

# **RECHT**

## **für Lehrkräfte für Wirtschaftsfächer**

### **Erster Teil:**

**Einleitung  
Rechtsgeschichte  
Strafrecht  
Prozessrecht  
Zivilgesetzbuch**

Prof. Dr. iur. Christian Brückner

Ausgabe 26.8.2015

**INHALT**

Vorbemerkung zur Didaktik des Rechtskunde-Unterrichtes	8
I. Einleitung	9
A. Das Recht als Technik sozialer Steuerung menschlichen Verhaltens	9
1. Die beiden Ziele aller sozialen Steuerung: Konfliktvermeidung und Koordination	9
2. Regel, Befehl	9
3. Sitte und Recht	12
B. Zuordnung von Eigenem: die subjektiven Privatrechte	13
1. Begriff des subjektiven Rechts	13
2. Verfügung über das Recht	14
3. Ausübung des Rechts	14
4. Die Hauptmerkmale der subjektiven Rechte	16
5. Die Übertragung subjektiver Rechte	17
6. Begriffliche Unterscheidung zwischen subjektivem Recht und Anspruch	17
C. Rechtsdenken als Regelbildung	18
D. Die drei Anforderungen an jede Rechtsnorm: Zweckmässigkeit, Rechtssicherheit, Gerechtigkeit	18
II. Hinweise zur Rechtsgeschichte; Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht	21
A. Zur Rechtsgeschichte	21
1. Ursprung im römischen Recht	21
2. Wiederentdeckung des corpus iuris ab dem 11. Jahrhundert in Italien	22
3. Rezeption des römischen Rechts als "Gemeines Recht" ab dem 15. Jahrhundert	22
4. Keine Rezeption in England	22
5. Das Vernunftrecht des 18. Jahrhunderts	22
6. Das Naturrecht	23
7. Mechanisch-kausales Systemdenken im 19. Jh.	26
8. Die Kodifikationen auf dem europäischen Kontinent	27
B. Die Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht	28
1. Unterschiedliche Regelungsbereiche	28
2. Historische Bedingtheit der Trennung von Privatrecht und öffentlichem Recht	28
3. Keine unterschiedlichen Wertmassstäbe, aber unterschiedliche Bedeutung der gleichen Rechtsge- danken	28
4. Unterschiedliche örtliche und zeitliche Wirkung	30
C. Überblick über ausgewählte Gebiete des öffentlichen Rechts	32
1. Staatsrecht	32
2. Verwaltungsrecht	32
3. Strafrecht	32
4. Völkerrecht	33
5. Kirchenrecht	33
D. Überblick über das schweizerische Privatrecht	34
1. Historisches	34
2. ZGB	34
3. OR	35
III. Strafrecht	37
A. Rechtsphilosophische Aspekte und geschichtliche Entwicklung	37
1. Revierverteidigung und Vergeltungstrieb	37
2. Zivilrechtliche und strafrechtliche Wiedergutmachung	38
3. Das Strafmonopol des Staates	39
4. Warum darf oder muss der Staat strafen?	39
5. Sichernde Massnahmen	41

6. Ergebnis	41
7. Terminologischer Nachtrag	41
B. Allgemeine Grundsätze des schweizerischen Strafrechts	42
1. Die Arbeitsweise der Strafgerichte	42
a) Die Strafpraxis als Subsumtion von Lebenssachverhalten unter gesetzliche Straftatbestände	42
b) Die Drei-Fragen-Probe des strafgerichtlichen Test-Rasters	43
2. Tatbestandsmässigkeit	44
a) Objektiver und subjektiver Tatbestand	44
b) Vorsätzliche, eventualvorsätzliche und fahrlässige Tatbegehung	45
c) Vollendete und versuchte Tatbegehung	46
3. Keine Rechtfertigung?	47
4. Schuld bzw. Verschulden	48
a) Grundsatz	48
b) Schuldausschliessungsgrund	48
c) Schuld minderungsgründe	49
d) Notwehr und Notstand als Schuld minderungs- oder Schuldausschliessungsgründe	49
e) Verzicht auf Bestrafung	49
f) Zusammentreffen mehrerer Delikte (sogenannte Konkurrenz, Art. 49 StGB)	50
5. Die Teilnahmeformen	50
6. Die Strafen	51
7. Bedingter Strafvollzug; vorzeitige Entlassung	52
C. Bemerkungen zu einzelnen Straftatbeständen	53
1. Tötungsdelikte	53
2. Abtreibung (Schwangerschaftsabbruch)	54
3. Gefährdung des Lebens, Aussetzung	54
4. Vermögensdelikte	55
5. Erpressung und Nötigung	57
6. Hehlerei und Geldwäscherei	57
7. Urkundendelikte	58
8. Bestechung (Korruption)	59
9. "Gewerbsmässige" Begehung von Vermögensdelikten	60
IV. Prozessrecht	65
A. Vorbemerkung	65
B. Der Zivilprozess	63
1. Grundsätze des Zivilprozesses	63
2. Schlichtungsverfahren (Art. 197-212 ZPO)	64
3. Hauptverfahren	64
4. Parteirollenbezeichnung im Zivilprozess und im Strafprozess	65
5. Klagentypen im Zivilprozess: Leistungsklage, Gestaltungsklage, Feststellungsklage	66
6. Prozessvoraussetzungen	67
C. Der Strafprozess	68
1. Phase 1: Polizeiliche Ermittlung	69
2. Phase 2: Untersuchung bzw. Voruntersuchung	69
3. Phase 3: Anklageerhebung	70
4. Phase 4: Hauptverhandlung	70
5. Phase 5: Urteilsberatung, Urteilsfällung, Urteilsöffnung	71
6. Phase 6: Weiterzug durch die Instanzen	71
D. Staatliche Verwaltungstätigkeit, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsverfahren	71
E. Nachtrag: Kritische Gedanken zur Rechtspflege in der Schweiz	73

V. Grundzüge des Zivilgesetzbuches (ZGB)	75
Erster Teil des ZGB: Einleitungsartikel und Personenrecht (Art. 1-89)	75
1. Kapitel: Die Einleitungsartikel	75
A. Das Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB)	75
B. Der gute Glaube (Art. 3 ZGB)	77
C. Die bundesrechtlichen Beweislastregeln (Art. 8 ZGB)	78
1. Prozessuale Wahrheit und persönliches Fürwahrhalten	78
2. Der Prozess als kontradiktorische Wahrheitsfindung	79
3. Die Prozessmaximen	79
4. Bedeutung von Art. 8 ZGB	80
5. Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung	80
6. Substanziierungspflicht	81
7. Prozessuale Vermutungen	81
8. Beweisen und Glaubhaftmachen	82
9. Unterscheidung von Tatsachenbehauptungen und Rechtsbehauptungen	82
D. Begriff und Bedeutung öffentlicher Urkunden (Art. 9 ZGB)	83
2. Kapitel: Person, Persönlichkeit, Rechtsfähigkeit	85
A. Person und Persönlichkeit als Rechtsbegriffe	85
B. Rechtsfähigkeit	85
1. Die Rechtsfähigkeit der natürlichen Personen (Art. 11 ZGB)	85
2. Die Rechtsfähigkeit der juristischen Personen	86
3. Kapitel: Anfang und Ende der Persönlichkeit	87
A. Zeitlicher Beginn der Rechtsfähigkeit, Art. 31 Abs. 1 und 2 ZGB, Art. 544 ZGB	87
1. Leben nach der vollendeten Geburt	87
2. Die Rechtsstellung des ungeborenen Kindes während der Schwangerschaft (Nasciturus)	87
B. Ende der Persönlichkeit (Art. 31 Abs. 1 ZGB)	87
1. Der Gesetzeswortlaut	87
2. Begriff des Todes	87
4. Kapitel: Handlungsfähigkeit natürlicher Personen	89
A. Begriffliches	89
1. Handlungsfähigkeit	89
2. Voraussetzungen der Handlungsfähigkeit	89
3. Urteilsfähigkeit	89
a) Die zwei Elemente der Urteilsfähigkeit	89
b) Urteilsfähigkeit und -unfähigkeit als temporäre Zustände	89
c) Relativität der Urteilsfähigkeit	90
4. Geschäftsfähigkeit und Deliktsfähigkeit	90
B. Einteilung der Menschen in drei Kategorien	90
C. Die Formen des Kindes- und des Erwachsenenschutzes	90
D. Das rechtliche Können	91
E. Höchstpersönliche Geschäfte und nicht-rechtsgeschäftliches Handeln	91
F. Vermutung der Urteilsfähigkeit	92
5. Kapitel: Personenstand und Wohnsitz	93
A. Begriff des Personenstandes	93
B. Abstammung	93
C. Die Namen der natürlichen Personen	94
D. Bürgerrecht	98
E. Wohnsitz der natürlichen Personen (Art. 23-26 ZGB)	95
1. Zweck der gesetzlichen Regelung	95
2. Der Inhalt der gesetzlichen Regelung im Überblick	95

6. Kapitel: Schutz der Persönlichkeit gegen Verletzungen (Art. 28-28I ZGB)	97
1. Grundsatz	97
2. Kein abstrakt definierbarer Begriff der Persönlichkeit	97
3. Katalog der wichtigsten geschützten Persönlichkeitsgüter	97
a) Schutz der Selbstbestimmung	97
b) Schutz der physischen Integrität	99
c) Schutz der psychischen Integrität	100
d) Schutz der Ehre bzw. der sozialen Geltung	100
e) Schutz des menschlichen Bildes	101
f) Schutz der wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit	101
4. Das Persönlichkeitsrecht als blosses Abwehrrecht	101
7. Kapitel: Der "interne" Schutz der Persönlichkeit (Art. 27 ZGB)	102
A. Art. 27 Abs. 1	102
B. Art. 27 Abs. 2: Vorbemerkungen	102
1. Art. 27 Abs. 2 als Generalklausel	102
2. Qualitative Kriterien: Entwürdigung / ungenügende Vorhersehbarkeit der Vertragswirkungen	102
3. Keine "ewigen" Verträge	103
8. Kapitel: Die juristischen Personen des ZGB: Verein und Stiftung	105
A. Der Verein (Art. 60-79 ZGB)	105
1. Gründung und Auflösung des Vereins	105
2. Vereinigungsfreiheit und Vereinsautonomie	107
3. Organisation	107
4. Aufteilung der "Legislativ"-Kompetenzen auf mehrere Organe	107
5. Die Vereinsversammlung (Mitgliederversammlung)	107
a) Einberufung der Vereinsversammlung	108
b) Durchführung der Vereinsversammlung	109
c) Exkurs: Urabstimmung und Zirkularbeschluss	111
6. Der Vorstand	112
a) Bestellung und Konstituierung des Vereinsvorstandes	112
b) Kompetenzen des Vereinsvorstandes	113
7. Revisionsstelle	114
8. Mitgliedschaft	114
B. Die Stiftung (Art. 80-89bis ZGB)	116
1. Begriff	116
2. Staatliche Aufsicht	117
3. Typen von Stiftungen	117
4. Zulässige Stiftungszwecke	117
Zweiter Teil des ZGB: Familienrecht (Art. 90-456)	118
1. Allgemeines	118
2. Die Institution der Ehe im Wandel der Anschauungen	118
3. Die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare	119
4. Die ehelichen Güterstände	120
a) Errungenschaftsbeteiligung	121
b) Gütergemeinschaft	122
c) Gütertrennung	122
5. Die Ehescheidung	123
6. Die Partnerschaft unverheirateter Paare	123
Dritter Teil des ZGB: Erbrecht (Art. 457-640)	125
A. Universalsukzession der Erben	125
B. Unterschied zwischen Erben und Vermächtnisnehmern	126
C. Die Erbberechtigung der Blutsverwandten	126
D. Die Erbberechtigung des Ehegatten	127

E. Die gewillkürte Erbfolge	128
1. Allgemeines	128
2. Letztwillige Verfügung und Erbvertrag	128
3. Pflichtteile und verfügbare Quote	129
4. Enterbung und Erbnunwürdigkeit	129
5. Bindungswirkung der Verfügungen von Todes wegen	130
6. Willensvollstrecker	130
F. Der Erbgang	130
1. Erwerb der Erbschaft	130
2. Ausschlagung	130
3. Erbengemeinschaft und Erbenvertreter	131
G. Die Erbteilung	131
1. Vorgängige güterrechtliche Auseinandersetzung	131
2. Bewertung und Zuteilung der Aktiven	132
3. Ausgleichung (Art. 626 ZGB)	132
H. Ungültigkeitsklage (Art. 519 ZGB)	133
I. Herabsetzungsklage (Art. 527 ZGB)	133
J. Der Eingriff des Sozialversicherungsrechts in die private Vermögensbildung	134
K. Der Eingriff des Fiskus in den Erbgang	134
Vierter Teil des ZGB: Sachenrecht (Zuordnung von Sachen zu Personen, Art. 641-977)	135
A. Begriffliches: Eigentum und beschränkte dingliche Rechte	135
B. Was ist "Sache" im Rechtssinn?	135
1. Die privatrechtliche Betrachtungsweise	135
2. Staatliche Hoheit, öffentliche und herrenlose Sachen	137
3. Beschränkter Gemeingebrauch von Wald und Flur	139
C. Bestandteile	139
D. Zugehör	140
E. Das Alleineigentum	140
F. Erwerb und Übertragung von Eigentum	141
1. Derivativer Eigentumserwerb	141
2. Originärer Eigentumserwerb	143
a) Ersitzung	144
b) Originärer Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten (anvertraute Sachen)	145
G. Nutzung einer Sache durch mehrere Personen	146
1. Mieter, Arbeitnehmer etc.	146
2. Nutzungsdienstbarkeiten: Allgemeines	146
3. Das Baurecht als wichtigste Nutzungsdienstbarkeit	147
4. Die Nutzniessung (Art. 745 ZGB)	148
5. Verbotsdienstbarkeiten	148
6. Öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkungen	149
7. Miteigentum	150
8. Stockwerkeigentum	150
a) Rechtliches Konzept	150
b) Reglement und reglementarische Sondernutzungsrechte	151
c) Organisation	152
9. Gesamteigentum	153
H. Pfandrechte	153
1. Überblick	153
2. Die Grundpfandrechte: Grundpfandverschreibung und Schuldbrief	154
3. Verschiedene Ränge von Grundpfandrechten	155
4. Das Bauhandwerkerpfandrecht (Art. 837 ZGB)	155
5. Gesetzliche Grundpfandrechte des öffentlichen Rechts (Art. 836 ZGB)	156
6. Das Fahrnispfand (Art. 884 ZGB)	156
7. Der Eigentumsvorbehalt	157
8. Das Retentionsrecht (Art. 895 ZGB)	158

I. Der Besitz	159
1. Unterscheidung von Eigentum und Besitz	159
2. Die Hauptfunktionen des Besitzes-Begriffs: Friedenssicherung und Rechtsübertragung	160
a) Friedenssicherung	160
b) Rechtsübertragung durch Besitzübertragung	160
3. Der petitorische Rechtsschutz ("Fahrnisklage") gemäss Art. 934 ZGB	161
J. Das Grundbuch	164
K. Die öffentliche Beurkundung von Grundstücksgeschäften	163

### **Vorbemerkung zur Didaktik des Rechtskunde-Unterrichtes**

- 1 Der Rechtskunde-Unterricht ist anregend und spannend, wenn die Lernenden von Anfang an dazu angehalten werden, das Recht selber zu "finden", d.h. *in eigener Kreativität auszudenken, welche sozialen Verhaltensregeln in konkreten Situationen am ehesten angemessen sind*. Es ist wichtig, dass die Lehrperson frühzeitig das Selbstvertrauen der Schüler weckt, zweckmässige und gerechte Regelungen selber finden und sprachlich zu formulieren.
- 2 Der Rechtskunde-Unterricht ist dagegen ineffizient und für Lehrende und Lernende mühsam, wenn er begriffliche Definitionen, systematische Einteilungen, den Wortlaut und die Paragraphennummer gesetzlicher Vorschriften ins Zentrum stellt.
- 3 Erkennen die Lernenden das geltende Recht als zweckmässige und gerechte Konkretisierung rechtspolitischer Ziele, so werden viele Vorschriften *verständlich* und damit leicht erlernbar. Wenn die Schüler einmal gelernt haben, statt der blossen Frage "*wie ist es geregelt?*" immer auch die Begleitfrage zu stellen: "*wie müsste es richtigerweise geregelt sein?*", und wenn sie in der geltenden Regelung den einleuchtenden Ausdruck eines selber erkannten Regelungsziels wahrnehmen, dann reduziert sich die Gedächtnisarbeit.
- 4 Die vorliegende Arbeitsunterlage für Handelslehrer will jene Hintergrundinformation liefern, die zum Verständnis des geltenden schweizerischen Rechts im soeben erwähnten Sinne nötig ist. Ziel ist es, die Institutionen des schweizerischen Rechts in jener Allgemeinheit plastisch darzustellen, wie sie im Idealfall als *allgemeine rechtskundliche Bildung* jedes volljährigen Schweizlers vorhanden sein sollten.
- 5 Gelingt es im Unterricht, die *Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung*, d.h. die Notwendigkeit analoger Lösungen für analoge Probleme, als ein *Element der Gerechtigkeit* verständlich zu machen und in den Schülern das Bestreben zu wecken, neue Regeln mit den bereits bekannten Regeln des geltenden Rechts in Einklang zu bringen, so ist das Optimum dessen erreicht, was guter Rechtskunde-Unterricht erreichen kann.
- 6 Der vorliegende Text gibt eine Darstellung des Rechtsstoffes für Handelslehrer. Der Text ist als Basis- und Hintergrundinformation für die Lehrkraft gedacht, dergestalt, dass die Lehrkraft sich zur eigenen Vorbereitung im vorliegenden Text informieren und den von den Schulbüchern gebotenen Stoff im Unterricht vertiefen und kritisch beleuchten kann.
- 7 Guter Rechtskundeunterricht ist sodann nur möglich, wenn die Lehrkraft selber bis zu einem gewissen Grade in juristischem Denken, nicht bloss in der Kenntnis von Gesetzesartikeln und Begriffen, geschult ist. Der vorliegende Text legt deshalb ein Schwergewicht auf die kritische Diskussion des Rechtsstoffes und auf dessen Beleuchtung mittels Übungsfällen, die zu eigenem rechtlichen Denken anregen.
- 8 Für den Rechtskundeunterricht empfiehlt sich, die Schülerinnen stets die Gesetzestexte mitbringen zu lassen, die zu dem jeweils behandelten Stoff gehören, während der meisten Zeit also ein OR, zuweilen zusätzlich das ZGB und das schweizerische Strafgesetzbuch (StGB). Die Unterrichtsteilnehmer sollen sich mit diesen Gesetzen vertraut machen und lernen, abstrakte Gesetzestexte zu lesen und zu interpretieren.



## I. Einleitung

### A. Das Recht als Technik sozialer Steuerung menschlichen Verhaltens

- 9 Das Recht ist eine Form der sozialen Steuerung menschlichen Verhaltens. Betrachtet man das Recht als etwas vom Menschen "Gemachtes", unterlegt man den Rechtsregeln also grundsätzlich menschliche Finalität bzw. Regelungsziele, so kann man das Recht insgesamt als eine Technik zur sozialen Steuerung menschlichen Verhaltens qualifizieren.

#### 1. Die beiden Ziele aller sozialen Steuerung: Konfliktvermeidung und Koordination

- 10 Der Mensch ist ein Gemeinschaftswesen. Sieht man von Ausnahmen ab, so kann gesagt werden, dass Menschen zu allen Zeiten und überall in Gemeinschaften zusammengelebt haben.
- 11 Eine Gemeinschaft unterscheidet sich von einer blossen Ansammlung durch das Vorhandensein einer *Gemeinschaftsordnung*. Die Gemeinschaftsordnung hat, unabhängig von ihren jeweiligen ethischen und politischen Zielen, stets zwei Aufgaben, nämlich
- a) *Konfliktvermeidung* innerhalb der Gemeinschaft;
  - b) *Koordination* mehrerer (oder aller) Individuen bei der gemeinsamen Bewältigung gemeinsamer Aufgaben.
- 12 Zwischen der Konfliktvermeidung und der Koordination besteht ein Gegensatz: Die Konfliktvermeidung geschieht primär durch Trennung der Individuen, Abgrenzung von Handlungsfreiräumen und Interessensphären. Koordination bedeutet hingegen Zusammenfassung und Vereinigung von Kräften. Koordination findet statt, wenn mehrere Individuen zusammenkommen, um gemeinsam etwas zu tun, wenn sie also ihr Verhalten in gegenseitigem Interesse aufeinander abstimmen, es koordinieren.
- 13 *Der Unterschied zwischen Konfliktvermeidung und Koordination sei illustriert: Die Strassenverkehrsregeln (rechts fahren, Geschwindigkeitslimiten, Regeln für das Überholen und Kreuzen etc.) dienen der Vermeidung von Kollisionen und damit der Konfliktvermeidung. - Ist einmal ein Unfall geschehen, so dienen die Regeln über das Verbleiben an der Unfallstelle, Hilfeleistung, Spurensicherung, Angabe der Personalien etc. der Bewältigung einer gemeinsamen, auch die Allgemeinheit betreffenden Aufgabe. Diese Regeln sind Koordination.*

*Ein anderes Beispiel: Die Regel, dass jedermann fremdes Eigentum zu respektieren, sich davon fernzuhalten hat, dient der Konfliktvermeidung. Die Regel, dass jeder Eigentümer eine jährliche Vermögenssteuer an den Staat zu bezahlen hat, dient der Koordination zum Zwecke kollektiver, staatlicher Aufgabenbewältigung.*

#### 2. Regel, Befehl

- 14 Die Konfliktvermeidung innerhalb einer geordneten Gemeinschaft und die Lenkung der Gemeinschaft bei der kollektiven Bewältigung gemeinsamer Aufgaben könnte theoretisch so geschehen, dass der Träger der gemeinschaftlichen Ordnungsmacht, d.h. die für die Ordnung und Lenkung der Gruppe zuständige Autorität, von Augenblick zu Augenblick situationsbezogen an alle Individuen konkrete Verhaltensanweisungen gibt, sie also

*konkret-situationsbezogen steuert.* Das Modell der konkret-situationsbezogenen Steuerung von einer einzigen Zentrale aus wird anschaulich, wenn man etwa an das Spiel mit ferngesteuerten Lokomotiven in einer Modelleisenbahnanlage denkt.

- 15 In menschlichen Gemeinschaften ist die zentrale, situationsbezogene Steuerung der Individuen nur ausnahmsweise möglich, etwa wenn ein Feuerwehrkommandant den Einsatz seiner Leute am Brandplatz durch Zurufe lenkt.
- 16 Als Instrument zur Konfliktvermeidung und Koordination genügt die situationsbezogene Steuerung dagegen nicht, weil der Träger der gemeinschaftlichen Ordnungsmacht, die Ordnungsautorität (heute: der Staat), am Orte des Konflikts oder der gemeinsamen Aufgabenbewältigung meist nicht anwesend, d.h. durch keine Beamten vertreten ist. Konfliktvermeidung und Koordination einzelner Individuen muss durch eine andere Ordnungstechnik geleistet werden.
- 17 Diese andere Technik besteht nun darin, dass im Bewusstsein sämtlicher Individuen *übereinstimmende Verhaltensregeln* verankert werden (vergleichbar einer einheitlichen "Programmierung" aller Individuen der Gemeinschaft), und dass die Individuen zur Anwendung dieser Regeln - wo immer diese Regeln anwendbar sind - motiviert werden.
- 18 Regeln werden gebildet und jedem einzelnen mit auf den Weg gegeben, bevor sie zur Anwendung kommen, oft auch ohne dass zum vornherein bekannt ist, ob und in welcher konkreten Situation sie anwendbar sein werden.
- 19 Die Einpflanzung von Verhaltensregeln im Bewusstsein der Mitglieder einer Gemeinschaft führt zu Konfliktvermeidung und Koordination, ohne dass die Individuen in dauernder Verbindung zu einer fernsteuernden Zentrale stehen müssten.
- 20 Man kann die Koordination durch Befehle als das zentralistische Modell bezeichnen: die Individuen werden wie Marionetten von einer Zentrale aus gelenkt. Die Koordination durch Regeln bedeutet demgegenüber eine Dezentralisierung der Entscheidungsprozesse. Entsprechend empfindet der Empfänger eines Befehls seinen Zustand als einen Zustand der Unfreiheit, wogegen der Adressat von Regeln seinen Zustand als einen solchen relativer Freiheit empfindet. Beide sind "befolgende": der Unfreie befolgt Befehle, der Freie befolgt Regeln. Aber die Regeln lassen dem Befolgenden immer einen gewissen Freierraum (eben seine "Freiheit" innerhalb des Rahmens der ihm auferlegten Regeln) zur Lebensgestaltung nach seinen eigenen Wünschen offen. In einem philosophischen Sinne kann man sagen, menschliche Freiheit sei die Fähigkeit, nach Regeln zu leben.
- 21 Solche Regeln treten, in historisch und kulturell bedingten Abwandlungen, in der Gestalt sogenannter *Sitten* auf, und sie nehmen, sobald eine als *Staat* ausgebildete Organisation sich um deren planmäßige Durchsetzung bemüht, den Charakter des *Rechts* im modernen Wortsinne an.
- 22 Staatliche Rechtsordnung ist also immer eine Summe von Regeln. Regelungsgegenstand ist stets menschliches Verhalten.
- 23 Die Regeln zur *Konfliktvermeidung* bestehen zum einen Teil aus *Verboten* wie etwa Geschwindigkeitsbeschränkungen im Strassenverkehr, zum andern Teil aus einer Kombination von *Verboten und komplementären Erlaubnissen*: Was dem A verboten wird, ist dem B erlaubt (genauer: was einer Person in der Situation "A" verboten ist, ist einer Person in der Situation "B" erlaubt). Als Beispiel diene die Regel des Rechtsvortritts an Strassenverzweigungen: Wer in der Situation "A" ist, nämlich von links kommt, darf nicht fahren;

wer in der Situation "B" ist, nämlich von rechts kommt, dem ist das Fahren erlaubt. - Auch die Eigentumsordnung kann als eine Summe von Verboten und komplementären Erlaubnissen verstanden werden. Jedem Eigentümer ist der Umgang mit seinen Sachen erlaubt, jedem Nicht-Eigentümer ist der Umgang mit den gleichen Sachen verboten (sofern der Eigentümer es nicht erlaubt).

- 24 Die Regeln, welche der *Koordination* zur Bewältigung gemeinsamer Aufgaben dienen, beschränken sich nicht auf Erlaubnisse und Verbote, sondern postulieren *Handlungspflichten*. Aus solchen Regeln entspringt etwa die Pflicht, Arbeit zu leisten, Waren zu liefern, Geld zu zahlen, in den Militärdienst einzurücken etc.
- 25 Man kann die verschiedenen Rechtssätze unterscheiden gemäss ihrem Adressatenkreis und gemäss dem Grad ihrer Konkretheit. Wendet sich ein Rechtssatz an einen unbestimmten Kreis von Personen, so ist es ein "*genereller*" Satz. Wendet er sich an eine einzige oder einzelne bestimmte Personen, so ist es ein "*individueller*" Satz. Ist die Anwendung des Rechtssatzes nach Ort und Zeit unbestimmt, so nennt man den Rechtssatz "*abstrakt*". Ist die Anwendung nach Ort oder Zeit bestimmt, so nennt man den Rechtssatz "*konkret*". Diese begrifflichen Unterscheidungen sollen an Beispielen verdeutlicht werden:
- 26 Der Satz

*"Zum Abschluss eines Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willens-  
äusserung der Parteien erforderlich. Sie kann eine ausdrückliche oder still-  
schweigende sein"* (Art. 1 OR)

ist eine *generell-abstrakte* Regel. Sie richtet sich an unbestimmt viele Personen, nämlich an jedermann, der in der Schweiz einen Vertrag schliesst. Abstrakt ist die Regel, weil sie keinen nach Ort oder Zeit bestimmten Sachverhalt<sup>1</sup>, sondern beliebig viele mögliche Sachverhalte erfasst.

- 27 Die Strassenverkehrszeichen sind der sichtbare Ausdruck *generell-konkreter* Rechtssätze: Jedes Verkehrszeichen (Fahrverbot, Einbahnstrasse) wendet sich an beliebig viele Individuen, also einen "generellen" Adressatenkreis, regelt aber menschliches Verhalten in örtlicher Bestimmtheit, d.h. konkret.
- 28 Demgemäss werden militärische Marschbefehle, Steuerrechnungen und Baubewilligungen als *individuell-konkrete* Rechtssätze bezeichnet.
- 29 In einem Staatswesen mit Gewaltentrennung gilt der Grundsatz, dass die gesetzgebende Gewalt, der Gesetzgeber, nur generell-abstrakte Regeln erlässt, wogegen die Setzung individueller und konkreter Rechtssätze der Exekutive, d.h. der Regierung und den ihr unterstellten Beamten, ferner im Rahmen der Privatautonomie den Privatpersonen anheimgestellt ist.

---

<sup>1</sup> 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*. - Dies sei veranschaulicht: Wer einen Diebstahl begeht, schafft einen Sachverhalt, der unter den (Straf-)Tatbestand des Art. 139 StGB fällt. Wer beim Abschluss des Kaufvertrags den Kaufpreis mit einer Null zu wenig schreibt, schafft einen Sachverhalt, der unter den Tatbestand des Erklärungsirrtums gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 fällt. - Unglücklicherweise gibt es kein Adjektiv mit der Bedeutung "*sachverhaltlich*", sodass Sachverhaltsfragen in adjektivischer Form als *tatbeständliche* Fragen bezeichnet zu werden pflegen. Wer auf die Klarheit des sprachlichen Ausdrucks Wert legt, wird das Adjektiv "tatbeständlich" meiden und statt dessen von "Sachverhaltsfragen" sprechen.

- 30 Im Rahmen generell-abstrakter und individuell-konkreter Regelungen ist zuweilen eine Person befugt, anderen Personen situationsbezogene Befehle zu erteilen, und zwar als rechtswirksamer Imperativ. Man denke an den Befehl eines militärischen Vorgesetzten ("vorwärts marsch!"), eines Polizisten ("Folgen Sie mir auf den Posten!") oder an den Befehl eines Grundeigentümers ("Verlassen Sie bitte unverzüglich meinen Garten!").
- 31 Überschaute man die Rechtsordnung als eine Gesamtstruktur von Rechtssätzen, die von obersten, generell-abstrakten Regeln bis hinab zu individuell-konkreten Regelungen und Befehlen reichen, so erscheint der generell-abstrakte Regelungskomplex als ein Rahmen, gewissermaßen eine Summe von konfliktvermeidenden Unterlassungs-Imperativen ("Leitplanken") und allgemeinen Handlungs-Imperativen (Lenkungsregeln), innerhalb derer staatliche Organe und Privatpersonen alsdann ihre gegenseitigen Beziehungen individuell-konkret rechtlich ordnen und, jeder für sich, tatsächlich leben und handeln.
- 32 Dabei muss bewusst bleiben, dass nicht alles tatsächliche Leben und Handeln der Menschen rechtlich geordnet ist. Viel menschliches Verhalten wird durch die rechtlichen Leitplanken nicht berührt und geschieht nicht in Befolgung eines Lenkungs-Imperativs. Ein wesentlicher Teil des menschlichen Verhaltens hat nichts zu tun mit Konfliktvermeidung, Rechtsausübung und Pflichterfüllung.
- 33 Wo ein Lebensbereich durch besonders viele Regeln beeinflusst wird, spricht man von *hoher Regelungsdichte*. Die Anzahl von Gesetzesparagrafen ist aber nicht das entscheidende Kriterium für die Bemessung der individuellen Freiheit und rechtlichen Sicherheit. In sittlich streng gebundenen Gemeinschaften mag die soziale Kontrolle des Individuums durch genaue Einhaltung dessen, was sich für Mann und Frau, für Eltern und Kinder, für Herrschaft und Dienstboten "schickt" und was sich "nicht schickt", wesentlich umfassender sein, als in einer modernen Gesellschaft, deren Individuen in viel grösserer Freiheit das machen, was ihnen beliebt, ohne sich durch die moderne Gesetzesflut dabei behindert zu fühlen.

### 3. Sitte und Recht

- 34 Unter *Sitte* wird die Gesamtheit jener Verhaltensregeln verstanden, die aufgrund von Überlieferung und Erziehung in einer menschlichen Gemeinschaft allgemeine Geltung haben. Unter *Recht* wird die Gesamtheit jener Verhaltensregeln verstanden, um deren Durchsetzung sich der Staat bemüht.
- 35 Juristen neigen dazu, das Recht als das Bedeutsame, die Sitte als etwas Nebensächliches zu betrachten. In diesem Sinne wird gesagt, hinter dem Recht stehe die staatliche Zwangsgewalt, wogegen die Sitte "nur" durch gesellschaftliche Sanktionen, namentlich durch gesellschaftliche Ächtung, durchgesetzt werde.
- 36 Bei solcher Betrachtungsweise wird die Bedeutung der Sitte unter-, diejenige des Rechts überschätzt. Gesellschaftliche Ächtung ist die härteste von allen Sanktionen, gerade wenn sie ohne staatlichen Zwang erfolgt. Das Bestreben des Einzelnen, innerhalb der sittlich vorgegebenen Verhaltensmuster zu bleiben, ist oft stärker, als sein Bestreben, den staatlichen Gesetzesparagrafen nachzuleben.
- 37 Ein Missverständnis wäre auch die Annahme, dass Sitte und Recht grundsätzlich verschiedene Anwendungsgebiete hätten, dass nämlich die Sitte jenen Privatbereich des menschlichen Lebens regle, in welchen sich der Staat mit seiner Rechtssetzung nicht einmischte.

- 38 So ist es nicht. Die Sitte regelt auch das Verhalten in der Öffentlichkeit, und sie erfasst gerade auch solche Gebiete, in denen sich staatliche Rechtssetzung den sittlichen Wertungen überlagert. Im Idealfall ist es so, dass alle staatliche Rechtssetzung von sittlichen Überzeugungen der Bürger getragen wird, mit ihnen übereinstimmt.
- 39 In Gemeinschaften mit stark verwurzelten Sitten hat die Gesellschaftsordnung eine stärkere Durchsetzungskraft, d.h. die Bevölkerung lebt in strengerer Verhaltensdisziplin, als was eine staatliche Rechtsordnung mit ihrem Sanktionensystem zu leisten vermag. Ganz allgemein kann gesagt werden, dass staatliche Strafen, die nicht zugleich von sittlichen Überzeugungen der Gesamtbevölkerung getragen werden, einen schwachen Disziplinierungseffekt haben.
- 40 Zur Unterschätzung der Ordnungskraft der Sitte mag die historische Entwicklung beigetragen haben. Die Aufklärung des 18. Jahrhunderts führte zur verfassungsmässigen Verankerung der Glaubens- und Gewissensfreiheit, zunächst in der Verfassung der USA, dann in den französischen Staatsverfassungen nach der Revolution, später auch in den Verfassungen anderer Länder einschliesslich der Schweiz. Dadurch wurden die im Glauben, namentlich in der Religion wurzelnden sittlichen Regeln zur Privatsache jedes Einzelnen erklärt. Es wurde ihnen ihre allgemeinverbindliche Wirkungskraft aberkannt.
- 41 Die wachsende Mobilität der Bevölkerung und die Durchmischung von Menschen verschiedener Herkunft und verschiedener sittlicher Überzeugungen lassen die *gemeinsamen* sittlichen Überzeugungen innerhalb der Gesamtbevölkerung schrumpfen. Dies schwächt die Durchsetzungskraft sittlicher Werte. Je schwächer aber die Ordnungskraft der Sitte, desto wichtiger wird die Ordnungsfunktion des Rechts, das als Ordnungsfaktor nun an die Stelle der Sitte treten muss.
- 42 Aufschlussreich ist diesbezüglich die unterschiedliche gesellschaftliche Bedeutung von Recht und Sitte, wenn man die Verhältnisse in der Schweiz mit denjenigen in den USA vergleicht: Da die Menschen in den USA überwiegend in jüngerer Zeit eingewandert und also nicht durch eine jahrhundertalte kulturelle Vergangenheit miteinander verbunden sind, hat das Recht dort einen grösseren, die Sitte einen kleineren Stellenwert als in der Schweiz. Dies findet schon äusserlich seinen Ausdruck darin, dass in den USA die Anzahl von Advokaten und Justizbeamten pro Kopf der Bevölkerung wesentlich höher ist als in der Schweiz.

## **B. Zuordnung von Eigenem: die subjektiven Privatrechte**

### **1. Begriff des subjektiven Rechts**

- 43 Theoretisch wäre denkbar, dass die in einer Gemeinschaft zusammenlebenden Menschen ihre gesellschaftlichen und individuellen Verhältnisse ausschliesslich durch generell-abstrakte Erlaubnis- und Verbotsregeln ordnen, dass sie also für die Nahrungsbeschaffung, Güterverteilung, Fortpflanzung etc. mit lauter Regeln nach dem Vorbild der Strassenverkehrsregeln auskämen.
- 44 Entwickelte Sozialordnungen begnügen sich aber nicht mit generellen Erlaubnis- und Verbotsnormen, sondern sie sehen auch *individuell-konkrete Begünstigungen und Belastungen* einzelner Individuen vor. Der Unterschied zwischen einer generellen und einer individuellen Begünstigung kann illustriert werden am Beispiel von Parkfeldern für Autos am Strassenrand oder auf öffentlichen Parkings. In der Regel handelt es sich um das generelle Erlaubtsein des Parkens, solange kein anderes Auto auf der Parkfläche steht. Sind einzelne Felder aber mit den Nummern bestimmter Fahrzeuge gekennzeichnet, dann

wird die Parkerlaubnis dadurch eingeschränkt auf den Halter des betreffenden Wagens. Er ist der Inhaber einer individuellen Begünstigung und damit der *Berechtigte*. Solche individuellen Begünstigungen werden als subjektive Rechte bezeichnet.

- 45 Subjektive Rechte kommen sowohl im öffentlichen Recht als auch im Privatrecht vor. Öffentlichrechtliche subjektive Rechte ergeben sich beispielsweise aus Bewilligungen und Konzessionen. Die Zirkusunternehmung, die kraft einer staatlichen Bewilligung berechtigt ist, während einer bestimmten Zeit das Zirkuszelt auf einem öffentlichen Platz aufzustellen, hat kraft dieser Bewilligung ein subjektives öffentliches Recht. Im privatrechtlichen Bereich gibt es unzählige subjektive Rechte, so beispielsweise die Eigentumsrechte an Sachen, Forderungsrechte aus Verträgen, die Rechte der Aktionäre gegenüber der Aktiengesellschaft auf Mitwirkung an der Generalversammlung und auf Auszahlung der beschlossenen Dividende.
- 46 Manche subjektiven Rechte, namentlich im privatrechtlichen Bereich, sind übertragbare Rechte. Die Übertragbarkeit ist allerdings kein begriffsnotwendiges Element des subjektiven Rechts. So ist das subjektive Recht "Eigentum" übertragbar, während die Persönlichkeitsrechte wie beispielsweise das Recht, einen ärztlichen Eingriff abzulehnen, nicht übertragbar sind.
- 47 Die übertragbaren subjektiven Rechte unterliegen meist in einem weiteren Sinne der Disposition des jeweiligen Rechtsinhabers. Dieser kann solche Rechte nicht bloss auf anderen Personen übertragen. Er kann auf solche Rechte auch einfach verzichten oder er kann auf Teile der in dem Recht enthaltenen Handlungsbefugnisse verzichten, wodurch das Recht in seinem Inhalt geändert wird.

## 2. Verfügung über das Recht

- 48 Jede solche Veränderung eines subjektiven Rechts durch den Rechtsinhaber heisst Verfügung über das Recht. Wer also als Darlehensgläubiger gegenüber der Schuldnerin erklärt, er erlasse die Schuld und verzichte auf die Rückzahlung des Darlehens, verfügt damit über sein Forderungsrecht. Eine Verfügung über das Forderungsrecht liegt auch vor, wenn der Gläubiger die Forderung an eine andere Person abtritt. Der Grundeigentümer verfügt über sein Eigentumsrecht nicht nur, wenn er das Grundstück verkauft, sondern auch, wenn er es mit einem Grundpfand oder mit einer Dienstbarkeit zugunsten anderer Personen belastet. Jedes rechtliche Verfügen geschieht in einem *Verfügungsgeschäft*. Ein Verfügungsgeschäft ist ein Rechtsgeschäft, durch das ein Recht übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben wird.

## 3. Ausübung des Rechts

- 49 Begrifflich ist die *Ausübung* des subjektiven Rechts zu unterscheiden von der soeben beschriebenen *Verfügung* darüber. Wer seinen Acker pflügt, übt das Eigentumsrecht aus. Wer den Acker verkauft, verfügt über das Eigentumsrecht. Bei der Ausübung des Rechtes wird vom Inhalt des Rechtes Gebrauch gemacht. Bei der Verfügung über das Recht wird entweder der Inhalt des Rechtes definitiv verkleinert oder die Zuordnung des Rechtes zu einer bestimmten Rechtsinhaberin definitiv verändert. Das soll an einem weiteren Beispiel verdeutlicht werden:
- 50 Wenn der Grundeigentümer einer anderen Person die Nutzung einer Teilfläche seines Grundstücks als Autoabstellplatz definitiv bewilligt und zu diesem Zweck eine Dienstbarkeit begründet, dann verfügt der Grundeigentümer *ein für alle Mal* über einen Teil

seines Eigentumsrechtes. Bildlich gesprochen schneidet er einen Teil seiner Nutzungsbefugnisse aus dem bisherigen Eigentumsrecht heraus und überträgt diese Befugnisse definitiv auf den Dienstbarkeitsberechtigten. Diese Rechtsübertragung ist eine *einmalige Leistung*. Der Dienstbarkeitsberechtigte erbringt möglicherweise eine Gegenleistung, z.B. eine einmalige Geldzahlung, vergleichbar einer Kaufpreiszahlung.

- 51 Wenn der gleiche Grundeigentümer den gleichen Abstellplatz *vermietet*, dann gibt er dadurch von seinem Eigentumsrecht nichts weg. Vielmehr *verpflichtet* er sich durch den Mietvertrag, seinem Mieter die Nutzungsmöglichkeit an der betreffenden Grundstücksfläche Tag für Tag offen zu halten, sie ihm also laufend neu zu *leisten*. Als Vermieter erbringt der Grundeigentümer eine zeitlich andauernde Leistung an den Mieter. Die Gegenleistung des Mieters besteht üblicherweise in der monatlichen Bezahlung eines Mietzinses.
- 52 Verlangt der Mieter von der Vermieterin eine Korrektur der Heizkostenabrechnung und Rückerstattung des zuviel bezahlten Betrags, so übt er sein Mieterrecht aus. Kündigt er den Vertrag aufs nächste Quartalsende, so verfügt er über das Recht, indem er auf seine Mieterrechte mit Wirkung auf den Ablauf der Kündigungsfrist verzichtet (und als Folge hievon sich auch von seinen Mieter-Verpflichtungen befreit).
- 53 Wenn der Grundeigentümer fremde Eindringlinge aus seinem Garten wegweist, übt er die im Eigentum enthaltene Abwehrbefugnis aus. Das ist Rechtsausübung. Wenn der Eigentümer sein verlorenes Buch vom Finder zurückfordert, so übt er die im Eigentum enthaltene Befugnis aus, die Sache herauszuverlangen (vgl. Art. 641 Abs. 2 ZGB). Auch die Rückforderung ist Rechtsausübung. Wenn der Eigentümer dem Finder erklärt, dieser könne das Buch behalten, und wenn der Finder hierauf das Buch bei sich behält, dann hat der bisherige Eigentümer über sein Recht verfügt.
- 54 Die Unterscheidung zwischen Ausübung und Verfügung ist bedeutsam, weil die Verfügung in der Regel ein Rechtsgeschäft ist und rechtliche Handlungsfähigkeit voraussetzt, wogegen die Ausübung oft kein Rechtsgeschäft ist. Zur nicht-rechtsgeschäftlichen Rechtsausübung braucht der Berechtigte nicht urteilsfähig zu sein. Auch der Geisteskranke kann sein Grundeigentum nutzen, d.h. in seinem Haus wohnen und das Eindringen von Fremden verbieten oder erlauben, aber er kann über das Eigentumsrecht nicht verfügen, d.h. er kann das Haus nicht selber verkaufen. Kleinkinder können mit den ihnen gehörenden Spielsachen spielen, fremde Kinder abwehren und die Spielsachen von fremden Kindern zurückverlangen. Aber sie können diese Spielsachen weder rechtsgültig verschenken noch verkaufen.
- 55 Die aus Art. 28 ZGB abgeleiteten Abwehrrechte sind wegen ihrer Höchstpersönlichkeit<sup>2</sup> nicht verfügbar, d.h. sie sind weder übertragbar noch verzichtbar.
- 56 Bei den verfügbaren subjektiven Rechten (z.B. beim Eigentum und bei Forderungsrechten auf Geldzahlung) steht die Befugnis zur Rechtsausübung und diejenige zur Verfügung über das Recht in der Regel der gleichen Person, nämlich der jeweiligen Rechtsinhaberin zu. Durch Rechtsgeschäfte können auf der Ebene der Verfügung und auf der Ebene der Ausübung voneinander abweichende Regelungen getroffen werden. Die Grundeigentümerin, die einer anderen Person ein Vorkaufsrecht (Art. 216 Abs. 2 OR) einräumt oder ihr Grundeigentum verpfändet (Art. 793 ff. ZGB), beschränkt sich dadurch in ihrer Verfügungsfreiheit. Vermietet sie das Grundstück, so beschränkt sie sich für die Mietdauer in der Ausübungsfreiheit. Der Abschluss des Vorkaufsrechtsvertrags und die Bestellung des

---

<sup>2</sup> Zu den höchstpersönlichen Rechten vgl. hinten, Ziff. 512.

Grundpfandrechts ist Verfügung über das Eigentum, der Abschluss des Mietvertrags ist Ausübung des Eigentums. Als Vermieterin ist die Grundeigentümerin von Vertrags wegen verpflichtet, ihr Eigentumsrecht dergestalt auszuüben, dass sie dem Mieter laufend die Sachnutzung ermöglicht, ihm also die Möglichkeit zu ungehinderter Sachnutzung leistet (im Sinne der Erbringung einer Vertragsleistung). Soweit die Vermieterin dem Mieter die Möglichkeit der Sachnutzung zu leisten verpflichtet ist, ist sie selber von der unmittelbaren Sachnutzung ausgeschlossen, dies jedoch nicht, weil sie ihr Eigentumsrecht aus der Hand gegeben bzw. darüber verfügt hätte, sondern weil sie sich vertraglich zur Leistung der Sachnutzungsmöglichkeit an den Mieter verpflichtet hat.

- 57 *Zur Terminologie:* Das Wort "ausüben" wird sowohl bezüglich jener Befugnisse verwendet, welche den Inhalt des subjektiven Rechts ausmachen, als auch bezüglich der Verfügung über das Recht ("Verfügungsbefugnis"). Beim Eigentum stellen die Befugnisse zur Sachnutzung, zur Abwehr anderer und zur Rückholung der abhandengekommenen Sache die inhaltlichen Befugnisse dar; ihre Ausübung ist (inhaltliche) "Ausübung des Eigentums". Beim Verkauf der Sache wird die Verfügungsbefugnis ausgeübt. Dieses "Ausüben" ist nicht inhaltliche Ausübung des Eigentums.

#### 4. Die Hauptmerkmale der subjektiven Rechte

- 58 Die wesentlichen Merkmale der subjektiven Rechte (im Bereich des Privatrechts) sind die folgenden:
- a) Individuelle *Zuordnung* eines bestimmten *Gutes* (eines Nutzwertes, eines Genusses, einer Freiheit), wobei diese Zuordnung insofern eine individuelle ist, als sie dem Individuum mehr und anderes gibt als das allgemeine, jedermann gleichermassen zustehende Erlaubtsein bzw. Nicht-Verboten-Sein beliebiger Handlungen im Rahmen der persönlichen Freiheit;
  - b) die Zuordnung erfolgt durch etwas Geistiges, nämlich durch *Regeln*, auf der Ebene des Normativen (nicht also durch blosse physische Gegebenheiten);
  - c) das zugeordnete Gut ist *angreifbar*, was einen potentiellen Verteidigungsbedarf bzw. die Notwendigkeit allfälliger Rechtsdurchsetzung begründet (Erfordernis des Rechtsschutzes);
  - d) der *Verteidigungsentscheid* (der Entscheid über die allfällige Rechtsdurchsetzung) ist an das Individuum *delegiert*. Der Staat greift bei Regelverletzungen nicht von Amtes wegen ein, sondern er wartet, bis er vom Berechtigten zu Hilfe gerufen wird. Der Entscheid des Berechtigten, ob er sein subjektives Recht verteidigen will, liegt in seiner persönlichen Freiheit.

*Durch die Delegation des Verteidigungsentscheides an das Individuum unterscheiden sich subjektive Rechte von jenen "Berechtigungen", die sich unmittelbar aus öffentlichen Ordnungsvorschriften ableiten. Dies ist beispielsweise der Fall bei dem bereits erwähnten Rechtsvortritt im Strassenverkehr. Der Berechtigte kann den Staat nicht um Unterstützung angehen, um sein Vortrittsrecht durchzusetzen. Wenn die Polizei eingreift, den nichtberechtigten Verletzer stoppt oder büsst, dann tut sie dies aus eigener Initiative zwecks Durchsetzung der öffentlichen Ordnung, nicht zum Schutze eines individuell zugeordneten Rechtsgutes, oder anschaulicher gesagt: sie tut es nicht um des Vortrittsberechtigten, sondern um der öffentlichen Ordnung willen.*



*Die Delegation des Verteidigungsentscheidendes an einen individuellen Rechtsträger ist es auch, welche subjektive Rechte von Amts- und Funktionskompetenzen unterscheidet. Der Kriminalbeamte ist kraft des Haussuchungsbefehles zwar "berechtigt", in die fremde Wohnung einzudringen. Der Vorgesetzte ist "berechtigt", einem Untergebenen Arbeit zuzuweisen. Beide Male handelt es sich nicht um subjektive Rechte der Funktionsträger, über deren Durchsetzung sie frei entscheiden könnten, sondern um den Ausfluss ihrer Funktions- und Amtspflichten. - Zur Vermeidung von Missverständnissen ist es in solchen Zusammenhängen nützlich, nicht von "berechtigt" oder "Berechtigung", sondern von "befugt" und "Befugnis" zu sprechen. Befugnisse sind Kompetenzen, welche aus subjektiven Rechten, aus dem Gesetz, aus amtlichen Kompetenzen und aus anderen Quellen abgeleitet werden.*

- e) Der individuelle Verteidigungswille (Rechtsdurchsetzungswille) wird, wenn er mit den geltenden Regeln konform ist, vom Staat *unterstützt*, notfalls mit deren Gewaltmitteln.
- f) Die individuelle Zuordnung eines Gutes ist verbunden mit der *Delegation des Nutzungsentscheidendes*; der Berechtigte entscheidet, mindestens in einem gewissen Grade, ob und wie er das ihm zugeordnete Gut nutzen will.

## 5. Die Übertragung subjektiver Rechte

- 59 Manche Rechtspositionen, die einem Individuum im Sinne einer dauerhaften Begünstigung als Eigenes zugeordnet sind, können von diesem Individuum selber an eine andere Person weitergegeben werden. Hierbei handelt es sich, bildhaft gesprochen, um die Umprogrammierung der bisherigen Zuordnungsnormen: Der Handlungsfreiraum, der bisher dem A zugeordnet war, gilt fortab als dem B zugeordnet. Im sozialen Zuordnungsprogramm wird der Name des A gelöscht und durch denjenigen des B überschrieben. Der Vorgang der Umprogrammierung ist besonders anschaulich im Grundbuch zu beobachten, wenn Grundeigentum die Hand wechselt: Der Name des bisherigen Eigentümers wird in der Eigentumskolonne auf dem Hauptbuchblatt gestrichen, derjenige des neuen Eigentümers neu eingetragen.
- 60 Anschaulicher aber als das Bild von der normativen Umprogrammierung ist dasjenige, welches den Vorgang als "*Übertragung des Rechts*" beschreibt. In anschaulicher Bildhaftigkeit wird das subjektive Recht auf diese Weise als etwas Gestalthaft-Körperliches vorgestellt, das von Hand zu Hand weitergegeben werden kann.

## 6. Begriffliche Unterscheidung zwischen subjektivem Recht und Anspruch

- 61 Begrifflich wird unterschieden zwischen einem subjektiven Recht und den verschiedenen daraus abgeleiteten Ansprüchen. Das subjektive Recht, z.B. das Eigentumsrecht an einer Sache oder das Forderungsrecht der Gläubigerin gegenüber ihrem Schuldner, hat zuweilen längerfristigen Bestand. Demgegenüber ist der Anspruch die Befugnis des Berechtigten, von einer anderen Person *jetzt eine Leistung zu verlangen*<sup>3</sup>. Der Unterschied zwischen Recht und Anspruch wird an folgenden Beispielen deutlich:

---

<sup>3</sup> Vgl. in diesem Sinne ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts I, 3. Aufl., Zürich 1974 und 1979, S. 15

- 62 Wurde eine Sache dem Eigentümer widerrechtlich weggenommen, so hat er gegenüber dem unberechtigten Besitzer einen Herausgabeanspruch. Hat der Eigentümer die Sache für eine feste Zeitdauer vermietet, so ist er zwar weiterhin der Eigentümer, hat also weiterhin das Eigentumsrecht an der Sache, aber er hat gegenüber dem Mieter während der Vertragsdauer keinen Herausgabeanspruch.
- 63 Bei dem auf eine feste Zeit gewährten verzinslichen Darlehen entstehen an den vereinbarten Zinstagen Ansprüche der Gläubigerin auf die Zinszahlung. Der Anspruch auf Kapitalrückzahlung entsteht am Tage der Darlehensfälligkeit. Während der ganzen Vertragsdauer bis zur vollständigen Erfüllung hat die Gläubigerin ein subjektives Recht (das Forderungsrecht), aber keinen Anspruch auf Rückzahlung.
- 64 Die Begriffe "Recht" und "Anspruch" passen nur dort, wo der Berechtigte um seiner selbst willen eine Leistung oder Unterlassung verlangt. In anderen Zusammenhängen passt stattdessen der neutralere Begriff "*Befugnis*" besser. So ist der Direktor einer Aktiengesellschaft "*befugt*" (nicht: "berechtigt"), einem Angestellten der Gesellschaft zu kündigen. Denn das Kündigungsrecht steht als subjektives Recht der Gesellschaft, nicht ihrem Direktor zu. Der Direktor übt anlässlich der Kündigung eine ihm gesellschaftsrechtlich zukommende Kompetenz, kein eigenes subjektives Recht aus.

### C. Rechtsdenken als Regelbildung

- 65 Der Nicht-Jurist ist geneigt, Konflikte zwischen mehreren Menschen einzelfallweise zu beurteilen und zu lösen. Der Jurist lernt, dass jeder Einzelfall wenn möglich nach bestimmten Grundsätzen zu entscheiden ist, und dass diese Grundsätze verallgemeinerbar sein müssen: Sie müssen sich als Regeln für jedermann und zur Lösung aller vergleichbaren Fälle eignen. Juristische Problemlösung bedeutet also stets Bewusstmachung jener Regeln, aufgrund derer der Fall gelöst wird. Findet man in Gesetzen und Schrifttum keine passenden Regeln, so muss man gegebenenfalls neue Regeln formulieren<sup>4</sup>. Ohne Regeln geht es nicht.

### D. Die drei Anforderungen an jede Rechtsnorm: Zweckmässigkeit, Rechtssicherheit, Gerechtigkeit

- 66 Die Rechtsordnung kann im Ganzen und im Einzelnen an gewissen Qualitäts-Standards gemessen werden. Es gibt gute und es gibt schlechte Rechtsnormen. Drei Kriterien sind für die qualitative Beurteilung von Rechtsnormen besonders hilfreich: (a) die Frage nach der Zweckmässigkeit, (b) diejenige nach der Rechtssicherheit und (c) diejenige nach der Gerechtigkeit der betreffenden Norm.
- 67 Jede Rechtsregel muss *zweckmässig* sein. Dies bedeutet, dass für jede Rechtsregel ein oder mehrere *Regelungsziele* ersichtlich sein müssen, und dass die Regel als geeignetes Mittel erscheint, um das betreffende Ziel zu erreichen.
- 68 Im weiteren soll jede Rechtsregel, soweit dies möglich ist, zur *Rechtssicherheit* beitragen. Rechtssicherheit bedeutet, dass die in der Rechtsordnung lebenden Menschen mit Sicherheit ihre Rechte und Pflichten erkennen und sich auf deren Geltung verlassen können. Eine Rechtsregel trägt dann zur Rechtssicherheit bei, wenn sie *eindeutig und klar* ist. Sie schafft Rechtsunsicherheit, wenn sie unklar oder unbestimmt ist.

---

<sup>4</sup> Vgl. in diesem Sinne Art. 1 Abs. 2 ZGB: "*Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter [...] nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde.*"

- 69 Einen hohen Grad von Rechtssicherheit erreichen Normen wie etwa die durch ein Verkehrsschild signalisierte Geschwindigkeitsbegrenzung auf 30, 50 oder 80 km/h. Der Automobilist, an den sich die Norm richtet, weiss genau, woran er ist. - Wenig Rechtssicherheit liegt dagegen in der Vorschrift, dass der Fahrer die Geschwindigkeit jederzeit den Verhältnissen anpassen muss.
- 70 *Exkurs zur Terminologie: Man nennt Begriffe wie "den Verhältnissen anpassen", "angemessene Geschwindigkeit", "aus wichtigen Gründen" etc. unbestimmte Rechtsbegriffe.*
- 71 Die Gesetzgebung kommt ohne unbestimmte Rechtsbegriffe nicht aus. Eine abschliessend-eindeutige Normierung des sozialen Geschehens, vergleichbar einer fehlerfreien, eindeutigen EDV-Programmierung, ist nicht möglich. Ein gewisses Mass an Rechtsunsicherheit muss in Kauf genommen werden.
- 72 Eine Norm ist dann deutlich und klar, wenn sie für eine Vielzahl von Einzelfällen einen klar prognostizierbaren Entscheid erlaubt.
- 73 Jede unklare oder undeutliche Norm birgt den Keim zu künftigen Streitigkeiten in sich. Was unklar ist, wird von verschiedenen Personen mit gegenläufigen Interessen oft unterschiedlich interpretiert, so dass dann beide Streitparteien zu Beginn eines Prozesses in guten Treuen der Auffassung sind, sie könnten den Prozess gewinnen. Solche unklaren Normen, die zu wiederholtem Streit Anlass geben, sind ein Element der Unsicherheit - der "Rechtsunsicherheit".
- 74 Während die Kriterien der Zweckmässigkeit und der Rechtssicherheit bei jeder Rechtsnorm eine Rolle spielen, ist das dritte Qualitätsmerkmal, die Gerechtigkeit, nur bei einem relativ kleinen Teil von Normen bedeutsam. Die Gesetze enthalten zahlreiche Ordnungs- und Organisationsnormen, welche mit Gerechtigkeit nichts zu tun haben. Man denke an die Strassenverkehrsregeln: Ob im SVG der Rechts- oder der Linksvortritt, das Rechts- oder das Linksfahren vorgeschrieben ist, spielt unter dem Gesichtswinkel der Gerechtigkeit keine Rolle. Ein Gesetz, das den Rechtsvortritt anordnet, ist nicht "gerechter" als ein solches, das den Linksvortritt kennt.
- 75 Die Gerechtigkeit tritt erst dann ins Bewusstsein, wenn dauerhafte Rechtspositionen, insbesondere subjektive Rechte und Pflichten, zugeordnet werden. Man denke an den alten, seit dem 1.1.1988 aufgehobenen Art. 214 ZGB, welcher die güterrechtliche Auseinandersetzung bei der Auflösung der Ehe folgendermassen ordnete:
- "Ergibt sich nach der Ausscheidung des Mannes- und des Frauengutes ein Vorschlag, so gehört er zu einem Drittel der Ehefrau oder ihren Nachkommen und im übrigen dem Ehemann oder seinen Erben."*
- 76 Diese Norm, welche der Mannesseite zwei Drittel, der Frauenseite einen Drittel des Vorschlages zuordnete, wurde als ungerecht empfunden und deswegen aufgehoben. Gerecht ist die hälftige Zuordnung an beide Seiten.
- 77 Was Gerechtigkeit ist, lässt sich nicht ein- für allemal klar definieren. Für viele Zeitgenossen bedeutet Gerechtigkeit primär Verteilungsgerechtigkeit im Sinne der Pro-Kopf-Gleichheit. Wird ein Kuchen in einer achtköpfigen Familie verteilt, dann ist ein Achtel pro Kopf gerecht; andere Verteilungen sind ungerecht. Werden Arbeitspflichten zugeteilt, dann sind gleich viele Arbeitsstunden pro Person gerecht, unterschiedliche Stundenzahlen ungerecht. Die Pro-Kopf-Gleichheit kann aber ungerecht sein, wenn die Bedürfnisse oder Fähigkeiten der Individuen unterschiedlich sind. Das schweizerische Bundesgericht hat

die Pflicht des Gesetzgebers, für rechtsgleiche Gesetze zu sorgen, dahingehend konkretisiert, eine Regelung sei gerecht, wenn sie *"Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich"* behandelt. So erscheinen uns Steuergesetze gerecht, die den Vielverdienern viel Steuern abfordern, den Wenigverdienern wenig. Selbst die Steuerprogression, d.h. die höheren Steuersätze für Vielverdiener, erscheinen uns als gerecht. Solche Steuertarife weichen von der Basis-Regel der Pro-Kopf-Gleichheit ab. In der Diskussion, welche Progressionskurven gerecht seien, werden Viel- und Wenigverdiener naturgemäss unterschiedliche Empfindungen haben.

- 78 Ausgehend von der Basis-Regel der Pro-Kopf-Gleichheit hat Gerechtigkeit auch etwas zu tun mit Logik, Konsequenz und Widerspruchsfreiheit. Wenn die Polizei nur jeden dritten Raser bösst, so liegt darin eine Inkonsequenz, die (vom Gebüssten) als ungerecht empfunden wird. Werden Grundstückgewinne besteuert, Grundstückverluste hingegen nicht entschädigt, so kann der Steuerpflichtige auch diese Inkonsequenz als ungerecht empfinden. Dass Börsengewinne auf Aktien kein steuerbares Einkommen darstellen, mag jenen Mitbürgern als inkonsequent und damit als ungerecht erscheinen, die selber keine Aktien besitzen. Generell haben die Menschen eine Tendenz, Regelungen als gerecht zu empfinden, die ihnen Vorteile bringen. Die Unempfindlichkeit gegenüber Widersprüchen und Inkonsequenzen ist weit verbreitet, wenn sich die daraus entspringenden Nachteile nur zu fremden Lasten auswirken. Es ist deshalb meist nicht möglich, über das, was im Einzelfall gerecht ist, einen allgemeinen Konsens zu erzielen. In demokratisch verfassten Gemeinschaften ergibt sich die gerechte Regelung aus dem Mehrheitsentscheid.

## II. Hinweise zur Rechtsgeschichte; Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht

### A. Zur Rechtsgeschichte

#### 1. Ursprung im römischen Recht

- 79 Unter allen historischen Kräften, welche die Gegenwart geprägt haben, ist der Beitrag der Römer zur Weltgeschichte einer der wichtigsten. Die Römer waren gekennzeichnet durch starkes Machtstreben, verbunden mit einem weltgeschichtlich einmaligen Willen zu **rationaler politischer und gesellschaftlicher Ordnung**. Weil rationale Ordnung der Gesellschaft praktisch identisch ist mit rationalem Rechtsdenken und effizienter Rechtsdurchsetzung, waren die Römer auch die besten Juristen aller Zeiten. Die klügsten Köpfe der Römer waren Juristen. Auf dem Marktplatz in Rom, dem *forum Romanum*, herrschte ein reges Prozessieren und Disputieren über Rechtsfragen. Die berühmten Juristen schrieben zuhanden privater Auftraggeber oder zuhanden der Gerichtsbehörde zahlreiche kurze Rechtsgutachten zu konkreten Streitfällen. Es gelang ihnen dabei häufig, juristische Regeln derart prägnant zu formulieren und mit wenigen Worten derart einleuchtend zu begründen, wie das später nie mehr jemandem gelungen ist. Die lateinische Sprache ist auch besonders geeignet für solche juristische Präzision. Zwar gab es zur Blütezeit des römischen Rechts (ca. 100 v.Chr. bis 200 n.Chr.) im römischen Reich eine Reihe staatlicher Gesetze. Diese standen aber nicht im Mittelpunkt der römischen Jurisprudenz. Die freien Juristen legten bei der Abfassung ihrer Kurzgutachten meist nicht Gesetze aus und äusserten sich nicht zu deren Anwendung, sondern sie formulierten Rechtssätze durch blosser Anwendung ihrer Vernunft. Der Hauptteil des römischen Rechts war Juristen-, nicht Gesetzesrecht. Die Hochblüte dieser Juristenkultur endete um 200 n.Chr.
- 80 Vierhundert Jahre später, als das weströmische Reich bereits untergegangen und Italien durch die Stämme der Völkerwanderung besetzt war, nämlich im 6. Jahrhundert n.Chr., veranlasste der oströmische Kaiser Justinian in Konstantinopel (heute Istanbul), dass die damals noch erhaltenen Kurzgutachten der grossen Klassiker gesichtet und dass daraus eine thematisch gegliederte Sammlung von Rechtsregeln zusammengestellt wurde. Diese Sammlung wurde vom französischen Humanisten Dionysius Gothofredus im 16. Jh. zum ersten Mal *corpus iuris civilis* bezeichnet ("Körper des bürgerlichen Rechts", von lat. *corpus* = Körper; *iuris* = des Rechts; *civilis* = bürgerlich [hier Genitiv], von *cives* = der Bürger).
- 81 "*Civilis*" heisst die Sammlung, weil die Römer zwischen dem für den römischen Vollbürger [*cives*] geltenden Recht und dem Recht der Untertanenvölker [*ius gentium*] unterschieden. Später wurde das "*ius civile*" als Gegensatz zum "*ius canonicum*" [kanonisches oder Kirchenrecht] gesehen. Das römische "*ius civile*", als weltliches Recht der Vollbürger, gibt also noch den heutigen Gesetzbüchern, dem Bürgerlichen Gesetzbuch in Deutschland, dem Zivilgesetzbuch in der Schweiz und dem Code Civil in Frankreich den Namen, obwohl heute in diesen Ländern nicht mehr zwischen Vollbürgern und Untertanen unterschieden wird. "*Zivilrecht*" ist heute gleichbedeutend geworden mit "*Privatrecht*" und steht begrifflich im Gegensatz zum "*öffentlichen Recht*", jenen Rechtsregeln nämlich, welche die Organisation des Staates und die Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Bürgern regeln.).
- 82 Das *Corpus iuris* ist ein Buch im Umfang von ca. 3000 Druckseiten.

## 2. Wiederentdeckung des *corpus iuris* ab dem 11. Jahrhundert in Italien

- 83 Die justinianische Sammlung erregte wegen ihres Gedankenreichtums und ihrer juristischen Logik in der Frührenaissance, d.h. ab dem 11. Jahrhundert, in Italien Staunen und Bewunderung und wurde zum Gegenstand wissenschaftlicher Beschäftigung. Diese wissenschaftliche Beschäftigung nahm ihren Anfang an der Schule von Bologna. Bologna wurde dadurch zur ersten Stadt in Europa (und damit weltweit), in der eine Schule mit wissenschaftlichem Anspruch, d.h. eine Hochschule bzw. Universität stand<sup>5</sup>. Die Beschäftigung mit dem *corpus iuris* erfolgte später auch an anderen Universitäten, die sich neben der bisherigen einzigen Fakultät, der theologischen, fortan auch eine juristische Fakultät zulegte (diese historische Reihenfolge der Entstehung der einzelnen Fakultäten ist noch heute im Vorlesungsverzeichnis der Universität Basel zu beobachten).
- 84 Die akademisch-wissenschaftliche Beschäftigung mit dem *Corpus iuris* breitete sich in der Folge auch nach Deutschland aus.

## 3. Rezeption des römischen Rechts als "Gemeines Recht" ab dem 15. Jahrhundert

- 85 Die im *Corpus iuris* gesammelten Rechtsregeln gewannen ab dem 15. Jh. in Deutschland als "allgemeines" bzw. *Gemeines Recht* Gesetzeskraft. Das Gemeine Recht des *Corpus iuris* kam immer dann zur Anwendung, wenn sich ein Rechtsstreit nicht aufgrund des lokal überlieferten Rechts (des Partikularrechtes) entscheiden liess.
- 86 Aus der wissenschaftlichen Beschäftigung mit dem *Corpus iuris* entwickelte sich in Kontinentaleuropa die moderne Privatrechtswissenschaft und die Abgrenzung des Privatrechts von dem erst seit dem 19. Jahrhundert juristisch bearbeiteten öffentlichen Recht.

## 4. Keine Rezeption in England

- 87 Demgegenüber nahmen England und die englischen Kolonien an der Rezeption des römischen Rechts nicht teil. In den englischsprachigen Ländern (UK, USA, Australien, Neuseeland u.a.) wird bis heute keine dogmatische Grenze zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht gezogen. Die in Kontinentaleuropa gebräuchlich gewordene Trennung von *Zivilgerichten* (für privatrechtliche Streitigkeiten) und *Verwaltungsgerichten* (für öffentlichrechtliche Streitigkeiten) und die in der Schweiz bestehende Zuordnung der Privatrechts-Gesetzgebung (ausschliesslich) an den Bund, der öffentlichrechtlichen Gesetzgebung teilweise an den Bund, teilweise an die Kantone, ist für englische und amerikanische Juristen unverständlich.

## 5. Das Vernunftrecht des 18. Jahrhunderts

- 88 In der Aufklärung des 18. Jhs. wird der seit der Renaissance beschrittene Weg, der vom Glauben weg- und zur Vernunft hinführt, abgeschlossen. - Ja, man läuft, wie ein Sportler, noch ein gehöriges Stück über das Ziel hinaus. Es kommt nämlich die Meinung auf, der Mensch vermöge mit seiner Vernunft *alles* zu verstehen, zu erklären und zu beherrschen - mindestens alles Irdische, Diesseitige. Eine Ausnahme wird konzediert bezüglich Gott, der "höher ist als alle Vernunft".

---

<sup>5</sup> Die akademische Vorreiterrolle von Bologna im 11. Jahrhundert erklärt, weshalb die laufende europäische Universitätsreform in Bologna beschlossen und mit dem Namen dieser Stadt gekennzeichnet wurde.

- 89 Der aufklärerische Erkenntnistrieb findet seinen Ausdruck in Goethes tiefstem Wunsch, den er als Stosseufzer Faust in den Mund gelegt hat: "... *dass ich erkenne, was die Welt / im Innersten zusammenhält ...*". Aus diesem Zeitgeist heraus entwickelt sich das sogenannte Vernunftrecht, jenes Bemühen um das Recht, welches davon ausgeht, dass sich die gerechte Lösung jedes konkreten Einzelfalls durch korrekten Vernunftgebrauch finden lässt. - Die Urteilsformulierungen der heutigen Gerichte in der Schweiz sind insofern noch vom Geiste des Vernunftrechts geprägt, als in der Regel gesagt wird: "Aufgrund der Erwägungen hat das Gericht *erkannt*, ..." (worauf das Urteils-Dispositiv, d.h. der Richterspruch folgt). Richterliches Urteilen wird hier als ein "Erkennen" bezeichnet. Genau betrachtet werden Gerichtsurteile nicht wegen ihrer inhaltlichen Vernunft und Richtigkeit respektiert, sondern weil die Staatsmacht dahintersteht, die ihnen Nachachtung verschafft.
- 90 Das aufklärerische Bemühen, durch blosser Anwendung menschlicher Vernunft "zu erkennen, was die Welt im Innersten zusammenhält", musste in Frustration ausmünden; man strebte nach dem Unmöglichen. Immanuel Kant zeigte um 1780 überzeugend, dass menschliche Vernunft und menschliches Denken *eine* Sache ist, die Wirklichkeit der Dinge und der Welt eine andere; dass der Mensch von der wirklichen Welt nur das zu erkennen, und es nur in jenen Formen zu erkennen vermag, wie seine fünf Sinne sie ihm zutragen und seine geistige Vorstellungskraft sie zu verarbeiten fähig ist - und dass nicht die geringste Gewähr dafür besteht, dass die menschlichen Sinne und die menschliche Vorstellungskraft dem Menschen die ganze Wirklichkeit, und dass sie ihm die Wirklichkeit "richtig" zutragen und erschliessen.
- 91 Trotzdem liess die Menschheit sich so leicht nicht ihren aufklärerischen Optimismus austreiben. Wenn es mit dem eigentlichen Erkennen nicht weit her war, so liess sich doch manches zumindest modellhaft erklären (wobei man als "Erklärung" regelmässig nur mechanisch-kausale Modelle der darzustellenden Wirklichkeit gelten liess).
- 92 Das Erfreulichste für die Menschen am Anfang des 19. Jhs. war aber die Erfahrung, dass man die Wirklichkeit, namentlich die Naturkräfte, mittels modellhafter, bruchstückweiser Erklärungen recht gut, und von Jahrzehnt zu Jahrzehnt besser, zu *beherrschen* lernte. Man konnte eine Natur in Teilbereichen perfekt beherrschen, obgleich man ihr "Wesen" weder "erkannte" noch "verstand". Die praktische Beherrschbarkeit machte es leicht, auf das Erkennen im Sinne eines geistigen Schauens zu verzichten.

