



Zusammenfassung

Haftungsausschluss: Der Autor und die Fachschaft Jus Luzern (Fajulu) übernehmen keinerlei Gewähr hinsichtlich der inhaltlichen Richtigkeit, Genauigkeit, Aktualität, Zuverlässigkeit und Vollständigkeit der Informationen. Haftungsansprüche gegen den Autor oder die Fajulu wegen Schäden materieller oder immaterieller Art, welche aus dem Zugriff oder der Nutzung bzw. Nichtnutzung der Zusammenfassung entstehen werden ausgeschlossen.

Die Einleitungsartikel des ZGB

R. E. Aebi-Müller

Allgemeine Charakterisierung der Einleitungsartikel

- Sammelsurium von Antworten auf allgemein umfassende Fragen
- Einleitungsartikel sind der unerlässliche Kern des allgemeinen Teils des Privatrechts
- Eugen Huber: wollte unmittelbar anwendbares, volkstümliches Gesetzbuch
- Einleitungsartikel behandeln die Rechtsanwendung im weiteren Sinne

Art. 1 ZGB: Gesetzes-, Gewohnheits- und Richterrecht

1. Übersicht über Art. 1 ZGB:

- Antwort auf Frage, nach welcher Rechtsnorm der Richter entscheiden muss, wenn er konkreten Rechtsfall beurteilen muss
- Art. 1 ZGB nennt die Rechtsquellen und deren Rangordnung
 1. Gesetzesrecht
 2. Gewohnheitsrecht
 3. Richterrecht

2. Gesetzmässigkeitsprinzip:

- positivrechtliche Verankerung des Legalitätsprinzips (Gesetzmässigkeitsprinzip)
- Ausgangspunkt der Rechtsfindung ist immer das Gesetz
- Ausdruck der Gewaltenteilung: Richter schafft Recht nicht, sondern setzt es (nur) um
- trotzdem gewisser Handlungsspielraum des Richters (Auslegung, Lückenfüllung)

3. Rechtsgültigkeit und Wirksamkeit einer Norm als Grundlage der Rechtsanwendung:

- rechtsgültiges Gesetz als Grundlage für Rechtsanwendung, Voraussetzungen:
 - Erlass durch zuständiges Organ bestimmt
 - gesetzliches Verfahren und Formvorschriften eingehalten
 - kein Aufhebungsgrund vorhanden

4. Gesetzeswortlaut als „starting point“

- massgeblicher Wortlaut (AS, Druckversion, Marginalien)
- die drei Amtssprachen sind gleichberechtigt
- Berichtigung eines mangelhaften Wortlautes durch
 - Gesetzgeber (neue Formulierung)
 - Redaktionskommission der eidg. Räte
 - rechtsanwendende Organe (Gericht)

5. Gesetzeswortlaut als Ausgangspunkt der Auslegung

- bei der Gesetzesanwendung geht es um den Sinn des Gesetzes, um die „ratio legis“
- um Sinn des Gesetzes zu ermitteln ist Auslegung nötig, wobei Wortlaut ein Element davon

6. Objektiver Sinn der Norm als Ziel der Auslegung

- Resultat der Auslegung ist von der Anschauung abhängig und unterschiedlich
- Ziel der Auslegung ist immer objektiver Sinn der Rechtsnorm, nicht Wille des Gesetzgebers

7. Auslegungselemente

- Auslegungselemente als Hilfsmittel zur Ermittlung des Sinngeltes
- Elemente geben Auskunft, wie bei Auslegung vorzugehen ist
- folgende Auslegungselemente werden unterschieden:
 - grammatikalische
 - systematische (Zusammenhang der Norm)
 - teleologische (Sinn und Zweck der Norm)
 - realistische (tatsächliches Umfeld der Norm)
 - historische (Protokolle/Materialien der Norm von früher)
 - verfassungskonforme

8. „Methodenpluralismus“ des Bundesgerichts (Elementenpluralismus)

- die Auslegungselemente unterstehen keiner Hierarchie, sie sind alle gleichwertig
- wenn Auslegungen nicht selben Sinn ergeben, sind sie gegenseitig abzuwägen
- es wird die überzeugendste und gerechteste Lösung gesucht

