

Anwendung und Ausübung des Rechts im Lichte des Art. 1 bis 7 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches aus rechtshistorischer Perspektive¹

Maria Lewandowicz

Application and Exercise of Law in Light of Art. 1 to 7 of the Swiss Civil Code from a Legal Historical Perspective

The purpose of this article is to deepen the state of modern jurisprudence on the first seven extremely important articles that pave the way for understanding the position and functioning of the Swiss Civil Code in the Swiss legal order of the early 20th century. The initial title gives an indication of how to apply the Swiss Civil Code and how to execute the rights contained therein to achieve the intended socio-economic and political purpose of the Act. This is crucial knowledge for the proper attribution of meaning and importance to further provisions of the code. The article undertakes a consideration of why the Swiss legislature decided against a separate section containing general provisions of the code, how the legislative works on the introductory title of the ZGB proceeded, and what is the relevance of these provisions for the application and execution of further norms of the law? Despite the stated intentions of the legislature to create a code that would combine the legal traditions of the cantons with the requirements of a modern federal state, the architects of this law succeeded in doing much more. The introductory title of the ZGB embedded the law in the modern realities of life, while placing it in the unbroken chain of development of European civilization.

I. EINFÜHRUNG

Das Schweizerische Zivilgesetzbuch fasziniert viele Rechtsgeschichtsforscher wegen seiner Einfachheit, Klarheit und Ausgewogenheit zwischen der Wissenschaftlichkeit und Volkstümlichkeit. Unter den ersten Sätzen der Veröffentlichungen über es findet sich fast immer eine Feststellung², dass das Schweizerische Zivilgesetzbuch keinen Allgemeinteil hat und nur die ersten 10 Artikel des Einleitungstitels „vor die Klammern gezogen“ sind. Auf diese Aussage wird selten näher eingegangen, ohne die Gründe für die Betonung der Einzigartigkeit der Kodifikation in einer solchen Systematik näher zu beleuchten. Das

¹ Der Artikel wurde im Rahmen eines vom Nationalem Zentrum für Wissenschaft finanzierten Projekts mit der Reg.-Nr.: 2017/26/D/HS5/00625 mit dem Titel „Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 - Ziele und Methoden“ verfasst.

² K. Sójka-Zielińska, (Fn, 33), S. 170.

Fehlen eines allgemeinen Teils im ZGB wird nicht als Vorwurf, sondern als interessantes Gesetzgebungsphänomen gesehen und mit einer Dosis freundlicher Beobachtung, nicht als Kritik einer unvollständigen Systematik, wie es beispielsweise im Fall des Code Napoléon war, behandelt³.

Dieser Artikel sollte sich zunächst darauf beschränken, die Kenntnisse der modernen Wissenschaft über die ersten sieben, äußerst wichtigen Artikel zu vertiefen, die den Weg zum Verständnis der Stellung und Funktionsweise des Schweizerischen Zivilgesetzbuches in der schweizerischen Rechtsordnung des frühen 20. Jahrhunderts ebnet. Die Antwort auf die Frage nach den Gründen für die Notwendigkeit einer vertieften Untersuchung zu diesem Thema ist eigentlich schon im vorangegangenen Satz enthalten. Der Einleitungstitel gibt einen Hinweis darauf, wie das Schweizerische Zivilgesetzbuch anzuwenden ist und wie die in ihm enthaltenen Rechte auszuüben sind, um das beabsichtigte sozioökonomische und politische Ziel des Gesetzes zu erreichen. Es ist ein Schlüsselwissen für korrekte Zuordnung der Bedeutung und des Gewichts weiterer Vorschriften der Kodifikation.

Gleichzeitig habe ich mich entschieden, aus dem Umfang dieser Erwägungen die Art. 8, 9 und 10 ZGB auszuschließen, obwohl sie im Einleitungstitel enthalten sind. Sie enthalten verfahrensrechtliche Vorschriften und betreffen die Beweisregeln, die Beweislast und die Beweismittel. Diese Fragen fügen sich daher nicht in den Hauptstrom der Betrachtungen dieser Arbeit ein, d. h. des Beitrags zur Bestimmung der Stellung und Bedeutung des ZGB in der Rechtsordnung der Schweiz an der Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert.

Bei der Beurteilung des Potenzials dieses Artikels, das Wissen über die ersten Artikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs zu erweitern, kam ich zu dem Schluss, dass das Schreiben über den Einleitungstitel, ohne zumindest einen Ausschnitt der Themen im Zusammenhang mit der Systematik des Zivilgesetzbuchs zu erläutern, Wissen, das in einem Vakuum schwebt, anbieten würde. Ohne den richtigen Erklärungskontext, warum der Aufbau des ZGB nicht dem Muster vorausgehender detaillierter Bestimmungen in einem separaten allgemeinen Teil folgt, würde ich den Leser mit einem Mangel an Informationen belassen und damit das allgemeine Gefühl für die von mir durchgeführte Forschung schwächen.

Im Rahmen des Versuchs, der Herausforderung gerecht zu werden, ein möglichst vollständiges Bild über die ersten sieben Artikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs zu vermitteln, habe ich eine inhaltliche Gestaltung angenommen, die zunächst die Positionen erläutert, die die gewählte inhaltliche Gestaltung bestimmen. Danach bespreche ich die Artikel 1 bis 7 des ZGB, und die Arbeit wird mit Schlussfolgerungen gekrönt, die eine Bewertung der angenommenen Lösungen enthalten. Der Artikel wird durch einen Anhang ergänzt, der den Entwurf des Einleitungstitels und seinen endgültigen Inhalt, der am 10. Dezember 1907 verabschiedet wurde, enthält.

³ K. Zweigert, H. Kötz, (Fn. 40), S. 91.

II. WARUM WURDE DER ALLGEMEINE TEIL AUFGEGEBEN?

Die schweizerische Rechtsprechung tendierte grundsätzlich von Anfang an dazu, den allgemeinen Teil des Gesetzbuches mit dem Kardinalargument aufzugeben, dass keines der kantonalen Gesetzbücher einen allgemeinen Teil verwendete. Als die Vorarbeiten zum ZGB begannen, verfügten einzelne Regionen bereits über umfangreiche Praxis im Bereich der Wirksamkeit bestimmter gesetzgeberischer Lösungen. Abgesehen von einigen Gebieten, hatten die Schweizer Kantone ihre eigene Zivilgesetzgebung, die von einer der drei Kodifikationsquellen inspiriert war. Die französischsprachigen Kantone bauten ihre Gesetze nach dem napoleonischen Muster des *Code Civil*⁴ auf (Genf, Berner Jura, Wallis, Waadt, Freiburg, Tessin, Neuenburg)⁵, die deutschsprachigen teilten sich in Einflusszonen des österreichischen ABGB⁶ (Bern⁷, Luzern, Solothurn, Aargau) und des Zürcher PGB⁸ (Zürich, Graubünden, Glarus, Nidwalden, Thurgau, Appenzell Auser rhoden) auf⁹.

Auf der anderen Seite des Spektrums der Gesetzgebungserfahrungen stand jedoch das seit dem 1. Januar 1883 geltende Obligationenrecht¹⁰, das über einen eigenen allgemeinen Teil verfügte, so dass man nicht sagen kann, dass die Systematik des ZGB, die sich letztlich auf diejenige des Privatgesetzbuches des Kantons Zürich (PGB) stützte, eine ausgemachte Sache war. Im Übrigen wäre zu erwarten, dass das ZGB in seiner inhaltlichen Ausgestaltung eine größere Übereinstimmung mit dem OR aufweist als das PGB, da das OR das erste, mit bemerkenswerter Effizienz durchgeführte Gesetzgebungsvorhaben auf Bundesebene war, das den Bereich der privatrechtlichen Beziehungen umfassend regelte¹¹.

Es ist bemerkenswert, dass die Schweizerische Bundesverfassung ursprünglich überhaupt nicht das Recht des Bundes vorsah, das Zivilrecht zu kodifizieren. Der erste wirkliche Durchbruch kam erst am 29. Mai 1874, als der Bund das Recht erhielt, alle auf den Handel und Mobiliarverkehr bezüglichen Rechtsverhältnisse zu regeln (Obligationenrecht, mit Inbegriff des Handels- und Wechselrechts)¹². Am 14. Juni 1881 wurde das Obligationenrecht (nachstehend OR) mit Wirkung vom 1. Januar 1883 in Kraft gesetzt. Aufgrund der positiven Erfahrungen mit der breiten Akzeptanz des OR in der Bevölkerung beschloss die Bundesversammlung am 30. Juni 1898 eine Änderung von Artikel 64 der Verfassung, in dem ein zweiter Absatz hinzugefügt wurde, der besagt, dass der Bund berechtigt ist, in anderen Bereichen des Zivilrechts Gesetze zu erlassen. Am 13. Novem-

⁴ F. Elsener, (Fn9), S. 450-452.

⁵ H. Fritsche, (Fn 12), S. 63-152.

⁶ B. Dölemyer, (Fn 7), S. 1925-1939; L. Carlen, (Fn 5), S. 15-18.

⁷ S. Wolf, (Fn 38), S. 1303; S. Hofer, (Fn 19), S. 3; S. Hofer, (Fn 18), S. 160-193; S. L. Schnell (Fn 32), S. 271.

⁸ A. Bauhoffer, (Fn 2), S. 23-24ö J. C. Bluntschli, (Fn 3) S. 22.

⁹ M. Immenhauser, (Fn 23), S. 370.

¹⁰ F. Gygi, (Fn 16), S. 9; A. Schneider, (Fn 31), S. 13; E. Bucher, (Fn 4), S. 175.

¹¹ P. Caroni, (Fn 6), S. 29.

¹² U. Fasel, (Fn 10). S. 1.

ber 1898 stimmte das Volk in einer Volksabstimmung der Verfassungsänderung zu, die schließlich am 21. Dezember 1898 in Kraft trat und damit den Weg für die parlamentarischen Arbeiten am Zivilgesetzbuch ebnete.

Der Bundesrat betraute Eugen Huber mit den Arbeiten am Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Mit dem Ziel, die Vertretung aller kantonalen Rechtsordnungen und eine möglichst breite Kenntnis und Erfahrung in Bezug auf die Anwendung der im Umlauf befindlichen privatrechtlichen Institutionen zu gewährleisten, forderte der Chefarchitekt der Kodifikation die Einsetzung kleinerer Expertenkommissionen zur Ausarbeitung von Teilentwürfen über das eheliche Güterrecht, das gesetzliche Erbrecht, die letztwilligen Verfügungen, das Grundbuchrecht und das Hypothekarrecht. Die Teams, die sich mit den einzelnen Bereichen des Gesetzbuches befassen, sollten unter Berücksichtigung des Kriteriums der Territorialität und Spezialisierung zusammengestellt werden¹³. Das in den kleineren Kommissionen erarbeitete Material sollte dann an die große Expertenkommission zur Beurteilung und weiteren kritischen Mitarbeit weitergeleitet werden. Nicht weniger wichtig war die Zusammenarbeit mit den Kantonen selbst, mit den Verbänden und „allen lebendigen Kräften des Landes (...) ohne welches ein nationales und volkstümliches Recht niemals geschaffen werden kann“¹⁴.

Auf Vorschlag von Eugen Huber setzte der Bundesrat 1901-1903 eine Große Expertenkommission ein, die sich im Wesentlichen aus 31 Mitgliedern und einer Reihe von Sondersachverständigen aus verschiedenen Rechtsgebieten zusammensetzte. Die Vertreter der Großen Expertenkommission wurden in drei Gruppen aufgeteilt, nämlich Vertreter der Lehre, Vertreter der Rechtspraxis und Vertreter der Interessen. Hinzu kamen Vertreter der Verwaltung und der Kantone sowie der Berufspolitiker Adalbert Wirz und der Spezialexperte Georg Glaser, ein Arzt und Leiter einer Irrenanstalt¹⁵.

Bei den Diskussionen über die Systematik des vorgeschlagenen Kodifikation, in Antwort auf das Memorial vom 17. November 1893¹⁶ waren nur zwei Stimmen für den allgemeinen Teil, während die übrigen entschiedenen Widerspruch ausdrückten. Ablehnende Beurteilung zur Schaffung eines abgesonderten allgemeinen Teils der künftigen Kodifikation gab auch der Bundesgerichtshof in seiner Stellungnahme vom 31.10.1894 ab¹⁷. Eugen Huber selbst äußerte sich ähnlich. In den Erläuterungen zum Vorentwurf der Justiz- und Polizeidepartements von 1900 argumentierte Huber, dass nach der üblich anerkannten Systematik der allgemeine Teil die Rechtssubjekte, den Gegenstand des Rechtes, die Entstehung, die Beendigung und den Inhalt des Rechts im Allgemeinen regelt.¹⁸ Dadurch wird das Personenrecht Bestandteil des Allgemeinen Teils und verliert damit seine offensichtliche Verbindung zum Familienrecht. Das Sachenrecht wird wiederum in Wissenschaft über die Dinge im Allgemeinen und Sachenrecht zerlegt, was

¹³ E. Huber, (Fn 41), S. 35.