## 6. Das Naturrecht

- 93 Zwischen dem mittelalterlichen Glauben, soziale Ordnung und die Lehre von gutem und schlechtem menschlichem Handeln sei *gottgegeben*, und der aufklärerischen Überzeugung, Gut und Böse könne durch die menschliche Vernunft *erkannt* und die soziale Ordnung von Menschen *gemacht* werden, steht die als Naturrecht bezeichnete Denkweise als dritte Position in der Mitte.
- 94 Das Naturrecht, welches als Denkrichtung auf Aristoteles zurückgeht und schon früh von der katholischen Theologie (Augustin) aufgenommen worden ist, besagt, in vereinfachter Verkürzung, etwa folgendes: *In der Natur* - d.h. in der Schöpfung, in welcher Gottes Werk zur sichtbaren Gestalt geworden ist, und zwar sowohl in der unbelebten wie in der pflanzlichen und tierischen Natur wie schliesslich auch in der menschlichen Natur und in der Natur der menschlichen Gesellschaft - *sind die von Gott gewollten Regeln des richtigen Handelns von Anfang an angelegt*. Das richtige Recht, d.h. die Gesamtheit der relevanten Verhaltensregeln für den Menschen im Verhältnis zu seinen Mitmenschen und zur Gesellschaft, ergibt sich also nicht einfach aus der Bibel (dem offenbarten Wort), auch

nicht durch blossen menschlichen Vernunftgebrauch im Sinne eines abstrakten Denkens, wie es Kant vorexerziert hat, sondern aus der aufmerksamen und ehrfürchtigen Betrachtung der Natur.

- 95 Selbstverständlich bietet das Naturrecht keine Antwort auf die Frage, ob man im Strassenverkehr rechts oder links fahren soll; für derartige Ordnungsregeln hilft nur menschliches Machen, d.h. ein ausdrücklicher gesetzgeberischer Akt.
- 96 Bei der naturrechtlichen Betrachtungsweise entsteht zuweilen die Illusion, es seien natürliche Gesetzmässigkeiten erkannt worden, wo der "Erkennende" im Grunde genommen nur seine eigenen menschlichen Instinkte sprechen lässt. So kann die bei einer Mehrheit von Menschen vorhandene, instinktive Hemmung, andere Menschen umzubringen oder Selbstmord zu begehen oder mit eigenen Geschwistern oder mit gleichgeschlechtlichen Partnern sexuellen Umgang zu pflegen, zur Behauptung führen, dergleichen Dinge seien "*wider die Natur*" und seien demgemäss von Naturrechts wegen verbotene, rechtswidrige Handlungsweisen.
- 97 Solcher Betrachtungsweise entsprang der ehemalige Art. 194 des Schweizerischen Strafgesetzbuches, welcher die Homosexualität betraf und lautete: "*Art. 194. - Widernatürliche Unzucht. - Wer eine unmündige Person des gleichen Geschlechtes ... zur Vornahme oder zur Duldung unzüchtiger Handlungen verführt ... wird mit Gefängnis bestraft.*" (Die Bestimmung ist seit dem 1.10.1992 aufgehoben).
- 98 Die Identifikation der "Natur" mit dem ethisch Guten und Richtigen entspringt einer auch beim heutigen Menschen tief wurzelnden Überzeugung, die reale Welt sei die durch einen imaginären Sündenfall verderbte Abwandlung eines idealen Ur- oder Naturzustandes - eines Paradieses, in welchem unter ewigem Sonnenschein und Vogelgezwitscher lauter gleichgeordnete Menschen einander freundlich zugelächelt, jeder nach seinen Kräften gearbeitet und zum gemeinen Wohl partnerschaftlich beigetragen hat, jeder nach seinen Bedürfnissen genährt und gepflegt worden ist, ohne dass es Herrschaft und Unterwerfung als soziale Ordnungsinstrumente gebraucht und gegeben hätte. In jenem Naturzustand, den Rousseau mit seinem "retour à la nature" beschworen hat, gab es auch sonst noch nichts Verwerflich-Künstliches - keine krebserregenden "künstlichen" Nahrungsmittel, sondern nur bekömmliche "Naturprodukte"; da gab es keine "künstliche Fortpflanzung", auch keine Masturbation oder andere "Perversionen" und "Abartigkeiten" der Sexualität (nämlich Abweichungen von dem der Natur und der "menschlichen Art" Gemässen), also keine Homosexualität, keine Brutalität, keinen Sadismus. Es war eine Welt des makellos Guten, Wahren und Schönen.
- 99 Identifiziert man den einen Pol der Welt - nenne man ihn nun Gott oder Natur - mit dem makellos Guten, so braucht man zur Erklärung des doch offensichtlich vorhandenen Schlechten in dieser Welt einen begrifflichen Gegenpol. Diesen mag man dann Teufel, Satan oder "Unnatur", "Widernatürlichkeit", "Künstlichkeit" nennen.
- 100 Mit einer solchen Polarisierung der Begriffe ist aber für die Erkenntnis und Durchsetzung sozial sinnvoller Verhaltensregeln nichts zu gewinnen. Ob und inwieweit in einer Gesellschaft homosexuelle Betätigung strafbar sein soll, kann nicht aus dem Begriff der Natur abgeleitet werden. Wer Homosexualität als etwas "Widernatürliches" bezeichnet, hat einen zu engen Begriff von dem, was "Natur" ist. Die Natur umfasst eben auch die Homosexualität, die Aggressivität, den Sadismus und vieles andere.
- 101 Mit dem Gesagten soll deutlich gemacht werden, wie unfruchtbar es ist, den *wertneutralen* Begriff der Natur zu einem normativen Ansatzpunkt zu nehmen. Dies gilt gleicher-



massen für die Arbeit des staatlichen Gesetzgebers wie für das Fortpflanzungsverhalten und den privaten Einkauf von Lebensmitteln.

- 102 Während der naturrechtliche Gedanke heute im wesentlichen als überwunden gelten kann, lebt eine einzige naturrechtliche Vorstellung in den Gemütern der Zeitgenossen weiter, nämlich die Vorstellung von den sogenannten *Menschenrechten*, d.h. jenen minimalen Rechten auf Freiheit und Würde, die den Menschen "um seiner menschlichen Natur willen", gewissermassen von Geburt an, zugehören und ihm durch keine staatliche Gesetzgebung und behördliche Willkür weggenommen werden dürfen.
- 103 Friedrich Schiller hat das naturrechtliche Widerstandsrecht gegen menschenunwürdigen staatlichen Zwang im "Wilhelm Tell" in der Szene auf dem Rütli folgendermassen zum Ausdruck gebracht:

*"Nein, eine Grenze hat Tyrannenmacht!  
Wenn der Gedrückte nirgends Recht kann finden,  
wenn unerträglich wird die Last, greift er  
hinauf getrosten Mutes in den Himmel  
und holt herunter seine ew'gen Rechte,  
die droben hängen unveräusserlich  
und unzerbrechlich wie die Sterne selbst.  
Der alte Urstand der Natur kehrt wieder,  
wo Mensch dem Menschen gegenübersteht.  
Zum letzten Mittel, wenn kein andres mehr  
verfangen will, ist ihm das Schwert gegeben.  
Der Güter höchstes dürfen wir verteid'gen  
gegen Gewalt; wir stehn vor unser Land,  
wir stehn vor unsre Weiber, unsre Kinder."*

- 104 Vernunftrecht und Naturrecht haben gemeinsam, dass sie die Gerechtigkeit, d.h. die Summe all jener Rechtssätze, welche menschliches Verhalten gerecht ordnen, nicht als etwas primär Menschengemachtes oder staatlich Angeordnetes, sondern als etwas, was es schon *vor* und *ausserhalb* aller menschlichen Gesetzgebung gegeben hat und weiterhin gibt. Die aus der Vernunft oder der Natur der Dinge abzuleitende Gerechtigkeit (die "Rechtsidee") ist gerade das, woran sich jede staatliche Gesetzgebung zu messen hat.
- 105 Der naturrechtlichen Betrachtungsweise entspricht eine Urteilsformulierung, welche den Begriff des Findens ins Zentrum rückt; dies ist die Usanz im englischen Sprachraum: *"The Court finds ... "*.
- 106 Der naturrechtlichen Betrachtungsweise entspringt auch die Auffassung, dass *gewisse Rechte in allen Nationen gelten*, unabhängig von der zufälligen und politisch beeinflussten Gesetzgebung der einzelnen Staaten. Zu diesen naturhaft-allgemeinen Rechtsregeln gehören die sogenannten *Menschenrechte*, ferner die Regeln des *gemeinen Strafrechts* und die Regeln des *Privatrechts*.
- 107 Die Menschenrechte, insbesondere das Folterverbot, sind nach zivilisierter Auffassung von allen Staaten zu respektieren.
- 108 Im Bereiche des gemeinen Strafrechts und des Privatrechts leisten die Nationen einander gegenseitige Rechtshilfe, dies in der Überzeugung, dass jemand, der in der Schweiz einen Menschen umgebracht hat, auf der ganzen Welt ein Mörder, nicht bloss ein Verletzer schweizerischer Gesetzesvorschriften ist und also verfolgt werden muss, wo immer man

ihn antrifft. Wer in der Schweiz Eigentümer oder Darlehensgläubiger ist, gilt überall auf der Welt als Berechtigter - nicht bloss als Inhaber von territorial beschränkten Rechtsverleihungen seitens des schweizerischen Staates.

- 109 Dagegen wird die *Verletzung öffentlichrechtlicher Normen* nur in jenem Staat geahndet, der diese Normen erlassen hat. Den öffentlichrechtlichen Normen fehlt die naturrechtliche Allgemeingültigkeit. Wer die Devisenvorschriften oder Bauvorschriften des Landes X verletzt, wird nur im Lande X verfolgt und bestraft. Andere Länder leisten hierbei keine Rechtshilfe. Wer von einem Staat bestimmte öffentlichrechtliche Rechte verliehen erhielt, z.B. die Konzession zum Betrieb eines Spielcasinos, einer Eisenbahn oder zur Ausübung des Notariats, kann die aus der öffentlichrechtlichen Verleihung entspringenden Befugnisse nur im Territorium jenes Staatswesens ausüben, von dem er die Verleihung erhalten hat.

## 7. Mechanisch-kausales Systemdenken im 19. Jh.

- 110 Das im 19. Jahrhundert aufkommende Bestreben, alle Dinge und Vorgänge in mechanisch-kausalen Denkmodellen darzustellen und auf diese Weise mindestens bildhaft zu "erklären", hatte direkte Auswirkungen auch auf das Rechtsdenken. Im 19. Jh. bemühten sich die Rechtsgelehrten namentlich in Deutschland, das seit 700 Jahren in Westeuropa immer neu gelesene, ausgelegte und erläuterte Corpus iuris und das daraus hervorgegangene Gemeine Recht als kohärentes *gedanklichen System* von untereinander logisch verbundenen Normen darzustellen.
- 111 Als *System* bezeichnet man die gedankliche Erfassung einer Vielzahl von Dingen und Vorgängen als ein zusammenhängendes, widerspruchsfreies, planmässig strukturiertes Ganzes. Die Systembildung ist ein gedanklicher Vorgang und entspringt dem menschlichen Bedürfnis, sich die Welt als ein auf Zwecke hin ausgerichtetes und geplantes, kohärentes Ganzes vorzustellen. Demgemäss entstanden die verschiedensten, als "Systeme" verstandenen Lehrgebäude: Das Planetensystem, politische Systeme, ökonomische Systeme, das System des Privatrechts, neuestens das Ökosystem etc. Überall, wo das Vorhandensein eines Systems gelehrt wird, wird ausdrücklich oder stillschweigend das Vorhandensein eines steuernden Planungswillens suggeriert.
- 112 Die systematisch arbeitende Rechtswissenschaft des 19. Jhs. dachte sich das Privatrecht wie ein grosses Uhrwerk. Man bemühte sich, die vielfältigen Erscheinungen des Lebens in schablonenartige Rechtsbegriffe zu fassen und mit solchen festen Begriffen alsdann abstrakt die gerechten Rechtssätze ("wenn A, dann B") zu formulieren.
- 113 Der Stoff, aus dem man dieses System modellierte, war noch immer das Corpus iuris und das daraus hervorgegangene Gemeine Recht, also eine Masse von *Texten*. Die kontinentaleuropäische Privatrechtswissenschaft blieb bis heute mindestens teilweise dem Verhaltensmuster verhaftet, mit dem sie im 11. Jh. einst angetreten war: Der Rechtswissenschaftler sass in seinem Studierzimmer über Texte gebeugt und betrachtete die soziale Wirklichkeit, die zu regeln er sich vornahm, lediglich zum Fenster hinaus, durch ein Fernglas von weitem.
- 114 Das systemorientierte, textbezogene Rechtsdenken prägt noch heute den Rechtsunterricht an den kontinentaleuropäischen Hochschulen. Am Anfang des akademischen Unterrichts steht die Vermittlung abstrakter Begriffe (Rechtsgeschäft, Rechtsverhältnis, subjektives Recht, Schuldverhältnis, Forderung, Anspruch, Einwendung, Einrede etc.). Erst später wird der Studierende an das Konkrete herangeführt, d.h. zur Lösung konkreter Rechtsfragen aufgefordert, wobei er nun das in den ersten Semestern erworbene begriffliche In-

strumentarium zu verwenden hat. - Gerade umgekehrt verläuft der Unterricht in den anglo-amerikanischen Rechtsschulen, wo stets mit dem Konkreten begonnen und sukzessive zu einer gewissen Abstraktion geschritten wird, wo jedoch auf Rechtssystematik kaum Wert gelegt wird.

- 115 Das systemorientierte, textbezogene Rechtsdenken prägt in Kontinentaleuropa auch die Darstellungsweise der Gerichtsurteile. Es ist üblich, nach einigen Stichworten zum Sachverhalt mit ausgedehnten Erörterungen der abstrakten Rechtslage zu beginnen und konkrete Brocken der Sachverhaltsdarstellung jeweils im Anschluss daran zu erwähnen. Das Primat ausufernder rechtlicher Erörterungen und die stiefmütterliche Darstellung des beurteilten Sachverhalts hat sich noch akzentuiert mit der Einführung der Informatik. Abstrakte Rechtserörterungen können als Textbausteine ohne geistige Anstrengung in beliebiger Zahl aneinander gehängt werden. Der Sachverhalt ist hingegen nicht als Textbaustein vorhanden, sondern muss in jedem Einzelfall erarbeitet und ausformuliert werden. Die kontinentaleuropäischen Gerichte haben die Tendenz, dieser Anstrengung mehr oder weniger aus dem Weg zu gehen. Anders ist es in den angelsächsischen Ländern. In den dortigen Gerichtsurteilen nimmt die Sachverhaltsdarstellung einen verhältnismässig breiteren Raum ein, und sie erfolgt mit grösserer Sorgfalt.

## 8. Die Kodifikationen auf dem europäischen Kontinent

- 116 Der Idee von der Ganzheit, Abgeschlossenheit, der naturrechtlichen Einheit und immerwährenden Dauer des Privatrechtssystems entsprang der Gedanke, das ganze Privatrecht, wie man es seit dem 11. Jh. aus dem *Corpus iuris* kennengelernt und seither immer neu bearbeitet hatte, in möglichst präzise formulierte, vollständige, abgeschlossene und immerwährende Sammlungen von Rechtsregeln zusammenfassen. Das Ergebnis waren die Kodifikationen des Privatrechts (von lat. *codex* = Gesetzbuch).
- 117 Die Kodifikationen erfolgten in zwei Schüben, der erste um das Jahr 1800 in Preussen ("*Allgemeines Landrecht*"), Frankreich ("*Code Civil*") und Österreich ("*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*"). Der zweite Schub erfolgte um das Jahr 1900 (*Schweizerisches Obligationenrecht* 1885; *Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch* 1900 und *Schweizerisches Zivilgesetzbuch* 1907 [in Kraft seit 1912]).
- 118 Die erwähnten Kodifikationen sind eigene nationale Schöpfungen der betreffenden Länder, stets auf dem Fundament der jahrhundertealten Wissenschaft vom römischen Recht fussend. Die meisten übrigen europäischen und manche aussereuropäischen Länder (z.B. Südamerika) haben ihre Zivilrechtskodifikationen von einen oder anderen der erwähnten europäischen Vorbilder kopiert.
- 119 Im anglo-amerikanischen Raum wurde auf solche Kodifikationen verzichtet.
- 120 Dem Gedanken vom naturrechtlich gefundenen, immerwährenden System eines Rechtsgebietes entsprang auch die Kodifikation des gemeinen Strafrechts. Sie erfolgte in der Schweiz definitiv erst mit dem Inkrafttreten des *Schweizerischen Strafgesetzbuches* im Jahre 1942. Vorher war das Strafrecht kantonal geregelt gewesen.
- 121 Im schweizerischen *öffentlichen Recht* ist von einer Kodifikation nie die Rede gewesen. Hier werden die Normen gemäss ihrer politischen Aktualität und gemäss sachlichen Zusammenhängen in Einzelgesetzen und in Verordnungen geordnet, ohne dass es Bestrebungen gibt, die Einzelgesetze in umfassende Kodifikationen überzuführen.

## **B. Die Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht**

### **1. Unterschiedliche Regelungsbereiche**

- 122 Das Privatrecht (= Zivilrecht) regelt die rechtlichen Beziehungen zwischen gleichgeordneten Rechtssubjekten, im wesentlichen also die Beziehungen zwischen Privatpersonen, natürlichen und juristischen Personen.
- 123 *Auch Personen des öffentlichen Rechts können untereinander oder mit Privaten in privatrechtliche Rechtsbeziehungen treten. Beispiele: Die SBB kaufen von einer privaten Firma Lokomotiven. Ein Kanton vermietet der Post für begrenzte Zeit eine zum kantonalen Vermögen gehörende Liegenschaft.*
- 124 Das öffentliche Recht regelt die Organisation der Staatsgewalt und das Verhältnis des Bürgers zum Staat.

### **2. Historische Bedingtheit der Trennung von Privatrecht und öffentlichem Recht**

- 125 Die Trennung von Privatrecht und öffentlichem Recht entspringt nicht einer zwingenden sachlichen Notwendigkeit, sondern hat historische Wurzeln. Vgl. hierzu die Ausführungen zur Rechtsgeschichte, Ziff. 79 ff.
- 126 Im angelsächsischen Rechtsbereich wird die Unterscheidung nicht gemacht. In Kontinentaleuropa wird das Privatrecht hingegen, gemäss seinem Herauswachsen aus dem rezipierten römischen Recht, noch immer als ein *System*, ein in sich abgeschlossenes, widerspruchsfrei zusammenhängendes, naturrechtlich gefundenes Ganzes verstanden und als solches dem öffentlichen Recht gegenübergestellt. Demgegenüber verstehen wir das öffentliche Recht als eine staatlich gemachte Anhäufung von Regeln, nicht als ein abgeschlossenes System.
- 127 Im Mittelalter fiel als "öffentliches Recht" lediglich die Reglementierung der Polizei und des Militärwesens in Betracht. Im übrigen war die Staatstätigkeit kaum durch Rechtsregeln strukturiert. So war noch im 19. Jahrhundert "Recht" im wesentlichen Privatrecht.
- 128 Mit dem Aufkommen der modernen Leistungsstaaten erhielt die Regelung der Staatstätigkeit eine immer grössere Bedeutung. Das öffentliche Recht trat als selbständiger Gegenstand rechtswissenschaftlicher Bearbeitung in Erscheinung.

### **3. Keine unterschiedlichen Wertmassstäbe, aber unterschiedliche Bedeutung der gleichen Rechtsgedanken**

- 129 Das Privatrecht und das öffentliche Recht eines Landes bilden zusammen eine einzige Rechtsordnung. Beide Regelungsbereiche sind von den gleichen Menschen gemacht und für die gleichen Menschen anwendbar. In beiden Regelungsbereichen sind die gleichen sittlichen Wertvorstellungen, die gleichen Konzepte von Gerechtigkeit, Zweckmässigkeit und Rechtssicherheit wirksam. Privatrecht und öffentliches Recht sind nicht zwei verschiedene Welten, die sich unabhängig voneinander entwickeln könnten. In beiden Bereichen gelten die gleichen Rechtsgedanken, namentlich die gleichen Gerechtigkeitsvorstellungen.
- 130 Jedoch haben nicht alle Rechtsgedanken in beiden Bereichen die gleiche Wichtigkeit. Das öffentliche Recht ist gekennzeichnet durch das hierarchische Gefälle zwischen Staat

und Bürger. Dem öffentlichen Recht obliegt es, die von der Politik formulierten Ziele des staatlichen Handelns in Rechtsregeln umzusetzen, ihnen normative Gestalt zu geben. Die öffentlichrechtliche Arbeit beginnt deshalb häufig damit, dass die Dinge aus der Sicht des Staates, staatlicher Handlungsziele, staatlicher Aufgaben und öffentlicher Interessen gesehen werden. Bei der öffentlichrechtlichen Regelbildung gilt in gewissem Grade das Primat, d.h. der Vorrang des öffentlichen Interesses gegenüber anderen Interessen. Verwirklichung und Schutz öffentlicher Interessen ist gewissermassen das Hauptziel allen öffentlichen Rechtes.

- 131 Indessen müssen die öffentlichen Interessen möglichst schonend verwirklicht werden. Gerechtigkeits- und Freiheitspostulate führen dazu, dass die Individualinteressen der Bürger vom Staate respektiert, ja geschützt werden. Die höhere Kunst im öffentlichen Recht besteht darin, öffentliche Interessen "bürgerschonend" durchzusetzen.
- 132 Zentrale Elemente des öffentlichen Rechtes (insbesondere des Staatsrechtes; vgl. zu diesem Begriff hiernach) sind deshalb die *Kontrolle der Staatsgewalt*, die *Garantie der Freiheiten* der Bürger gegenüber der übergeordneten Staatsgewalt und die *Rechtsgleichheit* der Bürger gegenüber dieser Staatsgewalt. Die Garantie der Freiheiten der Bürger geschieht begrifflich u.a. mit dem Konzept der verfassungsmässigen Rechte oder Grundrechte.
- 133 Betrachtet man öffentlichrechtliche Gesetze und Verordnungen aus der Nähe und vergleicht man sie mit den zivilrechtlichen Erlassen, dann fällt als äusserlicher Unterschied auf, dass im öffentlichen Recht die blossen Ordnungs- und Organisationsnormen überwiegen. Die Einfuhrkontingentierung von Futtermitteln, Militärpflicht und Zustellung diplomatischer Urkunden haben mit Ordnung und Organisation, nicht mit Gerechtigkeit zu tun. Das Gleiche gilt für das Strassenverkehrsrecht, welches, als Benützungsordnung der öffentlichen Allmend, ebenfalls dem öffentlichen Recht angehört.
- 134 Als äusserlicher Unterschied kann auch erwähnt werden, dass die öffentlichrechtliche Gesetz- und Verordnungsgebung umfangreicher als die privatrechtliche ist. Das eidgenössische Parlament als Bundesgesetzgeber produziert jährlich ca. 2'500 Seiten neuer Gesetze, Verordnungen und allgemeinverbindlicher Bundesbeschlüsse. Hievon betreffen kaum 100 Seiten privatrechtliche Themen. Der Rest ist öffentliches Recht. Da die Privatrechtssetzung heute beim Bund liegt, produzieren die kantonalen Gesetzgeber ausschliesslich öffentliches Recht.
- 135 Der Stoff des öffentlichen Rechtes kann in grober Vereinfachung unterteilt werden in die beiden Gebiete des *Staatsrechtes* und des *Verwaltungsrechtes*. Dieser Einteilung folgen manche Lehrveranstaltungen an den juristischen Fakultäten, wo das Staatsrecht und das Verwaltungsrecht in getrennten Vorlesungen angeboten werden. Das Staatsrecht umfasst die politische Organisation des Staates, die Struktur des Gesetzgebungsverfahrens in seinem Verhältnis zur Exekutive und zur Justiz, die politischen Rechte und Freiheiten der Bürger gegenüber dem Staat. Das Verwaltungsrecht umfasst die Regeln für die tägliche Arbeit der Exekutivgewalt, d.h. der staatlichen Verwaltung.
- 136 Die wichtigsten Grundsätze des Staatsrechtes sind kodifiziert in den Verfassungen des Bundes und der Kantone, ferner in den Organisationsgesetzen, welche den Gesetzgebungsprozess regeln.
- 137 Die Grundprinzipien des Verwaltungsrechtes sind in der Schweiz nicht kodifiziert. Vielmehr wurden die Regeln, *wie* die staatliche Verwaltung ihre Aufgaben erfüllen und wie sie mit den Bürgern umzugehen hat, von der juristischen Praxis schrittweise entwickelt.

- 138 Das allgemeine Verwaltungsrecht lässt sich vereinfachend auf drei Grundprinzipien zurückführen, nämlich (a) auf den Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung, (b) auf die Pflicht der Verwaltung zur Anwendung pflichtgemässen Ermessens und (c) in ihrer Bindung an das Verhältnismässigkeitsprinzip.
- 139 Der Grundsatz der *Gesetzmässigkeit der Verwaltung* ist Ausfluss der Rechtsstaatlichkeit und bedeutet, dass die Verwaltungsbehörden an die Gesetze gebunden sind und im Einzelfall nicht davon abweichen dürfen. Alles Handeln der Verwaltung bedarf einer gesetzlichen Grundlage, d.h. eines Auftrags oder einer Ermächtigung durch den demokratisch gewählten Gesetzgeber.
- 140 Der Gesetzgeber kann der Verwaltung aber nicht alles vorschreiben, sondern muss ihr bei der Ausübung ihres Auftrags, bei der Verwirklichung der vom Gesetzgeber definierten öffentlichen Interessen, immer wieder grössere und kleinere Ermessensspielräume geben. Hier gilt der weitere öffentlichrechtliche Grundsatz vom Erfordernis des *pflichtgemässen Ermessens*. Wo immer eine Verwaltungsbehörde ihr Ermessen betätigen muss, darf sie es nicht frei, beliebig, spielerisch ausüben, sondern sie ist an den Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung *gebunden*. Auch im Bereiche ihrer Ermessensbetätigung sind der Verwaltung Willkür, rechtsungleiche Behandlung der Bürger, Verletzung von Treu und Glauben verboten, und sie muss sich an den Grundsatz der Verhältnismässigkeit halten.
- 141 Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit bzw. das *Verhältnismässigkeitsprinzip* bedeutet, dass jede von der Verwaltung angeordnete Massnahme "*das richtige Mittel zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesses liegenden Zieles sein muss*". Die Massnahme muss zur Erreichung des Zwecks "*geeignet*" sein, sie muss dem Zweck "*angemessen sein*". Die Verwaltung darf nicht mit Kanonen auf Spatzen schiessen, auch wenn sie den Auftrag hat, auf die Spatzen zu schiessen.
- 142 Während das öffentliche Recht mit seinen Normen Beamte und Bürger in Pflicht nimmt, d.h. Amts- und Bürgerpflichten auferlegt, um bestimmte öffentliche Interessen durchzusetzen, ist das *Privatrecht* eher eine Summe von Spielregeln. Ob die Privaten Eigentum erwerben, Verträge miteinander abschliessen, Gesellschaften gründen und Ehen schliessen, unterliegt ihrem freien Entscheid. Jedenfalls auferlegt das Privatrecht ihnen diesbezüglich keine Pflichten. Tun die Bürger aber solches, dann gelten die privatrechtlichen Spielregeln.

#### **4. Unterschiedliche örtliche und zeitliche Wirkung**

- 143 Da das öffentliche Recht weitgehend Ausdruck des politischen Willens einer Gemeinschaft ist, hat es notwendigerweise eine räumlich und zeitlich begrenzte Geltung. Die Staatsorganisation der Römer, der mittelalterlichen Königreiche und Fürstentümer, die damaligen Formen der Steuererhebung und der öffentlichen Armenfürsorge, die öffentlichrechtliche Devisenbewirtschaftung, Polizei- und Militärorganisation vergangener Zeiten und anderer heutiger Länder sind für uns Heutige von historischem und ethnographischem Interesse, aber ohne unmittelbare rechtliche Bedeutung. Von dem im alten Rom geltenden öffentlichen Recht können und wollen wir kaum etwas lernen. Der Wirkungsbereich unseres eigenen öffentlichen Rechtes endet an der Landesgrenze.
- 144 Demgegenüber gibt es im Privatrecht, im Bereich jener Spielregeln, die gerechterweise zwischen gleichgeordneten Subjekten gelten sollen, über Jahrhunderte und über Landesgrenzen hinweg weitgehend gleiche Auffassungen. Über die rechtlichen Voraussetzungen für einen Rücktritt vom Vertrag können Juristen aus Peking und Zürich sinnvoll diskutieren. Über die Organisation des Staates, über Presse- und Versammlungsfreiheit der Bür-

ger gibt es zwischen den beiden keinen juristischen Dialog. Es verhält sich mit dem Privatrecht ähnlich wie mit dem Schachspiel: ein Chinese und ein Amerikaner können miteinander nach den gleichen Regeln Schach spielen (und privatrechtliche Verträge abschliessen); die öffentlichrechtlichen Regeln jedoch, gemäss denen sie ihre politische Meinung äussern können, sind hier und dort verschieden.

- 145 So erklärt sich auch, dass die meisten zivilisierten Länder im Bereiche des Privatrechts zusammenarbeiten, ihre Privatrechtsordnungen gegenseitig respektieren und privatrechtliche Gerichtsurteile, die im einen Staat ergangen sind, auch in einem anderen Staat vollstrecken. Diese internationale Rechtshilfe ist im Gebiete des Privatrechts weit entwickelt. Es macht einem schweizerischen Zivilgericht theoretisch auch nichts aus, bei einem Streit über ein grenzüberschreitendes Vertragsverhältnis ausländisches Privatrecht anzuwenden.<sup>6</sup>
- 146 Das ausländische öffentliche Recht wird in der Schweiz dagegen nicht angewendet, und es gibt in diesem Bereich nur ganz beschränkte Rechtshilfe. Im öffentlichrechtlichen Bereich schaut gewissermassen jeder Staat nur für sich selber. Eine Ausnahme macht die Rechtshilfe bei der Verbrechensbekämpfung, die Zusammenarbeit der Fahndungsbehörden über Interpol und die Auslieferung von Delinquenten von einem Land ins andere.
- 147 Allerdings ist eine weitergehende Zusammenarbeit der Staaten im Bereiche des öffentlichen Rechts im Kommen. Sie hat aber eine gewisse politische Integration, eine Annäherung der politischen Systeme und Auffassungen zur Voraussetzung. Spitzenreiter der öffentlichrechtlichen Rechtshilfe ist das Steuerrecht. Hier fühlen viele Staaten ein gemeinsames Interesse, sich bei der Bekämpfung von Steuerhinterziehung und Steuerflucht gegenseitig zu unterstützen.

## C. Überblick über ausgewählte Gebiete des öffentlichen Rechts

- 148 Der nachfolgende Katalog ausgewählter Gebiete des öffentlichen Rechts erläutert einige wichtige Begriffe und gebräuchliche Einteilungen. Er hat keinen Erkenntniswert.

### 1. Staatsrecht

- 149 *Das Staatsrecht regelt die Struktur und Organisation des Staates.*
- 150 Unter Staatsrecht versteht man im wesentlichen das Verfassungsrecht, d.h. die Rechtsregeln, welche die Organisation des Staates, in der Schweiz also die Organisation der Eidgenossenschaft, der Kantone und der Gemeinden und die Rechtsbeziehungen zwischen diesen verschiedenen Staatswesen regeln.

### 2. Verwaltungsrecht

- 151 *Das Verwaltungsrecht regelt die exekutive Staatstätigkeit.*

---

<sup>6</sup> Allerdings bestehen praktische Schwierigkeiten, weil die hiesigen Gerichte die ausländische Rechtsordnung weniger gut kennen als die einheimische und sich zur kreativen, erforderlichenfalls lückenfüllenden Anwendung ausländischen Privatrechts nicht eigentlich kompetent fühlen. Die Anwendung ausländischen Privatrechts muss sich notwendigerweise in der Praxis auf Rechtsregeln beschränken, die schwarz auf weiss im Klartext nachgewiesen werden können. Prozessuale Streitigkeiten entstehen aber meist gerade deshalb, weil sich eine bestimmte Rechtsfrage nicht derart klar beantworten lässt.

- 152 Das Verwaltungsrecht macht heute den grössten Teil der Gesetzessammlungen des Bundes und der Kantone aus und füllt hier ca. 80 % aller bedruckten Seiten. In der systematischen Sammlung des Bundesrechtes umfasst die erste Abteilung das Staatsrecht, die zweite Abteilung das Zivilrecht, die dritte Abteilung das Strafrecht. Die vierte bis neunte Abteilung umfassen Verwaltungsrecht und stehen unter den Hauptüberschriften Erziehung / Landesverteidigung / Steuern / öffentliche Werke (Raumplanung, Enteignung, Wasserenergie, Strassenverkehr, Eisenbahnen, PTT) / Soziales / Wirtschaft.

### 3. Strafrecht

- 153 Dieses Rechtsgebiet (3. Abteilung der systematischen Sammlung des Bundesrechtes) zerfällt in zwei Gebiete, nämlich das "*gemeine Strafrecht*" (= das allgemeine Strafrecht) und in das Verwaltungsstrafrecht (auch "*Nebenstrafrecht*" genannt). Das gemeine Strafrecht stellt jene Straftaten unter Strafdrohung, die nach allgemeiner Auffassung, d.h. nicht nur in der Schweiz, sondern überall auf der Erde als strafbare Handlungen anerkannt sind: Diebstahl, Mord, Verleumdung etc. Dieses gemeine Strafrecht wurde 1942 im "*Schweizerischen Strafgesetzbuch*" für die ganze Schweiz vereinheitlicht. Vorher hatte jeder Kanton ein eigenes Strafgesetzbuch.
- 154 Das *gemeine Strafrecht* stimmt inhaltlich weitgehend überein mit entsprechenden Strafgesetzbüchern ausländischer Staaten. Im Bereiche des gemeinen Strafrechts leisten sich die Staaten gegenseitig *Rechtshilfe*, indem sie einander bei der Strafverfolgung gesuchter Delinquenten unterstützen (Interpol) und dingfest gemachte Straftäter gegenseitig ausliefern.
- 155 Das *Verwaltungsstrafrecht* ist nicht in einem einzelnen Erlass zusammengefasst. Fast jedes verwaltungsrechtliche Gesetz (Steuergesetz, Baugesetz, Bankengesetz, Schulgesetz etc.) enthält in seinem letzten Abschnitt diverse Strafbestimmungen, mit denen Personen bedroht werden, die ihre Steuern falsch deklarieren, ohne Baubewilligung bauen, das Bankgeheimnis verletzen, ihre schulpflichtigen Kinder nicht zur Schule schicken etc.
- 156 Im Bereiche des Verwaltungsstrafrechts gilt die Meinung, dass der Straftäter keine weltweit gültigen Strafnormen verletzt, sondern dass er lediglich die Vorschriften eines bestimmten Landes verletzt. Im Gebiet des Verwaltungsstrafrechtes gibt es deswegen keine internationale Rechtshilfe.
- 157 Ein weiterer Unterschied zwischen dem gemeinen Strafrecht und dem Verwaltungsstrafrecht liegt darin, dass im gemeinen Strafrecht ausnahmslos das Verschuldensprinzip gilt. Nur wer schuldfähig (urteilsfähig = zurechnungsfähig) ist und bezüglich der konkreten Tat ein tatsächliches Verschulden hat, darf bestraft werden. Wegen dieses Verschuldensprinzips werden im gemeinen Strafrecht in der Regel nur Menschen, nicht juristische Personen (Aktiengesellschaften etc.) bestraft (eine Ausnahme macht seit 2003 die neu ins Strafgesetzbuch eingeführte Verantwortlichkeit des Unternehmens (Art. 102 StGB); werden bei der Unternehmenstätigkeit strafrechtliche Normen verletzt und kann die Straftat wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden, so erhält das Unternehmen die Strafe, nämlich eine Busse bis zu CHF 5 Mio).
- 158 Im Verwaltungsstrafrecht gilt das Verschuldensprinzip nicht uneingeschränkt. Ferner ist die Bestrafung juristischer Personen hier an der Tagesordnung: Für den von einer Unternehmung verübten Steuerbetrug wird die Unternehmung gebüsst, nicht deren verantwortlicher Direktor.



#### 4. Völkerrecht

- 159 Dieses Rechtsgebiet steht auf einer anderen Ebene als die vorgenannten Gebiete. Im Umgang zwischen Staaten haben die *Staatsverträge* eine rechtliche Bedeutung und Wirkung. Im übrigen wird der Umgang zwischen den Staaten kaum durch Rechtsregeln definiert, sondern durch die unterschiedliche Macht der Staaten. So erstaunt es nicht, dass nur Angehörige der Verlierermächte von Internationalen Gerichtshöfen zur Rechenschaft gezogen werden, nicht Angehörige der Siegermächte. Es käme auch niemandem in den Sinn, Amerikaner, Russen oder Chinesen vor ein internationales Strafgericht zu zitieren. Solche Gerichte befassen sich mit den Angehörigen kleinerer Staaten.

#### 5. Kirchenrecht

- 160 Dieses Rechtsgebiet ist von untergeordneter Bedeutung. Als Hintergrundinformation für Lehrkräfte mag Folgendes von Interesse sein:
- 161 Im europäischen Mittelalter hatte die katholische Kirche eine rechtliche Struktur, die mit zahlreichen kirchlichen Gesetzen und Verordnungen die Organisation und Hierarchie der Kirche, ferner die Pflichten der Kirchenmitglieder genau regelte. Auch heute hat die katholische Kirche ein solches Regelwerk, das über alle Landesgrenzen hinweg Geltung hat. Denn die katholische Kirche versteht sich als globale, rechtlich geordnete Institution.
- 162 Im Mittelalter war die rechtliche Regelung der katholischen Kirche "*das*" Kirchenrecht, auch das "*kanonische Recht*" genannt.
- 163 In der heutigen Schweiz sind die Kirchen entweder staatlich anerkannte *Landeskirchen*, oder sie sind es nicht.
- 164 Die *Landeskirchen* sind öffentlich-rechtliche Körperschaften des kantonalen Rechts. In dieser Eigenschaft haben sie die Befugnis, ihre Finanzmittel gleich wie der Staat auf dem Wege der Steuererhebung (Kirchensteuer) einzutreiben. In den meisten Kantonen sind die katholische und die evangelisch-reformierte Kirche solche Landeskirchen. In einzelnen Kantonen haben ausserdem die christkatholische Kirche und die israelitischen Gemeinden öffentlich-rechtlichen Status.
- 165 Die Landeskirchen haben in den meisten schweizerischen Kantonen eigene Gesetzes-sammlungen, die ähnlich aussehen wie die kantonalen Gesetzessammlungen (Gesetze und Verordnungen, herausgegeben und nachgeführt in Loseblattform), bloss weniger umfangreich als die kantonalen Gesetzessammlungen. (So hat die Gesetzessammlung der Evangelisch-reformierten Kirche Basel-Stadt in einem einzigen Ordner im Format A5 Platz und umfasst ca. 500 Seiten).
- 166 Während des ganzen Mittelalters bis zur Aufklärung gehörten jene Rechtsgebiete, die wir heute als das Zivilstandswesen und als das Eherecht bezeichnen, in die ausschliessliche Kompetenz der Kirche. Die Heirat war ein kirchlicher Akt. Wer bis in die vergangenen Jahrhunderte zurück Ahnenforschung betreiben will, muss in den alten Kirchenbüchern nachschauen. Erst nach der französischen Revolution begannen die Staaten in Europa sukzessive, der Kirche die eherechtlichen und zivilstandsamtlichen Kompetenzen wegzunehmen.
- 167 Die Kirchen bzw. *Glaubensgemeinschaften ohne öffentlich-rechtlichen Status* pflegen sich in der Schweiz als Vereine im Sinne von Art. 60 ff. ZGB konstituieren. Sie erheben ihre Mittel wie jeder Turn- und Gesangsverein durch die Einziehung von Mitgliederbei-

trägen und aus Spenden. Die internen Ordnungen solcher Glaubensgemeinschaften haben die rechtliche Qualität von *Vereinsstatuten* und *Vereinsreglementen*. Von "Kirchenrecht" kann man diesbezüglich kaum sprechen. Es handelt sich mithin um Regelwerke auf bundesprivatrechtlicher Grundlage.

## D. Überblick über das schweizerische Privatrecht

### 1. Historisches

- 168 Seit dem Mittelalter hatten die einzelnen "Orte" oder "Stände" (seit 1798 durchwegs "Kantone" genannt) ihre eigenen Zivilgesetzbücher. Wegen des interkantonalen Handels wurde es zunächst dringend, das *Handelsrecht* gesamtschweizerisch zu vereinheitlichen. Dies geschah gestützt auf die Bundesverfassung von 1874 für das Vertragsrecht (OR) im Jahre 1883. Es folgte die Vereinheitlichung des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes 1889. Die weiteren privatrechtlichen Themen (Familie, Erbgang, Eigentumsordnung, Pfandrechte, Grundbuch) wurden erst 1912, mit dem Erlass des ZGB, gesamtschweizerisch vereinheitlicht.
- 169 Beim Inkrafttreten des ZGB herrschte die Meinung vor, die beiden grossen Privatrechtsgesetzbücher (ZGB und OR) sollten als ein einziges gesetzliches System verstanden werden. Das ZGB umfasste damals und heute vier Teile. Um des Systemgedankens willen kam man auf die Idee, das seit langem in Kraft stehende OR als den "*fünften Teil des ZGB*" zu deklarieren. Diese Idee war insofern etwas merkwürdig, als das OR allein wesentlich umfangreicher ist als die vier Teile des ZGB zusammen.

### 2. ZGB

- 170 Warum heisst das ZGB "*Zivilgesetzbuch*"? - Der Begriff hat eine geschichtliche Vergangenheit. Im römischen Recht, auf das die kontinentaleuropäischen Privatrechtsordnungen zurückgehen, gab es das "*ius civile*" und das "*ius gentium*". Das erstgenannte galt für die römischen Bürger. "Bürger" heisst auf Lateinisch "civis". "Bürgerlich" heisst "civilis". Das "*ius gentium*", zu Deutsch "Recht der Völker" galt für die Nichtbürger, d.h. für die Immigranten aus den Provinzen ausserhalb Italiens. Im Mittelalter diente der Begriff des "*ius civile*" zur Abgrenzung gegenüber dem Kirchenrecht ("*ius canonicum*"). Wer im Mittelalter seinen juristischen Doktorgrad erwarb, musste sich im "*ius civile*" und im "*ius canonicum*" auskennen und hiess darum "*Doctor iuris utriusque*" ("Doktor beider Rechte"). - In der Neuzeit wurde "*Bürgerliches Recht*" oder "*Droit civil*" dann gleichbedeutend mit "*Privatrecht*". Das dem ZGB entsprechende Gesetzbuch in Deutschland heisst "*Bürgerliches Gesetzbuch*" (BGB).
- 171 Zum *Inhalt des ZGB*:
- 172 Das ZGB entwickelt den Rechtsstoff in den ersten drei Teilen gewissermassen biographisch, von der Geburt über die Heirat bis zum Tod des Menschen. Der *erste Teil* heisst "*Personenrecht*" und regelt im ersten Teil den Status der natürlichen (Einzel-)Person: ihre Rechtsfähigkeit, Handlungsfähigkeit, Wohnsitz, Heimatangehörigkeit, Name, Zivilstand, Anfang und Ende der Persönlichkeit, ferner den Persönlichkeitsschutz.
- 173 In den anschliessenden Artikeln 52-89bis finden sich Regeln über die *juristischen Personen*, nämlich Art. 52-59 *allgemeine Regeln*, die für alle juristischen Personen gelten (auch für diejenigen, die im OR geregelt sind), ferner die Vorschriften für die beiden "nicht-kommerziellen" juristischen Personen des Privatrechts, den *Verein* und die *Stiftung*. - Al-

le anderen juristischen Personen des Privatrechts haben gewerblichen (kommerziellen) Charakter und sind im OR geregelt.

- 174 Der *zweite Teil des ZGB* ist mit "*Familienrecht*" überschrieben. Er regelt das Verlöbnis, die Heirat, die Ehescheidung, die Beziehungen von Eltern und Kindern sowie den Kindes- und den Erwachsenenschutz<sup>7</sup>.
- 175 Der *dritte Teil des ZGB* ist mit "*Erbrecht*" überschrieben. Er regelt das gesetzliche Erbrecht (Antwort auf die Frage: wer erbt welche Quote?), die Rechtsgestaltung durch Testamente und Erbverträge sowie die Abwicklung des Erbgangs nach dem Tod einer natürlichen Person (Sicherungsmassregeln, Erbteilung).
- 176 Der *vierte Teil des ZGB* fügt sich nicht in den biographischen Zusammenhang ein. Er heisst "*Sachenrecht*" und regelt die *Zuordnung von Sachen zu Personen* mittels *dinglicher Rechte*. Dinglich heisst ein Recht, wenn die Person das Recht unmittelbar an der Sache (am "Ding") hat. Zu den dinglichen Rechten gehören (a) das Eigentum, (b) die Dienstbarkeiten und (c) die Pfandrechte.

In der sachenrechtlichen Terminologie wird unterschieden zwischen *beweglichen Sachen* ("Fahrnis"; z.B. Bücher, Möbel, Fahrzeuge) und Grundstücken (der Begriff der "*unbeweglichen Sache*" kommt im ZGB nicht vor und sollte vermieden werden). Unter "Grundstück" versteht das ZGB die im Grundbuch definierte Parzelle als Objekt des Eigentums; dazu gehören die normalen Grundstücke (im ZGB "Liegenschaften" bezeichnet), ferner gemäss Art. 655 ZGB auch die Stockwerkeigentumspartellen und die selbständigen dauernden Baurechte.

### 3. OR

- 177 Warum heisst das OR "*Obligationenrecht*" und nicht "*Handelsgesetzbuch*"? - Antwort: Im Gegensatz zu allen umliegenden Ländern wollte der schweizerische Bundesgesetzgeber - aus Gründen der demokratischen Gleichheit aller Bürger - kein Spezialgesetz für Kaufleute, also gerade kein Handelsgesetzbuch. Statt dessen regelte der schweizerische Gesetzgeber das Vertragsrecht, das Handelsregister, die Geschäftsfirmer, die gewerblich tätigen juristischen Personen und die Wertpapiere in einem einzigen Gesetzbuch, das für alle Bürger einheitliche Anwendung finden sollte, eben im *OR*.
- 178 Nach den Vorstellungen der Rechtslehre des 19. Jahrhunderts konnten die wichtigsten Rechtsregeln an der Fragestellung orientiert werden, ob und wie aus bestimmten Lebenssachverhalten für eine Person Verbindlichkeiten entstehen. Man unterschied Verbindlichkeiten, die *aus Vertrag* entstehen, Verbindlichkeiten *aus unerlaubter Handlung* und Verbindlichkeiten *aus ungerechtfertigter Bereicherung*.
- 179 Das Fremdwort für "*Verbindlichkeit*" heisst "*Obligation*" (lat.: *obligatio*; franz.: *obligation*). Also nannte man das Gesetzbuch von 1883 sinngemäss das "*Gesetz über die Verbindlichkeiten*" bzw. mit dem Fremdwort "*Obligationenrecht*". Der Name des Gesetzbuches hat nichts zu tun mit dem börsengängigen Begriff der "Obligation" als eines festverzinslichen, in grossen Serien ausgegebenen Wertpapiers.
- 180 Zum *Inhalt des OR*:

<sup>7</sup> Der Kindes- und Erwachsenenschutz wurde ehemals unter dem Begriff der Vormundschaft zusammengefasst. Das Wort "Vormundschaft" ist heute nur noch in Bezug auf minderjährige Personen gesetzeskonform.

- 181 Das OR enthält im ersten, sogenannten *Allgemeinen Teil* (Art. 1-183) die allgemeingültigen Normen über das Zustandekommen von Verträgen und über die Rechtsfolgen bei Schlechterfüllung von Verträgen, sodann die Regeln über die Haftung aus unerlaubter Handlung und über die Verbindlichkeiten, die aus ungerechtfertigter Bereicherung entstehen. Im Allgemeinen Teil schliessen sich eine Reihe von Spezialthemen an (Verjährung, Verrechnung, Forderungsabtretung, Solidarität u.a.m.).
- 182 Im *Besonderen Teil* (Art. 184-551) folgen die Spezialregelungen für die sogenannten *einzelnen Vertragsverhältnisse*, beginnend beim Kaufvertrag bis hin zur einfachen Gesellschaft.
- 183 Der 3.-5. *Teil* wird unter dem Oberbegriff des *Handelsrechtes* zusammengefasst. Hier geht es um das *Gesellschaftsrecht* (Art. 552-926 OR: Kollektivgesellschaft, Kommanditgesellschaft, Aktiengesellschaft, Kommanditaktiengesellschaft, GmbH und Genossenschaft), um das *Handelsregister, die Geschäftsfirmen und die kaufmännische Buchführung* (Art. 927-964 OR) und um das *Wertpapierrecht* (Art. 965-1186 OR).
- 184 Im Gegensatz zu den umliegenden Ländern kennt die Schweiz, wie bereits gesagt, *kein Handelsgesetzbuch*. Dieses Manko entspringt dem genossenschaftlich-demokratischen Geist der Schweiz. Alle vier umliegenden Länder haben zusätzlich zu ihren Bürgerlichen Gesetzbüchern (code civil, codice civile) noch Handelsgesetzbücher ("Code de commerce" in Frankreich). Der schweizerische Gesetzgeber wollte nicht diskriminieren zwischen Kaufleuten und gewöhnlichen Bürgern.

### III. Strafrecht

#### A. Rechtsphilosophische Aspekte und geschichtliche Entwicklung

##### 1. Revierverteidigung und Vergeltungstrieb

- 185 Das Strafrecht ist der am besten sichtbare Teil des Rechts. Das Strafrecht repräsentiert für viele Leute die Justiz schlechthin. Die allegorische Figur der Justitia, einer Frau mit verbundenen Augen, welche in der einen Hand eine Waage, in der andern ein Schwert hält, zeigt die *strafende* Gerechtigkeit, welche Schuld und Unschuld abwägt und mit dem Schwert für Sühne sorgt. Die verbundenen Augen symbolisieren die Unparteilichkeit: Justitia schaut nicht auf Geld, Macht und Beziehungen der Parteien. Bezüglich des Sachverhaltes und der darauf anzuwendenden Rechtsregeln soll die Justiz aber nicht blind sein, sondern einen scharfen Blick entwickeln.
- 186 Das Strafrecht ist für Nichtjuristen auch der interessanteste Teil der Rechtsordnung, weil das Strafrecht mehr als andere Rechtsgebiete zu philosophischem Nachdenken herausfordert. Dies aus folgenden Gründen:
- 187 Die Strafe als Reaktion auf menschliches Verhalten entspricht unleugbar einem Verhaltensmuster, das bereits bei manchen Tierarten zu beobachten ist und also der *animalischen Evolutionsstufe* des Menschen angehört. Revierverteidigende Tiere, namentlich Raubtiere, reagieren gegenüber Artgenossen, die in ihr Revier eindringen, mit instinktiver Aggression. Der *Revierverteidigungsinstinkt* hat Sinn: Mit der konsequenten Vertreibung von Konkurrenten schützt das Individuum seinen eigenen Lebensraum und seine Nahrungsgrundlage.
- 188 Schon in der Tierwelt dient diese Aggressionen nicht nur der Verteidigung des territorialen Jagdreviers, sondern auch der *Verteidigung sozialer Privilegien*. Denn auch soziale Privilegien sind Ernährungsgrundlage. Dies wird sichtbar in der *Hackordnung* (engl. "*pecking order*") der in Gemeinschaften zusammenlebenden Tiere, etwa bei den Bergdohlen. Wo gemäss sozialem Rang gehackt bzw. gepickt wird, sättigen sich die hochrangigen Tiere als erste. Ist das Futter knapp, so gehen die zuhinterst in der Hackordnung anstehenden Tiere leer aus. Drängt sich ein sozial niedriges Tier ungebührlich nach vorn, so wehren sich die vorderen Tiere mit einem Kampfritual, das zur Demütigung und Zurückweisung des Vordringlings führt und diesen wieder auf seinen bisherigen sozialen Platz zurückzwingt.
- 189 Die animalischen Aggressionsinstinkte zur Verteidigung der Hackordnung sind beim Menschen nicht verkümmert, sondern haben sich gegenteils weiter entwickelt. Kein anderes Lebewesen reagiert so rachsüchtig wie der Mensch. Während Tiere auf jede Verletzung der Hackordnung unverzüglich reagieren und das Geschehene anschliessend wieder vergessen, neigt der Mensch dazu, Angriffe auf seine soziale Position langfristig zu erinnern und über Jahrzehnte hinweg auf Vergeltung zu sinnen, ja sein ganzes Leben der Demütigung eines bestimmten Gegners zu widmen. Der Roman "*Michael Kohlhaas*" von Heinrich von Kleist ist das literarische Musterbeispiel für diese Verhaltensweise.
- 190 Im Rechtsstaat erwirbt jedes Individuum, teils von Gesetzes wegen, teils durch Erbschaft, insbesondere aber durch eigene Leistung ein rechtlich geschütztes Lebensrevier. Es umfasst die persönlichkeitsrechtlich geschützte Persönlichkeit, die familienrechtlich geschützten Familienbeziehungen, die Vermögensrechte ("das Vermögen"), die arbeits-

oder beamtenrechtlich geschützte Positionen am Arbeitsplatz, die gesellschaftsrechtlich geschützten Positionen in den Organen juristischer Personen (z.B. als Vereinspräsident, Verwaltungsratsmitglied), die öffentlichrechtlich geschützten Positionen in Parlamenten, staatlichen Exekutivorganen, im Militär etc.

- 191 Das rechtlich geschützte Lebensrevier des modernen Menschen kann seine Grenzen von Tag zu Tag ändern. Der Erwerb neuer Positionen, z.B. aufgrund von Beförderungen am Arbeitsplatz, Lohnerhöhung, Wahl in wichtige Gremien, erheischt Anstrengung und Leistung, desgleichen die Verteidigung erworbener Positionen gegen (rechtmässigen) Verlust, z.B. gegen eine rechtmässige Kündigung oder eine Nichtwiederwahl.
- 192 Das rechtlich geschützte Lebensrevier bedarf auch der Verteidigung gegen *widerrechtliche* Angriffe. Körperverletzungen und Ehrverletzungen sind widerrechtliche Angriffe auf die rechtlich geschützte Persönlichkeit. Diebstahl und Betrug sind widerrechtliche Angriffe auf das rechtlich geschützte Vermögen. Missbräuchliche Kündigungen sind Angriffe auf geschützte Arbeitnehmerrechte.
- 193 Wer Opfer eines widerrechtlichen Angriffs wird, erlebt mehr oder weniger heftige Vergeltungsempfindungen. Er oder sie empfindet: *"Das lasse ich mir nicht bieten!"*

## 2. Zivilrechtliche und strafrechtliche Wiedergutmachung

- 194 Für die Abwehr und Reparatur gewisser Widerrechtlichkeiten genügt das Zivilrecht, insbesondere der Rechtsanspruch auf eine Schadenersatzzahlung gegenüber dem Schädiger. Dies ist etwa der Fall, wenn jemand ein ausgeliehenes Buch verliert. Der Eigentümer hat gegenüber dem Verlierer einen im Zivilrecht (ZGB und OR) begründeten Anspruch auf eine Schadenersatzzahlung in der Höhe des Wertes des verlorenen Gegenstandes. Mit der Bezahlung dieser Geldsumme hat der Vorfall in rechtlicher Hinsicht sein Bewenden.
- 195 Bei anderen, gravierenden und schuldhaft zugefügten Widerrechtlichkeiten hat es mit der Schadenersatzzahlung dagegen nicht sein Bewenden, sondern die widerrechtliche Verhaltensweise ist vom Gesetz zusätzlich noch *unter Strafe gestellt*. Wer ein ausgeliehenes Buch eigenmächtig verkauft, begeht eine *strafbare Veruntreuung*. Der Veruntreuer muss dem Eigentümer nicht nur Schadenersatz zahlen. Auf das Verhalten des Veruntreuers kommt zusätzlich Art. 138 des Strafgesetzbuches (StGB) zur Anwendung. Dieser Artikel lautet auszugsweise:

*"Veruntreuung. - Wer sich eine ihm anvertraute fremde bewegliche Sache aneignet, um sich oder einen andern damit unrechtmässig zu bereichern, ... wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft."*

Erläuternd ist beizufügen, dass die unbefugte Verfügung über eine fremde Sache rechtlich als "Aneignung" qualifiziert wird. Dies deshalb, weil der Veruntreuer die von Rechts wegen ausschliesslich dem Eigentümer zustehende Verfügungsbefugnis ausübt. Für den kurzen Augenblick des Verkaufs masst sich der Veruntreuer die Eigentümerposition an.

- 196 Die Bestrafung des Veruntreuers mit Zuchthaus oder Gefängnis bewirkt dreierlei: Sie ist erstens rächende Vergeltung (Sühne) des begangenen Unrechts bzw. Tilgung der Schuld. Sie ist zweitens Erziehung des Täters: Die Strafe lehrt ihn, in Zukunft fremdes Eigentum zu respektieren. Sie ist drittens Abschreckung Dritter: Auch alle andern Menschen, denen die Deliktsbegehung und deren strafrechtliche Ahndung zur Kenntnis kommt, prägen sich ein, dass in unserem Land fremdes Eigentum zu respektieren ist.

### 3. Das Strafmonopol des Staates

- 197 Mit dem rechtsstaatlichen Gewaltmonopol hat der Staat die rächende Vergeltung an sich gezogen. Die private Blutrache hat im Rechtsstaat keinen Raum mehr. Das Pauluswort "*Vergeltet niemandem Böses mit Bösem. Die Rache ist mein. Ich will vergelten, spricht der Herr*" gilt im modernen Rechtsstaat, sofern man das Wort "Herr" durch das Wort "Staat" ersetzt.
- 198 Mit der Sublimierung der vergeltenden Rache zu einem gottgewollten und von Gott selber geübten Akt ist die animalische Verteidigung sozialer Reviere in eine höhere geistige Dimension erhoben worden. "Gerechte Vergeltung" ist nicht mehr instinktive Revierverteidigung des Individuums, sondern sie wird als ein Teil der göttlichen Weltordnung gedeutet.
- 199 In der säkularisierten Denkweise der Moderne wird die "gerechte Vergeltung" von der breiten Bevölkerung als unverzichtbarer Teil der staatlichen Rechtsordnung, ja als Recht schlechthin empfunden. Die zivilisierte Menschheit ist mit der Sublimierung des Vergeltungsgedankens so weit gediehen, dass manche Mitbürgerinnen und Mitbürger den elementaren Zusammenhang zwischen Strafrecht und animalischem Vergeltungsinstinkt überhaupt negieren.

### 4. Warum darf oder muss der Staat strafen?

- 200 Wird der animalische Revierverteidigungsinstinkt als Geltungsgrund des Strafrechts geleugnet, so entsteht ein Bedarf nach anderweitiger Legitimation. Warum, wenn nicht zur Befriedigung individueller Rachebedürfnisse, greift der Staat strafend ins soziale Geschehen ein?
- 201 Die Antwort scheint auf der Hand zu liegen. Staatliches Strafen ist nötig, um die rechtlich garantierte Ordnung und Sicherheit zu verteidigen. Die staatliche Strafe stillt bei einer solchen Sichtweise nicht individuelle Rachebedürfnisse (bzw. sie tut dies höchstens zufälligerweise und nebensächlich), sondern sie bezweckt die Aufrechterhaltung der staatlich garantierten Ordnung und Sicherheit im Lande.
- 202 Die Antwort ist auf ersten Blick einleuchtend. Tatsache ist jedoch, dass sich die staatliche Strafrechtsgesetzgebung und -praxis auffallend wenig um ihre ordnungs- und sicherheitspolitische Optimierung bemüht. Irrationale bzw. instinkthafte Aspekte spielen offensichtlich eine bedeutende Rolle. Zur Irrationalität des Strafrechts gehört seine Fixierung auf die in der *Vergangenheit* erfolgten Taten und seine relative Blindheit bezüglich sozialer Zukunftsrisiken. Auch Taten, die aufgrund ihres Kontextes offensichtlich einmalig waren und den Täter nicht als Zukunftsrisiko erscheinen lassen, ziehen Strafe nach sich, wogegen sich die Strafjustiz schwer tut, gemeingefährliche Menschen (z.B. mehrfach rückfällige Triebtäter und Verkehrsrowdies) aufgrund der Risiken, die sie für die Mitmenschen in Zukunft bedeuten, dauerhaft dingfest zu machen.
- 203 Gewiss hat die strafende Reaktion auf vergangenes Tun auch eine Ordnungswirkung für die Zukunft. Aber das Strafrecht versteht sich bis heute nicht primär als einer Wissenschaft zur Optimierung der Sozialordnung, sondern als eine Veranstaltung zur *Sühne geschehenen Unrechts*, unabhängig davon, ob solche Sühne zur Optimierung der Sozialordnung etwas beiträgt bzw. welche anderen Vorkehrungen der Sozialordnung besser dienen könnten. Die heutige Kriminologie und die Verbesserungen des Strafvollzugs sind zwar weitgehend darauf ausgerichtet, den Straftäter zu resozialisieren. Irrational bleiben aber

allemal die vergeltende Ausgrenzung, Ent-Sozialisierung und Demütigung an sich, die der Täter durch den öffentlichen Strafprozess und das Urteil erleidet.

- 204 Das strafrechtliche Denkschema geht dahin, dass der Mensch mit der Begehung einer Straftat *Schuld* begründet. Die Schuld im strafrechtlichen Sinne hat nichts zu tun mit finanzieller Schadenersatzpflicht, sondern sie wird als ein sozial-ethisches Defizit verstanden, das durch die strafende Vergeltung wieder aufgefüllt bzw. ausgeglichen, d.h. *gesühnt* werden muss. Die Schuld in dem hier beschriebenen Sinne wird als ein Zustand oder eine zeitlich andauernde soziale *Tatsache* verstanden, die zu einem späteren Zeitpunkt durch die Sühne beseitigt ("getilgt") wird.
- 205 Daneben wird der Begriff der Schuld auch subjektiv als *Verschulden* oder *Tatverschulden* verstanden. Damit ist die schuldhafte Begehung der Straftat gemeint. Das Strafrecht geht von der Vorstellung aus, dass das Individuum mit der schuldhaften Begehung der Straftat gewissermassen seine Schuld (als Dauertatsache) ins Buch des sozialen Lebens hineinschreibt. Die strafrechtliche Grundregel geht dahin, dass das gleiche Individuum seine Schuld selber tilgen muss, und zwar durch das Erleiden der sühnenden Strafe. Da strafrechtliche Schuld vom Täter *selber* gesühnt werden muss, ist die stellvertretende Sühne durch einen *Sündenbock* (nach mittelalterlichem Vorbild) heute ebenso unzulässig wie die Anheuerung Arbeitsloser für die stellvertretende Einsitznahme im Zuchthaus anstelle des wohlstuierten Täters. Verboten ist auch, das einer Person auferlegte Bussgeld zu vergüten oder jemandem vertraglich zuzusichern, dessen Bussen zu übernehmen (etwa einen Taxifahrer zur überschneller Fahrt oder zum Falschparkieren zu motivieren und ihm zu versprechen, allfällige Bussen zu bezahlen).
- 206 In der Einengung des Blicks auf diese Regel postuliert die geltende Strafrechtstheorie, die staatlich zugefügte Strafe sei die notwendige Folge individuell begründeter Schuld. In diesem Sinne gilt im schweizerischen Strafrecht der Grundsatz: *Keine Strafe ohne Schuld*. Der Satz steht allerdings nicht in dieser Prägnanz im StGB, sondern lediglich verklausuliert, nämlich in den Artikeln 12 und 47. Die Bestimmungen lauten folgendermassen:
- 207 **Art. 12. - 2. Vorsatz und Fahrlässigkeit. Begriffe**
- <sup>1</sup> *Bestimmt es das Gesetz nicht ausdrücklich anders, so ist nur strafbar, wer ein Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich begeht.*
- <sup>2</sup> *Vorsätzlich begeht ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt. Vorsätzlich handelt bereits, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt.*
- <sup>3</sup> *Fahrlässig begeht ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Folge seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedenkt oder darauf nicht Rücksicht nimmt. Pflichtwidrig ist die Unvorsichtigkeit, wenn der Täter die Vorsicht nicht beachtet, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet ist.*
- 208 **Art. 47. - Die Strafzumessung. - 1. Grundsatz**
- <sup>1</sup> *Das Gericht misst die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters.*
- <sup>2</sup> *Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen*



*des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden.*

## 5. Sichernde Massnahmen

- 209 Zurechnungsunfähige Menschen, die sich als Gefahr für die Gesellschaft erweisen, werden, wie soeben angetönt, mit *Massnahmen* längerfristig in geschlossenen Anstalten eingeschlossen. Zu diesen Massnahmen gehören namentlich die Verwahrung von Gewohnheitsverbrechern (Art. 64 StGB) und die Einweisung psychisch Kranker zur stationären therapeutischen Behandlung in einer psychiatrischen Anstalt (Art. 59 StGB). Im Gegensatz zur Strafe enthalten solche Massnahmen kein sozialetisches Unwerturteil. Der Täter wird eingesperrt, weil er ein naturhaftes Risiko für die Allgemeinheit ist, nicht weil sein Verhalten Sühne erheischt.

## 6. Ergebnis

- 210 Unabhängig von den verschiedenen Auffassungen vom *Wesen* der Schuld können rechtlich verbindliche Aussagen gemacht werden über die äusseren (beweisbaren) *Voraussetzungen* der Schuld und der Schuldausschliessungsgründe, und damit über die Strafbarkeit eines Menschen im konkreten Einzelfall. Ohne also darüber zu philosophieren, was Schuld *ist*, kann der Gesetzgeber gesetzlich festlegen, welche Verhaltensweisen Schuld *begründen* und die Strafbarkeit nach sich ziehen.
- 211 Dabei gilt: *Schuld im strafrechtlichen Sinne wird begründet, wenn ein Individuum eine positive und zwei negative Voraussetzungen gleichzeitig erfüllt, nämlich wenn es (a) einen Straftatbestand<sup>8</sup> verwirklicht, (b) ohne dass hierfür ein Rechtfertigungsgrund und (c) ohne dass ein Schuldausschliessungsgrund gegeben ist.*

## 7. Terminologischer Nachtrag

- 212 Der Begriff der *Schuld* oder des Verschuldens wird im Zivilrecht grundsätzlich gleich beschrieben wie im Strafrecht, jedoch mit einem terminologischen Unterschied. Im Zivilrecht verwendet man die Worte "Absicht", "absichtlich" oder "willentlich". Im Strafrecht wird das Gleiche mit den Wörtern "Vorsatz" und "vorsätzlich" bezeichnet. Die Wörter "Vorsatz" und "vorsätzlich" sind der privatrechtlichen Terminologie fremd.
- 213 Der Begriff der Fahrlässigkeit wird im Strafrecht und im Zivilrecht weitgehend übereinstimmend gebraucht. Im Zivilrecht spielt die Schuld vor allem eine Rolle im Vertragsrecht (schuldhafte Nichterfüllung des Vertrags) und im Haftpflichtrecht (schuldhafte Begehung einer unerlaubten Handlung im Sinne von Art. 41 ff. OR).
- 214 In der Strafrechtswissenschaft bezeichnet man die nachträgliche Sühnewirkung der Strafe als *Repression*, die individuell-erzieherische Wirkung als *Spezialprävention* (= spezielle Abhaltung des Täters von der künftigen Begehung weiterer Delikte), die abschreckende Wirkung der Strafe auf die Gesamtbevölkerung als *Generalprävention*.

---

<sup>8</sup> 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*. - Dies sei veranschaulicht: Wer einen Diebstahl begeht, schafft einen Sachverhalt, der unter den (Straf-)Tatbestand des Art. 139 StGB fällt.

## **B. Allgemeine Grundsätze des schweizerischen Strafrechts**

### **1. Die Arbeitsweise der Strafgerichte**

#### **a) Die Strafpraxis als Subsumtion von Lebenssachverhalten unter gesetzliche Straftatbestände**

- 215 Die Arbeitsweise der Strafgerichte ist exemplarisch für juristische Arbeit überhaupt. Sie ist wegen ihrer Schablonenhaftigkeit ein besonders geeigneter Gegenstand für die didaktische Vermittlung juristischen Denkens an Laien. Es ist kein Zufall, dass das Fach Strafrecht an den juristischen Fakultäten zum Unterstufen-Pensum gehört.
- 216 Im Strafrecht gilt der Grundsatz: *Keine Strafe ohne Gesetz* (lat. *nulla poena sine lege*). Der Grundsatz ist in Art. 1 StGB folgendermassen festgehalten:
- "Eine Strafe oder Massnahme darf nur wegen einer Tat verhängt werden, die das Gesetz ausdrücklich unter Strafe stellt."*
- Der besagte Grundsatz erheischt, dass die von Strafe bedrohten Verhaltensweisen im Gesetz hinlänglich konkretisiert sind.
- 217 Als Beispiel diene der Straftatbestand des Diebstahls, der in Art. 139 Ziff. 1 StGB folgendermassen umschrieben ist:
- "Wer jemandem eine fremde bewegliche Sache zur Aneignung wegnimmt, um sich oder einen andern damit unrechtmässig zu bereichern, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft."*
- 218 Demgegenüber wäre es ungenügend, *"alle Handlungsweisen, die einen andern Menschen am Vermögen schädigen"* unter Strafe zu stellen. Das Gesetz muss klar ausbuchstabieren, was genau verboten und unter Strafe gestellt ist.
- 219 Aus dem Satz *"Keine Strafe ohne Gesetz"* ergibt sich auch, dass der Gesetzgeber die Formulierung von Straftatbeständen nicht an die Exekutive (Bundesrat, Kantonsregierungen) delegieren kann. Unzulässig wäre also eine gesetzliche Regel mit dem Inhalt: *"Alle gravierenden Verletzungen von Vorschriften dieses Gesetzes sind strafbar; der Bundesrat umschreibt die Straftatbestände und die angedrohten Strafen auf dem Verordnungsweg."* - Strafen können nicht in Verordnungen angedroht werden. Eine Ausnahme machen geringfügige Verwaltungsbussen und Disziplinarstrafen.
- 220 Die Strafgerichte haben es in ihrer täglichen Arbeit mit der Beurteilung menschlichen Verhaltens zu tun. Aus dem kontinuierlichen Strom des Tuns und Lassens des Angeklagten werden einzelne Szenen herausgegriffen und mit den gesetzlichen Straftatbeständen verglichen. Die Fragestellung für das Gericht lautet: Fällt diese oder jene Szene unter den Wortlaut eines oder mehrerer gesetzlicher Straftatbestände? Wenn die Frage zu bejahen ist, *muss* das Gericht grundsätzlich die im betreffenden Straftatbestand vorgesehene Strafe verhängen. Man kann die strafgerichtliche Tätigkeit bildlich so beschreiben, dass konkrete Lebenssachverhalte unter die Schablonen gesetzlicher Straftatbestände gebracht werden. Wenn eine der gesetzlichen Schablonen genau passt, wird der Angeklagte bestraft. Wenn keine Schablone genau passt, wird er freigesprochen.
- 221 Bei dieser gerichtlichen Tätigkeit ist einerseits ein klares Verständnis des Gesetzestextes erforderlich. Im zitierten Diebstahlstatbestand stellt sich beispielsweise die Frage, was mit den rätselhaften Worten genau gemeint ist: *"Wer jemandem eine fremde bewegliche Sache zur Aneignung wegnimmt ..."*. Andererseits ist der Sachverhalt, nämlich die rele-

vante Szene aus dem Leben des Angeklagten, zu ermitteln und es ist zu fragen, inwiefern deren Elemente im strafprozessualen Sinne auch wirklich bewiesen sind. Bei Beweislücken gilt im Strafprozess der Satz "*im Zweifel zugunsten des Angeklagten*" (lat. "*in dubio pro reo*"). MERKE: Dieser ins allgemeine Volksbewusstsein eingegangene Kernsatz gilt ausschliesslich bezüglich der Beweislage, nicht bezüglich der Rechtsanwendung. Bestehen also bei klarem Sachverhalt Zweifel darüber, ob das Verschulden des Täters in rechtlicher Hinsicht als leichtes oder als schweres Verschulden zu qualifizieren ist, so braucht dieser Zweifel nicht zugunsten des Täters gelöst zu werden.

