, d.h. durch die Fähigkeit, Trägerin eigener¹ Rechte und Pflichten zu sein. Ob ein Mensch, z.B. ein neugeborenes Kind, Rechte und Pflichten tatsächlich hat, spielt keine Rolle. Das neugeborene Kind ist Person und Rechtssubjekt, weil ihm schon in diesem frühen Zeitpunkt die *Fähigkeit* zukommt, *selber Rechte und Pflichten zu haben*. 6

Soll im Textzusammenhang besonders auf diese Fähigkeit hingewiesen werden, dann spricht man statt kurzerhand von der Person zuweilen von der «Persönlichkeit» oder, gleichbedeutend, von der «Rechtspersönlichkeit». 7

Das Wort «Persönlichkeit» meint nichts anderes als das Wort «Person», jedoch kann das Wort «Persönlichkeit» auch attributiv verwendet werden. So heisst es in Art. 643 OR: «*Die [Aktien-]Gesellschaft erlangt das Recht der Persönlichkeit erst durch die Eintragung im Handelsregister.*» – In diesem Zusammenhang wäre das Wort «Person» fehl am Platz. 8

¹ Zur Einschränkung des Begriffs auf die Trägerschaft *eigener* Rechte und Pflichten vgl. Ziff. 41.

- 9 Die Begriffe der «Person» und der «Persönlichkeit» haben in der Rechtsprache allerdings noch eine weitere Bedeutung. Man versteht unter diesen Begriffen nicht nur die soeben beschriebene Rechtsfähigkeit, sondern zusätzlich auch *die Gesamtheit jener persönlichen Interessen, welchen die Rechtsordnung Schutz verleiht*. Dieser Rechtsschutz ist namentlich im ZGB in den Art. 27-30 unter der Überschrift «*Schutz der Persönlichkeit*» geregelt.
- 10 Will man von einem Rechtssubjekt bzw. von seiner Rechtsfähigkeit sprechen, so verwendet man klärend das Wort «*Rechtspersönlichkeit*». Will man vom Schutz der persönlichen Interessen sprechen, so verwendet man zuweilen das Wort «*Persönlichkeitsrecht*». In diesem Sinne kann man etwa sagen, die Aktiengesellschaft erlange mit dem Handelsregistereintrag die Rechtspersönlichkeit und sie sei durch einen verleumderischen Presseartikel in ihrem Persönlichkeitsrecht verletzt.

B. Rechtsfähigkeit

I. Die Rechtsfähigkeit der natürlichen Personen (Art. 11 ZGB)

- 11 **Definition:** Rechtsfähigkeit ist die Fähigkeit, Träger eigener² Rechte und Pflichten zu sein³.
- 12 Das schweizerische Recht unterscheidet zwischen der Rechtsfähigkeit und der Handlungsfähigkeit. Rechtsfähig ist bereits das neugeborene Kind. Handlungsfähig, d.h. «*fähig, durch seine Handlungen Rechte und Pflichten zu begründen*» (Art. 12 ZGB), wird das Kind erst, wenn es ein gewisses Alter erreicht hat. Vgl. hiezu hinten, Ziff. 146 ff.

² Zur Einschränkung des Begriffs auf die Trägerschaft *eigener* Rechte und Pflichten vgl. Ziff. 41.

³ HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 02.01, definierten die Rechtsfähigkeit als die «Möglichkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein und diese zu erwerben, zu behalten und darüber zu verfügen»; der zweite Teil dieser Definition berührt bereits den Bereich der Handlungsfähigkeit und streng genommen über denjenigen der Rechtsfähigkeit hinaus.

Das prozessuale Korrelat zur Rechtsfähigkeit ist die Parteifähigkeit⁴, d.h. die Fähigkeit, als Klägerin oder Beklagter, als Beschwerdeführerin oder Beschwerdebeklagter an einem Zivilprozess oder in einem Verwaltungsverfahren oder Verwaltungsgerichtsverfahren teilzunehmen. 13

Art. 11 Abs. 1 ZGB sagt: «*Rechtsfähig ist jedermann*». «Jedermann» bedeutet hier soviel wie «alle Menschen». Dies wird im zweiten Absatz verdeutlicht: «*Für alle Menschen besteht demgemäss in den Schranken der Rechtsordnung die gleiche Fähigkeit, Rechte und Pflichten zu haben.*» 14

Die Fähigkeit, Rechte und Pflichten zu haben, ist gemäss dem Wortlaut des Gesetzes nicht für alle Menschen gleich, sondern sie ist «*in den Schranken der Rechtsordnung*» gleich. Die Rechtsordnung kann einzelnen Kategorien von Menschen mehr und andere Rechte zuerkennen als anderen Kategorien. 15

Dabei ist der Gesetzgeber an das aus Art. 8 BV (= Art. 4 aBV) abgeleitete allgemeine Gleichbehandlungsgebot gebunden⁵. 16

II. Das allgemeine Gleichbehandlungsgebot als Leitplanke für die unterschiedliche gesetzliche Ausgestaltung der Rechtsfähigkeit verschiedener Menschen

Art. 4 der Bundesverfassung von 1874 (aBV) lautete in seinem historischen, bis zum 31.12.1999 gültigen Wortlaut: 17

«Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich.»

Der Wortlaut war zu eng, weil das Gleichheitsgebot längst auch für die Schweizerinnen, ferner weitgehend auch für die Ausländer gilt. Demgemäss lautet der entsprechende Art. 8 Abs. 1 der BV nun: «*Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.*» 18

Aus dieser Verfassungsbestimmung hat das Bundesgericht in jahrzehntelanger Praxis u.a. den folgenden, allgemeinen Grundsatz abgeleitet: Der Gesetzgeber muss beim Erlass von Normen «*Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit un-*

 19

⁴ Vgl. ZGB-BIGLER-EGGENBERGER (1996), Art. 12, N 24.

⁵ Vgl. ZGB-BIGLER-EGGENBERGER (1996), Art. 11, N 5.

gleich behandeln»⁶. In diesem sprachlich monströsen Satz liegt Weisheit. Die Rechtsgleichheit kann nicht schablonenhaft verwirklicht werden. Wenn der Gesetzgeber Normen über den Schwangerschaftsurlaub erlässt, dann soll er zwischen männlichen und weiblichen Arbeitnehmern nach Massgabe ihrer (bezüglich der Schwangerschaft) relevanten Ungleichheit eine unterschiedliche Regelung treffen. Normiert der Gesetzgeber aber die Zulassung zum Universitätsstudium, so besteht hier kein relevanter Unterschied zwischen Männern und Frauen. Sachliches Unterscheidungskriterium ist hier die Vorbildung (abgeschlossene Matur). Bei der Studienzulassung sind also Anwärter mit und ohne Matur «nach Massgabe ihrer Ungleichheit ungleich» zu behandeln, während hier Männer und Frauen «nach Massgabe ihrer Gleichheit gleich» zu behandeln sind⁷. Die vom Bundesgericht entwickelte Formel läuft darauf hinaus, dass der Gesetzgeber bei sachlichen Gründen, die eine unterschiedliche Behandlung verschiedener Kategorien von Personen erfordern, unterschiedliche Regelungen vorsehen *muss* und dass er beim Fehlen solcher sachlichen Gründe keine Unterscheidungen treffen *darf*.

- 20 In der aktuellen BV wurde der Gehalt des ehemaligen Art. 4 auf zwei Verfassungsartikel aufgeteilt, wobei der neue Art. 8 Abs. 1 den allgemeinen Grundsatz der Rechtsgleichheit *aller Menschen* postuliert. Art. 8 Abs. 2 enthält das vorwiegend an den Gesetzgeber gerichtete Diskriminierungsverbot (Verbot des Erlasses diskriminierender Regeln). Art. 9 BV enthält das vorwiegend an die rechtsanwendenden Behörden gerichtete Willkürverbot.
- 21 Aus dem verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbot gemäss Art. 8 Abs. 2 BV ergeben sich die folgenden Einschränkungen der Rechtsfähigkeit bei verschiedenen Personengruppen:

III. Beschränkungen der Rechtsfähigkeit

1. Beschränkungen der Rechtsfähigkeit in Abhängigkeit vom Alter

- 22 Vor Erreichung des Mündigkeitsalters (18 Jahre, vgl. Art. 14 ZGB) können gewisse Rechtshandlungen noch nicht vorgenommen werden, auch nicht

⁶ Vgl. BGE 112 Ia 251 (258) mit Verweisen auf frühere Entscheide, die diese Formel in gleicher Weise angewendet haben.

⁷ Vgl. ZGB-BIGLER-EGGENBERGER (1996), Art. 11, N 6.

mit Hilfe gesetzlicher Vertreterinnen. Dies betrifft namentlich den Eheschluss, die Errichtung von Testamenten und den Abschluss von Erbverträgen (für den Eheschluss vgl. Art. 94 Abs. 1 ZGB; für Testament und Erbvertrag Art. 467 und 468 ZGB)⁸.

Den unter 18-jährigen Personen fehlen auch die politischen Rechte (politisches Wahl- und Stimmrecht; Fähigkeit, in ein politisches Amt gewählt zu werden). Hingegen kann ein privatrechtlicher Verein – beispielsweise ein Jugendchor oder eine Pfadfindervereinigung – in den Statuten vorsehen, dass Unmündige stimmberechtigte Mitglieder sein können. Ohne eine solche Statutenbestimmung ist davon auszugehen, dass die Mitglieder ihre Mitgliedschaftsrechte erst nach erreichter Mündigkeit selber ausüben können. 23

Altersabhängige Unterscheidungen finden sich sodann im Sozialversicherungsrecht: Art. 16 BVG (Bundesgesetz über die berufliche Vorsorge) verlangt, dass die Pensionskassen für die versicherten Arbeitnehmer mit wachsendem Alter höhere Altersgutschriften vornehmen, was zur Folge hat, dass ältere Arbeitnehmer in der Regel mit höheren Prämiensätzen belastet werden als jüngere Versicherte. Auch mit dem Rentenalter (65 für Männer, 63 bzw. 64 für Frauen) ergeben sich wichtige Änderungen: Die Pflicht zur Beitragsleistung entfällt; stattdessen beginnt das Recht auf den Bezug der Altersrente. 24

Das Strafgesetzbuch (StGB) unterscheidet fünf Altersgruppen, nämlich 1-7-Jährige, die vollständig ausserhalb des Strafrechtes bleiben, 8-15-Jährige, denen das Strafrecht ausschliesslich mit Erziehungsmassnahmen, nicht mit Strafen begegnet, 16-18-Jährige, bei denen ausnahmsweise bereits Strafen verhängt werden, 19-25-Jährige («junge Erwachsene»), bei denen ausnahmsweise statt einer normalen Strafe mit Erziehungsmassnahmen reagiert wird, und die übrigen Erwachsenen (über 25). 25

2. Beschränkungen der Rechtsfähigkeit in Abhängigkeit vom Geschlecht

Bis ins 20. Jahrhundert hinein waren die Frauen in der Schweiz in verschiedener Hinsicht benachteiligt, indem sie nicht Trägerinnen bestimmter 26

⁸ Vgl. ZGB-BIGLER-EGGENBERGER (1996), Art. 11, N 13.

Rechte sein konnten. Die am besten bekannte Benachteiligung gehörte dem öffentlichen Recht an – das fehlende «Frauenstimmrecht».

- 27 Im Privatrecht hatten sich bis zur Eherechtsreform vom 1.1.1988 noch bestimmte Überbleibsel erhalten, die nicht als Beschränkungen der Rechtsfähigkeit, sondern als Beschränkungen der Handlungsfähigkeit der (verheirateten) Frau zu qualifizieren waren, so das Erfordernis vormundschaftlicher Genehmigung, wann immer eine Ehefrau mit ihrem Manne ein Rechtsgeschäft abschloss⁹, ferner das sogenannte Interzessionsverbot¹⁰.
- 28 Gemäss diesen nunmehr obsoleten Vorschriften waren auch Eheverträge vormundschaftlich genehmigungsbedürftig, wenn sie *während der Ehe* abgeschlossen wurden. Die Vorstellungen des Gesetzgebers gingen dahin, die als geschäftlich unerfahren und finanziell abhängig präsumierte Frau müsse vor dem übermächtigen Druck ihres Ehemannes vormundschaftlich geschützt werden. – Demgegenüber waren Vertragsschlüsse zwischen Brautleuten *vor der Heirat* nicht genehmigungspflichtig, weil der Gesetzgeber davon ausging, bis zur Heirat wohne die Braut bei ihrem Vater und geniesse bei ihren Rechtsgeschäften mit dem Bräutigam die väterliche Protektion.
- 29 Diese einseitigen Beschränkungen der Handlungsfreiheit von Ehefrauen gehören endgültig der Vergangenheit an. Sie sind abgelöst worden durch symmetrische Beschränkungen *beider* Ehegatten bei der Verfügung über die Familienwohnung und bei der Mietvertragskündigung von Familienwohnungen gemäss Art. 169 ZGB.

3. Beschränkungen der Rechtsfähigkeit wegen Urteilsunfähigkeit

- 30 Personen, die dauernd urteilsunfähig sind, weil sie wegen ihres jugendlichen Alters, wegen Geisteskrankheit oder Schwachsinn nicht in der Lage

⁹ Art. 177 Abs. 2 des ZGB, in Kraft bis zum 31.12.1987, lautete: «*Rechtsgeschäfte unter Ehegatten, die das eingebrachte Gut der Ehefrau oder das Gemeinschaftsgut betreffen, bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde.*»

¹⁰ Art. 177 Abs. 3 des ZGB, in Kraft bis zum 31.12.1987, lautete: «*Die gleiche Zustimmung ist für die Verpflichtungen erforderlich, die von der Ehefrau Dritten gegenüber zugunsten des Ehemannes eingegangen werden.*» – Diese Bestimmung erforderte beispielsweise die vormundschaftliche Zustimmung immer dann, wenn eine Frau die ihr gehörende Liegenschaft für die Sicherung eines Darlehens verpfänden («hypothezieren») wollte und wenn das Darlehen dem Manne diene, beispielsweise als Betriebskredit für sein Geschäft.

sind, vernunftgemäss zu handeln (vgl. Art. 16 ZGB), sind nicht handlungsfähig (Art. 18 ZGB).

Bei gewissen sehr eng mit der Persönlichkeit verbundenen Rechten (den sogenannten *absolut-höchstpersönlichen Rechten*¹¹) haben auch die gesetzlichen Vertreter (die Eltern oder der Vormund) keine Befugnis zur Vertretung der urteilsunfähigen Person. Die Folge ist, dass die urteilsunfähige Person solche Rechte weder selber noch durch ihre gesetzlichen Vertreter ausüben kann. 31

Urteilsunfähige sind in strafrechtlichem Sinne nicht schuldfähig. Angesichts des Grundsatzes «*keine Strafe ohne Schuld*» brauchen Urteilsunfähige für ihre Delikte demgemäss keine Strafen zu befürchten; das Strafrecht begegnet ihnen, ähnlich wie den Jugendlichen, mit *Massnahmen* (zwischen der Anstaltseinweisung im Sinne einer sichernden Massnahme und derjenigen im Sinne einer Gefängnisstrafe liegt praktisch allerdings kein Unterschied; unterschiedlich ist vor allem die ethische Qualifikation). 32

4. Ausländische Nationalität; ausländischer Wohnsitz

Gemäss Bewilligungsgesetz (SR 211.412.41) können Ausländer mit Wohnsitz im Ausland schweizerischen Grundbesitz nur mit einer Bewilligung erwerben. 33

Gemäss Art. 708 OR muss die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungsrates einer schweizerischen Aktiengesellschaft aus Personen schweizerischer Nationalität mit Wohnsitz in der Schweiz bestehen. 34

Ausländer in der Schweiz sind von den politischen Rechten weitgehend ausgeschlossen. Sie unterstehen nicht der schweizerischen Militärdienstpflicht. Sie sind aber in gleicher Weise steuerpflichtig wie die Schweizer in der Schweiz und tragen also durch ihre Steuerzahlungen (auch) zur schweizerischen Landesverteidigung bei. 35

Ausländer können nach der Begehung schwerer Straftaten an einen ausländischen Staat ausgeliefert werden. Schweizerbürger werden niemals ans Ausland ausgeliefert, sondern gegebenenfalls einem Strafverfahren in der Schweiz zugeführt. 36

¹¹ Vgl. zu diesem Begriffen Ziff. 211 ff.

IV. Die Rechtsfähigkeit der juristischen Personen

- 37 Das schweizerische Recht gewährt die Rechtsfähigkeit nicht nur allen Menschen, sondern auch einer bestimmten Anzahl von Gebilden des öffentlichen und des privaten Rechts, den juristischen Personen.
- 38 **Wortkunde:** Der Begriff der juristischen Person ist in dem Sinne zu verstehen, dass diesen Gebilden die Rechtsfähigkeit und damit die rechtliche Eigenschaft der Person vom Recht (lat.: «ius») verliehen wird. Allerdings ist auch bei den Menschen, d.h. bei den natürlichen Personen, die Rechtsfähigkeit und damit ihr rechtliches Person-Sein eine nur im Rahmen der Rechtsordnung vorhandene Eigenschaft. In der Literatur wird gesagt, das Recht der Persönlichkeit sei bei den natürlichen Personen genau gleich wie bei den juristischen Personen eine Verleihung bzw. ein «Geschenk der Rechtsordnung»¹². Steht man auf der Grundlage des Naturrechts, welches in der Gleichheit und in der Würde aller Menschen ein den Menschen von Natur¹³ aus zukommendes, über und vor jeder Rechtsordnung stehendes «Menschenrecht» erblickt, dann wird man bei den natürlichen Personen deren Person-Sein allerdings nicht als eine «Verleihung» durch den staatlichen Gesetzgeber erblicken wollen¹⁴.
- 39 Wegen der sprachlichen Ungenauigkeit des Adjektivs «juristisch» im zusammengesetzten Begriff der juristischen Person zogen es ältere Autoren

¹² GROSSEN (1967), S. 289 mit Verweis auf MAZEEAUD, *Leçons de droit civil*, 4. Aufl., Band I, Paris 1963, Nr. 439. Auch BK-BUCHER (1976), N 59 zu Art. 11 ZGB, spricht davon, dass die Rechtsordnung den natürlichen Personen die Persönlichkeit verleiht.

¹³ Wenn in juristischen Texten – wie gerade hier – der Begriff der «Natur» verwendet wird, so ist zu beachten, dass es sich dabei um einen nicht definierbaren, diffusen Begriff mit axiomatischem, d.h. nicht weiter hinterfragbarem Charakter handelt. Wird aus der «Natur», der «Natur der Sache» oder aus der «Rechtsnatur» irgend etwas abgeleitet, so bedeutet dies, dass keine wirklichen Argumente zur Verfügung stehen.

¹⁴ So PEDRAZZINI/OBERHOLZER (1993), S. 113: «Aus der vorrechtlichen Existenz und Beschaffenheit der Person erwächst an die Rechtsordnung die Forderung, dieser Person Autonomie zu gewähren. Wenn also das ZGB die Person voraussetzt, dann kommt darin die treffende Erkenntnis zum Ausdruck, dass die Rechtsordnung das grundlegende Faktum «Person» nicht erst «schafft», vielmehr anzuerkennen und seiner Natur nach zu «behandeln» hat.» – In gleichem Sinne HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 02.05: «Die Rechtsfähigkeit kommt dem Menschen um seines Menschseins willen zu, d.h. ohne weitere Voraussetzungen.» – Aus dieser zutreffenden Auffassung ergibt sich die Forderung an jede Rechtsordnung, allen Menschen die Rechtsfähigkeit zuzuerkennen.

vor, von «*Einzelpersonen*» und «*Verbandspersonen*» zu sprechen¹⁵. Der Begriff der Verbandsperson als Synonym zur juristischen Person hat sich aber nicht durchgesetzt¹⁶ und sollte heute nicht mehr verwendet werden. Der Begriff des Verbandes bezeichnet in der Schweiz heute meist einen Zusammenschluss von Vereinen oder Genossenschaften zu einer wirtschaftlichen oder politischen Interessengruppe. Die Verbände sind ihrerseits meistens Vereine im Sinne von Art. 60 ZGB.

Die beiden Formen der **Kollektivgesellschaft** (Art. 552-593 OR) und der **Kommanditgesellschaft** (Art. 594-619 OR) erheischen eine zusätzliche begriffliche Verfeinerung. Diese beiden Gesellschaften, die unter eigener Firma im Handelsregister eingetragen werden, sind keine juristischen Personen. Vielmehr gehört ihr Vermögen unmittelbar den Gesellschaftern, und zwar zu gesamter Hand (Art. 652-654 ZGB); für die Gesellschaftsschulden haften die Gesellschafter im Sinne von Art. 143 ff. OR solidarisch (Art. 568 Abs. 1 und 598 Abs. 2 OR). Der jährliche Ertrag oder Verlust dieser Gesellschaften ist gemäss den Beteiligungsquoten unmittelbares Einkommen oder unmittelbarer Verlust der Gesellschafter und wird nur bei diesen steuerlich berücksichtigt. Aber Kollektiv- und Kommanditgesellschaften treten im Rechtsverkehr wie juristische Personen auf, indem sie eine eigene Firma haben, unter eigener Firma Verträge abschliessen und erfüllen, unter eigener Firma über Geld und Sachen verfügen, unter eigener Firma (d.h. ohne namentliche Erwähnung ihrer Gesellschafter) als Grundeigentümerinnen im Grundbuch eingetragen werden und unter eigener Firma betriebs- und prozessfähig sind. Erst im Insolvenzfall zeigt sich das Fehlen der juristischen Persönlichkeit, indem dann die Gesellschafter persönlich zur Kasse gebeten werden.

Der im November 1997 in Vernehmlassung gegebene Entwurf zum künftigen Fusionsgesetz, der unter anderem die Fusion zwischen einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft mit einer AG, Kommandit-AG oder GmbH vorsieht, braucht zur Erfassung aller Beteiligten unter einem Oberbegriff ein neues Wort und spricht durchwegs von «*Rechtsträgern*», womit gemäss der Definition in Art. 2 lit. a FusG gleichzeitig die juristischen Personen *und* die Personengesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit (Kollektiv- und Kommanditgesellschaft) gemeint sind. Das kommende FusG zwingt dazu, zwischen «Person» bzw. «Rechtssubjekt» einerseits und «Rechtsträger» andererseits zu unterscheiden. Die Abgrenzung der Begriffe erfolgt in der vor-

¹⁵ Vgl. GROSSEN (1967), S. 289.

¹⁶ Vgl. RIEMER, Studienbuch (1995), Ziff. 437 und 488.

liegenden Arbeit so, dass unter Personen oder Rechtssubjekten die Träger *eigener* Rechte verstanden werden, unter «*Rechtsträgern*» im Sinne des künftigen Fusionsgesetzes auch die Kommandit- und Kollektivgesellschaften, die nicht eigene Rechte und Pflichten, sondern solche ihrer Gesellschafter tragen bzw. verkehrsgerecht zusammenfassen und aus einer Hand heraus ausüben und erfüllen.

2. Kapitel

Anfang der Persönlichkeit (zeitlicher Beginn der Rechtsfähigkeit, Art. 31 Abs. 1 und 2 ZGB, Art. 544 ZGB)

A. Leben nach der vollendeten Geburt

Art. 31 Abs. 1 ZGB bestimmt: «Die Persönlichkeit beginnt mit dem Leben nach der vollendeten Geburt ...» 42

Das Kind ist in dem Moment geboren, in dem es den Körper der Mutter vollständig verlassen hat, unabhängig davon, ob die Nabelschnur bereits durchschnitten worden ist oder nicht. Ob die Geburt natürlich oder durch operativen Eingriff (Kaiserschnitt) stattgefunden hat, ist ohne Bedeutung¹⁷. 43

Nur das lebend geborene Kind erwirbt die Persönlichkeit. Für den Erwerb der Rechtspersönlichkeit genügt die Lebendgeburt; nicht erforderlich ist, dass das Kind zum Weiterleben fähig ist¹⁸. 44

Mit dem Verzicht auf das Erfordernis der Lebensfähigkeit unterscheidet sich die Regelung des ZGB von verschiedenen ausländischen Rechtsordnungen, namentlich von der Regelung des französischen Code Civil (Art. 311-314, 725 Ziff. 2 und 906 Abs. 3). 45

Das Erfordernis der Lebendgeburt bedeutet, dass das Kind nach dem Verlassen des Mutterleibes irgendein Lebenszeichen von sich geben muss, auch wenn es dies nur für einen kurzen Moment tut. Das typische Lebenszeichen ist der erste Atemzug. – Die moderne Geburtshilfe überwacht regelmässig den Pulsschlag des Kindes während des Geburtsvorganges. Besteht dieser Pulsschlag noch, nachdem das Kind den Mutterleib vollständig verlassen 46

¹⁷ Vgl. ANDREAS BUCHER (1999), Ziff. 202, und HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 03.05-08.

¹⁸ Vgl. ANDREAS BUCHER (1999), Ziff. 203, und HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 03.09-11.

hat, so liegt eine Lebendgeburt auch dann vor, wenn das Kind nicht geatmet hat¹⁹.

- 47 Bei Frühgeburten, nach welchen der Fötus wegen seines mangelnden Reifegrades noch nicht überlebensfähig ist, kann man auch dann nicht von Lebendgeburt sprechen, wenn im Zeitpunkt des Verlassens des Mutterleibes noch Herzschlag feststellbar war. Bei Frühgeburten gehört also zum Begriff der Lebendgeburt ein solcher Reifegrad, dass *unter den besten Umständen eine Entwicklung ausserhalb des Mutterleibes als möglich erscheint*²⁰.
- 48 Die soeben gemachte Aussage zeigt, dass es nicht immer leicht ist, zwischen «lebend geboren» und «lebensfähig geboren» zu unterscheiden.
- 49 Die Frage der Lebendgeburt ist besonders dann von praktischer Bedeutung, wenn die Eltern nicht verheiratet sind und wenn der Vater während der Schwangerschaft stirbt: Das Kind, das lebend geboren wird und anschliessend eine kurze Zeit lebt, beerbt den Vater, worauf die Mutter das Kind beerbt. Bei einer Totgeburt partizipieren das Kind und dessen Mutter nicht am Nachlass des Vaters.

B. Die Rechtsstellung des ungeborenen Kindes während der Schwangerschaft (Nasciturus)

- 50 Art. 31 Abs. 2 ZGB bestimmt: «*Vor der Geburt ist das Kind unter dem Vorbehalt rechtsfähig, dass es lebendig geboren wird.*»

¹⁹ HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 03.07, und ANDREAS BUCHER (1999), Rz 204, vertreten die Auffassung, wer *bei der Geburt hirntot* sei, könne nicht als lebend geboren bezeichnet werden. Damit will gesagt sein, dass das Neugeborene, bei dem zwar das Herz schlägt, jedoch die Spontanatmung fehlt und das Gehirn nicht vorhanden oder irreversibel zerstört ist, als Totgeburt zu betrachten ist. – Zum Begriff des Hirntodes vgl. Ziff. 66).

²⁰ In diesem Sinne HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 03.09; ANDREAS BUCHER (1999), Rz 205; ZGB-GUGGENBÜHL/NÄGELI (1996), Art. 31, N 5; PEDRAZZINI/OBERHOLZER (1993), S. 30; HANS MERZ, Anfang und Ende der Persönlichkeit, ZSR 76 (1957) I, S. 321-350 (323-329).

Das Kind kann also schon vor seiner Geburt erben²¹ und es erwirbt bei Verletzungen seiner physischen Integrität im Mutterleib Schadenersatzansprüche gegen den Schädiger. Kommt der Vater des noch ungeborenen Kindes bei einem Unfall oder durch ein Tötungsdelikt ums Leben, so erwächst dem Kind ein Anspruch aus dem sogenannten *Versorgerschaden*²². Allemal ist vorausgesetzt, dass das Kind lebend geboren wird. Schadenersatzansprüche entstehen ohnehin nur dann, wenn das Kind nach der Geburt an körperlichen Schädigungen leidet, die dem Schädiger adäquat-kausal zugerechnet werden können²³.

Das Gesetz verweist auch in anderen Zusammenhängen auf das Kind vor der Geburt. Zur Wahrung seiner Interessen (Art. 393 Ziff. 3 ZGB) oder zur Feststellung²⁴ der Vaterschaft (Art. 309 Abs. 1 ZGB) kann dem noch ungeborenen Kind ein *Beistand*²⁵ ernannt werden.

Strafrechtlich ist das Ungeborene während der Schwangerschaft bis zum Beginn der Geburt, d.h. in diesem Zusammenhang bis zum Beginn der Geburtswehen, nur durch das Abtreibungsverbot (Art. 118 f. StGB) geschützt²⁶. Im Falle einer Abtreibung liegt nicht die «Tötung eines Men-

²¹ Art. 31 Abs. 2 ZGB wird diesbezüglich konkretisiert durch Art. 544 Abs. 1 ZGB, wo es heisst, das Kind sei von der Empfängnis an unter dem Vorbehalt erbfähig, dass es lebendig geboren wird.

²² Der Anspruch gründet sich auf Art. 45 Abs. 3 OR; vgl. in diesem Sinne RIEMER, Studienbuch (1995), Ziff. 124 mit Verweis auf SJZ 58 (1962), S. 354 Nr. 214 = ZR 61 Nr. 90.

²³ Vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 03.12 ff.; ANDREAS BUCHER, Rz 209. – HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 03.14 sind der Meinung, ob die Körperverletzung des ungeborenen Menschen widerrechtlich sei, hänge entscheidend davon ab, ob die Rechtsfähigkeit des Ungeborenen als «*resolutiv bedingt*» oder als «*suspensiv bedingt*» qualifiziert werde; im ersten Falle wäre die Körperverletzung rechtswidrig, im zweiten Falle nicht. Für resolute Bedingtheit spricht sich im Regelfall ANDREAS BUCHER (1999), Rz 210, aus, für suspensive Bedingtheit ZGB-GUGGENBÜHL/NÄGELI (1996), Art. 31, N 13 und RIEMER, Studienbuch (1995), Ziff. 123. – HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 03.14, plädieren in diesem Zusammenhang für suspensive Bedingtheit bezüglich des Rechtserwerbs, resolute Bedingtheit bezüglich des Persönlichkeitsschutzes.

²⁴ Begrifflich ist zu unterscheiden zwischen der Tätigkeit des **Ermittelns** im Sinne von *Informationsbeschaffung* und der Tätigkeit des **Feststellens** im Sinne der *autoritativen rechtlichen Qualifikation eines Sachverhaltes*. Wenn hier von der «Feststellung der Vaterschaft» die Rede ist, so geht es nicht um die Ermittlung biologischer Verwandtschaft, sondern um die richterlich verfügte Qualifikation eines Mannes als Vater eines Kindes.

²⁵ Vgl. die Übersicht der vormundschaftlichen Massnahmen in Ziff. 188 f.

²⁶ Vgl. BGE 119 IV 207, 74 IV 156, ZR 69 Nr. 42, SJZ 55 (1959), S. 244, Nr. 80.

schen» im Sinne der Tötungsdelikte (Art. 111-117 StGB) vor. Fahrlässige Abtreibung durch fehlerhafte ärztliche Behandlung ist nicht strafbar, da der Abtreibungstatbestand nur die vorsätzliche Tat mit Strafe bedroht²⁷ und da in einem solchen Falle keine fahrlässige Tötung angenommen wird²⁸.

- 54 Strafrechtlich ist das ungeborene Kind auch nicht gegen Körperverletzung geschützt.
- 55 Zum privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz des ungeborenen Kindes (insbesondere vor Verletzungen seiner physischen Integrität) vgl. auch hinten, Kapitel 9.