¹⁴ E. Huber, (Fn 41), S. 38-39.

¹⁵ U. Fasel, (Fn 11), S. 459-460.

¹⁶ E. Huber, (Fn 21) S. 35-58.

¹⁷ E. Huber, (Fn 27), S. 27.

¹⁸ E. Huber, (Fn 27), S. 27.

entschieden nicht zur Besserung der Klarheit der Botschaft beiträgt. Huber hat dabei die Möglichkeit, bestimmte Bestandteile, die für alle Gesetzinstitutionen gemeinsam sind „vor die Klammer zu nehmen“, nicht gänzlich negiert. Er negierte dafür die Nützlichkeit solcher Erweiterung des allgemeinen Teils dahingehend, dass er eine Definition von Rechtsinstituten enthält, die im Rahmen verschiedener Detaillösungen im gesamten Gesetzbuch vorkommen. Auf diese Weise wollte er die praktische Schwierigkeit vermeiden, eine Rechtsnorm aus Vorschriften zu bilden, die in verschiedenen Teilen des Gesetzes zu finden sind¹⁹. Jedes im allgemeinen Teil beschriebene Rechtsinstitut bedürfte einer Präzisierung seiner Bedeutung im ausführlichen Teil, der den Familien-, Vermögens- oder Erbverhältnissen gewidmet ist. Die Trennung der allgemeinen Vorschriften von den ausführlichen wäre in einer Situation gerechtfertigt, in der die Bedeutung allgemeiner Vorschriften unabhängig von der Art des Rechtsverhältnisses für alle ausführlichen Bestimmungen identisch wäre. In Wirklichkeit sind die Bestimmungen des allgemeinen Teils jedoch für eine bestimmte Gruppe von Bestimmungen wichtig, während ihre Bedeutung für andere abnimmt und manchmal sogar ein vernachlässigbares Maß erreicht.²⁰

Huber erläuterte es am Beispiel der Institution des Irrtums. Es ist ein Phänomen, das perfekt geeignet ist, um im allgemeinen Teil des Gesetzbuches definiert zu werden, weil seine Anwendung eine Reihe von Institutionen des Familien-, Sachen- und Obligationsrechts umfasst. Aus wissenschaftlicher Sicht wäre es eine korrekte und durchaus gerechtfertigte Lösung. Die Praxis zeugte jedoch davon, dass die Auslegung des Irrtums in den Familien- und Obligationsverhältnissen auf anderem Charakter der Rechtsbeziehungen beruht, was zu einem anderen Verständnis des Wesens dieser Institution führt. Die Definition des Irrtums in den Realitäten des sozialen Lebens würde dadurch ständige Einbeziehung des wissenschaftlichen Faktors und die Unterstützung der Rechtsprechung, die seine Bedeutung im Kontext verschiedener sozialer Beziehungen erklärt, erfordern. Gleiches Ergebnis könnte man einfacher erreichen – durch Anfügung solcher allgemeiner Vorschriften, wie die Institution des Irrtums, an die ausführlichen Vorschriften, die die einzelnen Institutionen regeln, also dort, wo sie ihren vollsten praktischen Ausmaß finden.

In den *Erläuterungen* zum ZGB-Entwurf aus dem Jahre 1900 kann man lesen, dass im Falle des Vorkommens einer Notwendigkeit der Berufung auf allgemeine Regeln der jeweiligen Institution, die in Rahmen der Rechtsverhältnisse anderer Art vorkommt, das Gesetz Berufungen, mit Vorbehalt notwendiger, sich aus der Spezifik des jeweiligen Verhältnisses ergebenden Modifizierungen, verwenden darf. Sich des Beispiels der Ersitzung und Verjährung bedienend, sollten die ausführlichen, die jeweiligen Institutionen betreffenden Vorschriften, in Rahmen der Gesetzstiteln, die sich direkt an die jeweilige Art der Rechtsverhältnisse bezogen, reguliert werden und Verweisungen auf ihnen gemeinsame Vorschriften die die Regeln der Berechnung der Termine betrafen, enthalten, die aufgrund ihrer besten Eignung bezüglich Obligationsverhältnissen, in allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechts reguliert werden sollten²¹.

¹⁹ E. Huber, (Fn 27), S. 25.

²⁰ E. Huber, (Fn 27), S. 26.

²¹ E. Huber, (Fn. 27), S. 27.

Technische Voraussetzungen betreffend Komposition des Inhalts betonten grundsätzlich die Einfachheit und praktische Eignung der einzelnen Inhalte in Bezug auf den gegebenen Sachverhalt. Das Gesetzbuch sollte keinen abgesonderten allgemeinen Teil haben, was nicht bedeutete, dass es keine allgemeinen Vorschriften, die den verschiedenen Institutionen gemeinsam sind, enthalten sollte. Ihre Auswirkung auf die verschiedenen Gesetzes Institutionen waren genau die gleichen wie die der Vorschriften des allgemeinen Teils anderer Gesetzbücher, jedoch im ZGB hing ihre Anordnung davon ab, mit welcher Institution sie die stärkste Verbindung aufwiesen. Die Navigation zu den allgemeinen Vorschriften sollte durch gesetzliche Verweise erleichtert werden.

Es gab jedoch eine Gruppe von Vorschriften, deren Bedeutung in Bezug auf alle gesetzlichen Vorschriften gleichermaßen wichtig war, so dass es notwendig war, sie vollständig abzusondern. Es handelt sich um den vorläufigen Titel, der – am allgemeinsten ausgedrückt – die Stellung des Gesetzbuches in der schweizerischen Rechtsordnung definierte. Sein Aufbau begann erst, als der Rest des Projekts fast fertig war, um die gesamte gesetzgeberische Absicht zusammenzufassen.

III. EINLEITUNGSTITEL

Es mag den Anschein haben, dass der während der Arbeiten am Gesetzbuch der Einleitungstitel außerhalb des Bereichs umfangreicher theoretisch-rechtlicher Überlegungen zu seinem Inhalt und seiner Bedeutung blieb. In Wirklichkeit konnten diese Vorschriften jedoch erst zum Ende der Arbeit entstehen, weil sie in ihrem Inhalt alle gesetzgeberischen Absichten des ZGB zusammenfassten.

Die erste Redaktion des Einleitungstitels als abgesonderten Regelwerks erfolgte im Vorentwurf des Justiz- und Polizeidepartements von 1900²² und enthielt damals 5 Vorschriften zur Herrschaft des Zivilrechts und zur Grundlagen der Rechtsprechung (Art. 1), zur Schaffung und Anerkennung des Gewohnheitsrechts als verbindliches Recht (Art. 2), zum Verhältnis des ZGB zum Zivilrecht der Kantone (Art. 3), zum Verhältnis des Zivilrechts hinsichtlich der öffentlich-rechtlicher Befugnisse der Kantone (Art. 4), zum internationalen Privatrecht (Art.5). Im Laufe der Arbeiten entwickelte sich der Entwurf des einleitenden Teils weiter, und hatte im Entwurf des Bundesrates von 1904 den Umfang von 12 Artikeln²³, um in der endgültigen Fassung des Gesetzes von 1907 den Umfang von 10 Vorartikeln anzunehmen, die drei Themenbereiche abdecken: *Rechtsanwendung, Rechtsausübung, Beweis*.

²² M. Reber, Ch. Hurni, (Fn 27), S. 953 ff.

²³ Das Departmentprojekt von 1903 begann mit dem Art. 6 zum Personenrecht, was darauf hindeutet, dass es zwischen 1900 und 1903 keine Diskussion über die Form der Einleitungsvorschriften gab, und der bisherige Eingangstitel aus dem Projekt von 1900 anerkannt wurde. Die gleiche Schlussfolgerung ergibt sich aus den Nachdrucken der Sitzungen des Kodifizierungsausschusses aus dieser Zeit.

1. Rechtsanwendung

Wohl keine Vorschrift des Schweizerischen Zivilgesetzbuches ist auf so breites Interesse gestoßen wie der Art. 1 dieses Gesetzes²⁴. Es entschied den grundlegenden Zweifel der damaligen Rechtsprechung an der Spruchstellung des Richters. Die Wende vom 19 zum 20. Jahrhundert war eine Zeit des Aufeinanderreibens von zwei Strömungen, von denen die erste die Allmacht des Gesetzes, das der Richter nur aussprechen und treu anwenden kann, anerkannte. Die zweite Strömung entstand auf der Grundlage der Opposition gegenüber allzu wörtlichen und dadurch oft absurden und ungerechten Einhaltung des Buchstabens des kodifizierten Gesetzes.²⁵ Die in diesem Geist entstandene Freirechtsschule (*oder freie Rechtsfindung*) ging von der Annahme aus, dass kein Recht, selbst wenn es mit größter Sorgfalt ausgearbeitet worden wäre, in der Lage sein würde, alle möglichen rechtlichen Ereignisse vorherzusagen, für die es gelten sollte. In solchen Fällen sollte es den Richtern freistehen, Lösungen anzuwenden, die unter Berücksichtigung der Natur des Rechts, in dem das Problem angesiedelt ist und das das Gesetz erfolglos zu regeln versucht hat, angemessen erscheinen.²⁶

Artikel 1 ZGB folgt einerseits den Annahmen der freien Rechtsschule, andererseits zieht er dem richterlichen Ermessen hinsichtlich des Anwendungsbereichs und der Auslegung des Gesetzes klare Grenzen. Der erste Satz der Vorschrift verkündet zweifelsfrei den Vorrang des Gesetzes. Es verpflichtet den Richter, sich in erster Reihe an den Inhalt der darin (im Gesetz) enthaltenen Vorschriften zu halten. Der Inhalt wird auf der Grundlage des wörtlichen Wortlauts der Gesetzesvorschriften, aber auch durch die Auslegung seiner Bestimmungen bestimmt. Bereits in der ersten Gesetzesformulierung bemerkbar ist der Verweis des Gesetzgebers auf Jurisprudenztechniken hingewiesen, die implizit potentielle gesetzliche Lücken füllen werden. Als ob Lücken und Untertreibungen ein wesentliches Element der Aufbau des Gesetzbuches wären. Dieses Argument lässt sich aus den von Eugen Huber geäußerten Voraussetzungen ableiten, dass das ZGB ein *volkstümliches* Gesetz sein soll, auf dessen Vorschriften sich jeder Durchschnittsbürger berufen kann. Es schloss die Möglichkeit des Aufbaus des Gesetzbuches auf der Grundlage des methodischen Modells der deutschen BGB, d. h. der Begriffsjurisprudenz, aus. Die Einfachheit und Zugänglichkeit des ZGB brachte mit sich als Kosten Mangel an konzeptioneller Raffinesse und Schaffung in vielen Fällen höchstens der Umrisse und allgemeiner regulatorischer Rahmen. Auf schweizerischem Boden war die Schaffung eines Gesetzbuchs nach deutschem Vorbild aufgrund der enormen Unterschiede

²⁴ Beispielsweise kann folgende Literatur zitiert werden: M. Gmür, Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 ZGB, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, H. 26, Bern 1908; H. Reichel, Gesetz und Richterspruch. Zur Orientierung über Rechtsquellen- und Rechtsanwendungslehre der Gegenwart, Erscheinungsort unbekannt, 1915; O. A. Germann, Grundsätze der Gesetzesauslegung, Zeitschrift für schweizerisches Recht, Bd. 43, Bern 1924, S. 193 ff.; H. Oser, Eröffnungsrede zur 63. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins in Zürich, ZSR, Bern 1928, S. 176 ff.; J. Heuberger, Ueber einzelne Bestimmungen des Entwurfes des schweizerischen Zivilgesetzbuches, ZSR 1905, Basel, S. 118-128, K. Sójka-Zielińska, Stulecie..., S. 50-51; E. Till, O stanowisku sędziego w odrodzonej Polsce, „Kwartalnik Prawa Cywilnego i Karnego“ 1918, S. 185-225.

²⁵ J. Zajadło, (Fn. 39), S. 148.

