
Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches

von

Heinz Hausheer

Dr. iur., Professor an der Universität Bern

und

Manuel Jaun

Fürsprecher



Stämpfli Verlag AG Bern · 1998

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XV
Allgemeine Literatur	XIX

Einleitung

§ 1 Zur Bedeutung der Einleitungsartikel

1. Allgemeine Charakterisierung	1
2. Gemeinsamer Gesichtspunkt: Rechtsanwendung i.w.S.	1
a) Die verschiedenen Stadien der Rechtsanwendung	2
b) Rechtsanwendung im engeren Sinn	2
b) Rechtsanwendung im weiteren Sinn	4
aa) Rechtsfindung	4
bb) Sachverhaltsfeststellung	5
cc) Exkurs: Trennung von Tat- und Rechtsfrage	5
3. Systematische Stellung: Kein allgemeiner Teil	5
4. Anwendungsbereich der Einleitungsartikel	8
a) Überblick	8
b) Unmittelbare Anwendung	8
aa) ZGB, OR und Ausführungserlasse	8
bb) Übriges Bundesprivatrecht	8
c) Anwendung ausserhalb des Bundesprivatrechts	8

Teil 1: Rechtsfindung

§ 2 Gesetzes-, Gewohnheits- und Richterrecht (ZGB 1 und 4)

I. Vorbemerkung	11
II. Gesetzesrecht	12
1. ZGB 1 und das Gesetzmässigkeitsprinzip	12
2. Rechtgültigkeit und Wirksamkeit einer Norm	14
3. Der Gesetzeswortlaut	14
a) Der massgebliche Wortlaut	14
aa) Die Amtliche Sammlung (AS)	15
bb) Die systematische Sammlung (SR)	15
cc) Titel und Randtitel (Marginalien)	15
dd) Probleme im Zusammenhang mit dem massgeblichen Wortlaut	15
b) Gleichwertigkeit der drei Amtssprachen	15
aa) Herrschende Auffassung	16
bb) Ablehnung der texthistorischen Methode	16

cc)	Ablehnung des Grundsatzes "in dubio pro libertate"	17
c)	Redaktionsversehen, Druck- und Übersetzungsfehler	17
aa)	Mögliche Fehlerquellen eines Gesetzes: Schematische Darstellung	17
bb)	Berichtigung eines mangelhaften Wortlautes	18
III.	Auslegung des Gesetzes	19
1.	Der Wortlaut des Gesetzes als Ausgangspunkt der Auslegung	19
a)	Von der Notwendigkeit der Auslegung	19
b)	Auslegung entgegen dem "klaren" Wortlaut	20
2.	Auslegungsgegenstand	22
a)	Der Rechtssinn als variable Grösse	22
b)	Der objektive Sinn als Ziel der Auslegung	22
c)	Die objektiv-historische Methode	23
d)	Die geltungszeitliche bzw. objektiv-zeitgenössische Methode	25
e)	Bundesgerichtliche Rechtsprechung	26
3.	Die Elemente der Auslegung	28
a)	Das grammatische Element	29
b)	Das systematische Element	31
aa)	Zur systematischen Auslegung im allgemeinen	31
bb)	Zur Bedeutung formaler Auslegungsregeln	32
cc)	Zum Gebot verfassungskonformer Auslegung	33
dd)	Völkerrechtskonforme Auslegung	34
c)	Das realistische (soziologische) Element	35
d)	Das historische Element	36
e)	Das teleologische (zweckorientierte) Element	37
IV.	Gesetzeslücken	41
1.	Der Begriff der Gesetzeslücken	41
2.	Lückenarten	44
3.	Gesetzesergänzung	45
a)	Lücken intra legem	45
b)	Echte Lücken	46
4.	Gesetzesberichtigung	48
a)	Unechte Lücken	48
b)	Zur Abgrenzung gegenüber den echten Lücken	48
c)	Von der Bedeutung des Wortlautes	50
V.	Lückenfüllung: Übersicht	54
1.	Übersicht	54
2.	Lückenfüllung durch Gewohnheitsrecht	54
a)	Allgemeines/Bedeutung	54
b)	Begriff des Gewohnheitsrechts	55
c)	Bildung von Gewohnheitsrecht durch die Gerichtspraxis (Präjudizien)	55
d)	Verhältnis zu Übung/Ortsgebrauch nach ZGB 5 II	56
3.	Lückenfüllung durch Richterrecht	57
a)	Die Regelbildung	57
b)	Die Elemente der Regelbildung	57
c)	Die Bedeutung des bestehenden Gesetzesrechts (Analogieschluss)	58
d)	Zur Bedeutung einer bevorstehenden Gesetzesrevision	59
e)	Schwierigkeiten bei der Regelbildung	59
4.	Richterliche Billigkeitsentscheidungen gemäss ZGB 4	60
a)	Richterliches Ermessen	60
aa)	Verwirklichung von Einzelfallgerechtigkeit	60

