

## § 2 Inhalt und systematische Stellung der Einleitungsartikel

Die Einleitungsartikel weisen nur einen geringen Umfang auf, da das ZGB ein populäres Gesetz darstellen soll und nicht nur bei den Rechtsgelehrten, sondern auch bei allen Rechtsunterworfenen Anklang finden soll. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die schweizerische Privatrechtskodifikation insgesamt (ZGB/OR) mit Art. 1 – 183 OR einen allgemeinen Teil des Schuldrechts besitzt, wobei dieser grundsätzlich auch auf das ZGB anwendbar ist, ZGB 7.

## § 3 Anwendungsbereich der Einleitungsartikel

- Unmittelbar anwendbar:
- OR, ZGB, entsprechende Ausführungserlasse des Bundes
  - Übriges Bundesprivatrecht wie SVG, IPRG, VVG
- Analoge Anwendung:
- ZGB 1 I und 3 auf das öffentliche Recht
  - ZGB 2 (Rechtsmissbrauch) auch im öffentlichen Recht (i.w.S.)
- Keine Anwendung:
- Strafrecht (Keine Anwendung der Lückenfüllung)
  - Eingriffsverwaltung

Die Einleitungsartikel des ZGB sind somit auf öffentliches Recht des Bundes und der Kantone sowie auf kantonales Privatrecht in beträchtlichem Ausmass analog anwendbar. Es ist jedoch immer zu prüfen, ob einer solchen analogen Anwendung nicht die besonderen, vorgehenden allgemeinen Rechtsgrundsätze des betreffenden Rechtsgebietes oder besondere Regeln desselben entgegenstehen.

## § 4 Gesetzes-, Gewohnheits- und Richterrecht (Art. 1 und 4 ZGB)

Bei Anwendung einer Rechtsregel muss immer Gewissheit bestehen, dass sie schon und noch in Kraft steht. Besonders heikel wird es, wenn einzelne Bestimmungen eines Gesetzes formell zwar nicht aufgehoben, materiell aber durch andere Gesetzesbestimmungen abgeändert worden sind.

### 4.1. Auslegung

#### 4.1.1. Allgemeines

Nach schweizerischer Rechtsauffassung gehören Titel und Marginalien zum massgeblichen Gesetzestext, sie sind als verbindliche Bestandteile des Gesetzestextes gedacht. Es gilt im übrigen der Grundsatz der Gleichwertigkeit und Einheitlichkeit der drei Amtssprachen-Gesetzestexte; unabhängig davon, in welcher Sprache der ursprüngliche Gesetzesentwurf verfasst worden ist, haben die Gesetzestexte in allen drei Amtssprachen die gleiche Rechtsverbindlichkeit und es hat das Gesetz trotz allfälliger textlicher Divergenzen in allen drei Sprachen nur einen Sinn. Es ist festzuhalten, dass nicht etwa derjenige Text, der vom Parlament nicht verabschiedet wurde, sondern erst später erstellt wird, nicht etwa minderwertig ist.

Ein Redaktionsversehen, d.h. eine fehlerhafte Formulierung eines gesetzgeberischen Gedankens, darf nur durch den Gesetzgeber selbst, durch die Redaktionskommission der eidgenössischen Räte oder durch die rechtsanwendenden Organe korrigiert werden.

#### 4.1.2. Besonderes

Die Gesetzesauslegung bezweckt, den Inhalt des gesetzgeberischen Gedankens, den Sinn und die Bedeutung einer gesetzgeberischen Anordnung zu ermitteln; wobei stets der objektive Sinn, d.h. derjenige Sinn, den ein vernünftiger und korrekter Gesetzesadressat unter den ihm erkennbaren Umständen aus der gesetzgeberischen Erklärung als Sinn herauslesen muss, zu verstehen ist. Es ist dabei ein Anwendungsfall des Grundsatzes von Treu und Glauben.

##### 4.1.2.1. Grammatikalisches Element

Entgegen ZGB 1 I stellt das grammatikalische Auslegungselement ein selbständiges Auslegungselement dar. Ausgangspunkt ist das, was sich rein sprachlich aus den verwendeten Worten, Wendungen und Sätzen der Gesetzesbestimmung ergibt. Es ist aber insbesondere darauf zu achten, dass im Gesetz Ausdrücke in einer Bedeutung verwendet sein können, welche nicht mit dem allgemeinen Sprachgebrauch übereinstimmt. Wortlaut heisst also nicht notwendigerweise Übereinstimmung mit der Umgangssprache, bsp. Grundstück und Liegenschaft stellen im Sinne des Gesetzes keine Synonyme dar.

Der Wortlaut darf aber nie allein entscheidend sein: „Kein Frauenfuss darf diese Schwelle *überschreiten*“, insbesondere da das Bundesgericht immer wieder den grundsätzlichen Vorrang des teleologischen vor dem grammatikalischen Element betont.

- 4.1.2.2. Systematisches Element  
Bei der systematischen Auslegung sind ggf. vorhandene allgemeine Vorschriften (ZGB 641 ff., 60 ff., 80 ff. oder OR 620 ff.) zu berücksichtigen, sowie die Marginalien, die die Stellung der Gesetzesartikel im Verhältnis untereinander aufzeigen. Beispiel: Anwendbarkeit von ZGB 57 auf Aktiengesellschaften, vgl. BGE 112 II 3 E 4.
- 4.1.2.3. Teleologisches Element  
Das teleologische Element dient der Ermittlung des Zwecks einer Gesetzesbestimmung, sog. ratio legis. Die ratio legis ergibt sich oft bereits aus dem Wortlaut, gelegentlich auch aus einem ausdrücklichen Programmartikel oder aus einer übergeordneten Anordnung, z.B. der Verfassung. Die ratio legis besteht dann aus einer Interessenabwägung derjenigen Interessen, die dem Gesetzgeber vorgelegen haben.  
Bsp: Nach aZGB 152 bekommt eine Scheidungsrente wer kein Verschulden an der Scheidung hat. Nach dem Wortlaut genügt somit auch nur ein geringstes Verschulden. Erst durch die teleologische Auslegung erkennt man, dass der bedürftige Ehegatte nach der Scheidung nicht finanziell im Stich gelassen werden soll, selbst wenn ihm ein geringes Verschulden an der Scheidung zur Last fällt.
- 4.1.2.4. Historisches Element  
Grundsätzlich ist nicht entscheidend, was sich seinerzeit der historische Gesetzgeber mit Bezug auf den Inhalt eines Gesetzes subjektiv vorgestellt hatte. Derartige Gesetzesmaterialien sind daher für die Auslegung des Gesetzes sicher nicht verbindlich. Gleichwohl können aber die Äusserungen des historischen Gesetzgebers von Interesse sein, und zwar als Indizien zur Ermittlung des objektiven Sinnes einer Gesetzesbestimmung. Nach Riemer ist es sinnvoll, bei der historischen Auslegung zuerst die entstehungszeitlichen Bemühungen zu konsultieren; und erst, wenn jene als überholt erscheinen, ist im Sinne einer bewussten und zu begründenden Rechtsfortbildung eine entsprechende Abweichung zu vollziehen.  
Bsp: 1916 war der Besitz von Sprengstoff vorbehaltlos verboten, der Bund wollte den Anarchismus bekämpfen. I.c. besass aber ein Spion Sprengstoff, der angesichts der (i.c. aber nicht relevanten) entstehungszeitlichen Bemühungen nicht erfasst würde; in der Zwischenzeit läge der wahre Sinn in der Verhinderung von Katastrophen, wie sie bei der gefährlichen Lagerung von Sprengstoff entstünden, weshalb der Spion dennoch vom Tatbestand erfasst würde.