- 222 Das Strafgericht muss ein klares Verständnis der Gesetzestexte und zugleich einen klaren Blick für die Realien des menschlichen Lebens haben und es muss diese Realien, soweit sie bewiesen sind, an den gesetzlichen Straftatbeständen messen.
- 223 In der täglichen Gerichtspraxis sind die juristischen Fragen meist einigermaßen klar und demgemäss uninteressant. Der überwiegende Teil aller strafprozessualen Tätigkeit gilt der beweismässigen Aufarbeitung von Sachverhalten. Während sich die Studierenden und Professoren an den Universitäten in den Höhen abstrakter Grundsatzdiskussionen bewegen, müssen sich die Praktiker fast ausschliesslich im Gestrüpp der Beweisführung herumschlagen.

### **b) Die Drei-Fragen-Probe des strafgerichtlichen Test-Rasters**

- 224 Zur Beurteilung der Strafbarkeit genügt es allerdings nicht, einzelne Straftatbestände schablonenhaft über beweismässig ermittelte Lebenssachverhalte zu stülpen. Die strafgerichtliche Arbeit ist komplizierter. Sie besteht im systematischen Überprüfen des fraglichen Verhaltens anhand eines Rasters, bei dem der konkrete Straftatbestand (z.B. derjenige des Diebstahls gemäss Art. 139 StGB) zwar eine wichtige Rolle spielt, aber stets in Verbindung mit anderen Normen anzuwenden ist. Der Test-Raster lautet folgendermassen:
- 225 Vorweg wird nach der *Tatbestandsmässigkeit* des ermittelten Lebenssachverhalts gefragt.
- 226 Diese erste Testfrage zerfällt in zwei Teile, Frage 1a und Frage 1b.
- 227 Unter *Frage 1a* wird gefragt: Was hat der Angeklagte *getan*? Welchen gesetzlichen Straftatbestand hat er durch seine Handlung äusserlich erkennbar erfüllt?
- 228 Unter *Frage 1b* wird gefragt: Was hat der Angeklagte *gewollt*? Hat er das tun wollen, womit er den gemäss Frage 1a gefundenen gesetzlichen Straftatbestand erfüllt hat?
- 229 Die Frage 1a ist diejenige nach der "*Erfüllung des objektiven Tatbestandes*", die Frage 1b diejenige nach der "*Erfüllung des subjektiven Tatbestandes*".
- 230 Die Antwort auf die Frage 1a kann beispielsweise lauten: Der Angeklagte hat im Wald mit dem Gewehr einen Schuss abgegeben und dadurch den B getötet.
- 231 Die Antworten auf die Frage 1b können z.B. lauten: Der Angeklagte sah einen Menschen und wollte ihn töten. Oder: Der Angeklagte zielte auf ein vermeintlich im Gebüsch stehendes Reh und sah nicht, dass an jener Stelle ein Mensch stand.
- 232 Bei der Frage 1b nach dem subjektiven Tatbestand geht es nicht darum, ob der Angeklagte eine Strafnorm verletzen wollte, sondern darum, was er konkret mit der (äusserlich strafbar erscheinenden) Handlung bezweckt hat. Beim Gewehrschuss auf das vermeintli-

che Reh lag das eine Mal ein Tötungsdelikt, das andere Mal kein solches Delikt vor (allenfalls fahrlässige Tötung, sofern dem Schützen die Verletzung einer Sorgfaltspflicht zur Last fiel).

- 233 Wurde im Test-Raster die objektive und die subjektive Tatbestandsmässigkeit bejaht, so ist zu vermuten, dass sich der Täter rechtswidrig und schuldhaft verhalten und sich also strafbar gemacht hat - es sei denn, die Rechtswidrigkeit und die Schuldhaftigkeit seines Tuns werde durch Befunde gemäss einer der beiden folgenden Fragen aufgehoben.
- 234 Das Gericht schreitet demgemäss fort zur *Frage 2*: Gibt es einen *Rechtfertigungsgrund*, der die Rechtswidrigkeit der Tat aufhebt bzw. der die Tat zu einer rechtmässigen Tat macht?
- 235 Ist ein Rechtfertigungsgrund gegeben, so endet der Test. Der Angeklagte ist freizusprechen.
- 236 Ist kein Rechtfertigungsgrund gegeben, so schreitet das Strafgericht fort zur *Frage 3* nach den *Schuldausschliessungs-* und *Schuldminderungsgründen*.
- 237 Wird die Schuld durch einen Schuldausschliessungsgrund ausgeschlossen, so bleibt der Angeklagte straffrei. Andernfalls wird er bestraft.
- 238 Das dargestellte strafrechtliche Testschema ist zugleich das Schema der strafrechtlichen Fallbearbeitung im akademischen Unterricht und im Schulunterricht. Immer beginnt man damit, aus dem kontinuierlichen Strom der Handlungen (und Unterlassungen) eines Menschen jene Szenen herauszugreifen, die einen gesetzlichen Straftatbestand erfüllen. In der Handlungskette eines Menschen können auch gleichzeitig mehrere Straftatbestände erfüllt sein (beispielsweise Urkundenfälschung und Betrug, wenn jemand eine Quittung oder eine Vollmacht fälscht und mit diesem Papier jemanden täuscht und ihm Geld abnimmt). Manche Szenen sind örtlich und zeitlich kompakt, wie etwa die Tötung durch einen Gewehrschuss. Andere Straftaten setzen sich aus Handlungselementen zusammen, die über längere Zeiträume an verschiedenen Orten stattfanden, wie etwa eine betrügerische Bilanzfälschung, die sich auf gefälschte Lagerbewertungen abstützt, wobei erst die Gesamtheit aller relevanten Elemente den Straftatbestand erfüllt.
- 239 Bei der strafrechtlichen Fallbearbeitung lernt der Studierende in exemplarischer Weise, konkrete Lebenssachverhalte unter gesetzliche Normen zu subsumieren bzw. Geschichten, die das Leben schrieb, mit den abstrakten Vorschriften des Strafgesetzbuches zu vergleichen. Angesichts des immer gleich bleibenden Schemas der strafrechtlichen Fallbearbeitung sind Übungen im Strafrecht besonders geeignet für die Schulung des juristischen Handwerks auf der Anfängerstufe.

## **2. Tatbestandsmässigkeit**

### **a) Objektiver und subjektiver Tatbestand**

- 240 Die heutige schweizerische Strafpraxis prüft die Frage von Vorsatz und Fahrlässigkeit im Rahmen der Abklärung des tatbestandsmässigen Verhaltens.
- 241 Das ist nicht selbstverständlich und weicht ab vom entsprechenden Test-Raster im privatrechtlichen Haftpflichtrecht, wo unter der ersten Testfrage nach dem Eintritt des Schadens (= des "Erfolges") gefragt wird, hingegen nicht nach Absicht oder Fahrlässigkeit. Die Frage nach Absicht oder Fahrlässigkeit kommt im privatrechtlichen Haftpflichtrecht erst am Schluss, unter dem Titel des Verschuldens.

- 242 Zwar gilt übereinstimmend im Strafrecht und im Haftpflichtrecht die vorsätzliche/absichtliche bzw. fahrlässige Schadensverursachung *wegen des betreffenden Willens* (oder der Sorgfaltswidrigkeit) als *schuldhaft*.
- 243 Im Strafrecht liegt aber der Kern der Sühne- und Präventionsbedürftigkeit im Willen des Täters begründet, nicht im verursachten Schaden. Strafbar kann der Mensch nur sein für das, was er gewollt oder sorgfaltswidrig unterlassen hat. Ohne den Tatwillen ist die Tat in strafrechtlicher Hinsicht ein Nichts - sie ist nicht strafwürdig. Wer mit aller gebotenen Sorgfalt in einem frisch revidierten Auto dahinfährt und wegen des Platzens eines Pneus jemanden überfährt, hat zwar gemäss der natürlichen Kausalität einen Menschen getötet, hat aber in strafrechtlicher Hinsicht keine Tötung begangen, weder schuldhaft noch schuldlos, sondern überhaupt nicht. *Er ist kein "Töter"*.
- 244 Diese strafrechtliche Freistellung des unabsichtlichen Schadensverursachers kommt im Test-Raster dadurch zum Ausdruck, dass die Frage nach dem, was der Verursacher *gewollt* hat, im Rahmen der Tatbestandsmässigkeit, nicht erst bei der Testfrage 3 im Rahmen des Verschuldens gestellt wird.

### **b) Vorsätzliche, eventualvorsätzliche und fahrlässige Tatbegehung**

- 245 Im Strafrecht ist grundsätzlich *nur die vorsätzliche Tatbegehung strafbar*, sofern das Gesetz nicht die fahrlässige Tatbegehung ausdrücklich unter Strafe stellt (so ausdrücklich Art. 12 Abs. 1 StGB).
- 246 *Vorsätzlich* begeht die Straftat, wer sie mit Wissen und Willen begeht. Wissen und Wille müssen auf den Taterfolg in seiner sozialen Bedeutung gerichtet sein, wie er im Strafgesetzbuch umschrieben ist. Es genügt nicht, dass die Tat als äussere Verhaltensweise gewollt war. Wer im Schiessstand auf eine Scheibe schießt, hinter der sich ein Mensch versteckt hält, will zwar genau dorthin schießen, wo sich ein Mensch befindet. Schuss und Zielrichtung sind gewollt. Nicht gewollt ist dagegen der Schuss auf einen Menschen. Es liegt somit keine vorsätzliche Tötung vor.
- 247 Aus dem gleichen Grund gibt es keine Strafbarkeit beim *Sachverhaltsirrtum*, oder genauer: Der Täter wird zu seinen Gunsten nach dem Sachverhalt beurteilt, den er sich irrig vorgestellt hat (Art. 13 StGB). Der Jäger, der einen Wanderer im Dickicht mit einem Reh verwechselt und erschießt, ist nicht wegen vorsätzlicher Tötung strafbar.
- 248 Eine besondere Form des Vorsatzes ist der *Eventualvorsatz* (auch Eventualdolus genannt). Eventualvorsätzlich handelt, wer den Erfolg nicht wollte, aber mit dem Eintritt des Erfolgs rechnen musste und ihn *in Kauf nahm*. Wer zum Vergnügen Steine über einen steilen Abhang hinunterrollen lässt, obwohl er sieht, dass weiter unten Wanderer den Abhang durchqueren, muss sich eventualvorsätzliche Tötung vorwerfen lassen, wenn es dabei ein Unglück gibt.
- 249 Der Eventualvorsatz wird strafrechtlich gleich geahndet wie der Vorsatz (vgl. Art. 12 Abs. 2, 2. Satz: *"Vorsätzlich handelt bereits, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt"*).
- 250 Wenn also in einer Strafuntersuchung die Frage an den Angeschuldigten gerichtet wird, ob er bei seinem Tun dies oder jenes *in Kauf genommen* habe, muss vor seinem inneren Ohr ein Glöcklein läuten: Der Untersuchungsbeamte will offenbar das Geständnis des Eventualvorsatzes protokollieren, um eine nur bei Vorsatz strafbare Tat zur Anklage bringen zu können. - Der strafrechtlich erfahrene Angeschuldigte schüttelt bei der Frage

nach der Inkaufnahme des Erfolges energisch den Kopf und antwortet entrüstet: "Nein, das habe ich weder gewollt noch in Kauf genommen; ich fiel aus allen Wolken, als ich sah, was ich angerichtet hatte - ich hätte das nie und nimmer für möglich gehalten!"

- 251 Die *Fahrlässigkeit* ist im Strafrecht gleich definiert wie im Privatrecht (Haftpflichtrecht), nämlich als die Verletzung einer Sorgfaltspflicht.
- 252 Unterschiede bestehen bezüglich des Sorgfaltsstandards. Im Privatrecht gilt ein objektiver Standard, was bedeutet, dass dem Schadensverursacher unabhängig von seinen subjektiven Fähigkeiten und Schwächen jene Sorgfalt zugemutet wird, die ein vernünftiger Dritter in der gleichen Situation hätte walten lassen. Hat jemand eine objektive Sorgfaltspflicht verletzt, so muss er den fahrlässig verursachten Schaden ersetzen, d.h. er muss Geld an den Geschädigten bezahlen.
- 253 Im Strafrecht, wo es nicht um Vermögensausgleich und Geld, sondern um Sühne und Prävention geht, wird vermehrt auf subjektive Aspekte Rücksicht genommen. Hier geht die Testfrage dahin, "*was ein gewissenhafter und besonnener Mensch mit der Ausbildung und den individuellen Fähigkeiten des Angeklagten in der fraglichen Situation getan oder unterlassen hätte*" (so BGE 122 IV 307), wobei die persönlichen Verhältnisse des Angeklagten durchaus zu berücksichtigen sind, und zwar sowohl zu Gunsten wie zu Lasten des Angeklagten. Wer besondere Fähigkeiten besitzt, dem wird ein höheres Mass an Sorgfalt abverlangt. Wer unterdurchschnittlich begabt oder unerfahren ist, wird milder beurteilt. So wurde bei fahrlässig verursachten Unfällen mit Körperverletzungs- oder Todesfolge straf erhöhend berücksichtigt, dass der Täter ein langjähriger Radfahrer (BGE 73 IV 36), ein erfahrener Schlittschuhläufer (BGE 75 IV 10), ein erfahrener diplomierter Baumeister (BGE 106 IV 269) oder überdurchschnittlich intelligent (BGE 108 IV 9) war, strafmildernd hingegen, dass er nur ein mittelmässiger Skifahrer (BGE 80 IV 51) war.

### c) Vollendete und versuchte Tatbegehung

- 254 Zuweilen geht die subjektive Tatbestandsmässigkeit weiter als die objektive. Beispielsweise wollte jemand eine andere Person erschiessen, trifft aber daneben. In solchen Fällen spricht man von einem "Versuch" (Tötungsversuch).
- 255 Das StGB unterscheidet den vollendeten Versuch (Art. 22 StGB) vom unvollendeten Versuch (Art. 23 StGB).
- 256 *Vollendeter Versuch* liegt vor, wenn der Täter alles getan hat, was nach seinem Tatplan bzw. nach seinen Vorstellungen zur Verwirklichung des Taterfolgs notwendig war - wenn er also beispielsweise den Schuss abgegeben, aber nicht getroffen hat.
- 257 *Unvollendeter Versuch* liegt vor, wenn der Täter mit der Verwirklichung seines Tatplanes begonnen hat, an der vollständigen Verwirklichung des Tatplanes aber gegen seinen Willen gehindert wurde - wenn er sich also beispielsweise mit geladener Waffe in einem Hinterhalt gestellt dem Opfer angepasst hat, dann aber durch das Auftauchen von Passanten veranlasst wird, das Weite zu suchen.
- 258 Vollendeter *und* unvollendeter Versuch sind strafbar. Beide Versuchs-Formen sind mit der gleichen Strafe bedroht wie das vollendete Delikt. Da das moderne Strafrecht kein Erfolgsstrafrecht mehr ist, wird die versuchte Tatbegehung grundsätzlich gleich bestraft wie die vollendete. Art. 21 und 22 StGB erlauben dem Strafgericht jedoch, dem Angeklagten für das Ausbleiben des Taterfolgs eine Strafmilderung oder, salopp gesagt, einen "Rabatt" auf jene Strafe zu gewähren, die ihm bei erfolgreicher Tat zugemessen worden wäre.

- 259 Führt der Täter die strafbare Tätigkeit *aus eigenem Antrieb* nicht zu Ende, so spricht man von "*Rücktritt*" (Art. 23 Abs. 1 StGB). In diesem Falle kann der Richter von der Bestrafung überhaupt Umgang nehmen. Wer von Zweifeln geplagt den Tatort mit der geladenen Waffe in der Hand verlässt, bevor das Opfer eingetroffen ist, braucht weder etwas zu sühnen noch präventiv bestraft zu werden.
- 260 Blosser *Vorbereitungshandlungen*, etwa der Kauf einer Schusswaffe im Hinblick auf einen Mord, sind nicht strafbar. Die Schwelle von der straflosen Vorbereitungshandlung zum strafbaren Versuch befindet sich dort, wo der Täter *unmittelbar zum Delikt ansetzt*.
- 261 Als Ausnahme von der Regel der straflosen Vorbereitungshandlung sind gewisse *qualifizierte technische und organisatorische Vorbereitungshandlungen* durch Art. 260bis StGB ausdrücklich unter Strafe gestellt. Es sind Vorbereitungshandlungen zu besonders gefährlichen Delikten, deren Art und Umfang zeigen, dass jemand sich anschickt, eine der im Gesetz erwähnten Straftaten auszuführen<sup>9</sup>. Zu denken ist an die Installation einer Selbstschussanlage als Todesfalle oder an die Konstruktion von ferngesteuerten Zündern für Brandstiftungen.
- 262 Unter den Formen des Versuchs ist schliesslich der *untaugliche Versuch* zu erwähnen, nämlich jener Versuch, der mit Mitteln oder an Gegenständen ausgeführt wird, die einen Taterfolg von vornherein ausschliessen (Art. 22 Abs. 2 StGB). Man denke an den Mordversuch mit Zaubersprüchen (untaugliches Mittel) oder durch den Schuss auf eine Leiche (untauglicher Gegenstand). Der untaugliche Versuch wird milde bestraft, bei *Unverstand des Täters* sogar straffrei gelassen. Beim Mordversuch mit Zaubersprüchen ist Unverstand anzunehmen.
- 263 Versuch und Fahrlässigkeit schliessen einander gegenseitig aus. Versuch ist Vorsatz ohne Erfolg. Fahrlässigkeit ist Erfolg ohne Vorsatz. Es gibt keinen fahrlässigen Versuch.

### 3. Keine Rechtfertigung?

- 264 Die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe sind zusammengefasst in den Art. 14-17 StGB.
- 265 In Art. 14 StGB sind die Handlungen erwähnt, die aufgrund einer Amts- oder Berufspflicht von Gesetzes wegen *geboten* sind (so etwa die Pflicht eines Polizisten, unter bestimmten Umständen Gewalt anzuwenden).
- 266 Art. 15 StGB rechtfertigt die Taten, die in berechtigter und angemessener *Notwehr* begangen werden. Wer von einem Räuber mit der Schusswaffe bedroht wird und sein Leben nicht anders retten kann, als dadurch, dass er den Räuber seinerseits umbringt, begeht die vorsätzliche Tötung *rechtmässig*. Damit entfällt die Strafbarkeit.
- 267 Art. 17 StGB rechtfertigt die Taten, die in einem *Notstand* begangen werden. Beim Notstand handelt es sich um Straftaten, die begangen werden, "*um sein Gut, namentlich Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Vermögen, aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu erretten*". Wer sich aus einem brennenden Haus errettet, indem er über das Glasdach des Nachbarhauses rennt und dort Scherben verursacht, ist nicht wegen Sachbeschädigung strafbar.

---

<sup>9</sup> Dabei handelt es sich um vorsätzliche Tötung (Art. 111 StGB), Mord (Art. 112), schwere Körperverletzung (Art. 122), Raub (Art. 140), Freiheitsberaubung und Entführung (Art. 183), Geiselnahme (Art. 185), Brandstiftung (Art. 221) und Völkermord (Art. 264).

- 268 Notwehr und Notstand rechtfertigen die Tat aber nicht unter allen Umständen. Die Notwehr muss *angemessen* sein. Beim Notstand muss das gerettete Rechtsgut höherwertig sein als dasjenige, das durch die Tat verletzt wird. In den beiden hievordargelegenen Beispielen war das jeweils der Fall: Der Angriff des Räubers war lebensbedrohlich und konnte nicht anders abgewehrt werden als dadurch, dass der Angegriffene seinerseits den Räuber umgebracht hat. Im Beispiel des Notstandes rettete der Täter sein Leben und also ein höherwertiges Rechtsgut als das verletzte, nämlich das Eigentum des Nachbarn am Glasdach.
- 269 Die Notwehr ist keine Rechtfertigung, soweit der Angegriffene in seiner Gegenwehr zu weit geht. Wer in der Dunkelheit rüde angesprochen wird und sich gefährlich bedroht fühlt, in panischem Schrecken dann eine mitgeführte Schusswaffe betätigt und eine ungefährliche Person tötet, kann sich hierfür nicht auf rechtfertigende Notwehr berufen. Eine solche Tat ist aufgrund der objektiven Umstände nicht gerechtfertigt. Sie ist sozialetisch nicht in Ordnung. Hingegen mögen der Schreck und die Reaktion psychisch nachvollziehbar sein, so dass man bei nachträglicher Beurteilung dem Täter keinen Schuldvorwurf machen kann. Sein Verhalten ist dann durch entschuldigende Notwehr gemäss Art. 16 StGB entschuldigt. Wenn sein Verschulden völlig fehlt, entgeht er jeglicher Bestrafung. Ist das Verschulden gering, so wird er milder bestraft als es ohne die Notwehrsituation der Fall wäre.
- 270 Ähnliche verhält es sich mit dem *Notstand*, wenn das verteidigte nicht höherwertig ist als das verletzte, wenn also dem im Notstand befindlichen Täter zuzumuten war, das verteidigte Rechtsgut preiszugeben, anstatt ein gleich- oder höherwertiges Rechtsgut anderer Personen zu verletzen. Das Schulbeispiel für diese Konstellation ist der Balken, an den sich zwei Schiffbrüchige klammern. Wenn der Balken zu klein ist, um beide zu tragen, so muss notgedrungen der eine von den beiden ertrinken (oder es ertrinken beide). Derjenige, der nun den andern in dieser Situation ins Wasser stösst, um sein eigenes Leben zu retten, ist in seinem Tun - mangels Höherwertigkeit des verteidigten Rechtsgutes - nicht gerechtfertigt. Aber niemand wird einen solchen Menschen wegen vorsätzlicher Tötung schuldig sprechen wollen. Der Schuldvorwurf als sozialetisches Unwerturteil und die Präventionswirkung des Strafrechts gehen in solchen Situationen ins Leere. Der Täter ist entschuldigt, nicht gerechtfertigt. Er bleibt straffrei. Art. 18 StGB regelt den *entschuldigenden* Notstand mit der Formulierung: "*War dem Täter nicht zuzumuten, das gefährdete Gut preiszugeben, so handelt er nicht schuldhaft.*"

#### **4. Schuld bzw. Verschulden**

##### **a) Grundsatz**

- 271 Wenn der Täter durch sein Verhalten einen Straftatbestand objektiv und subjektiv erfüllt hat und wenn kein Rechtfertigungsgrund vorliegt, so ist die Schuld bzw. das Verschulden zu vermuten. *Das Gericht misst die Strafe nach dem Verschulden zu* (so wörtlich Art. 47 StGB). Dabei berücksichtigt das Gericht allenfalls vorhandene Schuldausschlussgründe, Schuld minderungsgründe, ferner Gründe, welche das Verschulden besonders gross erscheinen lassen und als Strafschärfungsgründe in Betracht fallen.

##### **b) Schuldausschlussgrund**

- 272 Der klassische Schuldausschlussgrund ist derjenige der Zurechnungsunfähigkeit (Art. 19 StGB). Dabei kann es sich um permanente psychische Defekte wie schwere Geisteskrankheiten handeln, aber auch um vorübergehende Zustände, die einen psychisch



gesunden Menschen momentan zurechnungsunfähig machen, etwa die bewusstseintstrübende Wirkung von Medikamenten.

- 273 Konnte der Täter allerdings die Schuldunfähigkeit oder die Verminderung der Schuldfähigkeit vermeiden und dabei die in diesem Zustand begangene Tat voraussehen (etwa wenn er sich durch den Konsum von Alkohol Mut angetrunken hat), dann kann sich nicht auf seine Zurechnungsunfähigkeit im Moment der Tat berufen (vgl. Art. 19 Abs. 4 StGB).

### c) Schuld minderungsgründe

- 274 Als Schuld minderungsgründe fallen in Betracht:

- die "*mildernden Umstände*" gemäss Art. 48 StGB. Wo solche Umstände vorhanden sind, mildert der Richter die vom Gesetz angedrohte Strafe im Rahmen eines gesetzlichen Milderungstarifs; dieser Tarif ist in Art. 65 StGB festgelegt. Der Katalog der "*mildernden Umstände*" umfasst die Fälle in denen der Täter gehandelt hat
- aus achtungswerten Beweggründen,
- in schwerer Bedrängnis,
- unter dem Eindruck einer schweren Drohung,
- auf Veranlassung einer Person, der er Gehorsam schuldig oder von der er abhängig ist; ferner
- wenn der Täter durch das Verhalten des Verletzten ernstlich in Versuchung geführt wurde (Provokation);
- wenn der Täter in einer nach den Umständen entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung oder unter grosser seelischer Belastung gehandelt hat;
- wenn er aufrichtige Reue betätigt, namentlich den Schaden, soweit es ihm zuzumuten war, ersetzt hat;
- wenn das Strafbedürfnis in Anbetracht der seit der Tat verstrichenen Zeit deutlich vermindert ist und der Täter sich in dieser Zeit wohl verhalten hat.

### d) Notwehr und Notstand als Schuld minderungs- oder Schuldausschliessungsgründe

- 275 Auf den Unterschied zwischen Rechtfertigung und Schuldausschliessung bei den Figuren der Notwehr und des Notstandes wurde vorn hingewiesen.

### e) Verzicht auf Bestrafung

- 276 Gemäss Art. 54 kann das Gericht auf die Bestrafung verzichten, wenn der Täter *durch die unmittelbaren Folgen seiner Tat so schwer betroffen worden ist, dass eine Strafe unangemessen wäre*. Dieser Fall ist namentlich gegeben, wenn die für einen fahrlässig verursachten Unfall verantwortliche Person selber an Leib, Leben oder Vermögen schwer geschädigt worden ist oder durch den Unfall nahe Angehörige verloren hat.

## f) Zusammentreffen mehrerer Delikte (sogenannte Konkurrenz, Art. 49 StGB)

- 277 Kommen in einem Strafverfahren mehrere Delikte zur Beurteilung, etwa eine Serie von Einbruchdiebstählen, Betrug, Urkundenfälschung und alkoholisiertes Autofahren des gleichen Täters, so erhält der Täter für alle bis zum Urteilszeitpunkt bekannt gewordenen Delikte eine einzige Strafe mit *Erledigungswirkung für alle Delikte*.
- 278 Die Strafe wird in einem solchen Falle so bemessen, dass das Gericht von der höchsten angedrohten Strafe (derjenigen für das schwerste begangene Delikt) auszugehen und diese Strafe in Ansehung der übrigen Delikte zu erhöhen hat. Bei dieser Straferhöhung wird ein stark degressiver Tarif angewendet. Ob die Strafe fünf oder fünfzig Delikte abzugelten hat, spielt für das konkrete Strafmass kaum eine Rolle.
- 279 Bei Deliktsserien wird unterschieden zwischen "*wiederholter*" und "*fortgesetzter*" Tatbegehung. Wiederholte Tatbegehung liegt vor, wenn der Täter sich zu verschiedenen Malen immer neu zum Delinquieren entschliesst. Fortgesetzte Tatbegehung liegt vor, wenn die Serie von Anfang an aus einem einheitlichen Tatentschluss entsprungen ist. Der blosse Wiederholungstäter zeigt eine geringere kriminelle Energie als der Fortsetzungstäter. Die fortgesetzte Tatbegehung wird demgemäss härter bestraft. Fortsetzungszusammenhang wird bei gewissen Delikten wie etwa bei passiver Beamtenbestechung neuerdings auch schon dann angenommen, wenn der Bestochene sich eines *andauernden pflichtwidrigen Verhaltens in der gleichen Pflichtenstellung schuldig macht*<sup>10</sup>. Der "einheitliche Tatentschluss" ist bei solchen Delikten regelmässig nicht beweisbar. Man denke an einen kantonalen Regierungsrat, der sich für die Erteilung von bestimmten Bewilligungen (für Restaurants, Baubewilligungen, industriellen Betriebsbewilligungen) regelmässig durch Zahlungen auf sein Privatkonto "motivieren" lässt).

## 5. Die Teilnahmeformen

- 280 *Täter* heisst, wer selber ein Delikt begeht, z.B. einen andern Menschen erschiesst. Der Täter erhält die volle Strafe gemäss der auf den Straftatbestand anwendbaren Strafdrohung.
- 281 *Mittäter* heisst, wer mit einem andern zusammen das Delikt ausführt. Wenn zwei Mörder also dergestalt zusammenwirken, dass der eine dem Opfer den Fluchtweg abschneidet, der andere den tödlichen Schuss abgibt, so sind die beiden Mittäter. Der Mittäter wird gleich bestraft wie der (alleinige) Täter.
- 282 *Anstifter* heisst, wer einen andern dazu motiviert, ein Delikt zu begehen. Auch der Anstifter erhält die volle Strafe für den Straftatbestand, für den der Täter bestraft wird. Das StGB sagt dies in Art. 24 Abs. 1 mit den folgenden Worten:

*"Wer jemanden vorsätzlich zu dem von diesem verübten Verbrechen oder Vergehen bestimmt hat, wird nach der Strafandrohung, die auf den Täter Anwendung findet, bestraft."*

Versuchte Anstiftung wird gleich bestraft wie die versuchte Begehung des betreffenden Deliktes (Art. 24 Abs. 2).

- 283 *Gehilfe* heisst, wer, ohne Mittäter zu sein, zur Straftat vorsätzlich Hilfe leistet (Art. 25 StGB), beispielsweise indem er bei einem Einbruchdiebstahl Wache steht. Der Gehilfe ist

<sup>10</sup> Vgl. BGE 116 IV 121, 117 IV 413, 118 IV 317, 328; 119 IV 77, 200; 120 IV 6, 121 IV 272.

gekennzeichnet durch die geringere kriminelle Energie. Er wäre vermutlich nicht willens oder in der Lage, die Tat selber zu begehen. Der Gehilfe wird ebenfalls bestraft, aber milder als Täter, Mittäter und Anstifter.

- 284 Jede an einer Straftat beteiligte Person wird gemäss ihrem eigenen Tatbeitrag und ihrem eigenen Verschulden bestraft (Art. 27). So kann es sein, dass der Anstifter ein grösseres Verschulden hat und demgemäss härter bestraft wird als der Täter.
- 285 Eine besondere Teilnahmeform ist die selbständig strafbare "*Beteiligung an einer kriminellen Organisation*" gemäss Art. 260<sup>ter</sup><sup>11</sup>.

## 6. Die Strafen

- 286 Das Strafgesetzbuch kennt einen festen Katalog von Strafarten (Art. 34-46 StGB). Das Strafgericht muss bei jedem Schuldspruch eine vom Gesetz für die Ahndung dieses Deliktes vorgesehene Strafart anordnen. Es kann nicht in freier Fantasie andere Strafen neu erfinden.
- 287 Das schweizerische Strafrecht kennt drei Strafarten, nämlich
- die Geldstrafe (Art. 34 StGB) oder, wenn das Geld nicht bezahlt wird, die Ersatzfreiheitsstrafe (Art. 36 StGB),
  - die gemeinnützige Arbeit (Art. 37 StGB) und die
  - Freiheitsstrafe (Art. 40 StGB).
- Die Todesstrafe und alle Körperstrafen sind abgeschafft.
- 288 Die ehemalige Einteilung der Freiheitsstrafen in Zuchthaus (strengste Form der Freiheitsstrafe), Gefängnis (mittlere Form) und Haft (leichteste Form) gilt seit 2007 nicht mehr.
- 289 Die Geldstrafen werden in Tagessätzen zugemessen. Die Anzahl der Tagessätze wird zugemessen gemäss der Schwere der Straftat und dem Verschulden des Täters.
- 290 In einem zweiten Schritt bestimmt das Gericht die Höhe des Tagessatzes in Schweizerfranken gemäss den Einkommens- und Vermögensverhältnissen des Täters. Mit der Anpassung des Frankenbetrags eines Tagessatzes an die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Täters soll erreicht werden, dass die Geldstrafe für verschiedene Täter mit unterschiedlicher wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit in gleichem Masse eindrücklich ist.
- 291 Bei Verbrechen und Vergehen wird statt kurzer Freiheitsstrafen, d.h. statt Strafen mit einer Dauer bis zu maximal einem Jahr, neuerdings regelmässig die Geldstrafe verhängt. Solche Geldstrafen können im Rahmen von 1-360 Tagessätzen zugemessen werden (Art. 34 Abs. 1 StGB). Erheischt die Schwere der Tat und das Verschulden des Täters eine höhere Freiheitsstrafe, dann muss diese als Freiheitsstrafe, nicht als Geldstrafe verhängt werden.
- 292 Der Tagessatz kann mit höchstens CHF 3'000.-- angesetzt werden (Art. 34 Abs. 2 StGB). Da Geldstrafen bis höchstens zu 360 Tagessätzen verhängt werden kann, ist die maximale

---

<sup>11</sup> Vgl. Art. 260ter Ziff. 1 StGB: "*Wer sich an einer Organisation beteiligt, die ihren Aufbau und ihre personelle Zusammensetzung geheimhält und die den Zweck verfolgt, Gewaltverbrechen zu begehen oder sich mit verbrecherischen Mitteln zu bereichern, wer eine solche Organisation in ihrer verbrecherischen Tätigkeit unterstützt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft.*"

Geldstrafe 360x3000 = CHF 1'080'000.--, ein Betrag, der sehr wohlhabenden Tätern kaum weh tut.

- 293 Bezahlt der Verurteilte eine unbedingt verhängte Geldstrafe nicht, so wird die Strafe in eine Freiheitsstrafe von der Dauer der verhängten Tagessätze umgewandelt und der Verurteilte muss zum Vollzug ins Gefängnis einrücken.
- 294 In begrifflicher Hinsicht legt Art. 10 StGB fest, dass die mit Freiheitsstrafen von mehr als drei Jahren bedrohten Delikte "*Verbrechen*" heissen, die mit Freiheitsstrafen bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafen bedrohten Delikte "*Vergehen*". Die lediglich mit Busse bedrohten Handlungen heissen "*Übertretungen*" (Art. 103 StGB).

## 7. Bedingter Strafvollzug; vorzeitige Entlassung

- 295 Das Gericht kann den Angeklagten zu einer Geld- oder Freiheitsstrafe verurteilen, gleichzeitig aber den Vollzug der Strafe *aufschieben unter der Bedingung, dass sich der Verurteilte fortab wohl verhält*, d.h. nicht erneut straffällig wird. In einem solchen Falle spricht man davon, der Delinquent sei "bedingt verurteilt" worden oder er habe soundsoviele Monate Gefängnis "bedingt" erhalten. In Wirklichkeit sind weder das Urteil noch die Strafe bedingt, sondern der gewährte Strafaufschub. Dem Verurteilten wird eine Probezeit von mindestens zwei, höchstens fünf Jahren gesetzt. Wird er während der Probezeit nicht rückfällig, so ist die Strafe definitiv nicht mehr zu vollziehen.
- 296 Die Voraussetzungen für den bedingten Strafaufschub sind in Art. 42 StGB zusammengefasst. Wichtigste Voraussetzung ist, dass die ausgefallte Freiheitsstrafe nicht mehr als 2 Jahre beträgt.
- 297 Bei erstmals Straffälligen mit Gefängnisstrafen von 24 Monaten und weniger ist der bedingte Strafaufschub heute die Regel; denn die Erfahrung zeigt, dass kurze Freiheitsstrafen in der Psyche des Betroffenen vor allem Verbitterung und Hass auf die Gesellschaft provozieren, also das Gegenteil von dem bewirken, was die Strafe eigentlich bewirken sollte (Besserung und Versöhnung).
- 298 Für einen erstmals Straffälligen bedeutet bereits die Strafuntersuchung und der Prozess bis zum Urteil eine grosse psychische Belastung, oft auch eine Ausgrenzung aus dem bisherigen sozialen Umfeld. Wird der Vollzug bedingt aufgeschoben, so braucht der Verurteilte seine Arbeit und seinen Verdienst nicht aufzugeben. Die pendente Strafe hat einen grösseren Präventiveffekt als die tatsächlich vollzogene Strafe.
- 299 Freiheitsstrafen werden in der Regel nur zu zwei Dritteln der im Urteil festgesetzten Dauer abgesessen. Art. 86 StGB regelt die Voraussetzungen für die bedingte Entlassung vor Ablauf der vollständigen Dauer der Freiheitsstrafe. Wichtigste Voraussetzung ist das Wohlverhalten im Vollzug. Auch in diesem Falle wird dem Entlassenen eine Probezeit angesetzt.
- 300 Der bedingte Aufschub von Geldstrafen ist ein gesetzgeberischer Lapsus, der vom Parlament in unprofessioneller Weise in den Gesetzesentwurf hineingeflickt wurde. Denn Geldstrafen wirken nur, wenn sie bezahlt werden müssen, und zwar sofort. Die heutige Regelung hat unter anderem die absurde Konsequenz, dass Geschwindigkeitsübertretungen und Falschparkieren mit sofort zahlbaren Bussen gemäss SVG geahndet werden, fahrlässige Tötung und Betrug hingegen mit bedingt aufgeschobenen Geldstrafen gemäss StGB, die nach zweijährigem Wohlverhalten nicht mehr zu bezahlen sind.

## C. Bemerkungen zu einzelnen Straftatbeständen

301 Die gesetzlichen Straftatbestände der Art. 111-332 StGB sind zum überwiegenden Teil laienverständlich formuliert. Die Überschriften der Artikel ("*Vorsätzliche Tötung*", "*Diebstahl*", "*Betrug*" etc.) entsprechen meist dem allgemeinen Sprachgebrauch. Die nachfolgenden Erörterungen verdeutlichen punktuell gewisse Aspekte, die bei der blossen Lektüre des Gesetzestextes nicht auf der Hand liegen.

### 1. Tötungsdelikte

302 Die Art. 111-117 beschreiben die Tötungsdelikte. Das Gesetz beginnt in **Art. 111** mit dem Grundtatbestand der *vorsätzlichen Tötung*. Die folgenden Artikel sind als dessen Varianten mit erschwerenden oder erleichternden Merkmalen zu begreifen.

303 **Art. 112** ("*Mord*") behandelt die schwere Form. *Skrupellosigkeit* und *besondere Verwerflichkeit* sind die besonderen Merkmale.

304 **Art. 113** ("*Totschlag*") behandelt die leichte Form, nämlich die Tötung aus *entschuldbarer Gemütsbewegung*.

305 Noch leichter wiegt die in **Art. 114** unter Strafe gestellte "*Tötung auf Verlangen*". Dieses Verhalten wird unjuristisch auch als "*aktive Sterbehilfe*" bezeichnet. Es ist die Tötung eines Menschen auf dessen eindringliches Verlangen. Der Täter handelt aus Mitleid.

306 Zur Zeit sind politische Bestrebungen im Gange, die aktive Sterbehilfe in der Schweiz zu legalisieren. Gegen eine solche gesetzliche Neuerung sprechen aber nicht nur ethische und religiöse Bedenken, sondern vor allem die Erwägung, dass das "Verlangen" eines psychisch geschwächten Menschen manipulierbar ist. Sollte eines Tages von den schweren Pflegefällen in den Alters- und Pflegeheimen erwartet werden, dass sie ein solches "Verlangen" äussern, so werden sie es auch tun.

307 Noch leichter wiegt die in **Art. 115** unter Strafe gestellte "*Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord*". Die Selbstmordhilfe ist grundsätzlich legal. Sie ist nur dann strafbar, wenn sie *aus selbstsüchtigen Beweggründen* erfolgt, z.B. durch einen Erben, der bald die Erbschaft antreten möchte, oder durch Spitalangestellte, die sich lästiger Pflegefälle entledigen und Betten freibekommen möchten.

308 Beschränkt sich die Sterbehilfe auf die Selbstmordhilfe, etwa dergestalt, dass der Helfer dem Patienten die tödliche Medikamentendosis auf dem Nachttisch bereitstellt, und kann der Patient das Glas selber zum Munde führen, so liegt bei altruistischen Beweggründen *straflose Selbstmordhilfe* vor. Ist der Patient dagegen zur Einnahme tödlicher Medikamentendosen durch den Mund nicht selber fähig und braucht er zum Sterben eine Spritze, die er sich selber nicht zu verabreichen vermag, so ist die altruistische Verabreichung der Spritze durch einen Dritten allemal eine *strafbare Tötung auf Verlangen* gemäss Art. 114 StGB.

309 **Art. 116** (Kindestötung durch die Gebärende) ist ein Sonderfall des Totschlags, der angesichts des psychischen Stresses, unter dem die Täterin während und unmittelbar nach der Geburt steht, besonders leicht geahndet wird.

310 Alle Tatbestände von Art. 111-116 sind nur bei vorsätzlicher Begehung strafbar. Die *fahrlässige Tötung* ist in **Art. 117** separat geregelt.

- 311 Fahrlässige Tötung kann auch durch *Unterlassen* begangen werden, sofern der Unterlassende in einer sogenannten *Garantenstellung* steht. Die Garantenstellung wird angenommen, wenn der Täter *aufgrund einer besonderen Rechtsbeziehung verpflichtet ist, das Leben einer Person zu schützen, oder wenn er durch sein Tun eine Gefahr geschaffen oder eine solche vergrössert hat und deshalb gehalten ist, dafür zu sorgen, dass die Gefahr zu keiner Verletzung fremder Rechtsgüter führt*<sup>12</sup>.
- 312 In der Garantenstellung befinden sich Ärzte und Spitäler gegenüber ihren Patienten. Garantenstellungen entstehen auch, wenn mehrere Personen eine sogenannte *Gefahrengemeinschaft* bilden, wie dies beispielsweise bei einer gemeinsamen Bergtour oder Expedition vorkommt. In der Garantenstellung befindet sich, wer als Tourenleiter, Gruppenchef etc. *formell* die Gruppenleitung innehat, ferner auch, wer kraft seiner grösseren Erfahrung, Geschicklichkeit, Kraft oder Ausdauer *faktisch* in eine leitende Stellung tritt. Die sorgfaltswidrige Unterlassung der nötigen Sicherheitsmassnahmen zum Schutze des Lebens der übrigen Mitglieder der Gefahrengemeinschaft werden dem Unterlassenden im Falle eines tödlichen Unfalls als fahrlässige Tötung zugerechnet.

## 2. Abtreibung (Schwangerschaftsabbruch)

- 313 Seit Oktober 2002 gilt in der Schweiz die Fristenlösung.
- 314 Gemäss Art. 119 StGB hat die Schwangere während der Frist der ersten 12 Schwangerschaftswochen die Befugnis, ohne Nachweis einer gesetzlich anerkannten Indikation die Abtreibung zu verlangen. Voraussetzung ist allerdings, dass die Frau das Verlangen schriftlich stellt und darin geltend macht, sie befinde sich in einer Notlage. Ferner muss sie sich einem eingehenden Gespräch mit einer Ärztin oder einem Arzt unterziehen.
- 315 Nach Ablauf der ersten zwölf Schwangerschaftswochen kann die Frau die Abtreibung nur noch dann straflos verlangen, wenn der Eingriff dazu dient, "damit von der schwangeren Frau die Gefahr einer schwerwiegenden körperlichen Schädigung oder einer schweren seelischen Notlage abgewendet werden kann" (Art. 119 Abs. 1 StGB). Die Formulierung des Gesetzes ist ein politischer Kompromiss. Liberal eingestellte Ärzte werden der Schwangeren die "Gefahr der seelischen Notlage" attestieren, auch wo eine solche Gefahr nicht wirklich besteht. So wird heute in vielen Kliniken ohne Unrechtsbewusstsein abgetrieben, wenn beim Fötus ein relevanter Defekt diagnostiziert ist (Mongolismus, Anencephalie, mangelhafte Ausbildung von Organen und Extremitäten etc.).
- 316 *Vor der Geburt* ist das Leben des Fötus strafrechtlich nur durch die Bestimmungen über die Abtreibung geschützt. Die Tötungs-Tatbestände der Art. 111-117 beziehen sich auf Menschen nach der Geburt. Fahrlässige Abtreibung, etwa durch fehlerhafte ärztliche Behandlung, ist nicht fahrlässige Tötung und ist nicht strafbar.

## 3. Gefährdung des Lebens, Aussetzung

- 317 Der Straftatbestand des **Art. 127** (Gefährdung des Lebens, Aussetzung) erfasst ein anderes Verhalten als die *fahrlässige Tötung durch Unterlassung* infolge Verletzung einer Garantenpflicht. Art. 127 erheischt nicht den Eintritt des Todes. Unter Strafe gestellt ist vielmehr die vorsätzliche Preisgabe anvertrauten Lebens an die vom Täter klar erkannte Todesgefahr. Wer seinen erschöpften Bergkameraden im Schneesturm auf dem Gletscher zurücklässt und in die nächste Clubhütte marschiert, um dort zu jassen, erfüllt den Tatbe-

---

<sup>12</sup> BGE 108 IV 5.

stand. Wer den Kameraden mit warmen Kleidern eindeckt und ihn dann zurücklässt, um Hilfe zu holen, erfüllt den Tatbestand nicht, sondern verhält sich pflichtgemäss. Unabhängig vom weiteren Schicksal des im Stiche Gelassenen, d.h. auch wenn er zufälligerweise von anderen Personen gefunden und gerettet wird, riskiert der skrupellose Mensch, der seinen Kameraden im Stiche gelassen hat, eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren - also mehr, als was er bei fahrlässiger Tötung infolge Verletzung einer Garantenpflicht zu gewärtigen gehabt hätte.

- 318 Auch die in **Art. 128** unter Strafe gestellte *Unterlassung der Nothilfe* setzt nicht voraus, dass das Opfer stirbt. Dieser Straftatbestand unterscheidet sich vom vorherigen dadurch, dass das Opfer nicht in der Obhut des Täters steht. Der Kontakt zwischen Täter und Opfer ist ein zufälliger. Entweder hat der Täter das Opfer verletzt, beispielsweise bei einem Verkehrsunfall, oder er kommt zufällig des Weges und erkennt, dass das Opfer *in unmittelbarer Lebensgefahr* schwebt. Wer unter solchen Umständen seine Nothilfepflicht nicht wahrnimmt, kann mit Gefängnis bestraft werden. Eine Garantenstellung ist hier nicht erforderlich. Jedermann, dem die Nothilfe nach den Umständen zugemutet werden kann, ist pflichtig. Dagegen muss die Lebensgefahr *unmittelbar* sein, das Leben des anderen also nur noch an einem Faden hängen, was etwa bei einer Herzattacke oder einer Überdosis Heroin der Fall sein kann<sup>13</sup>.

#### 4. Vermögensdelikte

- 319 Auch die Vermögensdelikte beginnen mit einem Grundtatbestand, nämlich der *unrechtmässigen Aneignung* (**Art. 137 StGB**). Die Art. 137-141 beziehen sich nur auf bewegliche Sachen (Fahrnis), d.h. auf Dinge, die man in die Hand nehmen und wegtragen kann, nicht dagegen auf Grundstücke, Gebäude, elektrische Energie, Ideen, Software und Information. Strafbar ist hier immer die *Aneignung* einer *fremden* Sache. Aneignung bedeutet nicht Eigentumserwerb im Sinne von Art. 714 ZGB. Gemäss den Regeln des ZGB erwirbt der Dieb zunächst gerade nicht das Eigentum, da es hierfür am gültigen Rechtsgrund fehlt (vgl. hiezu Näheres in Ziff. 873 ff.). Trotzdem eignet er sich die fremde Sache in strafrechtlichem Sinne an. Mit Aneignung meint das Strafgesetz jeden Umgang mit der Sache, durch den sich der Täter faktisch wie ein Eigentümer verhält. Die Aneignung kann bereits in der blossen Wegnahme, im Einpacken der Sache in eine mitgebrachte Tasche liegen.
- 320 Im **Art. 138** (*Veruntreuung*) geht es um die Aneignung einer *anvertrauten* Sache. Wurde die Sache dem Täter anvertraut, so findet die Aneignung dann statt, wenn der Täter die Sache unbefugt verkauft oder verschenkt oder wenn er sie verbraucht, wegwirft oder zerstört. Jede rechtliche Verfügung über die fremde Sache durch ein Veräusserungsgeschäft ist Aneignung im strafrechtlichen Sinne (obwohl der Täter durch die Veräusserung kein Eigentum erwirbt).
- 321 **Art. 139** (*Diebstahl*) stellt die *Wegnahme* einer Sache unter Strafe. Wegnahme ist Gewahrsamsbruch. Was sich im Haus, in den Behältnissen oder auf den Grundstücken einer Person befindet, steht in deren Gewahrsam, auch wenn die Person ortsabwesend ist. Nimmt die Haushälterin also aus dem Hause des Arbeitgebers eine goldene Uhr mit und verkauft sie auf dem Flohmarkt, so hat sie gestohlen, nicht veruntreut. Gibt der Arbeitgeber der Haushälterin ein Buch nach Hause mit, damit sie es in ihrer Freizeit lesen kann, und verkauft die Haushälterin das Buch alsdann antiquarisch, so begeht sie Veruntreuung, nicht Diebstahl. Der sozialetische Unwert beider Verhaltensweisen ist der gleiche.

<sup>13</sup> BGE 121 IV 18 ff. (20 f.).

Demgemäss ist auch die Strafdrohung für Veruntreuung und Diebstahl die gleiche (Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren).

- 322 *Raub (Art. 140)* ist Wegnahme einer Sache (Gewahrsamsbruch), *nachdem das Opfer durch Gewalt oder Drohung widerstandsunfähig* gemacht wurde. Blut braucht dabei nicht zu fliessen. Auch die Drohung mit der vorgehaltenen Spielzeugpistole macht den Täter zum Räuber, wenn das Opfer glaubte, die Bedrohung sei echt.
- 323 Die in **Art. 141** geregelte *Sachentziehung* steht unter milderer Strafdrohung als der Grundtatbestand von Art. 137, indem hier die Aneignungsabsicht fehlt. Die Sachentziehung geht insofern über Art. 137 hinaus, als es für die Sachentziehung die Zufügung eines *erheblichen Nachteils* braucht. Beispiele strafbarer Sachentziehung sind schlechte Scherze wie das Verstecken eines Manuskripts kurz bevor der Redner das Rednerpult besteigen sollte oder das Verstecken des Brautkleids unmittelbar vor der Hochzeit. Der Täter will sich nicht bereichern, sondern das Opfer schädigen. Die Schädigung braucht nicht finanzieller Natur zu sein.
- 324 Die Entwendung von Fahrrädern und anderen Gegenständen zum Gebrauch ist gemäss Art. 137, nicht gemäss Art. 141, strafbar. Wer einen Gegenstand wegnimmt, um ihn vorübergehend selber zu gebrauchen, begeht eine Aneignungshandlung, auch wenn er den Gegenstand anschliessend an den Ort zurückbringt, wo er ihn genommen hat.
- 325 Die *unrechtmässige Verwendung von Vermögenswerten* gemäss **Art. 141bis** StGB bezieht sich nicht ausschliesslich auf bewegliche Sachen, sondern insbesondere auch auf Kontoguthaben. Wem eine irregeleitete Überweisung auf sein Bankkonto zuteil wird, und wer den gutgeschriebenen Betrag anschliessend bösgläubig verprasst, ohne das Geld sogleich zurückerstatten zu können, macht sich im Sinne von Art. 141bis strafbar.
- 326 Beim **Betrug (Art. 146 StGB)** sind drei Tatbestandsmerkmale typisch: Die *Bereicherungsabsicht des Täters*, die *arglistige Irreführung des Opfers* und das *dadurch bewirkte Verhalten des Opfers*, durch welches dieses *sich selbst oder einen anderen am Vermögen schädigt*. Unerheblich ist, ob der Betrüger sich selbst oder einen anderen bereichert. Die blossere *Bereicherungsabsicht* genügt, um den Betrug als vollendetes Delikt zu verwirklichen. Hat das Opfer noch keine Dispositionen getroffen, durch die es sich selber oder einen anderen geschädigt hat, so befindet sich der Täter erst im Versuchsstadium.
- 327 *Arglistige Irreführung* liegt vor, wenn der Täter entweder durch besonders raffinierte Manipulationen (Lügengebäude, Beibringen von Indizien für die Plausibilität seiner Aussagen) oder infolge der Naivität oder Unfähigkeit des Opfers, die Vorspiegelungen des Täters zu durchschauen, das Opfer zu dem angestrebten Verhalten motiviert. Wer unüberprüfbare Fakten behauptet, betätigt sich als Betrüger, beispielsweise wenn jemand Rosenkränze verkauft und dabei wahrheitswidrig behauptet, sie seien vom Papst geweiht. Kein Betrug liegt dagegen vor, wenn jemand Dinge behauptet, die in der Welt des Glaubens und Aberglaubens liegen, etwa indem er behauptet, die feilgebotenen Rosenkränze gewährten dem Käufer Ablass im Fegefeuer.
- 328 Wer sich zur Irreführung des Opfers *gefälschter Urkunden* bedient, ist in aller Regel wegen Betrugs strafbar. Hat er die Urkunden selber gefälscht, so ist die Urkundenfälschung daneben als zusätzliches Unrecht ebenfalls strafbar.
- 329 Betrügerisch handelt, wer ein Darlehen oder eine andere entgeltliche Leistung erwirkt, indem er seine Rückzahlungs- bzw. Zahlungsfähigkeit vorspiegelt, selber aber mit Bestimmtheit weiss, dass er nicht zahlen können. Hat der Täter im Zeitpunkt der Tat



nicht dieses klare Wissen, sondern kann er in guten Treuen damit rechnen, bis zur Fälligkeit seiner eigenen Leistung wieder bei Kasse zu sein, so liegt kein Betrug vor. Welche Art von Hoffnungen genügt, um dem Täter in guten Treuen die Annahme seiner eigenen Zahlungsfähigkeit bei Fälligkeit zu gestatten, ist weitgehend eine Ermessenssache und ist aufgrund der gesamten Umstände zu würdigen. Wessen Geschäft in den roten Zahlen ist, der ist bei der Erwirkung weiterer Betriebskredite noch lange kein Betrüger, auch wenn die fristgemässe Rückzahlung des Kredits bei emotionsloser Betrachtung eher unwahrscheinlich ist. Zum Betrüger wird er, wenn er dem Opfer falsche Angaben über die aktuelle eigene Vermögenssituation macht.

- 330 Das in **Art. 150** unter Strafe gestellte *Erschleichen einer Leistung* bezieht sich im Wesentlichen auf das Schwarzfahren in öffentlichen Verkehrsmitteln.

## 5. Erpressung und Nötigung

- 331 Die *Erpressung* (**Art. 156 StGB**) ist in Beziehung zu setzen zum Tatbestand der *Nötigung* (**Art. 181 StGB**). Für die Erpressung ist die *Bereicherungsabsicht* des Täters typisch. Der Erpresser will in der Regel Geld. Bei der *Nötigung* geht es um andere Dinge, beispielsweise um das Dulden sexueller Handlungen oder um das Schweigen (Nichtanzeige eines Deliktes).
- 332 Sowohl bei der Erpressung wie bei der Nötigung besteht ein Freiraum legaler Druckausübung, wo noch keine Strafbarkeit besteht. Legal ist die Androhung von Nachteilen, welche anzudrohen und durchzusetzen der Drohende ein Recht hat. Wer seinem Schuldner mit Betreibung und Prozess droht, ist kein Erpresser. Wer seinem Schuldner hingegen androht, er werde bei Verzögerung des Zahlungseingangs dessen Ehefrau informieren, dass der Schuldner eine aussereheliche Beziehung unterhält, macht sich der Nötigung schuldig. Erpressung liegt in diesem Falle nicht vor, weil sich der rechtmässige Gläubiger durch die Erzwingung der Leistung nicht *unrechtmässig* bereichert. Der rechtswidrige Gehalt der beschriebenen Handlung liegt darin, dass zwischen dem angestrebten Erfolg (sofortige Zahlung) und dem angedrohten Nachteil *kein Zusammenhang* besteht.
- 333 Die Androhung von Nachteilen im Rahmen dessen, was sozial als angemessen und normal erscheint, heisst "*sozialadäquat*". Im Rahmen der Sozialadäquanz darf jedermann andere Menschen unter Druck setzen, ohne deswegen als Erpresser oder Nötiger bestraft zu werden. Wo die Sozialadäquanz aufhört und das kriminelle Verhalten beginnt, ist eine Wertungsfrage.

## 6. Hehlerei und Geldwäscherei

- 334 Die in **Art. 160** unter Strafe gestellte *Hehlerei* ist in Beziehung zu setzen zu der in **Art. 305bis** unter Strafe gestellten *Geldwäscherei*. Hehler ist, wer die Deliktsbeute versteckt oder sich schenken lässt, etwa wer vom Dieb die gestohlene goldene Uhr entgegennimmt und in seinem eigenen Ferienhaus versteckt, bis die polizeiliche Fahndung gegen den Dieb vorüber ist.
- 335 *Geldwäscher* ist, wer aktiv dazu beiträgt, die Auffindung deliktischer Vermögenswerte (nicht nur beweglicher Sachen, sondern auch von Kontoguthaben) zu vereiteln.
- 336 Der Begriff "*Geldwäscherei*" ist irreführend. Nichts wird "gewaschen". Vielmehr geht es um die Mithilfe bei der *Tarnung der Vermögenszuordnung zu einer bestimmten Person*. Wenn weltweit gesuchte Terroristen- oder Mafia-Bosse ihre Milliarden zinstragend bei

erstklassigen Banken in London und New York anlegen wollen, dann gewärtigen sie die Konfiskation dieser Guthaben. Verbrecher grossen Kalibers können aus diesem Grund ihre zum Teil astronomischen Vermögen nicht unter eigenem Namen bei renommierten Banken anlegen. Die "Geldwäscher" sind nun jene Mittelpersonen, welche mithelfen, die Identität des wirtschaftlich berechtigten Verbrechers zu tarnen. Diesem Zweck dienen beispielsweise Aktiengesellschaften in Off-Shore-Zentren. Der Geldwäscher ist ein Helfer des reichen Verbrechers. In der Helferrolle gründet er beispielsweise eine "Central American Development Corporation" in Panama und hält deren Aktien seinem kriminellen Auftraggeber zur Verfügung. Namens dieser Central American Development Corporation eröffnet der Geldwäscher dann Bankkonten bei reputierten Banken in New York. Hier wird das Geld des Verbrechers eingezahlt. Sucht die Polizei nach dem Vermögen des Verbrechers, so wird sie angesichts der besagten Konstruktion nicht fündig.

- 337 Der Geldwäschereiartikel des StGB verlangt, dass die *Finanzintermediäre* in der Schweiz (wozu die Banken, Treuhandgesellschaften, aber auch die meisten Rechtsanwälte und Notare gehören) bei allem fremden Geld, das sie verwalten, die Identität der *wirtschaftlich berechtigten Person* dokumentieren und den Kontrollorganen jederzeit zur Einsicht zugänglich halten. Wenn also ein schweizerischer Rechtsanwalt für einen ausländischen Terroristen Geld entgegennimmt und auf dem Konto der besagten "Central American Development Corporation" deponiert, ohne die Identität des Terroristen samt Fotokopie der Passfoto in seinem Büro in der Schweiz festzuhalten, macht er sich der Geldwäscherei schuldig.

## 7. Urkundendelikte

- 338 Die in **Art. 251 StGB** unter Strafe gestellte *Urkundenfälschung* umfasst zwei verschiedene Tatbestände, nämlich (a) die eigentliche Urkundenfälschung (Täuschung über den Autor eines Textes) und (b) die *Falschbeurkundung* (*schriftliche Lüge* seitens des wirklichen Autors).
- 339 Zum Verständnis ist die Definition in **Art. 110 Ziff. 4 StGB** wichtig, wo es heisst: "*Urkunden sind Schriften, die bestimmt und geeignet sind ... eine Tatsache von rechtlicher Bedeutung zu beweisen.*"
- 340 Bei der eigentlichen Urkundenfälschung (Variante a) wird über den Autor getäuscht. Hier gibt es zwei Untervarianten, nämlich das Fälschen der Unterschrift (Beisetzen einer falschen Unterschrift) oder das Fälschen des von einem Dritten unterzeichneten Textes. Zur zweiten Untervariante gehört beispielsweise der Fall, wo jemand in der Schuldanererkennung seiner Vertragspartnerin nachträglich noch eine Null beifügt. Praktisch alle nachträglichen Korrekturen an den von Dritten unterzeichneten Urkunden können in diesem Sinne strafbare Urkundenfälschungen sein.
- 341 Die Strafbarkeit bezieht sich nur auf die Fälschung von Texten, die *rechtlich erhebliche Tatsachen* enthalten. Wer im empfangenen Brief die Schimpfwörter ausradiert, begeht keine Urkundenfälschung. Wer an einer erhaltenen Offerte die Preise ausradiert, andere Preise aufs Papier schreibt und das Dokument anschliessend vernichtet, begeht ebenfalls keine Urkundenfälschung. Denn schrifttechnische Manipulationen an Abfallpapier sind rechtlich nicht erheblich. Verwendet der Manipulierende das Dokument später aber als Beweismittel, um seinen Vertragspartner bei einem angeblich niedrigen Offertpreis zu behaften, so hat er bezüglich einer rechtlich erheblichen Tatsache (bezüglich des offerierten Preises) eine Urkunde gefälscht und sich strafbar gemacht.

- 342 Der Urkundencharakter ist im Zusammenhang mit dem Straftatbestand der Urkundenfälschung etwas Relatives. Private Briefe haben normalerweise keinen Urkundencharakter, weil sie nichts rechtlich Erhebliches beweisen sollen. Sobald ein privater Brief hinterher aber als Beweismittel verwendet wird, etwa um in der Ehescheidung das ehewidrige Verhalten des anderen Ehegatten nachzuweisen, erhält das Dokument nachträglich Urkundenqualität.
- 343 Bei der *Falschbeurkundung* (Variante b) geht es um *schriftliche Lügen in qualifizierten Dokumenten*. Der buchführungspflichtige Unternehmer, der seine Vermögensverhältnisse in einer inhaltlich unrichtigen Bilanz falsch darstellt, macht sich der Falschbeurkundung schuldig.
- 344 Nicht jede schriftliche Lüge ist eine strafbare Falschbeurkundung. In Geschäftskorrespondenzen, Prozessschriften (Klageschriften, Verteidigungsschriften) behaupten die Schreiber vieles, von dem sie wissen, dass es nicht stimmt. Das ist an und für sich nicht strafbar. Erst die Ausfertigung eines qualifizierten Dokumentes, bei welchem aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung *Wahrheitspflicht* gilt, macht die schriftliche Lüge zur strafbaren Falschbeurkundung. Neben den bereits erwähnten Geschäftsbilanzen gelten als Urkunden in diesem Sinne ärztliche Krankenscheine, Bestätigungsvermerke des Architekten auf Handwerkerrechnungen, Zertifikate über Herkunft und Zusammensetzung von Lebensmitteln, Emissionsprospekte bei der Ausgabe von Aktien und Obligationen an der Börse, Prüfungsbestätigungen und Einzahlungsbescheinigungen bei der Kapitalerhöhung von Aktiengesellschaften u.a.m. Die Gerichtspraxis definiert den Kreis jener typischen Urkunden, bei welchen vom Autor Wahrheit verlangt wird, und entwickelt diesen Kreis schrittweise weiter.
- 345 Die *Steuererklärung* hat nicht Urkundencharakter im Sinne des Falschbeurkundungstatbestandes. Wer also einen Teil seines Einkommens oder Vermögens hinterzieht und am Ende des Deklarationsformulars ein zu niedriges Total angibt und unterzeichnet, macht sich nicht strafbar. Wenn er als Beleg aber eine selber angefertigte, inhaltlich unrichtige Bilanz beilegt, so repräsentiert die Bilanz eine Urkunde, deren Autor für die inhaltliche Unwahrheit als Falschbeurkunder strafbar ist.
- 346 Ein Schriftstück kann mit Bezug auf bestimmte Aspekte Urkundencharakter haben, mit Bezug auf andere nicht<sup>14</sup>. Wenn die Parteien eines Grundstückkaufs einen zu niedrigen Preis beurkunden lassen, um Steuern zu sparen, so liegt darin eine strafe Falschbeurkundung. Denn bezüglich des vereinbarten Preises sind die Parteien wahrheitspflichtig. Schreiben sie ausserdem, der Käufer übernehme das Objekt "*wie gesehen und besichtigt*", obwohl beide Parteien wissen, dass eine Besichtigung nie stattgefunden hat, so liegt keine Falschbeurkundung vor. Bezüglich der erfolgten Besichtigung besteht keine Wahrheitspflicht.
- 347 Die Falschbeurkundung ist ein im Wirtschaftsleben besonders häufig vorkommendes Delikt, dessen sich immer wieder auch Personen schuldig machen, die nichts Kriminelles tun wollen und denen die Urkundenfälschung im Sinne von Manipulationen an fremden Texten oder Fälschen von Unterschriften fern läge.

## 8. Bestechung (Korruption)

- 348 Die **Art. 322ter-322octies** dienen der *Korruptionsbekämpfung* (Strafbarkeit der Beamtenbestechung). Strafbar ist gemäss diesen Bestimmungen die Vorteilsgewährung gegen-

---

<sup>14</sup> BGE 119 IV 54.

über schweizerischen und ausländischen *staatlichen Amtsträgern*. Strafbar ist sowohl die Zahlung als auch die Entgegennahme von Bestechungsgeldern. Wer zahlt, begeht *aktive* Bestechung, wer entgegennimmt *passive*. Da beide Beteiligten als Täter strafbar sind, ist derjenige, von dem die Initiative ausgegangen ist, nicht zusätzlich als Anstifter des andern strafbar. Hingegen sollte sich die Rolle des Initianten auf die Strafzumessung auswirken, etwa wenn ein Beamter die Bestechungszahlung zur Bedingung für eine amtliche Bewilligung macht, auf welche die andere Partei unbedingt angewiesen ist.

- 349 Geschütztes Rechtsgut bei den Tatbeständen der Beamtenbestechung ist das korrekte und rechtmässige Funktionieren des Staatsapparates.
- 350 Etwas anderes ist die Zahlung von Schmiergeldern an *private Empfänger*, namentlich im Zusammenhang mit der Akquisition von Aufträgen. Hier geht es um das Vermögen.
- 351 Wer die Kompetenz hat, als Organ oder Berater einer Unternehmung über deren Wareneinkauf zu entscheiden, wird von den konkurrierenden Anbietern oft mehr oder weniger intensiv "betreut", etwa wenn ein Forschungs-Chef über die Anschaffung teurer Forschungsgeräte entscheiden soll. Die Betreuung kann von der Einladung zu Geschäftsessen zwecks Beziehungspflege über kleine Weihnachtsgeschenke bis zu handfesten Zahlungen gehen.
- 352 Wer solche Schmiergelder *entgegennimmt und für sich behält* (statt sie dem Geschäftsherrn abzuliefern), macht sich der *ungetreuen Geschäftsführung zulasten des Geschäftsherrn* schuldig (**Art. 158 StGB**).
- 353 Wer die Schmiergelder bezahlt, begeht ein Delikt gegenüber seinen Konkurrenten im Markt und erfüllt den Tatbestand von von Art. 4 lit. b UWG, wo es heisst:

*"Wer sich oder einem anderen Vorteile zu verschaffen versucht, indem er Arbeitnehmern, Beauftragten oder anderen Hilfspersonen eines Dritten Vergünstigungen gewährt oder anbietet, die diesen rechtmässig nicht zustehen und die geeignet sind, diese Personen zu pflichtwidrigem Verhalten bei ihren dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen zu verleiten ..."* (macht sich strafbar).

- 354 Diese Bestimmung des UWG greift aber in der Regel nicht, weil die UWG-Straftatbestände nur als Antragsdelikte ausgestaltet sind und die antragsberechtigten Konkurrenten meist gar nicht merken, dass sie durch unlautere Praktiken ausgeschaltet worden sind.
- 355 Seit 2014 ist der Bundesgesetzgeber mit einem Gesetzesentwurf beschäftigt, der auch Schmiergeldzahlungen an Privatpersonen ("Privatbestechung") unter Strafe stellen soll.

## 9. "Gewerbsmässige" Begehung von Vermögensdelikten

- 356 Bei zahlreichen Vermögensdelikten ist die *gewerbsmässige* Begehung als Sondertatbestand erwähnt und unter verschärfte Strafe gestellt. Gewerbsmässig handelt der Täter, *"wenn sich aus der Zeit und den Mitteln, die er für die deliktische Tätigkeit aufwendet, aus der Häufigkeit der Einzelakte innerhalb eines bestimmten Zeitraums sowie aus den angestrebten und erzielten Einkünften ergibt, dass er die deliktische Tätigkeit nach der Art eines Berufes ausübt"*<sup>15</sup>. Das ist dann der Fall, wenn die deliktischen Handlungen einen namhaften Beitrag an die Kosten zur Finanzierung der Lebensgestaltung darstellen.

<sup>15</sup> BGE 119 IV 132.

Gewerbsmässigkeit darf nur angenommen werden, wenn der Täter die Tat bereits mehrfach begangen hat. Die Gewerbsmässigkeit bezieht sich jeweils auf einen bestimmten Typ der Deliktsbegehung (Diebstahl oder Raub oder Betrug). Wer einmal stiehlt, ein anderes Mal betrügt und ein drittes Mal raubt, handelt nicht gewerbsmässig. Wer in Serie immer nach dem gleichen Muster betrügt, handelt gewerbsmässig (beispielsweise der Devotionalienhändler, der wahrheitswidrig behauptet, die angebotenen Rosenkränze und Kruzifixe seien vom Papst geweiht).

## IV. Prozessrecht

### A. Vorbemerkung

- 357 Als Prozessrecht bezeichnet man die Gesamtheit der Vorschriften, welche die verschiedenen Prozessformen vor den staatlichen Gerichten regeln.
- 358 Aufgrund der Lehre von den drei Staatsgewalten müssen die Gerichte (die Judikative oder Justiz) von den anderen beiden Staatsgewalten insofern unabhängig sein, als die Gerichte lediglich den Gesetzen des Landes, nicht aber Weisungen übergeordneter Behörden unterstehen.
- 359 Die Unabhängigkeit der Gerichte beschränkt sich auf die eigentliche Gerichtstätigkeit. Bezüglich organisatorischer Belange (Arbeitszeit, Erstattung von Meldungen etc.) unterstehen die Gerichte der Weisungsgewalt ihrer vorgesetzten Stellen, in der Regel der kantonalen Justizdirektion (in Basel "Justizdepartement").
- 360 Die Tätigkeit der Gerichte und damit der Gegenstand der Rechtspflege lässt sich gegenüber den beiden anderen Staatsgewalten wie folgt abgrenzen: In der Rechtspflege werden ausschliesslich *konkrete Streitigkeiten über einen bestehenden Sachverhalt* erledigt. Die Gerichte können sich also nicht zu abstrakten Rechtsfragen äussern. Das ist Sache des Gesetzgebers. Die Gerichte können auch nicht Streitigkeiten "auf Vorrat" beurteilen, sich etwa dazu aussprechen, wie zu entscheiden wäre, wenn ein bestimmter Streit in Zukunft entstünde.
- 361 Die Gerichte können auch nicht aktive Staatstätigkeit im Sinne von Verwaltungstätigkeit in Gang setzen. Das ist Sache der Regierung und ihrer Beamten.
- 362 Beispiel: Findet eine Frau, sie werde durch ein kantonales Feuerwehrgesetz, in welchem der Beruf der Feuerwehrleute ausschliesslich Männern vorbehalten wird, diskriminiert, so kann sie sich beim zuständigen Gericht wegen der Verletzung ihres verfassungsmässigen Rechtes auf Gleichberechtigung (Art. 8 Abs. 3 BV) beschweren. Das Gericht kann alsdann die Rechtsverletzung feststellen und beispielsweise das diskriminierende Feuerwehrgesetz aufheben. Das Gericht kann aber nicht selber Massnahmen anordnen, um die Gleichberechtigung dieser Frau für die Zukunft aktiv durchzusetzen. Das Gericht kann keine Massnahmen zur Frauenförderung ergreifen.
- 363 Der *Strafprozess* ist jenes Verfahren, in welchem menschliches Verhalten unter dem Gesichtswinkel seiner Strafbarkeit beurteilt und gegebenenfalls eine Strafe ausgefällt wird. Für Sachverhalte, die unter das gemeine Strafrecht fallen, bestehen in allen Kantonen spezielle Strafgerichte, ferner das Bundesstrafgericht in St. Gallen für Delikte gegen Bundesinteressen oder mit interkantonalem oder internationalem Bezug. Das Verwaltungsstrafrecht wird teilweise durch verwaltungsgerichtliche Instanzen, teilweise durch die ordentlichen Strafgerichte angewendet.
- 364 Die *Verwaltungsgerichtsbarkeit* befasst sich mit allen verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten.
- 365 Zur *Gerichtsorganisation* ist folgendes zu merken: In allen Kantonen bestehen erstinstanzliche Privatrechts-Gerichte (meist Bezirksgerichte, Amtsgerichte, Kreisgerichte oder Zivilgerichte genannt) und Strafgerichte, die je etwa ein gleiches Arbeitsvolumen bewältigen. Das baselstädtische Zivilgericht umfasst sieben Berufsrichter ("Zivilgerichtspräsi-

dentent"), das baselstädtische Strafgericht acht Strafgerichtspräsidenten. Zu diesen Berufsrichtern treten bei der Beurteilung der einzelnen Fälle nebenamtliche Richterinnen, zum Teil Laien (Nicht-Juristen) hinzu. Die Zivil- und Strafgerichte entscheiden die einzelnen Fälle je nach deren Bedeutung in Einer-, Dreier- und Fünferbesetzungen (die letzteren als sogenannte "Kammern" bezeichnet).