²⁶ J. Zajadło, (Fn 39), S. 149.

in der Rechtswissenschaft in der Schweiz zu diesem Zeitpunkt zudem unmöglich. Jahrhunderte interessierte sich die Schweiz im Allgemeinen nicht für das Recht aus wissenschaftlicher Sicht, sondern für seine Funktion als Instrument zur Durchsetzung spezifischer gesellschaftlicher und individueller Interessen²⁷. Die Rechtswissenschaft begann in der Schweiz erst im 18. Jahrhundert zu blühen, so dass auch die Bibliothek des juristischen Denkens und die Rechtssammlungen dieser Zeit bereichert wurden. Besonders förderlich für die Entwicklung des Jurastudiums war die zunehmende Einführung von juristischen Studiengängen in Zentren mit etablierter Lehrtradition wie Basel, wo es seit 1460 eine Universität gab, das Gymnasium in Bern seit 1679, Zürich mit dem Collegium Carolinum aus dem 18. Jahrhundert, Genf, wo bereits 1565 eine juristische Fakultät eingerichtet wurde, und die Akademie von Lausanne, wo 1708 ein Lehrstuhl für Recht und Geschichte eingerichtet wurde²⁸. Trotz des anhaltenden wissenschaftlichen Aufschwungs in der Schweiz im Laufe dieses und des nächsten Jahrhunderts zwang der anhaltende Mangel an juristisch ausgebildeten Fachleuten die Verfasser des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im 19. Jahrhundert einen volkstümlichen Charakter des Gesetzes festzubewahren.

Es ist daher nicht besonders überraschend, dass die Rechtswissenschaft ein Regelungsdefizit empfand. Dem Gesetz wurde vorgeworfen, dass eine nähere Analyse des Inhalts ernsthafte Einwände gegen die angewandte Gesetzgebungstechnik, die das Vorhandensein zahlreicher Lücken und Ungenauigkeiten in einem für jedes Rechtssystem so grundlegenden Werk wie das Zivilgesetzbuch, zulässt, erweckt. Die Folge ist, dass dem Gesetz seiner Autonomie genommen wird, weil seine praktische Anwendung vom Scharfsinn und der Geschicklichkeit der Exekutive und der Judikative abhängig gemacht wird.²⁹ Huber verteidigte konsequent das angenommene Regulierungsmodell und betonte in seinen Erläuterungen, dass das Gesetz sich begrifflich nicht mit dem Begriff des Rechts deckt, das eine viel breitere Bedeutung hat. Identifizierung dieser beiden Begriffe führt zur Fehlfunktion der gesamten Rechtsordnung. In der Praxis der Anwendung des ZGB sollten sich die Juristen in erster Linie auf den Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen stützen und gleichzeitig durch „Auslegungs- und Analogiemethoden“ neue Anwendungsbereiche suchen³⁰.

Hier ist darauf hinzuweisen, dass Huber die Schlussfolgerung aus der Analogie gleichberechtigt mit den Auslegungsmethoden, die den Inhalt der Vorschrift klären sollen, behandelt hat. Die Auslegung der Vorschriften ist eine Präzisierung des Willens des Gesetzgebers, der in einer bestimmten Gesetzesvorschrift enthalten ist, während Schlussfolgerung aus der Analogie ein Verfahren zur Anwendung des Gesetzes über seinen Willen hinaus in Fällen ist, die der Gesetzgeber nicht vorgesehen hat und für die er keine geeignete gesetzliche Vorschrift formuliert hat. Obwohl der erste Satz des Art. 1 des ZGB sich allein auf die Auslegung beruft, definieren *in den Erläuterungen* enthal-

²⁷ A. von Orelli, (Fn 36), S. 9.

²⁸ E. Huber, (Fn 20), S. 5.

²⁹ Aussage von François Gény [nach:] P. Tuor, (Fn 35), S. 11-12.

³⁰ E. Huber, (Fn 27), S. 37.

tenen Erklärungen Hubers die Analogie als ein Werkzeug zur Nutzung der ZGB-Vorschriften, das gegenüber der Auslegung gleichwertig ist. *Die Erläuterungen* sollten als Rechtsauslegung des Gesetzes des Gesetzgebers angesehen werden, weil sie vom Chefarchitekten der Kodifikation stammten und dem Parlament in Ergänzung der Vorschriften des Rechtsaktentwurfs selbst zur Debatte vorgelegt wurden. Es wäre daher schwierig, überzeugende Argumente dafür zu finden, die Analogie nicht als eine der Methoden zur Erweiterung des Anwendungsbereichs des Gesetzes anzuerkennen. Art. 1 des ZGB lässt es zwar nicht eindeutig zu, regt aber zu einem genaueren Studium des Sinns der Vorschrift, auf die man sich beruft. Es geht um die Formulierung: „... nach Wortlaut oder Auslegung...“. Der Gesetzgeber hat in diesem Satz eine untrennbare Alternative verwendet, was bedeutet, dass der Satz wahr ist, wenn mindestens einer der Sätze wahr ist. Der wörtliche Wortlaut der Vorschrift ist nicht der letztendliche Ausdruck der Unanwendbarkeit des Gesetzes, weil über seine Anwendung Durchführung einer angemessenen Schlussfolgerung auf der Grundlage von Auslegungsmethoden oder Analogiemethoden entscheiden kann.

Die Verwendung der Analogie war von messbarer Bedeutung im Hinblick auf die Aufrechterhaltung des Vorrangs des Gesetzes im Prozess der Rechtsanwendung. Die Richter wurden verpflichtet, die Lücken durch Berufung auf das Gewohnheitsrecht zu schließen. Angesichts des relativ geringen Umfangs des Gesetzbuches würde die Notwendigkeit, das Gewohnheitsrecht heranzuziehen, bei fehlender Möglichkeit der Verwendung der Analogie, den praktischen Rang der Gewohnheit und des Gesetzes gleichsetzen.³¹ Klare Absicht des Gesetzgebers war es jedoch, dem Gesetzbuch die höchste Stellung unter den Quellen des Zivilrechts einzuräumen. Im ZGB waren die gesetzlichen Lücken in der Tat eine bewusste Handlung des Herausgebers des Gesetzes. Die sozialen, politischen und wirtschaftlichen Bedingungen erlaubten es in damaligen Augenblick nicht, einen „starren“ Gesetzbuch zu verabschieden, das eine der Säulen des sozialen Lebens auf monochromatische Weise regulieren würde. Die Schweiz brauchte in all ihrer Vielfalt ein Gesetz, das in der Lage wäre, sich plastisch an die Lebensbedingungen ihrer lokalen Gemeinschaften innerhalb der breit definierten normativen Grenzen, die der Gesetzgeber geplant und die Richter in der alltäglichen Gerichtspraxis umgesetzt haben, anzupassen.

Würde keines der grundlegenden Auslegungsverfahren zur Entstehung einer geeigneten Gesetzesvorschrift führen, sollten die Richter in weiterer Reihenfolge auf der Grundlage des Brauchs entscheiden. „*Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden*“ sollte übersetzt werden als: „in Ermangelung einer Gesetzesvorschrift“³², was bedeutet, dass die Rolle des Brauchs Ergänzung des Gesetzes, Füllung der Lücken sowie ersatzweise Geltung sein sollte³³. Der Brauch darf nicht zu einer inhaltlichen Änderung der

³¹ J. Heuberger, (Fn 17), S. 121.

³² Die Pflicht des Richters, den Willen des Gesetzgebers zu ergänzen, indem er mangels einer einschlägigen Gesetzesbestimmung auf der Grundlage eigenständig formulierter Regeln urteilt, wurde als allgemeine, über den Anwendungsbereich von ZGB und OR (Obligationenrecht) hinausgehende Regelung anerkannt. (II Ziv. Abt. BG 16 Febr. 1921 Helvetia c. Pera) BGE 47 II 99, Pr X 121; Sch KK BG 20 Juli 1912 i. S. Deillon) BGE 38 I 657, Pr. I 197, [in:] G. Weiss, (Fn37), S. 8-9.

³³ Die Rechtsprechung hat in diesem Zusammenhang betont, dass ein richterliches Ausfüllen der Lücken

bestehenden Rechtsvorschriften führen, umso mehr nicht zu ihrer Aufhebung auf der Grundlage einer etablierten Tradition. Das Gesetz präzisiert nicht näher keine zusätzlichen Anforderungen, die der Brauch erfüllen muss, und überlässt diese Fragen der Wissenschaft und der Rechtspraxis. Diese wiederum vertraten die Ansicht, dass es sich um einen Brauch handelte, der in der langzeitigen Praxis kontinuierlich verwendet wurde, zu dem es eine Überzeugung hinsichtlich seiner rechtsverbindlichen Kraft gibt³⁴. Was die Regel angeht, ging es auch um einen Brauch, der im ganzen Land gilt. Die Ausweitung des Rechts, sich auf kantonale oder mit noch geringerer lokalen Reichweite Bräuche zu berufen, könnte die Wirksamkeit der rechtlichen Vereinigung des Landes einschränken und damit die Begründetheit der Existenz des ZGB in Frage stellen. Damit ein Brauch als üblich und im gesamten Hoheitsgebiet gültig anerkannt wird, genügte es, dass er sich in Rechtsinstituten offenbarte, die sich auf bestimmte Kategorien von Bereichen oder Berufen bezogen, und nicht notwendigerweise universell auf jede Kategorie von Personen oder Dingen angewendet wurde. Die einzige Ausnahme, wo das Recht der Unterstützung der Praxis mit lokalen Bräuchen anerkannt wurde, waren Situationen, in denen der Gesetzgeber selbst die Vereinigungsbestrebungen aufgab, wie z. B. im Art. 621 ZGB³⁵, der die Vererbung eines landwirtschaftlichen Betriebs betrifft, und in dem auch örtliche Bräuche zu befolgen waren³⁶.

Die letzte Bastion der Sicherheit im Falle einer Gesetzeslücke, die weder die geltende Gesetzgebung noch die Bräuche füllen können, war die Verpflichtung des Richters, eine Entscheidung auf der Grundlage einer Regel zu treffen, die er als Gesetzgeber etabliert hätte (Art. 1 Abs. 2 ZGB). Peter Tuor weist zu Recht darauf hin, dass eine solche gesetzliche Verfügung keine originelle Lösung ist, die von Schweizer Juristen erfunden wurde, sondern eine Tradition, die aus der Römerzeit stammt³⁷. In ähnlichen Fällen verlangte das römische Recht, dass der Richter auf der Grundlage der *naturalis ratio*, d. h. einer „natürlichen Vernunft“, die einen Rechtsgrundsatz auf der Grundlage der Natur der Dinge im Rechtsverhältnis zwischen den Parteien definiert³⁸, entscheidet. Die Natur der Dinge (*rerum natura*) ist kein Prinzip an sich, sondern ist Grundlage für die Etablierung eines Prinzips. Die römischen Juristen der klassischen Periode haben dabei nicht den Weg gezeigt, den man gehen sollte, um dieses Prinzip zu entdecken. Die Lösung dieses Problems wurde dem Richter überlassen³⁹. Es war ein Ausweg, der der Gerechtigkeit gelassen wurde, wenn sich das Gesetz selbst als unzureichend herausstellen sollte. Dieser

nur dann zulässig ist, wenn zweifelsfrei keine Rechtsvorschriften zur Lösung einer bestimmten Frage vorliegen. (Zürich Ob. G. 25 Aug 1920) Bl XX 165, [in:] G. Weiss, (Fn 37), S. 8.

³⁴ P. Tuor, (Fn 35), S. 33.

³⁵ „Erhebt einer der Miterben Einspruch oder erklären sich mehrere zur Übernahme bereit, so entscheidet die zuständige Behörde über die Zuweisung, Veräußerung oder Teilung des Gewerbes, unter Berücksichtigung des Ortsgebrauchs und, wo ein solches nicht besteht, der persönlichen Verhältnisse des Erben“.

³⁶ P. Tuor, (Fn 35), S. 34.

³⁷ P. Tuor, (Fn 35), S. 34-35.

³⁸ I. Koschembahr-Lyskowski, (Fn 24), S. 5.

³⁹ I. Koschembahr-Lyskowski, (fn 24) S. 7-8.

Mechanismus wurde von Aristoteles schon lange vor den römischen Juristen beschrieben, die wir als die ersten Erbauer des europäischen Zivilrechtslehre betrachten. In der Nikomachischen Ethik schrieb er:

„Das hat darin seinen Grund, dass jedes Gesetz allgemein ist und bei manchen Dingen richtige Bestimmungen durch ein allgemeines Gesetz sich nicht geben lassen. (...) Wenn demnach das Gesetz allgemein spricht, aber in concreto ein Fall eintritt, der in der allgemeinen Bestimmung nicht einbezogen ist, so ist es, in Betracht dass der Gesetzgeber diesen Fall außer Acht lässt und, allgemein sprechend, gefehlt hat, richtig gehandelt, das Versäumte zu verbessern wie es auch der Gesetzgeber selbst, wenn er den Fall vor sich hatte, tun, und wenn er ihn gewusst hatte, es im Gesetze bestimmt haben würde.“⁴⁰.

