

# // Übungen im Personenrecht

Gruppe 7  
«Einleitungsartikel ZGB»

RA Dr. Michael Lüdi  
Fachanwalt SAV Erbrecht

**STAIGER** RECHTSANWÄLTE  
ATTORNEYS AT LAW

1

## // Übungen Privatrecht «Einleitungsartikel ZGB»

### Auslegung des Gesetzes (1)

#### Literatur:

- Stephanie Hrubesch-Millauer / Martin Bosshardt, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1-9), Bern 2019
- Kommentare zu Art. 1 und Art. 4 ZGB

2

## // Übungen Privatrecht «Einleitungsartikel ZGB»

**Auslegung des Gesetzes (1)****Ausgangslage:**

- Rechtsfindung erfolgt nach folgender Reihenfolge:
  - 1.) **Gesetzesrecht** ist die primäre Rechtsquelle, **«ergänzt» durch Auslegung**, (Gesetzeslücken und Lückenfüllung);
  - 2.) **Weitere Rechtsquellen**: Gewohnheitsrecht, Richterrecht; Entscheid nach Recht und Billigkeit; Bewährte Lehre und Überlieferung
- **Art. 1 Abs. 1 ZGB: Gesetz** findet auf alle Rechtsfragen **Anwendung, für die es nach dem Wortlaut oder Auslegung** eine Bestimmung enthält.
- **Kann Rechtsfrage nicht gestützt auf das Gesetz** beantwortet werden, liegt entweder
  - 1.) eine Lücke **intra legem**, welche nach Art. 4 ZGB zu füllen ist, oder
  - 2.) eine Lücke **praeter legem**, welche nach Art. 1 Abs. 2 ZGB zu schliessen ist, oder
  - 3.) es liegt eine **Ausnahmelücke** vor, welche unter strengen Voraussetzungen nach Art. 2 Abs. 2 ZGB zu füllen ist.

3

## // Übungen Privatrecht «Einleitungsartikel ZGB»

**Auslegung des Gesetzes (2)**

- Ausgangspunkt jeder Rechtsanwendung => **Wortlaut der Norm**

**Vom klaren Wortlaut eines Rechtssatzes darf nur dann abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt** (BGE 141 III 84, E. 2).
- Ist der Wortlaut einer Norm nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach der wahren Tragweite der Bestimmung gesucht werden (BGE 141 III 84, E. 2).
 

Achtung!: Auch klarer Wortlaut kann auslegungsbedürftig sein! Z.B. «*Betreten der Wiese verboten*»

Entscheidend ist somit nicht der vordergründige klare Wortlaut einer Norm, **sondern der wahren Rechtssinn**, welcher durch die anerkannten Regeln der Auslegung zu ermitteln ist (BGE 141 III 84, E.2).
- Ziel der Auslegung (bei unklarem Wortlaut): **Ermittlung des Sinngehalts einer Norm** (vgl. Hrubesch-Millauer/Bosshardt, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, § 2 N 41).
- Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass **nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt**, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen **Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen** (BGE 143 III 646, E. 3)

4

## // Übungen Privatrecht «Einleitungsartikel ZGB»

**Auslegung des Gesetzes (3)**

Verschiedene Elemente der Gesetzesauslegung («**Methodenpluralismus**»):

**a) Grammatikalisches Element**

Überschrift der Abschnitte und Titel; Marginalien; Satzzeichen; Absatzbildung; sprachliche Verknüpfungsmittel wie «und», «oder», «insbesondere» (vgl. Hrubesch-Millauer/Bosshardt, § 2 N 69 ff.).

**b) Systematisches Element**

Eine Gesetzesbestimmung ist nicht isoliert, sondern im Zusammenhang mit den sie umschliessenden Normen auszulegen; (Bsp. Wohnsitzbegründung Art. 23 Abs. 1 und Art. 26 ZGB)

«Die Interpretation hat auch unter systematischer Gesichtspunkten zu erfolgen. Das Gesetz ist als Einheit und aus dem Zusammenhang zu verstehen, wobei dieser Zusammenhang allenfalls gesetzesübergreifend, mit der ganzen Rechtsordnung zu berücksichtigen ist (BGE 120 II 112, E 3b.)»

5

## // Übungen Privatrecht «Einleitungsartikel ZGB»

**Auslegung des Gesetzes (4)****c) Historisches Element**

Entstehungsgeschichte der Norm (zB Botschaft; Gesetzesmaterialien im Allgemeinen [umstritten])

«Die Materialien fallen nach der Rechtsprechung nur dann ins Gewicht, wenn sie angesichts einer unklaren gesetzlichen Bestimmung eine klare Antwort geben.» (BGE 114 Ia 191, E. 3b/bb).