- 366 Die Verwaltungsgerichtsbarkeit der ersten Instanz wird bezüglich der Beurteilung von kantonalem Verwaltungsrecht (z.B. Anwendung kantonaler Steuergesetze, Baugesetze, Strassengesetze) von spezialisierten kantonalen Spruchkörpern wahrgenommen (Steuerrekurskommissionen, Baurekurskommissionen etc.).
- 367 Die meisten Streitigkeiten im Bereiche des Verwaltungsrechts des Bundes werden erstinstanzlich durch das Bundesverwaltungsgericht in St. Gallen beurteilt, in zweiter Instanz durch die verwaltungsrechtliche Abteilung des Bundesgerichts in Lausanne.
- 368 Die zweitinstanzlichen Gerichte der Zivilrechtspflege heissen in den meisten Kantonen "Kantonsgerichte" oder "Obergerichte", in Basel-Stadt "Appellationsgericht". In grossen Kantonen gibt es spezielle Straf-Appellationsgerichte. In den anderen Kantonen beurteilt das Obergericht auch die Appellationen in Straffällen und amtet als zweite Instanz in verwaltungsgerichtlichen Streitigkeiten.
- 369 Soweit in einem Streitfall (auch) eine Verletzung von Bundesrecht zur Entscheidung ansteht, kann der Fall in dritter Instanz an das schweizerische Bundesgericht in Lausanne weitergezogen werden. Das Bundesgericht in Lausanne hat eine staatsrechtliche Abteilung, eine verwaltungsrechtliche Abteilung, eine zivilrechtliche Abteilung, eine Abteilung für Schuldbetreibung und Konkurs, eine strafrechtliche und eine sozialversicherungsrechtliche Abteilung. Die zuletzt genannte Abteilung hat ihren Sitz in Luzern und heisst "eidgenössisches Versicherungsgericht"; rechtlich handelt es sich um eine Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts.

## **B. Der Zivilprozess**

### **1. Grundsätze des Zivilprozesses**

- 370 Im Zivilprozess<sup>16</sup> werden Streitigkeiten über privatrechtliche Fragen (nicht nur solche aus dem Bereich des ZGB und des OR) ausgetragen. Die Parteien heissen Kläger und Beklagter. Die Zivilgerichte werden nur tätig, wenn ein Kläger bei ihnen seine Klage einreicht. Im Zivilrecht gilt ganz besonders der Satz: *"Wo kein Kläger ist, ist kein Richter"*. In allen Zivilrechtsstreitigkeiten, in denen keine öffentlichen Interessen involviert sind, sind die Zivilgerichte an die Anträge der Parteien gebunden. Öffentliche Interessen sind beispielsweise im Ehescheidungsprozess bezüglich der Kinderzuteilung involviert. Diesbezüglich kann das Zivilgericht zum Wohle der Kinder von den Anträgen der Parteien (Ehegatten) abweichen.
- 371 Die Zivilgerichte beschränken sich darauf, die von den Parteien vorgebrachten Behauptungen und Beweismittel zu würdigen; sie unternehmen nicht selber Ermittlungshandlungen (im Gegensatz zu den Untersuchungsorganen im Strafprozess und zu den Verwaltungsbehörden in den verwaltungsgerichtlichen Verfahren).

---

<sup>16</sup> Bis Ende 2010 war der Zivilprozess in den Kantonen unterschiedlich geregelt, nämlich gemäss den kantonalen Zivilprozessordnungen. Seit 1.01.2011 ist der Zivilprozess in der ganzen Schweiz einheitlich durch ein Bundesgesetz geregelt, nämlich durch die Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 19. Dezember 2008.

- 372 Der Zivilprozess verläuft typischerweise in zwei Phasen, nämlich in einem Schlichtungsverfahren (nachstehend Abschnitt 2) und im anschliessenden Hauptverfahren (Abschnitt 3).

## 2. Schlichtungsverfahren (Art. 197-212 ZPO)

- 373 Zwecks Verhinderung unnötiger Prozesse geht dem eigentlichen Prozess ein Schlichtungsverfahren voran. Schlichtungsbehörde ist in der Regel eine Einzelperson, oftmals mit juristischer Ausbildung. Diese Schlichterin versucht in formloser Verhandlung, die Parteien zu versöhnen. Bei geringem Streitwert, d.h. bei Streitigkeiten bis zu CHF 2000.--<sup>17</sup>, besitzt die Schlichterin Entscheidungsbefugnis, sofern die klagende Partei einen entsprechenden Antrag gestellt hat. Kommt es weder zu einem Vergleich noch zu einem Urteil, so stellt die Schlichtungsbehörde der klagenden Partei eine Bescheinigung ("Klagebewilligung") aus.
- 374 Kein Schlichtungsverfahren findet statt bei einer Reihe von Streitgegenständen, die im Ausnahmenkatalog von Art. 198 ZPO zusammengestellt sind. Ein Blick auf diesen Katalog (der fürs Examen nicht auswendig zu lernen ist) zeigt, dass es sich um Dinge handelt, in denen eine Aussöhnung von der Natur der Sache her nicht möglich oder nicht sinnvoll ist, oder wenn die Parteien übereinstimmend auf das Schlichtungsverfahren verzichten wollen<sup>18</sup>.

## 3. Hauptverfahren

- 375 Der Kläger reicht die Klage ein. In der Klage stellt er seine *Rechtsbegehren* und begründet diese. Ferner legt er die entsprechenden Beweise vor (Dokumente) oder beantragt dem Gericht die Abnahme von Beweisen (z.B. die Einvernahme bestimmter Zeugen). Bei *Streitwerten* unterhalb gewisser Schwellenbeträge (zur Zeit CHF 30'000.--<sup>19</sup>) gilt zwingend dass *vereinfachte (mündliche) Verfahren*: Der Kläger hat lediglich die Rechtsbegehren schriftlich einzureichen. Anschliessend werden beide Parteien zu einer mündlichen Verhandlung vor dem Gericht vorgeladen. Hier tragen sie nun ihre Behauptungen vor und legen ihre Beweismittel auf den Tisch des Gerichts, worauf das Gericht (im Idealfall) unverzüglich in Anwesenheit beider Parteien das Urteil fällt und mündlich eröffnet.
- 376 Bei höheren Streitwerten (oberhalb CHF 30'000.--) kommt das *schriftliche Verfahren* zur Anwendung. Im schriftlichen Verfahren muss die Klage eine vollständige Begründung enthalten. Das Gericht stellt die Klage dem Beklagten zu und setzt ihm eine Frist, seine Klagebeantwortung beim Gericht einzureichen. Ist die Sache kompliziert, so gibt es einen *zweiten Schriftenwechsel*. Dann nämlich erhält der Kläger eine Frist zur Einreichung der *Replik*, worauf der Beklagte eine Frist erhält für die Einreichung der *Duplik*. Hierauf wird der *Schriftenwechsel geschlossen*. Es folgt nun das *Beweisverfahren*, nämlich die Anhörung der Zeugen, die Anfertigung der von den Parteien (eventuell) beantragten *Expertisen*, die Einholung der von den Parteien (eventuell) beantragten *amtlichen Erkundigungen* etc. Nach Abschluss des Beweisverfahrens werden die Parteien aufgeboden zur *Hauptverhandlung*. Hier kommen die Parteien bzw. deren Anwälte mit *Plädoyers* zu Wort.

---

<sup>17</sup> Art. 212 Abs. 1 ZPO.

<sup>18</sup> Die Verzichtsmöglichkeit besteht aber nur bei Streitwerten über CHF 100'000.--. Vgl. Art. 199 Abs. 1 ZPO.

<sup>19</sup> Art. 243 Abs. 1 ZPO.



- 377 Es folgt die *Urteilsberatung* des Gerichts (je nach Zivilprozessordnung in Anwesenheit der Parteien [öffentliche Urteilsberatung] oder hinter verschlossenen Türen [geheime Urteilsberatung]). Im nächsten Schritt wird das vom Gericht gefällte Urteil den Parteien *eröffnet* (*Urteilsöffnung*).
- 378 Gemäss Art. 30 Abs. 3 BV und Art. 54 Abs. 1 ZPO sind die Gerichtsverhandlung und die Urteilsverkündung öffentlich. Das bedeutet, dass auch Drittpersonen, die mit dem Prozess nichts zu tun haben, und Journalisten zum Gerichtssaal zugelassen werden.
- 379 Die Urteile sind öffentlich zugänglich zu machen, d.h. in Papierform oder im Internet zu publizieren.
- 380 Der bundesrechtliche Grundsatz der Öffentlichkeit gilt nicht zwingend für die *Urteilsberatung*, d.h. für die gerichtliche Urteilsfindung im Intervall zwischen der Gerichtsverhandlung und der Urteilsverkündung. Diesbezüglich sind die Kantone frei, in ihren Zivilprozessordnungen die geheime Urteilsberatung anzuordnen (Art. 54 Abs. 2 ZPO). Der praktische Unterschied liegt darin, dass die Gerichtspersonen bei öffentlicher Beratung gezwungen sind, sich besser vorzubereiten. Eine öffentliche Beratung schafft für das Gericht eine Art von Examenssituation. Bei öffentlicher Beratung ist zudem kaum möglich, dass einzelne Gerichtspersonen private Erlebnisse, Meinungen und Werturteile zum Besten geben, die für oder gegen die Glaubwürdigkeit und Standpunkte von Parteien oder Zeugen sprechen. Bei geheimer Urteilsberatung können eher Informationen (oder auch Des-Informationen) in die Meinungsbildung des Gerichts einfließen, die ausserhalb des offiziellen Prozessstoffes liegen. Die öffentliche Urteilsberatung ist demgemäss die rechtsstaatlich bessere Verfahrensform, aber sie ist für die Gerichtspersonen anstrengender und unbequemer.
- 381 Ab der *Eröffnung des Urteils* läuft die Rechtsmittelfrist. Bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist kann die durch das Urteil beschwerte Partei (die Verliererin) bei der nächst höheren Instanz gegen das Urteil *Berufung* einreichen.
- 382 Im schriftlichen Verfahren wird die Rechtsmittelfrist erst durch die Zustellung des *schriftlich begründeten* Urteils ausgelöst, nicht bereits durch die allfällige vorgängige mündliche Eröffnung. Denn ob die unterliegende Partei ein Rechtsmittel ergreifen will, hängt meist von einer Chancenbeurteilung ab. Die Chancen können erst dann mit einer gewissen Zuverlässigkeit beurteilt werden, wenn die Urteilsbegründung schriftlich vorliegt.
- 383 Wird Berufung eingelegt, so findet vor der nächst höheren Instanz wiederum ein Schriftenwechsel und eine Hauptverhandlung statt und, wenn auch gegen das zweitinstanzliche Urteil Berufung eingelegt wird, nochmals ein solches Verfahren vor dem schweizerischen Bundesgericht als dritter und letzter Instanz.
- 384 Wird gegen ein Urteil keine Berufung eingelegt, so wird das Urteil nach dem Ablauf der Rechtsmittelfrist *rechtskräftig*. Mit dem Eintritt der Rechtskraft wird das Urteil *vollstreckbar*. Lautet ein vollstreckbares Urteil auf Geldzahlung (Verurteilung des Beklagten zur Zahlung einer bestimmten Geldsumme an den Kläger), so erfolgt die Vollstreckung, wenn der Verurteilte nicht freiwillig bezahlt, auf dem Wege der Zwangsvollstreckung gemäss SchKG. Lautet das Urteil auf eine andere Leistung, beispielsweise auf Herausgabe einer bestimmten Sache (eines Klaviers, eines Gemäldes), so kann der Kläger zur Urteilsvollstreckung die kantonale Polizeigewalt in Anspruch nehmen. Solche Aktionen sind äusserst selten. In der überwiegenden Zahl der Fälle leistet die verurteilte Partei das, wozu sie verurteilt wurde, von sich aus, sofern sie dazu faktisch in der Lage ist.

- 385 Will man die verschiedenen Instanzen in einem Tafelbild visualisieren, so können sie folgendermassen aufgezeichnet werden: Zuunterst ist die Schlichtungsbehörde zu zeichnen. Darüber steht das Bezirksgericht, darüber das Obergericht des betreffenden Kantons, zuoberst das Bundesgericht. Mit einer solchen Darstellungsweise werden die "unteren" und "oberen Instanzen" sinnfällig gemacht.

#### 4. Parteirollenbezeichnung im Zivilprozess und im Strafprozess

- 386 Im Zivilprozess heisst die klagende Partei "*Kläger*", die beklagte Partei "*Beklagte*". Kläger sind in der Regel Privatpersonen und juristische Personen (Unternehmungen); das Gleiche gilt für die Beklagten.
- 387 Im Strafprozess spricht man statt dessen vom "*Ankläger*" und vom "*Angeklagten*". Als Ankläger fungiert in der Regel ein Staatsanwalt, d.h. ein Beamter, der als "*Anwalt des Staates*" den staatlichen Strafanspruch geltend macht. Als Beklagte fallen bei den meisten Delikten des gemeinen Strafrechts nur natürliche Personen in Betracht.

#### 5. Klagetypen im Zivilprozess: Leistungsklage, Gestaltungsklage, Feststellungsklage

- 388 Die bei den Zivilgerichten eingereichten Klagen und die daraufhin ergehenden Urteile werden in drei Gruppen eingeteilt, nämlich in
- Leistungsklagen und Leistungsurteile,
  - Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile und in
  - Feststellungsklagen und Feststellungsurteile.

Hiezu im Einzelnen:

- 389 Die *Leistungsklage* wird erhoben, wenn der Kläger gegenüber dem Beklagten einen Anspruch auf eine Leistung geltend macht (häufigster Fall: auf eine Geldzahlung). Bei Obiegen des Klägers erlässt das Gericht ein Leistungsurteil. Das Rechtsbegehren der Klage (kurz: Klagebegehren) lautet beispielsweise: "*Es sei der Beklagte zu verurteilen zur Bezahlung an den Kläger von Fr. 18'500.-- zuzüglich 5% Zins seit dem 1. Februar 2015.*" Das entsprechende Leistungsurteil lautet dann: "*Der Beklagte wird verurteilt zur Bezahlung an den Kläger von Fr. 18'500.-- zuzüglich 5% Zins seit dem 1. Februar 2015.*"
- 390 Die *Gestaltungsklage* zielt auf eine gerichtliche Veränderung (Neugestaltung) der Rechtslage ab. Musterbeispiel ist die Klage auf Ehescheidung. Das Urteil heisst *Gestaltungsurteil*. Der Gestaltungskläger anerkennt die heutige Rechtslage X (z.B. die Verheiratung) und beantragt dem Gericht die Herbeiführung einer neuen Rechtslage Y (unverheirateter Status der Parteien).
- 391 Die *Feststellungsklage* zielt ab auf die autoritative Feststellung eines bestehenden, aber streitigen Rechtsverhältnisses. Der Feststellungskläger behauptet, die heutige Rechtslage sei X, der Feststellungsbeklagte bestreitet dies. Das Gericht soll feststellen, ob die Rechtslage heute tatsächlich X ist. Es soll die bestehende Rechtslage nicht gestaltend verändern, sondern nur als ein gegebenes Faktum beurteilen. - Hiezu folgendes:
- 392 Zuweilen ist streitig, ob jemand eine erst in der Zukunft fällig werdende Leistung schuldet oder nicht schuldet. Man denke an einen Darlehensvertrag, der vor drei Jahren abgeschlossen wurde und eine feste Darlehensdauer von zehn Jahren vorsah. Heute ist der Schuldner der Meinung, die Gläubigerin habe ihm in einem Gespräch vor Zeugen die

Rückzahlung der Darlehensschuld erlassen. Mittlerweile bestreitet die Gläubigerin aber diesen Schuldlass. Es stellt sich demgemäss schon heute die Frage, ob der Schuldner am Ende der Laufzeit, d.h. in sieben Jahren, das Darlehen zurückzahlen muss oder nicht. Der Schuldner hat ein aktuelles Interesse, die Frage seiner künftigen Zahlungspflicht schon heute gerichtlich feststellen zu lassen, und zwar einerseits deswegen, weil die massgebenden Zeugen in sieben Jahren vielleicht gestorben sind, ferner weil der Schuldner sich im Falle seiner fortbestehenden Schuld rechtzeitig auf die Zahlung einrichten möchte, um dannzumal nicht in Liquiditätsschwierigkeiten zu geraten. In einem solchen Falle kann jede Partei, die ein aktuelles Interesse an der Klärung des streitigen Rechtsverhältnisses hat, beim Gericht auf Feststellung des Rechtsverhältnisses klagen.

- 393 *Merke:* Gegenstand der Feststellungsklage und des Feststellungsurteils können nur *Rechtsverhältnisse*, nicht Tatsachen sein. Allerdings sind Rechtsverhältnisse zuweilen so eng und so offensichtlich mit Tatsachen verknüpft, dass die Trennung von Tatsachen- und Rechtsfeststellung künstlich wirkt (z.B. Feststellung des Kindesverhältnisses, Feststellung der Erbenqualität). Bei der gerichtlichen Feststellung der Echtheit eines Dokumentes steht der tatbeständliche Aspekt sogar im Vordergrund.
- 394 Bei Feststellungsklagen hat die Klägerin ihr *Feststellungsinteresse*, d.h. das *Rechtsschutzinteresse* am gerichtlichen Urteil, ausdrücklich zu behaupten und glaubhaft zu machen. Während bei Leistungsklagen das Rechtsschutzinteresse offensichtlich ist und nicht ausdrücklich begründet zu werden braucht, trifft dies bei Feststellungsklagen nicht zu. Hier kann es durchaus sein, dass eine Partei ohne aktuellen Anlass, aus blosser Rechthaberei oder aus akademischem Interesse klagt, um eine Rechtsfrage durch das Gericht beantworten zu lassen. Da die Gerichte nicht dazu da sind, mit Kostenfolgen zulasten des Staates Aufwand zu betreiben im Zusammenhang mit blossen Rechthabereien, akademischen Auseinandersetzungen oder Scherzfragen, muss die Klägerin, die vom Gericht ein Rechtsverhältnis beurteilen lassen möchte, ohne gleichzeitig Leistung zu verlangen, gegenüber dem Gericht dartun, dass und inwiefern an solcher Feststellung ein schützenswertes Interesse besteht.
- 395 Das Rechtsschutzinteresse ist bei allen Klage-Typen eine sogenannte *Prozessvoraussetzung*. Vgl. hierzu im folgenden Abschnitt.

## 6. Prozessvoraussetzungen

- 396 Prozessvoraussetzungen heissen jene Umstände, deren Vorhandensein eine Bedingung dafür ist, dass das Gericht auf die Klage eintritt.
- 397 Neben dem soeben erwähnten Rechtsschutzinteresse gehören namentlich die *Parteifähigkeit* der Parteien sowie die *Zuständigkeit des Gerichtes* zu den Prozessvoraussetzungen. Wer nach einem Hundebiss gegen den Hund auf Schadenersatz klagt, kann keine gerichtliche Beurteilung der Klage erwarten; denn Tiere sind nicht rechtsfähig und damit vor Gericht auch nicht parteifähig, d.h. sie können nicht als Prozessparteien auftreten. Wer gegen einen Schuldner mit Wohnsitz in Lugano eine Klage vor dem Zivilgericht Basel-Stadt erhebt, kann ebenfalls keine gerichtliche Beurteilung seiner Klage erwarten. Denn Klagen auf Geldzahlung sind in der Regel am Wohnsitz des Schuldners anzubringen. Das Zivilgericht Basel-Stadt ist *örtlich* unzuständig. Wer vor dem Zivilgericht gegen die Steuerverwaltung auf Aufhebung seiner Steuertaxation klagt, kann keine Beurteilung erwarten; denn das Zivilgericht ist für die Beurteilung von steuerrechtlichen Streitigkeiten *sachlich* nicht zuständig. Wer eine Forderung auf Rückzahlung eines Darlehens durch Klage bei einem zweitinstanzlichen Obergericht eintreiben will, kann keine gerichtliche

Beurteilung erwarten. Denn für erstmalige Beurteilung eines Rechtsstreites ist nur die erste Instanz zuständig. Die zweite Instanz ist *funktionell* unzuständig.

- 398 Zu den Prozessvoraussetzungen gehört schliesslich, dass die betreffende Streitsache nicht bereits vor einem anderen Gericht rechtshängig oder von einem anderen Gericht beurteilt worden ist.
- 399 Fehlt es an einer Prozessvoraussetzung, so erledigt das Gericht die Klage durch ein *Nichteintretens-Urteil*. Das Urteil lautet: "*Auf die Klage wird nicht eingetreten.*"
- 400 Sind alle Prozessvoraussetzungen erfüllt, findet das Gericht die Klage aber sachlich unbegründet, so erledigt es die Klage durch ein *abweisendes Urteil*. Das Urteil lautet: "*Die Klage wird abgewiesen.*" - Ein solches Urteil wird auch ein *Sachurteil* genannt.
- 401 Ob ein Nichteintretens- oder ein Abweisungsurteil erfolgt, hat folgende Konsequenzen: Bei Nichteintreten ist der Streit noch durch kein Gericht beurteilt. Der Kläger kann die Klage gegebenenfalls beim zuständigen Gericht ein zweites Mal anbringen. - Wurde die Klage dagegen mit einem Sachurteil rechtskräftig abgewiesen, so ist die Streitsache ein für allemal erledigt. Der Kläger kann aus dem gleichen Lebenssachverhalt gegen den gleichen Beklagten vor keinem anderen Gericht ein zweites Mal klagen. *Rechtskräftig* ist die Klage dann abgewiesen, wenn der Kläger gegen ein erst- oder zweitinstanzliches Abweisungsurteil binnen der Rechtsmittelfrist kein Rechtsmittel ergriffen hat, ferner wenn er nach Erschöpfung aller Rechtsmittel auch letztinstanzlich abgewiesen wurde.

### C. Der Strafprozess

- 402 In vorzivilisatorischen Gesellschaften wird Strafjustiz in Selbsthilfe von Familien und Sippen vollzogen. Man denke an die Institution der Blutrache. Es gehört zu den Eigenschaften starker und gut organisierter Staaten, dass sie die private Strafjustiz ausschalten und die strafende Vergeltung von Staates wegen monopolisieren. Beschädigt also der A zum Nachteil des B eine im Eigentum des B stehende Sache, so entsteht dadurch beim Staat der *staatliche Strafanspruch* wegen Sachbeschädigung. Beim Verletzten, dem Opfer der Straftat, entsteht gegenüber dem Täter ein *privatrechtlicher Schadenersatzanspruch* (aus "unerlaubter Handlung" gemäss Art. 41 ff. OR). Kraft des staatlichen Strafmonopols hat das Opfer der Straftat keinen Strafanspruch.
- 403 Bei Straftaten, die ihrer Natur nach eine gewisse Bedeutung haben, nimmt der Staat von sich aus die Strafverfolgung auf, sobald staatliche Beamte von der Straftat Kenntnis erhalten. In der Regel erhält der Staat diese Kenntnis durch den Eingang einer *Strafanzeige*. Zum Einreichen von Strafanzeigen ist jedermann befugt. Häufig werden die Strafanzeigen von Polizeibeamten erstattet. Wird also wegen eines Tötungsdeliktes, eines Diebstahls oder eines Betrugs Strafanzeige gemacht, dann müssen die staatlichen Untersuchungsorgane von Amtes wegen ("*ex officio*") der Sache nachgehen. Bei jenen Deliktstypen, deren Verfolgung den staatlichen Organen vom Amtes wegen obliegt, spricht man von *Offizialdelikten*.
- 404 Daneben gibt es Delikte, deren Ahndung nicht im öffentlichen Interesse liegt, sondern dem Verletzten anheimgestellt bleiben soll, wie beispielsweise die Ehrverletzungsdelikte (üble Nachrede, Verleumdung), Tätlichkeiten (Ohrfeigen, leichte Körperverletzungen). In diesen Fällen wird der Staat nur tätig, wenn der Verletzte einen *Strafantrag* stellt. Die Frist für das Stellen eines Strafantrags beträgt drei Monate und beginnt mit dem Tag, an welchem dem Verletzten der Täter bekannt wird (Art. 31 StGB). Bei diesen Deliktstypen spricht man von *Antragsdelikten* (im Gegensatz zu den auf blosse Anzeige hin verfolgten

Offizialdelikten). Wird der Strafantrag bei einem Antragsdelikt nicht binnen der Dreimonatsfrist gestellt, so ist das Antragsrecht verwirkt und es kann in einem solchen Falle kein Strafverfahren mehr stattfinden.

- 405 Bei der Unterscheidung zwischen Offizialdelikten und Antragsdelikten kommt es in der Regel nicht darauf an, ob die *konkrete Tat* ein leichter oder ein schwerer Fall war, sondern ob der vom Gesetz beschriebene Deliktstyp zu jenen Typen gehört, an deren Ahndung ein öffentliches Interesse besteht.
- 406 Gemäss Art. 172ter StGB sind alle geringen Vermögensdelikte Antragsdelikte.
- 407 Schätzungsweise 98% aller Straftaten in der Schweiz sind Diebstähle. Von den begangenen Straftaten wird nur ein geringer Prozentsatz aufgeklärt. Es besteht also eine grosse *Dunkelziffer*.
- 408 Die Aufklärung einer Straftat bis zur Identifikation des Täters heisst *Ermittlung*. Ist der verdächtige Täter einmal identifiziert, so heisst die weitere Aufklärungsarbeit die *Untersuchung*. (Kriminalromane befassen sich in der Regel lediglich mit der Ermittlung, d.h. mit der Auffindung des Täters.)
- 409 Bei über 90 % aller bei den Behörden zur Anzeige gebrachten Vermögensdelikten (Diebstählen, Einbruchdiebstählen) ist die Identifikation der Täter von Anfang an derart aussichtslos, dass nicht einmal eine Ermittlung eingeleitet, sondern die Anzeige direkt schubladiert wird. Nur bei leicht aufzuklärenden Delikten (Parksünden im Strassenverkehr, klar dokumentierten Geschwindigkeitsübertretungen im Strassenverkehr, schweren Wirtschaftsverbrechen und Verbrechen gegen Leib und Leben) findet regelmässig eine Ermittlung statt.
- 410 Das Strafverfahren durchläuft typischerweise folgende *Phasen*:

### **1. Phase 1: Polizeiliche Ermittlung**

- 411 Die Polizei ermittelt auf Antrag oder von Amtes wegen die Identität des Täters und den genauen Sachverhalt und sichert das Beweismaterial.
- 412 Die Festnahme von Personen erfolgt in zwei Formen, nämlich entweder in der Form des Polizeigewahrsams von höchstens 24 Stunden Dauer oder in der Form der Untersuchungshaft. Die Untersuchungshaft muss durch einen Untersuchungsrichter oder Staatsanwalt, bei längerer Dauer durch einen Haftrichter angeordnet werden. Die Anordnung der Untersuchungshaft ist nur zulässig, wenn eine oder mehrere von drei Voraussetzungen gegeben ist: Fortsetzungsfahr, Fluchtgefahr oder Kollusionsgefahr. Unter Kollusion ("Zusammenspiel") versteht man die Verständigung zwischen mehreren Tätern bezüglich ihrer Verteidigung oder Flucht, ferner ganz allgemein die Spurenverwischung, Zeugenbeeinflussung und weitere Vorkehrungen, um die Strafverfolgung zu verhindern.

### **2. Phase 2: Untersuchung bzw. Voruntersuchung**

- 413 Ist ein Tatverdächtiger ermittelt, so erfolgen die weiteren Abklärungshandlungen unter der Leitung eines Untersuchungsrichters oder eines Staatsanwaltes. Die verdächtige Person heisst, sobald sie im Verfahren der Tat beschuldigt wird, der oder die "*Angeschuldigte*".

- 414 Der Titel "Untersuchungsrichter" will verdeutlichen, dass die verfahrensleitende Person eine juristisch geschulte Fachperson sein soll, die überdies bereits in diesem Verfahrens-stadium Unabhängigkeit und Unparteilichkeit walten lassen soll. Der Untersuchungsrichter soll also nicht nach advokatorischer (anwaltlicher) Manier lediglich jene Sachverhaltselemente zusammentragen lassen, die den Angeschuldigten belasten, sondern mit gleicher Energie und gleicher Aufmerksamkeit auch alle jene Elemente, die den Angeschuldigten entlasten bzw. zu seinen Gunsten sprechen.
- 415 Diese Idealvorstellung vom Untersuchungsrichteramt darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass Untersuchungsrichter gleich wie alle übrigen mit Strafuntersuchungen befassten Behörden angesichts der Schwierigkeiten, überhaupt an die wichtigen Sachverhaltselemente heranzukommen und die Beweise zu sichern, vor allem bestrebt sind, das belastende Material zu sammeln. In der Regel ist es ja der Angeschuldigte selber, der nach allen Kräften, allein oder mit seinen Komplizen oder bereits mit der Hilfe eines Rechtsanwaltes (*Verteidigers*) alles tut, um die Wahrheitsfindung der Untersuchungsorgane zu vereiteln.
- 416 Das Strafrecht hat aber Gewähr zu bieten, dass keine Unschuldigen verurteilt werden. Unschuldige werden zuweilen in grosser Zahl in Strafuntersuchungen involviert, etwa wenn ein Mord aufzuklären ist und alle Personen, zu denen das Opfer irgendwelche Beziehungen hatte, verdächtigt werden. Strafverfolgungsbeamte stehen zuweilen unter dem öffentlichen Erwartungsdruck, einen "Schuldigen" zu finden. Die Institutionen des Strafprozesses müssen so ausgebaut sein, dass trotz solcher Umstände kein Unschuldiger bestraft wird.

### 3. Phase 3: Anklageerhebung

- 417 Aufgrund der Voruntersuchung entscheidet die Staatsanwaltschaft, ob sie das Verfahren bereits in diesem Stadium *einstellt* oder ob sie *Anklage erheben* will. Entscheidet sie sich für letzteres, so redigiert ein Staatsanwalt aufgrund der vorliegenden Untersuchungsakten die *Anklageschrift* und reicht diese beim zuständigen Strafgericht ein.
- 418 Mit der Anklageerhebung wird der Tatverdächtige aus dem bisherigen Status des *Angeschuldigten* neu zum *Angeklagten*. Wie schon in der Untersuchungsphase hat der Angeklagte wiederum das Recht, sich durch einen Rechtsanwalt verteidigen zu lassen. Er kann nun allein oder durch seinen Verteidiger eine Verteidigungsschrift an das Strafgericht eingeben.

### 4. Phase 4: Hauptverhandlung

- 419 Im Strafprozess gilt das *Unmittelbarkeitsprinzip*. Nur die verfahrensleitende Strafgerichtspräsidentin und der Gerichtsschreiber nehmen bereits in der Vorbereitungsphase die Anklageschrift, die Verteidigungsschrift und die diversen Beweismittel zur Kenntnis. Die übrigen Strafrichter, die an der Urteilsfindung mitarbeiten, müssen unvorbereitet zur Hauptverhandlung erscheinen. Hier wird nun in Anwesenheit der ganzen Kammer (meist fünfköpfig besetzt) der ganze Fall nochmals von vorn bis hinten aufgerollt, alle wichtigen Beweismittel vorgelesen, Zeugen einvernommen etc. Wurden diese Zeugen durch Polizeiorgane, Untersuchungsrichter und Staatsanwälte schon in einer früheren Phase einvernommen, so werden die Protokolle ihrer Aussagen anlässlich der strafgerichtlichen Hauptverhandlung vorgelesen oder die betreffenden Zeugen müssen, wenn Ihre Aussagen wichtig sind oder eine Partei es verlangt, ein zweites Mal erscheinen und vor dem Gericht nochmals aussagen.

- 420 Ist das Beweisverfahren im Gerichtssaal beendet (was bei komplizierten Fällen mehrere Wochen in Anspruch nehmen kann), so kommen der Reihe nach Staatsanwalt und Verteidiger zum *Plädoyer*, worauf der Angeklagte das *letzte Wort* hat. Hier kann der Angeklagte nochmals seine Unschuld beteuern oder um eine milde Bestrafung bitten oder sich sonstwie möglichst vorteilhaft vor den Augen des Gerichts darstellen.

### **5. Phase 5: Urteilsberatung, Urteilsfällung, Urteilseröffnung**

- 421 Nach Abschluss der Hauptverhandlung berät das Strafgericht in öffentlicher oder geheimer Urteilsberatung und fällt unmittelbar im Anschluss an diese Beratung das Urteil. Das Urteil kann auf *Freispruch bezüglich einzelner oder aller Anklagepunkte* lauten, oder es kann auf *Verurteilung wegen Diebstahls, Totschlags, Veruntreuung etc. zu einer bestimmten Strafe* lauten.

### **6. Phase 6: Weiterzug durch die Instanzen**

- 422 Gegen das erstinstanzliche Strafurteil kann jede Partei, Staatsanwalt und Angeklagter, Berufung einlegen, soweit eine Partei durch das Urteil beschwert ist. Staatsanwälte können also gegen Freisprüche, Angeklagte gegen ihre Verurteilung Berufung einlegen. War die erste Instanz ein kantonales Strafgericht, so geht der Fall an das kantonale Obergericht, in dritter Instanz an die strafrechtliche Kammer des schweizerischen Bundesgerichtes in Lausanne.
- 423 Auch Strafurteile werden mit dem unbenützten Ablauf der Rechtsmittelfristen oder mit der Eröffnung des letztinstanzlichen (bundesgerichtlichen) Urteils *rechtskräftig* und damit sofort vollstreckbar.
- 424 Ist bei schweren Delikten die Tatbegehung durch den Angeklagten offensichtlich, so pflegt dieser bereits während der ganzen Untersuchung in Untersuchungshaft zu bleiben. Die Untersuchungshaft wird an die vom Strafgericht ausgefallte Freiheitsstrafe *angerechnet*. Praktisch läuft dies so, dass der Angeklagte den Strafprozess vom Gefängnis aus mitverfolgt, von dort aus jeweils unter Polizeibegleitung zu den gerichtlichen Verhandlungen gebracht und nachher wieder ins Gefängnis zurückgeführt wird. Mit dem Ergehen des Urteils ändert sich bezüglich seines Gefängnisaufenthaltes nur eines: Jetzt endlich weiss er, wie lange er noch sitzen muss.
- 425 Bei guter Führung im Strafvollzug wird bei längeren Freiheitsstrafen in der Regel ein Teil der im Urteil verfallten Freiheitsstrafe "geschenkt", d.h. der Verurteilte wird vorzeitig auf Bewährung entlassen.

### **D. Staatliche Verwaltungstätigkeit, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsverfahren**

- 426 Die meiste Staatstätigkeit findet nicht in Verwaltungsverfahren, sondern in *unmittelbarem faktischem Handeln* statt: Strassenreinigung, Friedhofpflege, Schulunterricht, Lösch-tätigkeit der Feuerwehr, Verkehrsregelung seitens der Polizei etc.
- 427 Zuweilen ist es jedoch nötig, die Rechte und Pflichten einzelner Bürgerinnen und Bürger in Schriftform konkret festzulegen. Das geschieht durch Verfügungen.

- 428 Die gesetzliche, im Verwaltungsrecht geltende Definition des Begriffs der *Verfügung* findet sich in Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwG) und lautet:
- "Art. 5 VwG. - Als Verfügungen gelten Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und zum Gegenstand haben:*
- a. Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten;*
  - b. Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfanges von Rechten oder Pflichten;*
  - c. Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten, oder Nichteintreten auf solche Begehren."*
- 429 Gemäss Art. 44 VwG gilt der allgemeine Grundsatz: *"Die Verfügung unterliegt der Beschwerde."* Gemeint ist: Jede Verfügung kann mit Beschwerde an eine höhere Instanz weitergezogen werden. - Aus Gründen der Logik gilt diese Regel nicht für sogenannte letztinstanzliche Entscheidungen (Verwaltungsgerichtsurteile in Anwendung kantonalen Rechts, Bundesgerichtsurteile in Anwendung von Bundesrecht, Strassburger Menschenrechtsurteile in Anwendung der Europäischen Menschenrechtskonvention).
- 430 In der Regel geht dem Beschwerdeverfahren das Einspracheverfahren voran. Der übliche Ablauf ist also: 1. Verfügung - 2. Einsprache gegen die Verfügung - 3. Einsprache-Entscheid - 4. Beschwerde gegen den Einspracheentscheid - 5. Beschwerde-Entscheid.
- 431 Die *Einsprache* ist ein Begehren des Bürgers *an die verfügende Verwaltungsstelle*, ihre Verfügung nochmals zu überprüfen und abzuändern. Dann erst geht die Sache ins Beschwerdeverfahren. Die *Beschwerde* richtet sich in kantonrechtlichen Streitigkeiten an erstinstanzliche kantonale Verwaltungsgerichtsbehörden, in bundesrechtlichen Streitigkeiten an das Bundesverwaltungsgericht in St. Gallen.
- 432 Als anwaltliche Erfahrungstatsache gilt, dass die Chancen im Einsprache- und Beschwerdeverfahren gut sind, wenn dargetan werden kann, dass der *Sachverhalt* in Wirklichkeit anders ist als die Behörde bisher angenommen hatte. Die Chancen sind schlecht, wenn der Beschwerdeführer geltend macht, die Behörde habe das Gesetz falsch angewendet. Denn in Fragen der Sachverhaltsermittlung lassen Behördenmitglieder mit sich reden. In Fragen der Rechtsanwendung beherrschen dagegen Rechthaberei und Gesichtswahrung das Feld. Demgemäss werden die überwiegende Mehrzahl von Beschwerden (und zivilrechtlichen Klagen) durch sachverhaltliche Darlegungen und Beweise, nicht durch die juristische Argumentation gewonnen. Je scharfsinniger und "gescheiter" die juristische Argumentation ist, desto eher provoziert sie ein rechthaberisches Defensivverhalten der Behörde.
- 433 Richtet sich die Beschwerde an die übergeordnete Verwaltungsbehörde (beispielsweise an den Departementsvorsteher oder an den Regierungsrat), so spricht man von *Verwaltungsbeschwerde*. Richtet sich die Beschwerde an eine verwaltungsunabhängige gerichtliche Instanz, beispielsweise an ein Verwaltungsgericht oder eine verwaltungsunabhängige Rekurskommission, so spricht man von der *Verwaltungsgerichtsbeschwerde*. Oft sind sich ein Verwaltungsbeschwerdeverfahren und ein Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren nachgeordnet, ähnlich einer unteren und oberen Instanz.
- 434 Für alle Verwaltungstätigkeit (nicht nur für eigentliche Verwaltungsverfahren und Beschwerdeverfahren) gelten als tragende Grundsätze des öffentlichen Rechts



- das Legalitätsprinzip (= Gesetzmässigkeitsprinzip);
- das Verhältnismässigkeitsprinzip;
- das Willkürverbot.

435 Die ersten beiden Prinzipien sind in Art. 5 BV (vgl. hiernach) geregelt, das letztgenannte Prinzip in Art. 9 BV.

**"BV Art. 5. - Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns**

1 Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht.

2 Staatliches Handeln muss im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein.

3 Staatliche Organe und Private handeln nach Treu und Glauben.

4 Bund und Kantone beachten das Völkerrecht."

**E. Nachtrag: Kritische Gedanken zur Rechtspflege in der Schweiz**

436 Viele einfache Streitfälle könnten theoretisch von einem klugen Juristen im Alleingang innert kurzer Zeit richtig entschieden werden. Würde man bei kleineren Streitwerten durchwegs das mündliche Verfahren vorsehen, bei komplexeren Sachen ein schriftliches Verfahren mit einmaligem ("einfachem") Schriftenwechsel, und würde man als Richterinnen gut ausgebildete Juristen als Einzelrichter einsetzen, die nach Prüfung des Falles sogleich letztinstanzlich, d.h. nicht-berufungsfähig, urteilen würden, so kämen wohl zwei Drittel aller Urteile genauso gut und richtig heraus, wie sie heute bei unseren umständlichen Verfahrensabläufen herauskommen.

437 Durch die grundsätzliche Drei-Instanzlichkeit und die Fünfer-Besetzung der Gerichtskammern müssen sich bei grösseren und komplizierteren Fällen neben den Parteien und deren Anwälten durch alle Instanzen hindurch 15 Gerichtspersonen mit einem Streitfall befassen. Das kostet Geld und nimmt Zeit: Die dicken Dossiers müssen von Richter zu Richterin zirkulieren, bleiben hier und dort während Wochen und Monaten liegen. Man rechnet im Durchschnitt pro Instanz mindestens ein Jahr, für ein Zivil-, Straf- oder Verwaltungsgerichtsverfahren durch alle Instanzen hindurch also mindestens drei Jahre. Oft geht es länger. Fünf- bis zehnjährige Verfahrensdauern kommen vor. Alle diese Gerichtspersonen müssen zulasten der Staatskasse besoldet sein. Im Zivilprozess müssen die Parteien ihre Anwälte aus eigener Tasche honorieren, was oft sehr kostspielig ist. Nur das Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsverfahren und das Strafverfahren verlaufen für die beteiligten Privatpersonen in der Regel weitgehend kostenlos.

438 Als Erfahrungstatsache gilt: *Vermögensrechtliche Streitigkeiten*, namentlich die Geltendmachung von Geldforderungen, sind für den Kläger kostenmässig *vertretbar*, solange der Streitwert zum *vereinfachten (mündlichen) Verfahren* führt. Das ist zur Zeit der Fall für vermögensrechtliche Streitigkeiten mit Streitwerten bis zu höchsten 30'000 Franken.

439 Wo das ordentliche Verfahren zur Anwendung kommt, erheischt die erfolgreiche Prozessführung den Beizug von Rechtsanwälten. Deren Stundenansätze liegen zwischen 150 und 250 Franken, oft noch höher. Der Zeitaufwand für die Sachverhaltsabklärung und die Redaktion von Klage- und Antwortschriften ist fast immer sehr erheblich, handelt es sich bei den Rechtsschriften doch oft um Dokumente vom Umfang von Seminar- oder sogar von Doktorarbeiten. Dies führt dazu, dass bei Klagen über Beträge von mehr als 20'000 Franken, aber weniger als 500'000 Franken, die Prozesskosten für den Kläger aus praktischen Gründen als exorbitant bezeichnet werden müssen, und demgemäss auch das Prozessrisiko im Falle, dass der Kläger nicht zu 100 Prozent obsiegt (oder dass die Beklagte sich im Nachhinein als insolvent erweist). Nur bei Prozessen, in denen es um Streitwerte

von mehr als ca. 500'000 Franken geht, wird es vertretbar, das Prozessrisiko zu tragen. Angesichts des degressiven Anwaltstarife belaufen sich die Gerichts- und Anwaltskosten für die verlierende Partei nur noch etwa auf 30 Prozent des Streitwertes und damit auf einen Betrag, den der Kläger notfalls in die Ungewissheiten jedes Prozessverfahrens investieren mag. Denn auch wenn der Kläger von der Güte seines Rechtsstandpunktes überzeugt ist, gilt allemal der Spruch: "*Vous avez toujours le risque de l'erreur du juge.*"

- 440 Im Ergebnis bedeutet dies, dass die schweizerische Zivilrechtspflege angemessene Gerechtigkeit bei Streitwerten unter 30'000 und über 500'000 Franken gewährleistet, in der dazwischenliegenden Bandbreite dagegen nicht.
- 441 Man kann sich die Frage stellen, ob dies unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten akzeptabel ist, insbesondere aber, ob der enorme finanzielle Aufwand für die grundsätzlich *dreinstanzliche* Rechtspflege durch die Verbesserung der Wahrheitsfindung bzw. die Verbesserung der Treffsicherheit der jeweiligen Endurteile gerechtfertigt ist.
- 442 Stellt man die Frage im Sinne der Trefferquote rein statistisch, so muss sie zweifellos negativ beantwortet werden. Die dritte Instanz ist unter blossen Effizienzgesichtspunkten überflüssig. Sie verzögert und verteuert die Findung des richtigen Rechts und ist gerade dadurch selber ein *Unrechtsfaktor*. Denn die Gerechtigkeit ist keine Gerechtigkeit, wenn sie verspätet und zu teurem Preis erlangt wird. Gerechtigkeit sollte schnell und kostengünstig zu erlangen sein.
- 443 Unter Effizienzgesichtspunkten ist immerhin zu bedenken, dass alle Entscheidungsinstanzen, die allein und unkontrolliert urteilen, eine Tendenz zur Willkür und zu fehlerhaften Entscheiden haben. Ein Gericht, das weiss, dass seine Entscheidungen nicht berufungsfähig sind, erliegt leichter der Tendenz der Parteilichkeit, der Voreingenommenheit und der Selbstherrlichkeit, mit der Folge einer stark gesteigerten Quote von Fehlurteilen. Das blosse Vorhandensein einer zweiten Instanz zwingt dem erstinstanzlichen Gericht eine Disziplin auf, die für die Qualität seiner Urteile von eminenter Wichtigkeit ist, und dies auch dann, wenn in der Mehrzahl der Fälle keine Berufung eingelegt wird.
- 444 Die zweite Instanz, das Obergericht, ist seinerseits durch das Vorhandensein der ersten Instanz ebenfalls kontrolliert. Das Obergericht weiss, dass sein Urteil vom Bezirksgericht gelesen und beurteilt wird. Die Oberrichter wollen sich vor der unteren Instanz keine Blöße geben und bemühen sich aus diesem Grunde redlich, gute Urteile zu fällen.
- 445 In der Schweiz hat die dritte Instanz, das *Bundesgericht*, nicht die primäre Aufgabe, die Treffsicherheit der zweitinstanzlichen Urteile zu verbessern, sondern es hat die Aufgabe, für eine *einheitliche Anwendung des Bundesrechts in allen Kantonen* zu sorgen. Die Rechtfertigung dieser dritten Instanz liegt also in einer staatspolitischen Erwägung. Es wäre unerträglich, wenn Bundesrecht, beispielsweise die Regeln über die Ehescheidung, im einen Kanton anders ausgelegt und angewendet würden als in einem andern Kanton. Deshalb brauchen wir in der Schweiz das Bundesgericht - trotz der Verzögerung vieler Verfahren um ein weiteres Jahr und trotz der damit verbundenen zusätzlichen Kosten.
- 446 Gerade aus diesem Grund ist aber auch einzuprägen, dass das Schweizerische Bundesgericht nur zuständig ist, die *Anwendung von Bundesrecht* zu überprüfen. Die Anwendung kantonalen Rechts ist nicht Sache des Bundesgerichts. In kantonalrechtlichen Streitigkeiten gibt es also in der Regel nur zwei Instanzen, nämlich eine kantonale erste Instanz und das kantonale Obergericht. Dort endet der Instanzenzug.

## V. Grundzüge des Zivilgesetzbuches (ZGB)

### Erster Teil des ZGB: Einleitungsartikel und Personenrecht (Art. 1-89)

#### 1. Kapitel: Die Einleitungsartikel

##### A. Das Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB)

- 447 Gesetze sind nie vollkommen. Jedes Gesetz hat Lücken und Fehler. Der Gesetzgeber hat die Lückenhaftigkeit in Art. 1 Abs. 2 ZGB anerkannt und dem Gericht die Maxime in die Hand gegeben, wie es Gesetzeslücken zu füllen hat:

*ZGB Art. 1 Abs. 2: "Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde."*

- 448 In Art. 2 Abs. 2 ZGB anerkennt der Gesetzgeber die Fehlerhaftigkeit des Gesetzes und gibt die Maxime zur Fehlerkorrektur. Ein Fehler liegt dann vor, wenn das Gesetz auf eine bestimmte Frage zwar die Antwort gibt, wenn diese Antwort im Einzelfall aber als offensichtlich unvernünftig oder ungerecht erscheint. Art. 2 ZGB, der sich mit dieser Situation befasst, lautet wie folgt:

***"ZGB Art. 2: Inhalt der Rechtsverhältnisse, Handeln nach Treu und Glauben***

*1 Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln.*

*2 Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz."*

- 449 Die beiden Absätze des Art. 2 stehen in einem inneren Zusammenhang. Im ersten Absatz spricht der Gesetzgeber zu den Individuen und fordert sie auf, sich im gegenseitigen rechtlichen Umgang "nach Treu und Glauben" zu verhalten. In abgewandelter Umschreibung bedeutet dies etwa, dass sich jedermann in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten *wie ein anständiger Mensch* verhalten soll.
- 450 Im zweiten Absatz des zitierten Gesetzesartikels wendet sich der Gesetzgeber alsdann an die gerichtlichen Behörden und schärft ihnen ein, wenn ein Individuum mit einem unanständigen Anliegen daherkomme, so dürfe kein Rechtsschutz gewährt werden, auch wenn das betreffende Anliegen nach dem Buchstaben des Gesetzes als berechtigt erscheine. Unanständige Rechtsausübung ist missbräuchliche Rechtsausübung. Wo der Missbrauch beginnt, hört das Recht auf. Ist jemand nach dem Buchstaben eines Gesetzes (oder eines Vertrags) befugt, mit einer anderen Person in unanständiger Weise umzugehen, so ist diese Befugnis nur eine scheinbare. Gesetz und Vertrag sind in diesem Punkt fehlerhaft und korrekturbedürftig. In Wirklichkeit besteht die Befugnis nicht. Der Buchstabe von Gesetz und Vertrag muss zurücktreten hinter dem Gebot des Anstandes; dieses Gebot hat die stärkere rechtliche Wirkungskraft.
- 451 Das Rechtsmissbrauchsverbot des Art. 2 Abs. 2 ZGB bezieht sich nur auf Situationen, in welchen die beteiligten Personen in *rechtlicher Nähe* zueinander stehen. So liegt Rechtsmissbrauch vor, wenn der Grundeigentümer sein Eigentumsrecht zum Nachteil seines Nachbarn in schikanöser Weise ausübt, etwa indem er eine Mauer zu dem einzigen Zwecke errichtet, dem Nachbarn die Aussicht zu versperren ("Neidbau"); Nachbarn stehen zueinander in rechtlicher Nähe. Rechtliche Nähe besteht auch zwischen Vertrags-

partnern: Wenn der Vermieter eine Wohnungsmiete kündigt, weil der Mieter den Zins als zu hoch beanstandet hatte, so gilt die Kündigung als rechtsmissbräuchlich.

- 452 Sozialschädliches Verhalten, das sich gegen niemand bestimmtes, sondern gegen alle Mitmenschen gleichermaßen richtet, fällt dagegen nicht unter die Definition des Rechtsmissbrauchs. Wenn der Hauseigentümer die ihm gehörenden Wohnungen trotz allgemeiner Wohnungsnot leerstehen lässt, so ist dies nicht rechtsmissbräuchlich. In solchen Fällen spricht man oft von "Missbrauch" (Missbrauch des Eigentumsrechts; vgl. in gleichem Sinne auch: Missbrauch der Gentechnologie, missbräuchliche Ausnützung einer marktbeherrschenden Stellung etc.).
- 453 Das Rechtsmissbrauchsverbot *widerspricht* dem Postulat der *Rechtssicherheit*. Rechtssicherheit besteht dann, wenn die einschlägigen rechtlichen Regeln so vollständig und klar sind, dass sich ihre Anwendung auf beliebige künftige Sachverhalte mit Sicherheit voraussagen lässt. Wäre die Rechtsordnung ein umfassendes Computerprogramm, das auf jeden denkbaren Sachverhalt eine einzige, eindeutige Antwort gibt, dann bestünde vollkommene Rechtssicherheit.
- 454 Nun untergräbt der Gesetzgeber diese Rechtssicherheit selber, indem er die Anwendung klaren und eindeutigen Rechts unter den Vorbehalt stellt, dass diese Anwendung nicht rechtsmissbräuchlich sein dürfe.
- 455 Die Rechtssicherheit leidet umso mehr, als der Begriff des Rechtsmissbrauchs (er wurde hier mit "Unanständigkeit" gleichgesetzt) nicht eindeutig definierbar ist, sondern stets auslegungsbedürftig bleibt.
- 456 Im Interesse der Rechtssicherheit muss Art. 2 Abs. 2 ZGB darum mit Zurückhaltung angewendet werden. Nicht jeder, dem die Erfüllung seiner Pflichten unbequem ist, kann seinem Gläubiger unter Berufung auf Rechtsmissbrauch eine lange Nase drehen.
- 457 Im Interesse der Rechtssicherheit ist ferner erforderlich, dass jede Anwendung von Art. 2 Abs. 2 ZGB ihrerseits mit der Bildung neuer Regeln einhergeht. Das Gericht, das sich unter Berufung auf Rechtsmissbrauch über eine klare Gesetzesbestimmung hinwegsetzt, das Gesetz also korrigiert, muss versuchen, diese Korrektur ihrerseits als allgemein gültige Regel zu formulieren: "*Immer wenn die typischen Sachverhaltselemente X und Y vorliegen, wird die Gesetzesbestimmung Z, entgegen ihrem Wortlaut, unanwendbar*".
- 458 Die Missbrauchsrechtsprechung bemüht sich aus diesem Grund um die Bildung *typischer Fallgruppen*, d.h. ähnlicher, unter dem Missbrauchsaspekt gleich zu behandelnder Sachverhalts-Gruppen, und um die Formulierung fallgruppenbezogener, konkreter Regeln. Zur Konkretisierung des abstrakten Rechtsmissbrauchsverbots hat die Rechtsprechung u.a. folgende Regeln entwickelt:
- a) Die Rechtsausübung ist missbräuchlich, wenn sie für den Berechtigten unnütz ist, oder wenn der von ihm verfolgte kleine Vorteil in einem krassen Missverhältnis zum schweren Nachteil, zur schweren Belastung des anderen steht (*krasses Missverhältnis der Interessen*).
  - b) Die Rechtsausübung ist missbräuchlich, wenn sie ein *widersprüchliches Verhalten* des Rechtsausübenden enthält. - Für den Nicht-Juristen wird dieses Kriterium anschaulicher, wenn es an die Vorstellung des arglistigen, trickreichen Vorgehens geknüpft wird - an jenes Verhalten, durch welches jemand einen anderen "hereinlegt", d.h. die nach dem

Buchstaben von Gesetz und Vertrag bestehende Rechtslage so gegen den anderen ausnützt, wie der andere dies nicht vorhergesehen und sicherlich nicht gewollt hat.

## B. Der gute Glaube (Art. 3 ZGB)

459 Art. 3 ZGB lautet:

### "Art. 3. - II. Guter Glaube

1 *Wo das Gesetz eine Rechtswirkung an den guten Glauben einer Person geknüpft hat, ist dessen Dasein zu vermuten.*

2 *Wer bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden darf, nicht gutgläubig sein konnte, ist nicht berechtigt, sich auf den guten Glauben zu berufen."*

460 *Guter Glaube ist die Unkenntnis eines Rechtsmangels. Gutgläubig ist, wer sich eines vorhandenen Rechtsmangels nicht bewusst ist<sup>20</sup>. Bösgläubig ist, wer einen vorhandenen Rechtsmangel kennt. Gemäss Art. 3 Abs. 2 ZGB gilt zudem als bösgläubig, wer zwar den Rechtsmangel tatsächlich nicht kannte, ihn aber bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte kennen müssen.*

461 Der gute Glaube ist also etwas Negatives: *Unkenntnis*. Böser Glaube ist *Kenntnis*. Dabei geht es nicht um abstrakte Rechts- oder Gesetzeskenntnis bzw. -unkenntnis im Sinne juristischer Rechtskunde, sondern immer um die *Kenntnis bzw. Unkenntnis der Rechtslage bei einem konkreten Sachverhalt*. Musterbeispiel ist der Kauf eines Gegenstandes von einer Person, die nicht befugt ist, diesen Gegenstand zu verkaufen. Man denke an jemanden, der ein Buch ausleiht und es alsdann auf eigene Rechnung verkauft, statt es dem Eigentümer zurückzugeben. Strafrechtlich ist dies Veruntreuung. Aber der Käufer wird gültiger Eigentümer des Buches, wenn er beim Erwerb gutgläubig annahm, der Verkäufer sei zum Verkauf des Buches befugt. Das ergibt sich aus Art. 933 ZGB. Das Beispiel macht deutlich, dass sich der gute Glaube des Käufers nicht auf die Gesetzeskenntnis des ZGB, sondern auf die Veräusserungsbefugnis des Verkäufers beziehen muss.

462 Der gute Glaube spielt nur dort eine Rolle, wo dies im Gesetz ausdrücklich angeordnet ist. Man findet entsprechende Bestimmungen in grosser Zahl im ZGB<sup>21</sup>, ferner im OR und in vielen anderen Gesetzen.

463 Die im Art. 3 Abs. 1 ZGB angeordnete *Vermutung des guten Glaubens* ist eine Beweislastregel (vgl. hierzu auch den folgenden Abschnitt). Das sei illustriert: Findet der Eigentümer das veruntreute Buch zufälligerweise in der Wohnung eines Bekannten, bei dem er zu Besuch ist, und verlangt er das Buch von diesem Bekannten heraus, so kann dieser unter Berufung auf seinen gutgläubigen Erwerb die Herausgabe verweigern. Kommt es zu keiner Einigung, so klagt der frühere Eigentümer gegen seinen Bekannten vor dem zuständigen Gericht auf Herausgabe des Buches. Im Lichte von Art. 933 ZGB muss der Kläger nun behaupten, der Beklagte sei beim Erwerb des Buches bösgläubig gewesen. Aber kraft der Regel von Art. 3 Abs. 1 ZGB muss der Kläger den bösen Glauben seines Bekannten beweisen, nicht der Beklagte seinen guten Glauben. Wird bezüglich des guten

<sup>20</sup> So sinngemäss BGE 99 II 147; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, 11. Aufl. (1995), S. 63.

<sup>21</sup> Vgl. Art. 174 Abs. 3; 304 Abs. 2; 341 Abs. 3; 375 Abs. 3; 521 Abs. 2; 528 Abs. 1; 547 Abs. 2; 579 Abs. 3; 600; 661; 672 Abs. 2 und 3; 673; 674; 714 Abs. 2; 726 Abs. 2; 728 Abs. 1; 738 Abs. 2; 855 Abs. 2; 865; 867 Abs. 2; 874 Abs. 3; 895 Abs. 3; 925 Abs. 2; 931 Abs. 1; 933; 935 Abs. 2 und 3; 935; 936; 938-940; 973; 974.

oder bösen Glaubens des Beklagten nichts bewiesen, so gilt der Beklagte kraft Art. 3 Abs. 1 ZGB als gutgläubig und darf das Buch behalten.

- 464 Handelte es sich bei dem veruntreuten Buch um ein Werk aus der Universitätsbibliothek, auf dessen Deckel die Standort-Angabe der Universitätsbibliothek und der Bibliotheksstempel deutlich sichtbar sind, so liegt ein Fall von Art. 3 Abs. 2 ZGB vor: Der Erwerber hätte bei gebührender Aufmerksamkeit merken müssen, dass sein Vertragspartner nicht befugt ist, ein solches Buch zu verkaufen. Unter diesen Umständen kann sich der Erwerber nicht auf seinen guten Glauben berufen, sondern muss das Buch an die Universitätsbibliothek zurückgeben, und zwar auch dann, wenn er in völliger Naivität tatsächlich nicht gemerkt haben sollte, dass sein Vertragspartner etwas Unrechtes tat.
- 465 Art. 3 Abs. 2 ZGB ist die notwendige Ergänzung zu Abs. 1. Ohne diese Ergänzung könnte jedermann in beliebigen Umständen seinen guten Glauben behaupten und aus eigenem Unrecht Nutzen ziehen. Denn oft kann der Geschädigte die genauen Umstände eines unredlichen Rechtsgeschäftes nicht beweisen. Er kann insbesondere in die Seele anderer Menschen - und damit in ihren guten oder bösen Glauben - nicht hineinsehen. Böser Glaube ist vor allem dann beweisbar, wenn er sich aus schriftlichen Dokumenten ergibt, etwa aus Briefen, in denen jemand vor einem Rechtsmangel im Voraus ausdrücklich gewarnt wurde.

## **C. Die bundesrechtlichen Beweislastregeln (Art. 8 ZGB)**

### **1. Prozessuale Wahrheit und persönliches Fürwahrhalten**

- 466 Der Leser möge vorweg Art. 8 ZGB aufschlagen und lesen. - Der Gesetzestext versteht sich auf ersten Blick von selbst. Parteien und Prozessanwälte fühlen intuitiv, wer welche Dinge zu beweisen hat. Die gesetzliche Regel und die Praxis zur Beweislastverteilung umschreibt nur Dinge, die für jedermann, der über gesunden Menschenverstand verfügt, gewissermassen offensichtlich sind. Trotzdem ist es nützlich, diese Regeln bewusst zu machen und dabei auf jene Spezialprobleme hinzuweisen, die sich nicht ohne weiteres nur mit dem gesundem Menschenverstand beantworten lassen.
- 467 Art. 8 ZGB bezieht sich gemäss seinem Wortlaut auf die Situation im Zivilprozess. Art. 8 entfaltet seine Wirkung aber schon ausserhalb des Prozesses bei der rechtlichen Lage- und Chancenbeurteilung. Sieht jemand voraus, dass er die Grundlage seines Rechtsanspruches in tatbeständlicher Hinsicht nicht beweisen können, so verzichtet er normalerweise auf die Einleitung einer Klage und fügt sich in das Unvermeidliche.
- 468 Der Prozess dient in tatbeständlicher Hinsicht der Wahrheitsfindung. Dabei haben die Richter zu unterscheiden zwischen ihrem persönlichen, subjektiven Fürwahrhalten einerseits, der prozessualen Wahrheit andererseits, die sich aufgrund der Beweisführung herantut. Zuweilen empfindet das Gericht, dass eine Person grundehrlich ist, oder dass eine andere Person hemmungslos lügt, aber der Lügner hat sich in seinen Prozessbehauptungen keine Widersprüche zuschulden kommen lassen, und dem Ehrlichen fehlt für einen entscheidenden Sachverhalt ein schriftlicher Beleg (vielleicht gerade deshalb, weil der Lügner ihm diesen Beleg entwendet hat). In einem solchen Falle kann es sein, dass das Gericht subjektiv vom Recht des Ehrlichen und vom Unrecht des Lügners überzeugt ist, dass es aber trotzdem zugunsten des Lügners entscheiden muss, weil dieser die prozessuale Wahrheit auf seiner Seite hat.
- 469 Das heute im Zivilprozess zur Regel gewordene Prinzip der *freien gerichtlichen Beweiswürdigung* hat zwar dazu geführt, dass solche Fälle des Auseinanderklaffens von prozes-

sualer Wahrheit und persönlichem Fürwahrhalten des Gerichts selten geworden sind. Aber es gibt sie noch immer.

## 2. Der Prozess als kontradiktorische Wahrheitsfindung

- 470 Jahrhundertealte Erfahrung zeigt, dass die Ermittlung eines Sachverhaltes dann am vollständigsten und am richtigsten erfolgt, wenn die Personen, die an einer bestimmten Darstellung dieses Sachverhaltes ein eigenes Interesse haben, sich an seiner Ermittlung und Darstellung aktiv beteiligen. Fleiss, Einsatz und kreative Kräfte entfalten sich dann am besten, wenn jemandes Beitrag zur Sachverhaltsermittlung von seinem eigenen Interesse getragen wird. In der Regel handelt es sich im Zivilprozess um ein dualistisches Verfahren. Kläger und Beklagter bemühen sich, den Sachverhalt je nach ihren gegensätzlichen Interessen möglichst vollständig und einleuchtend zu ermitteln und darzustellen. Aus der Fülle der kontradiktorisch zusammengetragenen Behauptungen und Beweise bildet sich das Gericht alsdann seine eigene Wahrheitsüberzeugung, wobei es Widersprüchliches ausscheidet, Einleuchtendes und Unbestrittenes ins Gesamtbild einfügt und auf den solcherart ermittelten Sachverhalt alsdann die einschlägigen Rechtsregeln anwendet.
- 471 Das Prinzip der kontradiktorischen Wahrheitsfindung hat sich nicht nur im Zivilprozess, sondern auch in anderen Ermittlungsverfahren bewährt, in denen grundsätzlich auch andere Ermittlungstechniken möglich wären. Zu erwähnen ist namentlich der Strafprozess, der in den moderneren Prozessordnungen durchwegs als kontradiktorisches Verfahren mit den beiden Parteien der Anklage und der Verteidigung strukturiert ist. Ältere Verfahrensformen (z.B. der sogenannte Inquisitionsprozess) legten die Wahrheitsfindung einer einzigen Instanz in die Hand.

## 3. Die Prozessmaximen

- 472 Zu unterscheiden sind die *Verhandlungsmaxime* und die *Untersuchungsmaxime*.
- 473 Im Zivilprozess gilt in der Regel die *Verhandlungsmaxime*. Sie besagt, dass die Parteien allein die Urteilsgrundlage im Sachverhalt herzustellen haben. Was sie nicht in den Prozess einbringen, darf das Gericht nicht von sich aus heranziehen. Übereinstimmend Vorgetragenes hat es als massgebend hinzunehmen und Beweis zu erheben nur über Bestrittenes. Was die eine Partei behauptet und die andere Partei nicht bestreitet, gilt im Prozess als wahr, und zwar auch dann, wenn das Gericht persönlich weiss, dass sich die Dinge anders verhalten.
- 474 Auch unter der Herrschaft der Verhandlungsmaxime unterliegen der Beweisführung nur individuelle und konkrete Tatsachen, nicht dagegen Dinge, die zum allgemeinen Wissen der Zeitgenossen und damit auch des Gerichts gehören. Wenn der Kläger seine Forderung auf Zahlen stützt, die er falsch addiert hat, und wenn der Beklagte den Additionsfehler nicht rügt, so kann und soll das Gericht trotzdem von sich aus die Addition korrigieren, d.h. es soll sein rechnerisches Allgemeinwissen von sich aus in den Prozess einbringen. Wenn eine Partei ein prozessrelevantes Ereignis mit der letzten Zürcher "Seegfröni" in Verbindung bringt und hierfür ein falsches Jahr nennt, so darf das Gericht von sich aus im Lexikon das genaue Datum dieser Seegfröni nachschlagen und deren Jahr als nichtbeweisbedürftiges Allgemeinwissen seinem Urteil zugrundelegen.
- 475 Art. 56 ZPO mildert die Verhandlungsmaxime, indem er dem Gericht eine "*gerichtliche Fragepflicht*" auferlegt.

- 476 Der Begriff der *Untersuchungsmaxime* meint jene Verfahren, bei denen das Gericht durch seine eigenen Untersuchungen den Sachverhalt zu ermitteln hat, unbekümmert um die Parteivorbringen.
- 477 *Die Begriffe der Verhandlungs- und der Untersuchungsmaxime sind nicht zu verwechseln mit dem anderen Begriffspaar der Partei- und der Offizialmaxime; die beiden letztgenannten Begriffe beziehen sich nicht auf die Wahrheitsfindung, sondern auf die Verfahrensherrschaft; sie werden im vorliegenden Zusammenhang nicht erörtert.*

#### **4. Bedeutung von Art. 8 ZGB**

- 478 Folgender Satz ist auswendig zu lernen: *Die Beweislast tragen heisst die Folgen der Beweislosigkeit tragen.*
- 479 Es geht bei Art. 8 ZGB also nicht um eine *subjektive Beweisführungspflicht*, nicht darum, dass die eine oder andere Partei zur gerichtlichen Wahrheitsfindung in besonderer Weise beitragen müsste. Vielmehr regelt Art. 8 die Rechtsfolge, die sich ergibt, wenn eine bestimmte, rechtlich relevante Tatsache im Prozess nicht bewiesen wurde. Anerkennt der Schuldner, das vom Kläger behauptete Darlehen empfangen zu haben, so ist die (vom Kläger zu beweisende) Darlehensgewährung durch das prozessuale Verhalten des Beklagten (nämlich durch sein Anerkenntnis) bewiesen. Sobald eine Tatsache bewiesen ist, spielt Art. 8 ZGB keine Rolle mehr. Art. 8 kommt immer dann zur Anwendung, wenn eine behauptete Tatsache unbewiesen bleibt.
- 480 Art. 8 ZGB hat auch nichts zu tun mit der Parteirollenverteilung. Die Folgen der Beweislosigkeit hängen nicht davon ab, welche Partei als Klägerin, welche als Beklagte prozessiert. Es gibt kein generelles Prinzip, wonach der Kläger die anspruchsbegründenden, der Beklagte die anspruchsvernichtenden Tatsachen zu beweisen hätte.
- 481 Hingegen gilt allgemein, dass *negative Tatsachen* nicht bewiesen zu werden brauchen, weil sie normalerweise gar nicht bewiesen werden können; statt dessen ist die entgegengesetzte positive Tatsache zu beweisen. Wenn also in einem Arbeitsvertrag ein zweijähriges Konkurrenzverbot vereinbart wurde, und wenn dem ehemaligen Arbeitnehmer eine Geldzahlung zugesichert ist für den Fall, dass er während der zweijährigen Konkurrenzverbotsfrist keine konkurrenzierende Tätigkeit ausübt, so ist es im Streitfalle die Sache des bisherigen Arbeitgebers, die Konkurrenzfähigkeit und die Verletzung des Verbotes zu beweisen. Dem ehemaligen Arbeitnehmer kann nicht zugemutet werden, seine Konkurrenz-Enthaltung zu beweisen. Dabei liegt auf der Hand, dass es der Arbeitnehmer ist, der im Sinne von Art. 8 aus seiner eigenen Konkurrenzenthaltung den Anspruch auf die Belohnung ableitet.

#### **5. Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung**

- 482 Art. 157 ZPO statuiert den Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Das Gericht ist heutzutage also namentlich nicht mehr gebunden an die ehemalige Regel, dass die übereinstimmende Aussage zweier Zeugen einen unwiderleglichen Beweis schafft. Dem modernen Zivilgericht ist freigestellt, auch übereinstimmenden Zeugen nicht zu glauben. Das Prinzip der freien Beweiswürdigung hat die Fälle reduziert, in welchen wesentliche Prozesstatsachen beweislos bleiben. Trotzdem gibt es auch heute noch Urteile, die massgeblich durch die Beweislosigkeit bestimmter Tatsachen beeinflusst sind.



## 6. Substanziierungspflicht

- 483 Substanziieren heisst, einer Behauptung durch weitere Behauptungen Substanz und damit Glaubwürdigkeit zu verleihen. Wenn der Darlehensschuldner lediglich behauptet, er habe das Darlehen zurückbezahlt, so ist dies eine unsubstanzierte Behauptung. Behauptet er zudem, die Rückzahlung sei an einem bestimmten Tag und an einem bestimmten Ort, im Beisein bestimmter Personen erfolgt, und es habe anlässlich dieser Rückzahlung ein bestimmtes Gespräch stattgefunden, so ist die Behauptung der Rückzahlung substanziert. Die Substanziierung gewinnt an Gewicht, wenn einzelne ihrer Elemente bewiesen werden.
- 484 Unsubstanziertes Behaupten genügt im Prozess, wenn die Gegenseite die Behauptung nicht bestreitet bzw. anerkennt. Prozessual gilt die Formel: *"Nichtbestreiten = Anerkennen"*. Anerkannte Tatsachen bilden für das Gericht prozessuale Wahrheit, auf die es sein Urteil auch dann stützen muss, wenn er subjektiv weiss, dass sich die Dinge anders verhalten.
- 485 *Gegenüber einer unsubstanzierten Behauptung genügt unsubstanziertes Bestreiten*, um die Behauptung zu entkräften. Hat der Behauptende seine Behauptung substanziert und die substanzierten Elemente mindestens teilweise bewiesen, so genügt auf der Gegenseite unsubstanziertes Bestreiten nicht mehr. Nun obliegt auch dem Prozessgegner, weitere Tatsachen und Argumente vorzubringen, die seiner Bestreitung Glaubwürdigkeit verleihen.

## 7. Prozessuale Vermutungen

- 486 *"Vermutungen"* im Sinne des Prozessrechtes sind Schlüsse von Bekanntem auf Unbekanntes. Wo Vermutungen wirksam sind, verschiebt sich das Beweisthema von der (unbekannten, nicht beweisbaren oder nicht bewiesenen) rechtsbegründenden Tatsache auf eine vorausgehende Tatsache, nämlich auf die sogenannte Vermutungsbasis (auch Ausgangstatsache oder Prämisse genannt). Hat eine Partei die Vermutungsbasis bewiesen, so gilt das Vermutete (die Vermutungsfolge) anschliessend ebenfalls als bewiesen.
- 487 Die Vermutungen werden unterteilt in zwei Hauptgruppen, nämlich die natürlichen Vermutungen einerseits, die gesetzlichen Vermutungen andererseits.
- 488 Natürliche Vermutungen ergeben sich aus der allgemeinen Lebenserfahrung. Es sind die aus Erfahrung gewonnenen Wahrscheinlichkeitsschlüsse. Entsteht im frisch operierten Kniegelenk einer Patientin eine Streptokokken-Infektion, so ist zu vermuten, dass der Chirurg anlässlich der Operation mit ungenügend desinfizierten Instrumenten gearbeitet und die Erreger in den Körper der Patientin eingeführt hat. Dieser Kausalzusammenhang kann nur vermutet werden, da nachträglich nicht mehr herauszufinden ist, ob die verwendeten Operationsgeräte tatsächlich infiziert waren.
- 489 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.

