

# Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht

von

**Bettina Hürlimann-Kaup**

Dr. iur., ordentliche Professorin an der Universität Freiburg (Schweiz)

und

**Jörg Schmid**

Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Luzern

4., ergänzte, verbesserte und nachgeführte Auflage

Schulthess § 2024

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Inhaltsübersicht .....	VII
Abkürzungen .....	XIX
Literaturverzeichnis .....	XXXI

## 1. Teil:

### Einführung in das ZGB

Nr.

#### § 1 Die Vereinheitlichung des Privatrechts 2

I. Das «Privatrecht» .....	2
1. Allgemeines .....	3
2. Privatrechtliche Rechte im Einzelnen .....	10
A. Beispiele von Privatrechten .....	11
B. Absolute und relative Rechte .....	16
3. Der typische (Privat-)Rechtssatz: Tatbestand und Rechtsfolge .....	20
4. Dispositives und zwingendes Privatrecht .....	24
II. Die Vereinheitlichung auf Bundesebene .....	31

#### § 2 Die Rechtsquellen des Privatrechts im Allgemeinen 38

I. Die bundesrechtlichen Rechtsquellen .....	38
II. Das Verhältnis von ZGB und OR .....	43
III. Die kantonalen Rechtsquellen .....	47
IV. Schema .....	50

#### § 3 Grundlegende Prinzipien und Begriffe des Privatrechts 51

I. Ausgewählte Grundprinzipien .....	52
1. Privatautonomie .....	53
2. Achtung und Schutz der Person .....	60
II. Grundbegriffe .....	68
1. Person .....	68
2. Sache .....	72
3. Forderung .....	76
4. Willenserklärung und Rechtsgeschäft .....	80
5. Vertrag .....	83

#### § 4 Der Aufbau des ZGB 87

## 2. Teil: Die Einleitungsartikel (Art. 1–9 ZGB)

<b>§ 5</b>	<b>Vorbemerkungen</b>	96
<hr/>		
<b>§ 6</b>	<b>Die Anwendung und die Ergänzung des Gesetzes (Art. 1 und 4 ZGB)</b>	101
<hr/>		
I.	Der Regelungsgegenstand von Art. 1 ZGB. . . . .	104
II.	Das Gesetz. . . . .	108
	1. Der Vorrang des Gesetzes . . . . .	110
	2. «Wortlaut und Auslegung» des Gesetzes . . . . .	117
	A. Der Begriff der Auslegung. . . . .	117
	B. Das Ziel der Auslegung. . . . .	123
	C. Die Auslegungselemente. . . . .	130
	a. Das grammatische (grammatikalische) Element. . . . .	132
	b. Das systematische Element . . . . .	140
	c. Das teleologische Element. . . . .	145
	d. Das historische Element . . . . .	147
	e. Weitere Elemente . . . . .	151
	D. Das Zusammenspiel der Elemente und das Resultat der Auslegung. . . . .	156
	E. Kritik und moderne Ansätze. . . . .	162
	F. Würdigung der Kritik. . . . .	167
	3. Die Lückenhaftigkeit des Gesetzes. . . . .	169
	A. Die Anerkennung von Gesetzeslücken durch Art. 1 Abs. 2 ZGB . . . . .	169
	B. Klarstellung: Arten von Lücken; teleologische Reduktion und Extension . . . . .	171
	a. Lücken intra legem (Rechtsfindung intra legem) . . . . .	172
	b. Lücken praeter legem (Rechtsfindung praeter legem) . . . . .	177
	aa. Echte Lücken . . . . .	178
	bb. Unechte Lücken . . . . .	181
	c. Teleologische Reduktion. . . . .	185
	d. Teleologische Extension (und Analogie) . . . . .	188
III.	Das Gewohnheitsrecht. . . . .	190
	1. Der Begriff des Gewohnheitsrechts . . . . .	191
	2. Die Voraussetzungen für die Anwendung von Gewohnheitsrecht . . . . .	195
	3. Die praktische Bedeutung. . . . .	198
IV.	Das Richterrecht. . . . .	200
	1. Die Voraussetzungen . . . . .	201
	2. Das Vorgehen des Gerichts bei der Lückenfüllung (Rechtsfortbildung) . . . . .	203
	A. Die Pflicht zur Regelbildung . . . . .	203
	B. Die Ausnahmen nach Art. 4 ZGB . . . . .	209
V.	Bewährte Lehre und Überlieferung . . . . .	218
	1. Allgemeines. . . . .	218
	2. «Bewährte Lehre». . . . .	220
	A. Die Lehre und ihre Aufgaben . . . . .	220
	B. Die «Bewährtheit» . . . . .	228
	C. Die Bedeutung: richterliche Berücksichtigungspflicht. . . . .	230
	3. «Bewährte Überlieferung» . . . . .	234
	A. Die Überlieferung im Allgemeinen . . . . .	234