Dieser Satz von Aristoteles wurde direkt in Kurzform im zweiten Absatz des Art. 1 ZGB paraphrasiert. Die Schweizer Kodifizierer teilten die Ansicht des griechischen Philosophen, dass ein Gesetz, das bestimmte allgemeine Formulierungen enthält, nicht in der Lage ist, sich auf die Vielfalt der spezifischen Beziehungen vorzubereiten, die die Praxis im Überfluss hat. Das Schweigen des Gesetzes durfte nicht das Schweigen des Rechts bedeuten, und jeder Fall erfordert eine gerechte Lösung. Der Gesetzgeber vertraute in dieser Angelegenheit dem Geschick des Richters und gab ihm die Richtung seiner Suche in *bewährter Lehre und Überlieferung*, vor⁴¹.

Die Lehre und die Rechtswissenschaft wurden im Gesetz nicht als getrennte Rechtsquellen definiert. Ihre Aufgabe bestand in Bildung einer stabile Auslegungsgrundlage in Bezug auf die geltenden Vorschriften. Sie sollte als Unterstützung und Ergänzung bei der Suche nach dem Bestehen eines einschlägigen Gewohnheitsrechts sowie als wissenschaftliche Grundlage für die gerichtliche Tätigkeit der Gerichte dienen. Ein wichtiger Vorbehalt war die Verpflichtung des Richters, nur gut etablierte, bewährte Quellen zu verwenden. Allein die Existenz eines Standpunkts, der die Ansichten des Richters zu einer bestimmten Entscheidungen unterstützte, reichte nicht aus. Um praktische Anwendung zu finden, musste es ein anerkannter Standpunkt sein.

Ein gewisser Hinweis auf die Qualität der vorgestellten Standpunkte war der Ort ihrer Präsentation, nämlich gesetzliche Kommentare, wissenschaftliche Lehrbücher, rezensierte wissenschaftliche Studien, Universitätsvorlesungen anerkannter wissenschaftlicher Autoritäten, aber auch Gerichtsrechtsprechung, Verwaltungsbeschlüsse und -entscheidungen, Beschlüsse von Justizbehörden usw.⁴² Wichtig war auch die Vielzahl von Quellen, in denen der jeweilige Standpunkt wiederholt, ggf. ergänzt wurde. Die Idee war, zufällige Theorien auszuschließen sowie Standpunkte zu isolieren, die auf der Ebene bestimmter Vermutungen, Annahmen oder Vorhersagen *de lege ferenda* operierten, die

⁴⁰ Aristoteles, (Fn 1), S. 199-200.

⁴¹ Art. 1 Abs. 3 ZGB.

⁴² P. Gauch, (Fn 13), S. 12-15.

noch keine messbare praktische Legitimität haben. Aus offensichtlichen Gründen durften die letzteren keine Grundlage für die Entscheidung des Richters sein.

Die gerichtliche Tätigkeit von Richtern, die Lücken im anwendbaren Recht schlossen, könnte zwei Situationen betreffen. Die erste betraf Ereignisse, die vom Gesetzgeber absichtlich oder irrtümlicherweise außerhalb des Regelungsbereichs gelassen wurden, wo der Richter keine andere Wahl hatte, als so zu entscheiden, als er der Gesetzgeber wäre⁴³. Im zweiten Fall regelte der Gesetzgeber zwar ein bestimmtes Ereignis, allerdings in allgemeiner Weise, indem er unbestimmte, wertende Ausdrücke verwendete, was Fällung einer genauen Entscheidung allein auf der Grundlage einer Rechtsnorm unmöglich machte. In solchem Fall war der Richter verpflichtet, eine Entscheidung auf der Grundlage des sogenannten *richterlichen Ermessens*, d. h. seiner freien Beurteilung, zu machen.

Die Befugnis des Richters hinsichtlich Beurteilungsfreiheit war jedoch von einer uneingeschränkten Macht weit entfernt. Das Gesetz präziserte, dass ein Richter, wenn er eine Entscheidung auf der Grundlage seines eigenen Ermessens, der Beurteilung der Umstände oder unter Berücksichtigung wichtiger Gründe treffen soll, eine Entscheidung auf der Grundlage des Gesetzes und des Grundsatzes der Billigkeit erlassen sollte (Art. 4 ZGB). Diese Vorschrift, die erst in der Phase des Projekts von 1904 formuliert wurde (dort, Art. 5)⁴⁴ zog einen klaren Rahmen für das Verhalten des Richters, indem sie darauf hinwies, dass seine Beurteilung im Rahmen einer objektiven und sachlichen Beurteilung erfolgen muss, die frei von persönlichen Neigungen, Sympathien oder negativen Gefühlen ist. Aufgabe des Rechtsprechers war es, dafür zu sorgen, dass die Entscheidung das Postulat des Eigenkapitals möglichst vollständig umsetzt. Sie sollte auf der Grundlage der geltenden Rechtsvorschriften erlassen werden und gleichzeitig entsprechend ausgewogen sein, also keine unnötige Strenge oder andere Mängel aufweisen, die den Gerechtigkeitsinn der an dem Rechtsstreit beteiligten Personen beeinträchtigen⁴⁵.

Das Gesetz ließ kein besonders weites Feld für Spekulationen darüber, in welchen Fällen ein Richter seine besonderen Fähigkeiten und Geschicklichkeit einsetzen müsste, indem er bei bestimmten Vorschriften die im Artikel 4 des Gesetzes genutzten oder vorgeschlagenen Begriffe verwendet. Zum Beispiel Art. 156 Satz 3 ZGB spricht über das Recht auf *angemessenen persönlichen Verkehr mit Kindern* und der Art. 151 über *schwere Verletzung*. Wie jedes Gesetz, das vergangene Fehler, die in einer kasuistischen Regulierung einzelner Rechtsereignisse bestanden, nicht reproduzierte, wies das ZGB dem Richter die Rolle eines Vermittlers zwischen den vom Gesetz festgelegten allgemeinen Gerechtigkeitsstandards und konkreten Lebensrealitäten zu, die in die in der jeweiligen Gesellschaft geltenden Verhaltensregeln eingeschrieben werden sollten.

⁴³ Bereits in den ersten Jahren des Geltung des Gesetzes hat sich die Rechtsprechung etabliert, wonach der Richter ergänzend zum Gesetz zunächst die Interessen der Parteien nach den Grundsätzen der Billigkeit abzuwägen hat. (II Ziv. Abt. BG 16. Feb. 1921 Helvetia c. Pera) BGE 47 II 99, Pr X 121; (II Zivil Abt. BG 18 Nov 1914 Masse Waldvogel c. Frutiger) BGE 40 II 470, Pr IV 41; [in:] G. Weiss, (Fn 37) S. 7-8.

⁴⁴ Bundesblatt 1904, IV, 100-378.

⁴⁵ P. Tuor, (Fn 35), S. 39.

2. Ausübung des Rechts

In der Anfangsphase der Arbeit an dem Einleitungstitel war weder das Gebot von Treu und Glauben noch das Verbot des Rechtsmissbrauchs vorgesehen. Diesem Problem wurde teilweise durch Art. 644 Abs. 2 Rechnung getragen, der die Nutzung von Eigentumsrechten offenbar einzig zudem Zwecken und anderen Schäden zuzufügen verbot⁴⁶. In seiner Arbeit zum Einführungstitel neigte Huber von Anfang an zu einer weiter gefassten Sichtweise, wonach der Rechtsschutz nicht nur im Falle des Schikaneverbots, sondern in jedem Fall, in dem „das rechtliche Interesse gar nicht vorhanden ist“, zu beschränken sei. Schließlich hat der schweizerische Gesetzgeber „das bisherige sachenrechtliche Schikaneverbot mit der typischerweise schuldrechtlich wirksamen *exceptio doli generis* amalgamiert, um ein allgemeines Rechtsmissbrauchsverbot zu schaffen“⁴⁷.

Artikel 2 formulierte die Verpflichtung, gegenüber jedem, der von seinem Recht Gebrauch macht, in gutem Glauben tätig zu werden. Diese Verpflichtung richtet sich an alle am Rechtsverkehr Beteiligten. Gleichzeitig war es für den Richter ein Hinweis bezüglich Beurteilung der Handlungen der Prozessteilnehmer. Er soll jedes Mal zu prüfen, ob die Parteien bei der Ausübung der ihnen zustehenden Rechte es im Einklang mit dem Wortlaut und dem Zweck des Gesetzes tun. Bei Feststellung eines Rechtsmissbrauchs und Anwendung der Vorschriften des Gesetzbuches entgegen den darin zum Ausdruck gebrachten Werten, war der Richter verpflichtet, den Rechtsschutz zu verweigern. In diesem Zusammenhang Art. 2 ergänzt die Verfügung des Art. 1 über die proaktive Rolle des Richters im Bereich der Gestaltung der normativen Realität in der praktischen Dimension. Dies ergab sich aus der Überzeugung, dass das geschriebene Recht mit seinem Inhalt niemals die Gesamtheit der privatrechtlichen Beziehungen in seiner ganzen Vielfalt erfassen kann. Daher war es notwendig, Mechanismen zu planen, die die Wirksamkeit der Wirkung des Gesetzes in Fällen, in denen die Ausübung bestimmter Befugnisse nicht zum Schutz berechtigter Interessen, sondern zum Nachteil der Partei führen würde, die in gutem Glauben handelt, zu ergänzen und zu stärken⁴⁸.

Aus dem Begriff Treu und Glauben, der von der Art. 2 verwendet wird ergeben sich Gebote pflichtigen Verhaltens. Sie haben ihre Quelle in Moral, Sitte, Ehrlichkeit und Zuverlässigkeit des Verhaltens. Sie ergänzen die Gebote, die sich aus Recht und Sitte ergeben und schaffen gemeinsam mit ihnen den Regulierungsrahmen für die Ausübung des Gesetzes⁴⁹. Es bleibt die Frage, inwieweit diese Regeln eine objektive Bewertungsquelle sein können. Das Gesetz stellt eindeutig fest, dass es sich nur um eine Phase der Ausübung des Rechts handelt, die Begründung eines zivilrechtlichen Verhältnisses selbst wird grundsätzlich nicht unter dem Gesichtspunkt des Inhalts des Art. 2 ZGB beurteilt. Dies gilt jedoch nicht für die Vorschriften über die Form von Rechtsgeschäften, bei denen einer Partei nach Ansicht des Bundesgerichts nicht das Recht auf Geltendmachung

⁴⁶ B. Huwiler, (Fn 22), S. 65.

⁴⁷ B. Huwiler, (Fn 22), S. 66.

⁴⁸ P. Tuor, (Fn 35), S. 40.

⁴⁹ Urteil II Ziv. Abt. BG 6 Nov. 191 und S. Müller c. Hofstetter, BGE 38 II 462, Pr II 56, II Ziv. Abt. BG 22 Okt. 1914 Attenhofer c. Soleil, BGE 40 II 552, Pr III 507, in: G. Weiss, (Fn 37), S. 10.

der Unwirksamkeit wegen Formmängeln, die bereits im Stadium der Begründung eines zivilrechtlichen Verhältnisses bestanden, verweigert werden kann. Die Unmöglichkeit, einen solchen Vorwurf zu erheben, hänge mit dem illusorischen Charakter der Vorschriften über die Form von Rechtsgeschäften zusammen⁵⁰.

Der Grundsatz von *Treu und Glauben* ist erforderlich, um die Wirksamkeit, den Inhalt und die Wirkungen der zwischen den Parteien hergestellten zivilrechtlichen Beziehungen zu beurteilen, die durch die Willenserklärung und den Inhalt der Vorschrift geprägt sind⁵¹. In beiden Fällen ergänzt dieser Grundsatz den Inhalt des abgeschlossenen Vertrages um Elemente, die nicht in den Vertragsinhalt einbezogen wurden und ohne die zu einer groben Verletzung der Interessen einer der Parteien, aus von ihr unverschuldeten Gründen, kommen könnte⁵². In diesem Sinne äußerte sich das Bundesgericht bei der Entscheidung, dass die Parteien bei Vertragsabschluss von einer bestimmten wirtschaftlichen Wirkung des Vertrages ausgingen, die aufgrund einer wesentlichen Änderung der Kaufkraft des Geldes während der Vertragslaufzeit nicht erreicht werden konnte. Wenn der Kreditgeber gewusst hätte, dass es eine Änderung geben würde, durch die die Rendite dreißig Prozent des angenommenen Gewinns betragen würden, hätte er keinen Vertrag abgeschlossen. In diesem Fall erfordert der Grundsatz von Treu und Glauben, den Vertrag durch einen Geldwertumrechnungskoeffizienten zu ergänzen, der die tatsächliche Erfüllung des Vertrags zu den von den Parteien bei Vertragsabschluss festgelegten Bedingungen gewährleistet⁵³.