C. Rechtsstellung des Embryo in vitro

- 56 Ob der Embryo in vitro, d.h. jener Embryo, der sich ausserhalb des Körpers der Mutter befindet, bedingte Rechtsfähigkeit wie ein Embryo während der Schwangerschaft hat, ist eine Frage, die von einzelnen Autoren verneint²⁹, von anderen bejaht³⁰ oder differenzierend beantwortet³¹ wird. Judikatur ist diesbezüglich nicht vorhanden.

²⁷ Vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 03.20.

²⁸ Vgl. in diesem Sinne BGE 119 IV 207.

²⁹ Vgl. in diesem Sinn ZGB-GUGGENBÜHL/NÄGELI (1996), Art. 31, N 19 am Ende; CYRIL HEGNAUER, Gesetzgebung und Fortpflanzungsmedizin, in: Gedächtnisschrift für Peter Noll, Zürich 1984, S. 49-60; CHRISTIAN BRÜCKNER, Künstliche Fortpflanzung und Forschung am Embryo in vitro – Gedanken de lege ferenda, SJZ 81 (1985), S. 383; zurückhaltend auch ZGB-BIGLER-EGGENBERGER (1996), Art. 11, N 17.

³⁰ So HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 03.23; ANDREAS BUCHER (1999), N 213, MARIO M. PEDRAZZINI, Für eine kohärente Rechtsordnung, SJZ 86 (1990), S. 140 und PEDRAZZINI/OBERHOLZER (1993), S. 32. – RAINER J. SCHWEIZER, Grundrechtsfragen der Gentechnologie, ZBl 1989, S. 407, bejaht zumindest die Grundrechtsfähigkeit des Embryo in vitro. – Diese Autoren heben hervor, dass durch in-vitro-Fertilisation das gleiche menschliche Wesen entstehe wie bei einer auf natürlichem Wege entstandenen Verbindung von Eizelle und Samen. Namentlich enthalte das Genom bereits den «Bauplan» und den «Bauftrag» für den später zu gebärenden Menschen. Die Entwicklung von der Befruchtung bis zur Geburt müsse als kontinuierlicher Prozess verstanden werden, bei welchem es keinen bestimmten Moment gebe, ab welchem der Embryo als menschliches Wesen zu bezeichnen sei. Dass für den Embryo in vitro die Möglichkeit, lebend geboren zu werden, vom Verhalten der Eltern abhängt (Einpflanzung in die Gebärmutter der Frau), dürfe dem Embryo nicht

Zu der Auseinandersetzung ist zu sagen, dass ein Erbrecht des Embryo in vitro aus praktischen Gründen nicht in Frage kommt. Im Falle ärztlich assistierter Fortpflanzung (in-vitro-Technik) kann der Begriff der «*Empfängnis*» in Art. 544 Abs. 1 ZGB nur den Beginn der Schwangerschaft (sog. Nidation), nicht die Zeugung (Vereinigung von Samen- und Eizelle) ausserhalb des Mutterleibes bedeuten; diese Interpretation des Gesetzes ist die einzige mit dem allgemeinen Sprachgebrauch vereinbare³². 57

Hinzu kommt Folgendes: Auch wenn Art. 119 BV (= Art. 24^{novies} aBV) die Langzeitaufbewahrung von Embryonen in vitro nicht vorsieht, muss die Erbfähigkeit unter dem Gesichtswinkel der faktischen Möglichkeit einer solchen Langzeitaufbewahrung beurteilt werden, insbesondere, weil sich Paare und Frauen für die Anwendung der in-vitro-Technik auch ins Ausland begeben können, wo die Langzeitaufbewahrung erlaubt ist. Während die Schwangerschaft einer Frau im Hinblick auf einen konkreten Erbgang ein innert absehbarer Zeit mit Sicherheit verifizierbarer Sachverhalt³³ ist, gilt das Gleiche nicht für die Existenz von Embryonen in vitro, die in einem Labor in lebensfähigem oder nicht-lebensfähigem Zustande aufbewahrt werden mögen. Aus diesen Gründen ist es undenkbar, für die Festlegung 58

zum Nachteil gereichen. Die genannte Lösung sei die einzige, die eine klare Ausgangsposition schaffe.

³¹ PAUL-HENRI STEINAUER, L'enfant dans le code civil, in: Das Menschenbild im Recht, Festgabe der rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 100-Jahr-Feier der Universität Freiburg, Fribourg 1990, S. 481 ff.; DESCHENAUX/STEINAUER, Personnes physiques et tutelles, 2. Aufl. Bern 1986, N 469; HEDWIG DUBLER-NÜSS, Les nouveaux modes de procréation artificiels et le droit suisse de la filiation, diss. Fribourg, Bern 1988, N 229 ff. und N 445. – Diese Autoren qualifizieren den Embryo in vitro bereits als Persönlichkeit, möchten ihm aber trotzdem nicht die gleiche Rechtsstellung zuerkennen, die dem Embryo während der Schwangerschaft zukommt. So sprechen sie dem Embryo in vitro namentlich die Erbfähigkeit gemäss Art. 544 Abs. 1 ZGB ab. Andererseits gestehen sie ihm Ansprüche aus Körperverletzung unter der Bedingung der Geburt zu.

³² HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 03.23, versuchen, die Gleichstellung des Embryo *in vitro* mit demjenigen *in utero* aus dem Wortlaut von Art. 31 Abs. 2 ZGB abzuleiten mit dem Argument, diese Bestimmung spreche von der *Zeitspanne* «*vor der Geburt*» und verlange nicht zusätzlich noch die Implantation. Mit dieser Fokussierung auf den Wortlaut von Art. 31 Abs. 1 ZGB sehen die genannten Autoren hinweg über die in Art. 544 Abs. 2 ZGB ganz klar verlangte «*Empfängnis*». Die Empfängnis ist nicht die Vereinigung zweier Zellen in vitro, sondern der Moment, in dem die Mutter das Kind empfängt, also der Beginn der Schwangerschaft.

³³ Begrifflich ist zu unterscheiden zwischen dem «*Sachverhalt*» als einer *konkreten Lebenssituation im Einzelfall* und dem «*Tatbestand*» als der *generell-abstrakten Beschreibung einer typischen Lebenssituation zum Zwecke der Formulierung einer Rechtsregel*.

des Kreises erbberechtigter Nachkommen auf allenfalls vorhandene Embryonen *in vitro* zu warten, was auch ein Warten auf den Entscheid der Frau umfassen müsste, ob und wann sie sich den oder die noch vorhandenen Embryonen implantieren lassen möchte.

- 59 Art. 119 BV verleiht der befruchteten Eizelle *in vitro* kein «Recht auf Einpflanzung». Vielmehr ergibt sich aus der Verfassungsbestimmung bzw. aus entsprechenden gesetzlichen Ausführungsbestimmungen die *öffentlich-rechtliche* Pflicht von Ärztinnen, befruchtete menschliche Eizellen nach Möglichkeit bei der Frau einzupflanzen. Dass die Frau um ihrer Persönlichkeit willen die Implantation allemal ablehnen kann, ohne irgendjemandem eine Erklärung schuldig zu sein und ohne sich einer Interessenabwägung unterziehen zu müssen, versteht sich³⁴.

³⁴ A.A. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 03.23, die einem «bedingten» Anspruch des Embryos auf Implantation das Wort reden und für eine Interessenabwägung plädieren.

3. Kapitel

Ende der Persönlichkeit (Art. 31 Abs. 1 ZGB)

A. Der Gesetzeswortlaut

Art. 31 Abs. 1 ZGB bestimmt: 60

«Die Persönlichkeit ... endet mit dem Tode.»

B. Begriff des Todes

Das Gesetz enthält keine Definition des Todes. 61

Die meisten Menschen sterben infolge Altersschwäche oder Krankheit eines natürlichen Todes. Sie sind tot, sobald ihr Herz definitiv zu schlagen aufgehört hat. Spätestens mit dem Herzstillstand endet auch die Atmung. Kreislaufstillstand und Atmungsausfall sind die klassischen Merkmale des Todes. 62

Die modernen Möglichkeiten der Reanimation erlauben zuweilen, ein stillstehendes Herz wieder in Funktion zu bringen. Während gewisser Operationen – z.B. Herztransplantationen – wird der Patient sogar planmässig von seinem eigenen Herz abgehängt und für eine gewisse Dauer mit einem künstlichen Blutkreislauf am Leben erhalten. In solchen Situationen kann das Ende eigener Herztätigkeit des Patienten nicht mit dem Todeszeitpunkt gleichgesetzt werden. 63

Im engen Bereich der Intensiv- und Transplantationsmedizin ist es deshalb erforderlich, die Schwelle des Todes mit dem definitiven *Verlust der Gehirntätigkeit* gleichzusetzen. Erst wenn Funktionsfähigkeit des Gehirns *und* die spontane Herz- und Atmungstätigkeit des Patienten aufgehört haben, gilt der Patient in solchen Situationen als tot. Dabei sind gemäss der **Richtlinie der Schweizerischen Akademie der medizinischen Wissenschaften** 64

über die Definition und Diagnose des Todes die Begriffe des *Herztodes* und des *Hirntodes* zu unterscheiden³⁵.

³⁵ Die Richtlinie wurde erstmals am 25.1.1969 erlassen. Sie wurde am 6.5.1983 und am 13.6.1996 revidiert. In der heute gültigen Fassung von 1996 heisst es:

«II. RICHTLINIEN

Vorübergehendes Versagen der Atemfunktion, der Herztätigkeit und des Kreislaufs kann durch Reanimationstechnik kompensiert und überbrückt werden. Hingegen ist es nicht möglich, die gesamthaften Auswirkungen des vollständigen irreversiblen Funktionsausfalles des Herzens mit Kreislaufstillstand und des Gehirns, einschliesslich des Hirnstamms, durch irgendwelche Massnahmen zu beheben. Ein irreversibler Funktionsausfall der Herzaktion und des spontanen Kreislaufs (während 30 Minuten) oder des Gehirns, einschliesslich des Hirnstamms, führt zwangsläufig zum Tode des gesamten Organismus und ist daher dem Tod gleichzusetzen.

1. Kriterien des klinischen Todes

Der Mensch gilt als tot, sobald einer der folgenden Zustände eingetreten ist:

- a) *Irreversibler Herzstillstand, der die Blutzufuhr zum Hirn beendet (Herztod)*
- b) *Vollständiger und irreversibler Funktionsausfall des Hirns einschliesslich des Hirnstamms (Hirntod)*

Die Entnahme von Organen vom toten Menschen ist erst zulässig, wenn die nachstehend beschriebenen ärztlichen Untersuchungen und Massnahmen zur Feststellung des Todes den irreversiblen Zustand bestätigt haben.

Ärzte, die einem Transplantationsteam angehören, dürfen bei der Feststellung des Todes nicht mitwirken und ihre den Sterbenden betreuenden Kollegen nicht unter Zeitdruck setzen oder anderweitig zu beeinflussen suchen.

2. Feststellung des Herztodes

2.1 Klinische Zeichen

Der Herztod wird durch Herzstillstand mit Kreislaufversagen verursacht. Zur Feststellung des Herztodes müssen folgende acht klinischen Kriterien erfüllt sein:

- a) *Pulslosigkeit*
- b) *Atemstillstand*
- c) *Tiefes Koma*
- d) *Beidseits auf Licht nicht reagierende Pupillen*
- e) *Fehlen der okulozephalen Reflexe*
- f) *Fehlen der Kornealreflexe*
- g) *Fehlen zerebraler Reaktionen auf schmerzhafte Reize*
- h) *Fehlen des Husten- und Schluckreflexes*

2.2 Beobachtungszeit bis zur Diagnosestellung

Die Feststellung des Herztodes im Hinblick auf Organentnahmen darf frühestens nach dreissigminütiger erfolgloser kardiopulmonaler Reanimation unter stationären klinischen Bedingungen erfolgen.

[...]

3. Feststellung des Hirntodes

3.1 Klinische Zeichen

Der «**Herztote**» ist ein Mensch, der (in der Regel nach einem Unfall) in intensivmedizinische Behandlung gebracht wird und bei welchem das Herz still steht. Die Ärzte bemühen sich bei einem solchen Patienten, den Kreislauf wieder in Gang zu bringen. Wenn das Herz trotz dieser Bemühungen nach dreissig Minuten noch immer stillsteht, ist das Hirn wegen unterbrochener Sauerstoff-Versorgung definitiv funktionsunfähig geworden. Damit sind die Voraussetzungen erfüllt, um den Patienten für die Organentnahme freizugeben. Im Gegensatz zum Gehirn sind andere Organe wie etwa die Nieren nach 30 Minuten Herzstillstand noch nicht definitiv zerstört und also für eine Organentnahme noch brauchbar. Immerhin besteht Eile – nach 60 Minuten Herzstillstand ist kein grösseres Organ mehr für eine Verpflanzung brauchbar.

65

Der «**Hirntote**» ist ein Mensch mit schwerer Kopfverletzung, dessen Herz noch schlägt, der aber nicht mehr selber atmet (Fehlen der Spontanatmung). Er wird in der intensivmedizinischen Betreuung an ein Beatmungsgerät angeschlossen, so dass der Blutkreislauf und die Sauerstoffversorgung des Körpers – trotz des durch den Unfall zerstörten Gehirns – weiterhin sicher-

66

Besteht eine primäre, klar ersichtliche Hirnschädigung, ohne dass die Herztätigkeit aufgehört hat, so müssen die folgenden sieben klinischen Kriterien zur Feststellung des Hirntodes erfüllt sein:

- a) Tiefes Koma
- b) Beidseits weite, auf Licht nicht reagierende Pupillen
- c) Fehlen der okulozephalen Reflexe
- d) Fehlen der Kornealreflexe
- e) Fehlen zerebraler Reaktionen auf schmerzhafte Reize
- f) Fehlen des Husten- und Schluckreflexes
- g) Fehlen der Spontanatmung

3.2 Beobachtungszeit bis zur Diagnosestellung

Die Feststellung des Hirntodes im Hinblick auf Organentnahmen erfordert zwei klinische Beurteilungen mit folgendem minimalen Intervall (s. Appendix Protokoll Hirntod, S. 2):

- a) *eine Beobachtungszeit von 6 Stunden [...], wenn die Komaursache bekannt ist, ... [...]*

Rechtlich muss als Zeitpunkt des Todes (Herz- oder Hirntod) der Moment der erstmaligen Diagnose des irreversiblen Ausfalls der Herz- oder Hirnfunktionen gelten. Für diese Bestimmung genügen klinische Zeichen. Im Totenschein muss diese Zeit eingetragen werden.

Bevor jedoch Organentnahmen zulässig sind, muss jede Möglichkeit einer doch noch erfolgenden Erholung ausgeschlossen sein. Diese diagnostische Gewissheit erlangt der Arzt durch die in den Richtlinien ausführlich geschilderten Beobachtungen und Untersuchungen. Die zweite Beurteilung nach dem geforderten Intervall dient im Falle des Hirntodes (Ziffer II. 3.2) dieser Absicherung, die im Hinblick auf allfällige Organentnahmen verlangt werden muss.»

gestellt ist. Da beim Hirntoten der Kreislauf funktioniert und die für die Transplantation brauchbaren Organe weiterhin funktionsfähig bleiben, besteht keine besondere Eile zur Entnahme. Da der Kreislauf funktioniert, ist auch der definitive Ausfall des Gehirns nicht gleichermassen sicher wie nach einem dreissigminütigen Herzstillstand. Also werden beim Gehirntod sicherheitshalber (d.h. damit nicht Organe entnommen werden, wenn noch Lebens-Chancen bestehen) zwei Todesdiagnosen in einem Intervall von 6 Stunden gefordert.

C. Sterbehilfe

- ⁶⁷ Solange der Tod im oben definierten Sinne noch nicht eingetreten ist, sind Ärztinnen und Spitäler verpflichtet, die zur Linderung von Schmerzen und zur Erhaltung des Lebens möglichen und sinnvollen Massnahmen zu ergreifen. Nach dem Eintritt des Todes sind solche Bemühungen unzulässig; sie wären dann eine widerrechtliche Störung des Totenfriedens³⁶. Nur ausnahmsweise, nämlich im Hinblick auf eine Organtransplantation, gilt die intensivmedizinische Fortsetzung der Reanimation am klinisch bereits toten Organismus als gerechtfertigt und damit als erlaubt.
- ⁶⁸ Hat eine Krankheit einen irreversibel ungünstigen Verlauf genommen, so gelten die Unterlassung und der Abbruch von Massnahmen zur künstlichen Lebenserhaltung und zur künstlichen Lebensverlängerung, beispielsweise also das Abschalten des Beatmungsgerätes, als erlaubte «**passive Sterbehilfe**»³⁷.
- ⁶⁹ Als Tötungsdelikt gemäss Art. 111 StGB strafbar ist dagegen die «**aktive Sterbehilfe**». Unter diesen Begriff fällt jede Massnahme, die durch einen aktiven Eingriff das Leben beendet (Beispiel: Verabreichen einer tödlichen Spritze). Verlangt der Patient nach aktiver Sterbehilfe, so erfüllen jene Personen, die ihm die tödliche Spritze verabreichen, den Straftatbestand der

³⁶ Art. 262 Ziff. 1 StGB: «*wer einen Leichnam verunehrt ...*»

³⁷ Dazu gehören insbesondere die Einstellung künstlicher Wasser- und Nahrungszufuhr sowie der Sauerstoffzufuhr, der Abbruch künstlicher Beatmung, Medikation, Bluttransfusion und Dialyse. – Von den Ärztinnen und Pflegern, welche die entsprechenden Geräte, insbesondere Beatmungsgeräte abschalten, wird dieser Akt allerdings subjektiv zuweilen als aktives Töten empfunden. Es ist deshalb verständlich, dass sich einzelne Ärztinnen und Pfleger weigern, solche Geräte abzuschalten.

Tötung auf Verlangen (Art. 114 StGB)³⁸. Ist der Patient selber fähig, sich die tödliche Spritze zu verabreichen oder eine tödliche Dosis von Medikamenten zu nehmen und stellen ihm andere Personen lediglich die erforderlichen Geräte und Medikamente zur Verfügung, so machen sie sich dadurch nicht strafbar, es sei denn, sie hätten aus selbstsüchtigen Motiven (z.B. zwecks baldigen Antritts des Erbes) gehandelt; vgl. Art. 115 StGB.

Im Jahre 1995 forderte der Waadtländer Nationalrat Victor Ruffy in einem Postulat die Einfügung eines neuen Art. 115^{bis} StGB³⁹. Veranlasst durch dieses Postulat hat das EJPD eine «Arbeitsgruppe Sterbehilfe» eingesetzt und beauftragt, die «Fragen rechtlicher und tatsächlicher Natur aus dem Umkreis der Sterbehilfe» zu prüfen. Der Bericht dieser Arbeitsgruppe liegt seit März 1999 vor.

70

D. Rechtsfolgen des Todes

71

³⁸ In Holland ist die Tötung auf Verlangen mittlerweile legalisiert worden.

³⁹ Gemäss dem Postulat Ruffy sollte Art. 115^{bis} StGB folgenden Wortlaut haben:

«Straflose Unterbrechung des Lebens

Weder Tötung auf Verlangen im Sinne von Art. 114 noch Beihilfe zum Selbstmord im Sinne von Art. 115 liegt vor, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

- 1. Der Tod der betreffenden Person ist auf deren ernsthaftes und eindringliches Verlangen herbeigeführt worden.*
- 2. Die verstorbene Person hat an einer unheilbaren, irreversibel verlaufenden Krankheit gelitten, für die ein tödlicher Ausgang prognostiziert worden ist und die mit unerträglichen körperlichen und seelischen Leiden verbunden ist.*
- 3. Zwei diplomierte und sowohl voneinander wie gegenüber dem Patienten unabhängige Ärzte haben zuvor beide bescheinigt, dass die Voraussetzungen nach Ziff. 2 erfüllt seien.*
- 4. Die zuständige ärztliche Behörde hat sich vergewissert, dass der Patient angemessen informiert worden ist, urteilsfähig ist und das Gesuch um Sterbehilfe wiederholt gestellt hat.*
- 5. Die Sterbehilfe muss von einem eidgenössisch diplomierten Arzt geleistet werden, den der Gesuchsteller selber unter seinen Ärzten ausgewählt hat.»*

Der Tod eines Menschen hat namentlich folgende Rechtswirkungen:

- der zivil- und strafrechtliche⁴⁰ Schutz der Persönlichkeit und des Lebens endet; vom Toten können straffrei lebenswichtige Organe wie Herz, Leber, Nieren entnommen werden;
- das Vermögen geht mit Aktiven und Passiven auf die Erben über (Eröffnung des Erbgangs, Art. 560 ZGB);
- die vom Verstorbenen bezüglich des Erbgangs zu Lebzeiten getroffenen Anordnungen (letztwillige Verfügungen, Erbverträge) werden rechtswirksam;
- die vom Verstorbenen auf sein Persönlichkeitsrecht abgestützten lebzeitigen Anordnungen über die Bestattung und den Umgang mit seinem Leichnam werden rechtswirksam (Nachwirkung des Persönlichkeitsrechts);
- wer eine letztwillige Verfügung des Verstorbenen in Händen hat oder auffindet, ist verpflichtet, diese unverweilt der zuständigen Behörde (in Basel-Stadt: dem Erbschaftsamt) einzureichen (Art. 556 ZGB).
- Der Todesfall ist dem zuständigen Zivilstandsbeamten zu melden (Art. 76 Zivilstandsverordnung⁴¹). Der Todesfall wird alsdann ins Todesregister des Sterbeortes eingetragen (Art. 74 ff. ZStV).

Im Einzelnen:

I. Ende der Vermögensfähigkeit

- ⁷² Da die Erbfähigkeit an die Voraussetzung der Rechtsfähigkeit geknüpft ist, kann nur das rechtsfähige Subjekt (eine natürliche oder juristische Person) aus Erbgang als Erbe oder Vermächtnisnehmer Rechte erwerben. Nach Art. 31 Abs. 2 und 544 Abs. 1 ZGB kann das noch **ungeborene Kind** zwar

⁴⁰ Vgl. jedoch die vom Bundesgericht formulierte Regel, wonach der strafrechtliche Persönlichkeitsschutz bis zum Zeitpunkt der Bestattung andauert, im Gegensatz zum zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz, der im Zeitpunkt des Todes endet (BGE 118 IV 319 ff. i.S. Uwe Barschel); so auch ZGB-BIGLER-EGGENBERGER (1996), Art. 11, N 15.

⁴¹ Abgekürzt ZStV, SR 211.112.1

Rechte erwerben, dies jedoch nur unter dem Vorbehalt, dass es «lebendig geboren wird»⁴².

Der **Tote** kann ebenfalls keine erbrechtlichen Ansprüche erwerben. Diese wachsen anderen Erben an, insbesondere den Nachkommen des Verstorbenen (Art. 457 Abs. 3 ZGB). Da der Erbschaftserwerb automatisch und ohne Zutun des Erben im Augenblick des Todes des Erblassers eintritt, genügt es jedoch, dass der Erbe den Erblasser nur um eine geringe Zeit überlebt, damit er erbt (und anschliessend das Geerbte weitervererbt). 73

Rechtlich ist aber nicht nur von Bedeutung, wer wen überlebt hat, sondern auch die Frage, ob eine bestimmte Todesreihenfolge *bewiesen* werden kann. Auf diese Beweisfrage nimmt Art. 32 Abs. 2 ZGB Bezug. Werden beispielsweise zwei Brüder, die zusammen eine Gebirgswanderung unternommen hatten, erfroren aufgefunden, so ergibt sich aus der erwähnten Gesetzesbestimmung, dass keiner den andern beerbt hat, sofern nicht aufgrund besonderer Umstände eine bestimmte Reihenfolge des Todeseintritts bewiesen werden kann. Wer aus einer bestimmten Todesreihenfolge Rechte ableitet, hat diese Todesreihenfolge zu beweisen bzw. trägt hierfür die Beweislast⁴³. 74

Tiere, Bauten und Naturdenkmäler sind nicht rechts- und demgemäss auch nicht erbfähig. Sie können auch nicht mit Vermächtnissen bedacht werden. Hingegen ist es möglich, gemäss Art. 482 ZGB einen Erben oder Vermächtnisnehmer mit einer Auflage zu beschweren, wonach er den Unterhalt eines Tieres oder Gebäudes aus dem geerbten Vermögen bestreiten muss⁴⁴. 75

⁴² Vgl. BK-BUCHER, N. 70 zu Art. 11, S. 59.

⁴³ Wem der Beweis obliegt, der trägt die **Beweislast**. Die Grundregel der prozessualen Beweislastverteilung ist kodifiziert in Art. 8 ZGB. **Beweislast tragen heisst die Folgen der Beweislosigkeit tragen**. Die Beweislastverteilung regelt also nicht die Rechte und Pflichten der Prozessparteien bei der richterlichen Wahrheitsfindung, sondern sie regelt die Rechtsfolgen, wenn eine rechtlich erhebliche Tatsache nicht bewiesen werden kann oder, was das Gleiche ist, unbewiesen oder beweislos bleibt.

⁴⁴ Gemäss *Vorentwurf und erläuternder Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates* vom 27. März 1997 soll Art. 482 ZGB ergänzt werden durch einen neuen Absatz 4: «Wird ein Tier mit einer Zuwendung von Todes wegen bedacht, so gilt die entsprechende Verfügung als Auflage, für das Tier tiergerecht zu sorgen.» – Als auflagenbeschwert müssen die Erben gelten. Wie die Auflage auszulegen ist, wenn die Zuwendung betragsmässig für die Betreuung des Tieres nicht ausreicht oder wenn sie unverhältnismässig gross ist und wer zur rechtlichen Durchsetzung der Auflage klageberechtigt sein soll, wird der künftigen Gesetzesauslegung vorbehalten bleiben. – Der Nationalrat hat im Dezember 1999 beschlossen, auf die Vorlage nicht einzutreten. Die «Stiftung für das Tier im Recht» und nahestehende Kreise planen

Zum Unterhalt von Baudenkmalern kann eine Stiftung errichtet werden. Begünstigter Rechtsträger ist in diesem Falle aber ebenfalls nicht das Baudenkmal, sondern die Gesamtheit jener Personen, die an der Erhaltung des Baudenkmals ein Interesse haben.

II. Umfang der letztwilligen Verfügungsfähigkeit

- 76 Die letztwillige Verfügungsfähigkeit (auch Testierfähigkeit genannt) ist eine jeder urteilsfähigen und volljährigen natürlichen Person vom Gesetz verliehene Kompetenz, verbindliche Anordnungen für die Zeit nach dem Tode zu treffen.
- 77 Die Verbindlichkeit ist allerdings in verschiedener Hinsicht beschränkt. So bleiben die an die Adresse der Erben und Vermächtnisnehmer gerichteten Anordnungen im Testament wirkungslos, wenn die davon Betroffenen in gemeinsamem Einverständnis eine andere Regelung treffen. Verfügt der Erblasser also in seinem Testament, der Sohn solle dereinst die Stadtliegenschaft, die Tochter dagegen das Ferienhaus übernehmen und sind sich seine beiden Nachkommen anlässlich der Erbteilung einig, dass sie gerade umgekehrt teilen möchten, so können sie dies. Das Testament verleiht den Erben und Vermächtnisnehmern also bloss Ansprüche, dass im Sinne des Testaments geteilt werde. Die Erben und Vermächtnisnehmer sind nicht gezwungen, ihre Ansprüche auch geltend zu machen und durchzusetzen.
- 78 Will der Erblasser gewisse Dinge auch gegen den Willen seiner sämtlichen Erben und Vermächtnisnehmer in bestimmter Weise durchsetzen, so kann er dies durch Ernennung eines Willensvollstreckers (Art. 517 f. ZGB) tun. Der Willensvollstrecker (auch Testamentsvollstrecker genannt) hat den in der letztwilligen Verfügung oder im Erbvertrag dokumentierten Willen des Erblassers zu vollstrecken und ihn notfalls auch gegen den gemeinsamen Willen aller Erben durchzusetzen. In Fragen, die vom Erblasser nicht geregelt wurden, muss sich der Willensvollstrecker allerdings den Weisungen der Erben unterordnen.
- 79

eine Wiederaufnahme des Themas mittels einer Volksinitiative (Unterschriftensammlung ab Frühjahr 2000). (Vgl. Mitteilungen in der NZZ vom 14., 16. und 17.12.1999).

Aber auch mit der Einsetzung eines Willensvollstreckers kann der Erblasser nicht sicher sein, dass seine Anordnungen durchgesetzt werden. Die als Willensvollstrecker eingesetzte Person ist nicht verpflichtet, das Amt anzutreten. Sie kann dieses Amt, wenn sie es angetreten hat, auch wieder niederlegen. Einigt sich der Willensvollstrecker mit allen Erben und weiteren Betroffenen über eine vom Testament abweichende Vorgehensweise, so liegt eine Pflichtverletzung gegenüber dem Erblasser vor, gegen welche niemand einschreiten kann.

Eine weitere Beschränkung der letztwilligen Verfügungsfähigkeit ergibt sich daraus, dass mit der letztwilligen Verfügung («Testament»; Art. 467 ZGB) und mit dem Erbvertrag (Art. 468 ZGB) nur über das *Vermögen* verfügt werden kann. Es können durch die letztwillige Verfügung beispielsweise keine verbindlichen Anordnungen über künftige Verhaltensweisen von Erben und Dritten im persönlichen Bereich getroffen werden. So kann der Erblasser nicht verbindlich festlegen, wer als Vormund für seine unmündigen Kinder zu ernennen sein wird. Auch kann er den Erben nicht vorschreiben, dass sie gegen ein Bauprojekt Einsprache erheben müssten, oder dass sie keine Einsprache erheben dürften etc. 80

Aus dem Persönlichkeitsrecht und seinen Nachwirkungen ergibt sich die Kompetenz der urteilsfähigen Person, verbindliche Anordnungen über den Umgang mit ihrem Leichnam und über die Bestattungsmodalitäten und Grabgestaltung zu treffen, vgl. hinten Ziff. 659 ff. 81

III. Vollmacht über den Tod hinaus (Art. 35 OR)

Die den Tod des Vollmachtgebers überdauernde Vollmacht, deren Zulässigkeit sich aus Art. 35 OR ergibt, scheint dem Grundsatz zu widersprechen, dass der Tote nicht rechtsfähig ist; denn Stellvertretung für ein der Rechtsfähigkeit entbehrendes Subjekt ist undenkbar. Hier handelt es sich nur um eine vereinfachende Redeweise. Die Rechtswirklichkeit ist die, dass bei einer solchen Vollmacht nicht der Verstorbene, sondern direkt dessen Erben durch Vertretungshandlungen berechtigt und verpflichtet werden. Da die Erben die Vertretenen sind, können sie ihrerseits jederzeit die (vom Erblasser ausgestellte) Vollmacht widerrufen. Der Erblasser kann dieses Widerrufsrecht der Erben nicht ausschliessen (Art. 34 Abs. 2 OR). 82

83

Aus dem in Art. 602 Abs. 2 ZGB niedergelegten Grundsatz des gemeinsamen Handelns sämtlicher Miterben ergibt sich, dass die vom Erblasser erteilte Vollmacht nur so lange mit Wirkung für die Erbengemeinschaft bestehen kann, als sämtliche Erben damit einverstanden sind. Jeder einzelne Miterbe kann also allein die Vollmacht widerrufen und beispielsweise einem vom Erblasser eingesetzten Vermögensverwalter die Unterschriftsberechtigung zu Bankkonten entziehen, die der Erblasser hinterlassen hat.

- 84 Der Erblasser kann keinem Erben dieses Recht des individuellen Vollmachtswiderrufs entziehen; ordnet der Erblasser an, die Vollmacht seines Vermögensverwalters könne von den Erben «nur gemeinsam» widerrufen werden, so ist eine solche Anordnung rechtlich unwirksam.