## 8. Beweisen und Glaubhaftmachen

- 490 Das Prinzip der freien Beweiswürdigung erlaubt dem Gericht, prozessuale Wahrheit auch dann anzunehmen, wenn sich aus den Beweisen lediglich eine hohe Wahrscheinlichkeit ergibt. Zuweilen lässt der Gesetzgeber durch ausdrückliche Vorschrift auch eine geringere Wahrscheinlichkeit genügen. Er bringt dies im Gesetz so zum Ausdruck, dass die betreffende Prozesspartei den Sachverhalt nicht beweisen, sondern lediglich *glaubhaft machen* muss. Glaubhaftmachung genügt namentlich dort, wo ein Sachverhalt seiner Natur nach kaum jemals schlüssig bewiesen werden kann, ferner in Fällen vorsorglichen Rechtsschutzes, wo auf provisorisches Glaubhaftmachen später noch der volle Beweis folgen kann. Beispiele sind: ZGB Art. 28c Abs. 1, 256b Abs. 2, 260b Abs. 2, 282, 961 Abs. 3, 970 Abs. 2; OR Art. 359a Abs. 2, 565 Abs. 2, 697b Abs. 2, 716b Abs. 2, 981 Abs. 2, 983, 1074 Abs. 2, 1075.

## 9. Unterscheidung von Tatsachenbehauptungen und Rechtsbehauptungen

- 491 Zu behaupten und zu beweisen sind nur *Tatsachen* (Sachverhalte). Die Anwendung des inländischen Rechts ist Sache des Gerichts. Im Römischen Recht galt der Spruch: *Iura novit curia*; zu Deutsch: Das Gericht kennt das Recht (... und braucht sich diesbezüglich von den Parteien und deren Rechtsanwältinnen keine Belehrungen erteilen zu lassen).
- 492 Bezüglich des Nachweises ausländischen Rechts gilt Art. 16 IPRG (Abs. 1: "*Der Inhalt des anzuwendenden ausländischen Rechts ist von Amtes wegen festzustellen. Dazu kann die Mitwirkung der Parteien verlangt werden. Bei vermögensrechtlichen Ansprüchen kann der Nachweis den Parteien überbunden werden.*" - Abs. 2: "*Ist der Inhalt des anzuwendenden ausländischen Rechts nicht feststellbar, so ist schweizerisches Recht anzuwenden.*")
- 493 Meist ist die Unterscheidung von Tatsache und Rechtsfrage unproblematisch. - Ein Beispiel: Die beiden Daten, an denen eine Vertragspartei ihren Irrtum entdeckt und anschliessend dann den Vertrag angefochten hat, sind die von den Parteien zu behauptenden und zu beweisenden Tatsachen. Ob die Anfechtung wegen Verspätung verwirkt ist, ist die vom Gericht zu beantwortende Rechtsfrage.
- 494 Ein anderes Beispiel: Die anfechtende Partei behauptet, sie habe beim Vertragsschluss nicht gewusst, dass das gekaufte Gerät nur mit 380 Volt laufe; einen solchen Anschluss habe sie in ihrer Wohnung nicht, sodass das Gerät für sie unbrauchbar sei. Die Verkäuferin behauptet, sie habe beim Verkauf auf das Erfordernis eines 380-Volt-Anschlusses ausdrücklich hingewiesen; überdies sei dieses Erfordernis auf dem Gehäuse des Gerätes und auf der Verpackung sichtbar angeschrieben. - Hier ist es eine tatbeständliche Frage, was die Käuferin beim Vertragsschluss gewusst hat oder hätte wissen müssen. Eine Rechtsfrage ist es, ob der geltend gemachte Irrtum ein "*wesentlicher*" im Sinne von Art. 23 OR ist.
- 495 Bei Streitigkeiten aus Verträgen kann die Unterscheidung zwischen Tat- und Rechtsfrage zuweilen schwierig werden. Was die Parteien tatsächlich vereinbart haben, ist Tatbestandsfrage. Wie der nachgewiesene Vertragstext auszulegen ist, ist Rechtsfrage. Ist der nachgewiesene Vertragstext lückenhaft, unklar oder widersprüchlich, so können sich Zweifel ergeben, ob das Gericht im Sinne freier Beweiswürdigung ermitteln soll, was die Parteien tatsächlich gewollt haben, oder ob es mangels eines nachgewiesenen tatsächlichen Vertragswillens den Vertrag durch dispositives Gesetzesrecht lückenfüllend ergänzt. Das erste ist Sachverhaltsfeststellung, das zweite ist Rechtsanwendung.

- 496 Im Deliktsrecht kann es bei der Frage des Verschuldens schwierig sein, Tat- und Rechtsfragen auseinanderzuhalten. Zwar ist die Feststellung von direkter Schädigungsabsicht in der Regel eine reine Tatfrage. Zur Feststellung von Fahrlässigkeit müssen dagegen Sachverhalts- und Rechtsfragen kombiniert beantwortet werden. Was der nicht-vorsätzlich handelnde Schädiger gewusst, gewollt und gekonnt hat, ist Tatfrage. Was er bei gehöriger Sorgfalt hätte wissen müssen und vorkehren sollen, d.h. der massgebliche Sorgfalts-Standard bzw. die einschlägige Sorgfaltspflicht - das ist Rechtsfrage, wobei auch diese Rechtsfrage nicht losgelöst von Tatsachen beantwortet werden kann: Unter Umständen muss das Gericht abklären, welche Sicherheitsvorkehrungen innerhalb einer Branche üblich sind.
- 497 Auch bei der Frage des adäquaten Kausalzusammenhangs<sup>22</sup> sind Tat- und Rechtsfragen kombiniert zu beurteilen: Die natürliche Kausalität ist eine Tatfrage, die Adäquanz eine Rechtsfrage.

#### **D. Begriff und Bedeutung öffentlicher Urkunden (Art. 9 ZGB)**

- 498 Die in Art. 9 ZGB erwähnten öffentlichen Register und öffentlichen Urkunden "*erbringen für die durch sie bezeugten Tatsachen vollen Beweis, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhaltes nachgewiesen ist. Dieser Nachweis ist an keine besondere Form gebunden.*"
- 499 Primärer Zweck der öffentlichen Register und öffentlichen Urkunden ist die *Schaffung schriftlicher Belege mit rechtlich zuerkannter Wahrheitsgeltung*. Diese Wahrheitsgeltung wird als öffentlicher Glaube bezeichnet, wobei der Begriff des öffentlichen Glaubens im Zusammenhang mit Art. 9 ZGB etwas anderes bedeutet als im Grundbuchrecht. Der öffentliche Glaube der Register und Urkunden gemäss Art. 9 ZGB bedeutet lediglich, dass die Wahrheit des Inhaltes, bis zum Beweise des Gegenteils, kraft gesetzlicher Anordnung anzuerkennen ist. Im Grundbuchrecht bedeutet der öffentliche Glaube gemäss Art. 973 ZGB zudem, dass der Inhalt des Grundbuches jedermann bekannt sei.
- 500 Öffentliche Register und Urkunden sind in Teilbereichen des privaten Rechtsverkehrs die Scharnier- und Angelpunkte, auf denen gewisse Dinge sich bewegen. Nicht die Wirklichkeit als solche, nicht der gefundene Konsens oder der erfolgte Tod, sondern die zur öffentlich beurkundeten und registrierten Information, zum beurkundeten Vertrag oder zum amtlichen Eintrag im Todesregister, kurz: zum *schriftlich belegten Inhalt* gewordene Wirklichkeit ermöglicht den Vollzug rechtlicher Vorgänge.
- 501 Die Rechtsordnung kommt nicht darum herum, für gewisse Abläufe auf schriftliche Belege abzustellen, die - unabhängig von ihrer objektiven Wahrheit oder Unwahrheit - *aufgrund rechtlicher Anordnung* als wahr gelten und die bis zum Beweis des Gegenteils von jedermann als wahr anerkannt werden *müssen*, letzteres im Sinne einer Rechtspflicht, nicht im Sinne philosophischer Erkenntnis. Die sich im Rechtsleben stellende Frage heisst nun nicht mehr, ob der belegte Inhalt wahr *ist*, sondern ob er aufgrund seiner Dokumentierung in einem rechtlich geregelten Registrierungs- oder Beurkundungsverfahren als wahr *gilt*. Statt objektive Wahrheit zu verlangen, begnügt sich die Rechtsordnung mit einem geregelten Verifikationsverfahren, eben dem Registrierungs- oder Beurkundungsverfahren. Durch ihre Entstehung in einem rechtlich geregelten Verfahren erlangen die öffentlichen Register und notariellen Urkunden nicht notwendigerweise objektive Wahrheit, aber sie erlangen rechtlich angeordneten öffentlichen Glauben.

---

<sup>22</sup> Vgl. hiezu im Einzelnen Teil 4 dieses Skripts zum Besonderen Teil des Obligationenrechts.

- 502 Dem Formzwang der öffentlichen Beurkundung unterstehen die Errichtung der Stiftung, der Ehevertrag und der Erbvertrag, ferner die Geschäfte, bei denen ein Grundeigentümer sein Grundeigentum veräussert oder belastet, schliesslich Bürgschaften natürlicher Personen über mehr als 2000 Franken. Letztwillige Verfügungen (Testamente) können sowohl handschriftlich als auch in öffentlicher Urkunde errichtet werden. Gewisse Akte des Gesellschaftsrechts wie die Gründung und Statutenänderung einer Aktiengesellschaft müssen notariell protokolliert werden.

## 2. Kapitel: Person, Persönlichkeit, Rechtsfähigkeit

### A. Person und Persönlichkeit als Rechtsbegriffe

- 503 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 beidem 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).
- 504 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.
- 505 In der Rechtssprache ist das Wort "Person" gleichbedeutend mit "Rechtssubjekt". Die Person bzw. das Rechtssubjekt sind gekennzeichnet durch ihre Rechtsfähigkeit, d.h. durch die Fähigkeit, Träger von Rechten 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, Rechte und Pflichten selber zu haben.
- 506 Soll im Textzusammenhang besonders auf diese Fähigkeit hingewiesen werden, dann spricht man statt von der Person zuweilen von der "Persönlichkeit" oder, gleichbedeutend, von der "Rechtspersönlichkeit".
- 507 Die Begriffe der "Person" und der "Persönlichkeit" haben in der Rechtssprache allerdings noch eine weitere Bedeutung. Man versteht unter diesen Begriffen nicht nur die soeben beschriebene Rechtsfähigkeit, sondern zusätzlich auch *die Gesamtheit jener persönlichen Interessen, denen von der Rechtsordnung ein besonderer Rechtsschutz verliehen ist*. Dieser Rechtsschutz ist namentlich im ZGB in den Art. 27-30 unter der Überschrift "*Schutz der Persönlichkeit*" geregelt.

### B. Rechtsfähigkeit

#### 1. Die Rechtsfähigkeit der natürlichen Personen (Art. 11 ZGB)

- 508 *Rechtsfähigkeit ist die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein.*
- 509 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. 530 ff.
- 510 Art. 11 Abs. 1 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.*"
- 511 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.

- 512 Die Rechtsordnung misst den Menschen unterschiedliche Rechtsfähigkeit namentlich in Bezug auf unterschiedliches Alter und unterschiedliche Urteilsfähigkeit zu. Vor dem Volljährigkeitsalter (18 Jahre, vgl. Art. 14 ZGB) ist der Mensch grundsätzlich noch *nicht* rechtlich *handlungsfähig*. Zahlreiche Rechtsgeschäfte<sup>23</sup> können für ihn in dieser Zeit durch gesetzliche Vertreter abgeschlossen und es können dementsprechend Rechte mit Wirkung für seine Person begründet werden. Die höchstpersönlich ausübbarsten Rechte wie Eheschluss, Errichtung eines Testaments, Abschluss eines Erbvertrages sind dem Minderjährigen aber noch nicht zugänglich (für Testament und Erbvertrag vgl. Art. 467 und 468 ZGB).
- 513 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 Minderjährige stimmberechtigte Mitglieder sein können. Ohne eine solche Statutenbestimmung ist davon auszugehen, dass die Mitglieder ihre Mitgliedschaftsrechte erst nach erreichter Volljährigkeit selber ausüben können. Bei den Handelsgesellschaften können Mitgliedschaftsrechte nur durch Volljährige selbständig ausgeübt werden, weil die Ausübung hier vermögensrechtliche Auswirkungen hat.
- 514 Personen, die dauernd urteilsunfähig sind, weil sie wegen ihres jugendlichen Alters, wegen Geisteskrankheit oder Schwachsinn nicht in der Lage sind, vernunftgemäss zu handeln (vgl. Art. 16 ZGB), sind nicht handlungsfähig (Art. 18 ZGB).
- 515 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).

## 2. Die Rechtsfähigkeit der juristischen Personen

- 516 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*.
- 517 Der Begriff der juristischen Person kann so erklärt werden, dass bei diesen Gebilden die Rechtsfähigkeit und damit die rechtliche Eigenschaft der Person vom Recht (lat.: "ius") verliehen wird.

---

<sup>23</sup> *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). - In dieser Definition meint der Begriff der Privatpersonen alle natürlichen Personen und die juristischen Personen des Privatrechts, im Gegensatz zu den juristischen Personen des öffentlichen Rechts (Bund, Kantone, Gemeinden etc.). Die von öffentlichrechtlichen Rechtsträgern abgegebenen Willensäusserungen heissen Gesetze, Verordnungen, Verfügungen, Urteile, Entscheide etc.; sie werden vom Begriff des Rechtsgeschäftes nicht erfasst.

### **3. Kapitel: Anfang und Ende der Persönlichkeit**

#### **A. Zeitlicher Beginn der Rechtsfähigkeit, Art. 31 Abs. 1 und 2 ZGB, Art. 544 ZGB**

##### **1. Leben nach der vollendeten Geburt**

- 518 Art. 31 Abs. 1 ZGB bestimmt: *"Die Persönlichkeit beginnt mit dem Leben nach der vollendeten Geburt ..."*
- 519 Das Kind ist in dem Moment geboren, in dem es den Körper der Mutter vollständig verlassen hat, unabhängig davon, ob die Nabelschnur bereits durchgeschnitten worden ist oder nicht. Ob die Geburt natürlich oder durch operativen Eingriff (Kaiserschnitt) stattgefunden hat, ist ohne Bedeutung.
- 520 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 ist.
- 521 Mit dem *Verzicht auf das Erfordernis der Lebensfähigkeit* unterscheidet sich die Regelung des ZGB von verschiedenen ausländischen Rechten, namentlich von der Regelung des französischen Code Civil (Art. 311-4, 725 Ziff. 2 und 906 Abs. 3).
- 522 Das Erfordernis der Lebendgeburt bedeutet, dass das Kind nach dem Verlassen des Mutterleibes irgendein Lebenszeichen von sich gibt, auch wenn es dies nur für einen kurzen Moment tut. Das typische Lebenszeichen ist der erste Atemzug.

##### **2. Die Rechtsstellung des ungeborenen Kindes während der Schwangerschaft (Nasciturus)**

- 523 Art. 31 Abs. 2 ZGB bestimmt: *"Vor der Geburt ist das Kind unter dem Vorbehalt rechtsfähig, dass es lebendig geboren wird."*
- 524 Das Gesetz verweist in verschiedenen Zusammenhängen auf das Kind vor der Geburt. Art. 544 Abs. 1 erklärt das Kind von der Empfängnis an unter dem Vorbehalt erbfähig, dass es lebendig geboren wird.
- 525 Kommt der Vater des noch ungeborenen Kindes ums Leben, so kann das Kind - im Falle seiner späteren Lebendgeburt - vom Schädiger den sogenannten Versorgerschaden beanspruchen (Art. 45 Abs. 3 OR).

#### **B. Ende der Persönlichkeit (Art. 31 Abs. 1 ZGB)**

##### **1. Der Gesetzeswortlaut**

- 526 Art. 31 Abs. 1 ZGB bestimmt:
- "Die Persönlichkeit ... endet mit dem Tode."*

##### **2. Begriff des Todes**

- 527 Das Gesetz enthält keine Definition des Todes.

- 528 Ausserhalb der Transplantationsmedizin ist ein Mensch, dessen Herz schlägt, lebend, ein Mensch, dessen Herz nicht mehr schlägt, tot.
- 529 In der Transplantationsmedizin wird der Tod schon in einem Zeitpunkt angenommen werden, in dem Teile des Kreislaufs noch unterhalten werden und möglicherweise sogar das Herz noch schlägt. Für diese Konstellationen gilt das Transplantationsgesetz, dessen Art. 9 das Konzept des Hirntodes gesetzlich verankert: Als tot (und demgemäss als möglicher Organspender) gilt ein Mensch mit intaktem Blutkreislauf, wenn sein Gehirn irreversibel zerstört ist.



## 4. Kapitel: Handlungsfähigkeit natürlicher Personen

### A. Begriffliches

#### 1. Handlungsfähigkeit

530 Handlungsfähigkeit ist die Fähigkeit einer Person, durch eigenes Handeln oder durch pflichtwidriges Unterlassen Rechte und Pflichten zu begründen, zu verändern oder aufzuheben.

#### 2. Voraussetzungen der Handlungsfähigkeit

531 Art. 13 ZGB bezeichnet als (voll) handlungsfähig jene Personen, die *urteilsfähig* und *volljährig* sind<sup>24</sup>.

532 Gemäss Art. 14 ZGB ist volljährig, wer das 18. Lebensjahr vollendet hat.

#### 3. Urteilsfähigkeit

##### a) Die zwei Elemente der Urteilsfähigkeit

533 Art. 16 ZGB definiert die Urteilsfähigkeit mit folgenden Worten:

*"Urteilsfähig im Sinne dieses Gesetzes ist jede Person, der nicht wegen ihres Kindesalters, infolge geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch oder ähnlicher Zustände die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln."*

534 Neben den im Gesetz ausdrücklich erwähnten Gründen, die die Urteilsfähigkeit beschränken oder aufheben können, gibt es noch andere ("*ähnliche*"), insbesondere den Schlaf.

535 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 Psyche. Diese beiden Elemente werden zuweilen mit der Formulierung umschrieben, dass vernunftgemäss handelt, wer *Einsicht in die Tragweite seiner Handlungen besitzt und fähig ist, sich gemäss dieser Einsicht zu verhalten*.

##### b) Urteilsfähigkeit und -unfähigkeit als temporäre Zustände

536 Der Zustand der Urteilsfähigkeit oder Urteilsunfähigkeit *braucht kein dauernder zu sein*. Namentlich bei der Beurteilung der Schadenersatzpflicht aufgrund einer unerlaubten Handlung ist von Bedeutung, ob der Schädiger die Handlung im Zustand der Urteilsfähigkeit (Deliktsfähigkeit) begangen hat, oder ob dies nicht der Fall war. Wer während der Begehung einer unerlaubten Handlung urteilsunfähig ist, darf grundsätzlich für die Folgen aus dieser Handlung nicht belangt werden.

---

<sup>24</sup> Der Begriff "mündig" wurde durch die Gesetzesänderung von 2014 durch "volljährig" ersetzt und findet sich seither im ZGB nicht mehr; er hatte ehemals eine eigenständige Bedeutung, als es noch möglich war, Minderjährige durch behördlichen Akt für mündig zu erklären.

### c) Relativität der Urteilsfähigkeit

- 537 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 folge<sup>25</sup>.
- 538 Die Urteilsunfähigkeit braucht sich also nicht auf alle Handlungen eines Menschen zu beziehen. Die gleiche Person kann für leicht verständliche, naheliegende Handlungen urteilsfähig, für komplizierte hingegen urteilsunfähig sein. Da die Urteilsfähigkeit immer nur in Bezug auf konkrete menschliche Handlungen und Unterlassungen zu beurteilen ist, spricht man von der *Relativität der Urteilsunfähigkeit*.
- 539 Das Gericht muss demgemäss immer prüfen, ob die fragliche Person *im konkreten Fall*, d.h. in Bezug auf eine bestimmte Handlung, als urteilsfähig angesehen werden kann.

### 4. Geschäftsfähigkeit und Deliktsfähigkeit

- 540 Die Handlungsfähigkeit umfasst als wichtigste Elemente *zwei* Fähigkeiten, nämlich die *Geschäftsfähigkeit* und die *Deliktsfähigkeit*. Die beiden Begriffe bedeuten im einzelnen folgendes:
- 541 Die *Geschäftsfähigkeit* ist die Fähigkeit, selber Rechtsgeschäfte abzuschliessen<sup>26</sup>. Die *Deliktsfähigkeit* ist die Fähigkeit, durch sein eigenes rechtswidriges Tun oder pflichtwidriges Unterlassen eine zivilrechtliche Schadenersatzpflicht zu eigenen Lasten zu begründen.

### B. Einteilung der Menschen in drei Kategorien

- 542 Die rechtliche Regelung der Handlungsfähigkeit ergibt sich aus Art. 12-19 sowie 307-456 ZGB. Aufgrund dieser Bestimmungen lassen sich die *Menschen in drei Kategorien* einteilen, nämlich in
1. Handlungsfähige (= urteilsfähige Volljährige, Art. 13-16 ZGB);
  2. beschränkt Handlungsfähige (= urteilsfähige Volljährige unter nicht-umfassender Beiratschaft gemäss Art. 393-397 ZGB);
  3. Handlungsunfähige (= Minderjährige, Urteilsunfähige und Volljährige unter umfassender Beistandschaft, Art. 17 ZGB).

### C. Die Formen des Kindes- und des Erwachsenenschutzes

- 543 Das ZGB kennt für Minderjährige die Vormundschaft (Art. 327a-327c ZGB), für Volljährige vier Formen der Beistandschaft und ausserdem die Vorsorgebevollmächtigung kraft einer Vorsorgevollmacht.
- 544 Die vier Formen der Beistandschaft sind in aufsteigender Reihenfolge gemäss der Schwere des Eingriffs die Begleitbeistandschaft (Art. 393 ZGB), die Mitwirkungsbeistandschaft (Art. 396 ZGB), die Vertretungsbeistandschaft (Art. 394 ZGB) und die umfassende Beistandschaft (Art. 398 ZGB). - Hiezu im Einzelnen:

---

<sup>25</sup> BGE 109 II 276.

<sup>26</sup> Zum Begriff des Rechtsgeschäftes vgl. Ziff. 512 und dortige Fussnote.

- 545 Bei der *Begleitbeistandschaft* (Art. 393 ZGB) ist die betroffene Person selber voll handlungsfähig. Der Beistand hat eine bloss beratende Funktion. Er tritt im Rechtsverkehr nicht in Erscheinung.
- 546 Bei der *Mitwirkungsbeistandschaft* (Art. 396 ZGB) handelt die betroffene Person allein. Der Beistand muss jedoch seine Zustimmung geben, wobei diese mündlich oder schriftlich entweder als vorgängige Ermächtigung oder als nachträgliche Genehmigung erteilt werden kann.
- 547 Bei der *Vertretungsbeistandschaft* (Art. 394 ZGB) sind die Kompetenzen nach Geschäftsfeldern oder Geschäftstypen aufgeteilt. Für eine Gruppe von Geschäften ist die betroffene Person, für die übrigen der Beistand zuständig, und zwar je allein. Es sind auch überlappende Zuständigkeiten möglich.
- 548 Bei der *Vormundschaft* (für Minderjährige, Art. 327a-327c ZGB) und bei der *umfassenden Beistandschaft* (für Volljährige, Art. 398 ZGB) fehlt die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person gänzlich. Vormund und Beistand haben die umfassende gesetzliche Vertretung der betroffenen Person.
- 549 Mit dem *Vorsorgeauftrag* (Art. 360 ff. ZGB) nominiert eine handlungsfähige Person im Voraus, d.h. auf den Zeitpunkt ihrer allfälligen künftigen Handlungsunfähigkeit hin, eine oder mehrere juristische oder natürliche Personen als Vorsorgebeauftragte. Nach Verlust der Urteilsfähigkeit wird der Vorsorgeauftrag durch die Erwachsenenschutzbehörde in Kraft gesetzt. Von diesem Zeitpunkt an entfaltet der Vorsorgeauftrag die gleiche Rechtswirkung wie ein gemäss Art. 394 ff. OR erteilter Auftrag, der mit einer General- oder Spezialvollmacht verbunden ist.

## **D. Das rechtliche Können**

- 550 Die *Handlungsfähigen* sind voll geschäfts- und deliktsfähig.
- 551 *Beschränkt Handlungsfähige* sind teilweise geschäftsfähig, nämlich insoweit, als ihnen die selbständige Handlungsfähigkeit nicht durch den Zwang zur Mitwirkung des Beirates entzogen wurde. Die Deliktsfähigkeit besteht nach Massgabe ihrer Urteilsfähigkeit.
- 552 *Handlungsunfähige* können durch ihr Tun und Unterlassen keine rechtlichen Wirkungen erzeugen (Art. 17 ZGB). - Abweichend von dieser Regel können sie, soweit sie urteilsfähig sind, rein vorteilhafte Geschäfte abschliessen, geringfügige Angelegenheiten des täglichen Lebens besorgen und durch Delikte schadenersatzpflichtig werden (Art. 19 ZGB). Die geringfügigen Angelegenheiten des täglichen Lebens umfassen alles, was eine minderjährige Person aus ihrem Taschengeld oder aus ihrem eigenen Arbeitserwerb bezahlen kann. - Abweichend von der Regel können ferner auch gänzlich urteilsunfähige Personen zu Schadenersatz aus unerlaubter Handlung verurteilt werden, sofern dies dem Gericht als gerecht ("billig") erscheint (vgl. Art. 54 Abs. 1 OR, sogenannte «Billigkeitshaftung der Urteilsunfähigen»).

## **E. Höchstpersönliche Geschäfte und nicht-rechtsgeschäftliches Handeln**

- 553 *Höchstpersönlich* heissen sind jene Geschäfte, die nur von der betroffenen Person selber, nicht durch Eltern, Vormund oder Beistand getätigt werden können. Dazu gehören Heirat, Testament und Erbvertrag. Der Abschluss solcher Geschäfte ist Minderjährigen und Urteilsunfähigen nicht möglich.

- 554 Soweit die Ausübung von Rechten und Freiheiten *nicht rechtsgeschäftlich* ist, ist keine Handlungsfähigkeit erforderlich. Der demente Bauer kann seinen Acker pflügen und Eindringlinge wegweisen, ohne dazu die Erlaubnis seines Beistands zu brauchen. Minderjährige können körperliche Zudringlichkeiten abwehren oder erlauben, d.h. ihr persönlichkeitsrechtliches Abwehrrecht selbständig ausüben oder unausgeübt lassen. Nach Massgabe der Urteilsfähigkeit können Minderjährige und verbeiständete Erwachsene auch Eingriffe in ihre Persönlichkeit selbständig verbieten und erlauben. So gilt namentlich die Verbots- und Einwilligungsbefugnis bezüglich ärztlicher Heileingriffe als ausschliessliche Kompetenz der urteilsfähigen Person, nicht ihrer gesetzlichen Vertreterin, auch wenn die Patientin minderjährig oder verbeiständet ist. Hingegen braucht die Patientin zum Abschluss des Behandlungsvertrags mit dem Arzt Handlungsfähigkeit, da es sich dabei um ein Rechtsgeschäft handelt. Minderjährige und Verbeiständete können nach Massgabe ihrer Urteilsfähigkeit kleine oder dringliche ärztliche Behandlungen selbständig kontrahieren, soweit diese als geringfügige Angelegenheiten des täglichen Lebens qualifiziert werden können.

## F. Vermutung der Urteilsfähigkeit

- 555 *Bei volljährigen Personen wird die Urteilsfähigkeit vermutet*<sup>27</sup> (vgl. zum beweisrechtlichen Begriff der Vermutung Ziff. 486 ff.). Wenn sich solche Personen also zwecks Vermeidung einer Vertrags- oder Deliktshaftung auf ihre eigene Urteilsunfähigkeit berufen, so müssen sie (oder ihre gesetzlichen Vertreter) diese Urteilsunfähigkeit, beispielsweise die Benommenheit wegen einer schweren Krankheit, wegen eines Schockzustandes oder wegen Übermüdung beweisen. Hingegen können geistig gesunde Erwachsene mit mässiger Intelligenz sich nicht aus den für sie ungünstigen Verträgen durch den Nachweis zurückziehen, dass das Geschäft ihre intellektuellen Fähigkeiten überstiegen hat. Dummheit ist nicht Urteilsunfähigkeit.
- 556 Ist bei jemandem eine *dauerhafte schwere Geistesstörung* nachgewiesen, so wird *Urteilsunfähigkeit während des ganzen Zeitraums dieser Störung vermutet*. Wer behauptet, die betreffende Person habe ein Rechtsgeschäft während eines vorübergehenden Intervalls geistiger Normalität ausgeführt, z.B. ein Testament im Vollbesitz geistiger Kräfte verfasst, muss die geistige Gesundheit (als Ausnahme zum Grundzustand der Geistestgestörtheit) beweisen.

---

<sup>27</sup> Siehe allgemein zur Vermutung der Urteilsfähigkeit zuletzt BGE 124 III 8, ferner die älteren Entscheide BGE 108 V 126 und 98 Ia 325.

## 5. Kapitel: Personenstand und Wohnsitz

### A. Begriff des Personenstandes

557 Unter *Personenstand* oder *Status* versteht man gewisse Tatsachen, die die Person direkt betreffen. Dazu gehören Abstammung, Heirat, Name und Bürgerrecht. In der Schweiz werden diese Tatsache im Zivilstandsregister festgehalten (Art. 39 ZGB).

### B. Abstammung

558 Die Abstammung einer Person, d.h. ihre Kindschaft gegenüber den Eltern, beruht auf Geburt (natürliche Abstammung) oder auf Adoption.

559 Durch *Geburt* stammt der Mensch von der Mutter ab, die ihn geboren hat (Art. 252 ZGB). Das Kind gilt als natürliches Kind des Ehemanns der Mutter, sofern es während der Ehe oder spätestens 300 Tage nach dem Tod des Ehemannes geboren wurde (Art. 255 ZGB).

560 Die Vaterschaft des Ehemannes kann von diesem oder vom Kind angefochten werden, wenn nachgewiesen wird, dass der Ehemann nicht der natürliche Vater des Kindes ist. Als Beweismittel dient heute insbesondere die DNA-Analyse.

561 Wurde die Vaterschaft des Ehemannes gerichtlich aberkannt oder stammt das Kind von einer unverheirateten Mutter, so kann die väterliche Abstammung freiwillig durch Anerkennung seitens des natürlichen Vaters oder - gegen den Willen des Vaters - durch gerichtliches Urteil begründet werden. Die freiwillige Anerkennungserklärung des Vaters erfolgt in der Regel vor dem Zivilstandsbeamten; bei der freiwilligen Anerkennung braucht die natürliche Vaterschaft nicht nachgewiesen zu werden (Art. 260 Abs. 3 ZGB). Jedoch können Mutter und Kind - dieses vertreten durch einen Beistand oder selbständig nach Erreichung der Volljährigkeit - die Anerkennung anfechten mit dem Nachweis, dass der Anerkennende nicht der natürliche Vater des Kindes ist (Art. 260a Abs. 1 ZGB).

562 Die *Adoption* ist möglich, wenn die die natürlichen Eltern das Kind zur Adoption freigeben haben oder wenn keine natürlichen Eltern bekannt sind (Findelkinder). Ehepaare können nur gemeinsam adoptieren. Unverheiratete Personen können nur allein adoptieren. Registrierte gleichgeschlechtliche Paare können nicht gemeinsam adoptieren. Der Adoptierende muss über 35-jährig und mehr als 16 Jahre älter als die adoptierte Person sein; jedoch können Ehepaare schon vor Erreichung des genannten Alters adoptieren, wenn sie fünf Jahre lang verheiratet waren. - Die Adoption volljähriger Personen ist nur unter gewissen einschränkenden Bedingungen möglich.

563 Die Adoption ist auch zulässig, wenn der oder die Adoptierenden bereits andere Kinder haben.

564 Die Adoption hat alle Rechtsfolgen der natürlichen Kindschaft: Das Kind erhält den Personenstand der Adoptiveltern und ist ihnen gegenüber voll erbberechtigt. Die Kindschaft zu den natürlichen Eltern erlischt (ausser wenn ein Ehegatte das vorehelich geborene Kind des andern Ehegatten adoptiert). Die Adoptiveltern können dem Adoptivkind einen neuen Vornamen geben (Art. 267 ZGB).

### C. Die Namen der natürlichen Personen

- 565 Natürliche Personen tragen einen Familiennamen und einen oder mehrere Vornamen.
- 566 Der *Familiennamen* ist derjenige ihrer Eltern, sofern Vater und Mutter den gleichen Familiennamen tragen (Art. 270 Abs. 3 ZGB). Tragen Vater und Mutter verschiedene Familiennamen, so erhält das Kind jenen elterlichen Ledignamen, den die Eltern bei der Eheschliessung zum Namen ihrer gemeinsamen Kinder bestimmen (Art. 270 Abs. 1 ZGB). Das Kind unverheirateter Eltern trägt den Ledignamen des Elternteils, der die elterliche Sorge hat; haben die Eltern die Sorge gemeinsam, so bestimmen sie gemeinsamen, wessen Ledignamen das Kind trägt (Art. 270a Abs. 1 ZGB).
- 567 Eltern können für ihre Kindern also keinen Familiennamen wählen, der von einem Elternteil durch frühere Heirat erworben wurde. Hingegen können sie einen elterlichen Ledignamen wählen, der vom betreffenden Elternteil nicht als aktueller Familienname geführt wird.
- 568 Der oder die *Vornamen* werden dem Kind bei der Geburt von den Eltern gegeben (Art. 301 Abs. 4 ZGB). Sofern die Eltern nicht miteinander verheiratet sind, wirkt jener Mann an der Namensgebung mit, der das Kind anerkannt hat oder dessen Vaterschaft gerichtlich festgestellt wurde (Art. 252 Abs. 2 ZGB). Ist kein solcher Mann vorhanden, so gibt die Mutter allein dem Kind den oder die Vornamen.
- 569 Bei der *Heirat* behält jeder Ehegatten seinen bisherigen Familiennamen. Die Brautleute können aber den Ledignamen des einen von ihnen als gemeinsamen Familiennamen annehmen (Art. 160 ZGB). Hingegen können die Brautleute nicht einen durch frühere Heirat erworbenen Namen als gemeinsamen Familiennamen wählen.

## D. Bürgerrecht

- 570 Das Schweizer Bürgerrecht umfasst drei Bürgerrechte, nämlich ein kantonales Bürgerrecht, ferner das Bürgerrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft und das Bürgerrecht einer (Bürger-)Gemeinde, d.h. des Bürgerortes<sup>28</sup>. Das Bürgerrecht wird erworben durch Abstammung von einem Schweizerbürger oder durch einen kantonalen behördlichen Akt, die Einbürgerung.
- 571 Bei der Einbürgerung durch behördlichen Akt wird geprüft, ob die Voraussetzungen des Bundes- und des kantonalen Rechts erfüllt sind. Wichtigste Voraussetzungen sind eine Mindestdauer des Wohnsitzes in der Schweiz, ferner die Integration des Kandidaten in die schweizerischen Verhältnisse.
- 572 Ausländer können das Gesuch um Einbürgerung nur stellen, wenn sie mindestens während zwölf Jahren Wohnsitz in der Schweiz gehabt haben. Dabei werden die Jahre zwischen dem 10. und 20. Altersjahr doppelt gezählt (Art. 15 Abs. 1 des Bürgerrechtsgesetzes des Bundes [BüG]). Wer mit einem schweizerischen Ehegatten verheiratet ist, kann nach fünf Jahren Wartefrist die erleichterte Einbürgerung verlangen.
- 573 Keine Voraussetzung ist die Preisgabe des bisherigen ausländischen Bürgerrechts. Im Falle von Doppel- und Mehrfachbürgerrechten ignorieren die Schweiz, ihre Kantone und Gemeinde alle auswärtigen Bürgerrechte, wie wenn sie nicht vorhanden wären.

---

<sup>28</sup> Die Dreischichtigkeit des Schweizerbürgerrechts ist für Ausländer, die in der Regel nur ein einziges nationales Bürgerrecht kennen, unverständlich.

- 574 Das Einbürgerungsverfahren erfolgt unter kantonaler Hoheit. Die Kantone regeln die Einzelheiten des Verfahrens einschliesslich der Kompetenzaufteilung zwischen Kantons- und Gemeindebehörden. Jede Einbürgerung braucht zudem eine eidgenössische Einbürgerungsbewilligung.

## **E. Wohnsitz der natürlichen Personen (Art. 23-26 ZGB)**

### **1. Zweck der gesetzlichen Regelung**

- 575 Der Wohnsitzbegriff dient dazu, im schweizerischen Inland die örtlichen Kompetenzen und Amtspflichten staatlicher Organe (Administrativbehörden, Gerichte) in Bezug auf natürliche Personen zu definieren. Im internationalen Privatrecht dient der Wohnsitzbegriff auch zur Bestimmung der anwendbaren materiellen Rechtsnormen.

### **2. Der Inhalt der gesetzlichen Regelung im Überblick**

- 576 Art. 23 Abs. 1 ZGB definiert den Wohnsitz einer Person mit dem *Ort, an dem sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält*.
- 577 Mit den Begriffen des Aufenthalts und der Absicht des dauernden Verbleibens will der Gesetzgeber Lebensrealitäten 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 zahlreiche Menschen praktisch dauernd unterwegs sind. 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 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.
- 578 Da das Bundesgericht den *Aufenthalt* im Sinne von Art. 23 Abs. 1 ZGB als *Wohnaufenthalt* (entsprechend dem Begriff des *Wohn-Sitzes*) definiert hat<sup>29</sup>, und da "Wohnen" in erster Linie das Bewohnen von Wohnräumen *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 Wohnbevölkerung 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 Verbleibens.
- 579 Für Personen, die *an mehreren Orten* über ein Schlafzimmer verfügen, oder die *nirgends* über ein Schlafzimmer verfügen, sondern die stattdessen entweder in wechselnden Hotelzimmern, in Wohnmobilen oder im Zelt logieren oder obdachlos sind, erhält das zweite Requisit von Art. 23 Abs. 1, nämlich die *Absicht dauernden Verbleibens*, eine selbständige Bedeutung. Für die Ermittlung dieser Absicht wird in der Praxis nicht vor allem auf

---

<sup>29</sup> Vgl. BGE 96 I 145 ff. E. 4c.

den (unbeweisbaren) inneren Willen einer Person, sondern auf die äusseren Umstände abgestellt, aus denen sich die Absicht typischerweise erkennen lässt. Die Absicht muss für Dritte *erkennbar* sein<sup>30</sup>. Die Absicht dauernden Verbleibens ist bezüglich jenes Ortes erkennbar, 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. Bei Personen ohne Familie wird für die Ermittlung des Lebensmittelpunkts auf ihre beruflichen und gesellschaftlichen Beziehungen abgestellt.

- 580 Zur Erreichung 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 kodifizierte Grundsatz bedeutet, dass man zur gleichen Zeit nur einen einzigen Wohnsitz haben kann. Der zweitgenannte, in Art. 24 kodifizierte Grundsatz bedeutet, dass man notwendigerweise stets einen Wohnsitz haben muss; fehlt es an einem realen Wohnsitz im Sinne von Art. 23 Abs. 1, so gilt kraft Art. 24 ein fiktiver Wohnsitz.
- 581 Besonderes gilt für *Personen unter elterlicher Sorge und unter umfassender Beistandschaft*. Für sie gilt gemäss Art. 25 und 26 ZGB ungeachtet ihres tatsächlichen Aufenthalts der Wohnsitz der Eltern oder der Sitz der zuständigen Kindes- oder Erwachsenenschutzbehörde (*nicht* der Wohnsitz des Vormunds oder Beistands!) als ("abhängiger" oder "gesetzlicher") Wohnsitz.
- 582 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. 23 Abs. 1 ZGB keinen realen Wohnsitz. Statt dessen dauert der bisherige Wohnsitz als fiktiver Wohnsitz fort. Dazu gehören Ausbildungsaufenthalte, die Unterbringung einer Person in einer Erziehungs- oder Pflegeeinrichtung, einem Spital oder einer Strafanstalt. Solche Aufenthalte begründen für sich allein keinen Wohnsitz, können aber bei langer Dauer Wohnsitzqualität annehmen, etwa bei langjährigen, auf Lebenszeit geplanten Pflegeaufenthalten.

---

<sup>30</sup> So BGE 97 II 1 (3).



## **6. Kapitel: Schutz der Persönlichkeit gegen Verletzungen (Art. 28-28I ZGB)**

### **1. Grundsatz**

583 Der Kernsatz des privatrechtlichen Persönlichkeitschutzes findet sich in Art. 28 Abs. 1 ZGB: *"Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, kann zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, das Gericht anrufen."* - Diese Norm gibt jeder natürlichen und juristischen Person einen Abwehranspruch gegenüber Persönlichkeitsverletzungen aller Art.

584 Verletzungen sind rechtmässig, wenn sie durch die Einwilligung des Verletzten oder durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse *gerechtfertigt* sind (Art. 28 Abs. 2 ZGB). Soweit das geschützte Rechtsgut ausschliesslich in der Selbstbestimmung liegt, entfällt bei selbstbestimmter Einwilligung des Betroffenen der Verletzungscharakter. So ist die willkommene Zärtlichkeit keine gerechtfertigte Verletzung - keine gerechtfertigte sexuelle Belästigung -, sondern sie ist keine Verletzung, d.h. keine Belästigung.

### **2. Kein abstrakt definierbarer Begriff der Persönlichkeit**

585 Was als rechtlich geschützte Persönlichkeit zu gelten hat, lässt sich nicht in einer Definition allgemeingültig zusammenfassen. Vielmehr arbeitet das Privatrecht mit einem von der Praxis entwickelten Katalog von Persönlichkeitsverletzungs-Tatbeständen. Die Summe der geschützten Persönlichkeitsgüter macht die geschützte Persönlichkeit aus.

### **3. Katalog der wichtigsten geschützten Persönlichkeitsgüter**

586 Nachfolgend werden die wichtigsten Schutzbereiche beschrieben, die als Persönlichkeitsgüter gelten, jeweils im Zusammenhang mit den hauptsächlichen Rechtfertigungsgründen, die die Verletzung im Einzelfall als rechtmässig erscheinen lassen können.

#### **a) Schutz der Selbstbestimmung**

587 Der Mensch ist in bestimmten Belangen rechtlich in seiner Selbstbestimmung geschützt, soweit seine geistigen Fähigkeiten die Selbstbestimmung zulassen. Dabei geht es namentlich um die Selbstbestimmung

- im Umgang mit dem eigenen Körper,
- in der persönlichen Lebensgestaltung,
- in der Gestaltung der menschlichen Beziehungen zu den engsten Angehörigen und
- um den Schutz des Privatlebens.

588 Beim selbstbestimmungsunfähigen Menschen (beispielsweise beim Schlafenden oder Bewusstlosen) schützt das Persönlichkeitsrecht die menschliche Würde im Kernbereich der Existenz.

589 Allemal zielt der Persönlichkeitsschutz darauf ab, den Menschen in diesem Kernbereich nicht zum Objekt fremden Willens zu degradieren, sondern ihn als Subjekt zu respektieren bzw. als Person ernst zu nehmen. Soweit sich der eigene Wille des Betroffenen verwirklicht, liegt keine entwürdigende Objektivierung und damit keine Verletzung vor. Soweit sich kein eigener Wille des Betroffenen verwirklicht, bedarf der Eingriff, um

nicht entwürdigend zu sein, einer anderweitigen Rechtfertigung. Diese besteht meist im Eigeninteresse des Betroffenen, d.h. in seinem *überwiegenden privaten Interesse* (im Sinne von Art. 28 Abs. 2 ZGB). Als Beispiel diene der Umgang mit dem Körper eines Bewusstlosen: Aus- und Anziehen im Rahmen der Krankenpflege ist durch das Eigeninteresse des Patienten gerechtfertigt und also nicht entwürdigend. Geschieht das Gleiche aus voyeuristischer Motiven, so liegt eine Entwürdigung und damit eine Verletzung vor. - Im Einzelnen:

- 590 **Schutz der Selbstbestimmung im Umgang mit dem eigenen Körper:** Persönlichkeitsverletzend ist jede *beabsichtigte körperliche Zudringlichkeit*. Auch intensive Körperkontakte sind jedoch dann nicht persönlichkeitsverletzend, wenn ihnen der Charakter der unerwünschten Zudringlichkeit abgeht. Man denke an körperliche Berührungen im Sport (Boxen, Ringkampf, Fussball), beim Theaterspiel, bei Erste-Hilfe-Übungen etc., wo solche Kontakte allseits in Kauf genommen werden.
- 591 Gerichtlicher Rechtsschutz ist wegen seiner Schwerfälligkeit bei solchen Persönlichkeitsverletzungen meist nicht rechtzeitig erhältlich. Die verletzte Person wehrt die Zudringlichkeit entweder an Ort und Stelle in erlaubter Selbsthilfe (Notwehr) ab, oder sie entzieht sich in geeigneter Weise, indem sie das Feld räumt.
- 592 **Schutz der Selbstbestimmung in der persönlichen Lebensgestaltung:** Hierzu gehören Essen, Trinken, Rauchen, sich Ankleiden und Ausziehen, Reden und Gestikulieren sowie der Verzicht auf diese Dinge. Wer in diesen Belangen ohne sachlichen Grund dazu gedrängt wird, zu tun oder zu unterlassen, was er nicht will, wird in seiner Persönlichkeit verletzt. Das Gleiche trifft zu, wenn jemand einen anderen durch Gewalt oder Androhung ernstlicher Nachteile dazu zwingt, einen Text zu lesen oder bestimmte Worte auszusprechen oder Gesten (z.B. einen Gruss, einen Schwur, rituelle Handlungen) auszuführen.
- 593 Keine persönlichkeitsverletzende Fremdbestimmung liegt vor, wenn Essen, Trinken, Rauchen, Tenue, örtlicher Aufenthalt, bestimmte Lektüren, Schweigen oder bestimmtes Sprechen (z.B. Gebete) etc. als Bedingungen für die Benützung bestimmter Einrichtungen im Voraus bekannt gegeben werden oder aufgrund der gesamten Umstände erkennbar sind. Während der Benützung der betreffenden Einrichtungen hat die Einhaltung dieser Vorgaben als selbstbestimmt zu gelten, auch wenn dies dem Benützer unangenehm ist.
- 594 Private und öffentliche Interessen *rechtfertigen* die Fremdbestimmung urteilsunfähiger Personen, wenn die angemessene Gewalt oder Drohungen von einem Familienhaupt, von gesetzlichen Vertretern oder von Anstaltspersonal zum eigenem Schutz des Urteilsunfähigen oder zum Schutz anderer Menschen und Sachen angewendet werden.
- 595 **Schutz der Selbstbestimmung in der Gestaltung zwischenmenschlicher Beziehungen:** Eine Persönlichkeitsverletzung liegt vor, wenn jemand das Familienleben von Ehegatten unter dem Vorwand stört, dass er der *biologische Elternteil* eines ihrer Kinder sei<sup>31</sup>. In einem solchen Sachverhalt ist auch eine Verletzung der persönlichkeitsrechtlich geschützten Eltern-Kind-Beziehung zu erblicken. Als Störer kommen neben ausserehelichen Liebhabern eines Ehegatten (oder eines nichtehelichen Lebenspartners) auch die biologischen Eltern von Adoptivkindern infrage.
- 596 **Schutz des Privatlebens:** Unter dem Schutz des Privatlebens wird der Schutz gegen neugieriges Ausspähen und Aushorchen des Privatlebens und die Verbreitung von Infor-

---

<sup>31</sup> Vgl. BGE 108 II 344 ff.

mation über dieses Privatleben verstanden. Es gilt die Drei-Sphären-Theorie, wonach sich das Leben jedes Menschen in drei Lebenskreisen oder Lebenssphären abspielt: in der Intim- bzw. Geheimsphäre (innerster Kreis), in der Privatsphäre (mittlerer Kreis) und in der Gemein- bzw. Öffentlichkeitssphäre (äusserster Kreis).

- 597 Die *Intim- oder Geheimsphäre* umfasst die persönlichen Angelegenheiten, die der Kenntnis Dritter entzogen bleiben sollen. Vom Ausschluss der Kenntnis sollen alle Personen betroffen sein, denen man die entsprechenden Tatsachen (z.B. Krankheiten, Sexualleben usw.) nicht selber anvertraut hat. Ist eine intime Tatsache einmal allgemein bekannt, so besteht kein Verschwiegenheitsanspruch mehr.
- 598 Zur *Privatsphäre* gehört der übrige Bereich des Privatlebens: Lebensvorgänge, die man typischerweise nur einem kleinen, begrenzten Kreis von Personen (z.B. Verwandten und Freunden) offenlegt.
- 599 Die *Gemein- oder Öffentlichkeitssphäre* umfasst jene Tatsachen bzw. Informationen über die Person, die jedermann zugänglich sind und auch zugänglich sein sollen.
- 600 Nach Art. 28 ZGB geschützt sind die Intim- und die Privatsphäre. In diesen beiden Sphären spielt sich das Privatleben des Menschen ab. Terminologisch meint der Begriff des "*Schutzes des Privatlebens*" sowohl den Schutz der Intim- als auch denjenigen der Privatsphäre. Persönlichkeitsverletzend ist das eigenmächtige *Eindringen* ins Privatleben anderer *mittels bestimmter Machenschaften* wie etwa systematisches Horchen an der Wand, Ausspionieren durch Privatdetektive, Abhören privater Unterhaltungen durch Abhörgeräte, Minispione, Fotoaufnahmen mittels Teleobjektiv, voyeuristische Beobachtung mittels Feldstechers, ferner jeder *unbefugten Weiterverbreitung privater bzw. geheimer Tatsachen*. Das betrifft vor allem die *Veröffentlichung* in Büchern und Medien.
- 601 Wo die Selbstbestimmung in Frage steht, geht es um den Schutz der *jeweiligen* Selbstbestimmung. Im Kernbereich der Person soll jedermann tun und lassen können, was ihm beliebt, und zwar was ihm *jetzt gerade* beliebt. Dies bedeutet, dass im Kernbereich der Persönlichkeit nur die *jetzt gerade* gegebene Einwilligung massgebend ist, und zwar in bezug auf die jetzt gerade stattfindenden oder unmittelbar bevorstehenden Eingriffe. Aus diesem Grund kann die Einwilligung zur medizinischen Forschungsuntersuchung am eigenen Körper jederzeit widerrufen werden, und die einmal erklärte Einwilligung gilt nicht weiterhin, wenn die Person urteilsunfähig wird.
- 602 Eine Ausnahme macht die *Patientenverfügung*, d.h. die von einer urteilsfähigen Person geschriebenen Anweisungen an Ärzte und Kliniken, nach Eintritt der Urteilsunfähigkeit unter bestimmten Umständen auf Therapiemassnahmen zu verzichten (Art. 370 ZGB). Ärzte und Kliniken sind an die Patientenverfügung gebunden, sofern diese nicht gegen gesetzliche Vorschriften verstösst (etwa wenn sie eine Tötung auf Verlangen beinhaltet) oder wenn begründete Zweifel bestehen, dass sie auf freiem Willen beruht oder noch dem mutmasslichen Willen der Patientin entspricht (Art. 372 Abs. 2 ZGB). - Da Ärzte und Kliniken in der Regel nicht wissen können, was der gegenwärtige mutmassliche Wille der urteilsunfähigen Person ist, entfällt in der Praxis die Bindungswirkung der Patientenverfügung, soweit der Inhalt unvernünftig ist, d.h. soweit er dem Empfinden des Durchschnittsbürgers krass widerspricht.

## **b) Schutz der physischen Integrität**

- 603 Als Verletzung der physischen Integrität bzw. der körperlichen Unversehrtheit gilt jeder von Menschen zu vertretende Akt, der zu einer *Körperverletzung* des Betroffenen, insbe-

sondere zu Schnitten, Stichen, Prellungen, Zerrungen, ferner zu Verbrennungen, Verstrahlungen, Befall mit ansteckenden Krankheiten etc. führt.

- 604 Solche Verletzungen können rechtmässig sein, wenn sie durch die Einwilligung des Verletzten oder (im Falle seiner Selbstbestimmungsunfähigkeit) durch sein überwiegendes eigenes Interesse gedeckt sind. Diese Rechtfertigung liegt namentlich bei ärztlichen Heileingriffen (chirurgischen Operationen etc.) regelmässig vor. Die Zustimmung der Patientin rechtfertigt den ärztlichen Eingriff aber nur dann, wenn die Patientin über die Art des geplanten Eingriffs und die relevanten Risiken desselben gehörig aufgeklärt worden ist. Ist die Patientin urteilsunfähig (etwa bei Einlieferung einer Bewusstlosen ins Spital), so ergibt sich die Rechtfertigung aus dem Heilungsinteresse der Patientin, wobei die Angehörigen in die Entscheidungsfindung wenn möglich einzubeziehen sind.
- 605 Im Sport können leichte Verletzungen durch die bewusste *Inkaufnahme des Risikos* gerechtfertigt sein. Die Teilnehmer an Wettkämpfen können mit ihrer Einwilligung aber nur leichte Verletzungsfolgen rechtfertigen, ausserdem nur solche, mit denen bei einem im Wesentlichen fair gespielten Spiel zu rechnen ist.

### c) Schutz der psychischen Integrität

- 606 Art. 28 ZGB gewährt den Anspruch, von anderen Menschen nicht *gezielt* im psychischen Wohlbefinden *stark* beeinträchtigt, seelisch *schwer* verletzt zu werden. In der Literatur werden folgende konkreten Tatbestände genannt: Zufügung von physischem Schmerz, Leidzufügung durch Tötung oder schwere physische Schädigung eines Angehörigen, Verletzung der Pietätsgefühle Lebender durch Schmähung des Andenkens an Verstorbene, ferner das Bedrängen (mit gerichtlichen Klagen, Betreibungen, Anzeigen, anonymen Telefonanrufen), irritierendes Licht einer Lichtreklame, Lärm sowie Verletzung des Scham- und Religionsgefühls.
- 607 Kein Persönlichkeitsgut wird verletzt, wenn das seelische Wohlbefinden als kausale Folge von *sozialadäquaten Handlungen* und Unterlassungen beeinträchtigt wird. Wer mit anderen Menschen umgeht, nimmt in Kauf, geärgert, geängstigt, frustriert, unter Druck gesetzt zu werden.

### d) Schutz der Ehre bzw. der sozialen Geltung

- 608 Geschütztes Persönlichkeitsgut ist die Achtung, die die Person bei anderen geniesst, d.h. ihre soziales Ansehen. Der Rechtsschutz richtet sich gegen die unbegründete oder unnötig verletzende, schwere Herabminderung vor anderen Menschen. Leichte Fälle, wie sie im gesellschaftlichen Umgang laufend und oft ohne böse Absicht vorkommen, können nicht mit rechtlichen Konsequenzen sanktioniert werden.
- 609 Herabmindernde Äusserungen erreichen in der Regel nur dann die Qualität von Persönlichkeitsverletzungen, wenn sie vor grossem Publikum gemacht oder in den Medien verbreitet werden. In diesen Fällen liegt eine Persönlichkeitsverletzung immer dann vor, wenn die Äusserung *in wesentlichen Punkten unwahr* ist, wogegen nebensächliche (unwesentliche) journalistische Ungenauigkeiten keine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung darstellen, ferner dann, wenn eine *wahre* Äusserung *unnötig verletzend*, d.h. durch kein öffentliches Informationsinteresse gerechtfertigt ist (Rechtfertigung durch "*überwiegendes öffentliches Interesse*", Art. 28 Abs. 2 ZGB). Meinungsäusserungen, Kommentare und Werturteile sind persönlichkeitsverletzend und zugleich widerrechtlich, wenn sie aufgrund der Fakten *nicht vertretbar* oder *unnötig herabsetzend* sind.

### **e) Schutz des menschlichen Bildes**

- 610 Das "Recht am eigenen Bild" umfasst zwei inhaltlich verschiedene Rechte, nämlich
- a) einen Abwehranspruch gegen gezieltes, auf *Identifikation und Ausforschung* gerichtetes Erstellen von Fotos und Videoaufzeichnungen, und
  - b) ein Recht auf Selbstbestimmung des Menschen bezüglich der *Veröffentlichung* des eigenen Bilds, insbesondere des Porträts, und seiner Verwendung in kommerzieller oder politischer Werbung.

### **f) Schutz der wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit**

- 611 Im wirtschaftlichen Wettbewerb ist es üblich, dass Konkurrenten einander durch das Angebot besserer oder billigerer Leistungen, durch Werbung und Verkaufsanstrengungen aller Art gegenseitig Marktanteile wegnehmen, ja einander aus dem Markt werfen. Darin liegt keine Persönlichkeitsverletzung.
- 612 Hingegen kann die gezielte *Aussperrung* eines einzelnen persönlichkeitsverletzend sein. Musterbeispiele solcher Persönlichkeitsverletzungen sind gewisse Sperrungen im Spitzensport.

## **4. Das Persönlichkeitsrecht als blosses Abwehrrecht**

- 613 Mit der Kennzeichnung des Persönlichkeitsrechts als eines Abwehrrechts ist gesagt, dass das Persönlichkeitsrecht keine Ansprüche auf aktives Handeln Dritter verleiht. Das Persönlichkeitsrecht umfasst beispielsweise die Befugnis, ärztliche Eingriffe am eigenen Körper zu verbieten, nicht aber einen Anspruch auf ärztliche Hilfe, auf Abtreibung, auf Sterbehilfe.

## 7. Kapitel: Der "interne" Schutz der Persönlichkeit (Art. 27 ZGB)

### A. Art. 27 Abs. 1

- 614 Art. 27 Abs. 1 ZGB erklärt alle Rechtsgeschäfte für unwirksam, durch die sich jemand seiner Rechts- oder Handlungsfähigkeit entäussert. Man spricht vom "internen"<sup>32</sup> Schutz der Persönlichkeit und meint damit den Schutz des Menschen vor sich selber oder vor seiner eigenen Leichtfertigkeit.
- 615 Die Bedeutung dieser Bestimmung ist gering und steht hinter derjenigen des nachstehend behandelten Art. 27 Abs. 2 ZGB weit zurück. Als Beispiele für Fälle von Art. 27 Abs. 1 ZGB werden in der Literatur etwa angeführt: Aufgabe der Ehefähigkeit; Verpflichtung, nie einen Arbeitsvertrag abzuschliessen; Verpflichtung, nie Mitglied eines Vereins oder einer Gesellschaft mit wirtschaftlichem Zweck zu werden; Bezeichnung eines Stellvertreters, der die unwiderrufliche Macht haben soll, über das Vermögen der Vollmachtgeberin zu verfügen. - Alle diese Beispiele gehören der Welt des Lehrbuchs, nicht derjenigen des realen Lebens an.

### B. Art. 27 Abs. 2: Vorbemerkungen

#### 1. Art. 27 Abs. 2 als Generalklausel

- 616 Art. 27 Abs. 2 ZGB erklärt alle vertraglichen Bindungen für unwirksam, durch die eine *"das Recht oder die Sittlichkeit verletzende Freiheitsbeschränkung"* entstände. Diese Bestimmung ist im Rechtsleben von zentraler Bedeutung und hat einen breiten Strom von Judikatur ausgelöst. Da jeder Vertrag, der im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht sogleich erfüllt wird, während seiner Laufzeit grössere und kleinere Freiheitsbeschränkungen der Parteien zur Folge hat, stellt sich die Frage, wann eine vertragliche Bindung übermässig ist, d.h. wann sie den *"das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grad"* erreicht.
- 617 Art. 27 Abs. 2 ZGB visiert nur jene vertraglichen Bindungen an, deren Makel in ihrer *Übermässigkeit* liegt, nicht dagegen Verträge, die aus einem anderen Grund rechts- oder sittenwidrig und gemäss Art. 20 OR nichtig sind wie etwa der Drogenkauf oder der Bestechungsvertrag, oder die wegen Übervorteilung gemäss Art. 21 OR anfechtbar sind.

#### 2. Qualitative Kriterien: Entwürdigung / ungenügende Vorhersehbarkeit der Vertragswirkungen

- 618 Analysiert man die Judikatur, so zeigt sich, dass die Gerichte die Übermässigkeit der Bindung in zwei voneinander unabhängigen Fallgruppen annehmen, nämlich
- a) *erste Hauptgruppe*: in jenen Fällen, in welchen die Bindung bzw. die Anwendung rechtlichen Zwangs zur Durchsetzung des Vertrags für eine Vertragspartei als *entwürdigend* empfunden wird, weil sich diese Partei in der Gestaltung ihrer höchstpersönli-

---

<sup>32</sup> Das Wort *"intern"* ist in Anführungszeichen gesetzt, weil der Unterschied zwischen Art. 28 und Art. 27 ZGB nicht mit den Begriffen von *"extern"* und *"intern"* zu beschreiben ist. Auch ist es verfehlt, Art. 27 ZGB mit dem Begriff *"Schutz der Persönlichkeit vor sich selber"* zu beschreiben. Art. 27 schützt vor externen Angriffen in jenen Fällen, in denen die Persönlichkeitsverletzung in der zwangsweisen Durchsetzung eines Vertrags durch den Vertragspartner bestünde. Wo die Durchsetzung persönlichkeitsverletzend wäre, bedeutet die eingegangene Vertragspflicht eine übermässige Bindung des Promittenten. Art. 27 erklärt solche Vertragspflichten als unwirksam.

chen Belange der Willkür der anderen Partei zu unterwerfen verspricht oder sich in bevormundender Weise bindet;

b) *zweite Hauptgruppe*: in jenen Fällen, in denen die *künftigen Auswirkungen* des Vertrags auf die künftigen Verhältnisse einer Partei *ungenügend vorhersehbar* sind bzw. im Zeitpunkt des Vertragsschlusses *nicht eingeplant* werden können.

- 619 Art. 27 Abs. 2 ZGB bietet in den Fällen der ersten Hauptgruppe *Schutz vor entwürdigender Bindung*, in denjenigen der zweiten Hauptgruppe *Schutz vor nicht einplanbaren Bindungsfolgen*.
- 620 Bei dieser Einteilung wird der Begriff der Entwürdigung weit verstanden. Er umfasst nicht nur jene Sachverhalte, bei denen sich jemand in sklavischer Art fremder Willkür unterwirft, sondern auch jede bevormundende Einschränkung der Selbstbestimmung in Lebensbereichen, in denen die jeweilige Selbstbestimmung der Person ein geschütztes Persönlichkeitsgut ist.
- 621 Bevormundenden Charakter haben jene Einschränkungen der jeweiligen Selbstbestimmung, die beim Vertragsschluss zum Schutze vermeintlicher oder wirklicher künftiger Eigeninteressen der verpflichteten Person zu dienen bestimmt waren, insbesondere ihrem Schutz vor eigener Willensschwäche und vor eigener wirtschaftlicher Untüchtigkeit. Als Beispiele sei ein Suchtentwöhnungs-Vertrag mit dem Versprechen einer Konventionalstrafe bei Rückfälligkeit erwähnt, ferner der Erbvertrag, durch welchen der künftige Erbe eines Familienunternehmens gegenüber dem Erblasser und dessen künftigen Willensvollstrecker verspricht, sich bei der Ausübung der zu erbenden Aktionärsrechte lebenslänglich den Weisungen des Willensvollstreckers zu unterwerfen. - Keinen bevormundenden Charakter haben die (meist arbeitsvertraglichen) Einschränkungen der Selbstbestimmung, die im wesentlichen deshalb auferlegt werden, weil die Arbeitgeberin für die Gesundheit und Sicherheit des Arbeitnehmers verantwortlich ist.

### 3. Keine "ewigen" Verträge

- 622 Aus Art. 27 Abs. 2 ZGB wird abgeleitet, dass es keine "ewigen" Verträge geben kann. Ein auf sehr lange Zeit unkündbar gestellter Vertrag beginnt nach einer gewissen Laufzeit, eine übermässige Bindung darzustellen. Damit wird er kündbar, auch wenn im Vertragstext die Kündigung für eine längere Frist oder gar für immer ausgeschlossen ist.
- 623 Die Gerichte haben sich nie dazu hergegeben, klare zeitliche Limiten für bestimmte Vertragstypen zu proklamieren. Die Konturen der Zeiträume, über die ein Vertrag unkündbar gestellt werden kann, sind dementsprechend verschwommen. Für bestimmte Verträge stehen klare Limiten der Unkündbarkeitsdauer im Gesetz, z.B. für das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot *drei Jahre* (Art. 340a Abs. 1 OR), für den Arbeitsvertrag *zehn Jahre* (Art. 334 Abs. 3 OR).
- 624 Für die meisten anderen aus dem Vermögen des Schuldners zu erbringenden Leistungen kann approximativ eine *Höchstdauer der festen vertraglichen Bindung von 20 Jahren* angenommen werden. Dies gilt für Mietverträge, Pachtverträge, Gesellschaftsverträge, Lizenzverträge, Leasingverträge, Bierlieferungsverträge etc.
- 625 Besteht die Vertragsleistung nur in der *Überlassung einer Sache zur Nutzung oder als Pfand*, ohne weitere Handlungspflichten des Eigentümers, so sind auch längere Vertragsdauern möglich. Denn da der Eigentümer seine Sache verkaufen oder verschenken und damit definitiv weggeben kann, kann er sie auch für sehr lange Zeit einer anderen Person

überlassen. Die zweite Vorgehensweise belastet ihn nicht mehr als die erste. Pfandverträge können demgemäss für so lange Zeit unkündbar gestellt werden, wie die pfandgesicherte Schuld nicht getilgt ist. Dienstbarkeiten können an Grundstücken ohne zeitliche Befristung, d.h. "für ewig", im Grundbuch eingetragen werden.



## 8. Kapitel: Die juristischen Personen des ZGB: Verein und Stiftung

### A. Der Verein (Art. 60-79 ZGB)

- 626 Der Verein ist in seiner häufigsten Form ein zweistufig-demokratisches Gebilde. Die Vereinsversammlung (= Mitgliederversammlung, Art. 64 ZGB) bildet die Basis. Sie wählt das Exekutivorgan, das beim Verein *Vorstand* heisst (Art. 69 ZGB).
- 627 Vereine haben typischerweise ideelle, d.h. nicht-wirtschaftliche Zwecke. So gibt es Gesangsvereine, Turnvereine, Alpen- und Automobilclubs. Auch die politischen Parteien und Gewerkschaften sind Vereine des Bundesprivatrechts. Das Gleiche gilt für die Kirchen, sofern sie nicht als öffentlichrechtliche Körperschaften des kantonalen Rechts ausgestaltet sind.
- 628 Wirtschaftlich ausgerichtete Vereine sind zwar nicht verboten, aber unerwünscht. Gemäss Praxis darf ein Verein nur *entweder* im Zweck wirtschaftliche Ziele nennen, *oder* in seiner Tätigkeit einen wirtschaftlichen Betrieb führen - nicht beides zusammen.

### 1. Gründung und Auflösung des Vereins

- 629 Der Verein wird dadurch gegründet, dass zwei<sup>33</sup> oder mehr natürliche oder juristische Personen durch die Verabschiedung der Vereinsstatuten ihren Willen erklären, den Verein zu gründen.
- 630 Mit der Gründungserklärung erklären die Gründer implizit immer auch, dass sie die anfänglichen Vereinsmitglieder werden wollen; denn der Verein wird durch seine anfänglichen Mitglieder gegründet. Stellvertretung ist zulässig. Unwirksam wäre es aber, wenn drei Arbeitgeber einen Arbeitnehmerverein auf Vorrat gründen mit der Statutenbestimmung, dass nur die Arbeitnehmer ihrer Firmen dem Verein angehören können. Ein Arbeitnehmerverein muss durch die Arbeitnehmer selber gegründet werden, durch niemanden sonst. Ebenso wenig kann die Versammlung der Fakultäts-Dekane eine Studentenschaft in Vereinsform gründen; das müssen die Studierenden selber tun.
- 631 Mündlicher Erklärungsaustausch zwischen den Gründern genügt nicht. Blosser Redaktion eines Statutenentwurfs genügt ebenfalls nicht. Auch wenn sich die Gründungsmitglieder über den Statuteninhalt einig geworden sind, braucht es zusätzlich noch eines Aktes, durch den für alle Gründungsmitglieder der Wille klar wird: "*Jetzt wollen wir den Verein gründen, ab jetzt besteht er*". Für diesen Willensakt verlangt das Gesetz keine Formalitäten. Sofern nur wenige Gründer mitwirken, ist es zweckmässig, dass die Gründer den Statutenentwurf gemeinsam datieren und unterzeichnen, womit der bisherige Entwurf fortan zu den geltenden Vereinsstatuten erhoben wird. Wenn ausnahmsweise eine grosse Zahl von Gründungsmitgliedern vorhanden ist, ist die Abhaltung einer Gründungsversammlung der geeignete Weg, wobei der Statutenentwurf durch einen Versammlungsbeschluss genehmigt und dieser Beschluss in einem Protokoll festgehalten wird. Beim Gründungsakt ist Einstimmigkeit sachnotwendig. Die Nein-Sager können aber die Gründung nicht verhindern: Wer nicht zustimmt, ist nicht Gründer, ist also kein stimmberechtigtes Mitglied der Gründungsversammlung.
- 632 Die gesetzlichen Anforderungen an die Vereinsstatuten sind minimal (Art. 60 Abs. 2 ZGB). Das Gesetz verlangt nur drei Dinge, nämlich Angaben über den Zweck, über die

---

<sup>33</sup> Umstritten - eventuell drei; vgl. BK-RIEMER, N 16 zu Art. 60 ZGB.

Mittel und über die Organisation des Vereins. Eine Minimalvariante von Vereinsstatuten könnte demgemäss folgendermassen lauten:

*Vereinsstatuten der "Night Ramblers". - Der Verein "Night Ramblers" bezweckt, seinen Mitgliedern Freude an nächtlichen Spaziergängen zu vermitteln. Die Mittel des Vereins werden aufgebracht durch den jährlichen Mitgliederbeitrag von höchstens CHF 20.--. Die Mitglieder bilden die Vereinsversammlung. Diese wählt den Vorstand. Aufnahme und Ausschluss von Mitgliedern bedarf des einstimmigen Vereinsbeschlusses.*

- 633 Nicht in den Statuten, sondern in einem Gründungsprotokoll ist gegebenenfalls die Wahl der Vorstandsmitglieder zu belegen. Das ZGB schreibt für Mitgliederversammlungs- und Vorstandsbeschlüsse bei Vereinen aber keine schriftliche Protokollierung vor. Die Wahl kann also auch mündlich geschehen.
- 634 Die *Auflösung des Vereins* erfolgt bei kleinen Vereinen meist so, dass die Vereinstätigkeit einschläft. Gibt es kein Vereinsvermögen und keine Vereinsschulden, dann gerät der Verein stillschweigend in Vergessenheit. Es liegt der Fall von Art. 77 ZGB vor: Der Vorstand kann nicht mehr statutengemäss bestellt werden, weil keine Mitglieder mehr vorhanden sind bzw. keine Mitgliederversammlungen mehr abgehalten werden.
- 635 Besteht ein Vereinsvermögen oder bestehen Vereinsschulden, dann ist die Auflösung durch Vereinsbeschluss (Art. 76 ZGB) das Übliche. Zweckmässigerweise wird der bisherige Vorstand mit der Liquidation beauftragt. Ist diese abgeschlossen, dann besteht der Verein nicht mehr.
- 636 Die in Art. 77 erwähnte Auflösung von Vereinen wegen Eintritts der Zahlungsunfähigkeit ist eine Ausnahme. Vereinskurse kommen praktisch nicht vor. Wollen die Mitglieder ihren Verein nicht weiterführen und bestehen Vereinsschulden ohne entsprechendes Vereinsvermögen, dann pflegen in erster Linie die Vorstandsmitglieder, in zweiter Linie auch weitere Vereinsmitglieder sich persönlich anzustrengen, bis die Vereinsschulden getilgt sind, worauf der Verein dann durch Vereinsbeschluss aufgelöst wird.
- 637 Der Verein ist nur dann zum *Handelsregistereintrag* verpflichtet, wenn er ein nach kaufmännischer Art geführtes Unternehmen<sup>34</sup> betreibt (Art. 61 Abs. 2 ZGB; Art. 934 Abs. 1 OR). Der Handelsregistereintrag ist in diesen Fällen aber nicht konstitutiv, sondern hat lediglich deklaratorische Bedeutung. Dies bedeutet, dass auch kommerziell tätige Vereine mit der Verabschiedung der Statuten durch die Gründer als juristische Personen zu bestehen beginnen, unabhängig davon, wann sie sich im Handelsregister eintragen lassen.
- 638 Unabhängig von der Eintragungspflicht hat die erfolgte Handelsregistereintragung für alle eingetragenen Vereine, auch für solche, die kein kaufmännisches Unternehmen betreiben und also nicht eintragungspflichtig sind, die üblichen Handelsregisterauswirkungen, nämlich die positive und negative Publizitätswirkung des Handelsregistereintrags (Art. 933 Abs. 1 OR), ferner die Unterstellung des Vereins unter die Konkurs- und Wechselbetreibung (Art. 39 und 177 SchKG).
- 639 Die Eintragung nicht eintragungspflichtiger Vereine im Handelsregister ist möglich, aber unüblich und bei den Handelsregisterbehörden unerwünscht. Denn Vereine entstehen und verschwinden oft über Nacht, haben meist keine feste Organisation und wenig kollektive

---

<sup>34</sup> Das OR verwendet bei der Regelung des Kollektiv- und Kommanditgesellschaft sowie bezüglich der Handelsregister-Eintragungspflicht der Einzelfirma den Begriff des *kaufmännischen Gewerbes*. Im vorliegenden Skript wird statt dessen gleichbedeutend, aber moderner der Begriff des *kaufmännischen Unternehmens* verwendet.