B.	Die Rechtsprechung (Gerichtspraxis) insbesondere . . . . .	237
a.	Die Aufgabe der Gerichte im Allgemeinen . . . . .	237
b.	Der Grundsatz, nur die im Einzelfall streitigen Fragen zu entscheiden. . . . .	238
c.	Der Grundsatz «stare decisis» . . . . .	242
C.	Die «Bewährtheit» der Überlieferung . . . . .	248
D.	Die Bedeutung: beschränkte richterliche Befolgungspflicht. . . . .	249
VI.	Weiterführende Literatur . . . . .	253
 <b>§ 7 Das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben sowie das Verbot des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 ZGB)</b>		<b>254</b>
<hr/>		
I.	Der Regelungsgegenstand von Art. 2 ZGB. . . . .	257
1.	Gemeinsamkeiten der beiden Absätze . . . . .	258
2.	Unterschiede zwischen den beiden Absätzen . . . . .	263
3.	Anwendungsbereich und praktische Bedeutung. . . . .	267
II.	Das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) . . . . .	271
1.	Der Grundgedanke. . . . .	271
2.	Ausprägungen des Gebots von Treu und Glauben im rechtsgeschäftlichen Bereich. . . . .	274
3.	Die Haftung für Verstösse gegen Treu und Glauben (Vertrauenshaftung). . . . .	281
III.	Das Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB). . . . .	286
1.	Übersicht. . . . .	286
2.	Zum Tatbestand: Fallgruppen des offenbaren Rechtsmissbrauchs . . . . .	293
A.	Unnütze oder zweckwidrige Rechtsausübung. . . . .	294
B.	Krasses Missverhältnis der Interessen . . . . .	298
C.	Widersprüchliches Verhalten (venire contra factum proprium). . . . .	300
D.	Unzulässige Berufung auf Formungültigkeit . . . . .	302
E.	Unredlicher Rechtserwerb . . . . .	305
3.	Die Rechtsfolgen . . . . .	307
A.	Die allgemeine Rechtsfolge: Verweigerung von Rechtsschutz . . . . .	307
B.	Rechtsfolgen nach speziellen Vorschriften . . . . .	311
C.	Die Berücksichtigung von Amtes wegen . . . . .	313
IV.	Weiterführende Literatur. . . . .	315
 <b>§ 8 Der Schutz des guten Glaubens (Art. 3 ZGB)</b>		<b>316</b>
<hr/>		
I.	Der Regelungsgegenstand von Art. 3 ZGB. . . . .	319
II.	Der Begriff des guten Glaubens . . . . .	320
III.	Gutglaubensschutz (nur) nach Sondervorschriften . . . . .	328
IV.	Die Vermutung von Art. 3 Abs. 1 ZGB . . . . .	331
V.	Die Einschränkung von Art. 3 Abs. 2 ZGB . . . . .	336
1.	Der Tatbestand. . . . .	337
2.	Die Rechtsfolge . . . . .	344
VI.	Weiterführende Literatur. . . . .	346