Im Laufe der Zeit wurde die Rechtsprechung zu den Grundsätzen der Auslegung von Verträgen im Lichte des Grundsatzes von *Treu und Glauben* systematisch erweitert. Aus dem Art. 2 wurde die heute gebräuchliche *clausula rebus sic stantibus* abgeleitet, die vorsieht, dass die Parteien beim Abschluss langfristiger Verträge die Durchführbarkeit des Vorhabens auf der Grundlage der zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestehenden Bedingungen und Umstände beurteilen, wobei davon ausgegangen wird, dass es während seiner Durchführung keine außerordentliche Änderung der Umstände geben wird, die die Erfüllung des Vertrags beeinträchtigen. Kommt es in der Laufzeit eines über einen längeren Zeitraum geschlossenen Vertrages zu einer solchen Änderung der Umstände, die dazu führen würde, dass die weitere Erfüllung zugunsten des Gläubigers gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstößt, waren die Parteien berechtigt, eine solche Vereinbarung zu widerrufen, wenn sie sich nicht auf die Änderung der vereinbarten Bedingungen einigen konnten⁵⁴.

Eine weitere Folge des Funktionierens der Grundsätze von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr war die Verweigerung des Rechtsschutzes für einen offensichtlichen

⁵⁰ P. Tuor, (Fn 35) S. 41.

⁵¹ ibidem.

⁵² Urteil II Ziv. Abt. BG 17 Juni 1915 Urbaine C. Denner, BGE 41 II 446, Pr IV 402 in: G. Weiss, (Fn 37), S. 1275-1277.

⁵³ G. Weiss, (Fn 37), S. 42.

⁵⁴ Urteil I Ziv. Abt. BG 3 Juli 1919 Brasserie St. Jean c. Hinderberger, BGE 45 II 351, Pr VIII 252; [in:] G. Weiss, (Fn 37) S. 19.

Rechtsmissbrauch. In der Praxis bedeutete es, dass es nicht möglich war, verfahrensrechtliche Mittel zum Schutz von Interessen einzusetzen, die darauf abzielten, Wirkungen zu verursachen, die zur Nutzung bestimmter Rechte führten, die dem Zweck des Gesetzes zuwiderliefen. Im Falle eines solchen Ereignisses stand der Partei ein Anspruch auf Widerruf der Wirkungen aus dem Rechtsmissbrauch zu⁵⁵.

Allerdings sollten nur Fälle von offensichtlichem Rechtsmissbrauch geschützt werden. Es handelte sich nicht um eine Situation, in der der Beklagte sein Grundstück aus angeblicher Rache für die frühere Aussage des Klägers (der auf dem Nachbargrundstück wohnt) im Strafprozess gegen den Angeklagten eingezäunt hat. In seinem Urteil stellte das Gericht fest, dass der Eigentümer des Grundstücks, in diesem Fall der Beklagte, ein offensichtliches rechtliches Interesse am Schutz seines Eigentums hat, auch durch die Einzäunung. Bloße Trennung von Nachbargrundstücken ist kein Missbrauch, solange sie die Nutzung der Nachbargrundstücke nicht einschränkt. Die eigentlichen seelischen Beweggründe einer solchen Handlung bleiben aus rechtlicher Sicht gleichgültig, bis nachgewiesen werden kann, dass die Trennung vom Nachbargrundstück eine Schikane bezweckte, z. B. durch den Bau einer hohen Mauer, die die Sicht aus dem Nachbargrundstück verdeckt, was seinen Marktwert verringerte⁵⁶.

Rechtsmissbrauch kann nur durch Handeln und nicht durch Unterlassen verursacht werden. Der Pfandgläubiger missbraucht sein Recht nicht dadurch, dass er von der Ausübung des Pfandrechts gegen Eintreibung der Forderung des Pfandgläubigers abtritt⁵⁷. Es ist auch nicht missbräuchlich, die Schuldscheinplicht in einer Situation geltend zu machen, in der der Wechelaussteller durch seine Unterlassung keinen Forderungsabzugsanspruch gegenüber dem Wechselnehmer geltend gemacht hat und ihm damit ermöglicht hat, die Schuldscheinplicht zu erfüllen. Art. 2 Abs. 1 ZGB findet keine Anwendung, wenn der Schuldner durch sein leichtsinniges oder unverantwortliches Verhalten den Eintritt nachteiliger Rechtsfolgen bei sich heraufbeschwört. In dem oben genannten Tatbestand könnte Art. 2 Abs. 1 nur in einer Situation gelten, in der der Wechelaussteller durch den Wechselnehmer arglistig dazu verleitet würde, keine Aufrechnung zu verlangen, um ihn zur Zahlung des fälligen Betrags samt Zinsen zu zwingen⁵⁸. In diesem Fall wären die negativen Auswirkungen jedoch Folge des Unterlassens seitens des Ausstellers und nicht Folge der Bösgläubigkeit des Wechselnehmers, sodass von einer Anwendung des Schutzes gemäß Art. 2 Abs. 1 ZGB keine Rede sein könnte.

Nicht weniger bedeutend für die Bestimmung der Prinzips der Rechtsausführung anhand des Schweizerischen Zivilgesetzbuches war der Art. 3, wonach dort, wo das Gesetz Rechtswirkungen an den guten Glauben der Partei knüpft, dessen Bestehen vermutet wird. Wer nicht nach Treu und Glauben mit der nach den Umständen zu erwartenden Sorgfalt gehandelt hat, darf sich darauf nicht berufen.

⁵⁵ P. Tuor, (Fn 35), S. 46-47.

⁵⁶ G. Weiss, (Fn 37) S. 13-14.

⁵⁷ Urteil Zürich ob. G. 31 Aug. 1910, Bl. XVI 370, in: G. Weiss, (Fn 37) S. 15.

⁵⁸ Urteil (II. Ziv. Abt. BG 1. März 1917 Eberle c. Hämmerli) BGE 43 II 72, Pr VI 143, in: G. Weiss, (Fn 37), S. 15.

Der dritte Artikel des ZGB hat trotz seines scheinbar harmlosen Inhalts einige Kontroversen ausgelöst. Bereits im Stadium des Vorentwurfs wurde überlegt, ob diese Bestimmung überhaupt in den Inhalt des Bürgerlichen Gesetzbuchs aufgenommen werden sollte. Der Richter des Bezirksgerichts Aargau, Dr. J. Heuberger, forderte die Entfernung dieser Vorschrift wegen ihrer zu ungenauen und damit unbestimmten Anwendungsbreite. Der Inhalt des Rechtsverkehrs wird seiner Meinung nach durch entsprechende ausführlichen Vorschriften geprägt. Diese Vorschriften vermitteln ein vollständiges und objektives Bild des Rechtsstatus, der zwischen den Parteien bestehen muss, damit ein bestimmtes Rechtsverhältnis als voll wirksam angesehen werden kann. Verleihung der im Art. 3 ZGB beschriebenen Regel einer vollen gesetzlichen Sanktion könnte laut Heuberger einem Richter die Möglichkeit eröffnen, über die Nichtigkeit eines Rechtsakts allein aufgrund subjektiver Empfindungen hinsichtlich der Untreue einer der Parteien zu entscheiden⁵⁹. Bei einer breiten Anwendung dieses Grundsatzes drohe die Gefahr einer Einschränkung der Wirksamkeit der übrigen Vorschriften des materiellen Rechts, die Richter aufgrund des schwammigen Begriffs „Treu und Glauben“ auf ihre persönlichen Vorlieben anwenden oder nicht anwenden könnten.

Mit dem Fortschritt der Arbeiten am Gesetz wurden die Stimmungen zum Inhalt des Art. 3 der ZGB immer positiver. Vor allem wurde angemerkt, dass dies nicht ein Versuch sei, Gebote der Ethik in rechtliche Gebote zu überführen, sondern das seit langem funktionierende Prinzip in neuer Form wiederherzustellen. Der Grundsatz von Treu und Glauben aus Art. 3 ZGB stammt noch aus dem römischen Recht, das die Begriffe *bona fides* und *aequitas*⁶⁰ verwendete. Der Grundsatz von Treu und Glauben sollte eine Art besonderen Schutzmittels gegen die Beschwerde des Klägers sein, die, obwohl formal begründet, der zuvor gegenüber der Beklagten abgegebenen Willenserklärung des Klägers widersprach, zweitens als Schutzmaßnahme gegen die Forderung der Erfüllung einer Leistung, für die kein berechtigtes rechtliches Interesse bestand, und letztlich als Schutzmaßnahme gegen die Beschwerde des Klägers, die darauf abzielte, einer unklaren Vertragsklausel eine ungewöhnliche und unlautere Bedeutung zu verleihen⁶¹.

Diese Prinzipien galten wirksam bereits vor Inkrafttreten des ZGB und bildeten die Grundlage der gerichtlicher Entscheidungen. Im Urteil des Basler Appellationsgerichts vom 9. Mai 1905 entschied das Gericht, dass mangels ausdrücklicher vertraglicher Bestimmungen über den Umfang der Schuldscheinsicherung die Bank diese Sicherheit nicht frei auf Forderungen, die Dritte gegenüber dem Schuldscheinschuldner hatten und an die Bank abgetreten haben, erweitern darf. Bei Begründung der Entscheidung betonte das Gericht, dass die Schuldscheinsicherung für einen Bankkontovertrag gewöhnlich die Sicherung der Ansprüche bedeute, die der Bank im Zusammenhang mit der Kontoführung zustehe. Dabei spielt es keine Rolle, dass die Bank von Anfang an beabsichtigte, den erweiterten Schutz ihrer Forderungen zu nutzen, der jedoch bei dieser Art von Verträgen nicht üblich ist. Um sich auf einen solchen außerordentlichen Schutz zu beru-

⁵⁹ J. Heuberger, (Fn 17) S. 133-136.

⁶⁰ M. Stähelin, (Fn 25), S. 356-357.

⁶¹ M. Stähelin, (Fn 25), S. 361-362.

fen, hätte die Bank beim Abschluss des Kontovertrags eine klare Willenserklärung abgeben müssen⁶². Im vorliegenden Fall beruhte die Entscheidung auf Anordnungen zu *Geboten des anständigen Verkehrs* und des *bona fides*⁶³.

In diesem Zusammenhang die Bedeutung von Art. 3 Abs. 1 ZGB ist nicht, wie vorgeworfen wird, die Zustimmung eines Richters, nach individuellem Billigkeits- Gerechtigkeitsempfinden zu urteilen, oder die Zustimmung des Gesetzgebers, sich von seinen eigenen Vorlieben und Abneigungen leiten zu lassen, sondern es ist ein Hinweis darauf, dass der Richter vertragliche Bestimmungen in üblicher Weise ergänzen soll, die für eine bestimmte Kategorie von Verträgen, die in Übereinstimmung mit den Grundsätzen des ordentlichen Verkehrs und des *bona fides* abgeschlossen werden, dem Brauch entsprechend angenommen werden. Auch in diesem Fall kann der Standpunkt eines Richters nicht willkürlich gestaltet werden, sondern muss sich an der etablierten Verkehrspraxis und dem Standpunkt der Doktrin orientieren. Die Bedeutung des dritten Artikels liege also darin, einem seit Generationen im Rechtsverkehr wirksamen Grundsatz gesetzliche Geltung zu verschaffen⁶⁴. Verkehrsteilnehmer und Richter, die Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Durchführung von Verträgen entschieden, erhielten wirksame Waffe gegen jeden Versuch des Rechtsmissbrauchs, der zwar unter dem Deckmantel der Legalität, aber zu gesetzeswidrigen Wirkungen führte.

Art. 4 ZGB wurde bereits oben neben Ergänzung der Angaben zu Art. 1 besprochen, deswegen sollte in nächster Reihe die Bedeutung des Art. 5 des Gesetzbuches, der das Verhältnis des kantonalen Rechts zum Bundesrecht, erklären. Der wichtigste Einwand gegen diesen Artikel ist die Anerkennung der Verbindlichkeit des kantonalen Zivilrechts nur aufgrund einer ausdrücklichen Weisung, die in den Bestimmungen des Zivilgesetzbuches oder anderen ausführlichen Gesetzen enthalten ist. Damit verloren die Kantone ihre Kompetenz zum Erlass von Zivilrechten zwar nicht vollständig, besaßen sie aber nur, soweit ihnen das allgemeine Staatsrecht dies erlaubte.