### Konkurrenz der Auslegungsmöglichkeiten

Es muss im konkreten Fall vielfach eine Abwägung erfolgen, welche Antwort auf die Frage gibt, welches Element das stärkere Gewicht hat bzw. das sachlich überzeugendste ist und zur gerechtesten Lösung führt. Diesbezüglich besteht aber ein grosser Ermessensspielraum.

## 4.2. Gesetzeslücken

### 4.2.1. Definition der Lücken

Entstehung:

- Unvorhersehbare Entwicklung, die vom damaligen Gesetzgeber schlicht nicht vorgestellt werden konnte, v.a. in Medizin, Technik, Naturwissenschaft. „Unverschuldete Lücke.“
- Die betreffende Lücke hätte bei gehöriger Aufmerksamkeit vermieden werden können, „fahrlässige oder grobfahrlässige Lücke.“
- Die betreffende Lücke entsteht, weil Änderungen nicht konsequent durchgezogen werden, z.B. inwieweit findet das revidierte Aktienrecht auf Verweisungen aus dem GmbH-Recht Anwendung ?
- Der Gesetzgeber hat eine bestimmte Frage auch ganz bewusst offengelassen und die Lückenfüllung absichtlich der Rechtsprechung übertragen, „vorsätzliche Lücke.“

Definition:

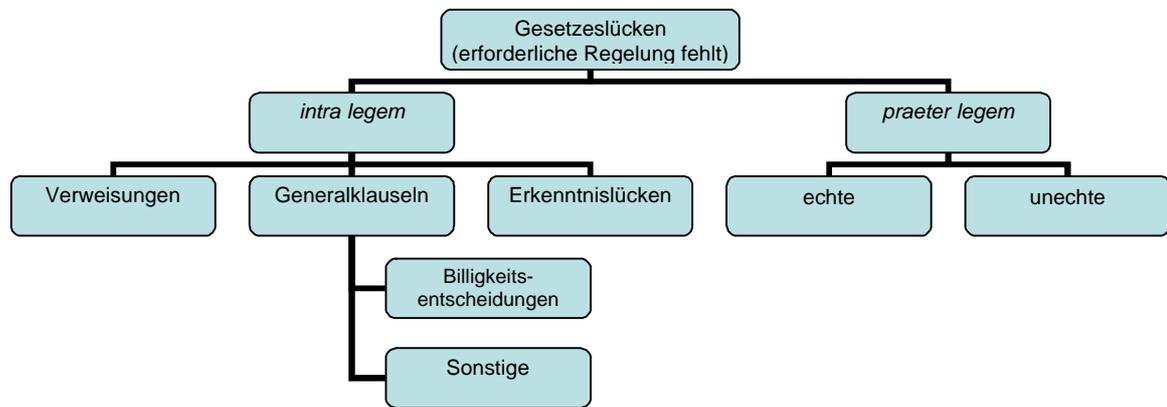
Eine Gesetzeslücke liegt vor, wenn eine erforderliche gesetzliche Anordnung fehlt.

Erforderlich: Das Fehlen einer gesetzlichen Anordnung heisst noch nicht, dass die Anordnung erforderlich ist.

Der Gesetzgeber wollte vielleicht eine bestimmte Frage gar nicht regeln, weil er sie nicht als rechtlich relevant angeschaut hat. (sog. rechtsfreier Raum).

Der Gesetzgeber hat nichts legiferiert, weil hinter diesem Nichts eine bewusste negative Anordnung steht. Die negative Anordnung wird durch Nichterwähnen ausgedrückt, es liegt ein qualifiziertes Schweigen vor.

(Bsp: Willensvollstrecker kann nicht von den Erben abgesetzt werden).



Lücke intra legem: Das Gesetz gibt auf eine bestimmte Rechtsfrage eine Antwort, diese Antwort dient aber noch nicht unmittelbar zur Lösung des konkreten Rechtsproblems, der Richter muss zunächst weitere Abklärungen und Wertungen vornehmen.

Verweisung: Die Antwort besteht in einer Verweisung auf eine gesetzliche Vorschrift aus einem anderen Rechtsgebiet, welche aber nur sinngemäss, mutatis mutandis, übernommen werden kann. (Bsp: ZGB 7, ZGB 58)

Generalklausel: Die Antwort besteht in einer unbestimmten, allgemeinen gesetzlichen Umschreibung und ist wiederum nur mittelbar brauchbar.  
Bsp: ZGB 27, 52 II, OR 20, 41.

Ebenso die in ZGB 4 erwähnten Begriffe: Ermessen, Billigkeit etc.

Erkenntnislücken: Die Antwort ist noch zu unpräzise, um eine bestimmte Rechtsfrage zu beantworten.  
Bsp: Bedürftigkeit, schweres Vergehen (ZGB 477)

Lücken praeter legem: All jene Lücken, die nicht als Lücken intra legem zu qualifizieren sind. Sie sind zu unterteilen.

Echte Lücke: Eine vom Gesetz notwendigerweise zu beantwortende Rechtsfrage wird vom Gesetz nicht beantwortet.  
Bsp: Haftung des Willensvollstreckers

Unechte Lücke: Eine vom Gesetz vorgesehene Antwort ist im konkreten Fall sachlich unbefriedigend.  
Bsp: Unterhaltspflicht des geschiedenen Ehegatten für im Konkubinat lebenden anderen Ehegatten nach aZGB 160 II.  
Bsp: Falsch (Preis) beurkundeter, aber von beiden Parteien gewollter und erfüllter Grundstückskaufvertrag, Nichtigkeit geht zu weit. (h.L. befürwortet Heilung)

Bei der echten Lücke geht somit die gesetzliche Regelung zu wenig weit, währenddem sie bei der unechten Lücke zu weit geht.