**d) Teleologisches Element**

Ermittlung Sinn und Zweck einer Gesetzesbestimmung.

**e) Weitere Elemente**

Realistische oder soziologische Elemente (Umfeld des Gesetzes bei dessen Entstehungszeit); Gesichtspunkt der Praktikabilität «...dass in der Schweiz seit jeher eine einfache und praktische Rechtsauffassung vorgeherrscht hat...» (BGE 127 III 73).

Das Bundesgericht rückt bei der Auslegung zwei Elemente in den Vordergrund, nämlich das grammatikalische und das teleologische Element (Hrubesch-Millauer / Bosshardt, § 2 N 118)

6

## // Übungen Privatrecht «Einleitungsartikel ZGB»

**Fall Nr. 1: «Der Notweg für zu Fuss?»**

Art. 694 Abs. 1 ZGB: «**keinen genügenden Weg**»

**1.) Rechtsfindung durch Gesetzesrecht? → Kann gestützt auf Art. 694 Abs. 1 ZGB ohne weiteres ein Urteil ergehen? Wenn nein, welche Frage stellt sich?**

- **Ist die Norm – ausgehend vom Wortlaut – klar? Wenn nein, wie weiter?**

**2.) Auslegung der unklaren Norm:**

- Ermittlung des Sinn und Zweckes:
  - Objektiv-historische Auslegung: → Notweg wohl nur blosser Fussweg oder mit einem Karren befahrbarer Weg
  - Rechtsfortbildung? Objektive Gründe vorhanden, um von diesem Sinn abzuweichen?
  - Objektiv-**geltungszeitliche** Auslegung (objektiv teleologische Methode): → Heute gilt es als selbstverständlich, dass es sich bei Verkehrsmitteln auch um Motorfahrzeuge handelt

7

//

**Fall Nr. 2 « Mietzinsreduktion »**

- **Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus**, das heisst nach **dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden**. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei befolgt das Bundesgericht **einen pragmatischen Methodenpluralismus** und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen (BGE 142 III 557, E. 8.3).
- Aus **dem Wortlaut der Norm** ergibt sich nur, die Dauer, für die eine Herabsetzung des Mietzinses verlangt werden kann und dass der *Mieter* die Herabsetzung verlangen kann.
- Aus der **grammatikalischen Auslegung** ergibt sich, dass für eine Herabsetzung nach Art. 259d OR eine Erklärung des Mieters an den Vermieter notwendig ist. Bis zu welchem Zeitpunkt diese Erklärung zu erfolgen hat, ergibt sich nicht.
- Auch die **systematische Auslegung** liefert keine weiteren Anhaltspunkte.
- Die Herabsetzung nach Art. 259d OR bezweckt, das durch einen Mangel am Mietobjekt entstandene Ungleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung durch eine entsprechende Reduktion des Mietzinses wieder ins Lot zu bringen. Mit diesem Zweck stimmt die Dauer der Herabsetzung grundsätzlich überein. Eine Behebung des Mangels resp. eine Auflösung des Vertragsverhältnisses hat zur Folge, dass das Ungleichgewicht in der Zukunft nicht mehr besteht. An der Vergangenheit und insbesondere der damals aufgrund des Mangels vorhandenen Unausgewogenheit der gegenseitigen Hauptpflichten ändert dies aber nichts. Um dieses Ungleichgewicht zu beseitigen, bedarf es einer rückwirkenden Herabsetzung der Mietzinsforderungen für die vergangenen Perioden. **Der Normzweck verlangt demnach nicht nach einer spezifischen zeitlichen Beschränkung für die Abgabe der Erklärung, sondern spricht im Gegenteil gegen eine solche** (BGE 142 III 557, E. 8.3.4)

8

//

## Qualifiziertes Schweigen oder Lücke? (1)

### Literatur:

- Stephanie Hrubesch-Millauer / Martin Bosshardt, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1-9), Bern 2019
- Kommentare zu Art. 1 und Art. 4 ZGB

9

// Übungen Privatrecht «Einleitungsartikel ZGB»

## Qualifiziertes Schweigen oder Lücke? (2)

- Gesetz kann nicht «vollständig» sein (Art. 1 Abs. 2 ZGB).
- Gesetzeslücken i.w.S. liegt vor, **wenn sich aus Gesetz auf Rechtsfrage keine bzw. keine unmittelbare Antwort entnehmen lässt**
  - **Feststellung Gesetzeslücke geschieht mittels Auslegung** unter Zuhilfenahme der einzelnen Auslegungselemente
  - Keine Gesetzeslücken, wenn:
    - Streitfrage ausserrechtlicher Natur
    - Qualifiziertes Schweigen