Das ZGB verzichtete gewissermaßen auf seinen Anspruch als ordnungspolitischer Hegemon im Bereich des Privatrechts, betonte jedoch zugleich die Vermutung einer gesamtschweizerischen Rechtseinheit. Diese Vorschrift war ein Mittel, um eine, sagen wir mal, „weiche“ Vereinigung zu gewährleisten, bei der der Staat einerseits starre normative Regeln auferlegt, andererseits die Anwendung lokaler Verhaltensregeln erlaubt, wenn dies durch besondere lokale Bedürfnisse gerechtfertigt ist. Art. 5 hat dem Bundesgesetz die notwendige Flexibilität verliehen, mit Vorbehalt, dass es *lex specialis* gegenüber dem allgemeinen Grundsatz des Vorrangs des Schweizerischen Zivilgesetzbuches ist. Damit war eine erweiterte Auslegung der Gesetzgebungsbefugnisse der Kantone ausgeschlossen, die seit der Verabschiedung der Änderung des Art. 64 der Verfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft von der gesetzgebenden Tätigkeit der Bundesversammlung dominiert wurden. Bestätigt wird es durch den Standpunkt des Bundesgerichtshofs von

⁶² M. Stähelin, (Fn 25), S. 375.

⁶³ M. Stähelin, (Fn 25), S. 375.

⁶⁴ M. Stähelin, (Fn 25), 376.

1916, wonach in den Bereichen des Zivilrechts, die kraft besonderer Vorschriften dem kantonalen Recht unterliegen, die Bestimmungen des Obligationenrechts (Fünftes Buch ZGB) über Entstehung, Aufhebung und Erfüllung von Verträgen Anwendung finden, wenn das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien auf Grundlage des Vertrages begründet wurde⁶⁵. Dieser Spruch stellt fest, dass auch wenn bestimmte Zivilverhältnisse kantonalem Recht unterstehen, die allgemeinen Bestimmungen des Zivilgesetzbuches ihnen gegenüber gültig und wirksam bleiben. In einer breiteren Perspektive bestätigte dieses Urteil des Bundesgerichtshofs die Kohärenz des schweizerischen Privatrechtssystems.

Mit dem Inkrafttreten des allgemeinen Privatrechtsgesetzes musste nicht nur das gegenseitige Verhältnis zwischen dem Privatrecht der Kantone und des Bundes, sondern auch das Verhältnis zwischen dem Privatrecht des Bundes und dem öffentlichen Recht der Kantone geregelt werden. Dies wurde in Artikel 6 des ZGB erwähnt, der in Ergänzung zur Weisung des vorangegangenen Artikels festlegte, dass das eidgenössische Zivilrecht nicht in die öffentlich-rechtlichen Gesetzgebungsbefugnisse der Kantone eingreift. Diese Vorschrift ist besonders wichtig in Beziehungen, die durch die Normen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts gemeinsam geschaffen werden. Dies gilt nicht nur für Situationen im Zusammenhang mit der Sicherheit des Verkehrs, worauf der zweite Satz des Art 6 hinweisen könnte (Sie können in den Schranken ihrer Hoheit den Verkehr mit gewissen Arten von Sachen beschränken oder untersagen oder die Rechtsgeschäfte über solche Sachen als ungültig bezeichnen), sondern aber für viele Kategorien von Ereignissen, die scheinbar nur von einem Rechtsgebiet (des öffentlichen bzw. Privatrechts) reguliert werden. In der Sache *Guichard gegen Neuenburg*⁶⁶ entschied das Bundesgericht, dass aus Gründen der *ordre public* die Kantone die Befugnis haben, die Erziehungsfreiheit der Eltern einzuschränken, indem sie Gesetze erlassen, die das Recht Minderjähriger auf Teilnahme an Kinovorführungen einschränken. Das bedeutete, dass der Staat zwar bestimmte Freiheiten des Bürgers im privatrechtlichen Bereich gewährt oder bestätigt, aber gleichzeitig die Möglichkeit einräumt, sie aufgrund des Schutzes eines überwiegenden gesellschaftlichen Interesses einzuschränken. In diesem Fall wurde die Freiheit der Eltern, die Grenzen der Freiheit für ihre Kinder zu definieren, durch die Notwendigkeit überwogen, spezifische soziale Einstellungen unter Jugendlichen zu formen. Aufgrund des überwiegenden gesellschaftlichen Interesses könnten die durch die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs geschützten Freiheiten auf der Grundlage des öffentlichen Rechts weiter konkretisiert, einschließlich eingeschränkt werden.

Dieses Prinzip durfte jedoch nicht analog bezüglich *Pflichten*, die sich aus dem Zivilrecht ergeben, angewendet werden. Wie das Bundesgericht urteilte, berechtigt die kantonale Umsetzung einer bestimmten Sozialpolitik im Bereich der Begrenzung der Beteiligung der öffentlichen Hand an Finanzierungsaufgaben der Armutsbekämpfung die Kantone nicht, die Unterhaltspflichten der Bürgerinnen und Bürger über den im Schwei-

⁶⁵ Urteil (I Ziv. Abt. BG 29 Jan. 1916 Hubertus c. Strub.) BGE 42 II 49, Pr V 147, [in:] G. Weiss, (Fn 37), S. 28.

⁶⁶ (Staatsrechtl. Abt. BG 21 Okt. 1915 Guichard c. Neuenburg) Pr IV 516G. Weiss (Fn 37), S. 32.

zerischen Zivilgesetzbuch beschriebenen Rahmen hinaus auszudehnen⁶⁷. Der Einflussbereich des kantonalen öffentlichen Rechts auf die Familienverhältnisse lag im Rahmen der Präzisierung des Umfangs der Freiheiten, ohne in den Umfang der kraft des Zivilgesetzbuchs auferlegten Pflichten einzugreifen.

Der Regelungsbereich mit deutlicher Abhängigkeit zwischen Zivilrecht und öffentlichem Recht war das Eigentumsrecht. Als zweiter Satz des Art. 6 ZGB besagte, durften die Kantone aus wichtigem öffentlichen Interesse den Verkehr mit bestimmten Kategorien von Sachen einschränken oder ausschließen. Dies betraf beispielsweise die Festlegung von Regeln für den Verkehr von Arzneien und gefährlichen Stoffen oder den Handel mit Erzen oder Edelsteinen⁶⁸. Das Recht der Kantone, Eigentumsrechte mitzudefinieren, erstreckte sich auch auf das Recht, detaillierte Regeln und Verfahren für die Nutzung von Immobilien festzulegen, wenn die Ausübung der individuellen Rechte der Eigentümer in direktem Zusammenhang mit den Rechten der Gesellschaft als Ganzes stand. Dies könnte in der Verpflichtung zum Ausdruck kommen, die Existenz auf dem Grundstück des Eigentümers von Übertragungseinrichtungen zu dulden oder öffentliche Messmarken darauf zu unterhalten.⁶⁹ Der Richter des Zivilgerichts war dabei nicht befugt zu prüfen, ob das Gerät tatsächlich dem Gemeinwohl dient⁷⁰.

Das öffentliche kantonale Recht griff in die Ausübung des Eigentumsrechts an Grundstücken ein, indem es Bau-, Brandschutz-, Gesundheitsschutz-, Straßenbau- und -unterhalts-, Denkmal-, Naturdenkmalschutz- und andere Vorschriften zum Schutz der Umwelt, einschließlich Aussichtspunkten und Heilquellen, vor Zerstörung erlies⁷¹. Zu diesem Zweck haben die meisten Kantone Gesetze und Verordnungen über den sog. *Natur- und Heimatschutz* erlassen. Die Kantone waren berechtigt, die genannten Vorschriften, gestützt auf die allgemeine Kompetenzabgrenzungsregel des Art. 6, ohne Notwendigkeit der Berufung auf ausdrücklichen Verweis nach den Bestimmungen des ZGB, im Rahmen der Bundesverfassung, der kantonalen Verfassungen und des überwiegenden gesellschaftlichen Interesses⁷² zu erlassen.

Die letzte Bestimmung des Einführungstitels, die zum Regelwerk über die Grundsätze der Rechtsausübung gezählt wird, ist Art. 7 ZGB. Er erweiterte die Anwendung der allgemeinen Grundsätze des *Obligationenrechts*, OR) über die Begründung, Erfüllung und Aufhebung eines Vertrages auf sonstige zivilrechtliche Verhältnisse⁷³. Das Bürgerliche Gesetzbuch selbst regelt eine Reihe von zivilrechtlichen Verträgen, wie zum Beispiel Verlobung (Art. 90 und ff. ZGB), Eheverträge (Art. 179 und ff. ZGB), Erbteilungsverträge (Art. 634 ZGB), Verträge über Errichtung der Grunddienstbarkeiten (Art. 732 ZGB)

⁶⁷ (Staatsr. Abt. Bg 19 Okt. 1916 Salamin c. Sierre.) BGE 42 I 346, Pr. V 528G. Weiss (Fn 37), S. 571.

⁶⁸ A. Reichel, (Fn 29), S. 18.

⁶⁹ (II Ziv. Abt. BG 19 Sept. 1917 Barbezat c. Fleurier.) BGE 43 II 541, Pr. VI 452, [in:] G. Weiss, (Fn 37).

⁷⁰ (Staatsr. Abt. BG 12 Sept. 1919 Zürich c. Kass.G. Zürich) BGE 45 I 255, Pr. VIII 339, [in:] G. Weiss, (Fn 37), Bd. II Erbrecht, Sachenrecht Anwendungen- und Einführungsbestimmungen, Zürich 1928, S. 904.

⁷¹ Mehr dazu im Art. 702 ZGB.

⁷² (Staatsr. Abt. BG 29 Okt. 1915 Dolderbahn c. Zürich.) BGE 41 I 483, Pr. IV 525.

⁷³ A. Reichel, (Fn 30), S. 19.

und viele andere, auf die die Bestimmungen des Obligationenrechts sachgerecht angewendet werden könnten. In welchem Fall und in welchem Umfang sollte hingegen jeweils von der Einschätzung des Richters abhängen.

Im Urteil vom 4. Februar 1919 entschied das Bezirksgericht Aargau, dass Art. 7 ZGB Anwendung findet, soweit das Gesetz für die in dieser Vorschrift bezeichneten „sonstigen bürgerlichen Rechtsverhältnisse“ keine abweichenden Regelungen vorsieht. Die allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechts dürfen im Rahmen der Vorschriften über die Form der Todesfallverordnung nicht angewendet werden, weil es diesbezüglich ausführliche Vorschriften des Zivilgesetzbuchs gibt.⁷⁴

In den meisten Fällen ergänzten die Vorschriften des Obligationenrechts die Vorschriften des Zivilgesetzbuches erheblich. Zum Beispiel Art. 11 OR wurde verwendet, um die Bedeutung der „amtlichen Urkunde“ als Rechtsform der Anerkennung des Kindes zu beurteilen. Nach dem Obligationenrecht war es ein Erfordernis, das die Gültigkeit eines Rechtsaktes bestimmte⁷⁵. Das OR wurde auch auf eine Reihe von Regeln zur Berechnung von Fristen angewendet. Nach dem Urteil in der Sache *Winkler gegen Musie* vom 28. Januar 1914, wird der Art. 78 des Obligationenrechts, der bestimmt, dass sich der Leistungstermin auf den Montag verlängert, wenn der letzte Tag der Frist auf einen Sonntag fällt, auch beim Pfand bei Bauverträgen angewendet⁷⁶. Entsprechende Anwendung der OR-Vorschriften zur Fristberechnung umfasste gleichermaßen die Festsetzung von Verjährungs- und Ausschlussfristen. Daher sollte der Art. 132 des Obligationenrechts betreffend Berechnung der Verjährungsfristen auf die im Familienrecht enthaltenen Ausschlussfristen angewendet werden (Art. 308 ZGB)⁷⁷.

Art. 7 ZGB spielte die Rolle der Integrators beider Gesetze. Obwohl das Zivilgesetzbuch später als Obligationenrecht entstand, wurde es so aufgebaut, dass es seine (OR) Regelungen voll ausschöpfen kann. Die Eingliederung des OR in das ZGB als dessen fünftes Buch war zwar rein formaler Natur, weil es in technischer Hinsicht unverändert belassen wurde (eigene Nummerierung der Vorschriften, inhaltliche Anordnung), blieb der materielle Inhalt beider Gesetze in strengem Abhängigkeitsverhältnis und Verhältnis gegenseitiger Ergänzung. Der siebte Artikel schließt den Hauptteil der Gesamtheit der Vorschriften des Schweizerischen Zivilgesetzbuches ab, die den Stellenwert und die Bedeutung dieses Gesetzes in der normativen Ordnung des Bundes definieren.