<b>§ 9</b>	<b>Die Einheit des Bundesprivatrechts (Art. 7 ZGB)</b>	<b>347</b>
I.	Das Verhältnis von ZGB und OR im Allgemeinen . . . . .	350
II.	Die Verweisung in Art. 7 ZGB . . . . .	352
<b>§ 10</b>	<b>Das Verhältnis des Bundesprivatrechts zum kantonalen Recht (Art. 5 und 6 ZGB)</b>	<b>359</b>
I.	Vorbemerkungen . . . . .	359
II.	Bundesprivatrecht und kantonales Privatrecht (Art. 5 ZGB) . . . . .	365
	1. Grundlagen . . . . .	369
	A. Das Prinzip der Gesamtkodifikation . . . . .	369
	B. Echte und unechte Vorbehalte. . . . .	374
	2. Echte Vorbehalte zu Gunsten des kantonalen Privatrechts (Art. 5 Abs. 1 ZGB). . . . .	377
	A. Gründe für echte Vorbehalte. . . . .	379
	B. Arten und praktische Bedeutung. . . . .	382
	C. Quellen des vorbehaltenen kantonalen Privatrechts . . . . .	390
	3. Übung und Ortsgebrauch (Art. 5 Abs. 2 ZGB) . . . . .	392
	A. Begriff und Bedeutung . . . . .	393
	B. Die Ermittlung der Verkehrssitte. . . . .	395
	4. Weiterführende Literatur . . . . .	399
III.	Bundesprivatrecht und kantonales öffentliches Recht . . . . .	400
	1. Die Abgrenzung des privaten vom öffentlichen Recht. . . . .	404
	2. Die Bedeutung von Art. 6 ZGB . . . . .	414
	A. Art. 6 ZGB als unechter Vorbehalt. . . . .	415
	B. Die sogenannte «expansive Kraft» des kantonalen öffentlichen Rechts. . . . .	417
	3. Weiterführende Literatur . . . . .	424
<b>§ 11</b>	<b>Bundesrecht und Zivilprozessrecht (Art. 8–9 ZGB)</b>	<b>425</b>
I.	Grundlagen des Zivilprozessrechts. . . . .	429
	1. Begriff und Funktion des Zivilprozessrechts. . . . .	430
	2. Kompetenzverteilung und Einordnung . . . . .	435
	3. Die Sachverhaltsermittlung als Teil des Zivilprozesses . . . . .	442
II.	Beweisen und Beweislast . . . . .	447
	1. Allgemeines . . . . .	448
	A. Der Begriff des Beweises und die Beweismittel. . . . .	448
	B. Der Gegenstand des Beweises . . . . .	452
	C. Die Beweislast als Regelung der Folgen der Beweislosigkeit. . . . .	460
	D. Das Recht auf Beweis . . . . .	464
	2. Die Regelung von Art. 8 ZGB . . . . .	466
	3. Sonderregeln . . . . .	476
	A. Vermutungen. . . . .	477
	B. Fiktionen. . . . .	482
III.	Die Beweisführung. . . . .	483
	1. Die besondere Beweiskraft öffentlicher Register und öffentlicher Urkunden (Art. 9 ZGB) . . . . .	484
	2. Die Einschränkung kantonaler prozessrechtlicher Formvorschriften (aArt. 10 ZGB). . . . .	491

IV.	Weiterführende Literatur. . . . .	493
<b>§ 12 Anhang: Ausgewählte Bestimmungen des Schlusstitels</b>		<b>494</b>
I.	Vorbemerkungen . . . . .	497
II.	Grundsätze des intertemporalen Rechts . . . . .	507
	1. Die typische Fragestellung . . . . .	508
	2. Die Regel der Nichtrückwirkung. . . . .	514
	3. Ausnahmen . . . . .	521
	A. Regeln des «Ordre public» (Art. 2 SchlT ZGB). . . . .	524
	B. Regeln über den gesetzlichen Inhalt von Rechtsverhältnissen (Art. 3 SchlT ZGB). . . . .	529
	C. Die Behandlung nicht erworbener Rechte (Art. 4 SchlT ZGB) . . . . .	533
	4. Beweislastfragen. . . . .	535a
III.	Ausgewählte Einführungs- und Übergangsbestimmungen . . . . .	536
	1. Die Aufhebung des kantonalen Zivilrechts. . . . .	537
	2. Die Kompetenzen der Kantone . . . . .	540
IV.	Weiterführende Literatur. . . . .	548