10

## // Übungen Privatrecht «Einleitungsartikel ZGB»

**Qualifiziertes Schweigen oder Lücke? (3)**

## ■ Lückenarten

**- Lücke *intra legem*:**

Wenn das Gesetz (nach Ausschöpfung aller Auslegungsmitteln) eine Bestimmung enthält, die bei der Beantwortung einer streitigen Rechtsfrage zwar hilft, jedoch nicht unmittelbar zur Lösung für die Beantwortung einer Streitfrage führt (Hrubesch-Millauer/Bosshardt, § 2 N 132) (zB: Art. 20 OR: «gute Sitte», Art. 482 Abs. 3: lästige Auflagen);

**- Lücke *praeter legem*:**

Wenn das Gesetz sowohl nach Wortlaut als auch nach Auslegung keine Antwort auf eine Rechtsfrage hat (vom Gesetzgeber ungewollt): **Gesetzgeber hat etwas zu regeln unterlassen, was er regeln wollte.**

**- Ausnahmelücke (unechte Lücke):**

Wenn das Gesetz auf eine bestimmte Rechtsfrage zwar eine Antwort enthält, diese jedoch im konkreten Fall als sachlich unbefriedigend bzw. als ungerecht und stossend empfunden wird

**- Sonstige Lückenarten**

11

## // Übungen Privatrecht «Einleitungsartikel ZGB»

**Qualifiziertes Schweigen oder Lücke? (4)**

## ■ Lückenfüllung (wenn Lücke vorliegt):

Gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB muss **Gericht Lückenfüllung vornehmen** wenn ein Gesetz (ein Artikel) gem. Abs. 1 nicht ausgelegt werden kann.

So liegt entweder eine

- Lücke *intra legem* vor, welche nach Art. 4 ZGB zu schliessen ist («nach *Recht und Billigkeit* [Würdigung aller Umstände, oder wichtige Gründe]); oder eine

- Lücke *praeter legem*, welche nach Art. 1 Abs. 2 ZGB zu schliessen ist (*Gewohnheitsrecht / Gerichtsrecht*), oder es liegt eine

- *Ausnahmelücke* vor, welche nur Ausnahmsweise gefüllt wird vor.

12

## // Übungen Privatrecht «Einleitungsartikel ZGB»

**Qualifiziertes Schweigen oder Lücke? (5)**

- Lückenfüllung bei Lücke *praeter legem*:
  - **Gewohnheitsrecht** (lediglich geringe Bedeutung):
    - «längere Zeit andauernde, ununterbrochene, auf Rechtsüberzeugung beruhende [gesamtschweizerische, resp. Landeskreis, Berufsgruppe etc.] Übung»
    - Langandauernder Gerichtsgebrauch bildet grundsätzlich noch kein Gewohnheitsrecht.
  - **Gerichtsrecht**: Gericht soll nach den Regeln entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde.

13

## // Übungen Privatrecht «Einleitungsartikel ZGB»

**Fall Nr. 3: «Der Architekt als Handwerker?»**

- Architekten werden in Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB nicht erwähnt. → liegt eine Lücke, eine Streitfrage ausserrechtlicher Natur oder ein qualifiziertes Schweigen vor?
  - Streitfrage ausserrechtlicher Natur? Nein
  - Qualifiziertes Schweigen? Gesetz enthält Bestimmung, die besagt, unter welchen Voraussetzungen eine bestimmte Rechtsfolge eintritt oder ausgeschlossen ist
    - i.c. steht gem. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB Handwerkern und Unternehmern ein Bauhandwerkerpfandrecht für ihre Forderungen zu.
    - Hier hat der Gesetzgeber nur Handwerker und Unternehmer erwähnt und nicht noch Architekten, insb. auch wegen der ganz anders gearteten rechtlichen Stellung (Auftragsrecht). **Es liegt keine Lücke vor** (BGer: «Nach seiner sozialen Stellung gegenüber dem Bauherr erscheint der Architekt des mit Art. 837/841 bezweckten Schutzes nicht oder jedenfalls nicht in dem Masse bedürftig wie der Bauhandwerker und Unternehmer»)