IV. SCHLUSSFOLGERUNGEN

Das Inkrafttreten des Schweizerischen Zivilgesetzbuches war ein Meilenstein auf dem Weg zum Aufbau eines einheitlichen Bundesstaates. Man kann ohne Übertreibung sagen, dass die weiteren Integrationsprozesse des Landes vom Erfolg dieses gesetzgeberi-

⁷⁴ (II Ziv. Abt. BG 4. Febr. 1919 Zihlerc. Ruf.) BGE 45 II 138, Pr VIII 107, (Aargau Ob. G. 20. Sept. 1918) Aa. Vschr. 1919 S. 5; [in:] G Weiss, (Fn 37), S. 34.

⁷⁵ (II. Ziv. Abt. BG 20. Febr. 1918 M. c. K.) Pr. VII 135, [in:] G. Weiss, (Fn 37), S. 34.

⁷⁶ BGE 40 II 21, Pr III 125, [in:] G. Weiss, (Fn 37), S. 34.

⁷⁷ (II Ziv. Abt. BG 6 Juli 1916 Brüderlein c. Meyer), BGE 42 II 31, Pr. V 345, [in:] G. Weiss, (Fn 37), S. 34.

schen Vorhabens abhingen. Daher bedurfte es einer genauen Gliederung und eines genauen Inhalts des Gesetzbuches, damit sie so vollständig wie möglich dem Hauptziel dienen, ein einheitliches Zivilrecht zu schaffen, das allen kleinen Schweizer Heimatländern gemeinsam ist. Die angenommene inhaltliche Gliederung war die Resultante der bisherigen Gesetzgebungserfahrungen der Kantone. In diesem Fall mussten die Errungenschaften der Wissenschaft zur Systematik des Gesetzbuches der Rechtstradition der Regionen, die die Schweizer Gemeinschaft aufbauten, weichen.

Auf die Frage, ob es aus gesetzgebungstechnischer Sicht besser wäre, einen umfassenden allgemeinen Teil des ZGB zu konstruieren oder es in einzelne Rechtsabschnitte zu zerlegen, um die Navigation zwischen den Gesetzbestimmungen zu erleichtern, wird es keine Antwort mit dem Wert einer absoluten Wahrheit geben. Einerseits ist die Logik der Argumentation des Gesetzesautors schwer zu verleugnen, dass bestimmte Institutionen, die für viele Sonderlösungen gelten, nicht universell genug sind, dass sie nicht in engem Zusammenhang mit dem Kontext der Rechtsverhältnisse, in denen sie erscheinen, erläutert werden müssen. Als überzeugend sollte das Argument anerkannt werden, dass einige allgemeine Vorschriften nur gegenüber einigen ausführlichen Vorschriften von erheblichem Wert sind, während ihr Wert für andere vernachlässigbar ist.

Das Problem, das sich aus dieser Lösung ergeben könnte, besteht darin, dass wenn keine allgemeine Norm im Zusammenhang mit jeder Rechtsinstitution, bei der sie auftritt, definiert wird, trägt das Fehlen eines allgemeinen Teils nicht zur Klarheit des Gesetzes bei. Die Frage, den Inhalt der Norm aus mehreren Bestimmungen an verschiedenen Stellen des Gesetzbuches aufzubauen, bleibt offen, aber in diesem Fall befinden sich die allgemeinen Normen im gesamten Raum des Gesetzes und nicht im einleitenden Titel. Ich neige daher zu dem Schluss, dass sowohl die technische Lösung, die darin besteht, den allgemeinen Teil abzusondern, als auch seine einzelnen Fragmente bestimmten Titeln des Gesetzbuches zuzuordnen, von den Empfängern des Gesetzes Wissen und Erfahrung in der Anwendung erfordert.

Das Fehlen eines allgemeinen Teils des ZGB war Ausdruck des gesetzgeberischen Pragmatismus, eine logische Lösung, die sich aus der Kenntnis und Akzeptanz der bestehenden Rechtstradition ergab. Der Umstand, dass die kantonalen Gesetzbücher keinen abgesonderten allgemeinen Teil hatten, führte zur allgemeinen Entwicklung der Möglichkeit, den Inhalt des Gesetzes unter Beibehaltung dieser Ordnung der Vorschriften zu verwenden. Der Versuch, eine andere Struktur aufzuzwingen, würde für den Rechtsspraktiker das Erlernen einer fremden Art der Regelungsgestaltung erforderlich machen und damit das intuitive Zurechtfinden in ihrem Inhalt stören. Es könnte ungeachtet des hohen legislativen Niveaus einzelner sachlicher Lösungen des Gesetzes unnötigen Widerstand gegen das Gesetzbuch selbst hervorrufen.

Angesichts dieser Überlegungen ist es schwierig, einen sachlichen Einwand gegen das Fehlen eines gesonderten allgemeinen Teils des Gesetzes zu formulieren. Die Beschränkung der „vor die Klammern gesetzten“ Vorschriften auf 10 Artikel des Einleitungstitels lässt keine größeren Bedenken und Vorwände aufkommen. Obwohl die Einfüh-

rung in das Gesetzbuch hinsichtlich des Volumens eher dürftig ist, ist ihre Auswirkung auf das Verständnis, „was ist Schweizerisches Zivilgesetzbuch in der Rechtsordnung der Schweiz?“ von entscheidender Bedeutung. Schon der erste Satz des Gesetzbuches führt den unbestreitbaren Vorrang des Gesetzes ein, bei gleichzeitiger Wertschätzung der gesetzgebenden Rolle der Sitte und des *naturalis ratio*. Damit wurde das Gesetz in den normativen Kanon zeitgenössischer Rechtsquellen des Rechtsstaates aufgenommen, gleichzeitig den intergenerationellen Dialog mit dem historischen Erbe der Schweiz und der europäischen Kultur erhaltend. Als nächstes definiert der einleitende Titel die Arbeitsmethoden eines Richters, der aktiv daran arbeiten soll, die Wirksamkeit von Gesetznormen durch den korrekten Einsatz aller der modernen Wissenschaft zur Verfügung stehenden Werkzeuge aufrechtzuerhalten, um die Ziele des Gesetzes zu erreichen. Er soll auf der Grundlage und innerhalb der Grenzen des Rechts wirken, dabei bedenkend, dass Recht ein viel inhaltsreicherer Begriff ist als Begriffe des *Gesetzbuches oder des Gesetzes*. Endlich sind die Vorschriften der *Einleitung* Garant der Kohärenz der gesamten Privatrechtsordnung, indem sie das Verhältnis zwischen dem Bundes- und Kantonsrecht und in diesem Zusammenhang, dem Privat- und öffentlichem Recht, bestimmen.

Trotz der erklärten Absicht des Gesetzgebers, ein Gesetzbuch zu schaffen, das die Rechtstraditionen der Kantone mit den Anforderungen eines modernen Bundesstaates verbindet, ist den Architekten dieses Gesetzes viel mehr gelungen. Der einleitende Titel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches gründet das Gesetz in den gegenwärtigen Lebenswirklichkeiten und schreibt es gleichzeitig in ununterbrochene Entwicklungskette der europäischen Zivilrechtslehre ein.

LITERATURVERZEICHNIS

1. Bücher und Artikel

Arystoteles, *Etyka Nikomachejska*, Księga V, Rozdział X, Warschau 2020

A. Bauhoffer, Entstehung und Bedeutung des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches von 1853-55, Beiheft zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR), Neue Folge (NF), Bd. XLVI, H.1,

J. C. Bluntschli, Erinnerung an Friedrich Ludwig Keller, Beiheft zur Kritische Vierteljahrsschrift, Bd III, München 1861,

E. Bucher, Der Einfluss des französischen Code Civil auf das Obligationenrecht, P. Caroni (Red.) Das Obligationenrecht 1883-1983, [in:] Berner Ringvorlesung zum Jubiläum des schweizerischen Obligationenrechts, Bern/Stuttgart 1984

L. Carlen, Österreichische Einflüsse auf das Recht in der Schweiz, Innsbruck 1977

- P. Caroni, Der Demokratische code unique von 1881. Eine Studie zur ideologischen Beziehung von Sonderrecht und Demokratie, [in:] P. Caroni (Red.), Das Obligationenrecht 1883-1983. Berner Ringvorlesung zur Jubiläum des Schweizerischen Obligationenrecht, Bern-Stuttgart 1984
- B. Dölemyer, Kodifikationen, [in:] H. Coing(Red), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Bd III/2 München 1982
- A. Egger, H. Oser, A. Escher, A. Reichel, C. Wieland (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 1911
- F. Elsener, Die Schweizer Rechtsschulen vom 16. Bis zum 19 Jahrhundert unter besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, Zürich 1975
- U. Fasel, Handelsrechtliche Gutachten und Entwürfe?
- U. Fasel, Sachenrechtliche Materialien, Basel 2005
- H. Fritsche, Deutsch und Welsch im schweizerischen Privatrecht, [in:] W. Burckhardt (Red.), Politisches Jahrbuch der schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 1917
- P. Gauch, Was zählt, ist einzig, was man gerade weiss. Gedanken zur Gesetzgebung, zur Rechtsprechung und zu den Parteien, Sonderdruck aus Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Bern 2013
- O. A. Germann, Grundsätze der Gesetzesauslegung, „Zeitschrift für schweizerisches Recht“ (ZSR), Bd. 43, Bern 1924
- M. Gmür, Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 ZGB, „Abhandlungen zum Schweizerischen Recht“ (ASR), Heft 26, Bern 1908
- F. Gygi, Die Verfassungsgrundlagen des Schweizerischen Obligationenrecht, [in:] P. Caroni (Red.), Das Obligationenrecht 1883-1983. Berner Ringvorlesung zur Jubiläum des schweizerischen Obligationenrecht, Bern-Stuttgart 1984
- Heuberger, Ueber einzelne Bestimmungen des Entwurfes des schweizerischen Zivilgesetzbuches, ZSR 1905, Basel
- S. Hofer, Brennpunkte des Berner Rechts 1864-1870 im Spiegel der Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, ZBJV 2014
- S. Hofer, Ein leiser Verfechter von Freiheit und Gleichheit Samuel Ludwig Schnell (1775-1849), Berner Zeitschrift für Geschichte, 2/2015
- E. Huber, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, Bd. I, Basel 1886 r, S. 5
- Ch. Hurni, M. Reber, S. Hofer (Hrsg), Berner Kommentar. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Materialien zum Zivilgesetzbuch., Bd. 1, Bern 2009

B. Huwiler, Aequitas und bona fides als Faktoren der Rechtsverwirklichung: zur Gesetzgebungsgeschichte des Rechtsmissbrauchsverbotes (Art. 2 Abs. 2 ZGB), [in:] B. Schmidlin (Red.) *Vers und droit prive europeen commun?*- Skizzen zum gemeineuropäischen Privatrecht, Beiheft Nr 16 zur ZSR, Basel 1994

M. Immenhauser, *Das Dogma von Vertrag und Delikt, Zur Entstehungs- und Wirkungsgeschichte der zweigeteilten Haftungsordnung*, Köln Weimar Wien 2006

I. Koschembahr-Łyskowski., *Ratio naturalis naturalis w prawie rzymskim klasycznym*, „Prace Towarzystwa Naukowego Warszawskiego, Klasa II Nauk Historycznych, Społecznych i Filozoficznych, Nr. 20, Warschau 1930

M. Stähelin, *Zu Art. 3 I des Zivilgesetzentwurfs*, „Zeitschrift für Schweizerisches Recht Neue Folge“ (ZSR NF), Band XXVI, Basel 1907

H. Oser, *Eröffnungsrede zur 63. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins in Zürich*, ZSR, Bern 1928

M. Reber, Ch. Hurni (Hrsg), *Berner Kommentar. Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Bd. II, Bern 2007

M. Reber, Ch. Hurni, L. Schwizer (Hrsg), *Berner Kommentar. Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Bd. III, Bern 2015

H. Reichel, *Gesetz und Richterspruch. Zur Orientierung über Rechtsquellen- und Rechtsanwendungslehre der Gegenwart*, Erscheinungsort unbekannt, 1915

H. Reichel, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Einleitung*, [in:] A. Egger, H. Oser, A. Escher, A. Reichel, C. Wieland (Hrsg.), *Kommentar um das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, Zürich 1911

A. Schneider, H. Fick, *Das Schweizerische Obligationenrecht sammt den Bestimmungen des Bundesgesetzes- betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit mit allgemeinsachlichen Erläuterungen*, Zürich 1882