Art. 2 ZGB

1. Leitidee von Art. 2 ZGB

- Leitstern der Gesetzesanwendung, Schranke der Rechtsausübung
- Grundregel aus ethischer Betrachtung geschöpft

2. Inhalt von Art. 2 ZGB

- Absatz 1: Gebot des Handelns nach Treu und Glauben
- Absatz 2: Verbot des offenbaren Rechtsmissbrauchs

3. Konkretisierung von Art. 2 ZGB

- allgemein gefasster Artikel, damit er in alle Sachlagen „greifen“ kann
- Fallgruppen mit unterschiedlichen Interessen- und Konfliktkonstellationen, die Richter für gleiche/ähnliche Fälle Weg weisen
- Rechtsordnung selbst beinhaltet einige konkrete Normen, die sich auf Leitprinzipien des Handelns nach Treu und Glauben und des Rechtsmissbrauchsverbots beziehen
→ falls solche konkrete Norm vorhanden, muss darauf Bezug genommen werden, abstellen auf Art. 2 ZGB ist nicht erlaubt!

4. Verhältnis zwischen ZGB Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2

- Absatz 1: Handeln nach Treu und Glauben bezieht sich auf Auslegung/Ergänzung von Gesetz und Rechtsgeschäft → Interpretation/Ergänzung des Gesetzes
- Absatz 2: Rechtsmissbrauchsverbot anerkennt unechte Lücken
→ Korrektur/Berichtigung von Gesetzen

5. Art. 2 Abs. 1 ZGB: Gebot des Handelns nach Treu und Glauben

- zur Fairness im Rechtsverkehr
- Rücksichtnahme/Loyalität der Rechtssubjekte
- Gebot hat zweierlei Bedeutungen:
 - im Zusammenhang mit der Gesetzesanwendung
 - im rechtsgeschäftlichen Bereich

6. Die Bedeutung von Treu und Glauben für die Gesetzesanwendung

- Gesetzesauslegung zur Ermittlung des objektiven Sinns einer Rechtsregel
→ Richtlinie ist der vernünftige und korrekte Gesetzesadressat; Treu und Glauben.

- Verbot der Gesetzesumgehung; künstliche Vermeidung eines Gesetzesnachteils ist illoyal und verstösst gegen Gebot des Handelns nach Treu und Glauben
 - ob Gesetzesumgehung besteht, muss ausgelegt werden: Ziel-/ Wegverbot
 - Zielverbot: Umgehung will eine Erfolg verbieten
 - Wegverbot: Ziel darf aber legal auf anderem Weg erreicht werden
7. Die Bedeutung von Treu und Glauben im rechtsgeschäftlichen Bereich
1. Auslegung: nach Vertrauensprinzip Rechtsgeschäfte (Verträge) auslegen
 2. Lückenfüllung: hypothetischer Parteiwille feststellen, vernünftige Vertragspartner betrachten
 3. Umgehung: rechtsgeschäftliche Verpflichtungen umgehen
 4. Treu und Glauben als Grundlage für rechtl. Sonderverbindungen (keine deliktische Widerrechtlichkeit), Bsp. Haftung für Rat und Auskunft (Falschauskunft → Haftung)
8. Art. 2 Abs. 2 ZGB; Das Rechtsmissbrauchsverbot
- „Notausgang“; Gewährung eines dem Gesetzeswortlaut entsprechenden Rechts würde offenes Unrecht schaffen
 - Gesetzeskorrektur obliegt dem Gesetzgeber: Anwendung von Abs. 2 deshalb „ultima ratio“
 - Wichtigste Fallgruppen:
 - nutzlose Rechtsausübung (Schikanierung):
Rechtsausübung ohne persönlichen Nutzen jedoch mit schädigender Wirkung gegenüber Dritten
 - krasses Missverhältnis der Interessen:
Interessensmissverhältnis zwischen Berechtigtem und Belastetem
 - Verbot widersprüchlichen Verhaltens:
rechtsmissbräuchlich, wenn früheres Verhalten ein schutzwürdiges Verhalten begründet hat, welches durch die neue Handlung enttäuscht würde
 - nachträgliches Missverhältnis bei vertraglichen Leistungen (clausula rebus sic stantibus):
bei Veränderung der Verhältnisse seit Vertragsschluss kann Beharren auf dem Vertrag rechtsmissbräuchlich sein (kein Rechtsmissbrauch bei Grundlagenirrtum)
 - Unzulässige Berufung auf Formmängel:
Formmangel normalerweise Nichtigkeit des Vertrags, bei besonderen Umständen kann Berufung aber rechtsmissbräuchlich sein (Bsp. Schwarzkauf)
 - Verwirkung wegen verzögerter Rechtsausübung:
Ansprüche gehen unter, wenn sie zu spät geltend gemacht werden, nur möglich, wenn Berechtigter wegen schutzwürdigem Vertrauen untätig war
 - Zweckwidrige Verwendung von Rechtsinstituten:
Zweckekehren („Bürgerrechtsehe“)
Zweckwidrige Verwendung einer juristischen Person
 - Richter haben Rechtsmissbrauchsfälle von Amtes wegen zu beachten und zu behandeln