Disziplin, sodass der Verkehr mit dem Handelsregister nur sporadisch gepflegt wird, die Handelsregistereinträge meist überholt und ungültig sind und für das Amt lediglich Arbeit ohne eigentlichen Nutzen entsteht.

## 2. Vereinigungsfreiheit und Vereinsautonomie

- 640 Die beiden Begriffe der *Vereinigungsfreiheit* und der *Vereinsautonomie* können folgendermassen voneinander abgegrenzt werden:
- 641 *Vereinigungsfreiheit* heisst die verfassungsrechtlich garantierte Freiheit der Bürgerinnen, sich in Vereinen zusammenzuschliessen. Vereinigungsfreiheit ist Gründungsfreiheit und als solche ein Ausfluss aus der verfassungsrechtlich garantierten Versammlungsfreiheit.
- 642 Diese in Art. 23 BV und Art. 11 EMRK garantierte Freiheit gehört dem öffentlichen Recht an; sie definiert das Verhältnis zwischen Bürgerin und Staat. Sie ist ein wichtiges politisches Freiheitsrecht. Das ZGB unterstützt diese Vereinigungsfreiheit dadurch, dass es die Gründung von Vereinen ohne Formalitäten (ohne notariellen Errichtungsakt, ohne Handelsregistereintragung) zulässt.
- 643 *Vereinsautonomie* heisst die in der Privatrechtsordnung begründete Freiheit des Vereins, seine Organisation selber zu regeln und seine Beschlüsse autonom zu fassen. Selbst fundamentale Beziehungen zwischen Verein und Mitglied wie etwa die Frage des Ausschlusses sind der Kognition des Richters weitgehend entzogen. Auch kann sich der Verein nicht rechtswirksam an eine Statutenbestimmung binden, wonach Vereinsbeschlüsse dem Einspracherecht einer Behörde oder der Genehmigung eines Zentralverbandes untergeordnet wären.

## 3. Organisation

- 644 Das Gesetz schreibt lediglich zwei Organe vor, nämlich als oberstes ("Legislativ-")Organ die *Vereinsversammlung* (meist Mitgliederversammlung genannt) und als oberstes Exekutivorgan den *Vorstand*.

## 4. Aufteilung der "Legislativ"-Kompetenzen auf mehrere Organe

- 645 Bei grossen Vereinen ist es üblich, eine differenziertere Organisation zu treffen. So lässt die Rechtsprechung seit BGE 48 II 156 zu, die Vereinsversammlung durch eine *Delegiertenversammlung* zu ersetzen. Delegiertenversammlungen sind praktisch unumgänglich, wenn die Grösse des Vereins die Einberufung einer repräsentativen Anzahl von Einzelmitgliedern an einem Ort zu einer Zeit nicht mehr erlaubt, wie dies bei Organisationen wie PRO NATURA, ACS, TCS und SAC der Fall ist. Wenn eine Delegiertenversammlung geschaffen wurde, dann steht das Stimmrecht nicht mehr den einzelnen Vereinsmitgliedern, sondern den von diesen nominierten Delegierten zu. Das Mitwirkungsrecht des Vereinsmitglieds beschränkt sich in diesem Falle auf die Wahl von Delegierten. Der Delegiertenversammlung stehen die gleichen Befugnisse wie der Vereinsversammlung zu. Auch das gesetzliche Einberufungsrecht gemäss Art. 64 Abs. 3 ZGB findet auf die Delegiertenversammlung analoge Anwendung: Statt eines Fünftels der Vereinsmitglieder steht das Einberufungsrecht hier einem Fünftel der Delegierten zu.

## 5. Die Vereinsversammlung (Mitgliederversammlung)

### a) Einberufung der Vereinsversammlung

- 646 Die Vereinsversammlung wird vom Vorstand einberufen (Art. 64 Abs. 2 ZGB). Die Statuten bestimmen, wann und in welcher Form zu einer Vereinsversammlung einzuladen ist. Es besteht keine Pflicht zur Abhaltung einer jährlichen Vereinsversammlung. Zwingend ist jedoch die Bestimmung von Art. 64 Abs. 3 ZGB, wonach ein Fünftel der Mitglieder die Einberufung einer Vereinsversammlung jederzeit verlangen kann.
- 647 Die Mitglieder, die vom Vorstand die Abhaltung einer Vereinsversammlung verlangen wollen, müssen ihr Begehren an den Vorstand richten. Sie können nicht aus eigener Kompetenz zu einer Versammlung aufbieten. Bleibt der Vorstand trotzdem passiv, so müssen die Mitglieder das zuständige Gericht anrufen. In diesem Falle wird der angerufene Richter dem untätig gebliebenen Vorstand eine kurze Frist setzen und anschliessend gegebenenfalls selber die Vereinsversammlung in geeigneter Weise einberufen. (Die eigenmächtige Einberufung der Vereinsversammlung durch einen Fünftel der Mitglieder ist bereits nach dem Wortlaut von Art. 64 Abs. 3 ZGB ausgeschlossen: Die Mitglieder haben lediglich die Befugnis, die Einberufung zu "verlangen", nicht dagegen, sie selber vorzunehmen. Diese Regelung ist sachlich notwendig, da es nicht angehen kann, dass verschiedene Mitgliedergruppen in wildem Durcheinander vielleicht auf den gleichen Zeitpunkt, aber an verschiedenen Orten, Mitgliederversammlungen des gleichen Vereins einberufen. Die Einberufungskompetenz muss in einer einzigen Hand liegen, nämlich primär in derjenigen des Vorstandes oder, wenn er untätig bleibt, in derjenigen des Zivilrichters am Sitz des Vereins.)
- 648 Art. 67 Abs. 3 ZGB sieht für die Einberufung der Vereinsversammlung eine *Traktandierungspflicht* vor: Alle Themen, über die an der Vereinsversammlung ein Beschluss gefasst werden soll, müssen in der Einladung "*gehörig angekündigt*" werden. Allerdings können die Statuten den Vorstand von dieser Traktandierungspflicht dispensieren.
- 649 Die Traktandierungspflicht soll verhindern, dass Vereinsmitglieder in Unkenntnis der Wichtigkeit der Traktanden von einer Mitgliederversammlung fernbleiben oder dass sie im Falle ihrer Anwesenheit an der Versammlung überrumpelt werden.
- 650 Der Grad der Konkretisierung, mit welchem die einzelnen Traktanden in der Einladung vom Vorstand angegeben werden müssen, ist zu beurteilen im Lichte des *Schutzes der Abwesenden*. Die Traktandierung muss mindestens so konkret erfolgen, dass ein Vereinsmitglied erkennen kann, ob ihm die Teilnahme an der Versammlung wichtig ist oder ob es fernbleiben kann. Dies bedeutet, dass bei beabsichtigten Statutenänderungen zumindest der Artikel in der Einladung angegeben werden muss, der geändert werden soll. Soll über den Ausschluss eines Vereinsmitgliedes Beschluss gefasst werden, so ist zumindest bei kleinen Vereinen dessen Name anzugeben. Bei grossen Vereinen mit Tausenden von Mitgliedern kann die Namensnennung persönlichkeitsverletzend sein, wenn sie nicht durch die Zustimmung des betreffenden Mitgliedes gerechtfertigt ist.
- 651 Der Vorstand genügt seiner Traktandierungspflicht, wenn er ein Wahlgeschäft als solches ankündigt (beispielsweise: "*Neuwahl des Vorstands*" oder "*Ergänzungswahl in den Vorstand*"). Es ist nicht erforderlich, dass in der Einladung bereits die Namen jener Kandida-

tinnen angegeben werden, die der Vorstand den Mitgliedern zur Wahl vorzuschlagen gedenkt<sup>35</sup>.

- 652 Über Themen, die nicht bereits in der Einladung traktandiert waren, kann anlässlich der Vereinsversammlung zwar beraten, nicht aber Beschluss gefasst werden. Daraus ergibt sich, dass unter dem üblichen Schlusstraktandum "*Varia*" oder "*Diverses*" keine Beschlüsse gefasst werden dürfen.
- 653 Sind sämtliche Vereinsmitglieder anwesend und wird kein Widerspruch erhoben, dann können die Einberufungs- und Traktandierungsformalitäten ausser Acht gelassen werden. Mit anderen Worten kann sich die Gesamtheit der Vereinsmitglieder, die zufälligerweise am gleichen Orte versammelt ist, ohne Vorbedingungen als Vereinsversammlung konstituieren und, wenn sämtliche Mitglieder anwesend sind, sich zugleich als "Universalversammlung" konstituieren, was den Verzicht auf sämtliche Einberufungsformalitäten einschliesslich der Traktandierungsformalitäten in sich schliesst<sup>36</sup>.
- 654 Das Beschlussfähigkeitsquorum besteht anlässlich der Versammlung nur so lange, als die entsprechende Anzahl von Mitgliedern tatsächlich anwesend ist. Die Universalversammlung ist nur so lange eine Universalversammlung, als sämtliche Vereinsmitglieder tatsächlich anwesend sind. Sehen die Statuten für bestimmte Beschlüsse ein Quorum, beispielsweise die Anwesenheit von mindestens 50 % des Vereinsmitglieder vor und sind von einem 100köpfigen Verein gerade 50 Mitglieder anwesend, so kann jedes Mitglied durch seinen Weggang von der Versammlung mit unverzüglicher Wirkung die Beschlussunfähigkeit herbeiführen. Stillschweigender Weggang ohne ausdrückliche Bekanntgabe zu Protokoll wird bei grossen Versammlungen in der Regel aber als Stimmenthaltung interpretiert; hier wird die Zahl der anwesenden Stimmen zu Beginn ein einziges Mal ermittelt und die Beschlussfähigkeit festgestellt. Will eine Gruppe von Mitgliedern im Verlaufe der Versammlung die Beschlussunfähigkeit herbeiführen bzw. die Versammlung sprengen, dann muss sie ihren Weggang aus dem Versammlungslokal ausdrücklich bekannt geben.

## b) Durchführung der Vereinsversammlung

- 655 Das ZGB regelt die Durchführung der Vereinsversammlung nur rudimentär in den Art. 66-68. Einzelne dieser Bestimmungen sind überdies dispositiv, d.h. sie können durch eine abweichende Regelung in den Vereinsstatuten ersetzt werden. Zu diesen dispositiven Gesetzesnormen gehört Art. 67 Abs. 1, wonach alle Mitglieder in der Vereinsversammlung das gleiche Stimmrecht haben (Kopfstimmrecht, 1 Mitglied = 1 Stimme). Die Statuten können es anders regeln und den Mitgliedern verschiedenes Stimmengewicht zuordnen, beispielsweise den Mitgliedern eines Arbeitgebervereins eine Stimmkraft gemäss Umsatz oder Marktanteil jeder angeschlossenen Unternehmung.
- 656 Dispositiv ist auch Art. 67 Abs. 2, wonach "*Vereinsbeschlüsse mit Mehrheit der Stimmen der anwesenden Mitglieder gefasst*" werden. Diese Regel wird mit dem Stichwort des "**absoluten Mehrs**" gekennzeichnet, was bedeutet, dass der Beschluss nur dann zustande kommt, wenn die Mehrheit der anwesenden Stimmberechtigten JA stimmt. Faktisch bedeutet dies, dass die Stimmkraft der Stimmenthalter wie Nein-Stimmen zählen.

---

<sup>35</sup> Anders verhält es sich bei der Aktiengesellschaft, wo seit 1.07.1992 nicht nur die Traktanden, sondern auch die im Zeitpunkt des Einladungsversandes bereits feststehenden Anträge des Verwaltungsrates in der Einladung bekannt gegeben werden müssen; vgl. Art. 700 Abs. 2 OR.

<sup>36</sup> Für die Aktiengesellschaft ist die Universalversammlung in Art. 701 OR, für die Genossenschaft in Art. 884 OR ausdrücklich geregelt.

- 657 Um dies zu verdeutlichen, sei ein Verein mit 100 Mitgliedern angenommen, zu dessen Mitgliederversammlung sich 44 Personen eingefunden haben. Die Versammlungsvorsitzende stellt einen Antrag zur Abstimmung und führt die offene Abstimmung mit folgenden Abstimmungsfragen durch: "*Wer dem Antrag zustimmen möchte, soll bitte die Hand erheben!*" - die Stimmzähler zählen 23 erhobene Hände - "*wer den Antrag ablehnen möchte, soll die Hand erheben*" - man zählt 16 erhobene Hände. Zum Schluss fragt die Vorsitzende korrekterweise: "*Wer sich der Stimme enthalten möchte, soll bitte die Hand erheben!*" - man zählt 5 Stimmen. Die Vorsitzende sagt: "*Ich stelle fest, dass der Antrag gutgeheissen worden ist, und zwar mit 23 Ja-Stimmen gegen 16 Nein-Stimmen bei 5 Enthaltungen.*" - (Die dritte Frage nach den Stimmenthaltungen wird in der Praxis häufig weggelassen; sie ist nicht zwingend erforderlich.)
- 658 Hätten 22 Anwesende zugestimmt, 16 Anwesende abgelehnt 6 Stimmenthaltung geübt, so wäre das absolute Mehr nicht erreicht gewesen. Das hätte die Ablehnung des Antrags bedeutet.
- 659 In grossen Versammlungen mit Hunderten von Anwesenden kann das Auszählen zeitaufwendig werden. Wann immer klare Mehrheiten im Saal bestehen, darf das Verfahren vereinfacht werden. Die Vorsitzende bittet jene Anwesenden, die dem Antrag zustimmen, die Hand zu erheben und verwendet dann etwa folgende Worte: "*Ich sehe - das ist die überwiegende Mehrheit - Gegenmehr?*" - worauf einige wenige Hände in die Höhe gehen - "*Stimmenthaltungen?*" - nochmals einige erhobene Hände - "*ich stelle fest, dass der Antrag mit überwiegendem Mehr bei wenigen Nein-Stimmen und Enthaltungen angenommen worden ist.*" - Diese Feststellung wird dann ins Versammlungsprotokoll geschrieben und dokumentiert den gültig gefassten Vereinsbeschluss.
- 660 Das vereinfachte Verfahren mit dem Verzicht auf die Auszählung ist zulässig, wenn die Mehrheitsverhältnisse für alle Anwesenden von blosserem Auge klar erkennbar sind. Auch hier wird grundsätzlich das absolute Mehr ermittelt, aber es wird darauf verzichtet, die genaue Anzahl der Anwesenden und der verschiedenen Stimmenden zu ermitteln.
- 661 Erlauben die Statuten die Beschlussfassung mit *relativem Mehr*, so genügt relativ zu den Nein-Stimmen eine Mehrheit von Ja-Stimmen. Die Stimmthalter werden in diesem Falle ignoriert bzw. wie Abwesende behandelt. Hätte im vorherigen Beispiel gemäss den Vereinsstatuten das relative Mehr genügt, so wäre bei 44 Anwesenden der Antrag bereits dann gutgeheissen gewesen, wenn zwei Personen zugestimmt, eine Person ablehnt und 41 Personen sich der Stimme enthalten hätten. Dies macht deutlich, dass die Zulassung des relativen Mehrs bei Versammlungsbeschlüssen keine naheliegende Regelung ist.
- 662 Das ZGB verlangt für die Vereinsversammlung keine *Protokollierung*. Üblich ist mindestens ein Beschlussprotokoll, d.h. die schriftliche Aufzeichnung der gefassten Beschlüsse unter Angabe des jeweiligen Abstimmungsergebnisses (Anzahl Ja/Nein-Stimmen und Enthaltungen bzw. "*mit überwiegendem Mehr*"). - Wird ein Protokoll geführt, so ist es die Grundlage bei einer allfälligen gerichtlichen Anfechtung von Vereinsbeschlüssen.
- 663 Die *Protokollgenehmigung* in der darauffolgenden Sitzung/Versammlung ist in den meisten Vereinsvorständen, AG-Verwaltungsräten und in den Vereinsversammlungen und Aktionärsversammlungen kleiner Vereine und Aktiengesellschaften üblich, rechtlich aber nicht erforderlich. Routinemässig wird jede Sitzung mit dem ersten Traktandum "*Genehmigung des Protokolls der vorhergehenden Sitzung*" begonnen. Wo Protokolle genehmigt werden, bezieht sich der Genehmigungsbeschluss auf die blosse Textkontrolle, nicht auf die protokollierten Beschlüsse. Wer in der vergangenen Sitzung Nein gestimmt

hat, kann also bedenkenlos das Protokoll genehmigen, sofern es sein Nein richtig wiedergibt.

- 664 Das ZGB verlangt für die Beschlussfähigkeit der Vereinsversammlung kein *Präsenzquorum*, also keinen Mindestprozentsatz der Vereinsmitglieder, welcher anwesend sein muss, damit Beschlüsse gültig gefasst werden können.
- 665 Terminologisch ist zu unterscheiden zwischen dem Begriff des (*Präsenz-*)*Quorums*<sup>37</sup>, d.h. der von Gesetz oder Statuten verlangten *Mindestprozentzahl sämtlicher Vereinsmitglieder* als Voraussetzung der Beschlussfähigkeit, und dem *qualifizierten Mehr*, d.h. jener vom Gesetz oder von den Statuten verlangten *Mehrheit der Anwesenden*, die für das Zustandekommen eines Beschlusses Ja stimmen muss. Das ZGB verlangt für Vereins- und Vereinsvorstandsbeschlüsse keine qualifizierten Mehrheiten. Hingegen findet sich das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit im Aktienrecht, nämlich Art. 704 OR<sup>38</sup>, für die sogenannten "*wichtigen Beschlüsse*".

### c) Exkurs: Urabstimmung und Zirkularbeschluss

- 666 Eine Besonderheit des Vereinsrechts ist die Zulässigkeit der *Urabstimmung*, d.h. der schriftlichen Beschlussfassung der Vereinsmitglieder auf dem Korrespondenzweg. Die Urabstimmung verunmöglicht eine Einflussnahme auf die Willensbildung der Vereinsversammlung in lebendiger Diskussion. Sie hat als Vehikel der Beschlussfassung demzufolge den Charakter des Notbehelfs. Beschlüsse kommen in der Urabstimmung mit einfachem Mehr der Stimmen zustande.
- 667 Keine Urabstimmung, sondern die einstimmige schriftliche Zustimmung sämtlicher Vereinsmitglieder zu einem Antrag ist das in Art. 66 Abs. 2 ZGB erwähnte Verfahren. Dieses Verfahren wird in der Praxis nie angewendet. Die schriftliche Zustimmung sämtlicher Vereinsmitglieder ist aus praktischen Gründen höchstens bei ganz kleinen Vereinen denkbar. Bei solchen kleinen Vereinen pflegt die Beschlussfassung ganz formlos vor sich zu gehen.
- 668 Die Stimmrechtsausübung durch bevollmächtigte Stellvertreter kommt in Vereinsversammlungen kaum vor, obgleich dieses Verfahren nicht strikte verboten ist. Stimmrechtsausübung in der Vereinsversammlung durch bevollmächtigte Stellvertreter muss beim Verein dann als zulässig gelten, wenn sie in den Statuten ausdrücklich vorgesehen ist und wenn sie sich im Einzelfall auf konkrete Traktanden beschränkt (Abgabe der Stimme zu einem bestimmten Traktandum, Wahl eines bestimmten Mitgliedes in den Vorstand). Es kann sich also nicht die Beamtin X., die einer nach Art. 60 ZGB organisierten Beamtenvereinigung angehört und sich für zwei Jahre ins Ausland begibt, während all dieser Zeit durch ihre Schwester vertreten lassen.

---

<sup>37</sup> Das lateinische Relativpronomen "*quorum*" heisst auf Deutsch "derer", auf Französisch "dont". Gemeint ist im vorliegenden Zusammenhang die Anzahl der Vereinsmitglieder, "derer" Anwesenheit für die Beschlussfähigkeit nötig ist (*numerus sociorum quorum praesentia oportet - le nombre des associés dont la présence est nécessaire*).

<sup>38</sup> "*Wichtige Beschlüsse*. - Ein Beschluss der Generalversammlung, der mindestens 2/3 der vertretenen Stimmen und die absolute Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte auf sich vereinigt, ist erforderlich für ...". - Da sich sowohl das 2/3-Erfordernis als auch das Erfordernis der absoluten Mehrheit auf die in der Versammlung *vertretenen* Aktien, d.h. auf die zufälligerweise Anwesenden, nicht auf die Gesamtzahl der Aktionäre bezieht, liegt in der Vorschrift von Art. 704 OR ein qualifiziertes Mehrheitserfordernis, kein Quorumserfordernis.

- 669 Die *Stimmrechtsregelung* ist bei der AG anders als beim Verein: Bei der AG ist die Urabstimmung unzulässig, wogegen die Stimmrechtsausübung durch bevollmächtigte Stellvertreter erlaubt und bei grossen Aktiengesellschaften die Regel ist. Bei Aktiengesellschaften wird die Bevollmächtigung meist ohne zeitliche Beschränkung und ohne inhaltliche Instruktion an die Stellvertreterin (häufig an eine Bank) erteilt. Diese Regelung hat bei der AG ihren Grund darin, dass die AG nach der Idee des Gesetzgebers nicht personenbezogen ist, d.h. dass es auf die Persönlichkeit und Individualität der einzelnen Aktionäre nicht ankommt, sodass es keine Rolle spielt, ob an der Generalversammlung die Aktionäre persönlich, oder ob unbekannte Stellvertreter erscheinen.
- 670 Bei *kleinen Aktiengesellschaften*, bei welchen die Aktionäre an der Generalversammlung unter sich bleiben und nicht mit fremden Bevollmächtigten (Bankenvertretern, Rechtsanwälten, Treuhändern) zu tun haben möchten, ist es üblich, in die Statuten den Satz zu schreiben, dass sich ein Aktionär an der Generalversammlung "*nur durch einen anderen Aktionär*" vertreten lassen kann. Diese Beschränkung der Stellvertretungsmöglichkeit in der AG ist zulässig.
- 671 Bei der *GmbH*, die im Gegensatz zur AG vom Gesetzgeber als kleine, personenbezogene juristische Person konzipiert ist, ist die Urabstimmung zulässig (Art. 805 Abs. 4 OR). Die Stellvertretung in der Gesellschafterversammlung ist ebenso zulässig wie in der Aktiengesellschaft (Art. 805 Abs. 5 Ziff. 8 OR).
- 672 Bei der *Genossenschaft* ist die Urabstimmung der Genossenschafter vom Gesetz ausdrücklich vorgesehen (Art. 855, 856, 880, 885, 888 Abs. 1, 891 Abs. 1 OR). Die Stimmrechtsausübung in der Generalversammlung durch bevollmächtigte Stellvertreter wird durch Art. 886 Abs. 1 OR ausdrücklich erlaubt, jedoch mit der Beschränkung, dass kein Bevollmächtigter mehr als *einen* Genossenschafter vertreten kann. Diese Regelung entspricht dem strikten Kopfstimmrecht (ein Genossenschafter = eine Stimme) des Art. 885 OR.
- 673 In den **Exekutivorganen** sämtlicher juristischer Personen ist die *Stellvertretung unzulässig*. Wer als Vorstandsmitglied, Stiftungsratsmitglied oder Verwaltungsratsmitglied nicht selber zur Sitzung erscheint, kann seine Stimme nicht durch einen bevollmächtigten Stellvertreter zum Ausdruck bringen, sondern bleibt bei der betreffenden Sitzung für die Zählung der Präsenz und die Zählung der abgegebenen Stimmen unberücksichtigt.
- 674 Dagegen ist in den Exekutivorganen die schriftliche Beschlussfassung auf dem Korrespondenzweg als subsidiäre Methode zulässig. Hier spricht man nicht von der "Urabstimmung", sondern vom "*Zirkularbeschluss*"<sup>39</sup>. Die Beschlussfassung auf dem Zirkularweg ist insofern subsidiär, als sie usanzgemäss ein hundertprozentiges Teilnahme-Quorum erfordert: Verlangt ein Mitglied die mündliche Behandlung und verweigert es also seine Teilnahme am Zirkularbeschluss, dann muss das Traktandum an einer Sitzung behandelt werden. Das Gleiche gilt, wenn ein Mitglied gar nicht erreichbar ist. Hingegen gelten für Zirkularbeschlüsse keine besonderen Mehrheitserfordernisse. Wenn sämtliche Organmitglieder mit der Beschlussfassung auf dem Zirkularweg einverstanden sind, dann kommt

---

<sup>39</sup> Der Begriff des Zirkularbeschlusses entspricht der Vorstellung, dass ein einziges Dokument mit dem Beschlusstext auf dem Korrespondenzweg zirkuliert und von den einzelnen Beteiligten der Reihe nach unterzeichnet wird. Heute werden Zirkularbeschlüsse in der Regel so gefasst, dass der Präsident je eine Fotokopie des Beschlusstextes an sämtliche Vorstands- oder Verwaltungsratsmitglieder aussendet und um Unterzeichnung und Rücksendung bittet. Der Zirkularbeschluss ist in diesem Falle in einem Bündel von Papieren verkörpert. - In Deutschland ist der Begriff des Zirkularbeschlusses nicht gebräuchlich. Stattdessen wird vom Umlaufbeschluss geredet.



der Beschluss mit jenem Mehr zustande, mit dem er auch bei mündlicher Beschlussfassung zustande käme<sup>40</sup>.

## 6. Der Vorstand

675 Der Vorstand ist das oberste Exekutivorgan des Vereins. Ihm kommt die Aufgabe zu, die Angelegenheiten des Vereins zu besorgen und den Verein nach aussen zu vertreten, und zwar nach Massgabe der Statuten und allfälliger Vereinsbeschlüsse, sofern die Statuten eine einschlägige Vorschrift enthalten oder die Vereinsversammlung einen einschlägigen Beschluss gefasst hat.

### a) Bestellung und Konstituierung des Vereinsvorstandes

676 Nach dispositiver Gesetzesvorschrift wird der Vorstand von der Vereinsversammlung gewählt (Art. 65 Abs. 1 ZGB). Die Statuten können eine andere Regelung, z.B. Kooptation<sup>41</sup>, vorsehen. Sie können die Zugehörigkeit zum Vorstand durch die Umschreibung gewisser sachlicher Voraussetzungen bestimmen, so z.B. den Inhaber einer bestimmten Funktion als Präsidenten bezeichnen (*"Präsident des Vereins für Denkmalpflege ist der jeweilige Präsident der Staatlichen Stadtbildkommission"; "Präsidentin des Gönnervereins der Musikakademie ist der jeweilige Institutsleiter der Abteilung Musikschule"*). Die Wahlbefugnis kann in den Statuten auch in anderer Weise abweichend von demokratischen Regeln geordnet werden. So kann vorgeschrieben werden, dass ein Teil der Vorstandsmitglieder in Direktwahl durch die Vereinsversammlung, ein anderer Teil durch Vereins-Sektionen bestimmt wird. Auch vereinsfremde Personen und Institutionen können in den Statuten ermächtigt werden, Delegierte in den Vereinsvorstand zu entsenden. In den Vorstand wählbar sind sowohl Vereinsmitglieder als auch Nicht-Mitglieder<sup>42</sup>. Beschränkt handlungsfähige Personen sind wählbar, wenn die Statuten dies vorsehen und wenn die Gewählten für die wesentlichen Vorstandsgeschäfte die erforderliche Urteilsfähigkeit besitzen. So können im Vorstand eines Jugendchor-Vereins neben Elternvertretern auch minderjährige Chordelegierte mit vollem Stimmrecht mitarbeiten.

677 Die Wahl bedarf der ausdrücklichen oder stillschweigenden Zustimmung des Gewählten. Sofern die Statuten nicht das Gegenteil vorschreiben, kann die Wahlannahme auch nach dem Wahlakt erklärt werden. Wird eine abwesende Person gewählt, die von dieser Wahl nichts weiss, so erfolgt die Wahl unter der stillschweigenden Bedingung der späteren Wahlannahme<sup>43</sup>.

678 Das ZGB enthält keine Vorschriften über die Organisation des Vorstandes. Sofern die Statuten nichts anderes vorsehen, konstituiert der Vorstand sich selbst. Unter *"Selbstkonstituierung"* ist in diesem Zusammenhang die Chargenverteilung (Ämterverteilung) innerhalb des Vorstandes zu verstehen, nämlich die Wahl des Präsidenten und allfälliger weiterer Funktionsträger (Vizepräsident, Kassier, Protokollführer ["Aktuar"], Mitgliedersekretär, etc.). Vizepräsidentin heisst jene Amtsträgerin, die die Präsidentin bei deren Ver-

---

<sup>40</sup> Zur Unterscheidung der Begriffe des *Quorums* und des *qualifizierten Mehrs* vgl. Ziff. 664.

<sup>41</sup> Kooptation heisst die Berufung neuer Mitglieder eines Gremiums durch dieses Gremium selbst.

<sup>42</sup> Vgl. BGE 73 II 1 ff.

<sup>43</sup> Terminologisch ist zu unterscheiden zwischen Wahl und Ernennung. Bei der Wahl erfolgen Ausleseverfahren und Beauftragung im gleichen Akt. Bei der Ernennung wird zuerst in einer internen Willensbildung die Auslese getroffen und anschliessend an die ausgewählte Person der Auftrag erteilt. Demgemäss werden Staatsdelegierte und Arbeitgebervertreter in den Exekutivorganen von Körperschaften und Stiftungen in der Regel von Oberbehörden ernannt, während Arbeitnehmervertreter und die meisten übrigen Exekutivmitglieder von einer demokratischen Basis gewählt werden.

hinderung vertritt, ohne dass es hierzu einer besonderen Beschlussfassung des Vorstandes bedarf.

## **b) Kompetenzen des Vereinsvorstandes**

- 679 Der Vereinsvorstand beruft die Mitgliederversammlung ein, so oft dies nötig ist. Er leitet die Mitgliederversammlung und führt deren Beschlüsse aus.
- 680 Er besorgt die Geschäfte des Vereins und vertritt den Verein nach aussen, d.h. gegenüber anderen Personen. Will also der Verein einen grösseren Kauf tätigen, so kann die Mitgliederversammlung den Vorstand zum Abschluss des Kaufvertrages ermächtigen, worauf zeichnungsbefugte Vorstandsmitglieder den Kaufvertrag mit der Drittperson abschliessen. Die Mitgliederversammlung selber kann keine Kaufverträge abschliessen, sondern nur Beschlüsse fassen.

## **7. Revisionsstelle**

- 681 Vereine müssen ab 1.01.2008 (gleich wie die Aktiengesellschaften, GmbH und Genossenschaften) ihre Buchführung durch eine Revisionsstelle ordentlich prüfen lassen, wenn zwei der nachstehenden Grössen in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren überschritten werden:
- Bilanzsumme von 10 Millionen Franken,
  - Umsatzerlös von 20 Millionen Franken,
  - 50 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt.
- (Diese drei Zahlen 10/20/50 werden ab 1.01.2012 erhöht auf 20/40/250; vgl. Änderung von 17.06.2011, BBl 2011 S. 4843).

## **8. Mitgliedschaft**

- 682 Mitgliedschaft ist das zwischen dem einzelnen Mitglied und der Körperschaft bestehende Rechtsverhältnis. Es setzt sich aus einzelnen Rechten und Pflichten zusammen. Diese bestehen nur gegenüber dem Verein, nicht gegenüber andern Vereinsmitgliedern oder Dritten.
- 683 Wegen ihres persönlichen Charakters ist die Vereinsmitgliedschaft weder übertragbar noch vererblich (Art. 70 Abs. 3 ZGB); jedoch können die Statuten eine abweichende Ordnung treffen.
- 684 Mitglied eines Vereins können alle natürlichen und juristischen Personen, ferner Kollektiv- und Kommanditgesellschaften (Art. 562 und 602 OR), nicht aber einfache Gesellschaften (Art. 544 OR) sein. Handlungsunfähige Personen können die Mitgliedschaft durch die Vertretung ihrer gesetzlichen Vertreter erwerben.
- 685 Wer die Mitgliedschaft nicht als Gründer durch die Teilnahme an der Gründung und Zustimmung zu den Statuten erwirbt, wird durch spätere *Aufnahme* Mitglied. Rechtlich handelt es sich bei der Aufnahme um einen Vertrag zwischen dem Verein und dem Mitglied. Die Offerte kann vom Mitglied oder vom Verein ausgehen.
- 686 Es gibt kein Recht auf Aufnahme. Nicht-Mitglieder haben auch dann kein solches Recht, wenn es in den Statuten vorgesehen ist; denn auf die Statuten kann sich nur berufen, wer dem Verein angehört. Ausnahmen von diesem Grundsatz bestehen bei öffentlichrechtlichen Vereinen, ferner bei Kartellen und Berufsverbänden, wenn die

Nichtaufnahme auf eine kartellrechtlich unzulässige "Verweigerung von Geschäftsbeziehungen"<sup>44</sup> und damit auf eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts auf wirtschaftliche Entfaltung (Art. 28 ZGB) hinausliefe.

- 687 Bei privatrechtlichen Vereinen gibt es, im Gegensatz zu öffentlichrechtlichen Körperschaften, auch keinen Beitrittszwang und keine Mitgliedschaftspflicht.
- 688 Über die Aufnahme neuer Mitglieder entscheidet das nach den Statuten zuständige Organ. Enthalten die Statuten keine Regelung, so liegt die Aufnahmekompetenz bei der Vereinsversammlung (Art. 65 Abs. 1 ZGB).
- 689 Die Mitgliedschaft endet beim Eintritt eines der folgenden fünf Umstände:
- a) Vollständige Liquidation des aufgelösten Vereins;
  - b) Eintritt eines in den Statuten vorgesehenen Beendigungsgrundes;
  - c) Austritt des Mitgliedes;
  - d) Ausschluss des Mitgliedes;
  - e) Tod des Mitgliedes.
- 690 Häufigster Beendigungsgrund ist der freiwillige Austritt. Streitigkeiten und juristische Probleme entstehen lediglich beim Ausschluss.
- 691 Aus der Vereinszugehörigkeit erwachsen dem Mitglied besondere Rechte und Pflichten. Ohne abweichende statutarische Bestimmung besteht zwischen den Mitgliedern Rechtsgleichheit, d.h. den Vereinsmitgliedern stehen grundsätzlich die gleichen Rechte und Pflichten zu. Ungleiche Rechtsstellungen können in den Statuten zwar vorgesehen werden, müssen aber sachlich begründet sein. Üblich ist etwa eine Unterscheidungen zwischen Aktiv- und Passivmitgliedern, wobei man unter den zweitgenannten in der Regel Gönner versteht, die regelmässige Beiträge an den Verein bezahlen, ohne selber an der Vereinstätigkeit aktiv teilzunehmen. Die Mitwirkungsrechte können für einzelne Mitgliederkategorien statutarisch auf ein Minimum reduziert werden.
- 692 Die *Mitverwaltungsrechte* umfassen jene Rechte, kraft derer das Mitglied die Willensbildung des Vereins beeinflusst und an der Verwaltung des Vereins teilnimmt. Die Mitverwaltungsrechte sind unverzichtbar und unübertragbar. Sie erlöschen mit dem Ende der Mitgliedschaft. Sie können, wenn die Statuten dies vorsehen oder eine entsprechende stillschweigende Zustimmung oder Usanz im Verein besteht, durch Stellvertreter ausgeübt werden.
- 693 Wichtigstes Mitverwaltungsrecht ist das *Stimmrecht* und das damit verbundene Recht auf Information und auf Teilnahme an der Vereinsversammlung. Wenn die Statuten nichts anderes vorsehen, ist jedes stimmberechtigte Mitglied in der Vereinsversammlung individuell antragsberechtigt. Statutarische Abweichungen vom Prinzip des Kopfstimmrechts (Art. 67 Abs. 1 ZGB) sind möglich, bedürfen aber einer sachlichen Begründung im Vereinszweck.
- 694 Wenn der Verein seinen Mitgliedern Einrichtungen zur Verfügung stellt (z.B. einen Tennisplatz, ein Clubhaus) oder für seine Mitglieder Dienstleistungen erbringt (z.B. Koch-

---

<sup>44</sup> Vergleiche Kartellgesetz vom 6.11.1995, in Kraft seit 1.02.1996 (Art 18-25) und 1.07.1996 (übrige Bestimmungen); das frühere Kartellgesetz vom 20.12.1985 hatte dem Gericht in Art. 9 Abs. 2 die Möglichkeit gegeben, zur Durchsetzung des klägerischen Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs anzuordnen, dass der Kläger am Kartell mit den damit verbundenen Rechten und Pflichten zu beteiligen oder in den Verband aufzunehmen sei. Diese Bestimmung ist seit dem 1.07.1996 entfallen.

kurse veranstaltet), so steht jedem Mitglied ein *Benutzungsrecht* zu, nämlich das Recht, solche Einrichtungen und Dienstleistungen zu benutzen, eventuell gegen Bezahlung eines Entgeltes.

- 695 Die Benutzungsrechte unterstehen wie die übrigen statutarischen Rechte dem Mehrheitsprinzip und können durch Vereinsbeschluss beschränkt oder entzogen werden, unter Vorbehalt des Gleichbehandlungsgrundsatzes, welcher abgestufte Beschränkungen der Benutzungsrechte nur gemäss sachlichen Kriterien zulässt. So können die Statuten eines Sportvereins gewisse Einrichtungen den Fortgeschrittenen vorbehalten und Anfänger davon ausschliessen.
- 696 Art. 75 ZGB gewährt den Vereinsmitgliedern sodann *Schutzrechte*, nämlich den gerichtlichen Schutz gegen die *Umwandlung des Vereinszwecks* sowie gegen die *Verletzung der Statuten und des Gesetzes*.
- 697 Konkret bedeutet dies, dass das Vereinsmitglied insbesondere in folgenden Fällen den Richter anrufen und die nachgenannten *Klagebegehren* stellen kann:
- Bei einem Beschluss, durch welchen der Vereinszweck "umgewandelt", d.h. grundlegend geändert, wurde: *auf Aufhebung des Beschlusses* (Gestaltungsklage);
  - Bei einem Beschluss, bei dessen Zustandekommen es Verfahrensfehler gab, sofern diese Fehler das Ergebnis zum Nachteil des klagenden Mitgliedes beeinflusst haben: *auf Aufhebung des Beschlusses* (Gestaltungsklage);
  - Bei einem Beschluss und bei anderen Rechtsakten des Vereins, die inhaltlich eine Verletzung von Statuten- oder Gesetzesvorschriften darstellen: *auf Aufhebung des Beschlusses* (Gestaltungsklage) *oder auf Feststellung der Nichtigkeit des Beschlusses* (Feststellungsklage).
- 698 Anfechtungsgegenstand können nur *Beschlüsse* sein. Andere Rechtsgeschäfte, z.B. Verträge, die der Verein mit Mitgliedern oder mit Dritten abschliesst, sind der Anfechtungsklage gemäss Art. 75 ZGB entzogen.
- 699 Art. 74 ZGB regelt den *Schutz des Vereinszwecks*. Demgemäss kann die *Umwandlung des Vereinszweckes* keinem Mitgliede aufgenötigt werden. Jedes Mitglied hat ein sog. wohlerworbenes, d.h. unentziehbares subjektives Recht auf die Beibehaltung des Vereinszwecks.
- 700 Wichtigste *Mitgliedschaftspflicht* ist die *Beitragspflicht*. Beiträge können von den Mitgliedern aber nur verlangt werden, sofern die Statuten dies vorsehen (Art. 71 ZGB).

## **B. Die Stiftung (Art. 80-89bis ZGB)**

### **1. Begriff**

- 701 Stiftung heisst die einem anfänglich festgelegten Zweck dienende Rechtsträgerin, an der es weder Eigentums- noch Mitgliedschaftsrechte gibt. Die Stiftung gehört - einfach gesagt - sich selber.
- 702 Das Exekutivorgan (meist Stiftungsrat genannt) verwaltet das Stiftungsvermögen und erbringt daraus die Stiftungsleistungen. Da die Stiftung keine Mitglieder hat, ist sie keine Körperschaft, sondern fällt unter den Begriff der *Anstalt*.

- 703 Bezweckt eine Stiftung die Ausrichtung von Leistungen an einen bestimmten Personenkreis, so heissen diese Personen *Destinatäre* oder *Begünstigte*.
- 704 Die Stiftung ist die geeignete Rechtsform, um das von einem Stifter für langfristige, oft gemeinnützige Zwecke gewidmete Vermögen zu verwalten und aus diesem Vermögen und seinem Ertrag die vom Stifter gewollten Tätigkeiten zu entfalten.
- 705 Das Sich-selber-Gehören der Stiftung macht diese Rechtsform aber auch geeignet als Rechtsträgerin von Institutionen, auf die niemand einen Eigentümer-Einfluss nehmen soll. Man denke an Stiftungen wie etwa die *Schweizerische Akademie der medizinischen Wissenschaften*, die *Musikakademie der Stadt Basel* oder die *Stiftung Basler Orchester*.

## 2. Staatliche Aufsicht

- 706 Die bei den anderen juristischen Personen durch Eigentümer oder Mitglieder ausgeübte Kontrolle der Exekutivorgane und ihrer Geschäftsführung ist bei der Stiftung ersetzt durch die staatliche Aufsicht. Zweckänderung und Aufhebung der Stiftung erfolgen durch staatlichen Akt, nicht auf dem Wege der Ausübung privater Eigentümer- und Mitgliedschaftsrechte.
- 707 Keiner staatlichen Aufsicht und Mitwirkung unterstehen die kirchlichen Stiftungen und die Familienstiftungen.

## 3. Typen von Stiftungen

- 708 Der Gesetzgeber des ZGB hatte ursprünglich einen Stiftungstyp im Auge, der heute zuweilen als *klassische Stiftung* bezeichnet wird. Solche Stiftungen verwalten und verwenden ein vom Stifter gewidmetes (Anfangs-)Vermögen gemäss dem vom Stifter ein- für allemal formulierten Stiftungszweck. Das Stiftungsvermögen setzt sich typischerweise aus börsengängigen Wertpapieren und Renditeliegenschaften zusammen.
- 709 *Unternehmensstiftungen* heissen Stiftungen, die nicht ein Wertschriften- oder Immobilienvermögen verwalten, sondern die selber unternehmerisch tätig sind, etwa indem sie eine Schule oder ein Spital betreiben.
- 710 *Holdingsstiftungen* heissen Stiftungen, die wesentliche Beteiligungen an Kapitalgesellschaften halten und auf diese Gesellschaften einen kontrollierenden Einfluss ausüben können.
- 711 Die wichtigste Kategorie von Stiftungen in der Schweiz sind die *Personalvorsorgestiftungen*. Die meisten Pensionskassen sind als Stiftungen ausgestaltet.
- 712 Das Stiftungsrecht des ZGB ist ausgelegt auf die klassischen Stiftungen. Für die Personalvorsorgestiftungen gibt zahlreiche zusätzliche Vorschriften im Bundesgesetz über die berufliche Vorsorge (Berufsvorsorgegesetz, abgekürzt BVG). Holding- und Unternehmensstiftungen gelten als atypisch. Sie werden neuerdings in einer Weise besteuert, die die Wahl einer Stiftung als oberste Dach einer Unternehmensgruppe unattraktiv macht.

## 4. Zulässige Stiftungszwecke

- 713 Stiftungen müssen von Gesetzes wegen nicht notwendigerweise einen gemeinnützigen Charakter haben.

## Zweiter Teil des ZGB: Familienrecht (Art. 90-456)

### 1. Allgemeines

- 714 Der zweite von den vier Teilen des ZGB, das Familienrecht (Art. 90-456) befasst sich mit der Familie als Lebensgemeinschaft, d.h. mit den Beziehungen zwischen Ehegatten und ihren Kindern. Die Familie wird hier verstanden als eine Institution, die in erster Linie der individuellen Wohlfahrt der Ehegatten und ihrer Kinder dient.
- 715 Das Familienrecht befasst sich in seinem ersten Teil mit dem Eherecht (Eheschliessung, Ehescheidung und eheliches Güterrecht). In der privatrechtlichen Praxis von Rechtsanwältinnen und Gerichten macht die Ehescheidung heute rund ein Viertel des gesamten Arbeitsvolumens aus. Dass Ehen auflösbar sein müssen, entspricht heute allgemeiner Überzeugung. Dass dies nur in einem relativ aufwendigen Gerichtsverfahren geschehen kann, wird mancherorts hingegen nicht mehr verstanden und dürfte einer der Gründe sein, aus dem manche zusammenlebenden Partner vom formellen Eheschluss absehen.
- 716 Im ehelichen Güterrecht ist die Ehefrau seit dem 1.1.1988 in jeder Beziehung dem Manne gleichgestellt.
- 717 Bereits 1975 war das ausserehelich geborene Kind dem ehelichen erbrechtlich gleichgestellt worden - auch dies ein Schritt in Richtung individueller Rechtsgleichheit, weg von der Stammhalterschaft der ehelichen Abkömmlinge.
- 718 Schliesslich verdient in diesem Zusammenhang Erwähnung, dass die Adoption gemäss Art. 264 ZGB (in der seit 1.4.1973 geltenden Fassung) als eine Einrichtung verstanden wird, die ausschliesslich *um des Kindeswohles willen* besteht. In früheren Zeiten hatte die Adoption vor allem dazu gedient, die soziale Stellung einer Familie beim Fehlen männlicher Nachkommen generationenüberdauernd zu erhalten.
- 719 Von den familienrechtlichen Institutionen sind an dieser Stelle die Ehe und die Güterstände näher zu beschreiben und in ihrer sozialen Bedeutung zu würdigen.

### 2. Die Institution der Ehe im Wandel der Anschauungen

- 720 Zentrale Institution des schweizerischen Familienrechts ist die *Ehe*. Die Zielvorstellung des Gesetzgebers geht dahin, dass menschliche Fortpflanzung nur innerhalb der Ehe geschehen soll. Die rechtliche Steuerung des Fortpflanzungsverhaltens wurde in vergangenen Jahrhunderten durch strenge gesellschaftliche Ächtung des ausserehelichen Zusammenlebens und durch rechtlich geordnete Eheverbote angestrebt. Damals war es Personen, denen das Heiraten verboten war, nur unter dem Risiko gesellschaftlicher Ächtung möglich, sich fortzupflanzen.
- 721 Von den alten Eheverboten (die z.B. vermögenlose Personen, Knechte und Mägde sowie Geisteskranke betrafen) haben sich im heutigen Zivilgesetzbuch nur die sogenannten *Ehehindernisse* erhalten: Nahe Verwandte dürfen nicht miteinander heiraten (Art. 95 ZGB). Im übrigen gilt die Ehefreiheit heute als verfassungsmässige Freiheit. Sie wird garantiert in Art. 14 BV: *"Das Recht auf Ehe und Familie ist gewährleistet."*
- 722 Welches sind die *Charakteristika* der Ehe? - Im Institut der Ehe, wie es sich im schweizerischen Recht noch heute findet, äussert sich der Anspruch der Gesellschaft, Fortpflanzung nicht ausschliesslich dem privaten Entscheid der Beteiligten zu überlassen, sondern

sie in einen öffentlichen Rahmen zu stellen. Ehe ist das öffentlich abgegebene, ehemals vor Gott, heute vor dem Staat bezeugte Versprechen lebenslänglicher gegenseitiger Treue und Beistandschaft. Da der Eheschluss in einem öffentlichen Verfahren vor dem Zivilstandsbeamten erfolgt, kann die Ehe auch nur durch ein staatliches Verfahren aufgehoben ("geschieden") werden.

723 Neben der Öffentlichkeit, dem ersten Hauptmerkmal der Ehe, hat sie drei weitere Merkmale:

- Treuepflicht (strikte Monogamie);
- Lebenslänglichkeit;
- starke wirtschaftliche gegenseitige Bindung der Partner.

724 Manche Zeitgenossen halten das Ziel der lebenslänglichen Treue für verfehlt, und zwar nicht bloss in resignierendem Sinne angesichts der vielen Ehescheidungen, sondern aufgrund einer Umbesinnung auf neue Werte. Die Treue wird bejaht, aber nicht unbedingt auf Lebenszeit, sondern für so lange, als eine menschliche Beziehung lebendig ist, welche der Treue Sinn und Rechtfertigung gibt. Mit der gestiegenen Lebenserwartung hat die lebenslängliche Treuepflicht auch eine neue zeitliche Dimension angenommen. Während in vergangenen Jahrhunderten die Ehen nach verhältnismässig kurzer Zeit durch den Tod eines Gatten aufgelöst wurden, dauern heute manche Ehen vier und fünf Jahrzehnte lang. Eine Rechtspflicht zu der von der Ehe gemeinten Bindung über solche Zeiträume hinaus wird von vielen Zeitgenossen als eine Verletzung der persönlichen Freiheit, d.h. als eine übermässige Bindung im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB empfunden.

725 Auch dies mag erklären, dass heute manche in eheähnlicher Gemeinschaft zusammenlebenden Paare eine rein private Partnerschaft vorziehen und sich einer rechtlich bindenden Grundlage der sexuellen Partnerschaft überhaupt entgegenstellen.

726 Die Rechtsprechung trägt dem bereits heute Rechnung. In manchen Kantonen gleicht die Ehescheidung einem einfachen Administrativverfahren (ähnlich dem Eheschluss vor dem Zivilstandsbeamten), solange keine finanzielle Abhängigkeit des einen Partners vom andern besteht und solange keine Kinder vorhanden sind, deren Zuteilung nach dem Auseinandergehen der Partner zu regeln ist.

### **3. Die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare**

727 Seit 2007 können gleichgeschlechtliche Paare die gleiche rechtliche Anerkennung wie Ehepaare erlangen, indem sie sich als Paare beim Zivilstandsamt eintragen lassen. Die Wirkungen der Eintragung auf die Rechtsbeziehungen zwischen den Partnern sind weitgehend die gleichen wie die Wirkungen der Ehe (vgl. Partnerschaftsgesetz vom 18.06.2004, in Kraft seit 1.01.2007).

728 Die Hauptunterschiede sind die, dass der ordentliche Güterstand für eingetragene Partnerschaften derjenige der Gütertrennung ist und dass durch Ehevertrag zwar die Errungenschaftsbeteiligung, nicht aber die Gütergemeinschaft gewählt werden kann, ferner dass eingetragene Partner nicht gemeinschaftlich ein Kind adoptieren können.

729 Angesichts der Geringfügigkeit dieser Unterschiede hätte es nahegelegen, die Bestimmungen über die eingetragene Partnerschaft ins Familienrecht des ZGB zu integrieren. Dass dies nicht getan wurde, mag sich aus einer noch immer weit verbreiteten, vorwiegend religiös begründeten Scheu erklären, die gleichgeschlechtliche Partnerschaft als Familie anzuerkennen.

#### 4. Die ehelichen Güterstände

730 In güterrechtlicher Hinsicht stellt das Zivilgesetzbuch den verheirateten Paaren *drei verschiedene Güterstände*, nämlich die Errungenschaftsbeteiligung, die Gütergemeinschaft und die Gütertrennung zur Verfügung. Die Errungenschaftsbeteiligung ist der ordentliche Güterstand, der von Gesetzes wegen immer dann gilt, wenn die Ehegatten nicht durch Ehevertrag etwas Abweichendes vereinbaren. Gütergemeinschaft und Gütertrennung bedürfen eines Ehevertrags. Im Vertrag können auch gewisse Abweichungen von den gesetzlichen Typen vereinbart werden.

##### a) Errungenschaftsbeteiligung

731 Die Errungenschaftsbeteiligung gilt heute bei der überwiegenden Mehrzahl der Ehepaare in der Schweiz. Bei der Errungenschaftsbeteiligung muss man sich das gesamte Vermögen beider Ehegatten in *fünf Vermögensmassen* aufgeteilt denken. Jede dieser fünf Vermögensmassen umfasst Aktiven und Passiven, kann also in einer kleinen Bilanz dargestellt werden.

732 Von diesen fünf Bilanzen sind zwei dem Mann und zwei der Frau zugeordnet. Die fünfte steht mittendrin. Die individuell zugeordneten Bilanzen heissen je "Eigengut" und "Errungenschaft".

733 Zum *Eigengut* gehören als wichtigste Position die Aktiven und Passiven, die jeder Ehegatte in die Ehe mitbringt oder während der Ehe erbt oder geschenkt erhält; das Gesetz kennt aber noch andere, weniger wichtige Positionen, insgesamt deren vier. Art. 198 umschreibt das Eigengut folgendermassen:

*"Eigengut sind von Gesetzes wegen:*

1. *die Gegenstände, die einem Ehegatten ausschliesslich zum persönlichen Gebrauch dienen;*
2. *die Vermögenswerte, die einem Ehegatten zu Beginn des Güterstandes gehören oder ihm später durch Erbgang oder sonstwie unentgeltlich zufallen;*
3. *Genugtuungsansprüche;*
4. *Ersatzanschaffungen für Eigengut."*

734 In der *Errungenschaftsbilanz* jedes Ehegatten werden die Aktiven verbucht, die jeder Ehegatte während der Ehe erwirbt, namentlich durch seine Arbeit und aus dem Ertrag seines ganzen Vermögens (der Ertrag des Eigenguts fällt also nicht ins Eigengut selber, sondern in die Errungenschaft), ferner die Passiven, die er bei seiner Arbeit und zur Finanzierung eigener Anschaffungen eingeht.

735 Der Gesetzgeber umschreibt die Errungenschaft in Art. 197 ZGB folgendermassen:

*"Art. 197 Abs. 2*

*Die Errungenschaft eines Ehegatten umfasst insbesondere:*

1. *seinen Arbeitserwerb;*
2. *die Leistungen von Personalfürsorgeeinrichtungen, Sozialversicherungen und Sozialfürsorgeeinrichtungen;*
3. *die Entschädigungen wegen Arbeitsunfähigkeit;*
4. *die Erträge seines Eigengutes;*
5. *Ersatzanschaffungen für Errungenschaft."*



- 736 Nach dem Willen des Gesetzgebers stehen die beiden Eigengüter und die beiden Errungenschaften (bzw. die dazugehörenden Aktiven) je im Alleineigentum des einen und andern Ehegatten. Können die Ehegatten nicht beweisen, dass ein Vermögensstück dem einen oder andern zu Alleineigentum gehört, so besteht an diesem Vermögensstück Miteigentum beider. Die Gesamtheit der Aktiven, deren individuelle Zuordnung also unweisbar bleibt, bilden die fünfte, zwischen den Ehegatten stehende Vermögensmasse, die Miteigentumsmasse (Art. 200 ZGB). Die Miteigentumsmasse ist bei der Liquidation des Güterstandes je zur Hälfte den Errungenschaften beider Ehegatten zuzuordnen.
- 737 Bei Auflösung der Ehe durch Scheidung oder Tod eines Ehegatten wird auch die Vermögensgemeinschaft der Ehegatten aufgelöst. Diese Auflösung erfolgt nicht automatisch, sondern sie ist, wie die Liquidation einer Gesellschaft, ein länger dauernder Vorgang, bei dem die Herkunft und künftige individuelle Zuordnung der einzelnen Aktiven und Passiven ermittelt bzw. darüber der Konsens gesucht und anschliessend diese Zuordnung vollzogen wird. Die Gesamtheit der vermögensrechtlichen Liquidationshandlungen heisst die *güterrechtliche Auseinandersetzung*.
- 738 Ist ehevertraglich nichts anderes vereinbart, so nimmt bei dieser Auseinandersetzung jeder Ehegatte (bzw. seine Erben) das ihm gehörende Eigengut zurück. Bei den beiden Errungenschaftsbilanzen von Mann und Frau wird je das Reinvermögen (d.h. der Überschuss der Aktiven über die Passiven) ausgerechnet. Dieser Aktivenüberschuss heisst "Vorschlag". Jeder Ehegatte hat nun einen Anspruch auf den halben Vorschlag des andern bzw. ist am Vorschlag des andern hälftig beteiligt. Da der Vorschlag den Netto-Wert der Errungenschaft repräsentiert, nennt man den Güterstand insgesamt aus diesem Grund Errungenschaftsbeteiligung. - Die Miteigentumsmasse wird hälftig geteilt.
- 739 Man kann sich fragen, weshalb die Vorschlagsbeteiligung so kompliziert, d.h. mit gegenseitig sich überkreuzenden Beteiligungsansprüchen geregelt ist. Einfacher wäre doch, statt zweier verschiedener Errungenschaftsmassen alles während der Ehe vom einen oder andern Ehegatten erworbene Vermögen einer einzigen Errungenschaftsmasse zuzuweisen und bei Beendigung der Ehe den hier in Erscheinung tretenden Vorschlag hälftig zu teilen. In der überwiegenden Zahl der Fälle käme dies rechnerisch auf das Gleiche heraus.
- 740 Die Trennung der Errungenschaftsmassen von Mann und Frau erlaubt eine getrennte und selbständige Verwaltung dieser beiden Massen durch die beiden Ehegatten während der Ehe. Sodann ergibt sich aus der Trennung der beiden Errungenschaften, dass kein Ehegatte bei Auflösung der Ehe am allfälligen Netto-*Verlust* (dem sogenannten Rückschlag) des andern beteiligt ist. Jeder partizipiert nur am Gewinn des andern. Würde man die beiden Errungenschaftsmassen in einen Topf werfen, und würde während der Ehe ein Ehegatte erfolgreich arbeiten, der andere nur Geld verlieren, so würden die Erfolge des einen durch die Verluste des andern aufgezehrt. Die Trennung der beiden Errungenschaftsmassen soll dies vermeiden helfen.
- 741 Selbstverständlich ist kein verheiratetes Paar verpflichtet, getrennte Konten und Bilanzen zu führen oder die einzelnen Vermögensstücke als Mannes- und Frauengut zu etikettieren. Wird während der Ehe auf solche Unterscheidung kein Wert gelegt, so ist bei der Auflösung der Ehe die Miteigentumsmasse gemäss Art. 200 ZGB umso grösser. Die sorgfältige Trennung der Eigengüter und der Errungenschaften übersteigt das Vorstellungsvermögen und die praktischen Bedürfnisse der meisten Eheleute bei weitem.

## b) Gütergemeinschaft

742 Bei der Gütergemeinschaft (Art. 221 ZGB) muss man sich *drei Vermögensmassen*, also drei getrennte Bilanzen denken. Gemäss den Modellvorstellungen des Gesetzgebers ist von diesen drei Bilanzen die in der Mitte stehende die bedeutsamste. Sie repräsentiert das sogenannte *Gesamtgut*. Die Aktiven des Gesamtgutes stehen im Gesamteigentum<sup>45</sup> beider Ehegatten. Für die Passiven des Gesamtgutes haften sie solidarisch (zum Begriff der solidarischen Haftung vgl. Art. 143-150 OR). Was als Gesamtgutsschuld und damit als Solidarschuld (sogenannte "Vollschuld beider Ehegatten") gilt, ergibt sich aus Art. 233 ZGB, wo es heisst:

### **Art. 233. - C. Haftung gegenüber Dritten. - I. Vollschulden**

*Jeder Ehegatte haftet mit seinem Eigengut und dem Gesamtgut:*

1. *für Schulden, die er in Ausübung seiner Befugnisse zur Vertretung der ehelichen Gemeinschaft oder zur Verwaltung des Gesamtgutes eingeht;*
2. *für Schulden, die er in Ausübung eines Berufes oder Gewerbes eingeht, sofern für diese Mittel des Gesamtgutes verwendet werden oder deren Erträge ins Gesamtgut fallen;*
3. *für Schulden, für die auch der andere Ehegatte persönlich einzustehen hat;*
4. *für Schulden, bei welchen die Ehegatten [d.h. beide gemeinsam!] mit dem Dritten vereinbart haben, dass das Gesamtgut neben dem Eigengut des Schuldners haftet."*

743 Ausserdem ist jedem Ehegatten eine Vermögensmasse, das Eigengut, individuell zugeordnet (Art. 225 ZGB). Die Eigengüter jedes Ehegatten umfassen im Wesentlichen jene Gegenstände, die "*ihm ausschliesslich zum persönlichen Gebrauch dienen*". Es handelt sich im Normalfall also um relativ unbedeutende Vermögenswerte: Kleider und Schmuck.

744 Bei der Gütergemeinschaft wird die güterrechtliche Auseinandersetzung nach verschiedenen Regeln durchgeführt, je nachdem, ob die Ehe durch den Tod eines Ehegatten, oder ob sie durch Scheidung aufgelöst wird. Im Todesfall fallen die beiden Eigengüter an die beiden Ehegatten bzw. ihre Erben zurück. Das Gesamtgut wird hälftig geteilt. Im Scheidungsfall wird geteilt, *als ob* die Ehe unter dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung gestanden hätte (Art. 242 ZGB). Das bedeutet im Wesentlichen, dass jeder Ehegatte (bzw. seine Erben) die von ihm in die Ehe eingebrachten Aktiven individuell zurücknimmt. Die Vermischung des eingebrachten Guts im "Eintopf" des Gesamtgutes mit anschliessender hälftiger Teilung wäre im Scheidungsfalle insbesondere dann ungerecht, wenn ein Ehegatte viel, der andere wenig in die Ehe eingebracht hat.

## c) Gütertrennung

745 Die Gütertrennung (Art. 247 ZGB) ist am einfachsten darzustellen: Hier bestehen nur zwei Vermögensmassen (zwei Bilanzen). Das Gesetz gibt für diese beiden Vermögensmassen keinen besonderen Namen. Sie heissen nicht "Eigengüter", sondern einfach "Vermögen jedes Ehegatten". Die Vermögensverhältnisse sind, vereinfacht gesagt, gleich wie wenn die Ehegatten nicht verheiratet wären. Vermögensstücke, deren Zuordnung zum einen oder andern Ehegatten nicht bewiesen werden kann, fallen, wie bei der Errungenschaftsbeteiligung, ins Miteigentum beider.

<sup>45</sup> Vgl. zum Begriff des Gesamteigentums Art. 652 ZGB und Ziff. 934 ff.

- 746 Bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung hat kein Ehegatte Anspruch auf Vorschlagsbeteiligung gegenüber dem andern. Die Gütertrennung führt demgemäss zu ungerichteten Ergebnissen, wenn während der Ehe der eine Ehegatte voll berufstätig ist und Ersparnisse anhäuft, während der andere Ehegatte keine eigenen Einkünfte hat. In der güterrechtlichen Auseinandersetzung kommt der letztere zu kurz. Zwar kann der Scheidungsrichter dann mit einer etwas grosszügigeren Rente helfen, zu deren Bezahlung er den besser situierten Ehegatten verpflichtet. Aber die Rentenfestsetzung bleibt im Ermessen des Gerichts; auch überschreitet eine Scheidungsrente praxisgemäss gewisse maximalen Frankenbeträge nicht, während ein güterrechtlicher Anspruch auf Vorschlagsbeteiligung frankenmässig nicht begrenzt ist.

## 5. Die Ehescheidung

- 747 Die Ehescheidung erfolgt durch gerichtliches Urteil. Die Scheidung erfolgt auf gemeinsames Begehren beider Ehegatten oder auf einseitiges Begehren des einen von ihnen.
- 748 Verlangen die Ehegatten die Scheidung gemeinsam und legen sie dem Gericht eine Scheidungsvereinbarung mit umfassender Regelung der vermögensrechtlichen Folgen und der Kinderzuteilung vor, so kann das Gericht die Scheidung aussprechen und die Scheidungsvereinbarung genehmigen. In diesem Falle spricht man von einer Konventionalscheidung. Betrachtet das Gericht die Scheidungsvereinbarung als unausgewogen, so kann es Änderungen vorschlagen.
- 749 Finden sich die Ehegatten nicht zum gemeinsamen Scheidungsbegehren zusammen, so kann jeder von ihnen auf Scheidung klagen. Jeder Ehegatte hat Anspruch auf Scheidung, wenn die eheliche Gemeinschaft seit mehr als zwei Jahren aufgehört hat (Art. 114 ZGB), ferner schon vorher, wenn die Fortsetzung der Ehe aus schwerwiegenden Gründen nicht mehr zumutbar ist (Art. 115 ZGB).
- 750 Sind Kinder vorhanden, so muss der Ehegatte, der nicht persönlich für die Kinder sorgt, monatliche Unterhaltsleistungen zugunsten der Kinder bezahlen, ferner in der Regel auch eine Unterhaltsrente an den Ex-Ehegatten, der die Kinder betreut. Sind keine Kinder vorhanden, so pflegen zwischen Ehegatten, die während der Ehe beidseits erwerbstätig waren, keine Unterhaltsrenten vereinbart oder zugesprochen zu werden.
- 751 Die während der Ehe angewachsenen Ansprüche gegenüber den Pensionskassen der Ehegatten sind nach den Regeln von Art. 221 BVG zu teilen.
- 752 Die Auflösung eingetragener Partnerschaften erfolgt nach den gleichen Regeln wie die Ehescheidung mit dem Unterschied, dass die Auflösung durch einen der Partner schon nach einer Trennungsdauer von *einem* Jahr verlangt werden kann (Art. 30 PartG).

## 6. Die Partnerschaft unverheirateter Paare

- 753 Unverheiratete Paare stehen weder unter Treue- noch Beistandspflicht. Sie können sich ohne gerichtliches Urteil jederzeit trennen. Die Kehrseite dieser Freiheit ist die Schutzlosigkeit des schwächeren Partners, wenn sich die Beziehung verschlechtert oder wenn sie zerbricht.
- 754 Manche Pensionskassenreglemente geben dem andern Lebenspartner Ansprüche wie bei einer Ehescheidung, wenn die Gemeinschaft seit mehr als fünf Jahren gedauert hat. Unter der gleichen zeitlichen Voraussetzung gewähren einzelne Kantone den Partnern auch günstigere Erbschaftssteuertarife als nicht-verwandten Erben. Die Sozialversicherungen

behandeln Lebensgemeinschaften ab dem fünften Jahr teilweise wie Ehen, was zu Rentenverlust führen kann, wenn eine Person dank der Lebensgemeinschaft mit einem wohl-situierten Partner als nicht-bedürftig beurteilt wird. Auch Scheidungsrenten, die bis zur Wiederverheiratung des Berechtigten zugesprochen wurden, können nach einer fünfjähri-gen Partnerschaft verloren gehen.

- 755 Ergibt sich während des Zusammenlebens eine Vermischung der Vermögen beider Betei-ligten, werden Schulden gemacht (etwa zur gemeinsamen Anschaffung eines Hauses) oder begibt sich ein Partner in finanzielle Abhängigkeit vom andern (etwa wenn ein Part-ner erwerbstätig ist, der andere den Haushalt führt und die gemeinsamen Kinder betreut), so empfiehlt sich der Abschluss eines Partnerschaftsvertrags, der die finanziellen Rechte und Pflichten der Partner regelt. Die eherechtlichen Regeln des ZGB können dabei als Vorbild dienen.

## Dritter Teil des ZGB: Erbrecht (Art. 457-640)

### A. Universalsukzession der Erben

- 756 Wer stirbt, wird in erbrechtlicher Terminologie zur Person, die anderen Personen das Erbe lässt - zum *Erb-lasser*.
- 757 Mit dem Tode des Erblassers (das Wort ist auf der ersten Silbe zu betonen!) fällt der Nachlass in das Eigentum seiner Erben, und zwar unabhängig davon, ob die Erben bekannt sind und wann die Erben ihrerseits über den Erbgang informiert werden. Gleichzeitig werden die Erben Solidarschuldner sämtlicher bisherigen Verpflichtungen des Erblassers.
- 758 Der gesamthafte Übergang des ganzen Vermögens auf die Erben heisst *Gesamtrechtsnachfolge* oder *Universalsukzession*<sup>46</sup>. Bei der Universalsukzession werden nicht einzelne Vermögenswerte übereignet und Schulden übernommen, sondern alles was zum Vermögen des Erblassers gehört hat, wo immer und in welchem Zustand es sich befindet, wird mit dem Tod des Erblassers ohne weiteres zum Vermögen der Erben.
- 759 (*Terminologie*: Wenn Vermögensstücke einzeln übereignet werden, spricht man von *Singularsukzession*).
- 760 Die Erben können die Eigentümerbefugnisse am Nachlassvermögen zunächst nur gemeinsam und einstimmig ausüben, nämlich als Gesamthänder (d.h. als Gesamteigentümer<sup>47</sup>).
- 761 Dem staatlichen Erbschaftsamt am Ort des letzten Wohnsitzes des Verstorbenen obliegt es, die Gesamtheit der erbberechtigten Personen zu eruieren. Zu diesem Zweck fordert das Erbschaftsamt alle allenfalls vorhandenen Testamente und Erbverträge ein und nimmt sie zu seinen Akten. Es trifft Erhebungen bei den Zivilstandsregistern. Nötigenfalls recherchiert es im Ausland. Sobald das Amt die Identität der gesetzlichen und testamentarisch eingesetzten Erben abschliessend ermittelt hat, wird die nach dem Todesfall sicherungshalber erfolgte Blockierung der Bankkonten aufgehoben. Die Erben sind fortan gemeinsam zur Verfügung über den Nachlass befugt.
- 762 Ist der Kreis der Erben abschliessend bestimmt (was bei übersichtlichen Verhältnissen rasch geht) und zeichnen sich keine Streitigkeiten über das Erbrecht und die Quoten der einzelnen Erben ab, so können die Erben den Nachlass teilen, d.h. die Gesamtheit der ihnen seit dem Erbgang gemeinschaftlich zustehenden Nachlassaktiven und -passiven in sogenannte Lose aufteilen und ins Alleineigentum der einzelnen Erben überführen. Formell geschieht dies in einem Erteilungsvertrag, der bei grösseren Nachlässen meist schriftlich, sonst formlos-mündlich abgeschlossen wird.
- 763 Bei übersichtlichen und konfliktfreien Verhältnissen verstreicht vom Tod des Erblassers bis zum Abschluss der Teilung einschliesslich Bezahlung der Erbschaftssteuern etwa ein Jahr. Schneller schafft es niemand. Bei grossen Nachlässen mit Aktiven in mehreren Kantonen oder im Ausland und komplizierten Familienverhältnissen braucht die Abwick-

---

<sup>46</sup> Die Universalsukzession kommt im schweizerischen Recht nur in wenigen Konstellationen vor, unter anderem bei der Fusion von juristischen Personen.

<sup>47</sup> Vgl. zum Begriff des Gesamteigentums Art. 652 ZGB und Ziff. 934 ff.

lung des Nachlasses mehrere Jahre. Wird prozessiert, so können sich Nachlassabwicklungen über Jahrzehnte hinziehen.

## B. Unterschied zwischen Erben und Vermächtnisnehmern

- 764 Der Unterschied zwischen Erben und Vermächtnisnehmern (Legataren) ist der folgende: Wem gemäss Gesetz oder Testament ein bestimmter Anteil (eine Quote) der Nachlassaktiven und -passiven zufällt, heisst Erbe. Alle Erben werden, wie soeben beschrieben, in der Sekunde des Todes des Erblassers kraft Universalsukzession zu Gesamteigentümern aller Nachlassaktiven und zu Solidarschuldern der Nachlasspassiven. *Erbe heisst also, wem der Nachlass "quotat oder total" zufällt* ("total" im Falle des Alleinerben).
- 765 Wer dagegen durch Testament einen bestimmten Gegenstand oder eine bestimmte Geldsumme zugewiesen erhält, heisst *Vermächtnisnehmer* oder *Legatar* (die beiden Wörter bedeuten das Gleiche). Der ihm testamentarisch vermachte Wert heisst *Vermächtnis* oder *Legat*.
- 766 Die Vermächtnisnehmer werden nicht Eigentümer von Nachlassaktiven und nicht Schuldner von Nachlasspassiven. Vielmehr erhalten sie eine *persönliche Forderung gegen die Erben* auf Ausrichtung des Vermächtnisses.
- 767 Bildlich mag man sich vorstellen, dass die Erben gemeinsam den Nachlass auf den Schultern tragen, wogegen die Vermächtnisnehmer seitlich danebenstehen und Forderungen gegen die Erben haben. Die Erben müssen die Vermächtnisnehmer durch Geld- und Sachleistungen aus dem Nachlass befriedigen. Gemäss dieser Rollenverteilung haben alle Erben umfassenden Einblick in alle Nachlassangelegenheiten und ein Mitwirkungsrecht bei der Nachlassabwicklung. Die Vermächtnisnehmer haben keine Mitwirkungsrechte. Ihr Informationsanspruch beschränkt sich auf das, was jeden einzelnen betrifft, nämlich auf sein Vermächtnis. Wie gross der Nachlass ist und wer sonst noch wieviel erhält, geht die Vermächtnisnehmer nichts an.