IV. Persönlichkeitsschutz nach dem Ableben einer Person

- 85 Zum (fehlenden) Persönlichkeitsschutz nach dem Ableben einer Person vgl. hinten, Kapitel 9.

V. Namensschutz nach dem Ableben einer Person

- 86 Wird mit dem Namen eines Verstorbenen Missbrauch getrieben, etwa indem sein Name zu Werbezwecken verwendet wird, oder wird ein Verstorbener verleumdet, so sind hiedurch eventuell seine Erben und nahen Angehörigen in *ihrem eigenen* Persönlichkeitsrecht verletzt und können auf Unterlassung oder Schadenersatz klagen.

VI. Berufsgeheimnisse

- 87 Die Berufsgeheimnisse der Geistlichen, Anwältinnen, Ärztinnen (Art. 321 StGB) und das Berufsgeheimnis des Bankiers (Art. 47 Bankengesetz) sind Schweigepflichten, die ihrem Gehalte nach zwar dem Persönlichkeitsschutz des Geheimnisherrn dienen, die aber gemäss ihrer rechtlichen Konstruktion unmittelbar aus den erwähnten Strafbestimmungen, nicht aus Art. 28 ZGB, abgeleitet werden.

Obwohl der Patient, Klient oder Bankkunde in seiner Eigenschaft als «Geheimnisherr» die geheimnisverpflichteten Personen von der Geheimhaltungspflicht dispensieren und beispielsweise den Bankier anweisen kann, einen Kontoauszug direkt an die Steuerverwaltung zu senden, darf man in die betreffenden Rechtsverhältnisse kein subjektives Geheimhaltungsrecht des Geheimnisherrn hineindeuten, das mit seinem Tode erlöschen könnte. Was mit dem Tode des Geheimnisherrn erlischt, ist lediglich seine Möglichkeit zur Erteilung des Dispenses. Die Dispensbefugnis wird, da sie ein höchstpersönliches Recht ist, nicht vererbt. 88

Daraus folgt, dass auch die direkten Nachkommen des Verstorbenen kein (ererbtes) Recht haben, gegenüber Anwältinnen, Ärztinnen und Banken, mit denen der Verstorbene in Beziehung stand, Information über die persönlichen Angelegenheiten des Verstorbenen zu beanspruchen. Die verschiedenen Berufsgeheimnisse verbieten den Berufsleuten, diese Informationen an die Erben herauszugeben. Aufgrund einer Interessenabwägung ist in Einzelfällen den Erben aber dennoch ein Informationsanspruch zuzuerkennen. Einerseits müssen die Erben, auf welche die Bankkonten des Verstorbenen übergegangen sind, von der Bank Rechenschaft über deren frühere korrekte Auftragsbefüllung gegenüber dem Erblasser verlangen können. Hatte die Bank seinerzeit Vermögen des Erblassers veruntreut, dann schützt sie das Bankgeheimnis nicht davor, über solche Sachverhalte später gegenüber den Erben Aufschluss erteilen zu müssen und gegebenenfalls Schadenersatz zu bezahlen. Auch Ärztinnen und Spitäler können sich nicht hinter dem Arztgeheimnis verstecken, wenn ihnen nach dem Tod des Patienten Kunstfehler vorgeworfen werden. 89

Gegenüber Banken können die pflichtteilgeschützten Erben überdies Auskunft verlangen, wenn ein begründeter Verdacht besteht, der Verstorbene habe zu Lebzeiten schenkungsweise Gelder vom Bankkonto abdisponiert, wodurch er die Pflichtteilsansprüche der Erben in rechtswidriger Weise verletzt habe (vgl. Art. 527 Ziff. 3 und 4 ZGB). 90

Damit sich in diesen Fällen die Geheimhaltungspflicht in eine Auskunftspflicht wandelt, müssen die Erben jedoch einen konkreten Verdacht geltend machen können. 91

VII. Urheberrecht

- ⁹² Während sich die aus Art. 28 abgeleiteten Persönlichkeitsrechte nicht vererben, gelten **Urheberrechte** als Teil des Vermögens und sind also vererblich.

4. Kapitel Todesbeweis und Verschollenerklärung (Art. 32-38 ZGB)

A. Beweis des Todes: zweistufiges Verfahren

Angesichts der bedeutenden Rechtsfolgen, die mit dem Tod einer natürlichen Person verbunden sind, ist es für die Rechtsgemeinschaft wichtig, zu wissen, ob eine Person noch lebt oder gestorben ist. Ferner ist die Kenntnis des Todeszeitpunktes wichtig. 93

Die Schaffung dieser Klarheit liegt nicht nur im privaten Interesse von potenziellen Erben, sondern auch im öffentlichen Interesse. Der Staat bemüht sich demzufolge mittels seines Zivilstandswesens, die Tatsache von Leben und Tod der Personen in der Schweiz von Amtes wegen präzise zu ermitteln und zu dokumentieren. 94

Beim Ableben einer Person in der Schweiz erhebt der Staat die für den Registereintrag nötigen Informationen dadurch, dass den Angehörigen sowie den mit dem Sterbenden befassten Ärzten und Kliniken eine öffentlichrechtliche *Meldepflicht*⁴⁵ auferlegt wird. 95

Die Beweisführung gemäss Art. 32 Abs. 1 ZGB⁴⁶ kommt praktisch nur zum Zuge bei Personen, deren Geburt oder Tod vom schweizerischen Zivilstandswesen nicht erfasst wurde. Namentlich bei *Verschwundenen* (Personen, deren Leichnam nie gefunden wurde) tritt die private Beweisführung an die Stelle der amtlichen Informationsbeschaffung. 96

Die Klarheit über Leben und Tod wird bezüglich natürlicher Personen, die in der Schweiz sterben oder die im Zeitpunkt ihres Todes in der Schweiz ihren Wohnsitz oder ihre Heimatangehörigkeit haben, in einem *zweistufigen* 97

⁴⁵ Vgl. Art. 40 Abs. 1 ZGB: *Der Bundesrat bestimmt die Personen und Behörden, die verpflichtet sind, die zur Beurkundung des Personenstandes nötigen Angaben zu melden.* – Der Bundesrat hat den Kreis der meldepflichtigen Personen in Art. 76 Abs. 1 ZStV festgelegt.

⁴⁶ Es handelt sich bei dieser Norm um eine unnötige Wiederholung dessen, was sich bereits aufgrund von Art. 8 ZGB versteht; vgl. diese Feststellung auch bei HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 04.10.

Verfahren geschaffen. Die erste Stufe ist diejenige der Sachverhaltsermittlung und amtlichen Registrierung. Durch die zivilstandsamtliche Registrierung des Todes wird eine gemäss Art. 9 ZGB allgemein-verbindliche Beweis-Plattform geschaffen. Die zweite Stufe ist die Beweisführung mittels Auszügen aus dem Zivilstandsregister. Nun spielt die Frage keine Rolle mehr, ob und wie der Tod angesichts der Leiche festgestellt worden ist; das Zivilstandsregister sagt alles.

- 98 Die **Sachverhaltsermittlung der ersten Stufe** erfolgt in der Regel dadurch, dass eine patentierte Ärztin oder eine andere zur Todesbescheinigung ermächtigte Person aufgrund persönlicher Wahrnehmung und erforderlichenfalls Untersuchung der Leiche die *Todesbescheinigung* zuhanden des zuständigen Zivilstandsamtes ausstellt (Art. 82 ZStV).
- 99 Die **zweite Stufe** ist folgendermassen zu beschreiben: Wer aus dem Tode einer Person Rechtsvorteile zu seinen eigenen Gunsten erlangen möchte (z.B. Antritt einer Erbschaft oder Bezug einer Witwenrente), löst die hiezu erforderlichen rechtlichen Bewegungen durch die Vorlegung eines entsprechenden **zivilstandsamtlichen Dokumentes** aus (Art. 138 ZStV).
- 100 Dritte müssen sich im Rechtsverkehr an die Zivilstandsurkunden, bezüglich des Todes einer Person also an das zivilstandsamtliche Dokument halten. Erst dieses, nicht bereits die ärztliche Todesbescheinigung, bringt die Dinge rechtlich in Bewegung. Dies ergibt sich aus Art. 33 Abs. 1 ZGB:

«Der Beweis für die Geburt oder den Tod einer Person wird mit den Zivilstandsurkunden geführt.»

- 101 In der Praxis wird die zivilstandsamtliche Bescheinigung des Todes allerdings nur selten benützt, weil sie nur über den Todesfall, nicht zugleich auch über die Erbenstellung Auskunft gibt. Wichtiger ist die von der zuständigen Erbschaftsbehörde (in Basel das Erbschaftsamt) ausgestellte **Erbenbescheinigung** gemäss Art. 559 Abs. 1 ZGB, die in einem einzigen Papier den Tod des Erblassers und die Erbberechtigung der Erben dokumentiert⁴⁷. Meist kommen die Erben aber auch ohne dieses Dokument aus.

⁴⁷ Manche Erbschaftsbehörden stellen Erbenbescheinigungen nur noch in Bezug auf konkrete Nachlassaktiven, z.B. bestimmte Bankkonten, aus und versuchen auf diese Weise, die Erben zur Deklaration aller Nachlasswerte zu zwingen. Das ist nicht der Sinn der gesetzlichen Regelung. Abgesehen davon ist es in Kantonen mit freiberuflichem Notariat stets möglich, von einem Notar eine Erbenbescheinigung ohne Einschränkung auf bestimmte Aktiven zu erhalten, die den Tod des Erblassers und den Kreis der Erbberechtigten dokumentiert.

Für den Verkehr mit Banken und Behörden in der Schweiz genügt in der Regel die unbeglaubigte Fotokopie der beiden vordersten Seiten des erbschaftsamtlichen Inventars, wo die Personalien und der Todestag des Verstorbenen sowie die Personalien, die ehedem- und die erbrechtliche Stellung der Erben aufgeführt sind.

Art. 33 Abs. 2 ZGB, der den Fall des Fehlens von Zivilstandsurkunden regelt, betrifft jene Todesfälle, die in keinem Zivilstandsregister vermerkt werden. Erfolgte der Tod einer Person an einem Ort und unter Umständen, die keine Registerzuständigkeit eines schweizerischen Zivilstandsamtes begründen und war der Tod auch in keinem ausländischen Zivilstandsregister zu vermerken, so bleibt zur Auslösung allfälliger Rechtsfolgen nur jener unmittelbare Todesbeweis, der in Art. 33 Abs. 2 ZGB angedeutet ist. 102

B. Organisation der «Bevölkerungsbuchhaltung» in der Schweiz

Die amtliche Erfassung der Bevölkerung erfolgt parallel in zwei unabhängigen Amtsbereichen, nämlich 103

- a) bezüglich des jeweiligen Wohnsitzes durch die als Einwohnerkontrollen (französisch: *contrôle de l'habitant*) bezeichneten Amtsstellen und
- b) bezüglich der Zivilstandsvorfälle durch die Organisation der Zivilstandsämter.

An dieser Stelle soll nur auf die Zivilstandsämter eingegangen werden. Da für die privatrechtliche Existenz und Stellung einer natürlichen Person drei biographische Ereignisse besondere Bedeutung haben, nämlich die Geburt, die allfällige Eheschliessung und der Tod, umfasst das Zivilstandsregister als wichtigste Elemente vier **Ereignisregister**, nämlich Geburtsregister, Eheregister, Kindesamerkenungsregister und Todesregister⁴⁸. Über diese Einzelregister hinaus gibt es für Schweizerbürger das am Heimatort geführ-

⁴⁸ Das Register der Geburten und das Register der Todesfälle waren in der bis Ende 1999 in Kraft stehenden Fassung des ZGB in den Art. 46 und 48 erwähnt. In der Neufassung der Art. 39-49 ist nun kein Register mehr einzeln im ZGB erwähnt, sondern die Kompetenz zur Bezeichnung der zu führenden Register insgesamt an den Bundesrat delegiert worden (vgl. Art. 48 ZGB: «Der Bundesrat ... regelt namentlich: 1. die zu führenden Register und die einzutragenden Angaben ...»).

te **Familienregister**⁴⁹ (bzw. in Zukunft Standesregister). Dabei handelt es sich um ein Register, das den jeweiligen Stand aller zivilstandlichen Elemente einer Person darstellt.

- 105 Die Eintragungen in den Ereignisregistern erfolgen für die einzelnen Personen bald hier, bald dort, nämlich jeweils im Register jenes Zivilstandskreises, in welchem das zu registrierende Ereignis stattfindet. Demgegenüber enthält das vom Zivilstandsbeamten des Heimatortes (genau: jenes Zivilstandskreises, in welchem der Heimatort liegt) geführte Familienregister alle Personen, die dort das Bürgerrecht besitzen (Art. 113 ZStV). Das Familienregister schafft für alle am Registerort heimatberechtigten Personen einen biographisch zusammenhängenden Beleg.
- 106 Wer also innerhalb eines schweizerischen Zivilstandskreises stirbt, wird unabhängig von seiner Nationalität in das Todesregister des betreffenden Kreises eingetragen (Art. 75 Abs. 1 ZStV). Wer im Ausland stirbt, wird nur dann in ein schweizerisches Todesregister eingetragen, wenn er oder sie die schweizerische Staatsangehörigkeit besass. Der Eintrag erfolgt in diesem Falle im Todesregister des Heimatortes (Art. 87 Abs. 1 ZStV mit Verweis auf Art. 22 ZGB).
- 107 Ausländer, die im Ausland sterben, werden in keinem schweizerischen Todesregister eingetragen. Starben sie in einem Land mit einer den schweizerischen Verhältnissen vergleichbaren Zivilstandsregister-Organisation, so ist der Tod für solche Personen primär durch die entsprechenden ausländischen Registerauszüge zu beweisen. Starben sie in einem LAND ohne Zivilstandsregister oder wird glaubhaft gemacht, dass die Todesregistrierung in dem hierfür bestehenden ausländischen Zivilstandsregister aus einem bestimmten Grunde nicht erfolgen konnte, so ist für die Auslösung von Rechtsfolgen in der Schweiz auf den unmittelbaren Todesbeweis gemäss Art. 33 Abs. 2 ZGB zurückzugreifen.

⁴⁹ Das Familienregister wird in den nächsten Jahren durch ein EDV-gestütztes, durch den Bund zentral geführtes, personenbezogenes Standesregister abgelöst.

C. Ermittlung des Todes zwecks Bewirkung des Zivilstandsregistereintrags

Bei der Ermittlung des Todes sind vier Fallgruppen zu unterscheiden, wobei die erste dieser Fallgruppen den Normalfall darstellt und die drei restlichen Gruppen eher seltene Ausnahmefälle umfassen. 108

Die *Fallgruppe 1* umfasst jene 99 % aller Todesfälle, in denen **die Leiche vorhanden** ist, so dass eine ärztliche Leichenschau erfolgen kann. Der Eintrag im Todesregister erfolgt **durch den Zivilstandsbeamten** aufgrund der **Todesbescheinigung** jenes Arztes, der die Leichenschau gemacht hat. 109

Die drei weiteren Fallgruppen betreffen jene Menschen, deren Leiche von niemandem gesehen wurde. 110

Die *Fallgruppe 2* umfasst die Fälle, in denen das **Verschwinden in einer besonderen Gefahrenlage bewiesen** und aus diesem Grunde der Eintritt des Todes **absolut sicher** ist (z.B. nach einem Flugzeugabsturz). In dieser Fallgruppe erfolgt der Eintrag im Todesregister aufgrund eines **gerichtlichen Gestaltungsurteils**. 111

In den *Fallgruppen 3 und 4* erfolgt der Eintrag im Todesregister durch **gerichtliche Verschollenerklärung**. In diesen Fallgruppen fehlt es am *Beweis des Verschwindens in einer besonderen Gefahrenlage*. Vielmehr folgt hier auf ein letztes Lebenszeichen – auf die Verabschiedung von Bekannten, auf den Brief an Verwandte, auf den Eintrag in ein Hüttenbuch etc. – die nachrichtenlose Abwesenheit. Die Würdigung der persönlichen Situation der verschwundenen Person, namentlich ihrer Pläne für die unmittelbare Zukunft nach dem letzten Lebenszeichen, führt zur Einreihung des konkreten Sachverhaltes unter die **Verschollenheitsfälle** gemäss der Fallgruppen 3 oder 4 (vgl. hienach). Lässt sich das Stillschweigen der verschwundenen Person anders als durch ihren Tod plausibel erklären, insbesondere durch ihren Willen zum Neubeginn einer Existenz in einem anderen Kontinent, so liegt keine Verschollenheit, sondern eine stille Auswanderung vor. 112

Das Rechtsinstitut der Verschollenheit fristet im gegenwärtigen schweizerischen Umfeld hoher Lebens- und Rechtssicherheit ein vorwiegend akademisches Dasein. Die wenigen publizierten Präjudizien gehören fast durchwegs den Bereichen von Freizeit und Tourismus an. 113

1. Fallgruppe 1: Der Leichnam ist vorhanden (Normalfall; Art. 40 Abs. 1 ZGB)

114 Art. 40 Abs. 1 ZGB lautet seit dem 1.1.2000⁵⁰:

«Der Bundesrat bestimmt die Personen und Behörden, die verpflichtet sind, die zur Beurkundung des Personenstandes⁵¹ nötigen Angaben zu melden.»

Die entsprechende Bestimmung der Zivilstandsverordnung (ZStV) lautet:

«ZStV Art. 76. – Anzeigepflicht. – a. Tod einer bekannten Person

(1) *Zur Anzeige des Todes oder der Auffindung der Leiche einer bekannten Person sind verpflichtet: der Ehegatte, die Kinder und deren Ehegatten, sodann, der Reihe nach, die dem Verstorbenen nächstverwandte ortsanwesende Person, der Vorsteher des Haushalts, in dem der Tod erfolgte oder wo die Leiche gefunden wurde, und schliesslich jede Person, die beim Tod zugegen war oder die Leiche gefunden hat.*

(2) [...]

(3) [...]

ZStV Art. 82. – Todesbescheinigung

Der Anzeigende hat als Ausweis eine Todesbescheinigung des behandelnden oder nach dem Tode beigezogenen Arztes oder einer zur Feststellung des Todes amtlich bezeichneten Person beizubringen. Diese Bescheinigung ist als Beleg zur Eintragung aufzubewahren.»

115 Wer eine verstorbene Person auffindet, wird also eine Ärztin oder eine zur Feststellung des Todes amtlich ermächtigte Person beiziehen, um die zum Registereintrag erforderliche Todesbescheinigung zu erhalten.

2. Fallgruppe 2: Kein Leichnam, aber sicherer Tod (Art. 34 und 42 ZGB)

116 Der Tod einer verschwundenen Person kann gemäss Art. 34 ZGB zivilstandsamtlich registriert werden, wenn ihr Ableben trotz Fehlens der Leiche

⁵⁰ Art. 39-49 ZGB wurden neu gefasst durch Ziff. I 4 des BG vom 26.6.1998, iK 1.1.2000, AS 1999 1118 1144; BBl 1996 I 1.

⁵¹ Zum Begriff des Personenstandes vgl. Art. 39 Abs. 2 ZGB.

als *absolut sicher* erscheint. Das umständliche Verschollenheitsverfahren (vgl. hienach) ist in diesen Fällen nicht erforderlich.

Art. 34 ZGB umschreibt Fälle, in denen das *Verschwinden einer Person in einer besonderen Gefahrensituation **beweisbar*** ist. Man denke an den Bergsteiger, der vor den Augen seiner Kameraden in eine bodenlose Gletscherspalte stürzt oder der von einer Schlammlawine weggerissen wird, an die Safari-Touristin, die vor den Augen ihrer Reisegefährten von einem Krokodil verschlungen wird oder an die Insassen eines Flugzeugs, das ins Meer abstürzte (sofern eine zuverlässig geführte Passagierliste der Unglücksmaschine vorhanden ist). Allen diesen Fällen ist gemeinsam, dass die *todbringenden Umständen*, in denen sich eine Person befand, beweisbar sind, so dass die anschliessende nachrichtenlose Abwesenheit als die selbstverständliche Konsequenz des bewiesenen Unglücks erscheint. 117

Es genügt also nicht, dass jemand von einer Schlammlawine weggerissen oder vom Krokodil gefressen wurde. Die Vorfälle müssen *unter den Augen von Zeugen stattgefunden* haben oder anderweitig *beweisbar sein*, damit sie unter den Tatbestand von Art. 34 ZGB fallen. 118

Der zivilstandsamtliche Registereintrag erfolgt in diesen Fällen durch das *gerichtliche Bereinigungsverfahren* gemäss Art. 42 ZGB⁵². Dieses Verfahren wird eingeleitet durch eine Gestaltungsklage mit dem Rechtsbegehren, «*es sei das Todesregister im Zivilstandskreis X. zu bereinigen und der am Datum D erfolgte Tod der Person P einzutragen.*» Zur Klage legitimiert ist, wer ein schützenswertes persönliches Interesse glaubhaft macht, ferner die kantonale Aufsichtsbehörde⁵³. 119

3. Fallgruppe 3: Hohe Todeswahrscheinlichkeit infolge Verschwindens in hoher Lebensgefahr (Verschollenerklärung nach einjähriger Wartefrist)

Die *Fallgruppe 3* und die anschliessend darzustellende Fallgruppe 4 umfassen Tatbestände, in denen nicht die Befindlichkeit der verschwundenen Person in todbringenden Umständen, sondern die *nachrichtenlose Abwesen-* 120

⁵² Vgl. BOTSCHAFT des Bundesrates über die Änderung des ZGB (Personenstand u.a.) vom 15.11.1995, BB1 1996 I 1 ff., Ziff. 211.41; HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 04.35.

⁵³ In dem bis zum 31.12.1999 geltenden Recht erfolgte der Registereintrag in den Fällen des sicheren Todes bei fehlendem Leichnam aufgrund einer Verfügung der kantonalen Aufsichtsbehörde gemäss Art. 88-90 aZStV (sogenannte «*Todeserklärung*»).

heit als das wesentliche Indiz für den eingetretenen Tod erscheinen. Für beide Fallgruppen ist charakteristisch, dass der Tod nicht absolut sicher, sondern lediglich «*höchst wahrscheinlich*» ist. Der Eintrag im Todesregister erfolgt hier aufgrund eines Urteils des Zivilrichters im Verfahren der gerichtlichen **Verschollenerklärung** (Art. 35-38 ZGB, Art. 130 Abs. 1 Ziff. 3 ZStV).

- 121 Die Verschollenerklärung nach **einjähriger Wartefrist** (Art. 35 Abs. 1 ZGB, erste Alternative) setzt voraus, dass der Tod einer Person höchst wahrscheinlich ist, weil sie in hoher Todesgefahr verschwunden ist.
- 122 Der Gesetzeswortlaut («*in hoher Todesgefahr verschwunden*») ist irreführend. Bei der vorliegenden Fallgruppe besteht das Verschwinden nicht in einem von Menschen bezeugten «Verschwinden in Todesgefahr», sondern es setzt sich zusammen aus zwei Akten – *dem letzten Signal (Lebenszeichen) der betreffenden Person und dem anschliessenden Fehlen weiterer Lebenszeichen unter Umständen, die auf eine besondere Gefahrenlage schliessen lassen*.
- 123 Das letzte Lebenszeichen kann unter ganz alltäglichen Umständen erfolgen. Anschliessend an das letzte Lebenszeichen muss die verschwundene Person gemäss den vorhandenen Indizien in Umstände geraten sein, die mit besonderen Gefahrenlagen verbunden waren. Diese gefährlichen Umstände sind das, was das Gesetz unter der «hohen Lebensgefahr» versteht. Dabei braucht keine einzelne Gefahrenlage konkret bewiesen zu werden⁵⁴. Es genügt, dass unter Würdigung aller Umstände der Tod höchst wahrscheinlich, die Alternative der stillen Auswanderung höchst unwahrscheinlich ist.
- 124 Als Beispiel denke man sich eine Gruppe von Bergsteigern, die ihren Angehörigen aus Katmandu den Aufbruch auf einen Himalaya-Gipfel signalisiert und von der in der Folge keine Nachricht mehr eintrifft.
- 125 Keine solche Verschollenheit liegt vor bei einem einzelnen Bergsteiger, der sich in Zürich von seiner Familie mit dem Ziel «Himalaya» verabschiedet und in der Folge nichts mehr von sich hören lässt. Denn bei der nachrichtenlos verschwundenen Gruppe im vorherigen Beispiel ist der gemeinsame Tod, etwa durch Lawinenniedergang oder tödlichen Schneesturm, höchst wahrscheinlich, eine kollektive stille Auswanderung dagegen auszuschliessen, wogegen der erwähnte Einzelgänger sich in Nepal einer Sekte angeschlossen haben könnte oder aus anderen Gründen einen Strich unter seine

⁵⁴ So HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 05.05.

Vergangenheit ziehen wollte. Zu prüfen bliebe in diesem Fall, ob eine Situation gemäss Fallgruppe 4 (siehe Ziff. 132 ff.) vorliegt.

Bleibt eine *Gruppe* von Menschen (etwa sämtliche Insassen eines Flugzeugs, sämtliche Teilnehmer einer Expedition) nachrichtenlos abwesend, ohne dass eine todbringende Situation konkret beweisbar ist, so ist die nachrichtenlose Abwesenheit sämtlicher Teilnehmer als solche meist bereits als «Verschwinden in hoher Todesgefahr» zu qualifizieren, denn die kollektive stille Auswanderung ist höchst unwahrscheinlich. Im Falle des Überlebens Einzelner wären regelmässig auch Nachrichten über den Verbleib der Übrigen bekannt geworden⁵⁵. – Bei verschwundenen *Einzelgängern* ist die stille Auswanderung dagegen eher möglich. Demgemäss sind hier das soziale Umfeld und die Zukunftspläne des Verschwundenen auf die Alternative von *Tod* oder *stiller Auswanderung* hin konkret zu überprüfen⁵⁶. 126

Das **Verfahren** ist in Art. 36 ZGB geregelt. Jedermann, der aus dem Tode des oder der Verschwundenen Rechte ableitet, kann beim zuständigen Gericht⁵⁷ das Gesuch um Verschollenerklärung stellen. Das an das Gericht zu stellende Rechtsbegehren lautet, *es sei die Person X. für verschollen zu erklären*. Eine beklagte Partei ist nicht zu nennen. 127

Das Gesuch kann frühestens ein Jahr nach dem Verschwinden der betreffenden Person gestellt werden (Art. 36 Abs. 1 ZGB, erste Alternative). 128

⁵⁵ Ein Fall kollektiven Verschwindens führte zur Verschollenheit gemäss Fallgruppe 3 in BGE 75 I 328 ff. (Flugzeug, das die Anden überqueren sollte, erreicht den Bestimmungsort nicht und wird nie gefunden).

⁵⁶ Vgl. BGE 56 I 547 ff: Verschwinden einer alleinstehenden Frau, die sich auf einer Schiffsreise in der Gegend von Bangkok befand. Eines Morgens war sie nicht mehr in ihrer Kabine. Die Kabine war von innen verriegelt. Das Kabinfenster stand nach dem Meer hin offen. – Bei dieser Beweislage war klar, dass die Frau vom Schiff ins Meer gestürzt sein musste. Der Sturz ins offene Meer führte zu einer Situation mit hoher Todesgefahr. Dass die Frau von einem anderen Schiff gerettet worden war und sich in der Folge irgendwo unerkannt eine neue Existenz aufgebaut hatte, war zwar nicht völlig auszuschliessen, aber der Tod war bei dieser Sachlage wesentlich wahrscheinlicher bzw. er war *höchst wahrscheinlich* im Sinne von Art. 35 Abs. 1 ZGB.

⁵⁷ Bis Ende 2000 bestimmt sich die örtliche Zuständigkeit gemäss Art. 35 Abs. 2 ZGB. Ab 1.1.2001 gilt für die örtliche Zuständigkeit das Gerichtsstandsgesetz vom 24.3.2000. Art. 35 Abs. 2 wird mit dem Inkrafttreten des Gerichtsstandsgesetzes aufgehoben. Sachlich ändert sich nichts. Zuständig ist und bleibt das Gericht am letzten schweizerischen Wohnsitz oder, wenn die verschwundene Person nie in der Schweiz gewohnt hat, das Gericht ihres Heimatortes.

- 129 Im Verschollenheitsverfahren gilt die *Offizialmaxime*⁵⁸.
- 130 Erachtet das Gericht die Voraussetzungen für die Verschollenerklärung grundsätzlich als gegeben, so veranlasst es die Publikation gemäss Art. 36 Abs. 2 ZGB. Diese Publikation lautet beispielsweise:

«Aufforderung gemäss Art. 36 ZGB. – Im Verschollenheitsverfahren betreffend Paul Stözl, geboren am 22. August 1959, letztmals gesehen am 15. September 1997 auf dem Kreuzfahrtschiff MS Michelangelo auf der Fahrt von Colón (Panama) nach Buenaventura (Kolumbien), wird hiermit jedermann, der sachdienliche Angaben über den Verbleib des Verschwundenen machen kann, aufgefordert, sich binnen eines Jahres, d.h. bis zum 24. April 2000, beim Zivilgericht Basel-Stadt, Bäumleingasse 1, Basel, zu melden. – Basel, den 24. April 1999 – ZIVILGERICHT BASEL-STADT».

- 131 Geht innerhalb der vom Gericht gesetzten Frist keine Meldung ein, so wird die verschwundene Person anschliessend vom Gericht für verschollen erklärt. Gehen Nachrichten ein, die den Tod der verschwundenen Person als sicher oder das Leben als wahrscheinlich erscheinen lassen, so wird das Verschollenheitsverfahren eingestellt. Je nach dem erfolgt dann die ordentliche Todesregistrierung, etwa aufgrund ausländischer Urkunden, oder die Person gilt weiterhin als lebend.

4. Fallgruppe 4: Hohe Todeswahrscheinlichkeit infolge langer nachrichtenloser Abwesenheit (Verschollenerklärung nach fünfjähriger Wartefrist)

- 132 Die in Art. 35 Abs. 1 ZGB, zweite Alternative, erwähnte Fallgruppe hat mit der hievor beschriebenen Fallgruppe 3 gemein, dass der **Tod aufgrund sämtlicher Umstände als höchst wahrscheinlich** erscheint.
- 133 Der Unterschied zum Verfahren mit einjähriger Wartefrist besteht darin, dass keine Indizien vorhanden sind, gemäss denen der Verschwundene in eine besondere Gefahrenlage geraten wäre.

134

⁵⁸ *Offizialmaxime* bedeutet, dass das Gericht von Amtes wegen («ex officio») den rechtserheblichen Sachverhalt erforscht, sich also selber um die Erhebung der nötigen Beweise kümmert. – Die *Offizialmaxime* gilt im im Zivilprozess immer dann, wenn öffentliche Interessen involviert sind.

Vermutungsbasis⁵⁹ für den eingetretenen Tod ist in diesen Fällen lediglich das Fehlen von Nachrichten während langer Zeit *in einem sozialen Umfeld*, das diese Nachrichtenlosigkeit nicht anders als durch den Tod der betreffenden Person erklären lässt oder, was das Gleiche ist, das den Fall der stillen Auswanderung höchst unwahrscheinlich macht.

⁵⁹ «Vermutungen» im Sinne des Prozessrechts sind Schlüsse von Bekanntem auf Unbekanntes; vgl. in diesem Sinne BK-KUMMER zu Art. 8 ZGB (1962), N 317 ff. – Wo Vermutungen wirksam sind, verschiebt sich das Beweisthema von der (unbekannten, nicht beweisbaren oder nicht bewiesenen) rechtsbegründenden Tatsache auf eine vorausgehende Tatsache, die sogenannte Vermutungsbasis, Ausgangstatsache oder Prämisse. Hat eine Partei die Vermutungsbasis bewiesen, so gilt das Vermutete (die Vermutungsfolge) anschliessend als gegeben und ebenfalls als bewiesen.