bb)	Abgrenzung gegenüber ZGB 1 II	61
cc)	Sonderfall: Füllung unechter Lücken	61
b)	Anwendungsbereich	62
aa)	"Ermessen"	62
bb)	"Würdigung der Umstände"	62
cc)	"Wichtige Gründe"	63
dd)	Weitere Anwendungsfälle	63
ee)	Besondere Rechtsinstitute	63
c)	Tatbestands- und Rechtsfolgeermessen	64
d)	Schranken der Ermessensausübung	64
aa)	Pflichtgemässe Ermessensausübung	64
bb)	"Innergesetzliche" Schranken	64
cc)	"Übergesetzliche" Schranken	65
dd)	Prozessuales	65

VI. Hilfsmittel bei der Auslegung und Lückenfüllung (ZGB 1 III)..... 66

1.	Gegenstand und Anwendungsbereich	66
2.	Bewährte Lehre i.S. von ZGB 1 III	66
a)	Die Bewährtheit der Lehre	67
aa)	Massgeblicher Gesichtspunkt: Sachliche Überzeugungskraft einer Ansicht	67
bb)	Unterschiedliche Bedeutung für die gebundene Rechtsfindung (Auslegung) und die freie Rechtsfindung (Lückenfüllung)	67
b)	Berücksichtigungs-, nicht Befolgungspflicht	67
c)	Beitrag der Lehre zur Gesetzesauslegung und schöpferischen Rechtsfortbildung	67
3.	Die bewährte Überlieferung nach ZGB 1 III	68
a)	Allgemeines	68
b)	Zur Zulässigkeit von Praxisänderungen	69
c)	Gegenüberstellung bewährte Lehre/Überlieferung	72
d)	Zur Bedeutung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im besonderen	72
aa)	Allgemeines	72
bb)	Keine präjudizielle Bedeutung sog. obiter dicta	73
cc)	Zur Befolgung der bundesgerichtlichen Präjudizien durch die kant. Gerichte	73
dd)	Anerkennung der präjudiziellen Kraft bundesgerichtlicher Rechtssprechung durch den Gesetzgeber	74
4.	Weitere Hilfsmittel	74
a)	Rechtsvergleichung	75
b)	Rechtsgeschichte	75

VII. Zum Anwendungsbereich von ZGB 1 und 4..... 76

1.	ZGB 1, insbesondere die Lückenfüllungsproblematik	76
2.	ZGB 4	78

§ 3 Treu und Glauben / Rechtsmissbrauch (ZGB 2)

I.	Allgemeines	79
1.	Gegenstand von ZGB 2	79
2.	Das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben (ZGB 2 I)	79
a)	Inhalt	79
b)	Historische Herkunft	80
3.	Das Rechtsmissbrauchsverbot (ZGB 2 II)	80
a)	Inhalt	80
b)	Historische Herkunft	80