Art. 3 ZGB: Schutz des guten Glaubens

1. Ausgangslage
 - Art. 3 ZGB enthält keinen allgemeinen Gutglaubensschutz
 - Grundsatz: Rechtsmängel haben entsprechende Konsequenzen
2. Übersicht über Art. 3 ZGB
 - Interessenabwägung: Gesetz will ohne Unrechtsbewusstsein diejenigen schützen, die sich „falsch“ verhalten, gutgläubig!
 - Absatz 1: gesetzliche Vermutung, hilft demjenigen, der sein Verhalten zu beweisen hat

- Absatz 2: Beweiserleichterung für Gegenpartei, Entkräftung der Gutgläubensvermutung, wenn der „Gutgläubige“ Rechtsmangel nicht erkannt hat
3. Anwendungsbereich von Art. 3 ZGB
 - keinen Gutgläubensschutz ausserhalb des Anwendungsbereiches von Einzelvorschriften
 - Vorschriften mit den Umschreibungen „guter/böser Glaube“, „kennen oder kennen müssen“
 4. Begriff des guten Glaubens
 - Guter Glaube ist das Fehlen/Mangel des Unrechtsbewusstseins trotz eines Rechtsmangels
 - Rechtsmangel:
Fehlen einer rechtserzeugenden oder Vorliegen einer rechtshindernden Tatsache
 - Unkenntnis des Mangels:
fehlendes Unrechtsbewusstsein des Betroffenen
 5. Vermutung des guten Glaubens
 - innere Tatsache und schwer nachzuweisen
 - hilft demjenigen, der seinen guten Glauben zu beweisen hat, in seinem Beweisnotstand
 - wenn Beweis des Grundtatbestandes gelingt, wird Gutgläubigkeit vermutet
 6. Entkräftung der Gutgläubensvermutung
 - durch Gegenbeweis gegen die Vermutungsbasis
 - durch Beweis des Gegenteils betreffend die Vermutungsfolge
 - durch Berufung auf Art. 3 Abs. 2 ZGB: Fälle des „Kennensollens“
 7. Rechtswirkung des guten Glaubens
 - negative Wirkungen eines Rechtsmangels werden abgeschwächt/aufgehoben durch Gutgläubensschutz

Art. 4 ZGB: Gesetzeslücken

1. Begriff der Gesetzeslücke
 - Lücke im Gesetz = Fehlen einer erforderlichen gesetzlichen Anordnung
 - keine Lücke wenn:
 - Frage nicht als Rechtsfrage behandelt wird, sondern sie anderer Ordnung zur Regelung überlässt (rechtsfreier Raum) → Spielregeln
 - in Fällen „qualifizierten Schweigens“ (Bsp. Art. 95 ZGB; Ehehindernisse)
2. Abgrenzung zur Gesetzesanwendung
 - wenn Gesetzesauslegung ergibt, dass auf Rechtsfrage keine Antwort vorhanden und weder rechtsfreier Raum noch qualifiziertes Schweigen vorliegt → Gesetzeslücke
 - fließender Übergang zwischen Auslegung und Lückenfüllung
3. Gesetzesergänzung und –berichtigung
 - Gesetzesergänzung: Richter muss auch Entscheidung treffend, wenn keine Antwort aus Gesetz möglich (echte Lücke) bzw. Gesetzesantwort zu unbestimmt ist (Lücke intra legem)
 - Gesetzesberichtigung: darf nur im Falle von unechten Lücken erfolgen
4. Lückenfüllung durch Richterrecht
 - wenn keine gewohnheitsrechtliche Lücke vorliegt um Gesetzeslücke zu füllen, entscheidet Richter so, wie er Regel als Gesetzgeber aufgestellt hätte → „modo legislatoris“