Die Vermutungen werden unterteilt in zwei Hauptgruppen, nämlich die *natürlichen Vermutungen* und die *gesetzlichen Vermutungen*.

Natürliche Vermutungen sind solche, bei denen nicht eine Gesetzesvorschrift, sondern die gerichtliche Denktätigkeit aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung im konkreten Einzelfall von etwas Bewiesenem auf etwas Unbewiesenes, aber sehr Wahrscheinliches schliesst. Die natürliche Vermutung ist immer nur eine Wahrscheinlichkeitsfolgerung, aus Erfahrung und Wissen gewonnen, die der Richter aufgrund der individuellen Gegebenheiten des konkreten Einzelfalles glauben ziehen zu können, indem er das, was bewiesen ist, als tauglich erachtet, für einen weiteren, direkt nicht bewiesenen Sachumstand schlüssig zu zeugen.

Gesetzliche Vermutungen sind solche, die durch das Gesetz ausdrücklich angeordnet sind, insbesondere durch Wendungen wie «... so wird vermutet, dass ...», «... so gilt ...» oder «... sofern er nicht nachweist, dass ...». Hier handelt es sich um Fälle, in denen der Gesetzgeber selber in die prozessuale Beweisführung eingreift. Die gesetzlichen Vermutungen werden in drei Kategorien unterteilt, nämlich in Tatsachenvermutungen, Rechtsvermutungen und Fiktionen.

- a) **Tatsachenvermutungen** (tatsächliche Vermutungen). – Hier ist das Vermutete ein Sachumstand (häufig: ein bestimmter Vertragswille). Tatsachenvermutungen finden sich im Gesetz in reicher Zahl (z.B. ZGB 3 Abs. 2, 32 Abs. 2, 195a Abs. 2, 262, 294 Abs. 2, 496 Abs. 2, 566 Abs. 2, 629 Abs. 2, 712b Abs. 3; OR 16 Abs. 1, 55, 56, 97 Abs. 1, 170 Abs. 3, 176 Abs. 3, 190 Abs. 1, 220, 481 Abs. 2).
- b) Bei der **Rechtsvermutung** schliesst das Gesetz aus einem bestimmten Sachverhalt (Vermutungsbasis) unmittelbar auf das gegenwärtige Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechts oder Rechtsverhältnisses. So wird die Ehelichkeit eines Kindes, das während bestimmter Fristen geboren wird, vermutet, ohne dass es auf den Sachverhalt der väterlichen Zeugung ankommt (Art. 255 Abs. 1 ZGB). Weitere Beispiele sind: ZGB Art. 670, 930 Abs. 1, 931.
- c) **Fiktion** heisst eine vom Gesetz vorgeschriebene Vermutung, wenn deren Widerlegung beim Vorliegen der Fiktionsbasis ausdrücklich ausgeschlossen ist. Fiktionen werden auch als «*unwiderlegbare Vermutungen*» bezeichnet (lat.: *praesumptio iuris et de iure*). Der Gesetzgeber verwendet hier häufig das Wort «gilt». Fiktionen finden sich beispielsweise in OR Art. 156, 207 Abs. 3, 225 Abs. 2, 470 Abs. 3.

- 135 Wenn jemand ohne grosse soziale Bindungen und ohne Arbeitsstelle seine sämtlichen Bankkonten auflöst und tags darauf unter unklarer Zielangabe verschwindet, so kann er nicht nach fünf Jahren verschollen erklärt werden. Wer hingegen in Kriegsgefangenschaft gerät oder von Terroristen entführt wird, kann nach fünfjähriger nachrichtenloser Abwesenheit verschollen erklärt werden, sobald aus glaubwürdiger Quelle verlautet, alle noch lebenden Gefangenen seien inzwischen freigelassen worden.
- 136 Je länger die nachrichtenlose Abwesenheit dauert, desto grösser wird die Wahrscheinlichkeit, dass sich dieses Schweigen durch den Tod des Abwesenden erklären müsse. Die in Art. 36 Abs. 1 ZGB, zweite Alternative, vorgesehene 5-Jahresfrist hat keinen absoluten Wert. Wo sich die nachrichtenlose Abwesenheit nach fünf Jahren noch anders als durch den Tod des Abwesenden erklären lässt, trifft das Gleiche nach 20, 40 oder 60 Jahren vielleicht nicht mehr zu. So können auch äussere Umstände, unabhängig von der gesetzlichen 5-Jahresfrist, einen späteren Zeitpunkt als verschollenheitsrelevant erscheinen lassen, beispielsweise die Erklärung einer Regierung, nun seien sämtliche Kriegsgefangenen aus einer bestimmten kriegerischen Verwicklung freigelassen worden. Wenn diese Erklärung 10 Jahre nach dem betreffenden Krieg erfolgt und wenn dann eine vermutlich in Kriegsgefangenschaft geratene Person nicht auftaucht, ist es Zeit für das Verschollenheitsverfahren. Solange nicht alle Kriegsgefangenen freigelassen sind oder die Liste der noch Gefangenen noch nicht bekannt gegeben wurde, ist die Stellung des Gesuches verfrüht.
- 137 Auch bei *stiller Auswanderung* wird man deshalb die Todeswahrscheinlichkeit nach einer gewissen Dauer der Abwesenheit annehmen dürfen, wobei die Frage nach dem mittlerweile mutmasslich erreichten Alter des Ausgewanderten eine Rolle spielt. Aus Art. 546 Abs. 2 ZGB lässt sich die Vermutung des Todes spätestens am Ende des 100. Altersjahrs einer Person ableiten. Mit etwas argumentativem Geschick dürfte es aber gelingen, die zuständigen Gerichte bei nachrichtenloser Abwesenheit schon einige Jahrzehnte vor dem 100. Geburtstag des Verschwundenen dazu zu bewegen, die hohe Todeswahrscheinlichkeit zu bejahen und die Verschollenheitserklärung auszusprechen.

Für das **Verfahren** gilt das in Ziff. 127 ff. Gesagte⁶⁰. Das Gesuch kann frühestens fünf Jahre nach der letzten Nachricht gestellt werden (Art. 36 Abs. 1 ZGB). 138

Der Anspruch auf Verschollenerklärung verjährt nicht, sondern wird umso leichter durchsetzbar, je mehr Jahre seit dem Verschwinden der vermissten Person vergangen sind. 139

D. Wirkungen der Verschollenerklärung

1. Zeitpunkt des vermuteten Todes

Art. 38 Abs. 2 ZGB bemüht sich um eine möglichst klare und damit rechtssichere Regelung, allerdings auf Kosten des Realitätsbezugs: Gemäss dieser Bestimmung schafft die Verschollenerklärung die (widerlegbare) Vermutung, der Tod sei beim «Verschwinden in hoher Todesgefahr» am Tage der besonderen Gefahrenlage, oder, wenn eine solche nicht beweisbar oder nicht datierbar ist, schon früher, nämlich am Tage der letzten Nachricht (des letzten Lebenszeichens), eingetreten. 140

Der Zeitpunkt der letzten Nachricht ist derjenige, in dem das letzte bekannte Signal von der verschwundenen Person ausgegangen ist, also z.B. das Versanddatum ihres letzten Briefes. Auf den Zeitpunkt, in dem die letzte Nachricht beim Empfänger eingetroffen ist, kommt es nicht an. 141

2. Familienrecht

142

⁶⁰ In den Fällen des Art. 550 ZGB besteht zudem die Gesuchslegitimation der zuständigen kantonalen Behörde.

Die Verschollenheit gemäss Art. 35 ZGB führt ohne weiteres zur Beendigung der Ehe, wenn die verschwundene Person verheiratet war⁶¹.

3. Erbrecht

- 143 Mit der Verschollenerklärung wird der Erbgang eröffnet, und zwar zurückbezogen auf den Zeitpunkt des vermuteten Todes, wobei die Erben und Vermächtnisnehmer für den Fall der Rückkehr des Verschwundenen Sicherheit zu leisten haben (Art. 546 ZGB, mit verschiedenen Sicherstellungsfristen für die Verschollenheit gemäss Fallgruppe 3 – fünf Jahre – und Fallgruppe 4 – fünfzehn Jahre).

E. Vermutung des gleichzeitigen Todes (Art. 32 Abs. 2 ZGB, «Kommorienten»)

- 144 In seltenen Fällen lässt sich nicht ermitteln, ob eine Person eine andere überlebt hat, etwa wenn zwei Brüder auf einer zu zweit unternommenen Bergtour im Schneesturm erfrieren. Für solche Fälle stellt Art. 32 Abs. 2 ZGB die Vermutung⁶² auf, dass diese Personen gleichzeitig gestorben sind. Die Vermutung kann durch den Beweis, dass die eine Person die andere überlebt hat, widerlegt werden. Personen, die gemäss gesetzlicher Vermutung gleichzeitig gestorben sind, werden *Kommorienten* genannt (von lateinisch «con» = zusammen; «morire» = sterben).

145

⁶¹ Vgl. Art. 38 Abs. 3 ZGB in der Fassung iK ab 1.1.2000: «Die Verschollenerklärung löst die Ehe auf». – Anders verhielt es sich bei der Verschollenerklärung gemäss Art. 35 in der Fassung, die bis zum 31.12.1999 in Kraft stand. Der alte Art. 102 ZGB gab dem überlebenden Ehepartner die Wahl, ob er die Ehe durch gerichtliche Erklärung auflösen lassen wollte oder ob er die Ehe weiterbestehen liess. Auch im zweiten Falle wurde aber güter- und erbrechtlich so verfahren, wie wenn der verschollen Erklärte tot gewesen wäre. Gemäss der Übergangsbestimmung zur Gesetzesänderung per 1.1.2000 (Art. 6 Abs. 2 SchlT) bleiben die Rechtswirkungen altrechtlicher Verschollenheitserklärungen unter dem neuen Recht unverändert bestehen. Daraus ergibt sich der Fortbestand von Ehen mit verschollenen Personen nach altem Art. 102 ZGB.

⁶² Zum beweisrechtlichen Begriff der natürlichen und der gesetzlichen Vermutungen vgl. Ziff. 134 und dortige Fussnote.

Art. 32 Abs. 2 ZGB ist nur dann von Bedeutung, wenn zwischen den betreffenden Personen erbrechtliche Beziehungen bestehen, so dass je nach Todesreihenfolge die eine Person die andere beerbt oder nicht beerbt hätte.

5. Kapitel

Handlungsfähigkeit natürlicher Personen

A. Begriffliches

1. Handlungsfähigkeit

Handlungsfähigkeit ist die Fähigkeit einer Person, durch eigenes Verhalten Rechte und Pflichten zu begründen, zu verändern oder aufzuheben⁶³. Das Verhalten umfasst aktives Tun und pflichtwidriges Unterlassen. 146

Der Wortlaut von Art. 12 ZGB ist insofern nicht präzise, als der hier verwendete Begriff der Handlungsfähigkeit jenen Zustand meint, in dem die Person durch ihr eigenes Handeln *allein* (d.h. ohne Mitwirkung einer gesetzlichen Vertreterin) Rechte und Pflichten begründen kann. Deutlicher ist diesbezüglich der italienische Gesetzestext («*con atti propri*»). 147

2. Voraussetzungen der Handlungsfähigkeit

Art. 13 ZGB bezeichnet als (voll) handlungsfähig jene Personen, die *urteilsfähig* und *mündig* sind. 148

Gemäss Art. 14 ZGB ist mündig, wer das 18. Lebensjahr vollendet hat⁶⁴ und nicht entmündigt wurde. 149

⁶³ So auch HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 06.01, allerdings mit der unzutreffenden Beifügung in Ziff. 06.03, die Handlungsfähigkeit umfasse die «*Befugnis, ... subjektive Rechte auszuüben*»; dem ist entgegenzuhalten, dass auch der Handlungsunfähige zur Ausübung subjektiver Rechte, etwa zur Nutzung und Verteidigung eigener Sachen (= Ausübung des Eigentumsrechts) fähig ist; vgl. auch PEDRAZZINI/OBERHOLZER (1993), S. 56; etwas ausführlicher, inhaltlich aber nicht abweichend GROSSEN (1967), S. 312.

⁶⁴ Die alten Bestimmungen des ZGB, wonach Mündigkeit mit dem 20. Altersjahr eintrat (Art. 14 Abs. 1), junge Männer aber schon ab 18-jährig, junge Frauen ab 17-jährig heiraten konnten (Art. 96 und Art. 98), und wonach alsdann Heirat mündig machte (Art. 14 Abs. 2), sind seit 1.1.1996 aufgehoben, und damit auch die mit Art. 8 Abs. 3 BV (= Art. 4 Abs. 2 aBV) unvereinbare Ungleichbehandlung der Geschlechter, welche den Frauen die Ehefähigkeit ein Jahr früher zuerkannt hat als den Männern.

- 150 Da die Beiratschaft im Sinne von Art. 395 ZGB die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person beschränkt, können die Voraussetzungen der Handlungsfähigkeit dahingehend präzisiert werden, dass *voll handlungsfähig ist, wer urteilsfähig und mündig ist, ohne unter Beiratschaft zu stehen*⁶⁵.

3. Urteilsfähigkeit

a) Die Elemente der Urteilsfähigkeit

- 151 Art. 16 ZGB definiert die Urteilsfähigkeit mit folgenden Worten:

«Urteilsfähig im Sinne dieses Gesetzes ist ein jeder, dem nicht wegen seines Kindesalters oder infolge von Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunkenheit oder ähnlichen Zuständen die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln.»

- 152 Neben den im Gesetz ausdrücklich erwähnten Geisteszuständen, die die Urteilsfähigkeit beschränken oder aufheben können, gibt es noch andere («ähnliche»): Schlaf, Bewusstlosigkeit, Aufregungs- und Schockzustände, Fieberzustände, Einfluss von Medikamenten, Hypnose, Narkose, Einfluss von Drogen.
- 153 In der gängigen Auffassung des schweizerischen Rechtes umfasst die Urteilsfähigkeit *zwei* Elemente, nämlich einen intakten Intellekt (Erkenntnisfähigkeit) und einen intakten Willen, d.h. eine normale emotionale bzw. affektive Seite der Psyche⁶⁶. Diese beiden Elemente werden zuweilen mit der Formulierung umschrieben, dass vernunftgemäss handelt, wer (a) Einsicht in die Tragweite seiner Handlungen besitzt und (b) fähig ist, sich gemäss dieser Einsicht zu verhalten⁶⁷.
- 154 In der Literatur und Judikatur gibt es Versuche, das intellektuelle Element zu unterteilen in die *Erkenntnisfähigkeit* und die *Wertungsfähigkeit*. So wird gesagt, das aus richtiger Erkenntnis gewonnene Urteil eines Menschen müs-

⁶⁵ Vgl. die Übersicht der vormundschaftlichen Massnahmen in Ziff. 188 f.

⁶⁶ So das KG VS in dem in Ziff. 275 erwähnten Urteil vom 24.10.1989, RVJ 1990, S. 257-263 (258 f.); in gleichem Sinne ZR 1979 S. 129; ZGB-BIGLER-EGGENBERGER (1996), Art. 16, N 3 sowie N 6 ff.; TUOR/SCHNYDER, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, [10. Aufl., 1989] S. 69. -HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 06.38 umschreiben die beiden Elemente mit den Begriffen der *Willensbildungsfähigkeit* und der *Willensumsetzungsfähigkeit*.

⁶⁷ So BGE 111 V 61; 99 III 6; 90 II 11.

se auf Motiven beruhen, die den allgemeinen Wertmassstäben nicht krass zuwiderlaufen. Fehlen einem Menschen die allgemein anerkannten Wertmassstäbe, so fehle ihm die *Wertungsfähigkeit* und damit die Urteilsfähigkeit⁶⁸. – Dem ist zuzustimmen, wenn es darum geht, eine psychisch gestörte Delinquentin wegen mangelnden Unrechtsbewusstseins von der Haftung zu entlasten. Problematisch wird das Erfordernis, sich (nur) durch gesellschaftlich akzeptierte Werte motivieren zu lassen, wenn mit dieser Argumentation einem spleenigen Menschen die Verfügung über sein Vermögen entzogen und eine vormundschaftliche Massnahme begründet werden sollte.

Auch das affektive Element wird untergliedert. So wird gesagt, unvernünftig handle (im Zusammenhang mit der Begehung eines fahrlässigen Delikts), «*wer die Willenskraft nicht besitzt, die von ihm als gefährlich erkannte Handlung zu unterlassen*»⁶⁹. 155

Ein Willensdefekt ist demnach nicht nur gegeben, wenn die Fähigkeit zur Willensbildung an sich, sondern auch wenn die Fähigkeit, gemäss eigenem Willen zu handeln, in einem konkreten Fall ausbleibt⁷⁰. 156

PEDRAZZINI/OBERHOLZER (1993), S. 70 ff., unterteilen demgemäss die intellektuellen Fähigkeiten in die *Erkenntnisfähigkeit* und die *Wertungsfähigkeit*, die affektiven Fähigkeiten in die *Fähigkeit zur Willensbildung* und die *Fähigkeit, gemäss seinem Willen zu handeln*. Durch diese zusätzliche Unterteilung gelangen die genannten Autoren zu *vier* Elementen, die kumulativ vorhanden sein müssen, damit bezüglich der konkreten Handlung eines Menschen dessen Urteilsfähigkeit bejaht werden kann. HAUSHEER/AEBI gehen noch weiter und formulieren insgesamt *sieben* Elemente der Urteilsfähigkeit⁷¹. 157

Mit der begrifflichen Unterteilung in separate Fähigkeiten wird die Treffsicherheit der Rechtsanwendung allerdings kaum vergrössert. Nützlicher ist es, die beiden klassischen Elemente der Urteilsfähigkeit, nämlich die Erkenntnisfähigkeit und die Fähigkeit, sich gemäss seiner Erkenntnis zu verhalten, kasuistisch zu konkretisieren. 158

159

⁶⁸ So HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 06.42; BK-UCHER, N 51 ff. zu Art. 16 ZGB; vgl. auch BGE 42 II 319 ff.

⁶⁹ So HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 06.54, mit Verweis auf BGE 102 II 367 (Regotz).

⁷⁰ BK-UCHER, N 59 ff. zu Art. 16 ZGB.

⁷¹ HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 06.39-06.48.

Eine solche Kasuistik müsste anknüpfen an jene beiden typischen Konstellationen, in denen sich die Frage nach der Urteilsfähigkeit einer Person am häufigsten stellt. Es handelt sich um die *unter Dritteinfluss getätigten Rechtsgeschäfte* und um die *fahrlässig begangenen unerlaubten Handlungen*. So werden namentlich betagte Menschen nicht selten dazu gedrängt, leibzeitige oder letztwillige Zuwendungen zu machen; die Erkenntnisfähigkeit solcher Menschen mag noch intakt sein, jedoch fehlt es an der psychischen Kraft, dem Dritteinfluss über längere Zeit Widerstand zu leisten. Die Ermittlung der Urteilsfähigkeit sollte in solchen Fällen nicht primär an der Kompliziertheit bzw. intellektuellen Überschaubarkeit des betreffenden Rechtsgeschäftes anknüpfen, sondern es sollte nach der Intensität des Dritteinflusses und nach den Möglichkeiten der beeinflussten Person gefragt werden, diesem Einfluss zu widerstehen. Bei den *fahrlässigen unerlaubten Handlungen*, d.h. bei den fahrlässig verursachten Unfällen aller Art, geht es dagegen vorwiegend um die intellektuelle Fähigkeit des Schädigers, ein Risiko und die zur Schadensverhütung gebotenen Sorgfaltspflichten zu erkennen.

b) Urteilsfähigkeit und -unfähigkeit als temporäre Zustände

- 160 Der Zustand der Urteilsfähigkeit oder Urteilsunfähigkeit *braucht kein dauernder zu sein*. Geistesranke können in lichten Momenten gültige Rechtsgeschäfte abschliessen⁷². Geistig Gesunde können in unverschuldeten Rausch- und Schockzuständen Delikte begehen, für die sie nicht haften.

c) Relativität der Urteilsfähigkeit

- 161 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung lässt sich «*die Urteilsfähigkeit oder -unfähigkeit nicht ein für alle Male, abstrakt, ..., ohne jede Rücksicht auf die besonderen Umstände feststellen*», was bereits aus Art. 16 ZGB folge⁷³.
- 162 Die Urteilsunfähigkeit braucht sich also nicht auf alle Handlungen eines Menschen zu beziehen. Die gleiche Person kann in Bezug auf leicht ver-

⁷² Vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 06.65; BGE 117 II 235: Testament einer geisteskranken Frau.

⁷³ BGE 109 II 276; ähnlich 118 Ia 238; ZGB-BIGLER-EGGENBERGER (1996), Art. 12, N 8 f.

ständige, naheliegende Handlungen urteilsfähig, bezüglich komplizierten Handlungen hingegen urteilsunfähig sein, woraus sich die **Relativität der Urteilsfähigkeit** ergibt⁷⁴.

Der Richter muss demgemäss immer prüfen, ob die fragliche Person *im konkreten Fall*, d.h. im Zusammenhang mit einer bestimmten Handlung, als urteilsfähig angesehen werden kann⁷⁵. 163

d) Beweis der Urteilsfähigkeit und Urteilsunfähigkeit mit natürlichen Vermutungen

*Die Urteilsfähigkeit wird vermutet*⁷⁶. – Das bedeutet: 164

Für die Urteilsfähigkeit spricht bei mündigen Personen und bei geistig gesunden Jugendlichen im allgemeinen die **natürliche Vermutung**⁷⁷. «Aux termes de la jurisprudence la capacité de discernement est présumée; celui qui prétend qu'elle fait défaut doit le prouver»⁷⁸. Aufgrund dieser natürlichen Vermutung ist das Fehlen der Urteilsfähigkeit von dem zu beweisen, der die Urteilsunfähigkeit behauptet und daraus Rechte ableitet⁷⁹. Die Partei, die sich auf die Urteilsunfähigkeit beruft, hat Anhaltspunkte dafür beizubringen, die beweisen, dass eine Krankheit oder andere Einflüsse im speziellen Fall und zur massgeblichen Zeit die betreffende Person in ihrer geistigen oder affektiven Funktion beeinträchtigt haben. 165

Ist nachgewiesen, dass eine Person während eines gewissen Zeitraumes aufgrund ihres allgemeinen Gesundheitszustandes *im Normalfall und mit grosser Wahrscheinlichkeit* als urteilsunfähig gelten musste, so ist damit die in der vorangegangenen Ziffer erwähnte natürliche Vermutung umgestossen und es gilt stattdessen die umgekehrte Vermutung, dass die betreffende Per- 166

⁷⁴ BGE 90 II 12; ZGB-BIGLER-EGGENBERGER (1996), Art. 16, N 34 ff.

⁷⁵ BGE 98 Ia 325/326; vgl. auch BGE 99 III 6 f.

⁷⁶ Vgl. ZGB-BIGLER-EGGENBERGER (1996), Art. 16, N 47; BGE 124 III 8, 108 V 126, 98 Ia 325. – Zum beweisrechtlichen Begriff der natürlichen und der gesetzlichen Vermutungen vgl. Ziff. 134 und dortige Fussnote.

⁷⁷ Zu den beweisrechtlichen Vermutungen und zum Begriff der natürlichen Vermutung vgl. hinten, Ziff. 134 ff. und dortige Fussnote.

⁷⁸ So BGE 108 V 126.

⁷⁹ So MAX GULDENER, Beweiswürdigung und Beweislast, S. 38; BK-KUMMER, N 220/21 zu Art. 8 ZGB; BK-BUCHER N 125 zu Art. 16 ZGB mit vielen Hinweisen; GROSSEN, Das Recht der Einzelperson, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. II, S. 318.

son zu *allen Zeitpunkten* während des fraglichen Zeitraums urteilsunfähig gewesen ist. Nun ist es an jenen Personen, die aus der *Urteilsfähigkeit* Rechte ableiten wollen, den Beweis zu führen, dass die Person sich im fraglichen Zeitpunkt, entgegen ihrem Normalzustand, in einem vorübergehenden Zustand der Urteilsfähigkeit befunden hatte⁸⁰.

- 167 Ist der Geisteszustand einer Person im Zeitpunkt des Vertragsschlusses oder der Deliktsbegehung für das Gericht nicht evident, so erfolgt die Beweisführung in der Regel mit psychiatrischen Gutachten⁸¹.

4. Geschäftsfähigkeit und Deliktsfähigkeit

- 168 Die Handlungsfähigkeit umfasst als wichtigste Elemente *zwei* Fähigkeiten, nämlich die *Geschäftsfähigkeit* und die *Deliktsfähigkeit*. Die beiden Begriffe bedeuten im Einzelnen folgendes:
- 169 Die **Geschäftsfähigkeit** ist die Fähigkeit, selber Rechtsgeschäfte⁸² zu tätigen.
- 170 Das Korrelat zur Geschäftsfähigkeit im Zivilprozess und im Verwaltungsverfahren heisst Prozessfähigkeit (im Gegensatz zu der in Ziff. 13 erwähnten Parteifähigkeit, die das Korrelat zur Rechtsfähigkeit ist).
- 171 Die **Deliktsfähigkeit** ist die Fähigkeit, durch eigenes rechtswidriges Tun oder pflichtwidriges Unterlassen eine zivilrechtliche Schadenersatzpflicht zu eigenen Lasten zu begründen.

⁸⁰ So BGE 124 III 5 (15). – Der Zustand vorübergehender Urteilsfähigkeit in einem Normalzustand der Urteilsunfähigkeit wird als «*lucidum intervallum*» bezeichnet.

⁸¹ So ZGB-BIGLER-EGGENBERGER (1996), Art. 16, N 50.

⁸² **Rechtsgeschäft** heisst *die auf eine rechtliche Wirkung (Begründung, Änderung oder Aufhebung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses) gerichtete Willensäußerung* einer oder mehrerer Privatpersonen (vgl. VON TUHR/PETER, Allg. Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, Zürich 1974, S. 143). Man unterscheidet (a) einseitige Rechtsgeschäfte, (b) Verträge und (c) Beschlüsse. Zu den **einseitigen Rechtsgeschäften** gehören die Errichtung von letztwilligen Verfügungen und von Stiftungen, ferner die Ausübung von Gestaltungsrechten wie Kündigung von Verträgen und Ausübung von Optionsrechten. **Verträge** entstehen durch den Austausch übereinstimmender Willenserklärungen. **Beschlüsse** sind Willenserklärungen mehrerer im Hinblick auf die Willensbildung eines rechtlich strukturierten Kollektivs, namentlich einer juristischen Person, wobei in der Regel keine Einstimmigkeit erforderlich ist.

5. Beschränkte Handlungsfähigkeit und -unfähigkeit

Das Gesetz spricht im Randtitel zu Art. 395 ZGB von der *Beschränkung der Handlungsfähigkeit*. Demgemäss werden die verbeirateten Personen als «*beschränkt handlungsfähige*» Personen bezeichnet. 172

Zur Vermeidung von Verwechslungen müssen die urteilsfähigen Unmündigen und Entmündigten (Art. 19 ZGB) anders bezeichnet werden. Sie heissen «*beschränkt handlungsunfähig*». 173

Hinter dieser etwas verwirrenden Begrifflichkeit steht der Gedanke, dass bei den Verbeirateten die Handlungsfähigkeit der Grundzustand ist. Er wird durch die vormundschaftliche Massnahme beschränkt. Bei den Unmündigen und Entmündigten ist die *Handlungsunfähigkeit* der Grundzustand. Dieser Grundzustand wird für jene Geschäfte und Handlungen, für die eine hinlängliche Urteilsfähigkeit vorhanden ist, aufgehoben («beschränkt»). 174

B. Einteilung der Menschen in vier Kategorien

Die rechtliche Regelung der Handlungsfähigkeit ergibt sich aus Art. 12-19, 321-323, 395, 410-412 und 414 ZGB. Unter Berücksichtigung dieser im Gesetz verstreuten Bestimmungen lassen sich die **Menschen in vier Kategorien** einteilen, nämlich in 175

- Handlungsfähige (= urteilsfähige Mündige, Art. 13-16 ZGB)⁸³;
- beschränkt Handlungsfähige (= urteilsfähige Mündige unter Beiratshaft gemäss Art. 395 ZGB)⁸⁴;
- beschränkt *Handlungsunfähige* (d.h. urteilsfähige Unmündige und urteilsfähige Entmündigte, Art. 19 ZGB)⁸⁵;
- *Handlungsunfähige* (= *Urteilsunfähige*, Art. 17 und 18 ZGB)⁸⁶.

176

⁸³ Zur näheren Beschreibung dieser Kategorie vgl. hienach, Ziff. 150 ff. und 248 ff.

⁸⁴ Zur näheren Beschreibung dieser Kategorie vgl. hienach Ziff. 247 ff. – Eine Übersicht der vormundschaftlichen Massnahmen findet sich in Ziff. 188 f.

⁸⁵ Zur näheren Beschreibung dieser Kategorie vgl. hienach, Ziff. 210 ff.

⁸⁶ Zur näheren Beschreibung dieser Kategorie vgl. hienach, Ziff. 190 ff.

Die Kategorie der beschränkt Handlungsfähigen umfasst beide Formen der Beiratschaft, d.h. die *Mitwirkungsbeiratschaft* (Art. 395 Abs. 1 ZGB) und die *Verwaltungsbeiratschaft* (Art. 395 Abs. 2 ZGB).

- ¹⁷⁷ Hingegen wird die *Beistandschaft* (Art. 392-394 ZGB) nicht als eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit qualifiziert. Die verbeiständeten Personen werden der Kategorie der voll Handlungsfähigen zugerechnet.
- ¹⁷⁸ In die Kategorie der beschränkt Handlungsunfähigen fallen die Personen, denen die situationsbezogene Urteilsfähigkeit zukommt, die aber entweder unmündig (= minderjährig, unter elterlicher Sorge oder unter Vormundschaft stehend) oder entmündigt (= volljährig unter Vormundschaft) sind.

C. Einteilung der menschlichen Handlungen in vier Gruppen

- ¹⁷⁹ Bezüglich jeder Kategorie von Menschen kann definiert werden, welche Handlungen oder pflichtwidrigen Unterlassungen zu Rechtswirkungen führen. Die Handlungen, durch welche die Rechtswirkungen entstehen, sind ihrerseits in vier Gruppen einzuteilen, nämlich in
- a) Handlungen in höchstpersönlichen Belangen,
 - b) Rechtsgeschäftliches Handeln ausserhalb höchstpersönlicher Belange,
 - c) unerlaubte Handlungen (Art. 41 ff. OR),
 - d) (erlaubtes) faktisches Handeln (erlaubte Realakte) ausserhalb höchstpersönlicher Belange.
- ¹⁸⁰ Als **faktisches Handeln** wird alles menschliche Verhalten bezeichnet, das Rechtswirkungen auslöst, aber nicht unter die Gruppe des rechtsgeschäftlichen Handelns fällt. Das faktische Handeln kann entweder ein erlaubtes sein (z.B. der Einwurf eigenen Geldes in einen Opferstock oder in einen Münzautomaten), oder es ist unerlaubte Handlung (Delikt) gemäss Art. 41 ff. OR (z.B. das Aufbrechen eines Opferstocks).