#### 4.2.2. Lückenfüllung

Bei den echten Gesetzeslücken ist der Richter aufgerufen, d.h. berechtigt und verpflichtet, die Gesetzeslücke zu füllen. Bei den unechten Lücken hingegen ist dem Richter die Lückenfüllung grundsätzlich verwehrt, da eine solche eine Korrektur des Gesetzes darstellen würde, er darf nur in krass stossenden Fällen eine Lückenfüllung vornehmen. In krassen Fällen müsste ansonsten der Richter rechtsmissbräuchlich handeln, Grundlage für dieses Korrekturrecht ist ZGB 2 II. Die Lückenfüllung erfolgt dann nach Massgabe von ZGB 1 II, u.U. auch nach ZGB 4.

Riemer fordert aber auch im Falle unechter Lücken eine Korrekturmöglichkeit des Richters, sie solle sich aber auf wenig bedeutsame Unzulänglichkeiten bzw. Unebenheiten (Ungenauigkeiten, sachlich Unbefriedigendes bzw. Unvernünftiges) erstrecken, dies wäre ein besonderer Anwendungsfall des Verhältnismässigkeitsprinzips.

Angesichts des Gewaltenteilungsmonopols wäre der Gesetzgeber für die Lückenfüllung zuständig, angesichts seiner Schwerfälligkeit wurde diese Aufgabe allerdings dem Richter zugeteilt.

### 4.2.3. Methode der Lückenfüllung (praeter legem)

1. Priorität: Gewohnheitsrecht  
d.h. ungeschriebenes objektives Recht, welches infolge einer langandauernden Übung und gestützt auf die Überzeugung der Rechtsunterworfenen und der Behörden als verbindlich angeschaut wird.  
Eine langandauernde bundesgerichtliche Praxis zu einer bestimmten Rechtsfrage stellt kein Gewohnheitsrecht dar. BGE 102 II 313.

2. Priorität: Richterrecht  
Genau wie der richtige Gesetzgeber muss auch der Richter zuerst gemäss der ausdrücklichen Anweisung in ZGB 1 II eine Regel zur Füllung einer bestimmten Lücke aufstellen. Erst wenn er dies getan hat, darf er die konkrete Rechtsfrage entscheiden. Er darf sich also nicht am konkreten Fall orientieren bzw. nur den konkreten Fall entscheiden, sondern er muss den konkreten Fall verallgemeinern und die allgemeine Rechtsfrage, die ungeregt geblieben ist, herauschälen.

Es sind die beteiligten Interessen zu eruieren und abzuwägen.  
Die Lösung muss praktikabel, gerecht und sachlich überzeugend sein.  
Es darf kein Widerspruch zu bestehendem Recht geschaffen werden, deshalb empfiehlt sich oft ein Analogieschluss. Diese sind aber kritisch zu hinterfragen auf ihre Verträglichkeit.  
Bsp: Verantwortung des Willensvollstreckers nach Auftragsrecht, aber keine Analogie bezüglich jederzeitiger Widerrufbarkeit.  
Bsp: Erlaubte Bautätigkeit, die zu Schaden der Bäckerei führt: BGE 91 II 100

### 4.2.4. Richterliche Billigkeitsentscheidungen gemäss ZGB 4 (intra legem)

Für eine bestimmte Kategorie von Lücken intra legem ist nicht nach ZGB 1 II, sondern nach ZGB 4 vorzugehen. Gemäss ZGB 4 hat der Richter dort, wo das Gesetz den Richter auf sein Ermessen oder auf die Würdigung der Umstände oder auf wichtige Gründe verweist, seine Entscheidung nach Recht und Billigkeit zu treffen.

Sinn und Zweck dieser Regelung ist die Erkenntnis des Gesetzgebers, dass er nicht alle Sachverhalte, die sich ergeben können, abschliessend beurteilen kann. Der Gesetzgeber hat dieses Problem so gelöst, dass er in solchen Fällen gar keine unmittelbar anwendbare Rechtsregel statuiert hat, sondern eben auf die Billigkeit verwiesen hat. Er hat also ganz bewusst eine Lücke intra legem offengelassen.

Der Anwendungsbereich wird statuiert durch Wendungen wie „Ermessen“, „Würdigung der Umstände“, Umstände, „Wichtige Gründe“, Billigkeit“, „billig“, „angemessene Lösung“ sowie alle „kann“ Vorschriften

Überall dort, wo im Gesetz gesagt wird, der Richter könne etwas tun, heisst das nicht, dass ihm die Entscheidung freigestellt sei, sondern dass er nach pflichtgemässen Ermessen zu entscheiden hat.

Billigkeitsentscheidungen basieren nicht auf Gefühlsregungen, sondern auf einer Berücksichtigung aller objektiv relevanten Umstände des Einzelfalles, auf einer objektiven Erfassung aller relevanten Umstände des Einzelfalles.

Bsp: Massive Beleidigung des Arbeitgebers durch Arbeitnehmer: Stellt dies einen Grund für eine fristlose Entlassung dar ?

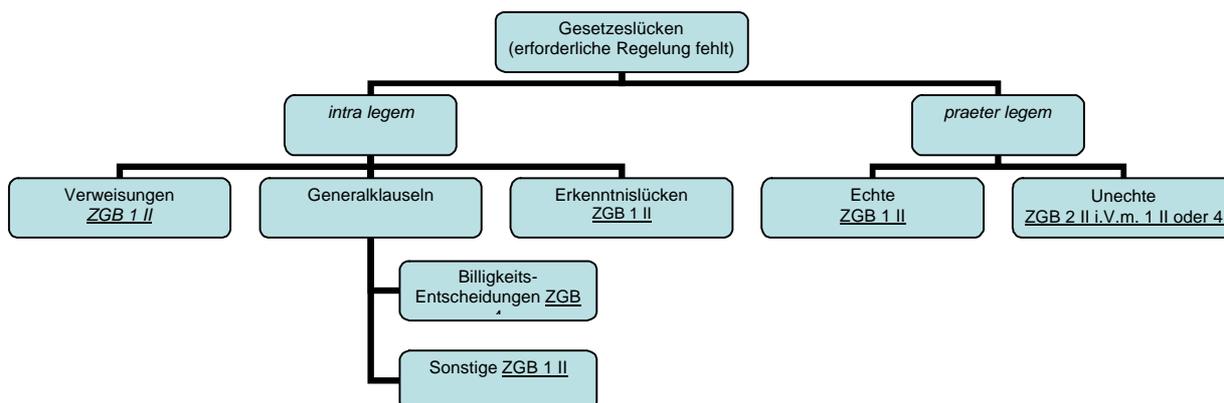
Objektiv relevante Umstände: langjähriges Vertragsverhältnis (auch in der Hochkonjunktur)