## C. Die Erbberechtigung der Blutsverwandten

- 768 Hinterlässt der Erblasser keine Verfügung von Todes wegen, so erben die hinterlassenen Angehörigen gemäss den im Gesetz (Art. 457-466 ZGB) festgelegten Regeln. Immer wenn diese Regeln zur Anwendung kommen, spricht man von der *gesetzlichen Erbfolge* oder *Intestaterbfolge*. Das Wort "*Intestat*" stammt aus dem Lateinischen und bedeutet "*ohne-Testament*". Die gemäss gesetzlicher Erbfolge zum Zuge kommenden Personen heissen die *gesetzlichen Erben*.
- 769 Die gesetzliche Erbfolge ist nach der Nähe der *Parentelen* geregelt. Um dies zu verstehen, ist es nützlich, die beteiligten Personen mit kleinen Kreisen auf ein Papier aufzuzeichnen. In der Mitte steht der Erblasser - mit einem Kreuz durchgestrichen, weil er gestorben ist. Unterhalb des Erblassers werden seine Nachkommen, nebeneinander auf gleicher Höhe eingezeichnet. Sind Grosskinder vorhanden, so kommen diese wieder eine Stufe tiefer nebeneinander aufs Papier, je gebündelt unterhalb ihrer Eltern.
- 770 Neben dem Erblasser wird auf gleicher Höhe sein überlebender Ehegatte (die Witwe oder der Witwer) aufgezeichnet, falls einer vorhanden ist.
- 771 Eine Stufe oberhalb des Erblassers werden seine Eltern, noch höher oben die Grosseltern eingezeichnet.

- 772 In dieser Darstellung fällt nun das Erbe grundsätzlich immer "abwärts", nämlich vom Erblasser auf seine Nachkommen. Nur wenn in der Abwärts-Richtung keine Erben vorhanden sind, steigt das Erbe ausnahmsweise in die nächst höhere Stufe aufwärts.
- 773 Der Erblasser und seine Nachkommen bilden die sogenannte *erste Parentel*. Das Wort Parentel (von lateinisch *parentes* = die Eltern; französisch: *les parents*) meint einen *Elternteil und dessen Nachkommen*.
- 774 Der Vater und die Mutter des Erblassers und deren Nachkommen (mit Ausnahme des Erblassers selber und seiner Nachkommen) bilden die *zweite Parentel*. Die Grosseltern und deren Nachkommen (ohne die Eltern des Erblassers) bilden die *dritte Parentel*.
- 775 Art. 457-460 ZGB statuiert die Regel, dass *Angehörige einer entfernteren Parentel erst dann als Erben zum Zuge kommen, wenn kein einziger Angehöriger einer näheren Parentel den Erbgang erlebt hat*. (Um zu erben, muss man den Erbgang erleben, d.h. beim Tod des Erblassers selber noch oder schon am Leben sein; eine Ausnahme gilt zugunsten des noch ungeborenen Kindes, das gemäss Art. 544 ZGB erben kann). Dabei hört die Erbberichtigung mit den Angehörigen der grosselterlichen Parentel auf. Fehlen auch sie (und gibt es statt dessen beispielsweise noch Angehörige der urgrosselterlichen Parentel), so ist der Erblasser in der Betrachtungsweise des ZGB *ohne Erben* verstorben. In diesem Falle kommt das Gemeinwesen (der Kanton) zum Zug und erbt den Nachlass (Art. 466 ZGB).
- 776 Um diese Erbrechts-Mechanik zu veranschaulichen, denke man sich zwei verschiedene Konstellationen:
- a) Die verwitwete Erblasserin *Erna* hatte drei Söhne - Andreas, Bernhard und Carlo. Andreas ist beim Tod seiner Mutter Erna längst verstorben, hinterliess seinerseits aber zwei Töchter, Doris und Frieda. - Bei diesen Familienverhältnissen erben Bernhard und Carlo je einen Drittel, Doris und Frieda je einen Sechstel des Nachlasses der Erblasserin Erna.
- b) Das andere Musterbeispiel zeigt den verwitweten Erblasser *Erich*, der ohne Nachkommen stirbt. Bei seinem Tod lebt noch seine alte Mutter, ferner seine zwei jüngeren Brüder Bruno und Benno. - Mangels Angehörigen der ersten Parentel "steigt" das Erbe zu der elterlichen Parentel hinauf. Die noch lebende Mutter erbt die eine Hälfte des Nachlasses. An Stelle des vorverstorbenen Vaters erben dessen beide Nachkommen Bruno und Benno je einen Viertel.

#### **D. Die Erbberechtigung des Ehegatten**

- 777 Stirbt eine verheiratete Person, so gehört der überlebende Ehegatte ebenfalls zu den gesetzlichen Erben. Sein Erbrecht ist in Art. 462 ZGB geregelt. Wäre im vorigen Beispiel die Erblasserin *Erna* noch verheiratet gewesen, so hätte ihr überlebender Ehemann die Hälfte des Nachlasses erhalten, Bernhard und Carlo je einen Sechstel, Doris und Frieda je einen Zwölftel.
- 778 Wäre der Erblasser *Erich* bei seinem Tod noch verheiratet gewesen, so hätte seine Witwe drei Viertel des Nachlasses erhalten, seine Mutter einen Achtel und seine beiden Brüder Bruno und Benno je einen Sechzehntel.

## E. Die gewillkürte Erbfolge

### 1. Allgemeines

- 779 Der Erblasser kann Regelungen treffen, die von der gesetzlichen Erbfolge abweichen. Er tut dies, indem er eine *Verfügung von Todes wegen* trifft. - Es gibt zwei Arten solcher Verfügungen, nämlich die *letztwillige Verfügung*, auch Testament genannt, und den *Erbvertrag*.
- 780 Wer durch Testament oder Erbvertrag zum Erben eingesetzt wird, heisst *eingesetzter Erbe*.

### 2. Letztwillige Verfügung und Erbvertrag

- 781 Die *letztwillige Verfügung* (Art. 489-511 ZGB) ist eine einseitige, jederzeit widerrufliche Anordnung. Sie kann entweder in handschriftlicher Form errichtet werden und ist in diesem Falle von Anfang bis Schluss einschliesslich Datum und Unterschrift vom Erblasser selber von Hand zu schreiben ("*holographisches Testament*"). Statt dessen kann die letztwillige Verfügung auch in öffentlicher Beurkundung errichtet werden, nämlich vor einem Notar in Anwesenheit von zwei Zeugen. Der vom Notar in der Regel in Maschienschrift geschriebene Text wird vom Erblasser vor dem Notar gelesen und in Anwesenheit der beiden Zeugen unterzeichnet.
- 782 Der *Erbvertrag* (Art. 512-515 ZGB) ist ein Vertrag mit zwei oder mehr Parteien, wobei mindestens eine Partei im Vertrag Verfügungen von Todes wegen trifft. Für die Errichtung ist die öffentliche Beurkundung im Verfahren mit den beiden Zeugen zwingend vorgeschrieben (Art. 512 ZGB mit Verweis auf Art. 499 ZGB).
- 783 Der Erbvertrag bindet die beteiligten Parteien vertraglich, kann also, im Gegensatz zum Testament, nicht einseitig widerrufen werden. In gegenseitigem Einvernehmen kann der Erbvertrag zwar jederzeit abgeändert oder aufgehoben werden. Aber wenn eine Partei gestorben ist, ist auch dies nicht mehr möglich und die überlebenden Parteien bleiben unwiderruflich gebunden.
- 784 Typische Inhalte von Erbverträgen sind namentlich:
- Ehegatten setzen einander gegenseitig zu *Alleinerben* ein; sofern Nachkommen vorhanden sind, verzichten diese im gleichen Erbvertrag, den sie mitunterzeichnen, auf ihre Pflichtteilsansprüche am Nachlass des erstversterbenden Elternteils;
  - der *Erbauskauf*: Der Erblasser überträgt einem von mehreren Nachkommen zu Lebzeiten sein Geschäft oder ein besonders werthaltiges Aktivum; im Gegenzug verzichtet der Begünstigte zugunsten seiner Geschwister definitiv auf seinen Erbanspruch am väterlichen Nachlass;
  - der *gegenseitige Erbverzicht* wohlhabender Ehegatten, die in der zweiten Lebenshälfte je in zweiter Ehe zusammengefunden haben und ihr beidseitiges Vermögen ausschliesslich ihren Nachkommen aus ihren früheren Ehen vererben möchten;
- 785 Neben solchen Verträgen, deren erbrechtlicher Charakter offensichtlich ist, gibt es auch Verträge, bei denen das erbrechtliche Element weniger deutlich hervortritt. Trotzdem ist die erbvertragliche Form (Notar und zwei Zeugen) einzuhalten, wann immer eine Partei



eine Leistung oder einen Verzicht auf ihren Tod hin erklärt. Beispiele solcher Erbverträge sind etwa:

- die Vereinbarung zwischen drei Ärzten einer Praxisgemeinschaft, wonach beim Ableben des einen von ihnen die übrigen seinen Anteil an der Praxis übernehmen können, ohne den Erben des Verstorbenen eine Entschädigung bezahlen zu müssen;
- die Vereinbarung zwischen einem Vermieter und seinem Mieter, wonach der Mieter beim Tod des Vermieters das Mietobjekt zu einem niedrigen Preis kaufen kann.

786 Würden solche Verträge nicht vor dem Notar und zwei Zeugen vereinbart, sondern in einfacher Schriftform, so wären sie wegen des Formmangels gemäss Art. 11 Abs. 2 OR nichtig.

### 3. Pflichtteile und verfügbare Quote

787 Der Erblasser kann durch Verfügungen von Todes wegen nicht völlig frei von der gesetzlichen Erbfolge abweichen. Er muss die Rechte seiner Pflichtteilserven respektieren, sofern solche vorhanden sind (vgl. Art. 470 ZGB).

788 Es gibt drei Kategorien von Pflichtteilserven: Die *Nachkommen* (Kinder, Grosskinder, Urgrosskinder), die *Eltern* und den *Ehegatten*.

789 Der Pflichtteil jedes Pflichtteilserven berechnet sich als eine Quote jenes Erbteils, den dieser Erbe von Gesetzes wegen bekäme, wenn keine Verfügung von Todes wegen vorhanden wäre. Bei den Nachkommen beträgt der Pflichtteil drei Viertel, bei den Eltern und beim Ehegatten je die Hälfte des gesetzlichen Erbteils.

790 Hätte die Erblasserin *Erna* in dem vorn, Ziff. 776, erwähnten Beispiel einen Nachlass im Werte von 100'000 Franken hinterlassen, so hätte sie jedem Nachkommen mindestens 75% seines gesetzlichen Erbteils belassen müssen und nur über die restlichen 25% - die sogenannte *verfügbare Quote* - testamentarisch verfügen können. Sie hätte also dem Roten Kreuz ein Vermächtnis von 25'000 Franken vermachen können. Die Söhne Bernhard und Carlo hätten dann noch je 25'000 Franken geerbt, die Grosstöchter Doris und Frieda noch je 12'500 Franken.

791 Hätte im zweitgenannten Beispiel der Erblasser *Erich* ein Testament gemacht, so hätte er der Mutter die Hälfte ihres Erbteils "wegnehmen" und dem Roten Kreuz vermachen können, den beiden Brüdern je deren volles Erbe. Denn die Geschwister gehören nicht zu den Pflichtteilserven. Bei einem Nachlass von 100'000 Franken hätte Erich also dem Roten Kreuz maximal 75'000 Franken vermachen können. 25'000 Franken hätte er seiner Mutter als deren Pflichtteil belassen müssen.

### 4. Enterbung und Erbunwürdigkeit

792 Pflichtteilserven können gemäss Art. 477 nur dann enterbt werden (d.h. es kann ihnen ihr Pflichtteil entzogen werden), wenn sie eine *schwere Straftat gegen den Erblasser oder eine diesem nahe verbundene Person* oder eine *schwere Verletzung der familienrechtlichen Pflichten* begangen haben.

793 Von Gesetzes wegen - also ohne testamentarische Enterbung - werden jene Erben enterbt, die einen der Tatbestände von Art. 540 ZGB erfüllen (Tötung des Erblassers, Beseitigung letztwilliger Verfügungen des Erblassers u.a.m.).

## 5. Bindungswirkung der Verfügungen von Todes wegen

- 794 Wer durch eine Verfügung von Todes wegen begünstigt ist, kann von den (Mit-)Erben verlangen, dass ihm diese Begünstigung ausgerichtet wird. Wenn aber alle von der letztwilligen Verfügung begünstigten Personen einhellig mit dem Nachlass anders verfahren wollen, als was der Erblasser angeordnet hat, so dürfen sie dies tun.

## 6. Willensvollstrecker

- 795 Will der Erblasser seinen Willen gegen den gemeinsamen Widerstand sämtlicher Erben und Begünstigten durchsetzen, so kann er dies tun, indem er in der Verfügung von Todes wegen einen *Willensvollstrecker* ernennt. Der Willensvollstrecker hat gemäss Art. 518 ZGB den Willen des Erblassers zu verwirklichen. Der Willensvollstrecker ist nicht der Beauftragte der Erben und kann von diesen nicht abberufen werden. Der Willensvollstrecker hat den Nachlass zu verwalten, die Nachlassschulden zu tilgen und die vom Erblasser ausgesetzten Vermächtnisse auszurichten. Dies alles tut er gemäss den Vorgaben des Erblassers, sofern solche vorhanden sind, andernfalls nach eigenem Ermessen, notfalls auch gegen den Willen der Erben. Hingegen hat der Willensvollstrecker keine Kompetenz, Teilungshandlungen gegen den Willen der Erben vorzunehmen, und dies auch dann nicht, wenn der Erblasser klare Teilungsvorschriften erlassen hat. In der Regel macht der Willensvollstrecker den Erben Teilungsvorschläge und moderiert das Gespräch, bis der Konsens gefunden ist.

## F. Der Erbgang

### 1. Erwerb der Erbschaft

- 796 Mit dem Tode des Erblassers wird der Erbgang eröffnet (Art. 537 ZGB). Dadurch werden die gesetzlichen und die eingesetzten Erben unmittelbar zu den gesamthänderischen Eigentümern der Nachlassaktiven und zu den Solidarschuldnern der Nachlasspassiven. Sie sind bis zum Abschluss der Erbteilung untereinander verbunden als *Erbengemeinschaft*.

### 2. Ausschlagung

- 797 Wer sich nicht mit der Erbschaft befassen will, kann das Erbe ausschlagen (Art. 566 ZGB). Die Ausschlagung ist vor allem dann angezeigt, wenn der Nachlass überschuldet ist. Erbt eine sehr betagte Person, so kann die Ausschlagung auch angezeigt sein, um dadurch ihre eigenen Nachkommen zum Zuge kommen zu lassen. Denn bei gesetzlicher Erbfolge hat die Ausschlagung eines Erben zur Folge, dass er erbrechtlich so behandelt wird, wie wenn er schon gestorben wäre. Hätte die Mutter von *Erich* im vorne genannten Beispiel (Ziff. 776, Beispiel b), ausgeschlagen, so hätten die Brüder Bruno und Benno unverzüglich je 50% des Nachlasses geerbt.
- 798 Die Ausschlagungsbefugnis wird *verwirkt*, wenn sich ein Erbe in die Nachlassangelegenheit einmischt, namentlich wenn er sich Nachlassaktiven aneignet (Art. 571 ZGB). Wer sich also einen überschuldeten Nachlass vom Leib halten will, darf nicht in der Wohnung des Verstorbenen herumgehen und die dort vorhandenen Wertsachen an sich nehmen. Auch Tagebücher und Fotoalben müssen an ihrem Ort gelassen werden. Die Nachkommen können solche Familienstücke zu gegebener Zeit aus der konkursamtlichen Liquidation des Nachlasses herausholen, eventuell gegen Bezahlung eines Versteigerungspreises.

### 3. Erbengemeinschaft und Erbenvertreter

- 799 Besteht keine Willensvollstreckung, so müssen die Erben als Erbengemeinschaft den Nachlass so lange verwalten, bis sie ihn untereinander geteilt haben. Dies tun sie als Erbengemeinschaft. Die Erbengemeinschaft kann nur gemeinsam (und also mit allseitiger Zustimmung) handeln. Lässt sich kein Konsens erzielen, so kann jeder Erbe bei der zuständigen Behörde (in Basel beim Erbschaftsamt) die Einsetzung eines *amtlichen Erbenvertreters* beantragen (Art. 602 Abs. 3 ZGB). Der Erbenvertreter handelt aus eigenem Recht für die untereinander zerstrittenen und deshalb handlungsunfähigen Erben.

## G. Die Erbteilung

### 1. Vorgängige güterrechtliche Auseinandersetzung

- 800 Stirbt eine verheiratete Person, so erfolgt die Teilung rechnerisch in *zwei Schritten*: Zunächst findet (ähnlich wie im Falle der Ehescheidung) die güterrechtliche Auseinandersetzung statt<sup>48</sup>. In diesem Schritt wird das ganze eheliche Vermögen in zwei Massen aufgeteilt, von denen die eine der Mannes-, die andere der Frauenseite zufällt. Bei diesem Schritt spielt es keine Rolle, ob der Mann oder die Frau gestorben ist. Bereits in diesem Schritt erhält der überlebende Ehegatte einen Teil vom Vermögen des andern, sei es als Vorschlagsbeteiligung, als Miteigentumshälfte (an dem nicht beweisbar dem einen oder anderen Ehegatten zugeordneten Vermögen) oder als Anteil am Gütergemeinschafts-Gesamtgut.
- 801 Sind die beiden güterrechtlichen Massen einmal errechnet und abgegrenzt, so bildet die Masse des verstorbenen Ehegatten seinen Nachlass. Im *zweiten Schritt* ist dieser Nachlass nach den Grundsätzen des Erbrechts zu teilen. Auch hier kommt der überlebende Ehegatte nochmals zum Zuge, nun als Erbe. Er erhält, wenn er mit Nachkommen zu teilen hat, die Hälfte des Nachlasses (Art. 462 ZGB).
- 802 Besteht also das gesamte Vermögen beider Ehegatten ausschliesslich aus Errungenschaft des Mannes, und stirbt dieser zuerst, so erhält die überlebende Ehefrau zunächst aufgrund des Ehegüterrechts eine Vorschlagshälfte, alsdann am verbleibenden Vorschlag, als Erbin, nochmals eine Hälfte, insgesamt also 75 % der Errungenschaft. Die letzten 25 % fallen an die Nachkommen. Hinterlässt der verstorbene Ehemann ausschliesslich Eigengut, keine Errungenschaft, so erhält die überlebende Ehefrau güterrechtlich nichts, sondern nur als Erbin 50 % des Eigenguts. Die andern 50 % fallen an die Nachkommen.
- 803 Hat die besagte Ehefrau während der Dauer der Ehe eigene Errungenschaft erworben, so muss sie hievon eine Hälfte in den Nachlass des vorverstorbenen Mannes einwerfen. Als Erbin erhält sie von dieser Hälfte anschliessend wieder eine Hälfte zurück, der Rest fällt an die Nachkommen.
- 804 Durch letztwillige Verfügung oder Erbvertrag kann jedermann Anordnungen über die Teilung seines Nachlasses treffen. Solche Teilungsvorschriften sind insofern verbindlich, als jeder Erbe, der daran ein Interesse hat, ihre Einhaltung verlangen kann. Sind sich die Erben untereinander einig, dass sie anders teilen wollen, als was im Testament vorgeschrieben ist, dann können sie das tun.

---

<sup>48</sup> Zum Begriff der güterrechtlichen Auseinandersetzung vgl. Ziff. 737 ff.

## 2. Bewertung und Zuteilung der Aktiven

- 805 Für die Erbteilung gilt grundsätzlich, dass die Aktiven zu ihrem *Verkehrswert im Zeitpunkt der Teilung* anzurechnen sind. Eine Ausnahme machen landwirtschaftlich genutzte Grundstücke im bäuerlichen Erbgang: Sie dürfen vom übernehmenden Erben zum landwirtschaftlichen Ertragswert übernommen werden. Der landwirtschaftliche Ertragswert ist oft nur ein geringer Bruchteil des Verkehrswertes.
- 806 In der Erbteilung haben die Erben grundsätzlich alle den gleichen Anspruch auf einzelne Nachlassaktiven. Niemand hat ein Vorrecht an einzelnen Sachen. Eine Ausnahme macht das Vorrecht des überlebenden Ehegatten an Wohnung und Hausrat gemäss Art. 612a ZGB und die Vorrechte der landwirtschaftlichen Selbstbewirtschaftler im bäuerlichen Erbrecht (auf das hier nicht näher eingetreten wird).
- 807 Anders ist es, wenn der Erblasser durch Verfügung von Todes wegen *Teilungsvorschriften* erlassen hat, wenn er etwa bestimmt hat, das Ferienhaus sei vom ältesten Sohn, die Familienfirma vom zweitältesten Sohn und das restliche Vermögen von der Tochter zu übernehmen. Dann haben die solcherart bestimmten Nachkommen in der Erbteilung Rechtsansprüche auf die erwähnten Aktiven.
- 808 Können sich die Erben über die Zuweisung oder wertmässige Anrechnung einzelner Aktiven in der Erbteilung nicht einigen, so kann jeder Erbe jederzeit die Erbteilungsklage einreichen. Hierauf bemüht sich das angerufene Gericht, die Lösung zu finden. Notfalls wird der Nachlass versteigert und der Nettoerlös den Erben gemäss ihren Quoten zugewiesen.

## 3. Ausgleichung (Art. 626 ZGB)

- 809 Anlässlich der Erbteilung ist Art. 626 ZGB zu beachten. Die Bestimmung lautet:
- "Art. 626. - A. Ausgleichungspflicht der Erben**
- 1 Die gesetzlichen Erben sind gegenseitig verpflichtet, alles zur Ausgleichung zu bringen, was ihnen der Erblasser bei Lebzeiten auf Anrechnung an ihren Erbanteil zugewendet hat.*
- 2 Was der Erblasser seinen Nachkommen als Heiratsgut, Ausstattung oder durch Vermögensabtretung, Schulderlass und dergleichen zugewendet hat, steht, sofern der Erblasser nicht ausdrücklich das Gegenteil verfügt, unter der Ausgleichungspflicht."*
- 810 *Art. 626 Abs. 1* bezieht sich auf sämtliche gesetzlichen Erben. Hier ist grundsätzlich nur ausgleichungspflichtig, was bei der Hingabe ausdrücklich der Ausgleichungspflicht unterstellt wurde.
- 811 *Art. 626 Abs. 2* bezieht sich auf das Verhältnis der *Nachkommen* untereinander. Hier ist von Gesetzes wegen, unter dem Vorbehalt des ausdrücklichen Dispenses, ausgleichungspflichtig, was "Ausstattungs-Charakter" hat<sup>49</sup>, d.h. was der *Begründung, Verbesserung, Sicherung der Existenz* dient.
- 812 Ausgleichungspflichtig zwischen Nachkommen ist also die Schenkung der Geschäftsliegenschaft, eines vermieteten Mehrfamilienhauses, die Schenkung einer grösseren Geldsumme, mit der sich der Nachkomme ein eigenes Einfamilienhaus anschafft. Ausgleichungspflichtig sind auch besondere Kosten, die der Erblasser für einen von mehreren

---

<sup>49</sup> Vgl. BGE 116 II 667, 118 II 287.

Nachkommen zu dessen Ausbildung aufgewendet hat, beispielsweise die Finanzierung eines teuren Studiums im Ausland.

- 813 Keinen Ausstattungs-Charakter haben Schenkungen zu Vergnügungszwecken (eine Yacht oder ein Geldbetrag zur Anschaffung der Yacht), ferner Kost und Logis bei Zusammenleben eines Nachkommen in Hausgemeinschaft mit dem Erblasser. Kein Ausstattungs-Charakter kommt periodischen Naturalleistungen zu wie der Gewährung zinsloser Darlehen oder periodische Unterstützungsleistungen an bedürftige Kinder.

## **H. Ungültigkeitsklage (Art. 519 ZGB)**

- 814 Wer durch eine Verfügung von Todes wegen benachteiligt wird, kann gegebenenfalls gegen die übrigen Erben die Ungültigkeitsklage anheben und damit die gerichtliche Ungültigerklärung der Verfügung beantragen. Häufigste Gründe, aus denen Verfügungen gerichtlich aufgehoben werden, sind Formmängel (z.B. handschriftliche Testamente ohne Datum und Unterschrift) und Urteilsunfähigkeit des Erblassers im Zeitpunkt der Testamentserrichtung. Namentlich bei Erbschleichereien kommt es immer wieder vor, dass bestimmte Personen den Erblasser noch zu Zeiten und in Situationen zur Errichtung eines Testamentes oder Erbvertrags veranlassen, in dem der Erblasser psychisch nicht mehr widerstandsfähig ist oder die Tragweite seines Handelns nicht mehr zu überblicken vermag.
- 815 Wird eine Verfügung gerichtlich für ungültig erklärt, so kommt die gesetzliche Erbfolge zum Zuge, es sei denn, es bestehe ein älteres, gültiges Testament, das bei Ungültigkeit des jüngeren Testamentes wieder auflebt.

## **I. Herabsetzungsklage (Art. 527 ZGB)**

- 816 Wer durch eine Verfügung von Todes wegen in seinem Pflichtteil verletzt ist, kann gegen die Begünstigten auf Herabsetzung ihres Erbteils klagen. Das Gericht korrigiert im Herabsetzungsverfahren die Erbquoten und Vermächtnisse so, dass die klagenden Pflichtteilerben ihre vollen Pflichtteile erhalten.
- 817 Die Herabsetzungsklage kann auch gegen die Empfänger *lebzeitiger* Zuwendungen gerichtet werden. Schenkt der Erblasser zu Lebzeiten dem Roten Kreuz die Hälfte seines Vermögens, so kann nach seinem Tod der einzige Sohn vom Roten Kreuz die Herausgabe eines Teils der Schenkung verlangen. Die Schenkung wird - bewertet per Todestag - zum nachgelassenen Vermögen hinzugerechnet. Von dieser Berechnungsmasse wird alsdann der Pflichtteil des Klägers berechnet. Soweit dieser Pflichtteil durch das nachgelassene Vermögen nicht gedeckt ist, muss der lebzeitig Beschenkte den Pflichtteilerben entschädigen.
- 818 Lebzeitige Schenkungen unterliegen nur der Herabsetzung, wenn sie innert der letzten fünf Jahre vor dem Tode des Erblassers ausgerichtet wurden (Art. 527 Ziff. 3 ZGB). Schenkt der Erblasser also dem Roten Kreuz einen grossen Geldbetrag und lebt er hernach noch länger als fünf Jahre, so haben seine Nachkommen keinen Herabsetzungsanspruch gegen das Rote Kreuz mehr, auch wenn sie in ihren Pflichtteilen verkürzt wurden.
- 819 Die fünfjährige Verjährung des Herabsetzungsanspruchs gilt dann nicht, wenn der Empfänger bösgläubig war, d.h. wenn er erkennen musste, dass der Erblasser mit der Zuwendung *offensichtlich zum Zwecke* vorgenommen hatte, um die Pflichtteilerben zu verkürzen. Solche auf Pflichtteilsverkürzung abzielenden Zuwendungen kommen namentlich

vor, wenn jemand zu den Nachkommen aus erster Ehe den Kontakt abgebrochen hat und mittlerweile eine neue Partnerschaft eingegangen ist. In derartigen Situationen erscheint das Pflichtteilsrecht der Nachkommen aus erster Ehe als besonders lästig und die lebzeitige Beschenkung des neuen Partners entsprechend naheliegend.

## **J. Der Eingriff des Sozialversicherungsrechts in die private Vermögensbildung**

- 820 In den vorhergehenden Abschnitten wurde darauf hingewiesen, dass die schweizerische Rechtsordnung nur noch Vermögenspositionen, keine anderen Funktionen sozialen Einflusses und sozialer Geltung als vererblich anerkennt. Bezüglich der Vermögenspositionen sorgen der Grundsatz der Gleichberechtigung der Erben, das Verbot der Familienstiftungen und Familienfideikomisse<sup>50</sup> und die wachsende Mobilität der Bevölkerung für eine Zersplitterung des familiengebundenen Reichtums von Generation zu Generation.
- 821 Parallel dazu ist im Sozialversicherungsrecht ein Trend zu beobachten, der die private Vermögensbildung schwächt und statt dessen einen wachsenden Teil des Volksvermögens in die Hände von Versicherungen und Pensionskassen lenkt. Ein Ziel der ersten und zweiten Säule der Altersvorsorge (AHV und BVG) geht dahin, die Bevölkerung während der Aktivitätsdauer zum institutionalisierten Zwangssparen anzuhalten. Gerade dadurch wird aber die private Bildung vererblicher Vermögen verlangsamt. Die Pensionierten werden mit Renten versorgt, die oft laufend aufgebraucht werden, sodass beim Tod des Individuums nur ein geringer vererblicher, d.h. familiengebundener Reichtum vorhanden ist. Dieser Mechanismus bewirkt bei der nächsten Generation eine grössere Gleichheit der Startchancen.

## **K. Der Eingriff des Fiskus in den Erbgang**

- 822 Die Erbgangbesteuerung in der Schweiz lässt, im Gegensatz zu gewissen ausländischen Ordnungen, gerade *nicht* eine Absicht des Gesetzgebers erkennen, familiengebundenen Reichtum zu zersplittern. Denn in der direkten Generationenfolge gibt es heute in den meisten Kantonen der Schweiz keine Erbsteuerbelastung mehr (Nulltarif für Nachkommen und Ehegatten).
- 823 Hingegen greift der Fiskus ein, wenn der Nachlass an entferntere Verwandte oder gar an Nicht-Verwandte fällt. Die Erbsteuertarife sind in den meisten Kantonen doppelt progressiv, nämlich ansteigend, je entfernter der Verwandtschaftsgrad ist, und zusätzlich ansteigend, je grösser das Erbe ist. In Basel-Stadt erreicht der Nichtverwandten-Tarif bei Erbansfällen von mehr als ca. CHF 3 Mio einen Maximalsatz von 54 %. Unter diesen Umständen spielt es selbstverständlich eine erhebliche Rolle, ob eine vermögliche Person mit ihrem Lebenspartner, dem sie das ganze Vermögen hinterlässt, im Zeitpunkt des Todes verheiratet oder nicht verheiratet gewesen ist. Überlebende Ehegatten bezahlen keine Erbsteuer. Unverheiratete Lebenspartner bezahlen je nach Grösse des Erbes 18-54%.

---

<sup>50</sup> Die Familienstiftungen und Familienfideikomisse sind in Art. 335 ZGB erwähnt. Familienstiftungen sind Stiftungen, die einer bestimmten Familie dienen. Familienfideikomisse sind verboten, sodass zu diesem Begriff nichts auswendig zu lernen ist. Orientierungshalber sei hier beigefügt, dass es sich um eine mittelalterliche Form der Vererbung handelt, bei der das Familienvermögen ganz oder teilweise von Generation zu Generation an einen bestimmten Abkömmling - z.B. immer an den ältesten Sohn - weitervererbt wird, unter Ausschluss der Geschwister. Diese Vererbungsform diente im Mittelalter dazu, das Familienvermögen vor Zersplitterung zu bewahren. Mit heutigen Auffassungen ist solches nicht mehr vereinbar.

## Vierter Teil des ZGB: Sachenrecht (Zuordnung von Sachen zu Personen, Art. 641-977)

### A. Begriffliches: Eigentum und beschränkte dingliche Rechte

- 824 Der vierte Abschnitt des ZGB behandelt unter der Überschrift "Sachenrecht" die *Rechte an Sachen*. Begrifflich werden diese Rechte als Kategorie unter dem Begriff der *dinglichen Rechte* zusammengefasst und einer anderen Kategorie, den *persönlichen Rechten*, gegenüber gestellt. Die Begriffsbildung stammt aus dem Römischen Recht, wo zwischen *ius in rem* (Recht an der Sache) und *ius in personam* (Recht gegenüber einer anderen Person) unterschieden wurde. Dabei geht es um folgendes:
- 825 Da der Eigentümer seine Sache gegen jede andere Person verteidigen, die abhanden gekommene Sache von jeder anderen Person herausverlangen kann, bei der er die Sache vorfindet, besteht die bildhafte Vorstellung, das Eigentumsrecht erfasse die Sache und wirke gegenüber jedermann.
- 826 Demgegenüber ist die Gläubigerin, die dem Schuldner ein Darlehen gewährt hat, nur gegenüber dem Schuldner zur Rückforderung berechtigt. Ihr Forderungsrecht richtet sich gegen eine bestimmte Person und heisst deshalb ein persönliches Recht.
- 827 Da die persönlichen Rechte sich auf bestimmte Personen beziehen, d.h. nur *bezüglich einer Person* wirken, heissen sie auch *relative Rechte*. Jene Rechte, die gegenüber jedermann wirken, heissen *absolute Rechte*.
- 828 Alle dinglichen Rechte sind absolute Rechte. Aber es ausserhalb des Kreises der dinglichen Rechte noch weitere absolute Rechte, z.B. die persönlichkeitsrechtlichen Abwehrrechte gemäss Art. 28 ZGB und die Immaterialgüterrechte (Patente, Marken). Allen absoluten Rechten ist die Wirksamkeit gegenüber beliebigen Dritten und ihr Fortbestand im Konkurs einer beteiligten Person gemeinsam. Die absoluten Rechte sind also stets *drittwirksame und konkursfeste Rechte*, im Gegensatz zu den relativen Rechten, die im Konkurs des Schuldners untergehen.
- 829 Im Sachenrecht werden neben dem *Eigentum* als dem Vollrecht an einer Sache zwei weitere Kategorien von Rechten unterschieden, nämlich die *Dienstbarkeiten* und die *Pfandrechte*. Diese Rechte vermitteln dem Rechtsinhaber zwar drittwirksame und konkursfeste Rechtspositionen bezüglich einer Sache, aber nicht das volle Nutzungsrecht und nicht die volle Verfügungsbefugnis. Die Rechte dieser beiden Kategorien heissen die *beschränkten dinglichen Rechte*<sup>51</sup>.

### B. Was ist "Sache" im Rechtssinn?

#### 1. Die privatrechtliche Betrachtungsweise

- 830 Da die Zuordnung von Sachen an Individuen primär der Konfliktvermeidung dient, müssen sich alle Individuen gemeinschaftlich zunächst darüber einig werden, wie die einzelnen Sachen voneinander abgegrenzt werden, d.h. wo der Zuständigkeitsbereich des einen aufhört und derjenige des andern beginnt. Klare Abgrenzung der Interessenbereiche ist der erste Schritt zur Konfliktvermeidung.

<sup>51</sup> Beschränkt sind die Rechte, nicht ihre Dinglichkeit. Falsch ist also der zuweilen zu hörende Ausdruck der "beschränkt dinglichen Rechte".

- 831 Bei manchen Sachen ist die Abgrenzung eine natürliche. Tennisbälle, Uhren, Bücher, Fahrräder sind innerlich zusammenhängend, im Verhältnis zu anderen Gegenständen aber frei verschiebbar. Wenn man am einen Ende des Gegenstandes zugreift, hat man den ganzen Gegenstand, und nur diesen, fest im Griff.
- 832 Bei flüssigen, gasförmigen und bei Mengensachen (wie z.B. Sand, Mehl) ist die körperliche Abgrenzung notwendigerweise eine künstliche. Solche Dinge werden zur individuell zugeordneten Sache erst durch ihre abgrenzende Zusammenfassung in einem Behältnis. Der Sand am Meer in seiner unabgegrenzten Unendlichkeit kann nicht Gegenstand eines Eigentumsrechtes sein. Niemand ist Eigentümer des Sandes am Meer. Sind aber einige Kilogramm in einen Sack abgepackt, so kann jemand der Eigentümer dieser Packung Sand sein.
- 833 Bei einer dritten Kategorie von Dingen ist die Abgrenzung schliesslich eine bloss rechtliche, d.h. geistige. Es handelt sich um die Liegenschaften. Sie erhalten ihre rechtliche Identität durch ihre topographische Belegenheit, d.h. durch den Ort, an dem sie sich befinden. Die Abgegrenztheit einer Liegenschaft ist eine gedankliche. Sie ergibt sich aus den Vermessungsplänen beim Grundbuchamt. Mit dem Rechtsbegriff der Liegenschaft ist im Einzelfall nicht eine bestimmte Materie von Erdreich, Pflanzen und Gebäuden (vergleichbar einem Sack voll Sand) gemeint, sondern ein topographisch definierter dreidimensionaler *Raum*, den man sich wie ein grosses Behältnis ins Erdinnere hinabreichend und in den Luftraum hinauftragend denkt. Nach unten und oben ist dieser Raum nicht eindeutig, etwa nach einer bestimmten Anzahl von Metern, abgegrenzt. Vielmehr bestimmt sich die vertikale Ausdehnung nach den konkreten privaten und öffentlichen Schutz- und Freihalteinteressen im Einzelfall. In Art. 667 ZGB wird dies mit folgenden Worten gesagt: *"Das Eigentum an Grund und Boden erstreckt sich nach oben und unten auf den Luftraum und das Erdreich, soweit für die Ausübung des Eigentums ein Interesse besteht. Es umfasst unter Vorbehalt der gesetzlichen Schranken alle Bauten und Pflanzen, sowie die Quellen."*
- 834 Unter den im vorherigen Zitat erwähnten *"gesetzlichen Schranken"* ist in erster Linie die öffentliche Hoheit über die Bodenschätze (Salze, Erze, Kohle etc., nicht dagegen Sand und Kies), ferner über das Grundwasser gemeint.
- 835 Denkt man sich die einzelne Liegenschaft also als ein vertikal von der Erdoberfläche nach oben und unten ausgedehntes Behältnis, so hat dieses Behältnis, bildhaft gesprochen, keinen klar definierten Boden und Deckel.
- 836 Die Liegenschaft ist aber *nicht nur* Raum. Da sie dreidimensional von der Erdoberfläche aufwärts und abwärts reicht, umfasst ihr Volumen stets Luft, die - als nicht abgegrenztes und rechtlich nicht beherrschbares Gas - im Gemeingebrauch, nicht im Privateigentum steht, ferner die Materie des Erdbodens und der vorhandenen Pflanzen und Gebäude. Wie die strömende Luft ist auch die Materie des Erdkörpers austauschbar, ohne dass an der rechtlichen Identität der betreffenden Liegenschaft etwas verändert würde.
- 837 Die schweizerische Rechtsordnung versteht unter Sachen demgemäss immer Dinge, die (auch) körperlich-materielle Existenz haben. Elektrische Energie und Wasserkraft können also nicht Sachen sein: es kann daran kein Eigentum geben.
- 838 *Selbstverständlich ist der Umgang mit den menschlich beherrschbaren Energien ebenfalls rechtlich geregelt. Energielieferung und unrechtmässige Entziehung von Energie sind Rechtsfiguren, die dem Verkauf und dem Diebstahl körperlicher Sachen nahekommen.*



- 839 Dinge, die keinem einzelnen privaten Individuum zugeordnet werden können oder sollen, sind ebenfalls von der Definition der Sache ausgeklammert. Man denke an die Gestirne, das offene Meer, die freie Luft. Das Gleiche gilt für die lebende menschliche Person. Um seiner Menschenwürde willen kann der Mensch nicht Sache sein.
- 840 Schliesslich gehören unter den Sachbegriff auch nicht die Rechte (Forderungsrechte, Patentrechte etc.).
- 841 *Der Gesetzgeber hat in Art. 655 ZGB eine einzige Ausnahme gemacht: Er hat gewisse Rechte an Liegenschaften, nämlich die Miteigentumsanteile, die Stockwerkeigentumsanteile, die selbständigen übertragbaren Baurechte und einige andere, weniger bedeutende Kategorien von Rechten den Sachen definitorisch gleichgestellt. Das ändert nichts daran, dass die Liegenschaften in ihrer räumlichen und körperlichen Existenz einerseits, Rechte an Liegenschaften andererseits verschiedene Dinge sind, für die nicht durchwegs die gleichen Regeln gelten können.*
- 842 Seit dem 1.04.2003 gilt schliesslich für Tiere die Sonderbestimmung von Art. 641a ZGB: *"Tiere sind keine Sachen. Soweit für Tiere keine besonderen Regelungen bestehen, gelten für sie die auf Sachen anwendbaren Vorschriften."* Das bedeutet im Klartext: Tiere haben ihre eigene Würde, die sie von gewöhnlichen Sachen abhebt, werden aber rechtlich wie Sachen behandelt.

## 2. Staatliche Hoheit, öffentliche und herrenlose Sachen

- 843 Der Eigentumsbegriff meint in seinem Kerngehalt die individuelle Sachzuordnung zu ausschliesslichem Gebrauch.
- 844 Blickt man im täglichen Leben um sich, so entdeckt man viele Dinge, die niemandem individuell zu ausschliesslichem Gebrauche zugeordnet sind: Flüsse, Seen, Wälder, Gletscher, Felsen und Alpweiden, Strassen, Wege und Brücken werden von beliebig vielen Menschen benützt, und man kann sich schwer vorstellen, dass irgendjemand diese Benützung unter Berufung auf sein Eigentumsrecht verbieten könnte.
- 845 Der Katalog der soeben aufgezählten Dinge gehört zum topographischen Lebensraum der Gesellschaft. Es handelt sich um Bereiche von Grund und Boden, d.h. um unbewegliche Sachen. Diesbezüglich sagt das Gesetz:
- "Art. 664 ZGB: Herrenlose und öffentliche Sachen"**
- 1 *Die herrenlosen und die öffentlichen Sachen stehen unter der Hoheit des Staates, in dessen Gebiet sie sich befinden.*
  - 2 *An den öffentlichen Gewässern, sowie an dem der Kultur nicht fähigen Lande, wie Felsen und Schutthalden, Firnen und Gletschern, und den daraus entspringenden Quellen besteht unter Vorbehalt anderweitigen Nachweises kein Privateigentum.*
  - 3 *Das kantonale Recht stellt über die Aneignung des herrenlosen Landes, die Ausbeutung und den Gemeingebrauch der öffentlichen Sachen, wie der Strassen und Plätze, Gewässer und Flussbetten, die erforderlichen Bestimmungen auf."*
- 846 Das Gesetz unterscheidet also drei Kategorien von Sachen: Die "herrenlosen", die niemandem gehören, die "öffentlichen", welche dem Staat gehören, und die übrigen Sachen, welche den Personen des Privatrechts (natürlichen und juristischen Personen) zu Eigentum gehören. Bezüglich der herrenlosen Sachen hat der Staat bloss die "Hoheit", d.h. die Ordnungs- und Polizeikompetenz. So kann ein Kanton das Pflücken von Edelweissen in Felsen und Schutthalden unter Strafe stellen. Er kann diese gemäss ZGB herrenlosen Tei-

le der Erdoberfläche aber nicht zu kantonalem Staatseigentum erklären und das Pflücken der Edelweisse als Eigentumsdelikt (Diebstahl) ahnden.

847 Die im Eigentum des Staates, d.h. die einem Gemeinwesen individuell zugeordneten Sachen, werden in zwei Gruppen unterteilt, nämlich in die "öffentlichen Sachen" einerseits, das staatliche "Finanzvermögen" andererseits.

848 Die *öffentlichen Sachen* werden ihrerseits in zwei Gruppen unterteilt, nämlich in die

849 - *Sachen im Gemeingebrauch*. Es handelt sich um die öffentlichen Strassen, Plätze, Gewässer etc., kurz: um all jene Dinge, welche einer unbegrenzten Öffentlichkeit meist voraussetzungslos, ohne Gebührenpflicht oder Zugangsbewilligung, zur freien Benützung offen sind. Ferner handelt es sich um das

850 - *Verwaltungsvermögen* des Staates, nämlich die Verwaltungsgebäude, Schulhäuser, staatlichen Spitäler, Transportmittel, Lastwagen, Maschinen etc., mit denen der Staat seine öffentlichen Aufgaben erfüllt.

*Exkurs zur Terminologie: Der Begriff der "öffentlichen Sachen" wird im öffentlichen Recht nicht unter dem Aspekt der Eigentumszuordnung definiert, sondern unter demjenigen des Verwendungszweckes einer Sache. Ausnahmsweise gibt es auch öffentliche Sachen, die im Eigentum von Privatpersonen stehen, z.B. eine Fussgänger-Passage über privaten Grund. Ist die Passage für den Fussgängerverkehr so wichtig geworden, dass ihre Aufhebung aus öffentlichen Interessen nicht mehr in Frage kommt, so wird der betreffende Flächenabschnitt des Privatgrundstückes zur öffentlichen Sache, ohne dass das Privateigentum deswegen aufgehoben werden müsste.*

*Der Unterschied zwischen staatlicher Hoheit und staatlichem Eigentum wird deutlich, wenn man sich den Landerwerb eines ausländischen Staates in der Schweiz vergegenwärtigt, beispielsweise zum Zwecke der Errichtung eines Botschaftsgebäudes. Das Gebäude der amerikanischen Botschaft in Bern ist Verwaltungsvermögen der USA und steht insofern im Privateigentum des amerikanischen Staates. Aber das Grundstück steht unter schweizerischer Staatshoheit, wird also von der Schweiz notfalls polizeilich und militärisch geschützt. Der Umgang mit dem Grundstück geschieht nach schweizerischem Recht.*

851 Die zum staatlichen **Finanzvermögen** gehörenden Sachen dienen dem Gemeinwesen durch ihren finanziellen Wert, d.h. als Kapitalanlage (Finanzreserve) und als Erbringer finanzieller Erträge. Es handelt sich etwa um Aktien und Obligationen, welche die staatliche Finanzverwaltung zur zeitweiligen Rentabilisierung von Steuerüberschüssen kauft, ferner um Baulandreserven und staatlich gebaute Ein- und Mehrfamilienhäuser. Die zum staatlichen Finanzvermögen gehörenden Grundstücke sind regelmässig im Grundbuch eingetragen, weil ihr Verkauf jederzeit denkbar ist (im Gegensatz zu den öffentlichen Plätzen und zur Oberfläche des Flüsse und Seen, die nicht ins Grundbuch aufgenommen werden).

852 Der ins Grundbuch aufgenommene Boden ist in Teilflächen, sogenannte Parzellen aufgeteilt. Jeder Parzelle entspricht *ein* Grundbuchblatt mit eigener Nummer. Die Parzelle ist die kleinste Einheit im Liegenschaftsverkehr. Der Grundeigentümer, der nur einen Teil seiner Parzelle verkaufen will, muss die bisherige Parzelle zuvor in zwei neue Parzellen unterteilen; dann kann er die eine davon verkaufen. - Da die öffentlichen Strassen, Plätze, Flüsse, Seen, Gletscher, Felsen und Geröllhalden nicht am Liegenschaftsverkehr teilha-

ben, erübrigt sich ihre topographische Parzellierung und ihre parzellenweise Aufnahme ins Grundbuch.

- 853 Dass der Staat bei der Nutzung und Bewirtschaftung der öffentlichen Sachen durch die Vorschriften des öffentlichen Rechtes weitgehend gebunden ist, versteht sich. Hier kann der Staat seine Privateigentümer-Befugnisse kaum ausüben. Aber auch bei der Bewirtschaftung des Finanzvermögens müssen sich die zuständigen Behörden an Regeln halten. Denn auch die Finanzverwaltung ist Verwaltungstätigkeit und also rechtlich gebunden. Der Staat kann als Vermieter staatlicher Wohnliegenschaften nicht mit der gleichen Willkür, nicht nach persönlichen Präferenzen des staatlichen Liegenschaftsverwalters Wohnungen zuteilen, missliebige Bewerber abweisen, sondern muss sich auch hier an rechtlichen Regeln, namentlich am Gebot der Rechtsgleichheit und am Willkürverbot orientieren.

### 3. Beschränkter Gemeingebrauch von Wald und Flur

- 854 An die im vorherigen Abschnitt gegebene Darstellung der Sachen im Gemeingebrauch (Strassen, Plätze, Seen, Flüsse etc.), die normalerweise im Eigentum des Staates stehen, schliesst eine weitere, für die Schweiz charakteristische Erscheinung an, nämlich der gesetzlich geregelte, beschränkte Gemeingebrauch gewisser Grundstücke, die im Eigentum von Privatpersonen stehen. Das Gesetz sagt:

**"Art. 699 Abs. 1 ZGB:**

*Das Betreten von Wald und Weide und die Aneignung wild wachsender Beeren, Pilze und dergleichen sind in ortsüblichem Umfange jedermann gestattet, soweit nicht im Interesse der Kulturen seitens der zuständigen Behörde einzelne bestimmte umgrenzte Verbote erlassen werden."*

- 855 Die Bestimmung spiegelt die typisch schweizerische Überzeugung wider, dass Wald und Flur, auch wenn sie im Eigentum Privater stehen, jedermann frei zugänglich sein müssen. Die Gerichtspraxis ist namentlich bezüglich des Waldes streng: Private Waldbesitzer dürfen nicht einmal zum Halten ihrer Pferde Zäune durch den Wald ziehen, da dies die freie Begehrbarkeit einschränkt. Der Schweizer zeigt bezüglich der Nutzung von Wald und Flur ein genossenschaftlich-kollektives Denken und lehnt die ausschliessliche Privatnutzung durch private Grundeigentümer ab. Erst der gepflügte Acker, die Wiese mit hohem Gras oder mit Getreide wird zum exklusiven Revier des Bauern, weil hier der Durchmarsch von Wanderern schädlich wäre. Wo der Durchmarsch aber nichts schadet (was namentlich in der kalten Jahreszeit der Fall ist), muss der Bauer den Zutritt zu seinen Wiesen und Wäldern gestatten. - Im Ausland ist dies häufig anders. Namentlich in den USA erlebt der Schweizer Ärger, wenn er nach schweizerischer Gewohnheit durch Wald und Feld streifen will, allenthalben dem Warnschild "No Trespassing" begegnet und von erzürnten Privateigentümern, die sich in ihrer "privacy" gestört fühlen, weggewiesen wird.

### C. Bestandteile

- 856 Wer Eigentümer eines Fahrrads ist, mag sich folgende Frage stellen: Da es offensichtlich möglich ist, ein einzelnes Rad abzuschrauben und getrennt vom restlichen Vehikel zu verkaufen, da es also möglich ist, aus der einen Sache "Fahrrad" zwei Sachen: "Rad" und "restliches Fahrrad" zu machen, stellt sich die Frage, ob es nicht möglich ist, dass am gleichen Fahrrad verschiedene Personen als Eigentümer berechtigt sind: A am Vorderrad, B am Hinterrad und C am Rahmen?

857 Der Gesetzgeber lehnt solches ab. Er schreibt vor:

**"Art. 642 ZGB: Bestandteile**

- 1 *Wer Eigentümer einer Sache ist, hat das Eigentum an allen ihren Bestandteilen.*
- 2 *Bestandteil einer Sache ist alles, was nach der am Orte üblichen Auffassung zu ihrem Bestand gehört und ohne ihre Zerstörung, Beschädigung oder Veränderung nicht abgetrennt werden kann."*

858 Mit dieser Vorschrift erspart sich der Gesetzgeber, Lösungsmodelle zu entwickeln für die Konflikte, die entstehen müssten, wenn an dem gleichen Fahrrad in dem oben beschriebenen Sinne drei Personen als Eigentümer zuständig wären.

## **D. Zugehör**

859 Als Zugehör werden jene Sachen bezeichnet, die einer bestimmten Hauptsache funktionell dauerhaft dienen, die mit dieser Hauptsache aber nicht körperlich-kohärent verbunden sind. Zugehörigkeiten können einem anderen Eigentümer gehören als demjenigen, dem die Hauptsache gehört. Aber es ist dies unüblich. Das Gesetz sagt - nicht im Sinne einer zwingenden Vorschrift, sondern zur Vermeidung von Unklarheiten:

**"Art 644 ZGB: Zugehör**

- 1 *Die Verfügung über eine Sache bezieht sich, wenn keine Ausnahme gemacht wird, auch auf ihre Zugehör.*
- 2 *Zugehör sind die beweglichen Sachen, die nach der am Orte üblichen Auffassung oder nach dem klaren Willen des Eigentümers der Hauptsache dauernd für deren Bewirtschaftung, Benutzung oder Verwahrung bestimmt und durch Verbindung, Anpassung oder auf andere Weise in die Beziehung zur Hauptsache gebracht sind, in der sie ihr zu dienen haben.*
- 3 *Ist eine Sache Zugehör, so vermag eine vorübergehende Trennung von der Hauptsache ihr diese Eigenschaft nicht zu nehmen."*

860 Bei einem Wohnhaus sind also Boden und Mauern die Hauptsache, Türen und Heizkörper Bestandteile, die Schlüssel Zugehör, Möbel, Bilder und Gartengerät selbständige Sachen.

## **E. Das Alleineigentum**

861 Das Alleineigentum, d.h. die Zuordnung einer Sache zu einer einzigen Person, ist der gesetzliche Idealtyp des Eigentums. Der Allein-Eigentümer (hiernach kurz: der Eigentümer) hat eine umfassende Freiheit beim Umgang mit der Sache. Ihm allein steht die Sache zu. Andere Personen dürfen die Sache nur mit der Zustimmung des Eigentümers nutzen und damit umgehen.

862 Allerdings ist die Freiheit des Eigentümers, mit der Sache nach seinem Belieben umzugehen, beschränkt durch seine allgemeinen Verhaltenspflichten in der Gesellschaft. Der Eigentümer einer Pistole darf mit der Pistole (in seiner Eigenschaft als Eigentümer) tun und lassen, was er will, aber er darf nicht auf andere Menschen schießen. Sein Eigentumsrecht an der Pistole gibt ihm nicht die Befugnis, andere Menschen zu verletzen oder deren Eigentum zu beschädigen.

863 Der rechtlich geschützte Umgang mit der Sache ist der *Inhalt* des Eigentumsrechts. Zum Inhalt gehören drei unterschiedliche Befugnisse, nämlich die Nutzungsbefugnis, die Ab-

wehrbefugnis gegenüber Störern und die Befugnis, die Sache zurückzuholen von Personen, die sie dem Eigentümer vorenthalten.

- 864 Die *Nutzungsbefugnis* umfasst den Gebrauch der Sache, ferner ihre Zerstörung und Beseitigung.
- 865 Die *Abwehrbefugnis gegenüber Störern* ist die Befugnis, andere Personen vom Eigentum fernzuhalten. So kann der Eigentümer eines Buches anderen Personen verbieten, dass sie darin lesen und blättern. Der Grundeigentümer kann anderen Personen verbieten, dass sie durch seinen Garten gehen.
- 866 Die dritte, zum Inhalt des Eigentums gehörende Teilbefugnis, nämlich die *Rückholbefugnis* ist das Recht, die Sache von jedem herauszuverlangen, der sie dem Eigentümer ungerichtlich vorenthält. Da das Herausverlangen von Eigentum im römischen Recht "vindicare" hiess, spricht man in der heutigen Rechtssprache auch von "vindizieren".
- 867 Die Eigentümerbefugnisse erschöpfen sich aber nicht in den drei Teilbefugnissen, die hier als *Inhalt* des Eigentums bezeichnet wurden. Der Eigentümer hat noch weitere Befugnisse, nämlich diejenigen, sein Recht als solches aus der Hand zu geben, indem er es an eine andere Person veräussert. Diese Befugnis heisst die *Verfügungsbefugnis*. Der Eigentümer kann über sein Eigentum verfügen. Die Verfügungsbefugnis umfasst auch die dauerhafte Weggabe blosser Teilbefugnisse, so die Belastung des Eigentumsrechts mit einer Dienstbarkeit oder die Verpfändung. Wer also sein Grundstück mit einer Hypothek belastet oder, rechtlich gesprochen, verpfändet, verfügt teilweise über sein Eigentum.

## F. Erwerb und Übertragung von Eigentum

- 868 Eine Person erwirbt Eigentum an einer Sache entweder *derivativ* oder *originär*.

### 1. Derivativer Eigentumserwerb

- 869 Derivativer Eigentumserwerb ist der Normalfall. "Derivat" bedeutet, dass sich das erworbene Eigentum vom früheren Eigentum eines Rechtsvorgängers ableitet (lat.: derivare, franz. dériver = ableiten). Derivativer Eigentumserwerb findet insbesondere statt, wenn jemand durch ein Rechtsgeschäft Eigentum erwirbt, etwa durch Kauf oder Schenkung. Der Verkäufer oder Schenker überträgt sein bisheriges Eigentum auf den Käufer oder Beschenkten. Dieser leitet sein Eigentum demgemäss vom Rechtsvorgänger ab. Damit ist zugleich gesagt, dass Rechtsmängel beim Rechtsvorgänger auch dem derivativ erworbenen Eigentum weiterhin anhaften. Ist die Sache eine gestohlene Sache und also nur vermeintlich im Eigentum des Verkäufers (der vom Diebstahl nichts weiss), so bleibt die Sache auch in den Händen des Erwerbers eine gestohlene Sache. Auch der Erwerber kann daran kein Eigentum erwerben, auch wenn er irrtümlich glaubt, er habe die Sache rechtsgültig gekauft. Mit dem Begriff des derivativen Eigentumserwerbs wird verdeutlicht, dass niemand mehr Rechte übertragen kann, als er selber hat. Wer selber nicht Eigentümer ist, kann dem Rechtsnachfolger, dem er die Sache verkauft oder verschenkt, kein Eigentum verschaffen.
- 870 Das soeben Gesagte ist allerdings präzisierungsbedürftig. Es kommt durchaus vor, dass jemand eine Sache verkauft, an der er selber kein Eigentum hat. Das kann ganz rechtmässig geschehen und braucht mit einem Diebstahl nichts zu tun zu haben. Man denke an einen Zwischenhändler, der über sichere Bezugsquellen verfügt. Er kann Dinge verkaufen, die er selber nicht an Lager hat, sondern die er erst nach dem Abschluss des Kaufvertrags

mit dem Kunden bei seinem Lieferanten bestellt. Ein solcher Zwischenhändler kann den Lieferanten auch anweisen, die Ware direkt an den Endkunden zu versenden. Bei einem solchen Ablauf geht das Eigentum vom Lieferanten unmittelbar auf den Endkunden über, ohne dass der Zwischenhändler jemals Eigentümer der von ihm verkauften Sache wurde. Um auch solche Sachverhalte zu erfassen, definiert Art. 184 OR den Kaufvertrag folgendermassen: *"Durch den Kaufvertrag verpflichtet sich der Verkäufer, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen, und der Käufer, dem Verkäufer den Kaufpreis zu bezahlen."* - Das Gesetz sagt bewusst nicht, der Verkäufer verpflichte sich, dem Käufer das Eigentum zu "übertragen" (wozu der Verkäufer das Eigentum zuerst selber innehaben müsste). Es genügt, dass er dem Käufer das Eigentum "verschafft". Nach dem Wortlaut des Gesetzes spielt es also keine Rolle, von wem der Käufer das Eigentum übertragen erhält. Das kann auch ein Dritter (Lieferant) sein, der den Kaufvertrag auf Weisung des Verkäufers gegenüber dem Käufer erfüllt.

- 871 Beim derivativen Eigentumserwerb an beweglichen Sachen erfolgt der Übergang des Eigentums nach der Regel von Art. 714 Abs. 1 ZGB: *"Zur Übertragung des Fahrniseigentums bedarf es des Überganges des Besitzes auf den Erwerber"*.
- 872 Der Begriff des Besitzes meint in diesem Zusammenhang die physische Innehabung der Sache (vgl. dazu hinten, Ziff. 252 ff.). Die Besitzübertragung im Sinne von Art. 714 erfolgt augenfällig, wenn der Verkäufer dem Käufer die gekaufte Sache im Laden übergibt. Im Augenblick, in dem die Sache aus der Hand des Verkäufers in diejenige des Käufers übergeht, wechselt der Besitz vom Verkäufer auf den Käufer. In diesem Augenblick geht das Eigentum über.
- 873 Zum derivativen Eigentumserwerb braucht es aber nicht nur den in Art. 714 Abs. 1 erwähnten Besitzübergang. Es braucht immer noch etwas Zweites, nämlich einen *gültigen Rechtsgrund*. Als allgemeine Regel gilt: *Für die Übertragung von Eigentum an beweglichen Sachen braucht es einen gültigen Rechtsgrund und den Besitzübergang*.
- 874 Der gültige Rechtsgrund ist meist ein Vertrag (Kauf, Schenkung, Tausch). Es gibt zahllose weitere Rechtsgründe, die in Verbindung mit dem Besitzübergang zur Übertragung von Sacheigentum führen.
- 875 Dass der blosse Besitzübergang nicht genügt, um Eigentum zu übertragen, ergibt sich bei einem Blick auf das Ballspiel. Wer den Ball in Händen hat, ist dessen Besitzer. Beim Weiterspielen des Balls an andere Spieler geht der Besitz über, nicht aber das Eigentum. Der Ball gehört eigentumsässig vielleicht einem der Spieler oder dem Sportverein. An dieser Eigentumszuordnung ändert sich während des Ballspiels nichts. Auch sonst gehen im täglichen Leben unzählige Sachen von Hand zu Hand, ohne dass eine Eigentumsübertragung stattfindet.
- 876 Die hievore erwähnte Regel für die Eigentumsübertragung erheischt einen *gültigen Rechtsgrund*. Liegt ein Rechtsgrund nur dem Scheine nach vor, ist er aber bei näherer Betrachtung nicht gültig, dann geht bei der Besitzübertragung kein Eigentum über. Ein Beispiel für diese Konstellation ist der nichtige oder anfechtbare Vertrag. Verkauft ein Urteilsunfähiger seine Uhr, so ist der Kaufvertrag nichtig, weil der Urteilsunfähige nicht handlungsfähig ist und keine Verträge abschliessen kann. Der Vertrag ist auch dann nichtig, wenn der Käufer die Urteilsunfähigkeit seines Gegenübers nicht erkannte. Der Käufer glaubt in diesem Falle irrtümlich, gestützt auf einen gültigen Kaufvertrag das Eigentum an der gekauften Uhr zu erwerben, sobald er diese vom Verkäufer ausgehändigt erhält und den Besitz daran erwirbt. Dabei täuscht er sich. Die Besitzübergabe vom Urteilsunfähigen an den Käufer bleibt eigentumsrechtlich wirkungslos, weil es am gültigen

Rechtsgrund fehlt. Wenn später der Urteilsunfähige oder dessen gesetzlicher Vertreter die Uhr vom Käufer zurückverlangt, so stützt er das Rückforderungsbegehren auf das weiterhin bestehende Eigentumsrecht. Er verlangt Eigentum von einem Nichteigentümer heraus. Fällt der Käufer der Uhr in Konkurs, bevor das Geschäft rückgängig gemacht wurde, so fällt die Uhr nicht in die Konkursmasse des Käufers. Sie ist und bleibt Eigentum eines Dritten. Der Urteilsunfähige bzw. sein gesetzlicher Vertreter kann die Uhr aus der Konkursmasse des Käufers aussondern lassen und herausholen.

- 877 In dem hier dargestellten Beispiel ist auch die Kaufpreiszahlung des Käufers an den urteilsunfähigen Verkäufer ohne Rechtsgrund. Wenn der Preis durch Banküberweisung vom Konto des Käufers auf dasjenige des Verkäufers erfolgte, hat der Verkäufer fortan ein grösseres Guthaben bei seiner Bank. Der Käufer kann kein Eigentum zurückfordern. Hingegen ist in diesem Falle der Verkäufer aufgrund seines grösseren Bankguthabens ungerechtfertigt bereichert (Art. 62 ff. OR).
- 878 Das Gleiche gilt, wenn der Preis mit Münzen und Noten bezahlt wurde und der Verkäufer diese mit seinem übrigen Kassenbestand vermischt hat. Wenn gleichartige Sachen wie Münzen, Banknoten (aber auch Flüssigkeiten, Mehl und Ähnliches) mit dem Eigentum des Empfängers so vermischt wurden, dass man das irrtümlich Geleistete nicht mehr vom Eigenbestand des Empfängers unterscheiden kann, dann erwirbt der Empfänger an den irrtümlich geleisteten Sachen Eigentum *durch Vermischung* (Art. 727 ZGB).
- 879 Bei der Rückabwicklung des nichtigen Kaufvertrags macht also in diesen Fällen der Verkäufer sein absolutes Eigentumsrecht an der zu Unrecht übergebenen Sache geltend, der Käufer ein Forderungsrecht gegenüber dem Verkäufer aus ungerechtfertigter Bereicherung.
- 880 Das Gleiche gilt, wenn ein Kaufvertrag wegen eines Willensmangels (insbesondere wegen Irrtums) angefochten wird und kraft dieser Anfechtung nachträglich dahinfällt. Auch in diesem Fall geht das schweizerische Recht davon aus, dass das Eigentum gar nicht übertragen worden ist, sodass der Veräusserer die Sache gestützt auf sein Eigentumsrecht zurückfordert, der Erwerber den Kaufpreis gestützt auf ungerechtfertigte Bereicherung.
- 881 In diesen Fällen ist jene Partei, die eine Geldzahlung ohne gültigen Rechtsgrund entgegengenommen hat, insofern bereichert, als das Geld auf einem Konto gutgeschrieben oder sich in der Kasse des Empfängers mit anderem Geld so vermischt hat, dass der Betrag nicht mehr identifiziert und als Sache eigentumsrechtlich ausgeschieden werden kann. Die Zahlung ist dadurch in das Vermögen des Empfängers eingeflossen, hat das Vermögen vergrössert und den Empfänger bereichert. - Anders sieht es aus beim Empfänger des Kaufgegenstands. Da er an dem Kaufgegenstand kein Eigentum erworben hat, ist er durch dessen Entgegennahme auch nicht bereichert. Denn das Vermögen wächst nicht bereits dadurch an, dass jemand eine fremde Sache physisch entgegennimmt und in seinen eigenen Räumen einlagert.

## 2. Originärer Eigentumserwerb

- 882 Originärer Eigentumserwerb bedeutet, dass der Erwerber sein Eigentum nicht von einem Rechtsvorgänger ableitet, sondern es ursprünglich, gewissermassen aus dem Nichts heraus, erwirbt. Unter den zahlreichen Konstellationen, bei denen originäres Eigentum erworben wird, sollen hier zwei herausgegriffen werden, nämlich die Ersitzung gemäss Art. 728 ZGB und der Erwerb einer anvertrauten Sache vom Nichtberechtigten gemäss Art. 714 Abs. 2 ZGB. (Ein weiterer, aber seltener Fall ist die hievon in Ziff. 878 erwähnte Vermischung gemäss Art. 727 ZGB).

**a) Ersitzung**

- 883 Art. 728 Abs. 1 ZGB regelt die Ersitzung an beweglichen Sachen wie folgt: *"Hat jemand eine fremde bewegliche Sache ununterbrochen und unangefochten während fünf Jahren in gutem Glauben als Eigentum in seinem Besitze, so wird er durch Ersitzung Eigentümer."*
- 884 Gemäss dieser Bestimmung kann der Dieb die gestohlene Sache nicht selber ersitzen; denn er ist bösgläubig, d.h. er weiss, dass die Sache eine fremde ist. Wer aber eine gestohlene Sache in einem Ladengeschäft erwirbt, das mit Sachen der gleichen Art regulären Handel treibt, besitzt die Sache anschliessend in gutem Glauben als sein Eigentum. Dauert dieser gutgläubige Besitz während fünf Jahren an, dann wird der Käufer definitiv Eigentümer. Der ehemalige bestohlene Eigentümer kann die Sache jetzt nicht mehr zurückfordern.
- 885 Wird der gute Glaube während der fünfjährigen Ersitzungsdauer zerstört, indem der Käufer beispielsweise erfährt, dass die Sache, die er gutgläubig gekauft hat, seinerzeit gestohlen worden ist, dann kann er die Sache nicht mehr ersitzen. Der gute Glaube muss während der ganzen fünfjährigen Dauer ununterbrochen bestanden haben, damit die Ersitzung eintritt.
- 886 Die Ersitzung bewirkt beim bisherigen Eigentümer das Erlöschen seines Eigentumsrechts, ähnlich wie die Verjährung von Forderungen beim Gläubiger zum Erlöschen seiner Gläubigerrechte führt. Die dinglichen Rechte einschliesslich des Eigentums sind zwar unverjährbar und insofern ewige Rechte. Aber sie können im Falle der Ersitzung durch Zeitablauf untergehen. Für die Ersitzung an beweglichen Sachen gilt die Fünfjahresfrist von Art. 728 Abs. 1 ZGB, an unbeweglichen Sachen die Zehnjahresfrist von Art. 661 ZGB (die Ersitzung an unbeweglichen Sachen, d.h. an Grundstücken, kommt allerdings angesichts der heute weitgehend flächendeckenden und fehlerlosen Grundbuchführung praktisch nicht mehr vor; da der Inhalt des Grundbuchs als allgemein bekannt gilt, kann niemand behaupten, er habe in gutem Glauben eine andere Rechtslage angenommen als diejenige, die im Grundbuch vermerkt ist. Also kann auch niemand ein Wegrecht dadurch ersitzen, dass er ohne Grundbucheintrag während 20 oder 30 Jahren an einer bestimmten Stelle über das Grundstück des Nachbarn zirkuliert, und es braucht der Nachbar, der eine solche Nutzung seines Grundeigentums durch Dritte während längerer Zeit duldet, nicht zu befürchten, durch Ersitzung der Dritten plötzlich mit einer Wegdienstbarkeit belastet zu sein.
- 887 Während die Ersitzung dinglicher Rechte den von Anfang an bestehenden und während der ganzen Ersitzungsdauer fortbestehenden guten Glauben des Ersitzenden erheischt, ist bei der Verjährung von Forderungen kein solcher guter Glaube erforderlich. Auf die Verjährung kann sich ein Schuldner auch dann berufen, wenn er sich seiner Schuldpflicht stets bewusst war.
- 888 Die für bewegliche Sachen geltende Ersitzungsfrist von fünf Jahren gilt nicht für wertvolle Kulturgüter, die einer der Kategorien nach Art. 1 der Unesco-Konvention von 1970 angehören, insbesondere also nicht für wertvolle archäologische Ausgrabungsgegenstände und wertvolle Gemälde. Für solche Kulturgüter gilt in der Schweiz seit dem 1.06.2005 das Kulturgütertransfergesetz (SR 444.1). Illegal in die Schweiz eingeführte Kulturgüter können vom Herkunftsstaat während 30 Jahren, nachdem das Objekt rechtswidrig exportiert worden ist, zurückgefordert werden. Der Kunstsammler, der das Objekt herausgeben muss, hat, wenn er es in gutem Glauben erworben hat, einen Anspruch auf Entschädigung. Kann der Beklagte keinen guten Glauben nachweisen, so muss er das Objekt ent-



schadigungslos herausgeben. Die normale fünfjährige Ersitzungsfrist für bewegliche Sachen ist bei solchen Kulturgütern seit Mitte 2005 also auf 30 Jahre erhöht worden, wobei allerdings Objekte, die beim Inkrafttreten des Gesetzes nach damaligem Rechtszustand bereits erstanden worden waren, definitiv im Eigentum des Erwerbers verbleiben. Wegen dieser Rechtswirkung haben viele Kunstsammler in der Schweiz im Jahre 2005 ihre damals bestehenden Sammlungen mit notarieller Hilfe vollständig inventarisieren lassen, um auch nach 20 und 30 Jahren noch den Beweis erbringen zu können, dass sie ein bestimmtes Objekt schon vor dem Inkrafttreten des Kulturgütertransfergesetzes besessen hatten.