D. Die Fähigkeiten der Menschen einer bestimmten Kategorie

In der Darstellung ab Ziff. 190 werden die Fähigkeiten der vier Kategorien von Menschen, wie sie soeben in Ziff. 175 beschrieben wurden, aus didaktischen Gründen schrittweise von unten nach oben beschrieben, beginnend also mit fehlender Handlungsfähigkeit (= Handlungsunfähigkeit), fortschreitend bis zur vollen Handlungsfähigkeit. 181

Die rechtlichen Fähigkeiten der *Handlungsunfähigen* (insbesondere Kinder und Geisteskranke) und der *beschränkt Handlungsunfähigen* (insbesondere: Jugendliche) sind kompliziert geregelt. Die Darstellung dieser beiden Kategorien nimmt viel Raum in Anspruch. 182

Die beiden anderen Kategorien der *beschränkt Handlungsfähigen* (Personen unter Beiratschaft, insbesondere Betagte) und der *voll Handlungsfähigen* (geistig gesunde Erwachsene) lassen sich in wenigen Sätzen abhandeln. 183

In einem Nachtrag wird die besondere Rechtsstellung verheirateter Personen dargestellt, d.h. es werden jene Normen rekapituliert, gemäss denen ein Ehegatte nur unter Mitwirkung des andern handeln kann, wo also die Ehegatten zueinander in einem Verhältnis stehen, das demjenigen von Mitwirkungs-Beiräten im Sinne von Art. 395 Abs. 1 ZGB ähnlich ist. 184

Die Behandlung der vier Kategorien, von Handlungsunfähigkeit über beschränkte Handlungsunfähigkeit, beschränkte Handlungsfähigkeit bis zur vollen Handlungsfähigkeit, darf nicht zur Annahme verleiten, die vier Kategorien stünden im Rechtsleben mit gleicher Bedeutung nebeneinander. Vielmehr ist es so, dass etwa ein Zehntel der Bevölkerung, nämlich die unter 10-jährigen Kinder, der 1. Kategorie angehören. Eine etwa gleich grosse Gruppe, nämlich die 11-17-jährigen Urteilsfähigen gehören der Kategorie 2 an. - Der überwiegende Teil der Bevölkerung, nämlich die 18-jährigen und älteren Urteilsfähigen, bilden die Kategorie 4. Die Kategorie 3 (Personen unter Beiratschaft) umfasst einen verschwindend kleinen Prozentsatz der Bevölkerung. Beizufügen ist, dass bei den handlungsunfähigen Kindern und Jugendlichen regelmässig eine gesetzliche Vertretung durch Eltern oder Vormünder gegeben ist, während beim Eintritt altersbedingter Handlungsunfähigkeit am Lebensende in der Regel keine vormundschaftlichen Massnahmen angeordnet werden und also keine gesetzliche Vertretung besteht. 185

- 186 Bevormundung und Verbeiratung sind also seltene Ausnahmefälle. Der Grossteil der Bevölkerung geht im Laufe des Lebens durch die drei Zustände der Handlungsunfähigkeit mit elterlicher gesetzlicher Vertretung, der beschränkten Handlungsunfähigkeit mit elterlicher gesetzlicher Vertretung und der vollen Handlungsfähigkeit hindurch. Am Ende der Biographie folgt bei manchen Menschen eine kürzere oder längere Phase der Urteilsunfähigkeit ohne Entmündigung, ausnahmsweise mit Entmündigung, wobei im ersten Fall meist *gewillkürte Stellvertreter* kraft Vollmacht oder vollmachtlose *Geschäftsführer ohne Auftrag* (Art. 419 ff. OR) die nötigen Rechtshandlungen im Namen der Patientin vornehmen.
- 187 Die Judikatur hat sich mit der Geschäftsfähigkeit von Kindern unter 10 Jahren noch nicht beschäftigt. Delikte solcher Kinder und die Frage des Selbstverschuldens, wenn Kinder an Unfällen beteiligt sind, haben zu vereinzelt Urteilen geführt. Die 11-17-jährigen sind dagegen innerhalb der Gesellschaft aktiv und verursachen eine entsprechende Menge an Judikatur, insbesondere im Deliktsrecht. Desgleichen ist die Rechtsprechung zur Urteilsunfähigkeit mündiger Personen reichhaltig. Bei Betagten sind Streitigkeiten um die vertragliche Geschäftsfähigkeit selten, um die Deliktsfähigkeit noch seltener. Zuweilen geht es nach dem Tod solcher Personen um die Rechtsgültigkeit ihrer in hohem Alter abgefassten letztwilligen Verfügungen⁸⁷.

E. Exkurs: Überblick über die vormundschaftlichen Massnahmen

- 188 Die vormundschaftlichen Massnahmen zerfallen in drei Kategorien, nämlich
- a) die **Vormundschaft**; sie umfasst die persönliche sowie die vollständige vermögensrechtliche Betreuung des Mündels und entzieht dem Mündel die Handlungsfähigkeit; verfahrensrechtlich ist zu unterscheiden zwischen der *Entmündigung* als dem Entzug der Handlungsfähigkeit (in den meisten Kantonen durch gerichtliches Urteil) und der *Bevormundung* als der Ernennung eines Vormundes (durch Verfügung

⁸⁷ Vgl. den Hinweis auf diesbezügliche Kasuistik bei ZGB-BIGLER-EGGENBERGER (1996), Art. 16, N 23.

der Vormundschaftsbehörde). Minderjährige Waisenkinder werden nicht entmündigt, aber bevormundet⁸⁸;

- b) die **Beiratschaft**; sie umfasst die vermögensrechtliche Betreuung in Teilbereichen und beschränkt die Handlungsfähigkeit in diesen Teilbereichen; man unterscheidet
 - aa) die **Mitwirkungsbeiratschaft** und
 - bb) die **Verwaltungsbeiratschaft**;
- c) die **Beistandschaft**; sie umfasst eine vermögensrechtliche Hilfestellung, ohne die Handlungsfähigkeit der betreuten Person zu beschränken; man unterscheidet
 - aa) die **Vertretungsbeistandschaft** und
 - bb) die **Verwaltungsbeistandschaft**.

Hiezu im Einzelnen:

189

Bei der **Mitwirkungsbeiratschaft** (Art. 395 Abs. 1 ZGB) wird die Handlungsfähigkeit der verbeirateten Person bezüglich der im Gesetz genannten 9 Geschäftstypen beschränkt. Im Gegensatz zum Vormund kann der Beirat nicht allein handeln, sondern er zeichnet mit der verbeirateten Person gewissermassen kollektiv zu zweien.

Die **Verwaltungsbeiratschaft** gemäss Art. 395 Abs. 2 kommt zum Zuge, wenn die verbeiratete Person ein erhebliches Vermögen oder ein Geschäft geerbt hat und zu dessen vernünftiger Verwaltung nicht fähig ist. Hier zeichnet der Beirat in allen Belangen, welche die Vermögensverwaltung betreffen, allein (nicht «kollektiv zu zweien» mit dem Verbeirateten). Der Verbeiratete behält die volle Handlungsfähigkeit in Bezug auf sein übriges Vermögen und sein übriges Einkommen.

Häufig werden Mitwirkungs- und Verwaltungsbeiratschaft gleichzeitig als **kombinierte Beiratschaft** eingesetzt, insbesondere bei der Betreuung Betagter. Bei der kombinierten Beiratschaft hat der Beirat bezüglich der vermögensrechtlichen Belange die gleich starke Stellung wie ein Vormund, ist aber nicht zur persönlichen Betreuung verpflichtet. Die kombinierte Beirat-

⁸⁸ Da es unmündige Bevormundete gibt, sollte man die Gesamtheit der Handlungsunfähigen als «Unmündige und Entmündigte» bezeichnen und die Begriffskombination der «Unmündigen und Bevormundeten» vermeiden.

schaft kann etwa einem nahen Angehörigen übertragen werden, während die persönliche Betreuung dem Alters- und Pflegeheim obliegt, in dem die verbeiratete Person untergebracht ist.

Von den Fällen der **Vertretungsbeistandschaft** (Art. 392 ZGB) ist die in Ziff. 2 des erwähnten Artikels erwähnte Fallgruppe (Interessenkollisionen zwischen der gesetzlichen Vertreterin und dem Vertretenen) die wichtigste. Der Fall tritt namentlich ein, wenn ein verwitweter Elternteil mit den unter seiner elterlichen Sorge stehenden minderjährigen Kindern das Erbe des verstorbenen Elternteils teilen muss. Bei den meisten Erbteilungen, bei denen minderjährige Kinder Partei sind, wirken Vertretungsbeistände als Interessenwahrer der Kinder mit.

Die **Verwaltungsbeistandschaft** gemäss Art. 393 ZGB kommt etwa vor, wenn bei einer Aktiengesellschaft sämtliche Verwaltungsratsmitglieder zurücktreten und niemand da ist, um eine Generalversammlung einzuberufen und neue Verwaltungsräte zu wählen.

1. **Erste Kategorie: Handlungsunfähigkeit (= Urteilsunfähigkeit, Art. 18 ZGB)**

190 Im Zustand der Urteilsunfähigkeit gilt:

a) *Handeln in höchstpersönlichen Belangen*

191 **Vorbemerkung:** Was in der vorliegenden Arbeit als das *Handeln in höchstpersönlichen Belangen* bezeichnet wird, heisst in Art. 19 Abs. 2 ZGB *Ausübung von Rechten*, die der Person *um ihrer Persönlichkeit willen zustehen*, in der Doktrin meist *Ausübung höchstpersönlicher Rechte*. Dieser Ausdruck ist aber zu eng. Gemeint ist regelmässig nicht nur die Rechtsausübung, sondern auch die Betätigung der persönlichen Freiheit in Belangen mit besonderer Persönlichkeitsnähe⁸⁹.

⁸⁹ HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 07.49 spricht von der *Wahrnehmung von höchstpersönlichen Interessen*; vgl. auch RIEMER, Studienbuch (1995), Ziff. 79-83, ferner PEDRAZZINI/OBERHOLZER (1993), S. 86: «Unter «Ausübung der Rechte» wird nicht nur die Geltendmachung eines subjektiven Rechts verstanden, sondern die Gesamtheit der Rechtsgeschäfte, der rechtsgeschäftlichen Handlungen und Willenserklärungen, die in irgendeiner Weise die Rechtsbeziehungen des Erklärenden oder eines Dritten beeinflussen».

Der Handlungsunfähige kann in seinen **absolut-höchstp persönlichen**⁹⁰ Belangen nicht rechtswirksam handeln; die Betätigung der persönlichen Freiheit in diesen Belangen erzeugt keine Rechtswirkungen. Gesetzliche Vertreterinnen können nicht stellvertretend für den Handlungsunfähigen handeln. Ebenso wenig können sie sein Handeln genehmigen oder durch Mitwirkung heilen. 192

Ausnahmen stellen die Heirat und die Errichtung der letztwilligen Verfügung dar. Die vom Urteilsunfähigen geschlossene Ehe ist nicht nichtig, sondern kann angefochten werden, solange die Urteilsunfähigkeit andauert (Art. 105 Ziff. 2 ZGB). Auch die vom Urteilsunfähigen errichtete letztwillige Verfügung ist nicht nichtig, sondern nur anfechtbar. Unterbleibt die Anfechtungsklage⁹¹, so hat die letztwillige Verfügung Bestand. 193

In **relativ-höchstp persönlichen**⁹² Belangen handelt die gesetzliche Vertreterin anstelle des Urteilsunfähigen. 194

b) Anderes rechtsgeschäftliches Handeln

Im anderen rechtsgeschäftlichen Handeln werden die Handlungsunfähigen gemäss Art. 19 Abs. 1 ZGB durch ihre gesetzlichen Vertreterinnen (Eltern, Vormünder) vertreten. 195

Der Wortlaut von Art. 19 Abs. 1 ZGB ist jedoch insofern zu eng, als eine zahlenmässig bedeutende Gruppe urteilsunfähiger Menschen *ohne gesetzliche Vertretung* ist, nämlich die meisten in geistigem Zerfall befindlichen **Betagten und Schwerkranken**. Für diese Personen handeln in der Regel Angehörige aufgrund bestehender Vollmachten, wobei die Vollmachten gemäss Art. 35 Abs. 1 OR ihre Gültigkeit auch nach dem Verlust der Handlungsfähigkeit der Vollmachtgeber behalten können (zuweilen handeln Dritte für solche Personen auch als Geschäftsführer ohne Auftrag im Sinne von Art. 423 OR). Die Handlungsunfähigen sind demgemäss einzuteilen in 196

⁹⁰ Zum Begriff der absolut-höchstp persönlichen Belange vgl. hienach, Ziff. 211 ff.. – Die Unterscheidung von absolut-höchstp persönlichen und relativ-höchstp persönlichen Rechten wurde vom Bundesgericht in BGE 117 II 6 ff., E. 1b, sanktioniert, mit Verweis auf ältere Doktrin; vgl. auch RIEMER, Studienbuch (1995), Ziff. 79-83.

⁹¹ Die Invalidierung von Verfügungen von Todes wegen erheischt nicht notwendigerweise eine gerichtliche Klage. Die potenziellen Prozessparteien können sich auch ausserprozessual auf Ungültigkeit oder Teilungültigkeit der Verfügung einigen.

⁹² Zum Begriff der relativ-höchstp persönlichen Belange vgl. hienach, Ziff. 216 ff.

eine Gruppe von Personen *mit* gesetzlicher Vertretung (Unmündige und Bevormundete) und in eine Gruppe von Personen *ohne* gesetzliche Vertretung (nicht-entmündigte Betagte und Schwerkranke in geistigem Zerfall).

- 197 Die gemäss Art. 32-35 OR bevollmächtigten Stellvertreterinnen urteilsunfähig gewordener Personen haben nur jene Kompetenzen zu rechtsgeschäftlichem Handeln, die ihnen durch den Wortlaut der Vollmacht verliehen sind, wogegen gesetzliche Vertreter (Eltern, Vormünder) weitergehende Kompetenzen haben. Wo Zustimmungen zu medizinischen Behandlungen, zum Behandlungsabbruch etc. erforderlich sind, ist zu fordern, dass beim Fehlen einer gesetzlichen Vertretung die nächsten Angehörigen um Zustimmung angefragt werden. Das können – müssen aber nicht unbedingt – jene Personen sein, die aufgrund von Vollmachten die finanziellen Belange des Patienten betreuen.
- 198 Geht ein Urteilsunfähiger ein Rechtsgeschäft, insbesondere einen Vertrag ein, so bewirkt seine Handlungsunfähigkeit die Nichtigkeit des Geschäftes. Der Vertragspartner wird in seinem guten Glauben nicht geschützt. Sämtliche Beteiligten können sich auf die Nichtigkeit berufen – auch der handlungsfähige Vertragspartner. Die nachträgliche Genehmigung des Geschäftes durch die gesetzliche Vertreterin des Handlungsunfähigen bewirkt keine Heilung; das Geschäft ist und bleibt nichtig⁹³. Auch Zeitablauf und beidseitige Erfüllung haben keine heilende Wirkung, jedoch kann das nachträgliche Begehren um Rückgängigmachung (d.h. insbesondere die Geltendmachung von Eigentums- und Bereicherungsansprüchen) eventuell durch die Berufung auf Art. 2 Abs. 2 ZGB verhindert werden⁹⁴.
- 199 Die Billigkeitshaftung des Handlungsunfähigen gemäss Art. 54 OR ist auch bei Nichtigkeits-Schäden aus den von ihm abgeschlossenen Rechtsgeschäften möglich⁹⁵. Desgleichen kann der Handlungsunfähige aus *culpa in contrahendo* in Anspruch genommen werden⁹⁶.

⁹³ Vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 07.07.

⁹⁴ Konkret bedeutet dies, dass eine Partei unter Umständen am Geschäft festhalten kann unter Berufung darauf, dass sich die Gegenpartei *rechtsmissbräuchlich* verhält, wenn sie das Geschäft rückgängig machen möchte. – Vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 07.10; ZGB-BIGLER-EGGENBERGER (1996), Art. 18, N 7 und 10.

⁹⁵ Vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 07.08, mit Verweis auf BGE 102 II 230.

⁹⁶ Vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 07.08, mit Verweis auf BGE 113 II 477.

Zu Recht kritisieren HAUSHEER/AEBI⁹⁷ die Undifferenziertheit der beschriebenen Regelung. Statt Nichtigkeit anzunehmen, würde es für den Schutz des Urteilsunfähigen genügen, ihm die Anfechtung des Geschäftes analog zur Regelung bei den Willensmängeln (Art. 23 ff. OR) zu gestatten. 200

c) Deliktisches Handeln: Billigkeitshaftung (Art. 54 Abs. 1 OR)

Deliktisches Handeln kann eine Schadenersatzpflicht des Urteilsunfähigen im Rahmen von Art. 54 Abs. 1 OR (Billigkeitshaftung) erzeugen. 201

Angesichts der bei BK-BUCHER (1976), N 122 zu Art. 16 ZGB, wiedergegebenen Judikatur kann bei **Unmündigen** als Faustregel folgende approximative Aussage gemacht werden: 202

1-6-Jährige sind deliktsunfähig; es gibt keine Gerichtsurteile, die ein rechtsrelevantes Verschulden so junger Kinder angenommen haben.

Bei 7-10-Jährigen wird bei absichtlicher Schadensverursachung ein Verschulden von ca. 25 % und damit eine Ersatzpflicht in Höhe von 25 % des Schadens angenommen.

Bei 11-15-Jährigen wird 50%iges Verschulden angenommen, was zu hälftiger Schadenstragung führt.

Ab 16-jährig besteht 100%ige Schuldfähigkeit und Haftpflicht.

Die Prozentsätze reduzieren sich, wenn nicht Absicht, sondern bloss Fahrlässigkeit vorliegt. Bei der Bemessung des Masses an Sorgfalt, welches Unmündigen unter dem Gesichtswinkel der Fahrlässigkeit zugemutet wird, besteht umso mehr Zurückhaltung, je jünger die Unmündigen sind. 203

Ein Sondertatbestand ist die Deliktsbegehung im **vorübergehenden Zustand selbstverschuldeter Urteilsunfähigkeit**, insbesondere Betrunkenheit und Drogenrausch. Art. 54 Abs. 2 OR stellt das Selbstbetäubungverschulden dem Tatverschulden gleich und lässt den Schädiger für den verursachten Schaden haften⁹⁸. 204

⁹⁷ Vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 07.13, mit Verweis auf das differenziertere französische und anglo-amerikanische Recht.

⁹⁸ Das Strafrecht behandelt die Fälle der selbstverschuldeten vorübergehenden Unzurechnungsfähigkeit differenzierter. In Art. 263 StGB wird der Fall behandelt, in wel-

205 Die Kausalhaftungstatbestände setzen keine Handlungsfähigkeit des Haftpflichtigen voraus. Als Beispiel denke man an die Werkeigentümerhaftung gemäss Art. 58 OR: Auch der Säugling, der ein mangelhaft unterhaltenes Haus erbt, wird mit seinem Vermögen haftbar, wenn jemand wegen des Werkmangels einen Schaden erleidet.

d) Anderes faktisches Handeln (Realakte)

206 Folgende Realakte haben trotz Handlungsunfähigkeit des Handelnden volle Rechtswirkungen:

- Eigentumsverschaffung des Dritten an beweglichen Sachen des Urteilsunfähigen durch Verarbeitung, Verbindung und Vermischung (Art. 726 und 727 ZGB), z.B. Einwurf von Geld in einen Automaten: das Geld geht durch Vermischung mit den bereits im Automaten befindlichen Münzen in das Eigentum des Automatenbesitzers über (Art. 727 Abs. 1 ZGB)⁹⁹;
- Schaffung eines Scheidungsanspruchs des Ehepartners durch ehewidriges Verhalten wie Ehebruch, Tötlichkeit etc.¹⁰⁰;
- Schaffung von Bereicherungsansprüchen, Art. 62 OR¹⁰¹.

207 Hingegen kann der Urteilsunfähige, der eine bewegliche Sache einer anderen Person übergibt, nicht rechtswirksam den Besitz aufgeben. Die Sache gilt als ihm «*abhanden gekommen*» im Sinne von Art. 934 ZGB, mit der Folge, dass eine gutgläubige Drittperson, welche die Sache erwirbt, nicht deren Eigentümerin wird¹⁰². Dieser starke Schutz des Urteilsunfähigen zum

chem sich jemand ohne deliktische Absicht betäubt und sich selber auf diese Weise zu einer «Gefahr für den öffentlichen Frieden» werden lässt (Art. 263 StGB gehört zu den «Verbrechen und Vergehen gegen den öffentlichen Frieden»). Musste der sich selber Betäubende aber damit rechnen, dass er in seiner Betäubung Auto fahren oder andere Verrichtungen ausüben würde, bei denen Nüchternheit eine Sorgfaltspflicht ist, oder hat er sich gar absichtlich für eine geplante Tat Mut angetrunken, so kommt Art. 12 StGB zur Anwendung.

⁹⁹ Vgl. ZGB-BIGLER-EGGENBERGER (1996), Art. 18, N 18.

¹⁰⁰ Vgl. ZGB-BIGLER-EGGENBERGER (1996), Art. 18, N 13.

¹⁰¹ Vgl. ZGB-BIGLER-EGGENBERGER (1996), Art. 18, N 18.

¹⁰² Vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 06.85; PAUL-HENRI STEINAUER, Les droit réels I, Bern 1990, Ziff. 429b, S. 114; BK-STARK (2. Aufl. 1984), N 25 und 28 zu Art. 933 ZGB; ZK-HOMBERGER (2. Aufl. 1938), N 15 zu Art. 933 ZGB; ZK-WIELAND (1909), N 5 zu Art. 934 ZGB.

Nachteil der gutgläubigen Erwerberin ist auffallend, wo doch der Urteilsfähige, der eine bewegliche Sache aufgrund eines mangelhaften Willens (als Betrogener, als Irrender) aus der Hand gibt, nicht entsprechend geschützt wird, sondern das Risiko seines mangelhaften Willens selber trägt¹⁰³.

Desgleichen setzt die Annahme und Ausschlagung einer Erbschaft sowie die Verwirkung der Ausschlagung durch Einmischung in die Erbschaftsangelegenheiten (Art. 571 ZGB) volle Handlungsfähigkeit voraus¹⁰⁴. 208

Urteilsunfähige können mangels rechtlich relevanter Absicht des dauernden Verbleibens (vgl. Art. 23 ZGB) keinen Wohnsitz begründen¹⁰⁵. 209

2. **Zweite Kategorie: Beschränkte Handlungsunfähigkeit (urteilsfähige Unmündige; urteilsfähige Entmündigte)**

Für die Angehörigen dieser Kategorie gilt: 210

a) ***Handeln in höchstpersönlichen Belangen (Art. 19 Abs. 2 ZGB)***

In **absolut-höchstpersönlichen** Belangen sind zwei Kategorien zu unterscheiden, nämlich die Geschäfte, in denen der urteilsfähige Unmündige oder Entmündigte selber rechtswirksam handelt, ohne dass ihn die gesetzliche Vertreterin daran zu hindern vermöchte, und die Geschäfte, bei denen die Zustimmung der gesetzlichen Vertreterin erforderlich ist. Beide Kategorien haben gemeinsam, dass der Betroffene selber handeln muss bzw. dass eine Stellvertretung durch die gesetzliche Vertreterin ausgeschlossen ist. 211

212

¹⁰³ Vgl. in diesem Sinne neuestens BGE 121 III 345 ff.: Wer einem Betrüger verkauft, hat diesem den Kaufgegenstand «anvertraut».

¹⁰⁴ Vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 06.85.

¹⁰⁵ Vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 06.85.

Zur *ersten Kategorie (selbständiges Handeln)* gehört der Rücktritt vom Verlöbnis (Art. 91 ZGB)¹⁰⁶, die Eheanfechtungsklage (Art. 104 ff. ZGB), die Ehescheidungsklage (Art. 111 ff. ZGB)¹⁰⁷, die Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes (Art. 256-256b ZGB), die Anerkennung des ausserhalb der Ehe geborenen Kindes (Art. 260 ZGB), der Entscheid über die religiöse Zugehörigkeit nach zurückgelegtem 16. Altersjahr (vorher entscheiden die Eltern; Art. 303 Abs. 1 ZGB), die Errichtung des Testaments (Art. 467 ZGB) und dessen Widerruf (Art. 509 ZGB), der Abschluss des Erbvertrages als Erblasser (Art. 468 ZGB), die Mitgliedschaft in einem Verein¹⁰⁸.

- 213 Sodann ist der Urteilsfähige allein und gegen den Willen einer allfälligen gesetzlichen Vertreterin befugt zur Widersetzung gegen das Entmündigungsverfahren (Art. 385 Abs. 2 ZGB), zur Beschwerdeführung gegen Vormund und Vormundschaftsbehörde (Art. 420 ZGB), zur Ausübung der Rechtsbehelfe zwecks Aufhebung der Vormundschaft (Art. 433 Abs. 3 ZGB) sowie zum Widerstand gegen die fürsorgerische Freiheitsentziehung (Art. 397d ZGB). Für diese Belange kann die urteilsfähige bevormundete Person auch selbständig einen Rechtsanwalt beauftragen¹⁰⁹.
- 214 Zur *zweiten Kategorie (notwendige Mitwirkung der gesetzlichen Vertreterin)* gehören die Eingehung des Verlöbnisses (Art. 90 ZGB), die Eheschliessung (Art. 94 ZGB), der Abschluss eines Ehevertrages (Art. 183

¹⁰⁶ Hingegen gehört die *Eingehung* des Verlöbnisses gemäss Art. 90 Abs. 2 ZGB zu den relativ-höchstpersönlichen Belangen, die dem Urteilsfähigen nur mit Mitwirkung der gesetzlichen Vertreterin möglich sind; vgl. ZGB-BIGLER-EGGENBERGER (1996), Art. 19, N 20. Die Unterscheidung ist einleuchtend: Die Verpflichtung eingehen soll der Heiratswillige nur mit der schützenden Genehmigung des gesetzlichen Vertreters, von der Verpflichtung zurücktreten soll er auch allein können. – Um einen Verlobten nicht gegen seinen Willen im Verlöbnis festzuhalten, wird man ungeachtet seines Geisteszustandes praktisch jeden klar geäusserten Rücktrittswillen als gültigen Rücktritt gelten lassen müssen, d.h. man wird dem Verlobten ungeachtet seines Geisteszustandes die Urteilsfähigkeit zuerkennen, bezüglich seines (verlorenen) Heiratswillens selber vernunftgemäss zu entscheiden.

¹⁰⁷ Vgl. BGE 122 III 349 E. 4b; 116 II 387 f.; 78 II 100 f. – Das Bundesgericht setzt an die Urteilsfähigkeit einen situationsbezogenen, sehr milden Massstab an, indem es auch dem schwer Geisteskranken zubilligt, die Scheidungswürdigkeit seiner Ehe selber beurteilen zu können. Richtigerweise sollte auch der Vormund die Scheidungsklage für ein urteilsunfähiges Mündel erheben können, wenn das Mündel in der Ehe leidet.

¹⁰⁸ So ZGB-BIGLER-EGGENBERGER (1996), Art. 12, N 14.

¹⁰⁹ Vgl. BGE 112 IV 9 ff., E. 1c; BK-BUCHER (1976), N 314 zu Art. 19 ZGB, mit Verweis auf teilweise abweichende Lehrmeinungen. – Im Ergebnis ähnlich HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 07.51.

ZGB) und die Anerkennung eines Kindes (Art. 260 Abs. 2 ZGB)¹¹⁰. Das Mitwirkungserfordernis lässt sich in allen diesen Fällen unschwer als Schutz des Mündels vor Unbedacht begreifen.

Zur gleichen Kategorie wird man richtigerweise auch die Einwilligung zu allen *ärztlichen Eingriffen* in die körperliche Integrität zählen, die *ohne diagnostischen oder therapeutischen Zweck* erfolgen, wenn diese Eingriffe mit erheblicher Belastung des Patienten oder mit bleibenden Folgen verbunden sind (kosmetische Operationen einschliesslich Tätowierungen, Unfruchtbarmachung zwecks Gewinnung sexueller Freiheit¹¹¹, Entnahme von Eizellen bei der Frau zum Zwecke künstlicher Fortpflanzung, Entnahme nicht-regenerierender Gewebe und Organe zwecks Spende an Dritte¹¹², Einbezug in physisch belastende medizinische Forschungsexperimente¹¹³). Alle diese Eingriffe sind ohne die persönliche Einwilligung der betroffenen Person absolut unzulässig. Aber die Einwilligung urteilsfähiger Unmündiger und Entmündigter kann nicht genügen. Zum Schutze der Betroffenen ist auch die Zustimmung der gesetzlichen Vertreterin zu fordern.

In **relativ-höchstpersönlichen** Belangen sind ganz analog ebenfalls zwei Kategorien zu unterscheiden, nämlich die Geschäfte, in denen der urteilsfähige Unmündige oder Entmündigte *allein* handelt und jene, in denen er nur mit Mitwirkung der gesetzlichen Vertreterin handeln kann. Die *relative* Höchstpersönlichkeit zeigt sich darin, dass der Betroffene im Falle seiner

¹¹⁰ Vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 07.48.

¹¹¹ Zur Kritik einer älteren Auffassung, welche die Unfruchtbarmachung in diesem Zusammenhang als sittenwidrigen Schritt zu «ungehemmter Unzucht» qualifizierte, vgl. GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 2. Aufl., Bern 1996, S. 206, Rz 17.

¹¹² Gemäss BGE 114 Ia 362 ff. erfordert die Organentnahme bei urteilsunfähigen Personen die Zustimmung der gesetzlichen Vertreter oder (beim Fehlen einer gesetzlichen Vertretung) die Zustimmung nahestehender Personen. Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang die Frage aufgeworfen, ob die Entnahme überhaupt zulässig sein könne. Richtigerweise muss diese Frage verneint werden. Die Eltern von einjährigen Zwillingen können wohl die Zustimmung geben, dass dem einen Kind regenerierbares Knochenmark entnommen wird, um das andere Kind damit zu heilen und zu retten, aber sie können die entsprechende Zustimmung nicht für eine Niere geben – auch wenn das nierenkranke Kind mangels Transplantation sterben muss.

¹¹³ Zur Beschneidung nach jüdischem und mohammedanischem Ritual vgl. hinten, Ziff. 598.

Urteilsunfähigkeit (und nur in diesem Fall!¹¹⁴) von der gesetzlichen Vertreterin vertreten werden kann¹¹⁵.

- 217 Zur *erstgenannten Kategorie (selbständige Handlungsbefugnis des urteilsfähigen Mündels)* gehören die Ausübung der Persönlichkeitsrechte (Art. 28 ZGB)¹¹⁶, die Klage auf Schutz des Namens (Art. 29 ZGB), die Klagen auf Unterhalt¹¹⁷ und die Vaterschaftsklage¹¹⁸.
- 218 Zur *zweitgenannten Kategorie (notwendiges Zusammenwirken des urteilsfähigen Mündels mit der gesetzlichen Vertreterin)* gehören das Gesuch um Namensänderung (Art. 30 Abs. 1 ZGB¹¹⁹) und die Adoption (Art. 264 ff. ZGB)¹²⁰. In diesen Fällen kann weder das Mündel allein handeln, noch kann der Vormund über den Kopf des urteilsfähigen Mündels hinweg allein handeln.
- 219 Die Zustimmung zur **Organentnahme vom menschlichen Leichnam** kann nicht von gesetzlichen Vertreterinnen eingeholt werden, weil das gesetzliche Vertretungsverhältnis mit dem Eintritt des Todes aufhört. Stattdessen sind die Angehörigen von Bundesrechts wegen mindestens zu informieren oder, wenn das kantonale Recht dies vorschreibt, ausdrücklich anzufragen.
- 220 *Nicht* zu den höchstpersönlichen Geschäften gehören solche, die erst in ihrem Vollzug höchstpersönliche Belange betreffen, beispielsweise der Abschluss eines **Arztvertrags**. Der Vertragsschluss als solcher hat keine höchstpersönlichen Aspekte, wohl aber die vertragsgemässen Handlungen des Arztes (körperliche Untersuchungen und Eingriffe am Patienten). Dies bedeutet, dass jene Arztverträge, deren Honorierung nicht aus dem freien

¹¹⁴ So BGE 41 II 556 betreffend einer Lebensversicherung.