4.	Das Verhältnis zwischen ZGB 2 Absatz 1 und Absatz 2	81
5.	Abgrenzung "Treu und Glauben" / "guter Glauben"	83
6.	Notwendigkeit der Konkretisierung von ZGB 2	84
II.	Die Bedeutung von Treu und Glauben für die Gesetzesanwendung	86
1.	Gesetzesauslegung	86
2.	Das Verbot der Gesetzesumgehung	86
III.	Die Bedeutung von Treu und Glauben im rechtsgeschäftlichen Bereich	89
1.	Auslegung von Rechtsgeschäften (insbesondere von Verträgen)	89
a)	Gegenstand der Auslegung	90
b)	Zur subjektiven Vertragsauslegung	90
c)	Zur Auslegung nach dem Vertrauensprinzip	91
aa)	Problemstellung	91
bb)	Die schweizerische Lösung: Das Vertrauensprinzip	91
cc)	Ergebnis: Normativer Konsens	92
dd)	Vertragsauslegung im Überblick	92
ee)	Zur Sonderfrage der Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB)	92
d)	Elemente der Auslegung	93
e)	Vergleich mit der Gesetzesauslegung/Möglichkeit der Berufung ans BGer	94
f)	Zur Auslegung einseitiger bzw. mehrseitiger Rechtsgeschäfte	94
aa)	Einseitige Rechtsgeschäfte	94
bb)	Mehrseitige Rechtsgeschäfte (insbesondere Statuten)	95
g)	Zur Auslegung öffentlichrechtlicher Verträge	95
2.	Lückenfüllung bei Rechtsgeschäften	96
a)	Begriff der Lücke	96
b)	Lückenfüllung	96
c)	Vergleich mit der Füllung von Gesetzeslücken	96
3.	Die Umgehung rechtsgeschäftlicher Verpflichtungen	97
4.	Treu und Glauben als Grundlage für rechtliche Sonderverbindungen	97
a)	Neben- bzw. Verhaltenspflichten	98
b)	culpa in contrahendo	101
c)	Haftung für Rat und Auskunft	102
d)	Vertrauenshaftung	102
e)	Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter	105
IV.	Das Verbot des Rechtsmissbrauchs im einzelnen	106
1.	Vorbemerkung	106
2.	Nutzlose Rechtsausübung bzw. fehlendes oder ungenügendes Interesse	106
3.	Krasses Missverhältnis der Interessen	107
4.	Die clausula rebus sic stantibus	109
a)	Subsidiäre Funktion von ZGB 2	110
b)	Langfristige zweiseitige Verträge (Dauerschuldverhältnisse)	111
c)	Grundlegende Veränderung im Verhältnis von Leistung/Gegenleistung	111
d)	Unvorhersehbarkeit der Änderung	112
5.	Widersprüchliches Verhalten (venire contra factum proprium)	112
a)	Allgemeines	112
b)	Unvereinbarkeit zweier Verhaltensweisen	113
c)	Verbot, die begründete Erwartung eines anderen zu täuschen	113
6.	Unzulässige Berufung auf Formmängel	114
a)	Allgemeines	114
b)	Rechtslage vor der Erfüllung	114
c)	Rechtslage nach der (beidseitigen) Erfüllung	117

7.	Verwirkung wegen verzögerter Rechtsausübung.....	118
8.	Das Verbot der zweckwidrigen Verwendung von Rechtsinstituten.....	119
9.	Zur Behandlung von Rechtsmissbrauchsfällen durch den Richter	120
V.	Anwendungsbereich.....	121
a)	Der Staat (bzw. die Behörden) als Adressat.....	121
b)	Der Bürger als Adressat (ausserhalb des Privatrechts)	122
c)	Überblick	123
§ 4	Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht (ZGB 7)	
1.	Vorbemerkung.....	125
2.	Zur Bedeutung der Verweisung von ZGB 7	125
3.	Umfang der Verweisung	127
4.	Art der Übertragung	128
5.	Anwendungsbereich.....	130
§ 5	Bundesprivatrecht, kant. Privatrecht und Ortsübung (ZGB 5)	
1.	Vorbemerkung.....	131
2.	Zur Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kanton.....	131
a)	Derogatorische Kraft des Bundesrechts	131
b)	Gesetzesdelegation an die Kantone: Echter / unechter Vorbehalt	132
3.	Die Kompetenzausscheidung auf dem Gebiete des Zivilrechts	133
4.	Zu den echten Vorbehalten des ZGB zugunsten des kant. Privatrechts (ZGB 5 I) ..	134
a)	Gründe für echte Vorbehalte.....	134
b)	Die Unterteilung der echten Vorbehalte	135
5.	Übung und Ortsgebrauch (Verkehrssitte): ZGB 5 II.....	136
a)	Übung und Ortsgebrauch als Erscheinungen der Verkehrssitte	136
b)	Verkehrssitte und objektives Recht	136
c)	Verkehrssitte und Rechtsgeschäft	138
§ 6	Bundesprivatrecht und kant. öffentliches Recht (ZGB 6)	
1.	Vorbemerkung.....	139
2.	Zur Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht.....	139
3.	Die expansive Kraft des kantonalen öffentlichen Rechts.....	143
4.	Inhalt und Bedeutung von ZGB 6 II.....	146
5.	Bundesprivatrecht/öffentliches Recht des Bundes.....	148

Teil 2: Sachverhaltsfeststellung

§ 7 Bundesprivatrecht und Zivilprozessrecht (ZGB 8 - 10)