14

## // Übungen Privatrecht «Einleitungsartikel ZGB»

**Fall Nr. 4»Falsches Gericht»**

- Liegt eine (echte/unechte) Lücke oder ein qualifiziertes Schweigen vor?
- Nochmals: «Eine **Lücke im Gesetz** besteht, wenn sich **eine Regelung als unvollständig erweist, weil sie jede Antwort auf die sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibt**. Hat der Gesetzgeber **eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend - im negativen Sinn - mitentschieden (qualifiziertes Schweigen), bleibt kein Raum für richterliche Lückenfüllung**. Eine echte Gesetzeslücke, die vom Gericht zu füllen ist, liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts dann vor, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz diesbezüglich weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann.» (BGE 140 III 636, E. 2.1).
- «Die Schweizerische ZPO äussert sich nicht zur Frage der Fristwahrung durch Rechtsmitteleingaben, die bei einer sachlich oder funktionell unzuständigen Behörde eingereicht worden sind, und auch nicht zur Frage der Weiterleitung solcher Eingaben an die zuständige Instanz. Art. 63 ZPO betrifft die Wahrung der durch eine Eingabe an eine unzuständige Stelle oder in einem falschen Verfahren begründeten Rechtshängigkeit und ist nicht auf Rechtsmitteleingaben anwendbar. (BGE 140 III 636, E. 3.2)».
- Dem Art. 48. Abs. 3 BGG ruht der Gedanke inne, dass der Rechtssuchende nicht ohne Not um die Beurteilung seines Rechtsbegehrens durch die zuständige Instanz gebracht werden sollt. Es erscheint daher gerechtfertigt, dass **bezüglich Fristwahrung bei rechtzeitiger versehentlicher Einreichung eines Rechtsmittels der ZPO bei einer unzuständigen Behörde kein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vorliegt**, und demnach für eine Anwendung des erwähnten allgemeinen Verfahrensgrundsatzes auch im Bereich der Rechtsmittel der ZPO Raum besteht (BGE 140 III 636, E. 3.6.).
- Da die ZPO eine Pflicht zur Rechtsmittelbelehrung statuiert und überdies eindeutige Vorschriften über die Einreichungsinstanz enthält, sollte eine irrtümliche Einreichung bei Vorliegen einer korrekten Rechtsmittelbelehrung kaum vorkommen. Jedenfalls erscheint unter diesem Aspekt ein weitergehender Schutz als bezüglich einer versehentlichen Einreichung bei der Vorinstanz als nicht notwendig (BGE 140 III 636, E. 3.6.).
- Somit: echte Lücke → zu schliessen nach Art. 1 Abs. 2 ZGB: Hier wohl Richterrecht

15

## // Übungen Privatrecht «Einleitungsartikel ZGB»

**Fall Nr. 5: «Unlautere Emissionen»**

- Art. 679 ZGB macht den Grundeigentümer bloss für Überschreitung seines Eigentumsrechts, nicht aber für die Folgen einer in allen Teilen rechtmässigen Eigentumsausübung verantwortlich.
- **Bestand eine Lücke *intra legem* oder *extra legem*?**
- BGer (BGE 114 II 230): «Da **Art. 679 ZGB mit dieser Rechtslage nicht gerechnet hat, besteht eine Gesetzeslücke**, welche der Richter im dem Sinne auszufüllen hat, dass die Schadenersatzpflicht auch dann zu bejahen ist, wenn die Überschreitung der Schrank des Nachbarrechts mit Rücksicht auf das besondere Interesse des bauenden Grundeigentümers und auf die Erfordernisse der Bauausführung ausnahmsweise zu dulden sei.
- Rechtsprechung wurde mit Art. 679a ZGB kodifiziert.

16

//

### «Handeln nach Treu und Glaube / Rechtsmissbrauchsverbot» (1)

#### Literatur:

- Stephanie Hrubesch-Millauer / Martin Bosshardt, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1-9), Bern 2019
- Kommentare zu Art. 2 ZGB

17

// Übungen Privatrecht «Einleitungsartikel ZGB»

### «Handeln nach Treu und Glaube / Rechtsmissbrauchsverbot» (2)

- Art. 2 Abs. 1 ZGB: **Handeln nach Treu und Glauben** / Art. 2 Abs. 2 ZGB: **Rechtsmissbrauchsverbot**
- **Anwendungsbereich** insbesondere bei der Auslegung und Ergänzung von Rechtsgeschäften
- **Fallgruppen «Handeln nach Treu und Glaube»:**
  - **Verhaltensanweisung** (im Zusammenhang mit Art. 2 Abs. 2 ZGB): Stehen einer Partei verschiedene Handlungsmöglichkeiten offen, so ist sie gehalten, die für die andere Partei schonendere zu wählen, sofern diese zumutbar ist und der angestrebte Zweck erreicht wird.
  - **Auslegung:** Auch bei der Auslegung von Verträgen anwendbar (Vertrauensprinzip): wie eine Klausel «nach dem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen, die ihnen vorausgegangen und unter denen sie abgegeben worden sind, verstanden werden durfte und musste (BGE 132 III 24).
  - **Ergänzung von Rechtsgeschäften:** Gericht stellt auf den hypothetischen Parteiwillen ab. Das Gericht orientiert sich am Denken und Handeln vernünftig und redlich (Treu und Glaube) handelnder Vertragspartner sowie am Wesen und Zweck des Vertrages.
  - **Vertragsanpassung** (clausula rebus sic stantibus) (BGE: Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchsverbots; h.L.- Lückenfüllung nach Art. 18 OR): 1) Veränderte Verhältnisse nach Vertragsschluss; 2) Veränderungen nicht voraussehbar noch vermeidbar; 3) gravierende Äquivalenzstörung; 4.) die sich auf die veränderten Umständen berufende Partei verhält sich nicht widersprüchlich (vergleiche auch Urteil BGZ betreffend Covid/Anpassung von Geschäftsmieten [...])
  - **Vertrauenshaftung** : 1) Schaden, 2) rechtliche Sonderverbindung; 3) kein Vertragsverhältnis; 5) Schädiger hat durch sein Verhalten schutzwürdiges Vertrauen erweckt; 5) treuwidrige Enttäuschung des Vertrauens; 6) adäquater Kausalzusammenhang; 7) Verschulden