¹¹⁵ Für die von HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 07.52, vorgeschlagene Differenzierung, wonach die gesetzliche Vertreterin den urteilsfähigen Unmündigen oder Entmündigten in diesen Belangen dann vertreten kann, wenn dieser keinen eindeutigen Willen äussert, besteht kein Bedarf. Wann immer der Betroffene urteilsfähig ist, ist sein Wille zu ermitteln und zu befolgen. Ist er äusserungsunfähig und ist dringliches Handeln angesagt, dann wird der Betroffene von der gesetzlichen Vertreterin vertreten.

¹¹⁶ Wichtigste Fallgruppe ist hier die Zustimmung zu ärztlichen Eingriffen in die körperliche Integrität zu Heilzwecken. Für Einzelheiten wird auf die Darstellung des ärztlichen Heileingriffs im Kapitel über den Persönlichkeitsschutz (Ziff. 371 ff.) hienach verwiesen.

¹¹⁷ BGE 85 II 223 f.

¹¹⁸ BGE 42 II 557.

¹¹⁹ Vgl. BGE 117 II 6-11, RIEMER, Studienbuch (1995), Nr. 7, S. 345.

¹²⁰ Vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 07.28.

Kindesvermögen erfolgen kann, von den Eltern als den gesetzlichen Vertretern des Kindes abzuschliessen sind, worauf das urteilsfähige Kind seine Zustimmung zur Vertragserfüllung selbständig gibt oder verweigert. Jugendliche können im Rahmen ihres freien Kindesvermögens (siehe unten, Ziff. 241 ff.) Verträge mit Ärzten zu Heilzwecken gültig abschliessen, allerdings nur für Untersuchungen und Behandlungen, für deren Tragweite diese Jugendlichen die erforderliche Urteilsfähigkeit besitzen.

b) *Anderes rechtsgeschäftliches Handeln*

In den nicht-höchstpersönlichen Belangen gibt es drei Fallgruppen, in denen urteilsfähige Unmündige und Entmündigte *selbständig* handeln können (Erlangung reiner Vorteile, Verwaltung des freien Kindes-/Mündelvermögens, Tätigung kleiner Rechtsgeschäfte des täglichen Bedarfs). In allen übrigen Fällen bedürfen sie der *Mitwirkung der gesetzlichen Vertreterin*. – Im Einzelnen: 221

aa) *Selbständige Erlangung reiner Vorteile (Art. 19 Abs. 2 ZGB)*

Selbständige Handlungsfähigkeit besteht bezüglich des Abschlusses von Rechtsgeschäften, durch die der urteilsfähige Unmündige/Entmündigte **ausschliesslich Vorteile** erhält, also im Wesentlichen bezüglich der Annahme von Schenkungen (Art. 19 Abs. 2 ZGB, eingeschränkt durch das Ablehnungsrecht der gesetzlichen Vertreterin gemäss Art. 241 Abs. 2 OR). 222

Ausschliesslich vorteilhaft ist die Schenkung für den Beschenkten nur dann, wenn der geschenkte Gegenstand mit keinen faktischen oder rechtlichen Lasten und Pflichten verbunden ist. Lasten und Pflichten, die der ausschliesslichen Vorteilhaftigkeit entgegenstehen, sind insbesondere vorhanden bei Haustieren, die der Pflege bedürfen, ferner bei Liegenschaften, die des Unterhalts bedürfen oder mit Bodenverschmutzungen (Altlasten) behaftet sein können und für den jeweiligen Eigentümer eine öffentlichrechtliche Beseitigungspflicht mit sich bringen, schliesslich bei allen Gebraucht- und Abfallwaren, deren Entsorgung gemäss den heute geltenden Vorschriften mit Aufwand verbunden ist wie etwa bei gebrauchten Fahrzeugen, Haushaltgeräten und Computern. Nicht ausschliesslich vorteilhaft sind auch Schenkungen, die mit Auflagen verbunden sind. Unproblematisch sind dagegen Suspensivbedingungen, bis zu deren Eintritt der Beschenkte weder berechtigt noch verpflichtet wird. 223

bb) Selbständige Verwaltung des freien Kindes-/Mündelvermögens

- 224 Zudem besteht eine sachlich beschränkte Handlungsfähigkeit des urteilsfähigen Unmündigen/Entmündigten ohne Zustimmung der gesetzlichen Vertreterin für Geschäfte im Rahmen der Verwaltung des **freien Kindes-/Mündelvermögens**¹²¹.
- 225 Kind und Mündel verfügen über die Aktiven dieses Vermögens selbständig.
- 226 Bis zur Höhe dieses freien Kindes- bzw. Mündelvermögens können sich Unmündige und Entmündigte auch gültig verpflichten, d.h. sie können gültige Verträge in eigenem Namen und auf eigene Rechnung abschliessen, beispielsweise Einkäufe tätigen (Lebensmittel, Kleider, Gegenstände des täglichen Bedarfs), Dienstleistungsverträge abschliessen (z.B. Billette kaufen (Transportvertrag), Kinos oder Theater besuchen), Arztleistungen in Anspruch nehmen etc. Ihre Haftung ist beschränkt auf den Wert dieses Vermögens.
- 227 Bezüglich der Gültigkeit von Verträgen, für deren Erfüllung das vorhandene freie Vermögen nur teilweise ausreicht, besteht keine klare Regelung. Jedenfalls kann keine Haftung des Unmündigen mit seinem zukünftigen Erwerb oder mit seinem übrigen (nicht freien) Vermögen angenommen werden. Erfüllt er seine vertragliche Zahlungsverpflichtung mangels freien Vermögens nicht, so wird die Gegenpartei allenfalls vom Vertrag zurücktreten können (Art. 107 Abs. 2 OR, am Ende), und zwar wegen Nichterfüllung seitens des Unmündigen.

cc) Selbständige Tätigkeit kleiner Rechtsgeschäfte des täglichen Bedarfs

- 228 Selbständige Handlungsfähigkeit besteht ferner – unabhängig vom Vorhandensein eines freien Kindes- oder Mündelvermögens – bezüglich des Abschlusses von **Rechtsgeschäften des täglichen Bedarfs**, soweit sie den Verhältnissen und Bedürfnissen des Kindes oder der bevormundeten Person angemessen sind. – Das Gesetz scheint zwar urteilsfähigen Personen unter elterlicher Sorge und unter Vormundschaft nur gerade jene rechtsgeschäftlichen Handlungen zu ermöglichen, die Vorteile bringen (vgl. hiezu Ziff. 222 f.) oder die den höchstpersönlichen Bereich betreffen. Damit greift das Gesetz aber zu kurz. Es erfasst die Rechtswirklichkeit nicht vollständig.

¹²¹ Zur Herkunft und Zusammensetzung dieser Sondervermögen vgl. im Einzelnen Ziff. 241 ff.

Denn auch kleine Kinder – etwa ab fünfjährig – und bevormundete Personen schliessen manche Rechtsgeschäfte gültig ab, ohne dass hierfür die Zustimmung der gesetzlichen Vertreterin vorliegt. So tätigen sie Barkäufe von Gegenständen des täglichen Bedarfs. Oft, aber nicht immer, handelt es sich um Geschäfte, die sogleich erfüllt werden. Solche Rechtsgeschäfte sind gültig, wenn die Urteilsfähigkeit des Kindes oder der bevormundeten Person zur vernünftigen Beurteilung ausreicht und die Tragweite des Geschäftes bezüglich des (geringen) Geschäftswertes und der (kurzen) Vertragsdauer der Situation des Kindes angemessen ist. 229

Während situations-adäquate, beidseits erfüllte Rechtsgeschäfte mit urteilsfähigen Unmündigen und Entmündigten generell als gültig zu gelten haben, vermögen sich Unmündige und Entmündigte nicht ohne Mitwirkung der gesetzlichen Vertreterinnen durch **Verträge von längerer Dauer** gültig zu binden. Vertragspartner von Unmündigen und Entmündigten schützen sich vor Schaden, wenn sie nur Geschäfte abschliessen, die beidseits sogleich oder innert kurzer Frist erfüllt werden, und wenn sie davon absehen, mit Eigenleistungen an einen Unmündigen oder einen Entmündigten einen Vorschuss oder Kredit zu gewähren. 230

dd) Stellvertretung Dritter

Kinder sind, soweit ihre Urteilsfähigkeit zur Beurteilung des Geschäftes ausreicht, imstande, andere Personen beim Abschluss von Rechtsgeschäften gültig zu **vertreten**. So können schon sechsjährige Kinder für Erwachsene (nicht nur für die gesetzlichen Vertreter) Kommissionen machen und dabei Lebensmittel und andere Gegenstände des täglichen Bedarfs auf Rechnung Erwachsener einkaufen, wobei sich die Kinder durch den Besitz von Geld über ihre Bevollmächtigung und durch die Vernünftigkeit des Geschäfts über ihre situationsbezogene Urteilsfähigkeit ausweisen. 231

Soweit solche Geschäfte für die Familiengemeinschaft getätigt werden, ergibt sich die Vertretungsbefugnis des Kindes und die Gültigkeit des von ihm im Namen der Eltern geschlossenen Geschäftes aus Art. 306 Abs. 1 ZGB; aber die Vertretungsbefugnis von Kindern ist nicht auf die Fälle von Art. 306 Abs. 1 ZGB beschränkt: Auch wenn Kinder für Nachbarn oder für Verwandte Kommissionen besorgen, schliessen sie als bevollmächtigte Stellvertreter gültige Geschäfte auf fremde Rechnung ab¹²². 232

¹²² Vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 07.58.

- 233 Zur **Unterscheidung von Stellvertretung und Botendienst**: Trägt der Erwachsene dem Kind auf, beim Bäcker einen guten Kuchen für die ganze Familie zu kaufen, so trifft das Kind die Wahl, bildet und äussert den Vertragswillen und *handelt rechtsgeschäftlich*. – Wenn dagegen ein Erwachsener telefonisch beim Metzger ein Pfund Schweinsfilet bestellt, den Preis vereinbart und anschliessend ein kleines Kind mit dem nötigen Geld zum Abholen der Bestellung schickt, so handelt das Kind nicht rechtsgeschäftlich, sondern als **Bote**, d.h. als Gehilfe bei der Erfüllung des unter Erwachsenen geschlossenen Vertrags¹²³.

ee) Alle übrigen Geschäfte: nur mit Zustimmung der gesetzlichen Vertreterin

- 234 Volle Rechtswirkungen werden erzeugt bei allen Geschäften, die der urteilsfähige Unmündige oder Entmündigte mit Zustimmung der gesetzlichen Vertreterin tätigt (Art. 19 Abs. 1, 304, 305, 410, 411 ZGB). – Einzige Einschränkung: Die «*verbotenen Geschäfte*» nach Art. 408 ZGB¹²⁴ können auch mit Zustimmung der gesetzlichen Vertreterin nicht gültig ausgeführt werden.
- 235 Die Zustimmung kann *vor* dem Geschäftsabschluss als Ermächtigung, *gleichzeitig* als Mitwirkung oder *nachträglich* als Genehmigung erteilt werden. Sie kann formlos erteilt werden, und zwar auch bei formbedürftigen Geschäften. Der Geschäftspartner braucht von der ergangenen Zustimmung keine Kenntnis zu erhalten; es genügt, dass die gesetzliche Vertreterin die Zustimmung gegenüber dem urteilsfähigen Unmündigen oder Entmündigten erklärt. Bei nachträglicher Genehmigung befindet sich das Geschäft zwischenzeitlich in der Schwebe. Mit der Genehmigung gilt das Geschäft rückwirkend, d.h. seit dem Zeitpunkt des Abschlusses als gültig, bleibt die Genehmigung aus, so ist und bleibt es nichtig¹²⁵.

¹²³ Vgl. GUHL/KOLLER/DRUEY, OR, 8. Aufl. 1991, S. 147: «*Der Bote braucht ... nicht handlungsfähig, ja nicht einmal urteilsfähig zu sein.*»

¹²⁴ Art. 408 ZGB lautet: «**Verbotene Geschäfte**: Zu Lasten des Bevormundeten dürfen [besser: können] keine Bürgschaften eingegangen, keine erheblichen Schenkungen vorgenommen und keine Stiftungen errichtet werden.» – Gemäss BGE 63 II 130 gilt das Verbot auch für die Eltern.

¹²⁵ Vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 07.68-07.72.

c) *Deliktisches Handeln: volle Haftung (Art. 19 Abs. 3 ZGB)*

Beschränkt handlungsunfähige Personen sind voll deliktsfähig. 236

Gemäss Art. 411 Abs. 2 ZGB haftet der Bevormundete, der den Geschäftspartner über die fehlende Mündigkeit getäuscht hat, für den verursachten Schaden, d.h. für das negative Interesse. Diese Spezialbestimmung ist ein Anwendungsfall der allgemeinen Deliktshaftung gemäss Art. 19 Abs. 3¹²⁶. 237

d) *Anderes faktisches Handeln (Realakte)*

Urteilsfähige Unmündige oder Entmündigte können durch faktisches Handeln Rechtswirkungen in weitergehendem Umfang erzeugen, als es die Urteilsunfähigen können. Einzelne Autoren¹²⁷ sind der Auffassung, beschränkt Handlungsunfähige könnten rechtswirksam Besitz erwerben¹²⁸, ihren Besitz aufgeben und bewegliche Sachen Dritten «anvertrauen»; diese Auffassung ist aber nicht unbestritten¹²⁹. 238

Gemäss BUCHER sind beschränkt Handlungsunfähige zur Aneignung (Okkupation; Art. 658 und 718 ZGB) von Sachen fähig, soweit es sich hiebei um vorteilhafte Geschäfte im Sinne von Art. 19 Abs. 2 ZGB handle. Für den gegenteiligen Vorgang, die Dereliktion (Art. 729 ZGB), fordert BUCHER Handlungsfähigkeit, desgleichen für die Verwirkung der erbrechtlichen Ausschlagungsbefugnis durch Einmischung in Nachlassangelegenheiten (Art. 571 Abs. 2 ZGB). 239

¹²⁶ So HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 07.61.

¹²⁷ BK-STARK (2. Aufl. 1984), N 28 zu Art. 933 ZGB, und ZK-HOMBERGER (2. Aufl. 1938), N 15 zu Art. 933 ZGB.

¹²⁸ So HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 07.35, die aus der Fähigkeit des beschränkt Handlungsunfähigen, Besitz zu erwerben, auch seine Fähigkeit ableiten möchten, selbständig die Besitzschutzklagen gemäss Art. 927 f. ZGB zu erheben. Dem ist nicht beizupflichten. Die Anhebung eines Zivilprozesses ist mit derartigen Kostenrisiken verbunden, dass die Mitwirkung der gesetzlichen Vertreterin zum Schutze des Mündels zu fordern ist, wogegen das Mündel bei den kostenlosen und alltäglichen Realakten des Besitzerwerbs, der physischen Besitzausübung und der physischen Abwehr von Besitzstörungen keines solchen Schutzes bedarf und selbständig handlungsfähig sein muss.

¹²⁹ Vgl. BK-UCHER (1976), N 79 zu Art. 12 ZGB.

240 Bezüglich des Empfangs rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen differenziert BUCHER¹³⁰ zwischen solchen Erklärungen, die Rechte und Pflichten für den Empfänger begründen und anderen Erklärungen. Für die erste Kategorie (z.B. Kündigung eines Vertrags, Inverzugsetzung durch Mahnung) fordert BUCHER Handlungsfähigkeit des Empfängers. Für die zweite Kategorie soll Urteilsfähigkeit genügen (BUCHER gibt als einziges Beispiel die Mängelrüge beim Kauf), die Rechtsfolgen der Mängelrüge rühren nicht von der Rüge her, sondern die Rüge dient lediglich dazu, vorbestandene Rechte des Rügenden zu wahren.

e) Nachtrag: Einzelheiten zum freien Kindes- und Mündelvermögen und zum Vermögen für die selbständige Berufsausübung

241 Das freie Kindes- und Mündelvermögen kann gemäss seiner Herkunft in drei Kategorien eingeteilt werden, nämlich

- a) in das **zugewendete freie Vermögen** zu freier Verfügung (Art. 321, 322, 414),
- b) in das **überlassene (Eigen-)Vermögen für die selbständige Berufsausübung** (Art. 323, 412 ZGB – Freigabe des Vermögens des urteilsfähigen Unmündigen/Entmündigten oder eines Teils davon, an ihn zwecks eigener Berufsausübung) und
- c) in den **Arbeitserwerb** (Art. 323, 414 ZGB).

242 Dieses Vermögen steht unter der selbständigen Verwaltung und Nutzung des urteilsfähigen Unmündigen oder Entmündigten¹³¹. – Hiezu im Einzelnen:

243 **Zugewendetes freies Vermögen:** Die Eltern, der Vormund oder Dritte können einem urteilsfähigen Unmündigen oder Entmündigten Vermögen zur freien Verwaltung zuwenden (Art. 321, 322, 414 ZGB). Häufigste Form solcher Zuwendungen ist das Taschengeld, das den Unmündigen und Entmündigten zur Bestreitung ihrer kleinen Ausgaben ausgerichtet wird¹³².

244

¹³⁰ BK-BUCHER (1976), N 90 zu Art. 12 ZGB.

¹³¹ Vgl. BGE 106 III 9 f.

¹³² Vgl. hiezu HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 07.55.

Überlassenes Vermögen für die selbständige Berufsausübung: Die Eltern können ihrem urteilsfähigen unmündigen Kind Geld oder andere Vermögenswerte für ein eigenes Geschäft überlassen, ebenso der Vormund seinem urteilsfähigen Mündel (Art. 323, 412 ZGB)¹³³.

Beim **Arbeitserwerb** (Art. 323, 414 ZGB) besteht die subtile Unterscheidung, dass Bevormundete nur zur eigenen Verwendung behalten dürfen, was sie gemäss Art. 414 *mit Zustimmung des Vormundes* verdient haben, während dieses Zustimmungserfordernis bei den Kindern unter elterlicher Sorge in Art. 323 ZGB nicht vorgesehen ist. Dies deshalb, weil Bevormundete langfristig in normalen Arbeitsstellen langfristig eventuell viel Geld verdienen, das dann grundsätzlich der vormundschaftlichen Verwaltung zugeführt werden soll, während der Gesetzgeber den Arbeitserwerb Unmündiger als eine vorübergehende Angelegenheit mit Ausnahmecharakter betrachtet. Aus diesem Grund ist es auch naheliegend, minderjährigen Bevormundeten (z.B. Vollwaisen) ihren Arbeitserwerb genauso voraussetzungslos zu überlassen wie minderjährigen Kindern unter elterlicher Sorge¹³⁴.

Gemäss BGE 112 II 102 ff. kann der urteilsfähige Unmündige oder Entmündigte im fraglichen Bereich auch selbständig Prozesse führen.

3. Dritte Kategorie: Beschränkte Handlungsfähigkeit (Personen unter Beiratschaft)

Die Beiratschaft beschränkt die Handlungsfähigkeit im Sinne einer partiellen Bevormundung. Sie ist zu unterscheiden von der *Beistandschaft*, die nicht als eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit gilt¹³⁵.

4. Vierte Kategorie: Vollständige Handlungsfähigkeit

Die vollständig Handlungsfähigen können rechtsgeschäftlich und deliktisch beliebige Handlungen mit umfassender rechtlicher Wirkung zugunsten und zulasten ihres eigenen Vermögens ausführen.

¹³³ Vgl. BGE 106 III 9 f.; HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 07.57.

¹³⁴ Vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 07.56.

¹³⁵ Vgl. die Übersicht der vormundschaftlichen Massnahmen in Ziff. 188 f.

5. Nachtrag: Verheiratete

249 In folgenden Belangen ist die Handlungsfähigkeit einer verheirateten Person insofern eingeschränkt, als sie nicht ohne die Zustimmung des anderen Ehegatten rechtswirksam handeln kann¹³⁶:

a) Verfügung über die Familienwohnung

250 Art. 169 ZGB lautet:

«(1) Ein Ehegatte kann nur mit der ausdrücklichen Zustimmung des andern einen Mietvertrag kündigen, das Haus oder die Wohnung der Familie veräußern oder durch andere Rechtsgeschäfte die Rechte an den Wohnräumen der Familie beschränken.

(2) Kann der Ehegatte diese Zustimmung nicht einholen oder wird sie ihm ohne triftigen Grund verweigert, so kann er den Richter anrufen.»

251 Die gleiche Regel ist bezüglich der Kündigung des Mietvertrags für die Familienwohnung in den Bestimmungen über den Mietvertrag nochmals wiederholt (Art. 266m OR).

b) Erbannahme und Erbausschlagung

252 Art. 230 ZGB lautet:

«Ohne Zustimmung des andern kann ein Ehegatte weder eine Erbschaft, die ins Gesamtgut fallen würde, ausschlagen noch eine überschuldete Erbschaft annehmen.»

253 Diese Bestimmung bezieht sich allerdings nur auf Ehegatten, die durch Ehevertrag den Güterstand der Gütergemeinschaft gewählt haben. Statt von einer gesetzlichen Beschränkung der Handlungsfähigkeit kann man hier von einem vertraglichen Verzicht auf ein Element der Handlungsfähigkeit sprechen.

254

¹³⁶ Vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 06.88.

In den Güterständen der Errungenschaftsbeteiligung und der Gütertrennung sind die Ehegatten bei der Annahme und Ausschlagung von Erbschaften nicht aneinander gebunden.

c) Gerichtliche Beschränkung der Verfügungsbefugnis aus wichtigem Grund

Auch bei der Beschränkung der Verfügungsbefugnis aus wichtigem Grund handelt es sich nicht um eine gesetzliche Beschränkung der Handlungsfähigkeit, sondern um eine gerichtliche Massnahme, die auf Antrag eines Ehegatten angeordnet werden kann. 255

Art. 178 Abs. 1 ZGB lautet: 256

«Soweit es die Sicherung der wirtschaftlichen Grundlagen der Familie oder die Erfüllung einer vermögensrechtlichen Verpflichtung aus der ehelichen Gemeinschaft erfordert, kann der Richter auf Begehren eines Ehegatten die Verfügung über bestimmte Vermögenswerte von dessen Zustimmung abhängig machen.»

Auch hier ist in erster Linie an Liegenschaften zu denken, die ein Ehegatte nicht zu Geld machen soll, ferner allenfalls an Bankguthaben und an Wertpapiere in Bankdepots. Ihre gerichtliche Blockierung zum Schutze der wirtschaftlichen Grundlage einer Ehe kann etwa dann angemessen sein, wenn ein Ehegatte dem Spiel oder der Trunksucht verfällt und das Vermögen zu verschleudern beginnt, wenn aber von einer Bevormundung noch abgesehen werden soll. Die gerichtliche Sicherungsmassnahme ist faktisch nur sinnvoll bezüglich von Vermögenswerten, die durch die Zustellung des Urteils an Drittpersonen auch tatsächlich blockiert sind. Der Richter kann sein Urteil an Grundbuchämter und an Banken zustellen, womit die Verfügungssperre über die betreffenden Vermögenswerte effektiv durchgesetzt ist. Mobilien dagegen, das vom verschwenderischen Ehegatten physisch behändigt und auf dem nächsten Flohmarkt verkauft werden kann, kann durch gerichtliches Urteil nicht blockiert werden. 257

d) Abzahlungs- und Vorauszahlungsgeschäfte

258

Art. 226b Abs. 1 OR lautet:

«Ist der [Abzahlungs-] Käufer verheiratet, so bedarf der Abzahlungsvertrag zu seiner Gültigkeit der schriftlichen Zustimmung des Ehegatten, falls die Ehegatten einen gemeinsamen Haushalt führen und die Verpflichtung 1000 Franken übersteigt.»

259 Das gleiche gilt gemäss der Verweisungsnorm von Art. 228 Abs. 1 OR auch für die Vorauszahlungsverträge.

e) Verpfändung und vorzeitiger Abruf von Alterskapital bei Personalvorsorgeeinrichtungen zum Zwecke der Wohneigentumsbeschaffung

260 Art. 331d OR lautet:

«(1) Der Arbeitnehmer kann bis drei Jahre vor Entstehung des Anspruchs auf Altersleistungen seinen Anspruch auf Vorsorgeleistungen oder einen Betrag bis zur Höhe seiner Freizügigkeitsleistung für Wohneigentum zum eigenen Bedarf verpfänden. ...

(5) Ist der Arbeitnehmer verheiratet, so ist die Verpfändung nur zulässig, wenn sein Ehegatte schriftlich zustimmt. ...»

261 Art. 331e O2R lautet:

«(1) Der Arbeitnehmer kann bis drei Jahre vor Entstehung des Anspruchs auf Altersleistungen von seiner Vorsorgeeinrichtung einen Betrag für Wohneigentum zum eigenen Bedarf geltend machen [«Vorbezug»]. ...

(5) Ist der Arbeitnehmer verheiratet, so ist der Bezug nur zulässig, wenn sein Ehegatte schriftlich zustimmt. ...»

f) Bürgschaft

262 Art. 494 OR lautet:

«(1) Die Bürgschaft einer verheirateten Person bedarf zu ihrer Gültigkeit der im einzelnen Fall vorgängig oder spätestens gleichzeitig abgegebenen schriftlichen Zustimmung des Ehegatten, wenn die Ehe nicht durch gerichtliches Urteil getrennt ist.

(2) Diese Zustimmung ist nicht erforderlich für die Bürgschaft einer Person, die im Handelsregister eingetragen ist als Inhaber einer Einzelfirma, als Mitglied einer Kollektivgesellschaft, als unbeschränkt haftendes Mitglied einer Kommanditgesellschaft, als Mitglied der Verwaltung oder Geschäftsführung einer Aktiengesellschaft, als Mitglied der Verwaltung einer Kommanditaktiengesellschaft oder als geschäftsführendes Mitglied einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung. ... »

Die Zielrichtung aller dieser Gesetzesbestimmungen liegt auf der Hand. Verheiratete Personen gefährden durch ungeschickte Geschäftsabschlüsse die wirtschaftliche Existenz der ganzen Familie. Aus diesem Grund verlangt der Gesetzgeber für bestimmte Transaktionen die Mitwirkung des andern Ehegatten. Die einzelnen Schutzbestimmungen sind zu verschiedenen Zeiten ins Gesetz eingefügt worden, so dass die Art der Mitwirkung des Ehegatten uneinheitlich geregelt ist. 263

E. Handlungsunfähigkeit als Einbruch in die Sicherheit des Rechtsverkehrs

Die Figur der Handlungsunfähigkeit dient dem Schutz des Urteilsunfähigen. Entsprechend diesem gesetzgeberischen Ziel hat das Schutzinteresse des Urteilsunfähigen den Vorrang vor den Interessen des Rechtsverkehrs, namentlich vor dem Schutz des guten Glaubens anderer Personen¹³⁷. Wer also mit einem Urteilsunfähigen ein Geschäft abschliesst, hat auch im Falle seiner Gutgläubigkeit die gewöhnlichen Folgen des Fehlens der Handlungsfähigkeit der Gegenpartei zu tragen¹³⁸. Zum Schutze des Verkehrs gilt hingegen die beweisrechtliche *Vermutung*, dass die Urteilsfähigkeit volljähriger, nicht entmündigter Personen besteht und keines Beweises bedarf. Wer sich auf die Urteilsunfähigkeit (seiner selbst oder seines Prozessgegners) beruft, hat die Behauptung zu beweisen¹³⁹. 264

Sobald die Entmündigung veröffentlicht ist, besteht kein Bedarf mehr, die Urteilsfähigkeit oder -unfähigkeit des Mündels bezüglich Rechtsgeschäften, die der vormundschaftlichen Mitwirkung bedürfen, zu beweisen. Bis zur 265

¹³⁷ So ZGB-BIGLER-EGGENBERGER (1996), Art. 17, N 6.

¹³⁸ Vgl. BGE 89 II 390; PEDRAZZINI/OBERHOLZER (1993), S. 68.

¹³⁹ Vgl. BGE 117 II 231; PEDRAZZINI/OBERHOLZER (1993), S. 68.

Veröffentlichung kann das Mündel im Rahmen seiner Urteilsfähigkeit aber noch gültige Rechtsgeschäfte abschliessen (vgl. Art. 375 ZGB).

- 266 Der Handlungsunfähige geniesst grundsätzlich auch bei der Ausstellung von **Wertpapieren** Schutz. Dabei fallen nur jene drei Typen von Wertpapieren in Betracht, die von einer Privatperson ausgestellt werden können: der Wechsel, der Scheck und der Schuldbrief. Dass seine Unterschrift auf dem **Wechsel** (und sinngemäss auf dem **Scheck**) für den handlungsunfähigen Aussteller (oder Indossanten) nicht verbindlich ist, ergibt sich aus Art. 997 OR.
- 267 Für die Bank, die ein solches Wertpapier zur Gutschrift entgegennimmt, kann die Handlungsunfähigkeit des Ausstellers lästig sein und zu Schaden führen; der Unterschrift des Ausstellers ist dessen Handlungsunfähigkeit in der Regel nicht anzusehen, und damit dem Wechsel oder Scheck auch nicht dessen Ungültigkeit.
- 268 Etwas Abweichendes gilt für den **Schuldbrief** gemäss Art. 865 ZGB, weil der öffentliche Glaube des Grundbuches hier den Vorrang hat vor dem Schutz des handlungsunfähigen Schuldbrief-Schuldners. Ein gewisser Schutz des handlungsunfähigen Schuldbrief-Schuldners ist hier durch das Erfordernis der öffentlichen Beurkundung der Schuldbrieferrichtung gegeben: Der Notar darf die Beurkundung nicht vornehmen, wenn er sieht, dass sein Klient offensichtlich urteilsunfähig ist (andererseits ist der Notar nicht verpflichtet, mit jedem Beurkundungsklienten psychologische Tests anzustellen, um sich von dessen Urteilsfähigkeit ein Bild zu machen).

F. Kritischer Nachtrag: Das Alles-oder-nichts-Prinzip des Handlungsfähigkeitsbegriffs¹⁴⁰

- 269 Bezogen auf eine bestimmte Handlung unterscheidet das Gesetz zwischen handlungsfähigen und nicht handlungsfähigen Personen, ohne Zwischenstufen zu kennen. Entweder fällt eine Person bezüglich einer bestimmten Handlung unter Art. 18 ZGB oder sie fällt unter Art. 13 oder Art. 19 ZGB. Im Falle von Art. 18 entstehen überhaupt keine Rechtswirkungen, im Falle

¹⁴⁰ Vgl. hierzu ZGB-BIGLER-EGGENBERGER (1996), Art. 12, N 19 ff. und Art. 16, N 41; BK-BUCHER (1976), N. 23 vor Art. 12-19 ZGB.

von Art. 13 entstehen stets, im Falle von Art. 19 bei Zustimmung der gesetzlichen Vertreterin volle Rechtswirkungen. Denn auch der «beschränkt Handlungsunfähige» (d.h. der urteilsfähige Unmündige oder Entmündigte, Art. 19 ZGB) ist in Bezug auf einen bestimmten Rechtsakt handlungsfähig oder nicht, ersteres dann, wenn die gesetzliche Vertreterin zustimmt oder wenn der höchstpersönliche Bereich betroffen ist oder wenn ein Delikt in Frage steht, letzteres in den übrigen Fällen.

Bei der Frage der **Geschäftsfähigkeit** ist das «Alles-oder-nichts-Prinzip» 270 einleuchtend und unumgänglich. Die Klarheit der Rechtsordnung erheischt, dass jedes Rechtsgeschäft entweder als gültig oder als ungültig beurteilt werden kann, ohne Zwischenstufen.