Fehldisposition des Arbeitgebers

Arbeitnehmer war als impulsiv bekannt

Raue Umgangsformen im betreffenden Gewerbe generell

Bei der Fällung eines Billigkeitsentscheidendes gemäss ZGB 4 hat der Richter alle objektiven Umstände des Einzelfalles zu würdigen, er geht also kasuistisch vor. Die Lückenfüllung im Sinne von ZGB 1 II hingegen verlangt vom Richter ein Vorgehen nach der Art des Gesetzgebers, d.h. er hat vom konkreten individuellen Sachverhalt zu abstrahieren, zu schematisieren und eine Regel aufzustellen; nachdem er eine solche gefunden hat, muss der den konkreten Sachverhalt unter diese subsumieren.



#### 4.2.5. Leitlinien für die richterliche Lückenfüllung

Der Anwendungsbereich von Art 1 III ist grösser als man denkt; die Pflicht des Richters, bewährter Lehre und Überlieferung zu folgen, bezieht sich nicht nur auf Art. 1 II ZGB sondern auch auf Art. 1 I ZGB.

##### 4.2.5.1. Bewährte Lehre

Dies bedeutet keine Befolgungspflicht, sondern lediglich eine Berücksichtigungspflicht. Der Richter darf die Ansichten der Rechtswissenschaft weder unbeachtet lassen noch sie ohne weiteres übernehmen, vielmehr hat er sich mit ihnen auseinanderzusetzen.

Bezüglich der Auseinandersetzung kommt es weder auf die Anzahl der Vertreter noch auf die Person oder das Ansehen eines bestimmten Vertreters einer Lehre an, noch darauf, ob sich eine Lehre während längerer Zeit unangefochten gehalten hat.

Massgeblich ist einzig und alleine die sachliche Überzeugungskraft, ZGB 1 III.

In der Schweiz übt die Doktrin jedoch einen nicht geringen Einfluss auf die Praxis aus, was nicht zuletzt auf die starke zeitliche Belastung der Gerichte zurückzuführen ist.

##### 4.2.5.2. Bewährte Überlieferung

Die Bindung der Praxis an die Präjudizien, d.h. die Rechtsprechung der höheren Instanzen, ist etwas stärker als diejenige an die Doktrin. Die Konstanz der Rechtsprechung ist im Hinblick auf die Rechtsgleichheit und die Rechtssicherheit von grosser Bedeutung, es kann u.U. aus Gründen der Rechtssicherheit gerechtfertigt sein, eine bestimmte Praxis beizubehalten, obwohl beachtliche Gründe bzw. die Gerechtigkeit für deren Abänderung sprechen würden.

Hat insbesondere eine Praxis geradezu Gesetzeskraft erhalten und haben zahlreiche Rechtsunterworfenen darauf vertraut, so rückt der Gedanke der Rechtssicherheit derart in den Vordergrund, dass eine richterliche Abweichung geradezu gegen Art. 2 I ZGB verstösst und daher nur noch auf dem ordentlichen Gesetzgebungsweg erfolgen sollte.

Auch bei Präjudizien ist weder die Anzahl noch die Instanz massgebend, sondern nur die sachliche Überzeugungskraft.

#### 4.2.6. Subjekt Richter

Der Richter soll sich jeweils Rechenschaft darüber abgeben, ob er sich noch in einem vom Gesetzgeber vorgezeichneten Bereich befindet (Auslegung) oder ob er wirklich etwas Eigenes, Zusätzliches im Sinne der Lückenfüllung zu schaffen hat.

Die Elemente der Lückenfüllung und der Auslegung dürfen nicht überschätzt werden, sie führen in einem bestimmten Fall nicht einfach und ohne weiteres zu einem einzigen, objektiven Sinn einer Norm bzw. zu einer entsprechenden Lückenfüllung. Sämtliche dieser Elemente unterliegen im Einzelfall der kritischen Würdigung und lassen dabei Raum für individuelle, subjektive Wertungen des Richters. Dabei lässt sich oft feststellen, dass mehr als eine dieser Antworten einen vertretbaren, vernünftigen Sinn eines Gesetzes bzw. eine vertretbare, vernünftige Lückenfüllung darstellen, die genannten Auslegungs- und Lückenfüllungselemente lediglich ein ganzes Feld vertretbarer, vernünftiger Lösungen abzustecken geholfen haben (man könnte auch von Einkreisung der vertretbaren, vernünftigen Lösungsmöglichkeiten sprechen).

Diesen Subjektivismus in Schranken zu halten und allzu einseitige Lösungen zu verhindern, ist indessen weniger eine Frage geeigneterer Rechtsfindungsmethoden, als vielmehr eine Aufgabe der Gerichtsorganisation (mehrköpfige Gerichte, Instanzenzug) und der Richterauswahl- und Richterwahlgremien (ausgewogene Zusammensetzung der Gerichte in personeller Hinsicht).

## § 5 Das Gebot des Handels nach Treu und Glauben und das Verbot des Rechtsmissbrauchs ( Art. 2 ZGB)

### 5.1. Allgemeines

ZGB 2 wendet sich auf den ersten Blick an die Rechtssubjekte, es liegt aber auf der Hand, dass das dem einzelnen Rechtssubjekt vorgeschriebene Verhalten auch für den Richter massgebend ist, wenn er das Verhalten beurteilen muss. Andererseits ist selbstverständlich, dass dann, wenn der Richter einem bestimmten Verhalten keinen Rechtsschutz gewährleisten darf und wird, dies auch der Massstab für das Verhalten der Rechtssubjekte selbst ist. Art. 2 ZGB wendet sich somit an den Richter und das Rechtssubjekt und erfasst auf Gesetz wie auch auf Rechtsgeschäft beruhende Verhalten.

Art. 2 I und Art. 2 II enthalten beide denselben Gedanken, das eine Mal in Gebots-, das andere Mal in Verbotsform. Auch das Bundesgericht geht davon aus, dass Rechtsmissbrauch eine Verletzung des Gebots von Treu und Glauben darstellt.