### 3. Teil:

## Das Personenrecht (Art. 11–89c ZGB)

### **§ 13 Vorbemerkungen** 549

I.	Allgemeines zum Personenrecht. . . . .	549
II.	Rechtsquellen . . . . .	555

## 1. Abschnitt: Die natürlichen Personen

### **§ 14 Die Rechtsfähigkeit** 562

I.	Begriff und Inhaber der Rechtsfähigkeit . . . . .	565
II.	Gleichheit in der Rechtsfähigkeit: Grundsatz und Ausnahmen. . . . .	575
III.	Unverzichtbarkeit. . . . .	582

### **§ 15 Die Handlungsfähigkeit** 586

I.	Begriff . . . . .	589
II.	Voraussetzungen. . . . .	597
	1. Urteilsfähigkeit. . . . .	601
	2. Volljährigkeit und keine umfassende Verbeiständung. . . . .	611

III.	«Grade» der Handlungsfähigkeit . . . . .	615
1.	Die volle Handlungsunfähigkeit . . . . .	617
2.	Die beschränkte Handlungsunfähigkeit . . . . .	620
	A. Grundsatz: rechtsgeschäftliches Handeln nur mit Zustimmung der gesetzlichen Vertretung . . . . .	623
	B. Ausnahmen vom Zustimmungserfordernis . . . . .	629
	a. Erweiterte Handlungsfähigkeit . . . . .	629
	b. Erlangen unentgeltlicher Vorteile . . . . .	631
	c. Besorgen geringfügiger Angelegenheiten des täglichen Lebens . . . . .	633
	d. Ausübung höchstpersönlicher Rechte . . . . .	634
	e. Vertretung Dritter . . . . .	641
	C. Zusammenfassung . . . . .	641a
3.	Die beschränkte Handlungsfähigkeit . . . . .	642
4.	Die volle Handlungsfähigkeit . . . . .	646
IV.	Unverzichtbarkeit . . . . .	651

## **§ 16 Die natürliche Person in der Rechtsgemeinschaft** 653

---

I.	Verwandtschaft und Schwägerschaft . . . . .	655
1.	Die Verwandtschaft . . . . .	659
2.	Die Schwägerschaft . . . . .	662
II.	Heimat und Wohnsitz . . . . .	665
1.	Die Heimat . . . . .	669
2.	Der Wohnsitz . . . . .	676
	A. Begriff und Arten . . . . .	676
	B. Die massgebenden Kriterien beim selbständigen Wohnsitz . . . . .	682
	C. Der Aufenthaltsort als subsidiäre örtliche Zuordnung . . . . .	689
	D. Die Wirkungen des Wohnsitzes . . . . .	691
III.	Der Name . . . . .	694
1.	Vorbemerkung . . . . .	697
2.	Der Familienname . . . . .	700
3.	Der Vorname . . . . .	714
4.	Die Namensänderung . . . . .	717
IV.	Anfang und Ende der Persönlichkeit . . . . .	726
1.	Vorbemerkung . . . . .	729
2.	Geburt und Tod . . . . .	731
	A. Die Geburt . . . . .	731
	a. Im Allgemeinen . . . . .	731
	b. Sonderfragen bei künstlicher Befruchtung . . . . .	738
	B. Der Tod . . . . .	747
3.	Der Beweis des Lebens und des Todes . . . . .	756
4.	Die Verschollenerklärung . . . . .	762
V.	Die Beurkundung des Personenstandes (Registerrecht) . . . . .	765
1.	Vorbemerkungen . . . . .	768
2.	Die Organisation . . . . .	774
3.	Die privatrechtlichen Klagen . . . . .	790
	A. Die Schadenersatzklage . . . . .	791
	B. Die Bereinigungsklage . . . . .	798