Bei der **Haftung aus unerlaubter Handlung** sind Abstufungen der Schadenersatzpflicht unumgänglich. Der Gesetzgeber hat die Möglichkeit zu solchen Abstufungen geschaffen mit den Artikeln 43 Abs. 1 OR und 54 Abs. 1 OR. Bei der erstgenannten Norm wird die Schadenersatzpflicht von oben herab reduziert («Rabatt»), bei der zweitgenannten Norm wird sie von unten herauf konstruiert. 271

Der Gedankengang bei der Anwendung der beiden Normen ist der folgende: Bei Art. 43 OR sagt der Richter zum Schadensverursacher sinngemäss: 272
«Du bist voll deliktsfähig und haftest zu 100 %. Aber dein Verschulden erscheint mir im konkreten Fall als gering, so dass ich dir einen Rabatt auf die Ersatzpflicht von X % gewähre».

Bei der Anwendung von Art. 54 OR sagt der Richter sinngemäss: 273
«Du bist nicht deliktsfähig und haftest also zu Null Prozent. Aber die ganzen Umstände des Falles lassen mir eine Schadenersatzzahlung dennoch als recht und billig erscheinen, so dass ich dir eine Ersatzpflicht von X % auferlege.»

BK-UCHER (1976), N. 4a und 109 zu Art. 16 ZGB, vertritt demgegenüber 274 die überzeugende Auffassung, dass eine Anpassung der Deliktshaftung an die verminderte Schuldfähigkeit auch im Privatrecht nicht mittels Rückgriff auf die beiden erwähnten OR-Artikel, also nicht unter Rückgriff auf Recht und Billigkeit und gerichtliches Ermessen, sondern durch die Anerkennung eines Begriffs der «beschränkten Deliktsfähigkeit» erreicht werden sollte. UCHER schreibt:

«Trotz der einheitlichen Auffassung der Urteilsfähigkeit im Gesetz bestehen keine Bedenken, die Verschuldensfähigkeit nach anderen Gesichtspunkten zu beurteilen als die Geschäftsfähigkeit und insbesondere auch festzustel-

len, dass Verschuldensfähigkeit vermutungsweise in früherem Alter erreicht wird denn Geschäftsfähigkeit. Die differenzierende Betrachtung folgt aus dem allgemein anerkannten Grundsatz der Relativität, wonach die Urteilsfähigkeit einer bestimmten Person nicht an sich, sondern nur in Relation zu einer bestimmten Handlung festzustellen ist.»

- 275 Das Bundesgericht folgte dieser Auffassung BUCHERS im Entscheid Regotz¹⁴¹.
- 276 Für die beschränkte Deliktsfähigkeit eines jugendlichen Brandstifters sprach sich später auch das Kantonsgericht Wallis aus¹⁴², unter Ablehnung der entgegenstehenden Doktrin¹⁴³.

¹⁴¹ Vgl. BGE 102 II 363, 368.

¹⁴² KG VS, Urteil vom 24.10.1989, RVJ 1990, S. 257-263.

¹⁴³ Nämlich P. A. WESSNER, Le discernement: Contre la notion de capacité restreinte en droit de la responsabilité civile, SJZ 79 (1983) S. 333 [338]; BK-BREHM, N 172 zu Art. 41 OR; HANS MERZ, ZBJV 1978 S. 136.

6. Kapitel Verwandtschaft, Schwägerschaft (Art. 20 und 21 ZGB)

A. Begriffliches

Das ZGB verwendete den Begriff der Verwandtschaft bis 1972 als Oberbegriff für Blutsverwandtschaft und Schwägerschaft. Seit der Revision von 1972 fasst der Oberbegriff der Verwandtschaft die Blutsverwandtschaft und die Adoptivverwandtschaft zusammen. Die Schwägerschaft ist vom Verwandtschaftsbegriff nicht mehr mitumfasst. 277

B. Verwandtschaftsgrade (Art. 20 Abs. 1 ZGB)

Zur Einteilung der Verwandten in nähere und entferntere verwendet das Gesetz den Begriff der Grade. Die Nähe bzw. der Grad der Verwandtschaft zwischen zwei Personen wird nach der Zahl der dazwischenliegenden Geburten bemessen. Die Beziehung zwischen den Eltern und ihrem Kind wird durch eine einzige Geburt vermittelt, so dass die Eltern mit dem Kind und das Kind mit den Eltern je im ersten Grade verwandt sind. Die Beziehung zwischen Geschwistern wird durch zwei Geburten vermittelt, nämlich durch die eigene und durch diejenige des Geschwisterteils, so dass Geschwister miteinander im zweiten Grade verwandt sind. Auch Grosseltern sind mit ihren Enkeln im zweiten Grade verwandt, der Onkel mit seiner Nichte im dritten Grad. 278

C. Verwandtschaftslinien (Art. 20 Abs. 2 ZGB)

Stammt eine Person von einer anderen ab, so sind die beiden Personen *in gerader Linie* miteinander verwandt. Stammen zwei Personen von derselben Drittperson ab, ohne untereinander in gerader Linie verwandt zu sein, so sind sie miteinander *in der Seitenlinie verwandt*. 279

- 280 In gerader Linie verwandt sind die Eltern mit ihren Kindern, mit ihren Grosskindern, Urgrosskindern etc.
- 281 Geschwister sind miteinander in der Seitenlinie verwandt, desgleichen Cousins und Cousinen, Onkel und Nichte etc.
- 282 Die Verwandtschaftslinie kann als aufsteigende und als absteigende Linie bezeichnet werden: Von den Eltern zu den Kindern führt die *absteigende Linie*, von den Kindern zu den Eltern die *aufsteigende Linie*. Dementsprechend werden die Nachkommen auch die «*Deszendenten*» (zu Deutsch: die Absteigenden), Eltern und Grosseltern (aus der Sicht der Kinder) als «*Aszendenten*» (Aufsteigende) bezeichnet.

D. Halbbürtige Verwandte; «Stiefverwandtschaft»

- 283 Zum Verständnis dieser Begriffe denke man sich zwei Ehepaare mit je einem Kind, nämlich Michael und Monika Müller-Meier mit dem Sohn Markus sowie Hans und Hanna Huber-Hofer mit der Tochter Helga.
- 284 Beide Ehen werden durch den Tod eines Ehegatten aufgelöst, worauf die überlebenden Ehegatten, nämlich Michael Müller und Hanna geborene Hofer heiraten und gemeinsam zwei weitere Kinder, Victor und Verena, haben.
- 285 Bei dieser Konstellation sind Victor und Verena vollbürtige Geschwister. Ihnen gegenüber sind Markus und Helga je halbbürtige Geschwister («Halbbruder»/«Halbschwester»). Markus und Helga sind untereinander nicht verwandt, hingegen besteht ein Stiefgeschwisterverhältnis: Markus ist der Stiefbruder von Helga, Helga ist die Stiefschwester von Markus. Hanna Müller geb. Hofer ist die Stiefmutter von Markus, Michael Müller-Hofer ist der Stiefvater von Helga. Bei der Verwendung des umgangssprachlichen Begriffs der «Stiefverwandtschaft» ist in Erinnerung zu behalten, dass das Stief-Verhältnis rechtlich nicht als Verwandtschaft gilt.

E. Schwägerschaft (Art. 21 ZGB)

Schwägerschaft ist die rechtliche Beziehung zum Ehegatten eines Verwandten. 286

Man denke sich folgende Konstellation: Die Ehegatten Ernst und Elsa Eberhard-Elsener haben die Tochter Therese und den Sohn Samuel. Therese heiratet den Max, Samuel heiratet die Fanny. 287

Max und Fanny sind Schwiegersohn und Schwiegertochter der Ehegatten Eberhard-Elsener (Schwägerschaft je im ersten Grad in gerader Linie). Therese ist die Schwägerin von Fanny, Fanny ist die Schwägerin von Therese (je im zweiten Grad in der Seitenlinie). Max ist der Schwager von Samuel; Samuel ist der Schwager von Max (je im zweiten Grad in der Seitenlinie). 288

Max und Fanny sind nicht miteinander verschwägert (wobei sie sich in der Umgangssprache wohl noch als Schwager und Schwägerin bezeichnen würden). 289

Eine bestehende Schwägerschaft wird durch die Auflösung der Ehe, die sie begründet hat, nicht aufgehoben (Art. 21 Abs. 2 ZGB). Demgemäss bleiben Max und Samuel auch verschwägert, nachdem Therese gestorben ist oder nachdem die Ehe von Max und Therese geschieden worden ist. 290

Wäre aber Samuel als Nachzügler erst geboren worden, nachdem seine zu Lebzeiten verheiratete Schwester Therese gestorben ist, so würde Samuel nicht mehr zum Schwager des verwitweten Max werden. Nach Auflösung einer Ehe entstehen keine neuen Schwägerschaften. 291

F. Bedeutung von Verwandtschaft und Schwägerschaft innerhalb der Rechtsordnung

Die Bedeutung der in Art. 20 und 21 ZGB definierten Begriffe ist innerhalb der schweizerischen Rechtsordnung gering. Der Gesetzgeber greift nicht konsequent auf die Terminologie von Art. 20 und 21 ZGB zurück, sondern umschreibt die Verwandtschaftsbeziehungen von Fall zu Fall auch anders. So folgt namentlich das Erbrecht (Art. 457 ff. ZGB) einem eigenständigen 292

System (Parentelenordnung), ohne auf Art. 20 und 21 ZGB Bezug zu nehmen.

- 293 Verwandtschaftsbeziehungen spielen im ZGB etwa eine Rolle in den Artikeln 68 (Ausschluss des Vereinsmitgliedes vom Stimmrecht beim Rechtsstreit zwischen einer mit ihm in gerader Linie Verwandten einerseits, dem Verein andererseits), 95 (Verwandtschaft als Ehehindernis), 105 Abs. 3 (Verwandtschaft als Eheungültigkeitsgrund), 274a (Anspruch von Verwandten auf persönlichen Verkehr mit einem Kind), 328 (Unterstützungspflicht unter Verwandten in gerader Linie), 364 (Familienrat), 503 (Ausschluss bestimmter Verwandter als Urkundsperson und Zeugen bei der öffentlichen Beurkundung von Testament und Erbvertrag); im Strafgesetzbuch in den Artikeln 110 (Definitionen) und 213 (Inzest); im öffentlichen Recht (Verwandtschaft als Ausstands- und Ablehnungsgrund, d.h. als ein Umstand, der das Behördenmitglied bei der Behandlung der Angelegenheit eines Verwandten in den Ausstand zwingt oder als Umstand, der einer Partei das Recht gibt, einen Richter abzulehnen, der mit der Gegenpartei verwandt ist), insbesondere in den kantonalen Steuergesetzen bei der Progression der Erbschafts- und Schenkungssteuertarife (je entfernter die Erben oder Beschenkten mit dem Verstorbenen oder Schenker verwandt sind, desto höher ist der Steuersatz).

7. Kapitel Heimat (Art. 22 ZGB)

A. Zweck der gesetzlichen Regelung

Die Begriffe der Heimat (Art. 22 ZGB) und des Wohnsitzes (Art. 23-26 ZGB) dienen dazu, im schweizerischen Inland die örtlichen Kompetenzen und Amtspflichten staatlicher Organe (Administrativbehörden, Gerichte) in Bezug auf natürliche Personen zu definieren. 294

Auch im Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPRG, SR 291) wird der Begriff des Heimatortes im Sinne von Art. 22 ZGB verwendet. 295

An den Wohnsitz wird angeknüpft, wenn das jeweilige örtliche und gesellschaftliche *Umfeld* einer Person im Vordergrund steht, an die Heimat, wenn ihre *Herkunft* besonders wichtig ist. Der Wohnsitz kann während eines Menschenlebens mehrfach wechseln, die Heimat bleibt meist unverändert dieselbe. 296

Der Heimatort kann insbesondere eine Rolle spielen, wenn eine Person fürsorgebedürftig wird. Wo Freizügigkeit der Wohnsitznahme besteht, muss die Armenunterstützung sinnvollerweise dem Wohnsitz-Gemeinwesen obliegen; das ist heute im interkantonalen Verhältnis in der Schweiz der Fall. Wo die Migration beschränkt und kontrolliert ist, liegt es nahe, dass das Wohnsitz-Gemeinwesen die unterstützungsbedürftigen Personen an deren Herkunftsort zurückverweist. Dies führt zur Unterstützungspflicht des Heimatgemeinwesens; so ist es im internationalen Verhältnis weitgehend der Fall, soweit nicht aufgrund besonderer Gesetzgebung oder staatsvertraglich etwas anderes gilt. 297

Im Bundesgesetz über das internationale Privatrecht wird vielfach auf das Heimatrecht und den Heimatgerichtsstand verwiesen, jedoch durchwegs subsidiär zum Wohnsitzrecht und Wohnsitzgerichtsstand, d.h. nur dann, wenn es an einem Wohnsitz fehlt oder wenn die Klage am Wohnsitz unmöglich oder unzumutbar ist. 298

B. Begriff der Heimat

- 299 Mit «Heimat» im Sinne des ZGB ist das Gemeinwesen gemeint, von dem die natürliche Person ihr Bürgerrecht hat¹⁴⁴.
- 300 Bezüglich der Regelung des Bürgerrechts stellt die Schweiz im internationalen Vergleich einen Sonderfall dar. Während in den meisten ausländischen Staaten das Bürgerrecht etwas Einheitliches ist, hat jeder Schweizer drei Bürgerrechte, nämlich das Bürgerrecht einer Gemeinde, dasjenige des Kantons, in welchem sich diese Gemeinde befindet und schliesslich das Schweizer Bürgerrecht. Fragt man einen Schweizer in der Schweiz nach seiner Heimat, so meint man in der Regel seinen Heimatort bzw. (gleichbedeutend) seine Heimatgemeinde. Fragt man einen Ausländer nach seiner Heimat, so meint man seine Nationalität.
- 301 Bei einer intern-schweizerischen Fragestellung bedeutet Heimat- oder Bürgerort die Zugehörigkeit zu einer *Bürgergemeinde*. Die Bürgergemeinde ist zu unterscheiden von der Einwohnergemeinde, zu welcher die Person kraft ihres Wohnsitzes gehört.
- 302 Einwohnergemeinden und Bürgergemeinden sind meist, aber nicht immer, flächenkongruent. So ist beispielsweise Birsfelden (Kanton Basel-Landschaft) eine Einwohnergemeinde. Aber es gibt keine Bürgergemeinde von Birsfelden, da die Birsfeldner Bürgergemeinde mit derjenigen von Muttenz fusioniert hat. Ehemalige Birsfeldner Bürger, die noch immer in Birsfelden wohnen, müssen sich in notariellen Beurkundungen, im Grundbuch und im Handelsregister mit den identifizierenden Merkmalen «... *Bürger von Muttenz, wohnhaft in Birsfelden*» eintragen lassen.

C. Heimat bei mehrfachem Bürgerrecht

- 303 Für Personen mit mehrfachem Bürgerrecht («Doppelbürger») gilt Art. 22 Abs. 3 ZGB immer dann, wenn eine Norm an den Heimatbegriff anknüpft und wenn gemäss dem Sinn dieser Norm nur ein einziges Heimatgemeinwesen in Frage kommen soll. Die Heimat bestimmt sich in diesen Fällen

¹⁴⁴ RIEMER, Studienbuch S. 83 N. 170.

nach dem Ort, an dem die Person zugleich ihren Wohnsitz hat oder zuletzt gehabt hat, und mangels eines solchen Wohnsitzes nach dem Ort, dessen Bürgerrecht von ihr oder ihren Vorfahren zuletzt erworben worden ist.

D. Verweise auf die «Heimat» in ZGB und OR

Die rechtliche Bedeutung der Heimatgemeinde in den intern-schweizerischen Belangen ist in den letzten Jahrzehnten stark zurückgetreten hinter die Bedeutung der Wohnsitzgemeinde (= Einwohnergemeinde). In folgenden Zusammenhängen spielt die Heimatgemeinde bzw. der Heimatort noch eine Rolle: 304

Art. 35 Abs. 2 ZGB: Subsidiäre örtliche Zuständigkeit für die Verschollen-erklärung am Heimatort. 305

Das **Einspruchsrecht der Heimat-Gemeindebehörde**, das in verschiedenen Belangen noch besteht (Art. 259 Abs. 2 Ziff. 3, 260a Abs. 1, 269a Abs. 1 ZGB), verliert an Bedeutung, seitdem die Heimatgemeinde nicht mehr armenunterstützungspflichtig ist, d.h. seitdem die Wohnsitzgemeinde die Fürsorgeverantwortung für die in ihrem Gebiet wohnhaften Personen trägt. 306

Gemäss **Art. 375 ZGB** muss die Bevormundung am Wohnsitz und in der Heimat veröffentlicht werden. **Art. 378 und 396 ZGB** begründen bestimmte Kompetenzen der Heimatgemeinde bei Bevormundung und Verbeiständung einer Person. 307

Im OR kommt der Begriff «Heimat» nicht vor. Einzige Bestimmung, die an das Bürgerrecht anknüpft, ist **Art. 708 OR**¹⁴⁵. 308

¹⁴⁵ «(1) Die Mitglieder des Verwaltungsrates [der Aktiengesellschaft] müssen mehrheitlich Personen sein, die in der Schweiz wohnhaft sind und das Schweizer Bürgerrecht besitzen. ...»

E. Bedeutung der Heimat bzw. des Bürgerrechts im internationalen Verhältnis

- 309 Wesentlich wichtiger als der Heimatort in intern-schweizerischen Belangen ist die Heimat im Sinne des nationalen Bürgerrechts. Mit dem Bürgerrecht ist in den meisten Nationen das **Recht zur Niederlassung** verbunden, ferner die **Immunität vor strafrechtlicher Auslieferung**: Der Schweizerbürger, der im Ausland ein schweres Delikt begeht und in die Schweiz flieht, wird unter keinen Umständen an den ausländischen Staat ausgeliefert, in welchem das Delikt begangen wurde, sondern er wird einem Strafverfahren und dem Strafvollzug in der Schweiz unterzogen, unter Anwendung des schweizerischen Strafgesetzbuches. Diese Garantie, nicht ans Ausland ausgeliefert zu werden, ist besonders bedeutsam, wenn der ausländische Staat kein faires Strafverfahren oder wenn er die Todesstrafe für das betreffende Delikt kennt.
- 310 Mit dem nationalen Bürgerrecht ist in der Regel die **Militärdienstpflicht** verbunden, vor allem aber sind damit die **politischen Rechte** verknüpft. Intern-schweizerisch sind die politischen Rechte, insbesondere das Stimmrecht in kantonalen und in Gemeindeangelegenheiten, mit dem Schweizer Bürgerrecht und mit dem Wohnsitz in Kanton und Gemeinde verknüpft. Das Kantons- und Gemeindebürgerrecht spielt für die Ausübung der politischen Rechte dagegen keine Rolle.
- 311 Die **Steuerpflicht** wird von den meisten Nationen an den Wohnsitz geknüpft. Wichtigste Ausnahme machen die USA, die eine Besteuerungskompetenz für alle US-Bürger beanspruchen, auch wenn diese Bürger ihren Wohnsitz ausserhalb der USA haben.

8. Kapitel Wohnsitz der natürlichen Personen (Art. 23-26 ZGB)

A. Zweck der gesetzlichen Regelung

Wie bereits erwähnt, dient auch der Begriff des Wohnsitzes dazu, im schweizerischen Inland die örtlichen Kompetenzen und Amtspflichten staatlicher Organe (Administrativbehörden, Gerichte) in Bezug auf natürliche Personen zu definieren. 312

Im Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (SR 291) wird der Begriff des Wohnsitzes hingegen selbständig definiert¹⁴⁶. Die Wohnsitzregeln der Art. 23-26 ZGB werden damit auf den intern-schweizerischen Gebrauch eingeschränkt. 313

Neben dem privatrechtlichen Wohnsitzbegriff des ZGB gibt es diverse analoge öffentlichrechtliche Begriffe. Es dient der terminologischen Klarheit, im öffentlichen Recht den Begriff des Wohnsitzes zu vermeiden und stattdessen den Begriff des *Domizils* zu verwenden¹⁴⁷. So spricht man insbesondere von den Steuerdomizilen. 314

Wo Erlasse des öffentlichen Rechts auf Art. 23 ff. ZGB verweisen, muss der Wohnsitzbegriff unter Berücksichtigung der Funktion ausgelegt werden, der er im öffentlichrechtlichen Zusammenhang dient. 315

B. Der Inhalt der gesetzlichen Regelung im Überblick

Art. 23 Abs. 1 ZGB definiert den Wohnsitz einer Person mit dem *Ort, an dem sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält*. 316

¹⁴⁶ Vgl. Abs. 20 Abs. 2 IPRG: «Die Bestimmungen des Zivilgesetzbuches über Wohnsitz und Aufenthalt sind nicht anwendbar.»

¹⁴⁷ Vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 09.14 ff.

- 317 Mit den Begriffen des Aufenthalts und der Absicht des dauernden Verbleibens will der Gesetzgeber Lebensrealitäten begrifflich erfassen, die von Fall zu Fall stark variieren können. Das gesetzgeberische Ziel geht dahin, für jede Person eine eindeutige örtliche Anknüpfung zu definieren, und dies in einer Welt der individuellen Mobilität, in welcher viele Menschen praktisch dauernd unterwegs sind.
- 318 Die Judikatur hat wegen der Mobilität der Menschen einen weiteren Begriff entwickelt, nämlich denjenigen des «*Lebensmittelpunktes*» bzw. des «*Mittelpunktes der Lebensbeziehungen*». Der Begriff des Lebensmittelpunktes vermag auch Sachverhalte zu fassen, die der Schwalbe und ihrem Nest nahekommen, Verhältnissen also, bei denen eine Person um einen örtlichen Punkt wie um ein Gravitationszentrum kreist. Ein solcher Lebensmittelpunkt kann wie ein Ankerplatz auch dann bestehen, wenn die Person die meiste Zeit auswärts unterwegs ist. Der Begriff des Lebensmittelpunktes leistet seine Dienste insbesondere dann, wenn eine Person eine klare örtliche Verankerung hat, aufgrund ihrer mobilen Lebensweise aber nirgends, auch nicht an ihrem Ankerplatz, für längere Zeit anzutreffen ist, sich also nirgends dauerhaft aufhält und erst recht keine Absicht hat, an irgendeinem Orte während längerer Zeit zu verbleiben.
- 319 Da das Bundesgericht den *Aufenthalt* im Sinne von Art. 23 Abs. 1 ZGB als *Wohnaufenthalt* (entsprechend dem Begriff des *Wohn-Sitzes*) definiert hat¹⁴⁸, und da «*Wohnen*» in erster Linie das Bewohnen von Räumen *zum Zwecke der Übernachtung* meint, kann konkretisierend gesagt werden, jemand habe seinen «*Aufenthalt*» im Sinne des Wohnsitzbegriffs dort, wo er für längere Zeit in einem bewohnbaren Raum über eine *Schlafgelegenheit* verfügt. Für die überwiegende Mehrheit der schweizerischen Bevölkerung ist dies der Ort, an dem jemand in eigenen oder gemieteten Wohnräumen, allein oder mit anderen Personen zusammen, über ein *Schlafzimmer* verfügt. In der stabilen, jederzeit benutzbaren Schlafgelegenheit konkretisiert sich für die meisten Menschen auch deren Absicht dauernden Verbleibens¹⁴⁹.
- 320 Für Personen, die *an mehreren Orten* über eine permanente Schlafgelegenheit verfügen oder die *nirgends* über eine solche verfügen (siehe die Beispiele in Ziff. 333), erhält das zweite Requisit von Art. 23 Abs. 1 ZGB,

¹⁴⁸ Vgl. BGE 96 I 145 ff. E. 4c.

¹⁴⁹ Es ist wohl einer gewissen Prüderie von Gerichten und Autoren zuzuschreiben, dass das offensichtlich zentrale Element der jederzeit verfügbaren Schlafgelegenheit in den Urteilen und Lehrmeinungen zum Wohnsitzbegriff konsequent unerwähnt bleibt.

nämlich die *Absicht dauernden Verbleibens*, eine selbständige Bedeutung. Für die Ermittlung dieser Absicht wird in der Praxis nicht auf den (unbeweisbaren) inneren Willen einer Person, sondern vor allem auf die äusseren Umstände abgestellt, aus denen sich die Absicht typischerweise erkennen lässt. Die Absicht des dauernden Verbleibens muss für Dritte *erkennbar* sein¹⁵⁰. Dies ist regelmässig bezüglich jenes Ortes der Fall, an dem eine Person *den Mittelpunkt ihrer Lebensbeziehungen* bzw. ihren *Lebensmittelpunkt* hat.

Bei *Personen mit Familie* gilt als **Lebensmittelpunkt** der Aufenthaltsort der Familie, nicht der Arbeitsort. Als Familie gilt der Ehepartner, mit oder ohne Kinder. Auch dauerhafte Partnerschaften Unverheirateter haben unter Wohnsitzaspekten Familienqualität, im Gegensatz zu blossen Wohngemeinschaften. Alleinerziehende haben ihren Wohnsitz an jener Adresse, an der sie zusammen mit ihren Kindern über eine Schlafgelegenheit verfügen. Eltern und Geschwister können für eine Person auch nach Erreichen des Mündigkeitsalters während einer beschränkten Zeit als ihre Familie gelten. Das blosses Vorhandensein eines eigenen Schlafzimmers im Elternhaus genügt jedoch nicht, um den Wohnsitz des erwachsenen Kindes in der Wohnung seiner Eltern fortbestehen zu lassen. Ein solches Arrangement verliert seine wohnsitzrechtliche Bedeutung, sobald eine erwachsene Person an ihrem Arbeitsort oder sonstwo über eine komfortablere Schlafgelegenheit verfügt – und erst recht, wenn sie dort mit einem Lebenspartner zusammenzuleben beginnt¹⁵¹. 321

Bei *Personen ohne Familie* wird für die Ermittlung des Lebensmittelpunkts demnach eher auf ihre beruflichen und gesellschaftlichen Beziehungen abgestellt. Bedeutsamstes Indiz ist der Arbeitsplatz, sofern sich Wohn- und Arbeitsadresse in örtlicher Nähe befinden¹⁵². Weitere Indizien sind bei 322

¹⁵⁰ So BGE 97 II 1 (3).

¹⁵¹ Das «*domicile shopping*» kommt fast nur im Steuerrecht vor: Manche Leute versuchen aus Motiven der Steuerersparnis ihr Hauptsteuerdomizil an jenem Ort nachzuweisen, an dem die Steuersätze für sie besonders günstig sind. Die Regeln für das Hauptsteuerdomizil natürlicher Personen können zwar nicht direkt auf die Bestimmung des realen Wohnsitzes gemäss Art. 23 ZGB übertragen werden, haben aber doch einen illustrativen Nutzen.

¹⁵² Eine alleinstehende Person, die im Elternhaus in der Gemeinde X über ein Schlafzimmer verfügt, in der Stadt Y arbeitet und in der nahen Vorortsgemeinde Z eine Zweizimmerwohnung gemietet hat, hat den realen Wohnsitz in Z; die Beziehung zu den Eltern hat in einem solchen Falle nicht mehr Familienqualität. - Ähnlich BGE 123 I 289: Ein alleinstehender Pendler mit eigenem, selbstbewohntem Haus im Kanton Thurgau und Arbeitsort Zürich, der viele Wochenenden auf dem Hof seines Bru-

schweizerischen Staatsangehörigen die Schriftenhinterlegung, die Anerkennung eines Ortes als Steuerdomizil (d.h. das tatsächliche Bezahlen von Steuern am betreffenden Ort) sowie die Ausübung der politischen Rechte, bei Ausländern das Vorhandensein der Niederlassungs- oder Aufenthaltsbewilligung, ferner bei Schweizern und Ausländern der Komfort der benützten Wohnungen, die Langfristigkeit des Wohnungsmietvertrags oder gar das Wohnen im eigenen Haus, die Benützung der Wohnung als Zustelladresse für persönliche Post, Zeitungen und Zeitschriften, der Telefonanschluss sowie die Mitgliedschaft in Ortsvereinen¹⁵³.

- 323 Das bisher Gesagte führt zu folgenden **Faustregeln für die Bestimmung des realen**¹⁵⁴ **Wohnsitzes**: Wer nur eine einzige permanente Schlafgelegenheit hat, hat dort seinen realen Wohnsitz. Wer mehrere solche Schlafgelegenheiten hat, wohnt dort, wo er die Absicht des dauernden Verbleibens hat. Diese Absicht wird objektiv, nämlich aufgrund des Lebensmittelpunktes ermittelt. Der Lebensmittelpunkt befindet sich am Familienort. Mangels einer Familie ist auf die örtliche Nähe der Schlafgelegenheit zum Arbeitsort abzustellen¹⁵⁵, mangels dieses Indizes auf die erwähnten Hilfs-Indizien von der Schriftenhinterlegung bis zur Mitgliedschaft in Ortsvereinen.
- 324 Zum Erreichen einer klaren Ordnung postuliert das ZGB die beiden Grundsätze (a) der **Einheit des Wohnsitzes** und (b) der **Notwendigkeit des Wohnsitzes**. Der erstgenannte, in Art. 23 Abs. 2 ZGB kodifizierte Grund-

ders in einer zürcherischen Landgemeinde verbringt, hat seinen Wohnsitz im Kanton Thurgau; die Beziehung zum Bruder hat nicht Familienqualität.

¹⁵³ Vgl. ZGB-STAEHELIN (1996), Art. 23, N 23.

¹⁵⁴ Der in der vorliegenden Arbeit eingeführte Begriff des «realen Wohnsitzes» entspricht keiner anerkannten Terminologie, eignet sich aber didaktisch zur Abgrenzung vom «fiktiven Wohnsitz» gemäss Art. 24 ZGB. Der zweitgenannte Begriff ist allgemein gebräuchlich. Man könnte statt vom «realen» auch vom «tatsächlichen» Wohnsitz sprechen. Die Verwendung eines solchen klärenden Zusatzes ist wichtig, um in der Behandlung von Wohnsitzfragen Missverständnisse zu vermeiden. Missverständlich ist beispielsweise der Wortlaut von Art. 24 ZGB. Diese Bestimmung ist folgendermassen zu lesen: «Der einmal begründete *reale* Wohnsitz einer Person bleibt *nach Abbruch des dortigen Aufenthaltes als fiktiver Wohnsitz* bestehen bis zum Erwerbe eines neuen *realen* Wohnsitzes. Ist ein früher begründeter *realer* Wohnsitz nicht nachweisbar oder ist ein im Ausland begründeter *realer* Wohnsitz aufgegeben und in der Schweiz kein neuer *realer* Wohnsitz begründet worden, so gilt der Aufenthaltsort als *fiktiver* Wohnsitz.»

¹⁵⁵ Die Kantone beginnen zunehmend, das Hauptsteuerdomizil von über dreissigjährigen Personen ohne Familie am Arbeitsort anzunehmen, bzw. genauer *am Ort jener permanenten Schlafgelegenheit, die sich in örtlicher Nähe vom Arbeitsort befindet*; vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 09.33 f.

satz bedeutet, dass man zur gleichen Zeit *nur einen einzigen Wohnsitz haben kann*. Der zweitgenannte, in Art. 24 ZGB kodifizierte Grundsatz bedeutet, dass man *notwendigerweise stets einen Wohnsitz haben muss*; fehlt es an einem realen Wohnsitz im Sinne von Art. 23 Abs. 1 ZGB, so gilt kraft Art. 24 ZGB ein fiktiver Wohnsitz¹⁵⁶.