#### 5.1.1. Das Gebot des Handels nach Treu und Glauben

Rechtsgeschäfte	1. Fallgruppe: Auslegung	Das Gebot von Treu und Glauben findet bei der Auslegung von Rechtsgeschäften eine wichtige Konkretisierung im Vertrauensprinzip. <i>„Ist der subjektive Wille eines rechtsgeschäftlich Handelnden unklar, zweifelhaft oder ist er nicht mit demjenigen des Partners übereinstimmend, so ist die Willensäußerung so zu verstehen, wie sie deren vernünftiger und korrekter Empfänger verstehen durfte und musste.“</i>
	2. Fallgruppe: Ergänzung	Auch Rechtsgeschäfte können Lücken aufweisen. Derartige Lücken sind nach Treu und Glauben aufzufüllen, d.h. so, wie die Parteien selber in Würdigung der gesamten tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen des betreffenden Rechtsgeschäftes die Regelung getroffen hätten, wenn sie die Lücke erkannt hätten.
	3. Fallgruppe: Sonstiges	Culpa in contrahendo; aus ZGB 2 wird eine gegenseitige Aufklärungspflicht von in Vertragsverhandlungen stehenden Parteien abgeleitet. Der Gleichbehandlungsgrundsatz als Massstab für rechtsgeschäftliche Behandlungen (Statuten, Reglemente etc.) wird ebenfalls aus ZGB 2 abgeleitet. Wer von einem Dritten in Rechtsbeziehungen steht und von diesem ein angeblich leeres, eingeschriebenes Couvert zugesandt erhält, ist nach Treu und Glauben verpflichtet, zu reagieren.
	4. Fallgruppe: Clausula rebus...	Ob dem Prinzip von pacta sunt servanda kann es infolge grundlegend und unvorhersehbar veränderter Umstände dazu kommen, dass nach dem Grundsatz von Treu und Glauben der eine Vertragspartner vom anderen nicht mehr Erfüllung bzw. nicht mehr Erfüllung im vereinbarten Umfang verlangen kann. I.c. kann der Richter gestützt auf ZGB 2 I ins Vertragsverhältnis eingreifen.
Gesetz	5. Fallgruppe Auslegung der Gesetze	Der „vernünftige und korrekte Gesetzesadressat“ wird insofern verstanden, als ihm ein loyales, d.h. ein nach dem Verständnis von Treu und Glauben ausgerichtetes Verhalten, auferlegt wird.
	6. Fallgruppe Verbot der Umgehung	Der Umgehende beachtet den Buchstaben (Wortlaut) der gesetzlichen Vorschrift, er verstösst aber gegen den Sinn und Zweck der Gesetzesnorm. Bsp: 10 jährige Sperrfrist (Eigentumsübertragung) für landw. Grundstücke soll mit Baurechtsdienstbarkeit umgangen werden. Nicht nur Gesetze sondern auch Verträge und andere rechtsgeschäftliche Verpflichtungen können umgangen werden; als Reaktion wird dann eine extensive Auslegung oder eine Lückenfüllung zwecks Vereitelung herbeigezogen.
	7. Fallgruppe Zweckwidrige Verwendung	Bei der Schaffung der einzelnen Rechtsinstitute eines Gesetzes geht der Gesetzgeber von bestimmten Verwendungszwecken aus, es ist nun aber grundsätzlich zulässig, dass diese Rechtsinstitute auch anderen Zwecken dienstbar gemacht werden. Bsp: Baurecht war nur für kleinere Bauten gedacht. Unzulässig sind jedoch Verwendungszwecke, die derart weit von diesen Vorstellungen entfernt sind, dass sie ganz und gar nicht mehr dem Sinn und Zweck der betreffenden Gesetzesnorm entsprechen und geradezu abartige Verwendungen darstellen. Bsp: Bürgerrechtehe, vorgeschobene iuristische Person
		Nach einem Teil der Lehre fällt diese 7. Fallgruppe unter ZGB 2 I, nach einem anderen Teil unter ZGB 2 II.

## 5.1.2. Das Verbot des Rechtsmissbrauchs

- 5.1.2.1. Fallgruppen
- Nicht jedes irgendwie, ein wenig stossende Verhalten ist schon rechtsmissbräuchlich, sondern nur ein *krass* stossendes Verhalten.
1. Fallgruppe Nutzlose Rechtsausübung  
Hierher gehört die Rechtsausübung aus niederen Beweggründen (Rache, Schikane, Schadenfreude).  
Bsp: Beharren auf Wohnungsreinigung obwohl Haus abgebrochen wird  
BGE 93 II 317 (verneint)  
Errichtung einer Mauer zwecks Isolierung des Nachbarn
  2. Fallgruppe Krasses Missverhältnis der Interessen  
Es geht darum, dass wenig Interessen auf der einen Seite gegeben sind (i.d.R. klägerische Seite), und viel Interessen auf der anderen Seite gegeben sind.  
Bsp: Fischereidienstbarkeit gg. Errichtung der Bootsfahrt  
Beharren auf geringfügigem (quant./zeitl./qual.) Verzug & Verzugsfolgen  
Kündigung wegen Vorstrafe (vor 12 J.), obwohl 5 Jahre Arbeitsverhältnis ohne Probleme und nie danach gefragt (heute: bejaht)  
Formgerechte Kündigung eines kranken Arbeitnehmers (verneint)  
Mieter beruft sich auf verspätete (3 Wochen) Kündigung (verneint)
  3. Fallgruppe: Widersprüchliches Verhalten  
Widersprüchliches Verhalten liegt dann vor, wenn durch das frühere Verhalten bei einem Partner schutzwürdiges Vertrauen begründet worden ist, das diesen zu Handlungen veranlasst hat, die ihm angesichts der neuen Situation nunmehr zu Schaden gereichen.  
Bsp: In Konkubinat lebende, getrennte Ehefrau pocht auf Unterhaltszahlung:  
Bezüglich Treuepflicht verneint sie Ehe, bezüglich Unterhalt bejaht sie sie, was widersprüchlich ist. (BGE 109 II 188: 5 Jahres-Dauer)  
Berufung auf Formmangen in Grundstücksvertrag  
Erhebung der Verjährungseinrede, wenn der Schuldner durch arglistiges Verhalten / Verhalten, das den Gläubiger in berechtigter Art und Weise auf die Einleitung weiterer Schritte verzichten liess, den Gläubiger veranlasste, die Frist unbenutzt verstreichen zu lassen.  
Ein Zuwarten in der Verjährungsfrist ist i.d.R. nicht rechtsmissbräuchlich.

### 5.1.2.2. Behandlung durch den Richter

Das Rechtsmissbrauchsverbot ist objektiv zwingendes Recht und hat vom Richter von Amtes wegen berücksichtigt zu werden, sofern die entsprechenden tatsächlichen Voraussetzungen von einer Partei in der vom Prozessrecht vorgeschriebenen Weise vorgetragen wurden und feststehen.