<b>§ 17</b>	<b>Der Schutz der Persönlichkeit vor übermässiger Bindung (Art. 27 ZGB)</b>	<b>808</b>
<hr/>		
I.	Vorbemerkungen . . . . .	811
II.	Die Unverzichtbarkeit der Rechts- und Handlungsfähigkeit . . . . .	816
III.	Die Grenzen der Beschränkung der Freiheit . . . . .	821
	1. Art. 27 Abs. 2 ZGB als allgemeine Schranke . . . . .	821
	A. Unzulässigkeit der Bindung auf Grund ihres Gegenstandes . . . . .	823
	B. Unzulässigkeit der Bindung auf Grund ihres Ausmasses . . . . .	825
	2. Rechtsfolgen einer übermässigen Freiheitsbeschränkung . . . . .	829
	A. Im Fall des absoluten Bindungsausschlusses . . . . .	830
	B. Im Fall der übermässigen Bindung . . . . .	832
	3. Sondernormen zum Schutz der persönlichen Freiheit . . . . .	837
<b>§ 18</b>	<b>Der Schutz der Persönlichkeit vor Verletzungen durch Dritte (Art. 28 ff. ZGB)</b>	<b>841</b>
<hr/>		
I.	Die geschützten Persönlichkeitsrechte . . . . .	846
	1. Vorbemerkungen . . . . .	848
	2. Die Rechte der physischen Persönlichkeit . . . . .	863
	3. Die Rechte der affektiven (emotionalen) Persönlichkeit . . . . .	869
	4. Die Rechte der sozialen Persönlichkeit . . . . .	873
	A. Überblick . . . . .	873
	B. Das Recht auf Respektierung des Privatlebens insbesondere . . . . .	880
II.	Die Widerrechtlichkeit . . . . .	887
	1. Grundsatz: Widerrechtlichkeit jeder Verletzung . . . . .	891
	2. Ausnahme: Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes . . . . .	895
III.	Die Klagen . . . . .	909
	1. Vorbemerkungen . . . . .	912
	2. Die Abwehrklagen . . . . .	916
	A. Die Abwehrklagen im Allgemeinen . . . . .	917
	a. Die Legitimation . . . . .	918
	b. Die einzelnen Abwehrklagen . . . . .	921
	aa. Die Unterlassungsklage . . . . .	922
	bb. Die Beseitigungsklage . . . . .	925
	cc. Die Feststellungsklage . . . . .	928
	dd. Weitere Abwehrmittel . . . . .	932
	B. Die Abwehrklagen zum Schutz vor Gewalt, Drohungen und Nachstellungen im Besonderen . . . . .	936
	a. Allgemeines . . . . .	936
	b. Die einzelnen Schutzmassnahmen . . . . .	940
	3. Die Wiedergutmachungsklagen . . . . .	946
IV.	Verfahrensfragen . . . . .	954
	1. Vorbemerkung . . . . .	957
	2. Gerichtsstand . . . . .	958
	3. Vorsorgliche Massnahmen . . . . .	964
	A. Rechtsgrundlage . . . . .	964
	B. Voraussetzungen . . . . .	965
	C. Inhalt . . . . .	973



D. Verfahren, Vollstreckung, Schadenersatzpflicht, Abänderung und Aufhebung . . . . .	976
V. Das Gegendarstellungsrecht insbesondere . . . . .	985
1. Allgemeines . . . . .	988
2. Die Voraussetzungen . . . . .	991
3. Die Ausübung, das Verfahren und die Veröffentlichung . . . . .	1002
4. Der Rechtsschutz . . . . .	1012
VI. Der Namensschutz insbesondere . . . . .	1025
VII. Der Schutz der Persönlichkeit mit Bezug auf das Geschlecht insbesondere . . . . .	1036b
VIII. Der Schutz bei Datenbearbeitung insbesondere . . . . .	1037
1. Allgemeines . . . . .	1041
2. Allgemeine Grundsätze der Datenbearbeitung . . . . .	1055
A. Die Grundsätze . . . . .	1055
B. Das Auskunftsrecht insbesondere . . . . .	1069
3. Persönlichkeitsverletzungen und Rechtfertigungsgründe . . . . .	1080
4. Rechtsansprüche und Verfahren . . . . .	1089
IX. Der Schutz nach dem Gleichstellungsgesetz insbesondere . . . . .	1097
1. Allgemeines . . . . .	1100
2. Persönlichkeitsverletzungen . . . . .	1104
3. Rechtsansprüche und Verfahren . . . . .	1112