18

## // Übungen Privatrecht «Einleitungsartikel ZGB»

**Handeln nach Treu und Glaube / Rechtsmissbrauchsverbot (3)**

- **Culpa in Contrahendo:** Parteien haben sich während Vertragsverhandlungen nach Treu und Glauben zu verhalten (Vss.: 1) Schaden, 2) Vertragsverhandlungsverhältnis; 3) Verletzung von Pflichten aus Treu und Glauben; 4) adäquater Kausalzusammenhang; 5) Verschulden
- **Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter** (umstritten)
- **Treu und Glaube** bei der Gesetzesanwendung: Gesetzesauslegung und –ergänzung und Verbot der Gesetzesumgehung
- Art. 2 Abs. 2 ZGB: Verbot des **offenbaren Missbrauchs**
  - Rechtsmissbrauch muss offenbar sein
  - **Rechtsfolge:** Verweigerung Rechtsschutz

19

## // Übungen Privatrecht «Einleitungsartikel ZGB»

**Handeln nach Treu und Glaube / Rechtsmissbrauchsverbot (4)**■ **Rechtsmissbrauchsverbot:**

Definition fehlt. «Notausgang» für alle Fälle, wo durch die Betätigung eine behaupteten Rechts offenbares Unrecht geschaffen und dem wirklichen Recht jeder Weg zur Anerkennung verschlossen würde (BBl 1904 IV, 14).

**Fallgruppen Rechtsmissbrauchsverbot:**

- Nutzlose Rechtsausübung (zB fehlen an Durchsetzungsinteresse (Anfechtung eines GV Beschlusses trotz Aufhebung
- Krasses Missverhältnis der Interessen (Bsp. Kündigung von langjährigem Mitarbeiter)
- Widersprüchliches Verhalten (venire contra factum proprium) (ev Berufung auf Nichtigkeit der Mietzinserhöhung nach dessen Bezahlung)
- Berufung auf einen Formmangel
- Rechtsmissbräuchliche Verjährungseinrede
- Schikanöse Rechtsausübung (Rechtsausübung ohne jedes Interesse)
- Zweckwidrige Verwendung von Rechtsinstituten (Scheinehe)
- Verzögerte Rechtsausübung

20

## // Übungen Privatrecht «Einleitungsartikel ZGB»

**Fall Nr. 6: «Der Grundstückskauf» (1)**

- Könnte die Berufung von Rosemarie auf den Formmangel rechtsmissbräuchlich sein?
- Vertrag wurde trotz Formmangel von beiden Seiten freiwillig erfüllt.
- Die beidseitige freiwillige Erfüllung macht eine Berufung auf einen Formmangel nicht für sich alleine rechtsmissbräuchlich, sondern nur in Verbindung mit zusätzlichen Gründen.
- Gemäss Rechtsprechung ist entscheidend, ob eine Partei sich des angerufenen Formmangels beim Abschluss des Vertrages oder bei dessen Erfüllung bewusst gewesen ist. Ein Vertrag muss nicht nur **beidseitig freiwillig**, sondern auch **irrtumsfrei erfüllt** worden sein. → Berufung auf Formmangel dann nicht rechtsmissbräuchlich, wenn Vertrag in Unkenntnis des Formmangels abgeschlossen und erfüllt worden ist.
- Rosemarie war sich bewusst, dass nicht die richtige Partei unterzeichnet hat; es war ihr «egal». Vertrag wurde von beiden Parteien freiwillig und irrtumsfrei erfüllt. Berufung auf Formmangel daher wohl rechtsmissbräuchlich (kann auch unter dem Gesichtspunkt des widersprüchlichen Verhaltens betrachtet werden).
- Selbst wenn sie den Formmangel bei Unterzeichnung nicht erkannt hätte, wäre Berufung auf Formmangel wohl rechtsmissbräuchlich.
- Anm.: Allenfalls (Staats-)Haftung gegenüber dem beurkundenden Notar prüfen.