### 5.1.2.3. Auswirkungen des Rechtsmissbrauchsverbotes

- Nutzlose Rechtsausübung Das betreffende Recht besteht i.c. nicht
- Krasses Missverhältnis Interessenausgleich durch den Richter, er hat die geringfügige Beeinträchtigung von Interessen zu gestatten, muss dem Beeinträchtigten ggf. aber Schadenersatz zusprechen.
- Widersprüchliches Verhalten Verneinung des geltend gemachten Rechts.

## § 6 Der Schutz des guten Glaubens

Der gute Glaube wird als „Fehlen des Unrechtsbewusstseins trotz Vorhandensein eines Rechtsmangels“ definiert. Voraussetzungen des guten Glaubens und seines allfälligen Schutzes sind also stets ein Rechtsmangel und die diesbezügliche Unkenntnis des in Frage stehenden Beteiligten. Wo der in Frage stehende Beteiligte Kenntnis vom Rechtsmangel hat, bleibt es bei den normalen Rechtsfolgen dieses Rechtsmangels.

Es gibt keinen allgemeinen Gutglaubensschutz; als Grundsatz gilt vielmehr das Gegenteil, nämlich dass Rechtsmängel ihre entsprechenden Konsequenzen haben. Nur dort, wo der Gesetzgeber einen Gutglaubensschutz speziell vorgesehen hat, hat der Rechtsmangel keine (oder weniger weitgehende) Konsequenzen. Es gibt z.B. keinen Gutglaubensschutz bezüglich der Handlungsfähigkeit.

Die Vermutung nach ZGB 3 I in den guten Glauben kann im konkreten Einzelfall widerlegt werden. Ebenso beschränkt Abs. 2 von Art. 3 dessen Tragweite, derjenige, der die gebotene Aufmerksamkeit unterlässt, wird wie ein Bösgläubiger behandelt. Dabei vereist die Wendung „Umstände“ in ZGB 3 II auf ZGB 4.

- Bsp: Das berechnete Interesse einer Bank geht dahin, ihre Kunden so gut und so rasch wie möglich zu bedienen. Die Bank darf daher auch einen unbekanntem Vertragspartner als ehrbaren Menschen betrachten und sich auf die durch den Besitz geschaffene Rechtsvermutung – ZGB 930 verlassen, solange nicht besondere Umstände Zweifel oder Misstrauen begründen.

Der Gutglaubensschutz hat zur Folge, dass die negativen Folgen eines Rechtsmangels abgeschwächt oder aufgehoben werden.

## § 7 Privatrecht des Bundes und Privatrecht der Kantone, ZGB 5 I

ZGB und OR stellen eine Gesamtkodifikation dar, d.h. regeln das Gebiet des Privatrechts – von gewissen Sondergebieten wie z.B. dem VVG abgesehen – umfassend und ausschliesslich.

Auch wenn somit das ZGB/OR lückenhaft ist, ist es somit nicht etwa nach Massgabe von kantonalrechtlichen Bestimmungen zu ergänzen, sondern aus sich selbst heraus gemäss Art. 1 und 4 ZGB. Ausnahmen müssen ausdrücklich im Bundesrecht vorbehalten sein, diese stellen dann echte, konstitutive Vorbehalte dar. Kantonales Privatrecht, das nicht auf einem solchen Vorbehalt abgestützt ist, ist bundesrechtswidrig und somit nichtig.

Es bestehen:	Verpflichtende Vorbehalte	Es geht nicht nur um ein Recht, sondern auch um eine Pflicht der Kantone, kantonales Recht zu schaffen, SchlT ZGB 52. I.c. handelt es sich aber bloss um formelles Privatrecht, es handelt sich um materielles öffentliches Recht. Legiferiert ein Kanton nicht, ist es Sache des Bundesrates, eine ErsatzVO zu erlassen, SchlT ZGB 53 I.
	Ermächtigende Vorbehalte:	Es ist den Kantonen überlassen, ob sie eigene Vorschriften aufstellen wollen oder nicht. Machen sie von der betreffenden Möglichkeit keinen Gebrauch, so gilt die bundesrechtliche Regelung, SchlT ZGB 53 I. Bsp: ZGB 383 Ziff. 6, 466, 828.
	Zuteilende Vorbehalte:	Hier besteht dem Grundsatz nach auch eine Pflicht, eine Regelung zu treffen. Hautanwendung ist die Regelung der alten Kooperationen, ZGB 59 und das Nachbarrecht (v.a. Abstände). Unterlässt es der kantonale Gesetzgeber zu legiferieren, so ist die Lücke nach kantonalem Recht oder Verkehrssitte zu füllen.
	Übergangsrechtl. Vorbehalt	Es wird nicht die Befugnis zum Erlass neuer Normen verliehen, sondern nur das Recht, die bisherige kantonale Regelung weiter gelten zu lassen, obwohl es sich um nunmehr dem Bundesrecht unterstehende Rechtsverhältnisse handelt.

Wichtigste Rechtsquelle stellen die kt. EG ZGB sowie – ausser im Bereich der verpflichtenden Vorbehalte – auch das kantonale Gewohnheitsrecht dar.

## § 8 Übung und Ortsgebrauch, ZGB 5 II

Als Übung und Ortsgebrauch wird das an einem bestimmten Ort oder in einer bestimmten Gegend oder in einem bestimmten Berufszweig übliche Verhalten in einer bestimmten Situation umschrieben. Synonyme: Usancen, Handelssitte, Handelsgebräuche.

### 8.1. Verkehrssitte und Rechtsgeschäfte

Verkehrssitten können ausdrücklich oder stillschweigend von den Vertragsparteien zum Vertragsinhalt erhoben werden. Sie können auch Auslegungsmittel bei der Auslegung von rechtsgeschäftlichen Erklärungen nach dem Vertrauensprinzip sein, soweit die Partei, welcher die Verkehrssitte entgegengehalten wird, diese kannte oder mit ihrem Bestehen rechnen musste.

### 8.2. Verkehrssitte und objektives Recht

Allein damit befasst sich ZGB 5 II, wo das Gesetz auf Übung oder Ortsgebrauch verweist (aber nur dort), wird die Verkehrssitte zu objektivem Bundesrecht. Im Zusammenhang mit ZGB 5 I gilt somit das frühere – vor 1912 in Kraft gestandene – kantonale Recht als Ausdruck dieser Verkehrssitte.