5. Billigkeitsentscheidungen nach Art. 4 ZGB
 - bewusster Ermessensspielraum für rechtsanwendende Organe, damit Entscheidung im konkreten Fall gefällt werden kann
 - Art. 4 ZGB schreibt dem Richter aber vor, sachgerechtes Urteil unter Berücksichtigung aller objektiv relevanten Umständen zu fällen
6. Anwendungsbereich von Art. 4 ZGB
 - Ermessen
 - Würdigung der Umstände
 - Wichtige Gründe

Art. 5 ZGB

1. Übersicht
 - Verhältnis von Bundeszivilrecht und Recht der Kantone; Behandlung in Art. 5 und 6 ZGB
 - Art. 5 ZGB regelt die Kompetenzausscheidung im Zivilrecht (Bund sagt, wo Kantone selber dürfen)
2. Grundsätze der Kompetenzverteilung
 - Kantone üben alle Rechte aus, die nicht dem Kompetenzbereich des Bundes zugewiesen sind (Art. 3 BV) → subsidiäre Generalklausel
 - kein Raum für kantonale Regelungen, soweit Rechtsetzungskompetenz dem Bund zugewiesen (Art. 49 Abs. 1 BV)
 - derogatorische Kraft des Bundesrechts, Vorrang des Bundesrechts bei Gesetzeskollision
 - Vorbehalt des kantonalen Rechts möglich; Bund kann Rechtsetzungskompetenz an Kantone delegieren/übertragen
3. Kompetenzverteilung im Privatrecht
 - Bund hat umfassende Rechtsetzungskompetenz auf Gebiet des Privatrechts (Art. 122 BV)
 - ohne Vorliegen eines echten Vorbehalts (explizite Kompetenzdelegation), ist kantonales Privatrecht ausgeschlossen → Kantone können nur bei echtem Vorbehalt im Privatrecht agieren
 - ZGB und OR sind eine Gesamtkodifikation des Privatrechts und (fast) abschliessend geregelt (kantonale Privatrechtsordnungen sind seit 1.1.1912 aufgehoben)
4. Kompetenzverteilung: öffentliches Recht der Kantone
 - durch Art. 122 BV werden Kantone nicht in ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen tangiert
 - im öffentlichen Recht darf Kanton also „so walten wie er will“, im Privatrecht muss er sich jedoch an Vorgaben des Bundes halten (ZGB/OR)
5. Echte Vorbehalte zugunsten kantonalen Privatrechts
 - Gründe für echte Vorbehalte:
 - Vorliegen kontroverser Fragen (wenn keine nationale Einigung → Kantone regeln selbst)
 - Rücksichtnahme auf örtliche Besonderheiten
 - kant. Privatrecht, dass sich auf keinen entsprechenden Vorbehalt abstützen kann, ist nichtig
 - mögliche echte Vorbehalte:
 - Verpflichtende Vorbehalte: Kantone müssen legiferieren, ansonsten entscheidet Bundesrat
 - Zuteilende Vorbehalte: Pflicht der Kantone, Regelung zu treffen, allfällige Lücke wird durch Richter gefüllt
 - Übergangsrechtliche Vorbehalte: neue kant. Regelung ist zulässig, die alte kant. Regelung bleibt aber weiter in Kraft

- Ermächtigende Vorbehalte: den Kantonen überlassen, ob sie eigene Vorschriften aufstellen wollen
6. Art. 5 Abs. 2 ZGB, Übung und Ortsgebrauch
 - „Übung und Ortsgebrauch“ = übliches Verhalten in einer bestimmten Situation bzw. Verhalten, welches allgemein in derartigen Verhältnissen zu geschehen pflegt
 - Gesetz enthält viele Verweise auf „Übung“ und „Ortsgebrauch“ → Lücke intra legem
 7. Exkurs: Verkehrssitte und Rechtsgeschäft
 - Verkehrssitte kann zum Vertragsinhalt erhoben werden
 - dies ist jedoch kein Anwendungsfall von Art. 5 Abs. 2 ZGB
 - Frage nach dem Vertragsinhalt → Vertrauensprinzip