21

## // Übungen Privatrecht «Einleitungsartikel ZGB»

**Fall Nr. 6: «Der Grundstückskauf» (2) - Variante**

- Verkäufer und Käufer haben tieferen Verkaufspreis beurkunden lassen, als tatsächlich bezahlt worden ist; Vertrag leidet an einem Formmangel nach Art. 11 Abs. 2 OR.
- Vertrag wäre grundsätzlich nichtig.
- Beide Parteien waren sich über den falsch beurkundeten Kaufpreis im Klaren; Vertrag wurde ausgeführt; Allenfalls zweckwidrige Ausübung eines Rechts.
- Berufung auf Nichtigkeit wohl rechtsmissbräuchlich im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB.

22

//

**Fall Nr. 7 «Diverses»**

- a) «**Handeln nach Treu und Glaube**» im Sinne von Art. 2 Abs. 1 ZGB: **Vertrauenshaftung** (Voraussetzungen: Schaden, rechtliche Sonderverbindung, kein Vertragsverhältnis, Schädiger hat durch sein Verhalten schutzwürdiges Vertrauen erweckt; treuwidrige Enttäuschung des Vertrauens; 6) adäquater Kausalzusammenhang
- b) **Rechtsmissbrauchsverbot** im Sinne von Art. 2 Abs. 2: Zweckwidrige Verwendung von Rechtsinstituten.
- c) **Rechtsmissbrauchsverbot** im Sinne von Art. 2 Abs. 2: Zweckwidrige Verwendung von Rechtsinstituten. Rechtsmissbräuchlich verhält sich ein Gläubiger dann, wenn er mit der Betreibung offensichtliche Ziele verfolgt, die nicht das Geringste mit der Zwangsvollstreckung zu tun haben (Zweckwidrige Verwendung von Rechtsinstituten). Bspw. durch bloße Schädigung der Kreditwürdigkeit des Betriebenen; oder es wird ein willkürlich hoher Betrag in Betreibung gesetzt.
- d) **Handeln nach Treu und Glauben** im Sinne von Art. 2 Abs. 1 ZGB: Auslegung von Verträgen nach dem **Vertrauensprinzip**.
- e) **Rechtsmissbräuchliche Berufung auf einen Formmangel?** Als Anwalt mit Kenntnissen im Mietrecht muss man wissen, wenn Formvorschrift nicht eingehalten werden. Es ist rechtsmissbräuchlich, dies erst im Nachhinein geltend zu machen.
- f) «**Handeln nach Treu und Glaube**» im Sinne von Art. 2 Abs. 1 ZGB: Vertragsanpassung (clausula rebus sic stantibus).

23

//

**Fall Nr. 7 «Diverses»**

- g) *Sollten **einzelne Bestimmungen dieses Vertrages unwirksam oder unvollständig sein** (oder sollte die Erfüllung unmöglich werden), so wird hierdurch die Wirksamkeit der übrigen Teile des Vertrages nicht beeinträchtigt.*  
*Die Vertragsparteien verpflichten sich für diesen Fall, unverzüglich die unwirksame resp. unvollständige Bestimmung durch eine zulässige wirksame Bestimmung zu ersetzen resp. zu ergänzen, die nach ihrem Inhalt der ursprünglichen Absicht am nächsten kommt.»*  
*(sog. Salvatorische Klausel)*

24

//

## «Vermutung des Guten Glaubens»

### Literatur:

- Stephanie Hrubesch-Millauer / Martin Bosshardt, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1-9), Bern 2019
- Kommentare zu Art. 3 ZGB

25

// Übungen Privatrecht «Einleitungsartikel ZGB»

## «Vermutung des Guten Glaubens» (1)

- Art. 3 Abs. 1 ZGB: Vermutung des guten Glaubens
  - Schweizer Recht kennt keinen allgemein gültigen Glaubensschutz → Der «gute Glaube» wird **nicht generell**, sondern nur in Zusammenhang mit einer besonderen Vorschrift **geschützt**.
  - «Guter Glaube» ist nicht definiert. Allgemein etwa: Fehlen eines Unrechtsbewusstseins trotz eines Rechtsmangels.
  - «Guter Glaube» ist schwer beweisbar, daher wird er nach Art. 3 Abs. 1 ZGB vermutet; Gegenbeweis ist offen (Gegenbeweis direkt erbringen/Gegenteil beweisen oder sich auf Art. 3 Abs. 2 ZGB berufen).
- Voraussetzung:
  - 1.) **Rechtsmangel** (z.B fehlende Vertretungsmacht);
  - 2.) **Unkenntnis** über diesen Rechtsmangel (nach objektivem Massstab und nach Treu und Glaube zu beurteilen «Irrtum» / «Unkenntnis»);
  - 3.) **Urteilsfähigkeit**