Bsp: ZGB 644 II, 684 II

ZGB 5 II stellt aber nur eine Vermutung zugunsten des früheren kantonalen Rechts auf, welche widerlegbar ist. Selbstverständlich kann aber in jedem Falle von einer widerlegbaren Vermutung zugunsten des kantonalen Rechts nur dort gesprochen werden, wo das Bundesrecht überhaupt Raum dafür lässt, anderenfalls sind die kantonalen Bestimmungen a priori bundesrechtswidrig und daher nichtig.

Bsp: Nach § 136 EG ZGB ZH ist die Jauche Zugehör zu einem Bauernhof. Dies widerspricht aber ZGB 645, wonach Jauche eine verbrauchbare Sache darstellt und jene nicht Zugehör sein können.

Analog mit dem EG ZGB Zug, betreffend Heu-, Emd- und andere Streuvorräte.

## § 9 ZGB und OR, ZGB 7

ZGB und OR stellen materiell eine einzige Einheit dar. ZGB 7 besagt, dass Teile des OR auch auf das ZGB anwendbar sind. Dies bedarf einer Erläuterung:

- Anwendbar sind nicht nur die allgemeinen Bestimmungen des OR über Entstehung, Erfüllung und Aufhebung, sondern der gesamte Allgemeine Teil des OR, Art. 1 bis 183.
- Anwendbar sind auch Bestimmungen anderer Teile des OR, z.B. handelsregisterrechtliche Vorschriften auf im HR eingetragene Vereine und Stiftungen.
- Die Anwendung ist aber immer nur eine entsprechende, sinngemässe, analoge, d.h. „die besonderen Verhältnisse des streitigen Rechtsgeschäft berücksichtigende Anwendung.“

Es dürfen deshalb die Bestimmungen des OR nie blindlings übernommen werden, sondern es ist jeweils zu prüfen, ob das betreffende Rechtsverhältnis nicht von besonderen, abweichenden Vorschriften des ZGB beherrscht wird oder ob wegen der besonderen Natur des betreffenden Rechtsinstitutes des ZGB die analoge Anwendung der OR Bestimmungen abzulehnen oder einzuschränken ist.

- ZGB 7 gilt auch in die andere Richtung, Bestimmungen des ZGB finden auch unmittelbar Anwendung auf das OR.

Bsp: ZGB 1 – 10  
ZGB 52 – 59 hinsichtlich einer AG, BGE 95 II 481  
ZGB 393 Ziff. 4, Verbeiständung juristischer Personen.

## § 10 Bundesprivatrecht und öffentliches Recht der Kantone

Nach heute h.L. regelt das öffentliche Recht die Rechtsbeziehungen zwischen den Gemeinwesen untereinander sowie zwischen dem Gemeinwesen und ihren Bürgern, sofern das Gemeinwesen als Träger hoheitlicher Gewalt (*potentior persona*) auftritt. Vom Privatrecht beherrscht sind hingegen die Rechtsbeziehungen der Bürger untereinander sowie zum Gemeinwesen, sofern dieses nicht als *potentior persona* auftritt.

ZGB 6 nimmt auf das öffentliche Interesse an privaten Rechtsgeschäften, z.B. Jugendschutz, Sicherheit, Minderheitenschutz etc., Bezug.

### 10.1. Verkehrssitte und objektives Recht

ZGB 6 ist ein unechter Vorbehalt, der nur deklaratorische Bedeutung hat. Dennoch steckt hinter diesem Vorbehalt die Absicht, dem öffentlichen Recht der Kantone eine sog. expansive Kraft zu verleihen, d.h. die Möglichkeit einer Zurückdrängung des Bundesprivatrechtes zu geben. Den Kantonen soll ein Instrument in die Hand gedrückt werden, welches ihnen aufzeigt, dass sie eine autonome Rechtssetzungskompetenz gegenüber dem Bundesprivatrecht besitzen und befugt sind, im Sinne einer Ergänzung, Verstärkung und zum Schutz desselben auf jenes einzuwirken.

### 10.2. Umfang

Der Vorbehalt bezieht sich nur auf das Verhältnis zwischen Bundesprivatrecht und öffentlichem Recht der Kantone. Nach einer Lehrmeinung bezieht sich ZGB 6 auch auf das Verhältnis zwischen Bundesprivatrecht und dem Zivilprozessrecht der Kantone (welches nicht öffentliches Recht i.e.S. ist), dies ist zwar richtig, sicher stellt aber ZGB 6 nicht die zentrale Bestimmung für dieses Verhältnis dar, sondern die Art. 8 bis 10.

### 10.3. Schranken des öffentlichen Rechts der Kantone

Könnten die Kantone gestützt auf ZGB 6 schrankenlos in das Bundeszivilrecht eingreifen, wäre die Bundesgesetzgebungskompetenz illusorisch. Es müssen daher für einen kantonalen Eingriff ins Bundeszivilrecht folgende drei Voraussetzungen zwingend kumulativ erfüllt sein, ansonsten die kantonale Regelung nichtig ist, da sie Art. 2 ÜBest verletzt:

- Der Gesetzgeber des Bundesprivatrechts darf seine Regelung nicht als abschliessend betrachtet haben, ansonsten kein Raum für kantonales öffentliches Recht besteht. Unantastbar sind grundlegende Rechtsinstitute und Regelungen, wie z.B. der Persönlichkeitsschutz nach ZGB 27 ff.
- Es müssen haltbare öffentliche Interessen an der kantonalen Regelung bestehen.
- Die öffentliche Regelung darf Bundesrecht weder vereiteln noch erheblich erschweren noch mit dessen Sinn und Geist in Widerspruch stehen.

Bsp: Bundesrechtswidrigkeit **verneint**

Entgegen dem öffentlichen Inventar im Erbrecht geht der Kanton Bern als Steuergläubiger einer Steuerforderung nicht verlustig, wenn er sie im öffentlichen Inventar nicht anmeldet.

Regelungen über Mietzinsdepots verletzen die Vertragsfreiheit wie auch das Bürgschaftsrecht nicht.

Eine kantonale Bewilligungspflicht zum Umbau und Abbruch von Wohnhäusern an Orten mit grosser Wohnungsnot verletzt weder die Vertragsfreiheit noch das Mietrecht.

Eine Tarifordnung für die Vermittlung von Geschäfts- und Wohnräume verletzt das Mäklervertragsrecht nicht.

Bundesrechtswidrigkeit **bejaht**

Den Kantonen ist es nicht gestattet, den Art. OR 41 ff. widersprechende Kausalhaftungstatbestände zu statuieren.