Art. 6 ZGB

1. Bedeutung von Art. 6 Abs. 1 ZGB
 - beinhaltet einen unechten Vorbehalt → deklaratorische/erklärende Bedeutung
 - Gründe, weshalb sich Zivilrecht zum öffentlichen Recht äussert:
 - Abgrenzungsproblematik öff. Recht vs. Privatrecht
 - Lösung von Kompetenzkonflikten bei Gesetzeskollisionen
 - hinter Art. 6 ZGB steht Absicht, dem öff. Recht der Kantone eine Expansivkraft zu verleihen
 - Erlass öffentlichrechtlicher kantonaler Vorschriften ist zulässig, sofern:
 - Bundesgesetz nicht abschliessend ist
 - kantonale Bestimmung einem schutzwürdigen öffentlichen Interesse entsprechen
 - sie nicht gegen Sinn und Geist des Bundeszivilrechts verstossen
2. Art. 6 Abs. 2 ZGB
 - dieser hat keine eigene Bedeutung, lediglich ein Anwendungsfall von Abs. 1
 - die Beschränkung der Verkehrsfähigkeit „gewisser Arten von Sachen“ unterliegt Schranken
 - zwei Kategorien von Sachen:
 - Polizeilich relevante Sachen (gefährliche, gegen die Sitte und Treu und Glauben, seltene)
 - Öffentliche Sachen (die unmittelbar der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dienen)

Art. 7 ZGB

1. Inhalt von Art. 7 ZGB
 - Verweisnorm, die Geltungsbereich der OR-Bestimmungen erweitert
 - gilt für zivilrechtliche Verhältnisse
 - Bedeutung/Umfang/Art der Verweisung und Übertragung als Fragen zu Art. 7 ZGB
2. Bedeutung von Art. 7 ZGB
 - Verweisung von Art. 7 ZGB wäre entbehrlich (kein Unterschied mit/ohne Art. 7 ZGB)
 - Art. 7 ZGB ist Ersatz für den im ZGB fehlenden allgemeinen Teil
3. Umfang der Verweisung
 - Wortlaut von Art. 7 ZGB ist zu eng gefasst
 - alle Bestimmungen des OR AT beanspruchen für das ganze Bundesprivatrecht Geltung
 - Art. 7 ZGB könnte auf OR AT und BT im ganzen ZGB angewendet werden

4. Art der Übertragung
 - Übertragung der obligationenrechtlichen Bestimmungen auf Rechtsverhältnisse des ZGB erfolgt nicht unmittelbar, sondern analog (Umstände des Einzelfalls anschauen!)
 - unmittelbare Anwendung obligationenrechtlicher Bestimmungen möglich, dort wo direkt auf das OR verwiesen wird
 - „vorbehalten bleibt“
5. Anwendungsbereich
 - allgemeine Regeln des Obligationenrechts können auch im öffentlichen Recht zur Anwendung gelangen
 - jedoch nicht in Anwendung von Art. 7 ZGB, sondern auf Weg der Füllung von Gesetzeslücken