### **b) Originärer Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten (anvertraute Sachen)**

- 889 Neben der soeben besprochenen Ersitzung ist die andere hier zu erwähnende Konstellation des originären Eigentumserwerbs diejenige von Art. 714 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 933 ZGB. Gemäss diesen Gesetzesbestimmungen erwirbt derjenige originäres Eigentum an einer Sache, der sie von einem Nicht-Eigentümer gutgläubig erwirbt, ohne zu wissen, dass der Veräusserer zur Veräusserung nicht befugt ist, sondern die Sache vom Eigentümer lediglich zum vorübergehenden Eigengebrauch anvertraut erhalten hatte.
- 890 Ein Beispiel für diese Konstellation ist die Ausleihe von Gebrauchsgegenständen und Büchern zwischen Bekannten und Verwandten. Wer einen ausgeliehenen Gegenstand eigenmächtig verkauft oder verschenkt, begeht in strafrechtlichem Sinne eine Veruntreuung. Zivilrechtlich fällt der Vorgang aber unter Art. 714 Abs. 2 und Art. 933 ZGB. Der Erwerber des Objektes, der von der Veruntreuung keine Ahnung hat, erwirbt gültiges Eigentum an dem Objekt. Sein Eigentumserwerb ist ein originärer.
- 891 Wer professionell und regelmässig Objekte ausleiht, wie insbesondere alle öffentlichen Bibliotheken, pflegt sich gegen solche Veruntreuungen zu schützen, indem die wirklichen Eigentumsverhältnisse durch eine Abstempelung der Bücher sichtbar gemacht wird. Wer von einer Privatperson ein Buch kauft, das den Stempel der Universitätsbibliothek trägt, kann später nicht behaupten, er habe den Kauf in gutem Glauben getätigt. Der gute Glaube bedeutet in dieser Konstellation, dass der Erwerber seinen Vertragspartner irrtümlich für den Eigentümer hielt und demgemäss irrtümlich annahm, er könne von diesem das Eigentum erwerben. Diese irrtümliche Annahme ist ausgeschlossen, wenn ein Buch mit einem Bibliotheksstempel gekennzeichnet ist. Das gilt auch dann, wenn sich der Stempel nicht auf dem Aussenumschlag, sondern auf einer der ersten Seiten befindet. Gerade auf solche Situationen ist Art. 3 Abs. 2 ZGB zugeschnitten: *"Wer bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden darf, nicht gutgläubig sein konnte, ist nicht berechtigt, sich auf den guten Glauben zu berufen."* Das bedeutet im konkreten Zusammenhang: Wer ein gebrauchtes Buch kauft, von dem kann verlangt werden, dass er den Buchdeckel öffnet und kurz hineinschaut, um sich zu vergewissern, dass keine Hinweise auf fremdes Eigentum vorliegen. Unterlässt der Erwerber eine solche Prüfung, dann hilft ihm dies nichts. Er erwirbt trotzdem kein Eigentum an der veruntreuten Sache.
- 892 Unter Vorwegnahme der Ausführungen zu den Besitzesregeln wird bereits hier auf folgende Unterscheidung hingewiesen: Art. 933 ZGB ermöglicht dem gutgläubigen Erwerber, an veruntreuten Sachen unverzüglich originäres Eigentum zu erwerben, sobald das Erwerbsgeschäft abgewickelt und der Besitz übertragen ist. Anders verhält es sich bei den in Art. 934 ZGB erwähnten *abhanden gekommenen* Sachen (worunter namentlich die gestohlenen Sachen verstanden werden). Wer eine gestohlene Sache kauft oder als Geschenk annimmt, erwirbt daran auch dann kein Eigentum, wenn er beim Erwerb in gutem Glauben über die Veräusserungsbefugnis des Gegenkontrahenten war. Hier tritt der origi-

näre Eigentumserwerb, wie gesagt, erst nach fünf Jahren durch Ersitzung ein, wobei der gute Glaube während der ganzen fünfjährigen Frist angedauert haben muss. Wird die Sache in diesem Zeitraum weiterübertragen, so werden die gutgläubigen Besitzesdauern der Vormänner jedem späteren, ebenfalls gutgläubigen Besitzer angerechnet. Wer also eine gestohlene, aber vom ersten Erwerber gutgläubig erworbene Sache vier Jahre nach dem Diebstahl erwirbt, hat die Sache ein Jahr nach seinem Erwerb - fünf Jahre, nachdem der Dieb die Sache einem ersten gutgläubigen Käufer verkauft hat - ersessen.

## **G. Nutzung einer Sache durch mehrere Personen**

893 Bei den folgenden Ausführungen halte man sich die Verhältnisse beim Grundeigentum vor Augen. Das Gesagte ist teilweise auch auf bewegliche Sachen anwendbar.

### **1. Mieter, Arbeitnehmer etc.**

894 Da der Grundeigentümer gemäss Art. 641 ZGB jede "ungerechtfertigte Einwirkung" von seiner Liegenschaft "abwehren" kann, da er also alle anderen Personen davon auszuschliessen befugt ist, steht auch ihm allein die Kompetenz zu, zu bestimmen, wer zu welchen Bedingungen in den ihm ursprünglich allein vorbehaltenen Nutzungsraum eintreten darf. Zu den häufigsten Gestaltungen solcher Zulassung gehören die Vermietung von Wohnraum und die Zulassung von Arbeitnehmern in die eigenen Räume des Arbeitgebers. In diesen Fällen ist rechtlich davon auszugehen, dass der Grundeigentümer den von ihm zugelassenen Personen während des Vertragsverhältnisses gewissermassen andauernd eine Leistung erbringt. Er leistet ihnen eine vertraglich definierte Sachnutzungsmöglichkeit. Fällt der solcherart leistungspflichtige Grundeigentümer in Konkurs und wird ihm sein Grundeigentum in der Zwangsverwertung weggenommen, so kann er fortan die versprochene Leistung gegenüber seinen bisherigen Mietern und Arbeitnehmern nicht mehr erbringen.

895 Lag ein Mietverhältnis vor, so ist der Ersteigerer zur Erbringung der Leistung nur im Rahmen von Art. 261 OR verpflichtet. Dort heisst es: *"Veräussert der Vermieter die Sache nach Abschluss des Mietvertrags oder wird sie ihm in einem Schuldbetreibungs- oder Konkursverfahren entzogen, so geht das Mietverhältnis mit dem Eigentum an der Sache auf den Erwerber über. Der neue Eigentümer kann jedoch: (a) bei Wohn- und Geschäftsräumen das Mietverhältnis mit der gesetzlichen Frist auf den nächsten gesetzlichen Termin kündigen, wenn er einen dringenden Eigenbedarf für sich, nahe Verwandte oder Verschwägte geltend macht; (b) bei einer anderen Sache das Mietverhältnis mit der gesetzlichen Frist auf den nächsten gesetzlichen Termin kündigen, wenn der Vertrag keine frühere Auflösung ermöglicht."* - Liegen die hier beschriebenen Voraussetzungen vor, so muss der Mieter also das Feld räumen und ausziehen. Das Eigentumsrecht des Ersteigerers ist in einem solchen Falle stärker, als das vertragliche Recht des Mieters.

### **2. Nutzungsdienstbarkeiten: Allgemeines**

896 Statt dass der Eigentümer einer bestimmten Sache in der soeben beschriebenen Weise gewisse Sachnutzungsmöglichkeiten täglich neu leistet, gibt ihm die Rechtsordnung auch die Möglichkeit, abgegrenzte Nutzungsmöglichkeiten ein für allemal, durch eine einzige, unwiderrufliche Leistung auf eine andere Person zu übertragen. Man denke an ein Wegrecht, ein Durchleitungsrecht oder ein Baurecht. Der Inhaber des Wegrechts erhält das Recht, einen bestimmten Teil der bisherigen Eigentümerbefugnisse fortan selber auszuüben, nämlich über das fremde Grundstück nach eigenem Belieben hinwegzugehen. Der Durchleitungsberechtigte kann eine Leitung durch ein fremdes Grundstück

durchlegen. Der Bauberechtigte kann auf fremdem Boden ein Gebäude errichten und dieses wie sein eigenes, unter vollständiger Ausschliessung des Grundeigentümers, allein nutzen.

- 897 Solche Nutzungsdienstbarkeiten werden im Grundbuch eingetragen. Die Rechtslage wird so interpretiert, dass dem Dienstbarkeitsberechtigten nun unmittelbar ein Teil der Sachnutzungsmöglichkeiten zusteht, und zwar ohne zeitliche Beschränkung und ungeachtet der Solvenz des Grundeigentümers. Fällt der Grundeigentümer in Konkurs, so schadet dies dem Dienstbarkeitsberechtigten nicht. Der Ersteigerer des Grundeigentums muss die dem Dienstbarkeitsberechtigten zugeordneten Nutzungsmöglichkeiten genauso respektieren, wie der in Konkurs gefallene Rechtsvorgänger es musste. Dienstbarkeiten sind also zwangsvollstreckungs- und übertragungsfest: sie werden in der Zwangsvollstreckung des Grundeigentümers und bei einer Übertragung des Grundeigentums in ihrem Bestande nicht berührt.

### **3. Das Baurecht als wichtigste Nutzungsdienstbarkeit**

- 898 Mit dem bereits erwähnten Baurecht entsteht eine Zuordnung von Gebäuden, die vom oben zitierten Art. 667 Abs. 2 ZGB abweicht. Gemäss der zitierten Gesetzesbestimmung umfasst das Grundeigentum immer auch "alle Bauten" auf der Liegenschaft. Sowenig der Gesetzgeber will, dass am Hauptteil eines Fahrrads der A, am Vorderrad der B das Eigentum habe, sowenig wünscht er auch, dass bei einer Liegenschaft der Boden dem A, das Haus dem B gehöre. Beides zusammen kann, aus Gründen der Ordnung und der Konfliktvermeidung, nur einer einzigen Person zugeordnet sein.
- 899 Die Baurechtsdienstbarkeit bewirkt von diesem Prinzip eine Ausnahme. Der im Grundbuch eingetragene Bauberechtigte wird als Eigentümer des Gebäudes betrachtet; er ist mit dem Grundeigentümer nicht identisch.
- 900 Allerdings wünscht der Gesetzgeber nicht, dass die dem Bauberechtigten zustehenden Nutzungsbefugnisse auf unbegrenzte Zeit von den restlichen Eigentümerbefugnissen getrennt bleiben. Baurechte erlöschen spätestens nach 100 Jahren (Art. 779l Abs. 1 ZGB). Bei ihrem Erlöschen fallen sämtliche Befugnisse des Bauberechtigten wieder an den Grundeigentümer heim.
- 901 Das Baurecht hat in neuerer Zeit eine grosse Bedeutung erlangt. Gemeinden und Kantone haben sich angewöhnt, staatseigenen Grundbesitz nicht mehr aus der Hand zu geben. Hat eine Gemeinde Bauland in ihrem Vermögen, das sie nicht für eigene öffentliche Zwecke braucht, so gibt sie es an Private im Baurecht ab. Das entspricht praktisch einer langfristigen Vermietung des Bodens, wobei der Mieter des Baulandes befugt ist, darauf ein Haus zu bauen und sich als Bauberechtigter, d.h. als Eigentümer dieses Hauses, im Grundbuch eintragen zu lassen. Die Gemeinde und der Bauberechtigte können im Baurechtsvertrag vereinbaren, dass dieses Baurecht frei ("selbständig") übertragbar sein solle. Wird es überdies auf Dauer, d.h. auf mehr als 30 Jahre abgeschlossen, so nennt man das Baurecht ein "*selbständiges und dauerndes Baurecht*" (Art. 779 Abs. 3 ZGB). Solche Baurechte, und mit ihnen also auch die Baurechts-Bauten, sind wie Grundeigentum frei handelbar. Von einem normalen Grundstückkauf unterscheidet sich der Kauf eines Baurechts dadurch, dass der Käufer nicht zugleich auch den Boden erwirbt. Mit dem Kauf des Baurechtes wird er gegenüber dem Grundeigentümer zinspflichtig. Er muss nun periodisch, gemäss den Bestimmungen des Baurechtsvertrags, den Baurechtszins bezahlen.
- 902 Dem Grundeigentümer fällt nach Ablauf der Baurechtsdauer wieder die volle Nutzungsbefugnis an der ganzen Liegenschaft, einschliesslich der bisherigen Baurechtsbaute zu.

Dieser Umstand hat zur Folge, dass Baurechtsbauten gegen Ende der festen Baurechtsdauer vom Bauberechtigten nicht mehr renoviert, auch kaum mehr instandgehalten werden, wenn der Grundeigentümer nicht rechtzeitig zu einer Verlängerung des Baurechtes Hand bietet. Auch kann ein Baurecht in den letzten Jahren vor dem Heimfall auch kaum mehr hypotheziert werden. Wollen die Parteien diese Endphasen-Problematik vermeiden, so können sie das Baurecht durch Vertragsänderung jederzeit auf eine beliebige Dauer - maximal auf neue 100 Jahre - verlängern. Es steht also nichts im Weg, ein auf 100 Jahre abgeschlossenes Baurecht im 90. Jahr seines Bestandes um 100 Jahre zu verlängern.

#### **4. Die Nutzniessung (Art. 745 ZGB)**

- 903 Die Nutzniessung (Art. 745-775 ZGB) ist das Recht, eine bewegliche oder unbewegliche Sache zu benützen und die Früchte aus der Sache zu ziehen. Die Nutzniesserin darf das Nutzniessungsgut in beliebiger Weise nutzen, es also selber brauchen oder vermieten. Untersagt sind ihr Nutzungsformen, bei denen das Nutzniessungsgut verbraucht oder beschädigt wird. Die Nutzniessung ist unübertragbar und unvererblich. Nutzniessungen können in zeitlicher Hinsicht höchstens auf die Lebensdauer der Nutzniesserin bestellt werden (Art. 749 ZGB).
- 904 Die Nutzniesserin hat auf eigene Kosten für den gewöhnlichen Unterhalt der Sache besorgt zu sein (Art. 764 ZGB). Die Nutzniesserin muss den Wert und den Ertrag des Nutzniessungsgutes als Vermögen und als Einkommen versteuern. Während der Dauer der Nutzniessung wird der Eigentümer für diese Dinge nicht besteuert.
- 905 Nutzniessungsverhältnisse werden in Konstellationen begründet, in denen Eigentum kraft Schenkung oder Erbgang die Hand wechselt, während der Gebrauch der Sache dem bisherigen Eigentümer oder einer ihm nahestehenden Person bis zu deren Lebensende vorbehalten bleibt. Man denke an die Nutzniessung der Witwe am Vatererbe der Kinder. Ausserhalb von Schenkungen und Erbgängen hat die Errichtung einer Nutzniessung keinen Sinn, weil in kommerziellen Kontexten der Wert der Nutzniessung durch eine Geldzahlung abzugelten, die Preisbestimmung angesichts der ungewissen Lebensdauer des Nutzniessers aber spekulativ wäre. Zwischen unverbundenen Dritten ist eine langfristige Miete die bessere Lösung als der "Kauf" einer Nutzniessung.
- 906 Da typischerweise nicht nur das Nutzniessungsrecht unentgeltlich erworben wird, sondern auch das Nutzniessungsgut dem belasteten Eigentümer unentgeltlich zufällt, ist die normale Aufgabenteilung diejenige, dass die Nutzniesserin sich um alles kümmert und der Eigentümer sich nicht einmischt. Streitigkeiten über Unterhaltspflichten und wertvermehrende Investitionen bezüglich des Nutzniessungsgutes sind selten.

#### **5. Verbotsdienstbarkeiten**

- 907 Bei den Verbotsdienstbarkeiten (auch negative Dienstbarkeiten oder Unterlassungsdienstbarkeiten genannt) wird einem Grundeigentümer verboten, ohne Zustimmung des Dienstbarkeitsberechtigten bestimmte Nutzungen seines Grundeigentums vorzunehmen. Die häufigsten Verbotsdienstbarkeiten sind Bauverbote: Der Eigentümer der "belasteten" Liegenschaft darf ohne die Zustimmung seines berechtigten Nachbarn nicht bauen, oder er darf nicht höher als eine in der Dienstbarkeit definierte Höhe bauen etc. Bei den Verbotsdienstbarkeiten erhält der Dienstbarkeitsberechtigte zwar keine Nutzungsbefugnisse an der fremden Liegenschaft, aber einen Teil der Entscheidungskompetenzen des fremden Eigentümers. Ohne die Verbotsdienstbarkeit könnte jener allein entscheiden, ob und wie er bauen will. Mit der Verbotsdienstbarkeit tritt der

Dienstbarkeitsberechtigte in diesen Entscheidungsprozess ein (er kann das Bauen im Einzelfall dann auch gestatten).

- 908 Verbotsdienstbarkeiten stehen normalerweise nicht beliebigen Personen, sondern dem *jeweiligen Eigentümer* einer bestimmten Nachbarliegenschaft zu. In einem solchen Fall wird auch die Dienstbarkeitsberechtigung auf dem Grundbuchblatt des *berechtigten Grundstücks* eingetragen.
- 909 Dabei ist selbstverständlich nicht ein Grundstück "berechtigt", sondern dessen jeweiliger Eigentümer. Aber die Sprechweise von "berechtigten" und "belasteten" Grundstücken hat sich fest eingebürgert. Der gleichen Vorstellungswelt entspringt das Wort "Dienstbarkeit" selber. Mit diesem Wort wird ausgedrückt, eine bestimmte Liegenschaft sei einer fremden Person, d.h. einem Nicht-Eigentümer in bestimmter Weise "dienstbar".
- 910 Wenn als Dienstbarkeitsberechtigter der "jeweilige Eigentümer" eines bestimmten Grundstücks bestimmt ist, nennt man die Dienstbarkeit eine *Grunddienstbarkeit*. Steht die Dienstbarkeitsberechtigung dagegen einer namentlich bestimmten Person zu, wie dies beim oben erwähnten Baurecht oder bei der Nutzniessung regelmässig der Fall ist, so spricht man von einer *Personaldienstbarkeit*.

## 6. Öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkungen

- 911 Die öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen gleichen den Verbotsdienstbarkeiten. Sie gelten aufgrund von Gesetzesvorschriften, namentlich aber aufgrund von Zonenplänen. Sie werden normalerweise nicht im Grundbuch eingetragen, sondern sind auf den kantonalen und kommunalen Planungsbüros einsehbar. Eine öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung liegt etwa vor, wenn in der Bauzone 2A in Basel nur 2½-stöckig gebaut werden darf. Das ursprüngliche Recht, beliebig hoch zu bauen, ist dem Grundeigentümer durch diese Zonenvorschrift weggenommen, sein Eigentum also beschränkt. Solche öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen hat der Gesetzgeber vor allem im Sinne, wenn er in Art. 641 ZGB sagt, der Eigentümer könne über die Sache "in den Schranken der Rechtsordnung" nach seinem Belieben verfügen. Der gleiche Gedanke findet sich in der Bundesverfassung folgendermassen niedergelegt:

### **Art. 26 BV. - Eigentumsgarantie**

1 *Das Eigentum ist gewährleistet.*

2 *Enteignungen und Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, werden voll entschädigt.*

- 912 Betrachtet man die schweizerische Rechtspraxis, so stellt man folgendes fest: Öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkungen, die dem Eigentümer noch bedeutende private Nutzungsmöglichkeiten belassen, führen normalerweise zu keiner Entschädigungspflicht des Gemeinwesens. Wird hingegen eine gewisse Schmerzgrenze überschritten, so hat das Gemeinwesen dem solcherart in seinen Nutzungsmöglichkeiten beschränkten Grundeigentümer Entschädigung zu leisten. Aus der Sicht betroffener Grundeigentümer stellt sich diese Praxis als ein Alles oder Nichts dar.
- 913 *Wenn das Gemeinwesen einem Privaten sein Eigentumsrecht formell wegnimmt, etwa um auf seinem Boden eine Schule oder eine Strasse zu bauen, dann heisst der Vorgang "formelle Enteignung". Der formell Enteignete hat stets Anspruch auf "volle Entschädigung". Seinem Vermögensverlust entspricht normalerweise ein Zuwachs an Nutzungsrechten im Vermögen des Staates. Dafür soll der Staat zahlen.*

- 914 *Wird einem privaten Grundeigentümer sein Eigentumsrecht nicht formell weggenommen, aber wird ihm der wichtigste Teil seiner Sachnutzungsbefugnisse entzogen, etwa wenn ihm mitten in der Bauzone das Bauen verboten wird, weil sein Grundstück neben einem Friedhof liegt, dann heisst der Vorgang "materielle Enteignung". Zur Wortbedeutung: dem Betroffenen werden die wichtigsten Inhalte, d.h. die "Materie" seines Eigentums entzogen, während er formell weiterhin in der Eigentümerstellung bleibt. Der Begriff der materiellen Enteignung ist identisch mit den in der Bundesverfassung erwähnten "Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen." Der materiell Enteignete hat, gleich wie der formell Enteignete, Anspruch auf "volle Entschädigung".*
- 915 *Die dritte Gruppe besteht aus jenen Eigentumsbeschränkungen, die nicht so weit gehen, dass sie einer Enteignung gleichkommen. Der hievon betroffene Grundeigentümer erhält keine Entschädigung. Es gilt also: Entweder volle Entschädigung (für die formell oder materiell Enteigneten) oder keine Entschädigung (für die weniger schwer Betroffenen) - alles oder nichts.*

## **7. Miteigentum**

- 916 *"Haben mehrere Personen eine Sache nach Bruchteilen und ohne äusserliche Abteilung in ihrem Eigentum, so sind sie Miteigentümer." Diese Definition findet sich in Art. 646 Abs. 1 ZGB. Sie kann wie folgt erläutert werden:*
- 917 *Jeder Miteigentümer hat Rechte und Pflichten eines Eigentümers an der ganzen Sache, also ohne Beschränkung auf einen bestimmten körperlichen Teil derselben, jedoch nur für seinen Anteil; es stehen ihm also die Sachnutzungsbefugnisse nur in dem Ausmasse zu, wie es seinem Bruchteil (seiner Quote) entspricht. Die Konkretisierung der individuellen Sachnutzungsbefugnisse ist der freien Einigung aller Beteiligten anheimgestellt und wird vom Gesetz nicht geregelt. Die einzige diesbezügliche Gesetzesbestimmung, Art. 648 Abs. 1 ZGB, sagt lediglich, dass jeder Miteigentümer die Sache insoweit zu gebrauchen und zu nutzen befugt ist, als dies mit den Rechten der anderen verträglich ist. Dies ist, wenn es zum Streit kommt, selbstverständlich eine Leerformel. Sie bedarf der Ergänzung durch private, individuell-konkrete Regelungen (z.B. ein Benützungsreglement).*
- 918 *Jeder Miteigentümer kann seinen Anteil selbständig veräussern und verpfänden (Art. 646 Abs. 3 ZGB).*

## **8. Stockwerkeigentum**

### **a) Rechtliches Konzept**

- 919 *Art. 712a ZGB bezeichnet das Stockwerkeigentum als einen besonderen Anwendungsfall des Miteigentums. Vom gewöhnlichen Miteigentum unterscheidet sich das Stockwerkeigentum dadurch, dass jedem Berechtigten bestimmte Räume, also körperlich und örtlich definierte Teile der gemeinsamen Sache zur individuellen Nutzung, d.h. zu *Sonderrecht*, zugeordnet werden. Diese Zuordnung ist nicht vertraglicher Natur wie bei einer Miete, sondern sie entsteht ein für allemal, unwiderruflich, mit der Unterzeichnung des Stockwerkeigentums-Begründungsaktes durch alle Beteiligten. Anschliessend ist jedes "Stockwerk" (d.h. jede Miteigentumsquote mit dem damit verknüpften Sonderrecht) selbständig verkäuflich und verpfändbar.*
- 920 *Zu Sonderrecht können nur abgeschlossene, von den gemeinschaftlichen Gebäudeteilen oder vom öffentlichen Grund her zugängliche Räume oder Wohnungen ausgeschieden*

werden. An Dachterrassen und an Autoeinstellplätzen, die lediglich am Boden markiert, nicht als Boxen abgeschlossen sind, ist also kein Sonderrecht möglich.

- 921 Im Errichtungsakt muss für jedes Stockwerk sodann eine Miteigentumsquote in Prozenten oder Promillen festgelegt werden (d.h. die prozentuale Beteiligung des Stockwerkeigentümers am Ganzen). Diese Miteigentumsquote gilt zugleich als *Wertquote*. Sie besagt nichts über den möglichen Veräusserungserlös der Stockwerkseinheit, sondern dient als Verteilungsschlüssel für die gemeinschaftlichen Kosten des Liegenschaftsunterhalts.
- 922 Jene Grundstück- und Gebäudeteile, die nicht zu Sonderrecht zugeordnet werden, heissen *gemeinschaftliche Teile*. Sie umfassen zwingend alle jene Elemente, die von Gesetzes wegen nicht im Sonderrecht stehen können, ferner zusätzlich jene sonderrechtsfähigen Elemente, die gemäss dem Willen der Beteiligten nicht zu Sonderrecht ausgeschieden wurden.
- 923 *Zwingend gemeinschaftlich*, d.h. *nicht-sonderrechtsfähig*, sind
- der *Boden*, d.h. die Erdoberfläche im Gebiet des Stammgrundstücks, einschliesslich der unüberbauten Teile wie Garten und Gebäudeumschwung;
  - die *Aussenwände* und das *Dach* des Gebäudes - alle Elemente des Gebäudes, die aus der Vogelschau sichtbar sind;
  - die *tragenden Gebäudeteile*, so insbesondere die Fundamente, die Aussen- und Stützmauern, Stützpfiler, Säulen, Balken, Zwischenböden etc., die das Gebäude im Innern von unten bis oben tragen und ihm die statische Stabilität verleihen;
  - die *notwendigerweise gemeinschaftlich zu nutzenden Räume*, nämlich die gemeinsamen Treppen und gemeinschaftliche Korridore, Waschküchen, Trockenräume.

## **b) Reglement und reglementarische Sondernutzungsrechte**

- 924 Bezüglich der gemeinschaftlich zu nutzenden Bodenflächen (Garten, Vorgarten, Vorplatz) und bezüglich der gemeinschaftlich zu nutzenden Innenräume (Treppenhaus, Lift, Dachterrasse, Waschküche, Kellerräume) sind die Stockwerkeigentümer, wie gewöhnliche Miteigentümer, darauf angewiesen, die konfliktfreie gemeinschaftliche Nutzung miteinander abzusprechen. Gewöhnlich geschieht dies gleichzeitig mit der Begründung des Stockwerkeigentums im *Nutzungs- und Verwaltungsreglement*.
- 925 Dieses bei den meisten Stockwerkeigentümergeinschaften vorhandene Reglement wirkt, wenn es beim Grundbuchamt hinterlegt wird, für und gegen jeden späteren Erwerber einer Stockwerkeigentumsparzelle. Im Reglement lassen sich Regeln über die Nutzung der gemeinschaftlichen Teile (z.B. ein Zeitplan für die Benutzung der gemeinsamen Waschküche im Keller), ferner Regeln über die Einberufung und das Abstimmungsverfahren der Stockwerkeigentümerversammlung verbindlich festlegen.
- 926 In solchen Reglementen werden häufig auch einzelnen Stockwerkeigentumspartellen bestimmte Sondernutzungsrechte an gemeinschaftlichen Teilen zugeordnet. Man spricht in einem solchen Fall von "*reglementarischen Sondernutzungsrechten*". Wenn das Gebäude Umschwung hat, so kann die Grünfläche, die als Boden zwingend im Miteigentum aller Stockwerkeigentümer steht, abschnittsweise an einzelne Stockwerkeigentümer als deren exklusive Fläche im Reglement zugeordnet werden. Aufgrund solcher reglementari-

scher Sondernutzungsrechte haben dann einzelne Stockwerkeigentümer ihre permanenten Gartenplätze, die sie nach eigenem Belieben bepflanzen und nutzen können.

- 927 Ist die *Autoeinstellhalle* im Untergeschoss als ein einziger Raum gebaut, so gehört sie meist zu den gemeinschaftlichen Teilen des Gebäudes. Auf dem Fussboden der Halle werden mit Farbe die einzelnen Einstellplätze abgegrenzt und nummeriert. Im Reglement wird der Aufteilungsplan der Autoeinstellhalle dargestellt und es werden die einzelnen Plätze als reglementarische Sondernutzungsrechte den einzelnen Stockwerkeigentumsparzellen zugeordnet.
- 928 Wird im Reglement bestimmt, dass solche Sondernutzungsrechte nicht gegen den Willen des berechtigten Stockwerkeigentümers aufgehoben oder entzogen werden dürfen, so haben die Berechtigten diesbezüglich unverjährende, dingliche Rechtspositionen, die den Nutz- und Verkehrswert ihrer Stockwerkeigentumsparzellen dauerhaft erhöhen. Eine Stockwerkeigentumsparzelle mit einem reglementarisch zugeordneten Autoeinstellplatz und Gartensitzplatz hat einen höheren Verkehrswert als eine Parzelle ohne solche Attribute.
- 929 Unter Berücksichtigung des soeben Gesagten kann das in Stockwerkeigentum aufgeteilte Grundstück beschrieben werden als eine gemeinschaftlich zu nutzende Liegenschaft, wobei die *Sonderrechte gemäss Art. 712b ZGB* und die *reglementarischen Sondernutzungsrechte* aus der gemeinschaftlichen Nutzung herausgenommen und einzelnen Stockwerkeigentümern dauerhaft zu exklusiver Nutzung zugeordnet sind.
- 930 Die exklusive Nutzungsbefugnis an den im Sonderrecht stehenden Liegenschaftsteilen umfasst die Befugnis, die zugeordneten Liegenschaftsteile baulich so weitgehend selber zu gestalten und zu bearbeiten (z.B. zu tapezieren, zu bemalen etc.), wie dies ohne Beeinträchtigung gemeinschaftlicher Gebäudeteile und ohne Beeinträchtigung der Sonderrechte anderer Beteiligter möglich ist.

### c) Organisation

- 931 Da das Stockwerkeigentum langfristigen Bestand haben soll und da ein Vermieter, der als Ordnungsautorität zur ganzen Sache Sorge trägt, nicht vorhanden ist, muss die Ordnung in anderer Weise gewährleistet werden. Der Gesetzgeber sieht vor, dass die Stockwerkeigentümer als *Stockwerkeigentümergeinschaft* unter einander verbunden sind. Die Stockwerkeigentümergeinschaft ist keine juristische Person, aber sie ist betriebs- und prozessfähig wie eine Kollektivgesellschaft. Sie ist so organisiert, dass sie auf formrichtige Einberufung zusammentritt und dann in der Stockwerkeigentümerversammlung mit Mehrheitsbeschluss beschlussfähig ist. Hier wird über die vorzunehmenden Reparatur- und Erneuerungsarbeiten und über andere Belange entschieden, welche für die Verwaltung und Benutzung des Gebäudes wichtig sind.
- 932 Bei grösseren Mehrfamilienhäusern mit einer Vielzahl von Stockwerkeigentumswohnungen wird die Verwaltung des Gebäudes und seines Umschwungs durch die Stockwerkeigentümerversammlung zu schwerfällig. Der Gesetzgeber erlaubt jeder Stockwerkeigentümergeinschaft, einen *Verwalter* zu ernennen. Der Verwalter kann ein Stockwerkeigentümer oder ein Dritter sein. Meist werden als Verwalter professionelle Immobilien-Treuhänder gewählt, welche in der Verwaltung von Liegenschaften, in der Auftragserteilung an Handwerker, an Gärtner etc. und in der Erstellung jährlicher Abrechnungen über Heizkosten und Liegenschaftsunterhalt Erfahrung haben.



933 Ist einmal ein Verwalter bestellt, so hat dieser innerhalb der Stockwerkeigentümerversammlung und damit in Bezug auf das ganze Gebäude eine erhebliche Machtstellung. Einzelne Stockwerkeigentümer haben zuweilen das Gefühl, der Verwalter sei parteiisch, halte es mit bestimmten anderen Stockwerkeigentümern. Will man einen solchen missliebigen Verwalter dann absetzen, dann merkt man, wie schwierig es ist, für etwas Derartiges eine Mehrheit zusammenzutrommeln. Die Stockwerkeigentümer sind mehrheitlich konservativ eingestellt und lassen die Dinge am liebsten so, wie sie sind, wenn nicht allzu krasse Missstände offensichtlich sind. In der Praxis ist es deshalb oft unmöglich, einen Verwalter aus dem Sattel zu heben.

## 9. Gesamteigentum

934 Die Art. 652-654 ZGB regeln das Gesamteigentum.

935 Gesamteigentum ist nur möglich, wenn die beteiligten Personen in einer der sechs nachgenannten Gemeinschaftsformen zusammengefasst sind:

- 1) Ehegatten in Gütergemeinschaft (Art. 221 ZGB);
- 2) Gemeinderschaft (Art. 336 ZGB);
- 3) Erbengemeinschaft (Art. 602 ZGB);
- 4) einfache Gesellschaft (Art. 530 OR);
- 5) Kollektivgesellschaft (Art. 552 OR);
- 6) Kommanditgesellschaft (Art. 594 OR).

936 Überall steht die Gemeinschaft im Vordergrund. Alle sechs Gemeinschaften sind gesetzlich geregelt, sodass für die Beteiligten im Gesetz ersichtlich ist, wie sie zu einem gemeinsamen Willensentschluss finden können. Wenn eine solche Gemeinschaft Eigentumsrechte hat, so ist dies gewissermassen nebensächlich. Die Hauptsache ist die Gemeinschaft und das gemeinsame Handeln, nicht die Eigentumsausübung an einzelnen Sachen. So erklärt sich das Gesamteigentum als besondere Form der Eigentumsausübung: Eigentlich handeln nicht die verschiedenen Gesamteigentümer als selbständige Individuen, sondern sie treten als gemeinsam handelnde Gruppe auf. Demgemäss kann kein einzelner Gesamteigentümer seinen Anteil veräussern oder verpfänden. Die rechtliche Verfügung über die Sache kann nur durch alle gemeinsam erfolgen.

## H. Pfandrechte

### 1. Überblick

937 Pfandrechte sind Sicherungsrechte. Sie sichern zugunsten einer Gläubigerin die Erfüllung einer Forderung, indem die Gläubigerin berechtigt ist, beim Ausfall der Forderung die verpfändete Sache zu verwerten und sich aus dem Gelderlös zu befriedigen. Die durch ein Pfandrecht abgesicherte Gläubigerin wird Pfandgläubigerin genannt.

938 Es gibt Pfandrechte an beweglichen und unbeweglichen Sachen, ferner an Forderungen.

939 Das Pfandrecht an einer beweglichen Sache heisst Fahrnispfand oder Faustpfand (vgl. hinten, Ziff. 954); es kommt insbesondere vor, wenn Banken sich von ihren Kunden deren Wertschriften zur Absicherung allfälliger Schulden der Kunden gegenüber der Bank verpfänden lassen.

940 Pfandrechte an unbeweglichen Sachen, d.h. Grundpfandrechte, kommen vor in den beiden Formen der Grundpfandverschreibung und des Schuldbriefs. Unjuristisch bezeichnet

man Grundpfandrechte als Hypotheken. Der Schuldbrief kommt vor in den beiden Formen des Register-Schuldbriefs und des Papier-Schuldbriefs.

- 941 Bei jedem Pfandrecht bestehen nebeneinander zwei Rechtsbeziehungen. Die eine ist das Forderungsrecht der Pfandgläubigerin gegenüber der Schuldnerin, meist aus einem Darlehens- oder Kontokorrentverhältnis. Die andere ist das Pfandrecht der Pfandgläubigerin an der Pfandsache. Die beiden Rechtsbeziehungen können im gleichen Vertrag oder in zwei separaten Verträgen begründet werden. Sind Schuldner der Forderung und Verpfänder der Pfandsache die gleiche Person, dann liegt es nahe, beide Rechtsbeziehungen im gleichen Vertrag zu begründen. Gehört hingegen die Pfandsache einer Drittperson, die selber nicht die Schuldnerin ist, so liegt ein Drittpfand vor; in diesem Falle schliesst die Schuldnerin mit der Pfandgläubigerin den Darlehensvertrag ab, während die Verpfänderin mit der Pfandgläubigerin den Pfandvertrag abschliesst.

## 2. Die Grundpfandrechte: Grundpfandverschreibung und Schuldbrief

- 942 Die *Grundpfandverschreibung* (Art. 824 ZGB) findet Verwendung für die Absicherung langfristiger, gläubiger- und schulderseits stabiler Darlehensverhältnisse.
- 943 Die öffentliche Urkunde über den Pfandvertrag wird beim Grundbuchamt eingereicht und das Pfandrecht im Grundbuch eingetragen. Die Urkunde ist kein Wertpapier.
- 944 Demgegenüber ist der *Papier-Schuldbrief* (Art. 860 ZGB) ein Wertpapier. Auf der Vorderseite des Titels bekennt der Schuldbriefschuldner, einen bestimmten Geldbetrag zu schulden. Auf der Rückseite des Titels steht die Bestätigung des Grundbuchführers, er habe das Pfandrecht im Grundbuchblatt der betreffenden Liegenschaft eingetragen. Der Papier-Schuldbrief kann verkauft, verschenkt und (als Wertpapier, d.h. als bewegliche Sache) seinerseits verpfändet werden.
- 945 Der *Register-Schuldbrief* basiert, wie der Papier-Schuldbrief, auf dem Grundbucheintrag des Grundpfandes. Hier erstellt das Grundbuchamt aber kein Wertpapier, sondern eine bloss Bescheinigung zuhanden der Pfandgläubigerin über den bestehenden Grundbucheintrag. Soll der Register-Schuldbrief an eine andere Gläubigerin übertragen werden, so ist dies dem Grundbuchamt zu melden. Dieses nimmt dann die Umbuchung vor und bescheinigt der neuen Gläubigerin, nun sei sie als Pfandgläubigerin im Grundbuch eingetragen. Register-Schuldbriefe sind für die Banken bequemer zu handhaben und verdrängen nach und nach den Papier-Schuldbrief und die Grundpfandverschreibung.
- 946 Wohl mindestens die Hälfte des privaten Grundeigentums in der Schweiz ist durch Grundpfandrechte belastet ("hypothekiert").
- 947 Da Schuldbriefe heutzutage gläubigerseits kaum mehr zirkulieren, sondern in der Regel langfristig bei der gleichen Gläubigerbank liegen, bestimmt sich die Höhe der jeweiligen Kreditschuld des Bankkunden nicht nach der im Schuldbrief angegebenen Schuldsumme, sondern nach dem jeweiligen Soll-Saldo auf dem Kreditkonto des Bankkunden. Damit bestehen zwei Schuldverhältnisse nebeneinander, nämlich die formelle, im Schuldbrief erwähnte Geldschuld, und die tatsächliche, durch das Kreditkonto bei der Bank belegte Schuld. Die Schuldbriefschuld bleibt während der Bestandesdauer des Schuldbriefs unverändert, wogegen die tatsächliche Schuld oft fluktuiert. Der Schuldbrief deckt die Forderung der Schuldbriefgläubigerin höchstens bis zur Höhe der Schuldbriefsumme und höchstens bis zur Höhe der tatsächlichen Forderung, wie sie auf dem Kreditkonto ausgewiesen ist (Art. 842 Abs. 2 ZGB).

### 3. Verschiedene Ränge von Grundpfandrechten

- 948 Bei den in einem öffentlichen Register dargestellten Pfandrechten, namentlich bei den Grundpfandrechten, ist es technisch möglich, den gleichen Gegenstand gleichzeitig zugunsten verschiedener Gläubiger zu verpfänden. So ist es üblich, eine Liegenschaft bis zu ca. 60 % ihres Verkehrswertes mit einer "ersten Hypothek", d.h. mit einem Grundpfandrecht im ersten Rang zu belasten. Weitere 15 % des Wertes werden dann häufig als zweite Hypothek gegeben. Als Hypothekargläubiger im ersten und im zweiten Rang können verschiedene Banken auftreten. Die Unterscheidung verschiedener Ränge von Grundpfandrechten bedeutet folgendes:
- 949 Ist eine Liegenschaft beispielsweise im ersten Rang mit CHF 400'000.--, im zweiten Rang mit CHF 100'000.-- belehnt, fällt der Eigentümer alsdann in Konkurs und ergibt der Versteigerungserlös dieser Liegenschaft einen Betrag von CHF 470'000.--, so erhält der erstrangige Gläubiger den vollen Betrag seiner Forderung von CHF 400'000.-- überwiesen. Der zweitrangige Gläubiger erhält, was noch übrigbleibt, nämlich CHF 70'000.--. Für den Fehlbetrag von CHF 30'000.--, den sogenannten Pfandausfall, muss er in die Reihe der Gläubiger 3. Klasse einsteigen und hoffen, dass er nach dem Grundsatz der Gleichberechtigung aller nicht-privilegierten Gläubiger dort noch eine gewisse Konkursdividende erhält.

### 4. Das Bauhandwerkerpfandrecht (Art. 837 ZGB)

- 950 Das Bauhandwerkerpfandrecht gehört zu den sogenannten gesetzlichen Pfandrechten, weil das Gesetz bestimmten Personen hier die Möglichkeit einräumt, beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen ein Grundpfandrecht ohne die Zustimmung des Grundeigentümers im Grundbuch eintragen zu lassen. Der Begriff des "gesetzlichen Pfandrechts" markiert den Gegensatz zum "rechtsgeschäftlichen" oder "vertraglichen Pfandrecht".
- 951 Die massgebenden Gesetzesbestimmungen<sup>52</sup> sind die folgenden:

**"Art. 837 ZGB:**

*Der Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandes besteht:*

1. ...
2. ...
3. *für die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, die auf einem Grundstück zu Bauten oder anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben, an diesem Grundstück, sei es, dass sie den Grundeigentümer, einen Handwerker oder Unternehmer, einen Mieter, einen Pächter oder eine andere am Grundstück berechnigte Person zum Schuldner haben.*

**Art. 839 ZGB: Eintragung**

- 1 *Das Pfandrecht der Handwerker und Unternehmer kann von dem Zeitpunkte an, da sie sich zur Arbeitsleistung verpflichtet haben, in das Grundbuch eingetragen werden.*
- 2 *Die Eintragung hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung ihrer Arbeit zu geschehen.*
- 3 *Sie darf nur erfolgen, wenn die Forderung vom Eigentümer anerkannt oder gericht-*

---

<sup>52</sup> Die Bestimmungen über das Bauhandwerkerpfandrecht sind im Zuge der Sachenrechtsrevision per 1.01.2012 insofern abgeändert worden, als in Art 837 die Liste der potenziellen Schuldner (Besteller von Bauleistungen) erweitert und in Art. 839 die Anmeldefrist von bisher drei auf neu vier Monate verlängert wurde.

*lich festgestellt ist, und kann nicht verlangt werden, wenn der Eigentümer für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet."*

- 952 Der Grundgedanke des Bauhandwerkerpfandrechts (oder kurz: Baupfandrechtes) ist derjenige, dass der Handwerker eine Sicherheit haben soll für den von ihm am Pfandobjekt geschaffenen Mehrwert. Man mag dabei an folgende Situation denken: Ein Grundeigentümer, der schwach bei Kasse ist, lässt auf seinem unüberbauten Grundstück (Wert 100) durch den Baumeister X ein Haus bauen (Wert des Gebäudes: 300). Statt die Rechnung des Baumeisters zu bezahlen, fällt der Eigentümer anschliessend in Konkurs. Es sei angenommen, neben dem Baumeister, der seine Forderung von 300 im Konkurs eingibt, meldeten sich noch 13 weitere Gläubiger, von denen jeder eine Forderung von 100 eingibt. Das Forderungstotal beträgt also 1600. Einziges Aktivum ist die Liegenschaft, die zur Summe von Bau- und Bodenwert, d.h. zum Preis von 400 versteigert wird. Gäbe es das Baupfandrecht nicht, so erhielte jeder Gläubiger eine Konkursdividende von 25 %. Auch der Baumeister müsste sich also mit einer Auszahlung im Wert von 75 zufriedengeben und für den Ausfall von 225 einen Konkursverlustschein entgegennehmen. Dies mag ungerecht erscheinen, weil gerade er es ist, der mit eigener Arbeit und eigenen Materiallieferungen in jüngster Zeit einen Wert von 300 in die soeben versteigerte Liegenschaft eingebracht hat. - Das Baupfandrecht will ihm nun die Möglichkeit geben, gerade diesen, von ihm geschaffenen Mehrwert wieder zurückzunehmen, ohne ihn mit anderen Gläubigern teilen zu müssen, die dazu nichts beigetragen haben.

## **5. Gesetzliche Grundpfandrechte des öffentlichen Rechts (Art. 836 ZGB)**

- 953 Das ZGB erlaubt den Kantonen, in der kantonalen Gesetzgebung die Entstehung von Grundpfandrechten zur Sicherung öffentlichrechtlicher Ansprüche vorzusehen. Solche Grundpfandrechte brauchen nicht notwendigerweise im Grundbuch eingetragen zu werden. Allerdings dürfen die Kantone nur solche Forderungen mit gesetzlichen Grundpfandrechten absichern, die eine "*besondere Beziehung*" zu der betreffenden Liegenschaft haben: Handänderungssteuern, Grundstückgewinnsteuern, Strassen- und Kanalisationsbeiträge, Beiträge für öffentliche Beleuchtung etc., *nicht* dagegen Vermögens- und Einkommenssteuern des Grundeigentümers.

## **6. Das Fahrnispfand (Art. 884 ZGB)**

- 954 Mit dem altertümlichen Wort "*Fahrnis*" bezeichnet das ZGB alle körperlichen Dinge, die nicht Liegenschaften sind, die also nicht Teile des Erdkörpers oder mit diesem fest verbunden sind. Für die Verpfändung von Fahrnis gilt, mit gewissen Ausnahmen, das Faustpfandprinzip: Wer pfandberechtigt werden will, muss die Pfandsache, bildhaft gesprochen, in seine Faust nehmen. Ihm, nicht dem Eigentümer (= Verpfänder oder Pfandgeber) muss während der Dauer des Pfandverhältnisses der Zugang zur Pfandsache offenstehen. Wer also seiner Bank Wertpapiere verpfänden will, muss diese Papiere zur Bank bringen. Er kann sie nicht zuhause behalten. Solange er die Papiere zuhause hat, entsteht das Pfandrecht nicht, auch wenn der Pfandvertrag schon längst unterschrieben ist.
- 955 Das Faustpfandprinzip lässt sich folgendermassen begründen: Fällt der Verpfänder später in Konkurs, so soll es ihm nicht möglich sein, einzelne Gläubiger dadurch zu begünstigen, dass er behauptet, gewisse Gegenstände in seinem Haushalt oder in seinem Geschäft seien verpfändet. Vielmehr muss dem Konkursverwalter gestattet sein, alle Fahrnis, die der Konkursit in seinem Haushalt und in seinem Geschäft um sich hat, zu behändigen und zugunsten sämtlicher Gläubiger zu verwerten.

- 956 Andererseits soll dem Verpfänder schon *vor* einem allfälligen Konkursausbruch verwehrt sein, sich mit werthaltiger Fahrnis in seinem Haus und in seinem Geschäft zu brüsten, Dritte zur irrigen Annahme zu verleiten, er sei ein reicher Mann, und von ihnen neue Kredite locker machen, wenn alle diese prächtigen Dinge längst verpfändet sind.
- 957 Häufigstes Fahrnispfand ist die Verpfändung von Wertpapier-Depots bei Banken. Wer seine Aktien und Obligationen von einer Bank aufbewahren lässt und von dieser gleichen Bank zinsgünstigen Kredit erhalten will, unterschreibt ein Formular "Faustpfandbestellung" und erklärt darin, sein ganzes Wertschriftendepot sei fortan als Sicherheit für die Kreditforderung der Bank zu deren Gunsten verpfändet. Bei dieser Gestaltung unterliegen der Pfandhaft alle *jeweils* im Depot befindlichen Papiere. Was verkauft wird, wird ohne weiteres aus der Pfandhaft entlassen. Dazugekaufte Papiere treten neu in die Pfandhaft ein.
- 958 Bei solchen Wertpapier-Depots lassen sich die Banken regelmässig zum *Freihandverkauf* der Pfandsachen ermächtigen. Ist der Bankkunde mit der Rückzahlung des Kredits im Verzug und sind damit die Voraussetzungen für die Pfandverwertung erfüllt, so braucht die Bank nicht das amtliche Betreibungsverfahren auf Pfandverwertung, mit den Betreibungsfristen und einer nach vielen Monaten erst stattfindenden öffentlichen Gant<sup>53</sup>, in Bewegung zu setzen, sondern sie kann binnen Stunden genau so viele Wertpapiere aus dem Depot ihres Schuldners freihändig (d.h. von sich aus) verkaufen, als nötig sind, um den rückständigen Schuldbetrag abzudecken.
- 959 Hingegen ist der in früheren Jahrhunderten vielgeübte Missbrauch des Pfandverfalls (Verfallklausel) verboten: "*Jede Abrede, wonach die Pfandsache dem Gläubiger, wenn er nicht befriedigt wird, als Eigentum zufallen soll, ist ungültig*" (Art. 894 ZGB). Mit der Verfallklausel wurde in früheren Zeiten der in Geldnot befindliche Schuldner geködert, wertvolle Dinge für geringe Kredite zu verpfänden. Konnte er den Kredit bei Fälligkeit nicht zurückzahlen, so saldierte der Pfandgläubiger das Kreditkonto und stellte das wertvolle Pfand zu seinen eigenen Sachen.
- 960 Auch bei der Verpfändung ganzer *Warenlager* muss das Faustpfandprinzip eingehalten werden. Es ist zulässig, dass der Verpfänder Zugang zu seinem Warenlager behält, um einzelne Stücke zu entnehmen, neue Stücke einzulagern. Aber das Warenlager muss so umzäunt und die Zugangsregelung (Tür, Schlösser und Schlüssel) technisch so organisiert sein, dass der Verpfänder *nicht allein* den Zugang hat, sondern nur zusammen mit einem Vertreter der Gläubigerin.

## 7. Der Eigentumsvorbehalt

- 961 Wer eine bewegliche Sache (Fahrnis) verkauft und sie dem Käufer körperlich aushändigt, verliert im Augenblick der körperlichen Übergabe das Eigentum daran. Der Käufer wird in diesem Augenblick Eigentümer. Bildhaft sagt man: Im Zeitpunkt der Sachübergabe findet der Übergang des Eigentumsrechts oder die Eigentumsübertragung statt (Art. 714 ZGB).
- 962 Wer eine bewegliche Sache, z.B. ein Fernsehgerät oder ein Auto, auf Kredit verkauft, möchte nun häufig ein Sicherungsrecht am Kaufgegenstand bis zur völligen Tilgung des Kaufpreises haben. Ein Pfandrecht kommt wegen des Faustpfandprinzips nicht in Frage. Der Käufer des Fernsehers will das Gerät bei sich zuhause aufstellen; er ist nicht bereit, es zwecks Verpfändung "in der Faust" des Verkäufers zu belassen.

---

<sup>53</sup> Unter "Gant" versteht man eine Versteigerung.

- 963 Um dem Sicherheitsbedürfnis des Verkäufers entgegenzukommen, gestattet das Gesetz den Verkauf unter Eigentumsvorbehalt. Hierzu ist erforderlich, dass Käufer und Verkäufer *vor* der körperlichen Aushändigung der Sache vereinbaren, die Sache solle bis zur vollen Tilgung des Kaufpreises im Eigentum des Verkäufers verbleiben. Damit diese Absprache aber auch gegenüber Drittpersonen wirksam ist, muss sie ins *Eigentumsvorbehaltregister* eingetragen werden. Dies kann auch *nach* der Aushändigung der Sache an den Käufer erfolgen. Das Eigentumsvorbehaltregister wird durch das Konkursamt am Wohnsitz des Käufers geführt. Hier kann sich jeder Dritte informieren, ob die beweglichen Gegenstände im Haus und im Unternehmen einer bestimmten Person ihr auch wirklich gehören.
- 964 Eigentumsvorbehalte werden vor allem bei Konsumkreditgeschäften vereinbart. Die Schutzwirkung zugunsten des Verkäufers ist aber gering. Gerät der Käufer nämlich mit den Ratenzahlungen in Verzug und tritt der Verkäufer demgemäss vom Vertrag zurück, so erfolgt Rückabwicklung des Kaufvertrags: Der Verkäufer muss die mittlerweile gebrauchte Sache zurücknehmen und dem Käufer die bereits geleisteten Ratenzahlungen zurückerstatten. Er darf von der zurückzuerstattenden Geldsumme allerdings einen "angemessenen Mietzins und eine Entschädigung für ausserordentliche Abnützung der Sache" in Abzug bringen (Art. 716 ZGB). Der Kreditkauf wird also nachträglich in eine vorübergehende Miete umgedeutet. Gerade dies ist für den Verkäufer aber häufig uninteressant. Namentlich wenn der grössere Teil der Ratenzahlungen bereits geleistet ist, ist es für ihn oft wirtschaftlicher, die Sache *nicht* zurückzunehmen und auf die noch offenen Ratenzahlungen im Sinne eines Sonderrabattes zu verzichten.

## 8. Das Retentionsrecht (Art. 895 ZGB)

- 965 Das Retentionsrecht (Zurückbehaltungsrecht, von lat. *retinere* = zurückhalten) entspringt einer urmenschlichen Verhaltensweise, anderen seinen Willen aufzuzwingen, indem man ihnen Dinge, an denen sie hängen, nicht herausgibt, bis sie getan haben, was man von ihnen verlangt.
- 966 In einer gesitteten Gemeinschaftsordnung kann nicht jede Art solcher Druckausübung gestattet sein. Die Rechtsordnung muss zwischen gerechtfertigter und ungerechtfertigter Retention unterscheiden. Ungerechtfertigte Retention ist Erpressung.
- 967 Ob rechtswidrige Erpressung oder erlaubte Retention vorliegt, hängt davon ab, ob der Retentionsgegenstand und der Retentionszweck unmittelbar zusammenhängen, d.h. in einem *Konnex* miteinander stehen, oder ob sie nichts miteinander zu tun haben; im zweiten Fall liegt Erpressung vor.
- 968 Ein Beispiel berechtigter Retention ist es also, wenn der Schuhmacher die von ihm reparierten Schuhe solange zurückbehält, bis der Kunde die Reparatur bezahlt. Unberechtigt ist die Retention, wenn der Schuhmacher, nach Bezahlung dieser Reparaturrechnung, die Schuhe weiterhin zurückbehält, bis der Kunde eine alte Rechnung für *andere* Schuhe ebenfalls noch bezahlt. Das Gesetz bringt diese Unterscheidung folgendermassen zum Ausdruck:

### **"Art. 895 ZGB: Retentionsrecht, Voraussetzungen**

*1 Bewegliche Sachen und Wertpapiere, die sich mit Willen des Schuldners im Besitze des Gläubigers befinden, kann dieser bis zur Befriedigung für seine Forderung zurückbehalten, wenn die Forderung fällig ist und ihrer Natur nach mit dem Gegenstande der Retention in Zusammenhang steht."*

- 969 Der Konnex zwischen der retentionsgesicherten Forderung und dem Retentionsgegenstand braucht im Geschäftsverkehr zwischen Kaufleuten allerdings nicht so eng zu sein. Diesbezüglich sagt das Gesetz:

**"Art. 895 ZGB**

*2 Unter Kaufleuten besteht dieser Zusammenhang, sobald der Besitz sowohl als die Forderung aus ihrem geschäftlichen Verkehr herrühren."*

- 970 Zwischen einer Fabrik und ihrem Alleinvertreter ist also Retention neuer Gegenstände bis zur Bezahlung alter Rechnungen zulässig. Zwischen einem Schuhmacher und seinem Privatkunden ist dies nicht zulässig.

- 971 Wie die "Verrechnungslage" bei der Verrechnung kann man beim Retentionsrecht ebenfalls eine **Retentionslage** definieren. Sie umfasst aufgrund des Gesagten drei Elemente mit Untervarianten:

1. Die Sache befindet sich mit Willen des Schuldners im Besitz des Gläubigers;

Variante: Dritteigentum: Nur bei gutem Glauben des Gläubigers (guter Glaube = irrtümliche, aber berechtigte Annahme, der Schuldner sei befugt, eine Retentionslage herbeizuführen und ein Retentionsrecht zu bewirken);

2. Konnex

a) zivil: direkter Konnex zwischen Forderung und retiniertem Gegenstand

b) kaufmännisch: Herkunft aus dem geschäftlichen Verkehr zwischen Personen, die handelsregisterlich eintragungspflichtig sind;

3. Fälligkeit der Forderung.

## **I. Der Besitz**

### **1. Unterscheidung von Eigentum und Besitz**

- 972 In der Umgangssprache werden die Wörter Eigentum und Besitz gleichbedeutend verwendet. In der Rechtssprache bedeuten sie verschiedene Dinge. Unter Eigentum versteht man das *Recht* an der Sache. Besitz ist dagegen kein Recht, sondern ein *faktischer Zustand*. Das Gesetz umschreibt diesen Zustand mit dem Satz: "*Wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat, ist ihr Besitzer*" (Art. 919 Abs. 1 ZGB). Allerdings hat der Besitzer kraft seines Besitzes gewisse Rechte an der Sache, insbesondere Abwehrrechte gegen Besitzesstörer und gegen Leute, die dem Besitzer die Sache eigenmächtig wegnehmen wollen, ferner Rückhol-Rechte, wenn die Sache einmal abhanden gekommen ist. Es ist also ungenau zu sagen, Besitz sei *nur* ein faktischer Zustand.

### **2. Die Hauptfunktionen des Besitzes-Begriffs: Friedenssicherung und Rechtsübertragung**

- 973 Der Rechtsbegriff des Besitzes ist schwer zu beschreiben, weil der Gesetzgeber versucht hat, mit einem einzigen Begriff verschiedene Dinge zu erfassen. Je nach dem Zusammenhang, in dem der Besitz eine Rolle spielt, meint der Begriff des Besitzes verschiedene Dinge. Zwei Hauptfunktionen stehen im Vordergrund, diejenige der *Friedenssicherung* und diejenige der *Rechtsübertragung*.

- 974 Eine dritte Funktion von geringerer Bedeutung ist die *Beweisfunktion* gemäss Art. 930 ZGB; auf diese Funktion wird im folgenden nicht eingetreten.

### a) Friedenssicherung

- 975 Bei der ersten Hauptfunktion, derjenigen der Friedenssicherung, geht es vor allem um den Schutz des Besitzers gegen die Eigenmacht Dritter, die ihm die Sache entreissen wollen (als Besitzer darf er solche Eigenmacht mit eigener Körperkraft abwehren), oder die sie ihm soeben entrissen haben (als Besitzer darf er dem Dieb nacheilen und ihm die Sache wieder entwenden), oder die ihn im Genuss der Sache stören, indem sie z.B. sonntags in seinen Garten eindringen und dort ein Lagerfeuer entfachen, während der Besitzer des Gartens gerne ungestört auf einem Lehnstuhl ausruhen möchte (der Besitzer darf solche Gäste mit der Kraft seiner Arme aus dem Garten wegjagen).
- 976 Wer im Genuss oder in der Innehabung einer Sache durch eigenmächtige Dritte beeinträchtigt wird, darf sich nicht nur eigenmächtig wehren, sondern er geniesst auch gerichtlichen und polizeilichen Schutz, d.h. er kann in einem Gerichtsverfahren ein Urteil erlangen, in welchem dem Verletzer unter Strafandrohung verboten wird, weiterhin den Besitz des Klägers zu stören, oder in welchem ihm befohlen wird, die unrechtmässig entzogene Sache an den Besitzer herauszugeben. In einem solchen Gerichtsverfahren genügt es, dass der Kläger seinen Besitz nachweist. Er ist davon *dispensiert, sein Eigentum an der Sache nachzuweisen*. Gerade darin liegt in diesen Fällen die normative Funktion des Besitzes. Ein Beispiel: Der Wohnungsmieter darf sich kraft seines Besitzschutzes gegen lärmende Nachbarn wehren; er braucht sich nicht auf das Eigentum zu berufen (er ist ja nicht Eigentümer).
- 977 Bei der Friedenssicherung zwischen Personen, die handgreiflich um eine Sache streiten, geht es zunächst nicht um die Frage, wer das bessere Recht an der Sache hat, sondern ganz einfach darum, dass niemand einem anderen die Sache gewaltsam wegnehmen darf, wenn dieser andere die Sache *bis dahin unangefochten in seinem Gewahrsam gehabt* hatte. - Dieser unangefochtene Gewahrsam ist es, den das Gesetz in Art. 919 Abs. 1 ZGB als die *"tatsächliche Gewalt über die Sache"* beschreibt.

### b) Rechtsübertragung durch Besitzübertragung

- 978 Die zweite Hauptfunktion des Besitzes ist diejenige der Rechtsübertragung. Diese Funktion ist beschrieben in den Art. 714 Abs. 1 und 884 Abs. 1 ZGB: Zum Erwerb des Eigentums oder eines Pfandrechts an einer beweglichen Sache muss der Erwerber den Besitz an der Sache erlangen. Wer also eine bewegliche Sache kauft, wird nicht bereits mit dem Vertragsschluss und auch nicht schon mit der Bezahlung des Preises deren Eigentümer, sondern erst in dem Augenblick, in dem er den Besitz an der Sache erlangt.
- 979 Die Übertragungsfunktion des Besitzes erhält ihre praktische Bedeutung vor allem im Konkurs. Dann muss unter Umständen auf die Sekunde genau ermittelt werden, wann wer an einer Sache den Besitz gehabt hat. Je nach dem fällt die Sache in die Konkursmasse oder sie bleibt ausserhalb derselben.

## 3. Der petitorische Rechtsschutz ("Fahrnisklage") gemäss Art. 934 ZGB

- 980 Art. 934 Abs. 1 und 2 ZGB lautet:



1 *Der Besitzer, dem eine bewegliche Sache gestohlen wird oder verloren geht oder sonst wider seinen Willen abhanden kommt, kann sie während fünf Jahren jedem Empfänger abfordern.*

2 *Ist die Sache öffentlich versteigert oder auf dem Markt oder durch einen Kaufmann, der mit Waren der gleichen Art handelt, übertragen worden, so kann sie dem ersten und jedem spätern gutgläubigen Empfänger nur gegen Vergütung des von ihm bezahlten Preises abgefordert werden.*

- 981 Diese Bestimmung ermöglicht dem bisherigen Besitzer die prozessuale *Zurückholung abhanden gekommener beweglicher Sachen*. Im Falle des Abhandengekommenseins begründet der frühere Besitz eine Vermutung für das behauptete Recht, womit der gerichtliche Schutz zum "Rechts-"Schutz wird, also nicht bloss Erhaltung eines eigenmächtig gestörten Status quo zum Zwecke hat. Man spricht von Besitzrechtsklage oder auch, da sich das Abhandenkommen auf Fahrnis-Sachen beschränkt, von der Fahrnisklage und nennt den mit der Rechtsvermutung operierenden Rechtsschutz "*petitorisch*".
- 982 Die mit der Fahrnisklage rekuperierbaren *abhanden gekommenen* Sachen sind zu unterscheiden von den nicht-rekuperierbaren *anvertrauten* Sachen, von denen in Art. 933 ZGB die Rede ist. Die Artikel 933 und 934 sind wie Geschwister nebeneinander zu betrachten. Will jemand eine Sache gestützt auf den Besitzerschutz durch gerichtliche Klage zurück-erlangen, so muss er sich die Vorfrage stellen, ob die Sache durch eine Person veräussert wurde, der die Sache *anvertraut* war, oder ob die Sache *abhanden gekommen* ist. Wenn also der Entlehner das *ausgeliehene* Buch weiterverkauft, statt es dem Verleiher zurück-zugeben, so genießt der Verleiher gegenüber dem Käufer keinen Besitzerschutz. Der Käufer hat eine "anvertraute" Sache erworben und ist in seinem Erwerb durch Art. 933 geschützt, obwohl der Verkäufer zu dem Verkauf nicht befugt war. Wenn aber ein *Dieb* das *gestohlene* Buch weiterverkauft, so muss der Käufer das Buch an den Bestohlenen zurückgeben. Für die Rückforderung des unnütz bezahlten Kaufpreises muss er sich an den Dieb halten. Dieser hat den Käufer durch den betrügerischen Verkauf der fremden Sache hereingelegt.
- 983 Als Faustregel merke man sich die Entsprechung der Tatbestände mit dem Strafrecht: Wo ein Diebstahl vorliegt, ist die Sache eine *abhanden gekommene*. Liegt Veruntreuung vor, so war die Sache eine *anvertraute*. *Wer Diebesgut erwirbt, muss es zurückgeben; wer Veruntreuungsgut erwirbt, darf es behalten*<sup>54</sup>. Das ist, kurz gesagt, der Inhalt der Art. 934 und 933 ZGB.
- 984 Dabei haftet der Makel des Abhandengekommenseins der Sache wie ein unsichtbarer Stempelaufdruck ("*Diebesgut*") an, wo immer sie sich befindet. Wenn dem Eigentümer A ein Buch gestohlen wird, der Dieb das Buch dem gutgläubigen B verkauft, dieser das Buch dem Bücherantiquariat C weiterverkauft, wo das Buch vom Kunden D erworben wird, der es später dem E ausleiht, worauf E das geliehene Buch veruntreut und auf eigene Rechnung dem F verkauft, so ist das Buch auch in den Händen des F Diebesgut, d.h. eine *abhanden gekommene* Sache, und kann von A kraft seines Eigentums herausverlangt werden, allerdings nur gegen Erstattung des von F bezahlten Preises (dies wegen Art. 934 Abs. 2 ZGB). Hätte A das Buch bereits von B herausverlangt, so hätte er dem B den von diesem bezahlten Kaufpreis nicht erstatten müssen; denn in der Reihe der Handänderungen bis zu B hatte noch kein Erwerb von einem Händler stattgefunden.

<sup>54</sup> Dieser Satz ist allerdings zu präzisieren: Wer *in gutem Glauben, d.h. in Unkenntnis der von seinem Rechts-vorgänger begangenen Veruntreuung*, Veruntreuungsgut erwirbt, darf es behalten.

- 985 Der unsichtbare Stempelaufdruck "*Diebesgut*" bzw. "*abhandengekommene Sache*" erlischt, wenn jemand an der Sache das Eigentum durch *Ersitzung* erwirbt<sup>55</sup>.

## J. Das Grundbuch

- 986 Bei der Zuordnung von Fahrnis zu Personen spielt die Unterscheidung von Eigentum und Besitz, wie wir gesehen haben, eine Rolle. Wem eine Sache von Rechts wegen gehört, d.h. wer ihr Eigentümer ist, ist oft unbekannt und nicht erkennbar. Fast immer aber besteht ein äusserer Anschein, wem eine Sache zugeordnet und wem sie *nicht* zugeordnet ist. Die Verworrenheit der Zuordnungsverhältnisse macht es sinnvoll, die wirkliche Zuordnung (Eigentum) von der anscheinenden Zuordnung (Besitz) zu unterscheiden und zuweilen den Besitzer in seinem Besitz zu schützen, auch wenn er nicht der Eigentümer ist.
- 987 Die Unterscheidung zwischen wirklicher und anscheinender Zuordnung ist für Liegenschaften aber bei den heutigen Verhältnissen in der Schweiz unnötig geworden. Für die Liegenschaften besteht ein umfassendes, staatlich geführtes Informationssystem, welches alle Rechte an Liegenschaften (Eigentum, Dienstbarkeiten, Pfandrechte) lückenlos dokumentieren soll. Dieses Informationssystem heisst Grundbuch.
- 988 Angesichts des Vorhandenseins des Grundbuchs gilt: Eigentümer ist stets und nur derjenige, der im Grundbuch als Eigentümer ausgewiesen ist. Der grundbuchliche Eintragsstand ist nicht blosser Anschein, nicht blosses Indiz für die wirkliche Rechtslage, sondern das Grundbuch verkörpert diese Rechtslage, ist mit ihr identisch.
- 989 Die Identität von Grundbucheintrag und wirklicher Rechtslage kann namentlich beim rechtsgeschäftlichen Liegenschaftsverkehr postuliert werden. Wenn jemand eine Liegenschaft verkauft, so schliesst er mit dem Käufer zunächst einen Kaufvertrag, d.h. das Verpflichtungsgeschäft. Das Grundeigentum bleibt aber solange beim Verkäufer, bis dieser im Grundbuch gelöscht und der Käufer als neuer Eigentümer eingetragen ist. Mit der Löschung des bisherigen Eigentümernamens und mit dem Eintrag des neuen wird die Liegenschaft dem neuen Eigentümer rechtlich zugeordnet.
- 990 Damit das Grundbuch seine Funktion als umfassendes Informationssystem erfüllen kann, braucht es verschiedene Teile (Register). Diese Register werden heute an den meisten Orten elektronisch geführt. Die vier wichtigsten sind:
- a) Die *Vermessungspläne*. - Die vom Grundbuch geführte Sammlung von Plänen aller Parzellen dokumentiert die topographische Lage, die genaue Form und Ausdehnung aller Liegenschaften im Verhältnis zu den Nachbarliegenschaften.
  - b) Das *Hauptbuch*. - Im Hauptbuch wird für jede Parzelle ein Blatt oder eine Datei geführt, worauf stichwortartig die Rechtsverhältnisse an der betreffenden Parzelle dokumentiert sind. Hauptbuchblatt und dazugehöriger Vermessungsplan tragen die gleiche Parzellennummer.
  - c) Die *Belegsammlung*. - In der Belegsammlung werden, in chronologischer Nummerierung, alle Kaufverträge, Pfandverträge, Dienstbarkeitsverträge archiviert.
  - d) Das *Tagebuch*. - Im Tagebuch (auch Journal genannt) werden alle dem Grundbuchamt überbrachten ("angemeldeten") Dokumente möglichst zeitgerecht (wenn möglich mi-

---

<sup>55</sup> Zur Ersitzung vgl. vorn, Ziff. 883 ff.

nutengenau) registriert. Vom Eingang eines Geschäftes bis zu seiner Eintragung im Hauptbuch verstreichen oft mehrere Tage, ja Wochen oder Monate, weil Grundbuchbeamte das Geschäft zunächst prüfen, allfällige Fehler oder Lücken abklären und Ergänzungen anfordern müssen. Erst wenn dies alles geschehen ist, schreitet der Grundbuchbeamte zu den entsprechenden Eintragungen auf dem Hauptbuchblatt. Und erst in diesem Augenblick "springt der Funke": Erst jetzt hört der Verkäufer auf, Eigentümer zu sein; erst jetzt wird der Käufer Eigentümer der gekauften Liegenschaft. Damit diese Zwischenzeit von der Anmeldung des Geschäftes bis zum Hauptbucheintrag aber niemandem zu Nutzen oder zu Schaden komme, gilt die gesetzliche Fiktion, der Hauptbucheintrag sei in der Minute der Grundbuchanmeldung, d.h. in der Minute des Tagebucheintrags erfolgt. Die Rechtswirkungen des Hauptbucheintrages werden also zeitlich auf den Tagebucheintrag zurückbezogen. Hierin liegt die grosse Bedeutung des Tagebuchs.

## **K. Die öffentliche Beurkundung von Grundstücksgeschäften**

- 991 Das ZGB schreibt die öffentliche (notarielle) Beurkundung von Verträgen vor, bei denen ein Grundeigentümer sein Eigentum oder einzelne daraus fliessende Befugnisse preisgibt (so insbesondere Art. 657 ZGB). Der Formzwang, d.h. das Erfordernis der öffentlichen Beurkundung, ist im Wesentlichen zu verstehen als ein Schutz des Grundeigentümers vor leichtfertiger Preisgabe seines Eigentums.
- 992 Dieser besondere Schutz des Grundeigentümers ist historisch begründet. Zu früheren Zeiten galten nur jene Personen als freie Mitglieder der Gesellschaft, die Grundeigentum besaßen. Wer kein eigenes Land hatte, war Knecht oder Magd. In solchen Gesellschaftsordnungen war die Preisgabe von Grundeigentum der erste Schritt zum sozialem Abstieg. Diesen Schritt sollte nur tun, wer die Sache reiflich überlegt hatte. Das Erfordernis der öffentlichen Beurkundung schützte den Veräusserer von Grundeigentum vor übereilem Handeln.
- 993 Trotzdem ist heutzutage bei der Übertragung von Grundeigentum durch Kauf, Tausch und Schenkung das ganze Geschäft unter Einbezug aller Parteien und aller wesentlichen Vertragspunkte beurkundungsbedürftig. Hingegen unterliegen bei anderen Grundstücksgeschäften nur die Erklärungen des Grundeigentümers dem Formzwang, und dies nur insoweit, als sie die Preisgabe von Eigentümerbefugnissen zum Gegenstand haben.
- 994 So wird bei der Errichtung von Grundpfandrechten gemäss der Praxis mancher deutschschweizerischer Kantone nur jene Vertragspartei ins Beurkundungsverfahren einbezogen, die ihr Grundeigentum belastet, und es werden nur ihre diesbezüglichen Willenserklärungen beurkundet, während die Gegenpartei nicht vor dem Notar zu erscheinen braucht und ihre vertraglichen Leistungsversprechen in einfacher Schriftform oder mündlich abgibt.
- 995 Zwecks Übereilungsschutz des Grundeigentümers, der Rechte preisgibt, schreibt der Gesetzgeber vor, dass der Kauf (Art. 216 Abs. 1 OR), der Tausch (Art. 237 i.V.m 216 Abs. 1 OR), die Schenkung (Art. 243 Abs. 2 OR) und die Vermögensübertragung (Art. 70 Abs. 2 FusG) beurkundungsbedürftig sind, sofern bei diesen Geschäften Grundstücke oder dingliche Rechte an Grundstücken übertragen werden. Ebenfalls beurkundungsbedürftig sind die entsprechenden Vorverträge (Art. 22 und Art. 216 Abs. 2 OR). Dem gleichen Zweck dient das Beurkundungserfordernis für die Errichtung von Dienstbarkeiten und Grundpfändern. In beiden Fällen gibt der Grundeigentümer bestimmte Befugnisse preis, die ihm kraft seines Grundeigentums bisher zustanden. Hingegen ist die nachträgliche Aufhebung solcher Dienstbarkeiten und Pfandrechte nicht beurkundungsbedürftig, weil hier die Dinge in der Gegenrichtung bewegt werden: Dem Grundeigentümer wach-

sen gewisse Befugnisse wieder zu. Nur die Eigentümer sind Schützlinge des Formzwangs, nicht die Dienstbarkeitsberechtigten und Grundpfandgläubiger, die auf ihre Rechte verzichten.