Eine kantonale Regelung, wonach für blosse Änderungen an öffentlichen Testamenten Gebühren von 7.5 o/oo des Nachlasses anfallen, steht im Gegensatz zur Konzeption des ZGB, wonach letztwillige Verfügungen leicht abänderbar sein sollen.

Das kantonale StG verlangt, dass bei einem Grundstücksverkauf der Verkäufer zwingend – ansonsten kein Grundbucheintrag – nachweisen muss, dass er alle in diesem Zusammenhang anfallenden Steuern bezahlt hat. Angesichts der Möglichkeit des gesetzlichen Pfandrechtes nach ZGB 836 eine zu starke Beschränkung des bundesprivatrechtlichen Instituts der Grundstücksveräußerung.

#### 10.4. Beschränkung und Verbot der Verfügungsfähigkeit bestimmter Sachen, ZGB 6 II

ZGB 6 II enthält nicht mehr unter nicht weniger als einen Anwendungsfall von Abs. 1 von Art. 6 ZGB. Nach heutiger Praxis und Lehre würde das, was in Abs. 2 statuiert ist, ohne weiteres unter Abs. 1 fallen, sofern keine Zuständigkeit des Bundes verletzt wird.

- Der Hauptanwendungsfall der öffentlichen Sachen, die Grundstücke, fallen jedoch unter ZGB 664 I.
  - Art. 6 ZGB erfasst daher nur bewegliche Sachen des Staates, der Gemeinden oder sonstiger öffentlichrechtlicher juristischer Personen (Körperschaften, Anstalten).
    - Öffentliche Sachen
    - Polizeilich relevante Sachen
      - Gefährliche Sachen
      - Gegen die öffentl. Sittlichkeit verstossende Sachen
      - Seltene Sachen
- |  |
|--|
| Einrichtungsgegenstände von Schulen, Uniformen |
| Sprengstoff, Schusswaffen, Munition            |
| Schundliteratur                                |
| Geschützte Pflanzen, Tiere, Altertümer         |

### § 11 Bundesprivatrecht und Zivilprozessrecht, Art. 8 – 10 ZGB

#### 11.1. Problem der Beweislast

Angesichts der Tatsache, dass die Beweislastverteilung massgeblich die Verhandlungsposition der Parteien beeinflusst und mittelbar auch über den Prozess Erfolg entscheidet, könnte eine von Kanton zu Kanton verschiedene Regelung der Folgen der Beweislosigkeit auch zu einer von Kanton zu Kanton verschiedenen Regelung des Bestehens oder Nichtbestehens eines subjektiven Rechtes führen. Wenn die Kantone die Frage der Beweislastverteilung bzw. die Folgen der Beweislosigkeit verschieden regeln dürften, so könnten sie vom Prozessrecht her entscheiden in den Bestand der subjektiven Rechte bzw. ins Privatrecht eingreifen.

Die Regelung der Beweislastverteilung gilt nur unter dem Vorbehalt gesetzlicher Ausnahmen, praesumptio iuris.

„Vermutungen sind Schlüsse von Bekanntem und Unbekanntes, wobei das Bekannte als Vermutungsbasis und das Unbekannte als Vermutungsfolge bezeichnet wird. Dabei kann das Unbekannte eine Tatsache sein, Tatsachenvermutung, bspw. ZGB 32 II, oder ein Recht oder ein Rechtsverhältnis sein, bspw. ZGB 930, Rechtsvermutung.“

Für jene Prozesspartei, zu deren Ungunsten sich die Vermutung auswirkt, bedeutet sie eine Umkehr der Beweislast hinsichtlich des Unbekannten (Vermutungsfolge), sobald das Bekannte (Vermutungsbasis) bewiesen ist.

Keine Widerlegung ist dagegen bei der Fiktion (praesumptio iuris et de iure) möglich, gesetzlich fingierte Sachumstände werden als eingetreten betrachtet, sobald die gesetzlichen Voraussetzungen der Fiktion (Fiktionsbasis) bewiesen sind.

## 11.2. Schranken der bundesrechtlichen Regelung von Beweisfragen

Art. 8 ZGB enthält aber nicht eine Kompetenz zugunsten des Bundes für alle Beweisfragen. So bleibt, abgesehen von ZGB 9 und 10, sowie bundesrechtlicher Sonderbestimmungen wie z.B. ZGB 158, die Frage der Beweismittel sowie diejenigen der Beweiswürdigung dem kantonalen Prozessrecht überlassen.

### 11.2.1. Ausnahmen – Beweiskraft öffentlicher Urkunden und öffentlicher Register, ZGB 9

- Rechtsgeschäftliche Erklärungen
  - Grundstückkaufvertrag
  - Öff. Beurkundung der konstituierenden GV einer AG
- Feststellung bestimmter Tatsachen
  - Inventar über eingebrachtes Gut bei der bisherigen Güterverbindung
- Öffentliche Register
  - Grundbuch
  - Handelsregister
  - Zivilstandsregister

Ausnahmsweise hat hier der Bundesgesetzgeber auch in die Frage der Beweismittel, welche an sich Sache der Kantone ist, eingegriffen. Für das öffentlich Beurkundete bzw. Registrierte besteht somit eine gesetzliche Vermutung der Richtigkeit.

### 11.2.2. Schranken:

- ZGB 9 bezieht sich nur auf die Urkunden des Bundesprivatrechts, nicht auf andere öffentliche Urkunden (Reisepass, DB, AHV Ausweis, Steuerinventar).
- Die qualifizierte Beweiskraft erstreckt sich nur auf denjenigen Urkundeninhalt, den die Urkundsperson aufgrund eigener Wahrnehmung überprüfen konnte, jedoch nicht auf die Beurkundung blosser Parteibehauptungen.
- ZGB 9 I 1. Satzteil stellt nur eine Vermutung zugunsten des richtigen Inhalts öffentlicher Urkunden auf, diese Vermutung ist widerlegbar durch irgendeinen tauglichen Beweis.

## 11.3. Unzulässigkeit kantonaler Beweisvorschriften, ZGB 10

Das Privatrecht regelt die Formen der ihm unterstellten Rechtsgeschäfte abschliessend. Die Kantone sind nicht befugt, zusätzliche Formvorschriften aufzustellen und z.B. eine öffentliche Urkunde für einen gewöhnlichen Dienstbarkeitsvertrag oder Fahrniskaufvertrag zu verlangen.

Ebenso darf ein Kanton nicht eine Regelung aufstellen, wonach die Beweisbarkeit von Rechten von der Beachtung bestimmter Formvorschriften anlässlich der Begründung oder Übertragung dieser Rechte abhängig gemacht wird.