S. L. Schnell, *Civil-Gesetzbuch für den Kanton Bern mit Anmerkungen*, Bd.1, Bern 1834

K. Sójka- Zielińska, *Stulecie kodeksu cywilnego szwajcarskiego*, „Czasopismo Prawno-Historyczne“ (CPH), Bd. LXIV, H. 2/2012

E. Till , *O stanowisku sędziego w odrodzonej Polsce*, „Kwartalnik Prawa Cywilnego i Karnego“, Warschau 1918

P. Tuor, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, Zürich 1932

A. von Orelli, *Rechtsschulen und Rechtsliteratur in der Schweiz vom Ende des Mittelalters bis zur Gründung der Universitäten von Zürich und Bern*, Zürich 1879,

G. Weiß, *Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen zum schweizerischen Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht sowie den zugehörigen Nebengesetzen*,

Verordnungen und internationalen Uebereinkünften umfassen den Zeitraum 1912-1921, Zürich 1925

S. Wolf, Das Civil-Gesetzbuch für den Kanton Bern von 1824-1830 (CGB) und seine Orientierung am ABGB, [in:] F. A. Schurr, M. Umlauf (Red.), Festschrift für Bernhard Echer, Wien 2017

J. Zajadło, Kantorowicz, Sopot 2019

K. Zweigert, H. Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Auflage, Tübingen 1996

2. Parlamentarische Quellen

Confidentielle Mitteilung. Über die Art und Weise des Vorgehens bei der Ausarbeitung des Entwurfes eines einheitlichen schweizerischen Zivilgesetzbuches

Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements. Zweite, durch Verweisungen auf das Zivilgesetzbuch und etliche Beilagen ergänzte Ausgabe 1904

Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, Mit Inhaltsverzeichnis und ausführlichem alphabetischem Sachregister, Bern 1908

Entwurf Bundesgesetz enthält das Schweizerische Zivilgesetzbuch 1904

Schweizerisches Zivilgesetzbuch Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements 1900

Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements 1903

3. Gerichtsentscheidungen

I Ziv. Abt. BG 16. Febr. 1921 Helvetia c. Pera, BGE 47 Feb 99, Pr X 121

Sch. KK BG 20. Juli 1912 i. S. Deillon BGE 38 I 657, Pr. I 197

II Zivl Abt. BG 18 Nov 1914 Masse Waldvogel c. Frutiger, BGE 40 II 470, Pr IV 41

II Ziv. Abt. BG 6 Nov. 191 und S. Müller c. Hofstetter, BGE 38 II 462, Pr II 56

II Ziv. Abt. BG 22 Okt. 1914 Attenhofer c. Soleil., BGE 40 II 552, Pr III 507

II Ziv. Abt. BG 17 Juni 1915 Urbaine c. Denner, BGE 41 II 446, Pr IV 402

I Ziv. Abt. BG 3 Juli 1919 Brasserie St. Jean c. Hinderberger, BGE 45 II 351, Pr VIII 252

Zürich Ob. G. 31 Aug. 1910, Bl. XVI 370

II. Ziv. Abt. BG 1 März 1917 Eberle c. Hämmerli, BGE 43 II 72, Pr VI 143

I Ziv. Abt. BG 29 Jan. 1916 Hubertus c. Strub.) BGE 42 II 49, Pr V 147

Staatrechtl. Abt. BG 21 Okt. 1915 Guichard c. Neuenburg, Pr IV 516

- Staatsr. Abt. Bg 19 Okt. 1916 Salamin c. Sierre., BGE 42 I 346, Pr. V 528
- II Ziv. Abt. BG 19 Sept. 1917 Barbezat c. Fleurier., BGE 43 II 541, Pr. VI 452
- Staatsr. Abt. BG 12 Sept. 1919 Zürich c. Kass.G. Zürich, BGE 45 I 255, Pr. VIII 339
- Staatsr. Abt. BG 29 Okt. 1915 Dolderbahn c. Zürich., BGE 41 I 483, Pr. IV 525
- II Ziv. Abt. BG 4. Febr. 1919 Zihlerc. Ruf., BGE 45 II 138, Pr VIII 107
- II. Ziv. Abt. BG 20. Febr. 1918 M. c. K., Pr. VII 135
- II. Ziv. Abt. BG 20. Febr. 1918 M. c. K., Pr. VII 135
- BGE 40 II 21, Pr III 125
- II Ziv. Abt. BG 6 Juli 1916 Brüderlein c. Meyer, BGE 42 II 31, Pr. V 345

Schweizerische Zivilgesetzbuch Vom 10 Dezember 1907	Entwurf Bundesgesetz enthaltend das Schweizerische Zivilgesetzbuch 1904	Schweizerisches Zivilgesetzbuch Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements 1900
<p>1. Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält. Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber ausstellen würde.</p>	<p>1. Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut und Auslegung eine Bestimmung enthält. Fehlt es an einer gesetzlichen Vorschrift, so entscheidet der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo ein solches nicht besteht, nach bewährter Lehre und Überlieferung. Kann er aus keiner dieser Quellen das Recht schöpfen, so fällt er sein Urteil nach der Regel, die er als Gesetzgeber ausstellen müsste.</p>	<p>1. Das Zivilgesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält. Fehlt es in dem Gesetze an einer Bestimmung, so entscheidet der Richter nach dem Gewohnheitsrechte, und wo ein solches mangelt, nach bewährter Lehre und Überlieferung. Kann er aus keiner dieser Quellen das Recht schöpfen, so hat er sein Urteil nach der Regel zu sprechen, die er als Gesetzgeber aufstellen würde.</p>
<p>2. Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln. Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz.</p>	<p>3. Jedermann hat sowohl in der Ausübung seiner Rechte als in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln. Der offenbare Missbrauch einer Berechtigung erfährt keinen Rechtsschutz.</p>	<p>-</p>
<p>3. Wo das Gesetz eine Rechtswirkung an den guten Glauben einer Person geknüpft hat, ist dessen Dasein zu vermuten. 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.</p>	<p>4. Wo das Gesetz eine Rechtswirkung an den guten Glauben einer Person geknüpft hat, ist dessen Dasein zu vermuten. Wer bei Beobachtung der Aufmerksamkeit, die von ihm verlangt werden durfte, hätte erkennen müssen, dass er nicht gutgläubig sein könne, vermag sich auf den guten Glauben nicht berufen.</p>	<p>-</p>
<p>4. Wo das Gesetz den Richter auf sein Ermessen oder auf die Würdigung der Umstände oder auf wichtige Gründe verweist, hat er seine Entscheidung nach Recht und Billigkeit zu treffen</p>	<p>5. Wo das Gesetz den Richter auf sein Ermessen oder auf die Würdigung der Umstände oder auf wichtige Gründe verweist, hat er seine Entscheidung nach der Regel zu treffen, die den vorliegenden Verhältnissen nach Recht und Billigkeit am besten entspricht.</p>	<p>-</p>

<p>5. Soweit das Bundesrecht die Geltung kantonalen Rechtes vorbehält, sind die Kantone befugt, zivilrechtliche Bestimmungen aufzustellen oder aufzuheben. Wo das Gesetz auf die Übung oder den Ortsgebrauch verweist, gilt das bisherige kantonale Recht als deren Ausdruck, so lange nicht eine abweichende Übung nachgewiesen ist.</p>	<p>6. Soweit das Bundesrecht die Geltung kantonalen Rechtes vorbehält, sind die Kantone befugt, zivilrechtliche Bestimmungen aufzustellen oder aufzuheben. In dem gleichen Umfange wird auch die Geltung kantonalen Gewohnheitsrechtes anerkannt.</p>	<p>3. Soweit das Bundesrecht die Geltung kantonalen Rechtes vorbehält, sind die Kantone befugt, zivilrechtliche Bestimmungen aufzustellen oder aufzuheben. In dem gleichen Umfange wird auch die Geltung kantonalen Gewohnheitsrechtes anerkannt.</p>
<p>6. Die Kantone werden in ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen durch das Bundeszivilrecht nicht beschränkt. Sie können in den Schranken ihrer Hoheit den Verkehr mit gewissen Arten von Sachen beschränken oder untersagen oder die Rechtsgeschäfte über solche Sachen als ungültig bezeichnen.</p>	<p>8. Die Kantone werden in ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen durch das Bundeszivilrecht nicht beschränkt. Sie können in den Schranken ihrer Hoheit den Verkehr mit gewissen Arten von Sachen untersagen oder die Rechtsgeschäfte über solche Sachen als ungültig bezeichnen.</p>	<p>4. Die Kantone werden in ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen durch das Bundeszivilrecht nicht beschränkt. Sie können in den Schranken ihrer Hoheit den Verkehr mit gewissen Arten von Sachen untersagen oder die Rechtsgeschäfte über solche Sachen als ungültig bezeichnen.</p>
<p>7. Die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechtes über die Entstehung, Erfüllung und Aufhebung der Verträge finden auch Anwendung auf andere zivilrechtliche Verhältnisse.</p>	<p>9. Die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechtes finden auch auf andere zivilrechtliche Verhältnisse entsprechende Anwendung.</p>	<p>-</p>
<p>8. Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Recht ableitet.</p>	<p>10. Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat derjenige die Richtigkeit einer behaupteten Sachlage zu beweisen, der aus dieser Rechte ableitet.</p>	<p>-</p>
<p>9. Öffentliche Register und öffentliche Urkunden erbringen für die durch sie bezeugten Tatsachen vollen Beweis, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhaltes nachgewiesen ist. Dieser Nachweis ist and keine besondere Form gebunden.</p>	<p>11. Eine öffentliche Urkunde ist für die Tatsache, der sie Ausdruck oder Rechtsgültigkeit zu geben bestimmt ist, beweiskräftig, solange nicht ihre Unrichtigkeit dargetan wird. Der Nachweis der Unrichtigkeit ist an keine besondere Form gebunden.</p>	<p>-</p>

<p>10. Wo das Bundesrecht für die Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes keine besondere Form vorsieht, darf das kantonale Recht auch für die Beweisbarkeit des Rechtsgeschäftes eine solche nicht vorschreiben.</p>	<p>12. Die von kantonalen Prozessgesetzen aufgestellten Beweisformen können auf Rechtsverhältnisse, die nach Bundesrecht gültig begründet sind und vor dem Gerichte des Ortes ihrer Entstehung ohne weiteres beweisbar wären, nicht angewendet werden, es sei denn, dass alle Beteiligten im Zeitpunkte der Entstehung dem Gerichtsstande des die Beweisformen vorschreibenden Kantons unterstellt waren.</p>	<p>-</p>
<p>-</p>	<p>2. Besteht im Gebiete der Gesetzgebungshoheit des Bundes ein die gesetzlichen Vorschriften ergänzendes Gewohnheitsrecht, so wird es als Bundesrecht anerkannt.</p>	<p>2. Hat sich zur Erläuterung oder Ergänzung einer bundesrechtlichen Bestimmung ein Gewohnheitsrecht gebildet, so wird es als Bundesrecht anerkannt. Nicht anerkannt wird die Bildung eines Gewohnheitsrechtes, das als Ortsübung die Bestimmungen des Gesetzes in irgend einer Weise aufheben oder abändern würde.</p>
<p>5. Satz 2 -</p>	<p>7. Wo das Gesetz auf die Übung oder den Ortsgebrauch verweist, gilt das bisherige kantonale Recht als deren Ausdruck, so lange nicht eine abweichende Übung nachgewiesen ist. Unter dem gleichen Vorbehalt können die Kantone auch weiterhin der Übung und dem Ortsgebrauch Ausdruck verschaffen.</p>	<p>-</p>

		<p>5. Die Schweizer im Auslande und die Ausländer in der Schweiz stehen unter dem Rechte, das der Bund durch Vereinbarung mit den andern Staaten für sie festgesetzt hat und, insoweit eine solche Vereinbarung nicht getroffen ist, unter den Bestimmungen dieses Gesetzes.</p> <p>Steht ein Verhältnis unter ausländischen Rechte, so ist der schweizerische Richter befugt, zu verlangen, dass ihm der Bestand dieses Rechtes von der Partei, die es anruft, nachgewiesen werde.</p> <p>Wird dieser Nachweis nicht geleistet, und ist dem Richter das ausländische Recht nicht ohnedies bekannt, so wendet er das schweizerische Zivilrecht an.</p>
--	--	---

Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10 Dezember 1907 (Fn 25) S. 3-236

*Entwurf Bundesgesetz enthaltend das Schweizerische Zivilgesetzbuch 1904:
 M. Reber, Ch. Hurni, L. Schwizer (Fn 12) S.1635-1842*

*Schweizerisches Zivilgesetzbuch Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements:
 M. Reber, Ch. Hurni (Fn 11) S. 954-959*