Besonderes gilt für **Personen unter elterlicher Sorge und unter Vormundschaft**. Für sie gilt gemäss Art. 25 ZGB, ungeachtet ihres tatsächlichen Aufenthalts, der Wohnsitz der Eltern oder der Sitz der zuständigen Vormundschaftsbehörde (*nicht* der Wohnsitz des Vormundes!) als («abhängiger» oder «gesetzlicher») Wohnsitz. 325

Besonderes gilt auch für Personen, die sich an einem Ort zu einem **Sonderzweck aufhalten**. Die Einquartierung an einem Ort zu bestimmten Sonderzwecken begründet kraft der ausdrücklichen Vorschrift von Art. 26 ZGB keinen Wohnsitz. Stattdessen dauert der bisherige Wohnsitz fort. Solche Sonderzwecke sind insbesondere der Besuch einer Lehranstalt und die Unterbringung einer Person in einer Straf-, Erziehungs- oder Heilanstalt. 326

C. Die einzelnen Gesetzesbestimmungen

1. Art. 23 ZGB: Realer Wohnsitz

a) *Aufenthalt*

Der reale Wohnsitz einer natürlichen Person befindet sich am Ort, an dem sie sich mit der Absicht ihres dauernden Verbleibens aufhält, d.h. an der (Post-)Adresse, an der sie in eigenen oder gemieteten Räumen über eine permanente Schlafgelegenheit verfügt. In einer solchen Schlafgelegenheit konkretisiert sich der *Aufenthalt mit der Absicht dauernden Verbleibens*. 327

¹⁵⁶ HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 09.21, verwenden statt des Begriffspaares des realen und des fiktiven Wohnsitzes dasjenige des materialen und des formalen Wohnsitzes.

b) *Absicht des dauernden Verbleibens*

- 328 Die Absicht des Verbleibens muss gemäss dem Wortlaut des Gesetzes auf einen *dauernden* Aufenthalt gerichtet sein¹⁵⁷. «*Dauernd*» bedeutet «*bis auf weiteres*»¹⁵⁸, nicht «für immer» oder «lebenslänglich». Die Absicht, einen Ort später wieder zu verlassen, schliesst die Wohnsitzbegründung nicht aus. Es genügt der Wille, «*an dem Orte zu bleiben, bis durch jetzt nicht mit Bestimmtheit vorauszusehende Umstände eine Änderung des Aufenthaltes veranlasst werden kann*»¹⁵⁹.
- 329 Der Bezug einer Wohnung für eine *bestimmte, relativ kurze Zeit* (für eine einzige Saison oder für die Tätigkeit im Rahmen eines einzelnen, in weniger als einem Jahr¹⁶⁰ abzuschliessenden Projektes) begründet keinen neuen realen Wohnsitz; der bisherige Wohnort gilt weiterhin als Wohnsitz, und zwar als *realer* Wohnsitz, wenn die bisherige Wohnung nicht aufgegeben wurde und als Postzustelladresse weiterhin funktionsfähig bleibt, als *fiktiver* Wohnsitz, wenn die bisherige Wohnung aufgegeben wurde.

c) *Unmöglichkeit der Absicht des dauernden Verbleibens bei Urteilsunfähigkeit*

- 330 Die Absicht des dauernden Verbleibens ist nur dann wohnsitzbegründend, wenn sie von einer urteilsfähigen Person gehegt wird. An das Mass der Urteilsfähigkeit wird diesbezüglich jedoch kein strenger Massstab angelegt. So können Jugendliche und Kinder sowie schwachsinnige und geisteskrankte Personen die wohnsitzbegründende Absicht des dauernden Verbleibens

¹⁵⁷ Vgl. BK-UCHER (1976), N 22 zu Art. 23 ZGB.

¹⁵⁸ So HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 09.29, mit Verweis auf BGE 113 II 8, 99 V 206, 49 I 193 und 23 I 81.

¹⁵⁹ So BGE 49 I 193: Das Bundesgericht nahm den Wohnsitz eines russischen Emigranten in Paris an, wo dieser sich nach dem Ersten Weltkrieg seit einem Jahr ununterbrochen aufgehalten hatte, obwohl er die Absicht hatte, sofort nach einer Änderung der politischen Lage in Russland dorthin zurückzukehren.

¹⁶⁰ Das Kriterium der Jahresfrist, bzw. die Annahme der Wohnsitzbegründung beim Bezug einer Wohnung für mehr als ein Jahr und umgekehrt deren Verneinung bei Wohnungnahmen für einen voraussichtlich kürzeren Zeitraum ist in der Lehre und Judikatur nicht verankert und kann hier nur als didaktischer Beurteilungshilfe verstanden werden.

haben, sofern ihr Geisteszustand eine entsprechende Willensbildung noch zulässt¹⁶¹.

Der dauernde Verlust der Urteilsfähigkeit führt zur Unmöglichkeit, einen neuen realen Wohnsitz zu begründen. Gemäss Art. 24 Abs. 1 ZGB hat dies die Perpetuierung des bisherigen Wohnsitzes zur Folge. Bei Urteilsunfähigen, bei denen weder der bisherige noch ein abgeleiteter Wohnsitz Platz greift, muss der blosser Aufenthaltsort als (fiktiver) Wohnsitz gelten¹⁶². Ist die geistige Störung einer Person so schwer und nachhaltig, dass die Fähigkeit zur Wohnsitzbegründung fehlt, so dürften auch die faktischen Möglichkeiten zur Wohnungnahme fehlen; wird die Person entmündigt, so bestimmt sich ihr Wohnsitz nach Art. 25 ZGB. 331

d) Einheit des Wohnsitzes (Art. 23 Abs. 2 ZGB)

Der Grundsatz der Einheit des Wohnsitzes (Art. 23 Abs. 2 ZGB) bedeutet: Niemand kann mehr als einen einzigen Wohnsitz haben. Wer an mehreren Adressen gleichzeitig über eine Schlafgelegenheit verfügt, hat seinen Wohnsitz an jener Adresse, an der sich sein *Lebensmittelpunkt* befindet. 332

Wer über **keine Schlafgelegenheit in eigenen oder gemieteten Räumen** verfügt, sondern in wechselnden Hotelzimmern, im Wohnmobil oder im Zelt logiert oder längerfristig obdachlos ist, hat seinen realen Wohnsitz in der Ortsgemeinde, in der er sich während längerer Zeit überwiegend aufhält. Fehlt es an einem solchen Ort, so besteht kein realer Wohnsitz. 333

e) Der Wohnsitz gemäss Art. 30 Abs. 2 BV, Art. 3 GestG und Art. 46 SchKG

Die Gerichtsstandsgarantie von Art. 30 Abs. 2 BV (= Art. 59 aBV), ferner die Vorschrift von Art. 3 des Gerichtsstandsgesetzes vom 24.3.2000 (GestG)¹⁶³ und schliesslich die Vorschrift, dass der Schuldner an seinem Wohnsitz betrieben werden muss (Art. 46 SchKG), verweisen auf den *rea-* 334

¹⁶¹ Vgl. BGE 65 II 97.

¹⁶² Vgl. BK-BUCHER (1976), N 32 zu Art. 23 ZGB.

¹⁶³ Art. 3 des GestG lautet (auszugsweise): «*Sieht dieses Gesetz nichts anderes vor, so ist zuständig: – für Klagen gegen eine natürliche Person das Gericht an deren Wohnsitz. ... Der Wohnsitz bestimmt sich nach dem Zivilgesetzbuch. Artikel 24 ZGB ist nicht anwendbar.*»

len Wohnsitz. Wer in der Schweiz keinen realen Wohnsitz hat, kann sich nicht auf diese Bestimmungen berufen, sondern muss akzeptieren, dass Amtshandlungen gegen ihn an jedem Ort ergriffen werden können, an denen er sich vorübergehend aufhält.

f) Der Vorbehalt der Geschäftsniederlassung (Art. 23 Abs. 3 ZGB)

- 335 Der Vorbehalt der Geschäftsniederlassung ist historisch begründet und ohne eigene Bedeutung. Er hält lediglich fest, dass eine Person neben ihrem Wohnsitz noch eine oder mehrere Geschäftsniederlassungen haben kann und dass hieran besondere Rechtsfolgen angeknüpft werden können¹⁶⁴. So gewährt das Gerichtsstandsgesetz (GestG) im Zusammenhang mit der Arbeitsvermittlung einen Gerichtsstand am Ort der Geschäftsniederlassung (Art. 24 GestG).
- 336 Eine Geschäftsniederlassung besteht in der Regel dort, wo eine Einzelperson, eine Personengesellschaft oder eine juristische Person einen Geschäftsbetrieb unterhält, der *auf längere Zeit mit einer gewissen organisatorischen Selbständigkeit besteht*.
- 337 Eine Geschäftsniederlassung liegt immer dann vor, wenn die Merkmale einer «Zweigniederlassung» im Sinne des Obligationenrechtes erfüllt sind. Die Geschäftsniederlassung kann aber auch mehr als eine blosser Zweigniederlassung sein: Sie kann unter den Begriff des Hauptsitzes fallen¹⁶⁵.
- 338 Zweigniederlassungen sind alle Geschäftsniederlassungen, «*die eine gewisse Selbständigkeit in wirtschaftlicher und geschäftlicher Beziehung aufweisen und organisatorisch so weit ausgebaut und unabhängig sind, dass sie jederzeit vom Hauptsitz losgelöst werden könnten*»¹⁶⁶. Für den Test wird die Hypothese aufgestellt, («... *dass sie vom Hauptsitz losgelöst werden könnten*»). Gemeint ist dabei nicht, dass die Zweigniederlassung ohne Unterstützung durch den Hauptsitz tatsächlich lebensfähig ist, sondern dass sie Strukturen aufweist, wie sie selbständig lebensfähige Betriebe typischerweise haben (eigenes Personal, eigene Räume, Warenlager, hierarchische Entscheidungsstrukturen etc.).

¹⁶⁴ Vgl. ZGB-STAEHELIN (1996), Art. 23, N 32, mit Verweis auf BGE 55 I 129 f.

¹⁶⁵ Vgl. diesen Begriff in Art. 837 Abs. 3, 935 OR; Art. 71-77 HRegV.

¹⁶⁶ Vgl. diese Formel in BGE 103 II 199.

2. Art. 24 ZGB: Fiktiver Wohnsitz

Wer einen realen Wohnsitz hatte, die dortige Wohnung aber aufgab, ohne einen neuen realen Wohnsitz zu begründen, hat in der Ortsgemeinde des bisherigen realen¹⁶⁷ Wohnsitzes fortan seinen fiktiven Wohnsitz. 339

Fahrende, die nie einen nachweisbaren realen Wohnsitz hatten, können für Betreibungen und ähnliche Amtshandlungen an jedem Ort ergriffen werden, an dem sie angetroffen werden. Ein solcher Ort kann für den genannten Zweck als fiktiver Wohnsitz gelten. Wer dagegen als Fahrender vom Staat Leistungen, insbesondere Armenunterstützung fordert, muss dies entweder am fiktiven Wohnsitz im Sinne des früheren realen Wohnsitzes oder, wenn ein solcher nicht vorhanden ist, am heutigen Ort, an dem er sich *mit einer gewissen Nachhaltigkeit aufhält*, tun. Fehlt es an beidem, so braucht kein Gemeinwesen die Unterstützungszuständigkeit anzuerkennen¹⁶⁸. 340

Andererseits hat im letztgenannten Fall auch kein Gemeinwesen die Besteuerungszuständigkeit für Einkommen und Vermögen. Wer ohne permanentes Standquartier dauernd zwischen Gebieten mit unterschiedlicher hoheitlicher Zuständigkeit unterwegs ist, entgeht der Besteuerung. 341

Während der reale Wohnsitz eine (Post-)Adresse meint, verweist der fiktive Wohnsitz bloss auf eine (Einwohner-)Gemeinde. 342

Das Weiterbestehen eines bisherigen Wohnsitzes nach Art. 24 Abs. 1 ZGB gilt nach der Abreise an einen anderen Ort nur dann, wenn am bisherigen Wohnsitz die Verankerung bzw. die relevanten physischen Voraussetzungen hierfür *abgebrochen* wurden. Ist dies nicht der Fall, so dauert der bisherige Wohnsitz als **realer** Wohnsitz weiter, nicht als fiktiver. Dies gilt für jemanden, der an einem neuen Ort für eine bestimmte, relativ kurze Zeit eine Zweitwohnung bezieht, ohne die am bisherigen realen Wohnsitz vorhandene Wohnung aufzugeben. 343

Ein wichtiges Indiz für die fortdauernde Verankerung und damit für das Weiterbestehen des **realen** Wohnsitzes ist die *postalische Erreichbarkeit* an 344

¹⁶⁷ Art. 24 Abs. 1 ZGB verwendet den Begriff des Wohnsitzes im Sinne von Art. 23 ZGB, d.h. im Sinne des «realen Wohnsitzes», nicht im Sinne des «fiktiven Wohnsitzes» gemäss Art. 24 Abs. 2 ZGB. – Vgl. den entsprechenden Hinweis auch bei BK-UCHER (1976), N 5 zu Art. 24 ZGB.

¹⁶⁸ Vgl. den Fall von Fahrenden, die erfolglos versucht hatten, im Kanton Schwyz Kinderzulagen zu erhalten, VGE SZ vom 27.5.1981, EGVSSZ-1981 S. 45-48, ferner den älteren Bundesgerichtsentscheid 87 II 11.

der bisherigen Adresse. Wer also auf unbestimmte Zeit ins Ausland verreist, dort an verschiedenen Orten Arbeit sucht oder als Tourist ferne Länder besichtigt, am bisherigen Aufenthaltsort aber seine Wohnung und Postzustelladresse beibehält, ist am bisherigen Orte weiterhin gemäss Art. 23 ZGB, nicht gemäss Art. 24 Abs. 1 ZGB, wohnhaft. Art. 24 Abs. 1 ZGB kommt erst zum Tragen, wenn jemand seine Wohnung auflöst und am bisherigen Wohnort keine relevante Verankerung mehr beibehält. Nur dann ist das Fortdauern des Wohnsitzes am bisherigen Ort ein fiktives.

3. Art. 25 ZGB: Abhängiger Wohnsitz («gesetzlicher Wohnsitz»)

- 345 Die identischen Begriffe des «unselbständigen», «abhängigen», «abgeleiteten» oder «gesetzlichen Wohnsitzes» beschreiben die vom Gesetz vorgesehene örtliche Zuordnung nichtselbständiger Personen.
- 346 Der Wohnsitz von *Kindern unter elterlicher Sorge* befindet sich am Wohnsitz der Eltern, resp. jenes Elternteils, in dessen tatsächlicher Obhut sich das Kind befindet.
- 347 Bevormundete¹⁶⁹ Personen haben ihren Wohnsitz am Sitz der Vormundschaftsbehörde (*nicht* am Wohnsitz des Vormunds!). Diese Regelung gilt nicht für Verbeiratete und Verbeiständete gemäss Art. 392-397 ZGB. Für diese Personen gelten Art. 23 und Art. 24 ZGB.
- 348 Aus dem Wortlaut von Art. 25 Abs. 1 ZGB ergibt sich die Möglichkeit eines selbständigen Wohnsitzes des Kindes, wenn es sich nicht unter der Obhut der Inhaber der elterlichen Sorge befindet. Die elterliche Obhut endet namentlich, wenn das Kind langfristig bei einer Pflegefamilie untergebracht wird, ferner auch dann, wenn es sich in beruflicher Selbständigkeit in eigenen Wohnräumen einrichtet. Hingegen wirkt der auswärtige Schul-, Lehrstellen- und Internatsbesuch gemäss der ausdrücklichen Vorschrift von Art. 26 ZGB nicht wohnsitzbegründend. Die minderjährige Person, die sich im Sinne von Art. 26 ZGB in einer Anstalt aufhält, behält den abgeleiteten Wohnsitz am Orte des Wohnsitzes der Inhaber der elterlichen Sorge.

¹⁶⁹ Vgl. die Übersicht der vormundschaftlichen Massnahmen in Ziff. 188 f.

4. Art. 26 ZGB: Keine Wohnsitzbegründung bei Aufenthalten zu Sonderzwecken

a) Grundsatz

Wer von einem bisherigen realen, fiktiven oder abhängigen Wohnsitz kommt und sich an einem andern Ort eine regelmässige Übernachtungsmöglichkeit verschafft, um eine Lehranstalt zu besuchen, oder wer in einer Anstalt untergebracht wird, begründet am neuen Übernachtungsort in der Nähe oder innerhalb dieser (Lehr-)Anstalt keinen Wohnsitz, sondern behält seinen bisherigen Wohnsitz bei. – Zweck dieser Regelung ist vor allem, jene Kantone und Gemeinden, die Lehr- und Heilanstalten mit überregionaler Bedeutung führen, nicht für die auswärtigen Studierenden und Patientinnen stipendien- und fürsorgepflichtig werden zu lassen¹⁷⁰. 349

Das Gesagte gilt allerdings nicht absolut, sondern ist innerhalb der folgenden Fallgruppen aufgrund der konkreten Umstände zu beurteilen. 350

b) Schüler und Studierende

Für mündige Schüler, Lehrlinge und Studierende schafft Art. 26 ZGB lediglich die *Vermutung*¹⁷¹, der Einzug in die neue Übernachtungsstätte bedeute keine Verlegung des Lebensmittelpunktes¹⁷². 351

Lebt am bisherigen Wohnsitz weiterhin die Familie der betreffenden Person, so bewirkt die Wohnsitzverlegung der Familie auch die entsprechende Verlegung des Wohnsitzes der zum Sonderzweck andernorts wohnenden Person. Verlegen also die Eltern eines ETH-Studenten, der für die Dauer seines Studiums in Zürich wohnt, ihren Wohnsitz von Basel nach Bern, so wechselt der Wohnsitz des Studenten ebenfalls von Basel nach Bern¹⁷³. 352

Die erwähnte Vermutung ist *widerlegbar*. Wird nachgewiesen, dass die Person die Beziehungen zum bisherigen Wohnsitz abgebrochen hat und am neuen Übernachtungsort einen neuen Lebensmittelpunkt begründet hat, so ist dort ein neuer Wohnsitz begründet. Dies ist insbesondere der Fall, wenn 353

¹⁷⁰ So HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 09.38.

¹⁷¹ Zum beweisrechtlichen Begriff der natürlichen und der gesetzlichen Vermutungen vgl. Ziff. 134 und dortige Fussnote.

¹⁷² Vgl. BK-BUCHER (1976), N 3 zu Art. 26 ZGB.

¹⁷³ Vgl. diesen Fall bei ZGB-STAEHELIN (1996), Art. 23, N 22.

Studierende in eheähnlicher Gemeinschaft zusammenleben oder wenn sie heiraten. In diesen Fällen muss als Lebensmittelpunkt der Ort der neuen Lebensgemeinschaft, nicht derjenige der elterlichen Familie gelten¹⁷⁴.

- 354 Wird ein *unter elterlicher Sorge stehendes Kind* während des auswärtigen Anstaltsbesuchs *volljährig*, so entfällt die Wirksamkeit von Art. 25 ZGB. In solchen Situationen bestimmt sich der Wohnsitz des Anstaltsbesuchers nach seinem tatsächlichen Lebensmittelpunkt.
- 355 Da sich die tatsächlichen Verhältnisse einer objektiven Beweiserhebung weitgehend entziehen und da Betreibungs- und Steuerämter bezüglich der vorhandenen oder nicht mehr vorhandenen Kontakte zum Elternhaus gezwungenermassen auf die Behauptungen der betreffenden Person abstellen müssen, hat es diese Person bis zu einem gewissen Grade in der Hand, ihren Wohnsitz im Sinne einer Vorteilsabwägung (insbesondere gemäss den Steuersätzen am einen und anderen Ort) zu wählen bzw. zu manipulieren.
- 356 Der *politische Wohnsitz* bestimmt sich unabhängig vom zivilrechtlichen Wohnsitz. Art. 1 lit. b der Verordnung über die politischen Rechte (SR 161.11) bestimmt, dass Studierende am Studienort politischen Wohnsitz haben und dort ihre politischen Rechte, insbesondere das Stimmrecht, ausüben können, auch wenn der Studienort nicht dem zivilrechtlichen Wohnsitz entspricht. Unter Studienort ist der Ort der permanenten Schlafgelegenheit in örtlicher Nähe zur Lehranstalt gemeint; die aus einer Tessiner Familie stammende Studentin, die in Basel studiert und zu diesem Zweck in Binningen ein Zimmer mietet, übt ihre politischen Rechte in Binningen aus.

c) Alte und kranke Menschen in Alters-, Pflegeheimen und Kliniken

- 357 Mit der im Gesetz erwähnten «*Unterbringung einer Person*» in einer Erziehungs-, Versorgungs-, Heil- oder Strafanstalt ist der *unfreiwillige* Anstaltsaufenthalt gemeint. Diese Unfreiwilligkeit, die etwa beim Antritt einer Gefängnisstrafe in der Natur der Sache liegt, geht einher mit der fehlenden «Absicht dauernden Verbleibens». Wer zwangsweise in eine Anstalt eingewiesen wird, hat diese Absicht nicht. Für eine solche Person besteht der

¹⁷⁴ Vgl. einen solchen Fall im Entscheid des Verwaltungsgerichts Luzern vom 28.6.1979, SJZ 76 Nr. 11, S. 137 f.

bisherige Wohnsitz weiter, und zwar auch dann, wenn die Person ihren Lebensmittelpunkt in die Anstalt verlegt¹⁷⁵.

Beim längerfristigen bzw. auf unbestimmte Zeit beabsichtigten Aufenthalt *betagter* oder *terminal kranker Personen ohne Familie und ohne eigenen Haushalt* in Kliniken, Alters- und Pflegeheimen ist folgende Unterscheidung zu beachten: 358

Wohnsitzbegründend ist der Eintritt in die Anstalt, wenn die Person die freie Wahl zwischen verschiedenen Anstalten hat. Das ist bei gewöhnlichen Alters- und Pflegeheimen regelmässig der Fall. Freie Anstaltswahl ist nicht «Unterbringung» im Sinne von Art. 26 ZGB. Urteilsfähige und mündige Personen können sich im Alters- oder Pflegeheim also einen Lebensmittelpunkt schaffen und damit Wohnsitz begründen¹⁷⁶. 359

Keinen Wohnsitz begründet dagegen der Eintritt in eine spezialisierte Klinik, wenn die Patientin wegen ihres Leidens gezwungen ist, die Dienste gerade dieser Klinik in Anspruch zu nehmen und insofern keine freie Anstaltswahl hat. Das Fehlen der freien Anstaltswahl kommt der «Unterbringung» gleich¹⁷⁷. 360

Diese Regelung diente ehemals dazu, Gemeinden mit spezialisierten Kliniken davor zu verschonen, die im Terminalstadium, d.h. auf Lebenszeit eintretenden Patientinnen finanziell unterstützen zu müssen. Seit dem Inkrafttreten des ZUG¹⁷⁸ begründet der Anstaltsaufenthalt aber auch dann, wenn er freiwillig ist, nie einen öffentlichrechtlichen Unterstützungsanspruchs. 361

¹⁷⁵ So ZGB-STAEHELIN (1996), Art. 26, N 2.

¹⁷⁶ Vgl. ZGB-STAEHELIN (1996), Art. 26, N 7.

¹⁷⁷ So zutreffend die Äusserung der Sanitätsdirektion ZG vom 23.4.1979 betreffend Wohnsitz ausserkantonaler chronisch Kranker in Zuger Sanatorien, ZGGVP 1979 Nr. 80, S. 127.

¹⁷⁸ Bundesgesetz über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger vom 24.6.1977, SR 851.1.

D. Einzelne Kategorien von Personen

1. Pendler, Wochenaufenthalter und Personen mit alternierendem Aufenthalt

- 362 Fallen Arbeitsort und Wohnort (d.h. Ort der regelmässigen Übernachtung) auseinander, so bestimmt, wie vorne gesagt, der Übernachtungsort den Wohnsitz, sofern die Person mit einer gewissen Regelmässigkeit dorthin zurückkehrt. Dies gilt sowohl bei täglicher Rückkehr («*Pendler*»)¹⁷⁹ als auch für Personen, die nur übers Wochenende zu ihrer Familie oder ihren Eltern zurückkehren («*Wochenaufenthalter*»), wobei in letzterem Fall der Übernachtungsort am Wochenende den Lebensmittelpunkt bildet. Wer also fünf Tage pro Woche in Basel arbeitet und hier in einer Pension oder in einem möblierten Zimmer übernachtet, das Wochenende aber in Bern bei seiner dort lebenden Familie verbringt, hat seinen Wohnsitz in Bern¹⁸⁰.
- 363 Die Wohnungnahme am Arbeitsort ist dagegen wohnsitzbegründend für einen Nichtverheirateten, der nur in den Ferien zu seinen Eltern zurückkehrt¹⁸¹, ferner bei einem Ehepartner, der infolge faktischer Trennung nicht mehr regelmässig zum anderen Partner zurückkehrt.
- 364 Auch bei alternierendem Aufenthaltsort besteht nur ein einziger Wohnsitz¹⁸². Massgebend ist jener Ort, zu dem die Person die intensiveren Beziehungen hat¹⁸³. Von alternierendem Aufenthalt spricht man dann, wenn eine alleinstehende Person oder eine Person mitsamt ihrer Familie etwa die Hälfte ihrer Zeit am einen Ort, die andere Hälfte an einem anderen Ort verweilt, im Gegensatz zum hienach erwähnten Saisonnier, der sich in der

¹⁷⁹ So BGE 59 III 4.

¹⁸⁰ Vgl. BGE 88 III 138, 57 I 419 ff., 47 I 159; ZGB-STAEHELIN (1996), Art. 23, N 11 ff.; BK-BUCHER (1976), N 48 zu Art. 23 ZGB.

¹⁸¹ Vgl. Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht (MbVR) 37 Nr. 69 S. 151..

¹⁸² Vgl. ZGB-STAEHELIN (1996), Art. 23, N 31.

¹⁸³ In BGE 91 I 8 ging es um einen Fall von Wanderbauern im Kanton Wallis, die zur Bewirtschaftung ihrer Güter, je nach Jahreszeit, in St. Luc oder in der Gegend von Sierre wohnten. Aufgrund der Analyse der Umstände entschied sich das Bundesgericht für den Wohnsitz St. Luc. – In BGE 47 I 159 ging es um einen Lehrer, der im Winter in einer Winterschule, im Sommer auf dem eigenen Anwesen arbeitete. Da der Mann am Orte des eigenen Anwesens sein Eigenheim bewohnte und dort zudem Familienangehörige hatte, entschied sich das Bundesgericht für diesen Ort als Wohnsitz.

Regel neun Monate pro Jahr allein in der Schweiz und drei Monate im Ausland bei seiner Familie aufhält.

2. Ehegatten

Ehegatten mit mehreren permanenten Schlafgelegenheiten organisieren ihr Zusammenleben meist so, dass der eine von ihnen Pendler oder Wochen-aufenthalter ist. Dann gilt das in Ziff. 362 Gesagte. Bemühen sich die Ehegatten dagegen um partnerschaftlich-symmetrische Lastenverteilung und treffen sie sich in gleicher Häufigkeit in der Wohnung der einen und des anderen, so haben sie zwei getrennte Wohnsitze¹⁸⁴. 365

3. Saisonniers

Wer als Saisonnier für weniger als 12 Monate ein einziges Mal in die Schweiz kommt, begründet hier keinen Wohnsitz. Wiederholt sich der Aufenthalt, so wird gemäss dem vorn Gesagten der Wohnsitz in der Schweiz vom zweiten Jahr an begründet, und zwar auch dann, wenn sich der Saisonnier «schwarz» in der Schweiz befindet, d.h. ohne fremdenpolizeiliche Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung¹⁸⁵. Der Wohnsitz eines Ausländers in der Schweiz ist vom Bestehen und der Art der fremdenpolizeilichen Bewilligung unabhängig¹⁸⁶. 366

4. Asylbewerber

Für Asylbewerber ist der Abbruch des Wohnsitzes im bisherigen Heimatland und die Absicht, nicht dorthin zurückzukehren, typisch. Damit geht die im Asylgesuch dokumentierte Absicht einher, für immer oder mindestens bis auf weiteres in der Schweiz zu bleiben. 367

Wohnt der Asylbewerber in einer *Kollektivunterkunft* (Asylantenheim, Zivilschutzanlage etc.), so besteht zwar die Absicht, später irgendwo in der Schweiz zu verbleiben, nicht aber die Absicht, in der Kollektivunterkunft 368

¹⁸⁴ Vgl. HAUSHEER/AEBI (1999), Ziff. 09.57 ff.

¹⁸⁵ So ZGB-STAEHELIN (1996), Art. 23, N 18 am Ende. – Zum Wohnsitz von italienischen Saisonniers in der Schweiz vgl. BGE 99 V 208.

¹⁸⁶ Vgl. BGE 89 II 113.

oder auch nur in der betreffenden Gemeinde zu verbleiben. Da sich die «Absicht dauernden Verbleibens» auf einen bestimmten Ort beziehen muss, fehlt es an dieser Absicht. Hingegen besteht ein «Aufenthalt» am Ort der Unterkunft und damit die erforderliche Grundlage für die Anwendung von Art. 24 ZGB. Der Asylbewerber hat demgemäss unabhängig vom Stand und den Chancen des Asylverfahrens am Ort seiner jeweiligen Unterbringung *fiktiven Wohnsitz* im Sinne von Art. 24 Abs. 2 ZGB¹⁸⁷.

- 369 Wohnt der Asylbewerber dagegen an einer Privatadresse in selber gemieteten Räumen oder lebt er zusammen mit einer Lebenspartnerin in Räumen, die dieser gehören oder von dieser gemietet sind, so hat der Asylbewerber m.E. *realen Wohnsitz* an der Privatadresse, und zwar wiederum unabhängig vom Stand und den Chancen des Asylverfahrens¹⁸⁸. Mit dem Bezug einer Privatwohnung, kombiniert mit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit oder der Eingehung einer Ehe oder eheähnlichen Partnerschaft, verfestigt sich die Rechtsstellung des Asylanten in der Schweiz.

¹⁸⁷ So der Entscheid des st. gallischen Departementes des Innern vom 25.3.1985, SGGVP 1985, Nr. 84, S.177 ff.

¹⁸⁸ Vgl. die abweichende Auffassung des Bundesgerichts in BGE 113 II 5, E. 2, wo das Bundesgericht dem in einer Privatwohnung mit einer Partnerin zusammenlebenden Asylbewerber zunächst realen Wohnsitz gemäss Art. 23 ZGB zuerkennt, im folgenden Absatz aber beifügt, nach Abweisung des Asylgesuchs liege bei gleichen äusseren Umständen ein fiktiver Wohnsitz im Sinne von Art. 24 Abs. 2 vor; in diesem Fall könne sich der Asylbewerber auf die «*Vermutung von Art. 24 Abs. 2 ZGB berufen*». – Zivilrechtlich überzeugt es nicht, den realen Wohnsitz mit der Abweisung des Asylgesuchs als aufgegeben zu qualifizieren. – Als eigentliches Fehlurteil ist der Entscheid des Regierungsrates GR vom 9.3.1987, RPGR 1987/8, Nr. 12 und SJZ 86 (1990), S. 45 f., zu bezeichnen, wo dem in Lebensgemeinschaft mit einer Schweizerin zusammenlebenden Asylbewerber nach der Abweisung seines Gesuchs nicht einmal mehr ein fiktiver Wohnsitz zugebilligt wurde. Der Entscheid war durch sachfremde Erwägungen beeinflusst, nämlich durch die Absicht des Gerichts, den Asylanten mit der Verneinung des Wohnsitzes in der Schweiz zur Beibringung eines Ehe-Anerkennungsaktes aus der Türkei zu zwingen und hiedurch seine Heirat mit einer Schweizerin hinauszuzögern bzw. der Heirat durch die vorgängige Ausschaffung zuvorzukommen. – Vgl. die Kritik dieses Entscheides auch bei ZGB-STAEHELIN (1996), Art. 23, N 19.