Art. 8 ZGB

1. Inhalt von Art. 8 ZGB
 - Problem: Ineinandergreifen von materiellem Recht und Prozessrecht
 - Verteilung der Beweislast für den Regelfall
 - welche Partei hat was zu beweisen, wer trägt die Folgen einer Beweislosigkeit
 - unter welchen Voraussetzungen eine Tatsache als bewiesen gilt (absolute Gewissheit, ...)
2. Bedeutung des Prozessrechts
 - materieller Rechtsanspruch muss durchsetzbar sein, damit er von Nutzen ist
 - Rechtsschutz wird durch Staat gewährleistet, durch Zivilprozesse oder Zwangsvollstreckung
 - Zivilprozess dient somit der Durchsetzung der subjektiven Rechte des Privatrechts (Nachbarschaftsrecht, Schutz der Persönlichkeit)
3. Abgrenzung materielles Recht vs. Zivilrecht
 - Privatrecht: Entstehung, Untergang, Inhalt von Rechtsgeschäften zwischen Rechtssubjekten
 - Prozessrecht: Organisation, Aufgaben und Verfahren der Zivilgerichte
 - Abgrenzungsproblem liegt bspw. bei Partei- und Prozessfähigkeit
4. Art. 8 ZGB als Beweislastregel
 - Beweisverfahren richtet sich nach ZPO
 - wenn Beweisverfahren kein eindeutiges Ergebnis liefert muss geklärt werden, wer Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat → diese Frage der objektiven Beweislast regelt Art. 8 ZGB
 - **allg. Beweislastregel** nach Art. 8 ZGB: bleibt Tatsache beweislos, entscheidet der Richter zu Ungunsten desjenigen, der aus ihrem (Tatsache) Vorhandensein seine Rechte ableitet (Kläger)
 - → Art. 8 ZGB hat nur Bedeutung, wenn eine Tatsache nicht mit Sicherheit feststeht!
 - nach Art. 8 ZGB muss jede Partei Voraussetzungen des Rechtssatzes beweisen, der zu ihren Gunsten wirkt, unterschieden werden folgende Tatsachen
 - rechtserzeugende
 - rechtshindernde
 - rechtsaufhebende
 → besondere Schwierigkeit beim Beweis negativer Tatsachen
 - Art. 8 ZGB gilt, so lange Gesetz nichts anderes bestimmt
 - zwei von Art. 8 ZGB abweichende Bestimmungen sind
 - gesetzliche Anordnung
 - gesetzliche Vermutung

5. Art. 8 ZGB als Grundlage für ein bundesrechtliches Beweismass
 - Art. 8 ZGB gilt als bundesrechtliches Beweismass, woran sich die kantonalen Gerichte halten müssen (Rechtsgleichheit und –sicherheit)
 - **Regelbeweismass:** Beweis gilt als erbracht, wenn Gericht objektiv von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Es genügt, wenn Gericht an vorliegenden Tatsachen keine ernsthaften Zweifel hat oder diese als sehr leicht erscheinen. Absolute Gewissheit ist nicht nötig.
 - in einigen Fällen lässt sich nur Hypothese über eine Tatsache aufstellen (bspw. Schadenersatz)
 - Ausnahme vom Regelbeweismass: Vorliegen einer Beweisnot, Beweiserleichterung möglich, wobei eine überwiegende Wahrscheinlichkeit als ausreichend betrachtet wird
 - wann Abweichung vom Regelbeweismass und „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ genügend:
 - siehe Sonderbestimmungen des Gesetzes (Bsp: Art. 34 ZGB)
 - allgemeine Lehre und Rechtsprechung
 - Glaubhaftmachung (bei vorsorglichen Massnahmen) ≠ überwiegende Wahrscheinlichkeit
6. Anwendungsbereich von Art. 8 ZGB
 - Art. 8 ZGB ist allgemeiner Rechtsgrundsatz und auch ausserhalb des Zivilrechts anwendbar
7. Beweisführungsfragen
 - Parteien legen Richter Beweismittel vor, mit denen sie bestimmte Tatsachen nachweisen wollen
 - zulässige Beweismittel sind: Zeugnis, Urkunde, Gutachten, Schriftl. Auskunft, Beweisaussage,
 - einige Fragen der Beweisführung waren Gesetzgeber besonders wichtig, wobei die Regelung deshalb bereits vor dem Inkrafttreten der ZPO nicht den Kantonen überlassen wurde:
 - Beweiskraft bei öffentlichen Registern und Urkunden (Art. 9 ZGB)
 - Ausschluss kantonaler prozessrechtlicher Formvorschriften
 - Bundesrechtliche Sonderbestimmungen

Art. 9 ZGB

Beweiskraft öffentlicher Register und Urkunden:

- sie sind gesetzliche Vermutungen und sprechen für die Richtigkeit des Inhaltes
- Beweisbelasteter muss Urkunde/Register als Vermutungsbasis nachweisen, damit Sachumstand/Erklärung als Vermutungsfolge als bewiesen gilt
- Beweiskraft der öffentlichen Urkunden/Register ist umstösslich (Zeugen, ...)
- Beweis des Gegenteils unterliegt der freien Beweiswürdigung → Zeugenbeweis kann zur Umstossung des Urkundeninhalts genügen