I.	Das Verhältnis zwischen Privatrecht und kantonalem Prozessrecht.....	149
1.	Vorbemerkung.....	149
2.	Bedeutung des Prozessrechts	150
a)	Durchsetzung des materiellen Rechts ("dienende" Funktion).....	150
b)	Abgrenzung materielles Recht/Zivilprozessrecht	150
c)	Materielles Recht - Zivilprozessrecht – Vollstreckungsrecht: Überblick	151
2.	Eingriffe des Bundesrechts in die kantonale Prozesshoheit.....	152
a)	Sicherung der Anwendung des Bundesprivatrechts.....	152
b)	Abgrenzung der kantonalen Gerichtsbarkeiten: BV 59	152
c)	Eingriffe ins kant. Prozessrecht über verfassungsmässige Rechte.....	153
aa)	BV 4.....	153
bb)	BV 58 (Garantie des verfassungsmässigen Richters):.....	154
cc)	Exkurs: Kognition des BGer im Verfahren der staatsrechtlichen Verfahren	154
d)	Vereinheitlichung des Prozessrechts auf Bundesebene	154
II.	Die Beweislastregel von ZGB 8.....	155
1.	Regelungsgegenstand: Beweislast (im objektiven Sinn)	155
2.	Wer hat was zu beweisen?	156
a)	Rechtserzeugende Tatsachen	156
b)	Rechtshindernde und rechtsaufhebende Tatsachen.....	156
aa)	Einwendungen.....	157
bb)	Einreden	157
c)	Beweis negativer Tatsachen	158
d)	Exkurs: Beweis rechtserheblicher Tatsachen.....	158
3.	Ausnahmen von ZGB 8: Beweisregeln für den Einzelfall.....	159
a)	Vorbehalt von Sondernormen über die Beweislast in ZGB 8	159
b)	Überblick über die Vermutungen.....	159
c)	Gesetzliche Vermutung (praesumptio iuris)	159
aa)	Allgemeines	159
bb)	Tatsachenvermutung	161
cc)	Rechtsvermutung	161
dd)	Gesetzliche Vermutungen durch Richterrecht.....	161
d)	Fiktion (praesumptio iuris et de iure).....	162
e)	Tatsächliche (natürliche, gerichtliche) Vermutung (praesumptio hominis).....	162
III.	Das Recht auf Beweis.....	163
1.	ZGB 8.....	163
a)	Grundsatz.....	163
b)	Die Voraussetzungen im einzelnen.....	164
aa)	Rechtserhebliche Behauptungen	164
bb)	Substanzierete Behauptungen	164
cc)	Erhebliche und taugliche Beweismittel	164
dd)	Formgültig beantragte Beweismittel	165
ee)	Zulässige Beweismittel	165
c)	Ausschlussgründe des Rechts auf Beweis.....	165
aa)	Tatsachenbehauptung ist bewiesen oder widerlegt	165
bb)	Antizipierte Beweiswürdigung.....	165
d)	Haupt- und Gegenbeweis.....	165

2.	BV 4	165
a)	Grundsatz	165
b)	Voraussetzungen	167
c)	Zur antizipierten Beweismündigung insbesondere	167
3.	EMRK 6	168
4.	Prozessuales	168

IV. Bundesrechtliche Regelung von Beweisfragen ausserhalb von ZGB 8..... 168

1.	Beweisföhrung / Beweiswündigung	168
2.	Beweiskraft öffentlicher Register und öffentlicher Urkunden: ZGB 9.....	169
a)	Begriff der öffentlichen Urkunde	169
b)	Unterschied zwischen öffentlichem Register/öffentlicher Urkunde	170
c)	Verstärkte Beweiskraft.....	170
d)	Umfang der Vermutung	170
e)	Kein Ausschluss des Beweises des Gegenteils	171
3.	Ausschluss kantonaler prozessrechtlicher Formvorschriften: ZGB 10.....	172

V. Anwendungsbereich..... 173

1.	ZGB 8.....	173
2.	ZGB 9.....	173

§ 8 Der Schutz des guten Glaubens (ZGB 3)

1.	Vorbemerkungen.....	175
a)	Allgemeines	175
b)	Fälle des Gutglaubensschutzes	175
2.	Begriff des guten Glaubens.....	176
3.	Die Vermutung des guten Glaubens (Abs. 1)	176
a)	Gründe für die Gutglaubensvermutung.....	176
b)	Umfang	177
4.	Entkräftung der Gutglaubensvermutung	177
a)	Gegenbeweis gegen den Beweis des Grundtatbestandes (Vermutungsbasis)	177
b)	Beweis des Gegenteils (Entkräftung der Vermutungsfolge).....	177
c)	Durch die Berufung auf ZGB 3 II	177
aa)	Zweck/Inhalt von ZGB 3 II.....	177
bb)	Die "nach den Umständen gebotene" Aufmerksamkeit	178
cc)	Qualifizierte Anforderungen an den Grad der Aufmerksamkeit	178
dd)	Kausalität	180
5.	Rechtswirkung des guten Glaubens: der Gutglaubensschutz.....	180

Sachregister.....	181
--------------------------	------------