26

## // Übungen Privatrecht «Einleitungsartikel ZGB»

**Vermutung des Guten Glaubens (2)**

- Art. 3 Abs. 2 ZGB: Ausschluss des Gutglaubensschutz aufgrund mangelnder Aufmerksamkeit (Art. 3 Abs. 2 ZGB):
  - Massstab der gebotenen Aufmerksamkeit: Nach der herrschenden Lehre ist von der vom **Durchschnittsmenschen aufzubringenden Aufmerksamkeit** in einer bestimmten Situation auszugehen. Massgebend sind **objektive Kriterien. Gesamtwürdigung der Umstände** zu beachten (BGE 122 III 1: «Der Grad der Aufmerksamkeit, der vom Erwerber verlangt werden darf, richtet sich nach den Umständen»).
  - Grundsätzlich darf ein Erwerber einer Sache davon ausgehen, dass der Veräusserer legitimiert ist, es besteht keine allgemeine Erkundigungspflicht (Ausnahme bei Händlern von Occassionsauto und von Luxusautos). Anders jedoch, wenn im Einzelfall Verdachtsgründe bestehen (Anlass zu Misstrauen)

27

## // Übungen Privatrecht «Einleitungsartikel ZGB»

**Fall Nr. 8 (nicht 7) : «Altes Diebesgut?» (2)**

- Kann sich M.M. auf den Gutglaubensschutz berufen?
  - Art. 936 Abs. 1 ZGB bestimmt, dass derjenige, der den Besitz einer beweglichen Sache nicht in gutem Glauben erworben hat, vom früheren Besitzer jederzeit auf Herausgabe belangt werden kann. (Vgl. auch Art 933 ZGB: Der gutgläubige Erwerber ist auch dann zu schützen, wenn sie dem Veräusserer ohne jede Ermächtigung zur Übertragung anvertraut wurde
  - Der Erwerber einer Sache gilt grundsätzlich als gutgläubig (Art. 3 Abs. 1 ZGB).
  - Wird nicht die nach den Umständen gebotene Aufmerksamkeit aufgewendet, zieht dies die gleichen Rechtsfolgen nach sich wie die Bösgläubigkeit. → **M.M. hatte aber keine allgemeine Erkundigungspflicht. Liegen Verdachtsgründe vor?**
  - **Bundesgericht beschränkt die Erkundigungspflicht im Allgemeinen auf Geschäftszweige, die dem Angebot von zweifelhafter Herkunft und folglich mit Rechtsmängel behafteter Sachen in besonderem Masse ausgesetzt sind** (Handel mit Gebrauchsware).
  - M.M. ist Sammler aus Leidenschaft, er dürfte im Antiquitätenhandel nicht unerfahren sein; Waffensammlung ist wohl als «Antiquität» einzustufen; M.M. kann sich nach den Umständen eher nicht auf Art. 3 Abs. 2 ZGB berufen (andere Lösung durch andere Argumentation möglich)

28

//

## Beweislast

### Literatur:

- Stephanie Hrubesch-Millauer / Martin Bosshardt, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1-9), Bern 2019
- Kommentare zu Art. 8 ZGB

29

// Übungen Privatrecht «Einleitungsartikel ZGB»

## Verschiedene Tatsachen

- **Rechtserzeugende Tatsachen:** Wer eine Berechtigung behauptet, hat die der Berechtigung zugrunde liegende Tatsachenbehauptung zu beweisen (z.B. Abschluss eines Vertrages).
- **Rechtsvernichtende Tatsachen:** Tatsachen, die ein zunächst bestehende Recht zum Erlöschen gebracht haben.
- **Rechtshindernde Tatsachen:** Tatsachen, die dem Entstehen einer Berechtigung von Anfang an entgegenstehen.
- **Negative Tatsachen** (zum Beispiel das Nichtbestehen eines Vertrages): Beweis nicht direkt möglich; Grundsätzlich aber keine Beweislastumkehr; Beweis ist indirekt zu erbringen, Beweismass ist tiefer anzusetzen;

30

## // Übungen Privatrecht «Einleitungsartikel ZGB»

**Fall Nr. 9 (nicht 8): Verschiedene «Tatsachen» (1)**■ **Ungültigkeit einer letztwilligen Verfügung:**

→ Rechtsvernichtende Tatsache

→ Wer die Ungültigkeit geltend macht, beweist das Vorliegen von Ungültigkeitsgründen