## 2. Abschnitt: Die juristischen Personen

<b>§ 19 Die juristischen Personen im Allgemeinen</b> . . . . .	<b>1126</b>
I. Allgemeines . . . . .	1129
II. Die Einteilung . . . . .	1136
1. Übersicht . . . . .	1136
2. Die juristischen Personen des Bundesprivatrechts . . . . .	1142
3. Die öffentlich-rechtlichen und kirchlichen juristischen Personen . . . . .	1151
4. Die Allmendgenossenschaften und ähnliche Körperschaften . . . . .	1159
III. Entstehung und Untergang; Fusion . . . . .	1164
1. Die Entstehung . . . . .	1164
2. Der Untergang . . . . .	1176
3. Die Fusion . . . . .	1184
IV. Der Sitz . . . . .	1189
V. Rechts- und Handlungsfähigkeit . . . . .	1195
1. Vorbemerkungen . . . . .	1195
2. Die Rechtsfähigkeit . . . . .	1199
3. Die Handlungsfähigkeit . . . . .	1204
A. Die Voraussetzungen . . . . .	1204
B. Die Ausübung . . . . .	1210
VI. Der Missbrauch der juristischen Person (Fragen zum sogenannten Durchgriff) . . . . .	1219

<b>§ 20 Der Verein</b>	<b>1225</b>
I. Allgemeines . . . . .	1229
II. Entstehung und Untergang . . . . .	1243
1. Die Entstehung . . . . .	1243
2. Der Untergang . . . . .	1252
III. Die Organisation . . . . .	1258
1. Die Vereinsversammlung . . . . .	1261
A. Zwingende Normen . . . . .	1262
B. Dispositive Normen . . . . .	1269
C. Weitere Regeln . . . . .	1275
2. Der Vorstand . . . . .	1280
3. Die Revisionsstelle . . . . .	1284
IV. Die Mitgliedschaft . . . . .	1290
1. Die Mitgliedschaft als «constitutivum» . . . . .	1290
2. Erwerb und Verlust der Mitgliedschaft . . . . .	1292
A. Der Erwerb . . . . .	1292
B. Der Verlust . . . . .	1296
a. Der Austritt des Mitglieds . . . . .	1297
b. Die Ausschliessung durch den Verein . . . . .	1299
3. Rechte und Pflichten der Mitglieder . . . . .	1307
V. Sonderfragen . . . . .	1314
1. Der Schutz des Vereinszwecks . . . . .	1314
2. Der Schutz der Mitgliedschaft . . . . .	1319
3. Das Vereinsvermögen . . . . .	1332
4. Das Phänomen der Vereinsverbände (Vereine mit Sektionen) . . . . .	1335
5. Verbandsklagerecht und Schiedsgerichtsbarkeit . . . . .	1342
 <b>§ 21 Die Stiftung</b>	 <b>1344</b>
I. Allgemeines . . . . .	1348
II. Die Arten . . . . .	1367
1. Die Familienstiftungen . . . . .	1369
2. Die kirchlichen Stiftungen . . . . .	1376
3. Die Personalfürsorgestiftungen . . . . .	1383
4. Die Unternehmensstiftungen . . . . .	1388
5. Abgrenzungen zu weiteren Stiftungsarten und zum Trust . . . . .	1391
III. Entstehung, Umwandlung und Untergang . . . . .	1395
1. Die Entstehung . . . . .	1395
A. Die Eintragung in das Handelsregister . . . . .	1395
B. Die Stiftungsurkunde . . . . .	1405
C. Einzelfragen . . . . .	1412
2. Die Umwandlung . . . . .	1419
A. Die Änderung der Organisation . . . . .	1419a
B. Die Änderung des Zwecks . . . . .	1421
C. Unwesentliche Änderungen der Stiftungsurkunde . . . . .	1426
3. Der Untergang . . . . .	1427
IV. Die Organe und die übrigen «Beteiligten» . . . . .	1435

V.	Die Beaufsichtigung . . . . .	1451
	1. Das Gemeinwesen als Aufsichtsbehörde . . . . .	1451
	2. Die Kompetenzen der Aufsichtsbehörde . . . . .	1453
	3. Zuständigkeit und Rechtsmittel. . . . .	1463
	Gesetzesregister . . . . .	Seite 469
	Sachregister . . . . .	Seite 483