■ **Forderung aus Vertrag**

→ Rechtserzeugende Tatsache

→ Wer aus Vertrag fordert, hat dessen Zustandekommen und dessen Inhalt zu beweisen

■ **Verjährte Forderung**

→ Rechtsvernichtende Tatsache

→ Schuldner trägt Beweislast der Verjährung

■ **Verwirkungsfrist**

→ Rechtserzeugende Tatsache

→ Läuft dem Berechtigten eine Frist ab Kenntnisnahme einer Tatsache, hat er den Sachumstand zu beweisen, der ihm diese Kenntnis verschafft hat

31

## // Übungen Privatrecht «Einleitungsartikel ZGB»

**Fall Nr. 9: Verschiedene «Tatsachen» (2)**■ **Mietzins**

→ Rechtserzeugende Tatsache

→ Gläubiger hat den vereinbarten Zinssatz zu beweisen

■ **Grundlagenirrtum**

→ Rechtsvernichtende Tatsache

→ Dem Irrrenden obliegt der Beweis, dass er (bei Vertragsabschluss) im Irrtum war

■ **Bezug Ferientage**

→ Rechtsvernichtende Tatsache

→ Arbeitgeber muss beweisen, dass und wie viele Ferientage der Arbeitnehmer bereits bezogen hat

■ **Klage auf Rückzahlung einer Nichtschuld**

→ Negative Tatsache

→ Wer aus ungerechtfertigter Bereicherung fordert, trägt die Beweislast dafür, dass der vom Gegner erlangte Vorteil eines Rechtsgrundes entbehrt

32

//

## Beweis mit öffentlicher Urkunde

### Literatur:

- Stephanie Hrubesch-Millauer / Martin Bosshardt, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1-9), Bern 2019
- Kommentare zu Art. 9 ZGB

33

// Übungen Privatrecht «Einleitungsartikel ZGB»

## Beweis mit öffentlicher Urkunde

- Gemäss Art. 9 Abs. 1 ZGB erbringen öffentliche Urkunden und öffentliche Register «für die durch sie bezeugten Tatsachen vollen Beweis, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhaltes nachgewiesen ist».
  - Erhöhte Beweiskraft von Urkunden
  - Derartige Dokumente erbringen den vollen Beweis, indem die Richtigkeit vermutet wird.
  - Voller Beweis, bis Unrichtigkeit nachgewiesen ist
  - Entkräftigung bei erhöhter Beweislast

34

## // Übungen Privatrecht «Einleitungsartikel ZGB»

**Fall Nr. 10 (nicht 9): «Das sichere Testament» (2)**

- Liegt eine Urkunde im Sinne von Art. 9 Abs. 1 ZGB vor?

**Öffentliche Urkunden** = Feststellungen bundesrechtlich bezeichneter Tatsachen oder Willenserklärungen durch eine Urkundsperson in einem gesetzlich geregelten Verfahren

→ öffentliche Beurkundung von Rechtsakten führt zu Urkunden

→ Gem. Art. 498 f. ZGB müssen öffentliche letztwillige Verfügungen beurkundet werden

- Was wird mit der öffentlichen Urkunde bewiesen?

Erhöhte Beweiskraft wirkt nur zugunsten von Tatsachen und nicht auf Rechte und Rechtsverhältnisse, welche in Registereinträgen festgehalten werden.

Richtigkeitsvermutung gilt nur in Bezug auf den Urkundeninhalte. Die Zeugenerklärung, dass der Erblasser gem. Wahrnehmung im Zeitpunkt der Testamentserrichtung urteilsfähig war, unterliegt nicht der Richtigkeitsvermutung. Sie kann jedoch als Indiz für die Urteilsfähigkeit gewertet werden.

→ Beweis nur bzgl. was Hans Peter Muster und Rosemarie Pfister gesagt haben, nicht bzgl. Urteilsfähigkeit des Grossvaters

35

## // Übungen Privatrecht «Einleitungsartikel ZGB»

**Literatur**

- Skript «Vorlesung Personenrecht HS 2021» von Prof. Dr. Dominique Jakob, M.I.L. (Lund)
- Hrubesch-Millauer, Stephanie / Bosshardt, Martina (Hrsg.): Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 1. Aufl., 2019
- Geiser, Thomas / Fountoulakis, Christiana (Hrsg.): Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 6. Aufl., 2018 (Kommentierung der einzelnen Bestimmungen)
- Breitschmid, Peter / Rumo-Jungo, Alexandra (Hrsg.): Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Aufl., 2012 (Kommentierung der einzelnen Bestimmungen)

36

// Übungen Privatrecht «Einleitungsartikel ZGB»

**Vielen Dank für die Aufmerksamkeit und Mitarbeit und viel Erfolg bei der Prüfung!**