

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	30 (1911)
Artikel:	Die Auslegung von Artikel 7 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches
Autor:	Giesker-Zeller, Heinrich
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896563

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 30.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Die Auslegung von Artikel 7 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches.

Von Dr. jur. Heinrich GIESKER-ZELLER, Zürich.

Erstes Kapitel.

Die legislative Entwicklung des Art. 7.

I. In formeller Beziehung.

ZGB 7 lautet: „Die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts über Entstehung, Erfüllung und Aufhebung der Verträge finden auch Anwendung auf andere zivilrechtliche Verhältnisse.“

Art. 9 der bundesrätlichen Botschaft vom 28. Mai 1904 lautet: „Die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts finden auch auf andere zivilrechtliche Verhältnisse entsprechende Anwendung.“

Wir behaupten nun, dass man bei der Auslegung des ZGB 7 von dem Texte des Art. 9 der Botschaft 1904 ausgehen muss, und zwar aus folgenden Gründen:

1. Der ZGB-Vorentwurf des eidg. Justiz- und Polizeidepartements vom 15. November 1900 enthielt überhaupt noch gar keine derartige Bestimmung. Sie tauchte mit Botschaft 1904 in Art. 9 zum erstenmal auf. In der Bundesversammlung wurde darüber nicht gesprochen; nur die Kommissionsberichterstatter Huber, Rossel und Hoffmann wiesen jeweilen mit wenigen Worten auf die Bestimmung hin¹⁾. Die Redaktionskommission war es dann, welche aus Art. 9 der Botschaft den ZGB 7 formte.

¹⁾ Vergl. Sten. Bull. 1906 S. 1038, 1040; 1907 S. 115. Beachte die prinzipielle Weglassung des Art. 9 im Sten. Bull. 1906 S. 1035, 1907 S. 113.

2. Die Änderungen, welche die Redaktionskommission anbrachte, waren: *a)* dass sie das Wort „entsprechende“ fallen liess, und *b)* dass sie die Wörter: „Die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts“ durch: „Die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts über Entstehung, Erfüllung und Aufhebung der Verträge“ ersetzte. Gemäss einer Information, welche mir vom schweizerischen Justiz- und Polizeidepartement in ebenso freundlicher wie verdankenswerter Weise zu Teil ward, wurden diese Änderungen aus folgenden Erwägungen angebracht: Das Wort „entsprechende“ wurde gestrichen, weil die Uebersetzung mit „par analogie“ unzutreffend schien, weil aber kein besserer französischer Ausdruck gefunden werden konnte und weil das Adjektiv auch als ganz überflüssig betrachtet wurde. Die nähere Umschreibung der „allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts“ geschah unter der Voraussetzung, dass das revidierte OR dem ZGB von 1907 nicht angefügt werde. Da man bei der Fassung des Art. 9 der Botschaft von 1904 aber vom Gegenteil ausgegangen sei, erscheine sie ergänzungsbefürftig, denn das OR von 1881 enthalte keine Oberkategorie „allgemeine Bestimmungen“, wie der Entwurf zum revidierten OR (EOR) sie vorsehe. Es müsse daher gesagt werden, welches die allgemeinen Bestimmungen des OR von 1881 seien. Als solche kommen nur Titel I, II und III in Betracht; denn die Zession müsse im Anschluss an Code civil 689 ff. als Teil der speziellen Obligationenrechtsordnung aufgefasst werden; auch seien die in Titel IV und V des OR 1881 genannten Institute bei den einzelnen ZGB-Instituten wenigstens soweit genügend geordnet, dass man sich nötigenfalls leicht mit der Analogie helfen könne.

3. Hieraus ergibt sich nun folgendes: *a)* Die erste redaktionelle Änderung (betr. das Wort „entsprechende“) ist auch für die Zukunft vollgültig, da ihre Gründe jetzt noch zutreffen. Zugleich ist sie aber für den Inhalt und die Auslegung des ZGB 7 unwesentlich, weil sie nur stilistischen Charakter besitzt und (namentlich angesichts ZGB 1) ein Superfluum betrifft. *b)* Die zweite Änderung aber ist hinfällig. Denn ihre Gründe trafen nur solange zu, als man (wie

s. Zt. die Redaktionskommission) glaubte, das revidierte OR werde dem ZGB nicht angeschlossen. Dies ist nun heute nicht mehr der Fall. Denn es besteht wohl kein Zweifel mehr, dass das EOR tatsächlich mit dem 1. Januar 1912 in Kraft treten wird²⁾, und zwar mit der Systematik, wie sie von den eidg. Räten bereits unbeanstandet gelassen wurde, nämlich mit einer ersten Abteilung, betitelt: „Allgemeine Bestimmungen“, und enthaltend: die Entstehung, die Wirkung und das Erlöschen der Obligationen, sowie die „besonderen Verhältnisse bei Obligationen“, die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme. Damit sind wir also aus der Uebergangszeit, wo man glaubte, dass neben dem ZGB das OR von 1881 fortbestehen werde, hinausgetreten und zurückgekehrt zu der Sachlage, von welcher die bundesrätliche Botschaft von 1904, sowie die Bundesversammlung ausgingen. Der Standpunkt der Redaktionskommission ist überflügelt, ihre pessimistische Prognose ist durch die guten Witterungsverhältnisse erstarkter Kodifikationslust widerlegt worden.

Unerörtert mag hier die Frage bleiben, ob die Redaktionskommission angesichts Art. 8 des Bundesgesetzes über den Geschäftsverkehr zwischen Nationalrat, Ständerat und Bundesrat etc. vom 9. Oktober 1902 (N. F. XIX S. 386 ff.) zur Vornahme der zweitgenannten Änderung befugt war. Für den auslegenden Richter ist einzig die definitive Genehmigung des bereinigten Textes durch die Räte³⁾ massgebend; die Auslegung dieses Textes soll nicht an dessen gesetzmässigem Zustandekommen selbst rütteln.

4. Und um nun den Schluss zu ziehen, wodurch unsere obige Behauptung, dass bei der Auslegung des ZGB 7 von Art. 9 der Botschaft 1904 auszugehen sei, begründet werden soll, sagen wir: Es geht nicht an, dass man sich an den

²⁾ Vergl. Sten. Bull. 1906 S. 1043, 1907 S. 116, sowie die Botschaften des Bundesrats zum EOR vom 3. III. 05 S. 10/11 und vom 1. VI. 1909 S. 1, 4. Ferner Sten. Bull. 1909 S. 762; 1910 S. 158, 241. Komm. zum ZGB von Gmür S. 14, Rossel und Mentha, Manuel S. 47; Ztschr. des Bern. Juristenvereins 1910 Heft 1 S. 7/8.

³⁾ Siehe BGes. über den Geschäftsverkehr etc. von 1902 Art. 10 und Bundesbeschluss vom 10. XII. 1907.

Wortlaut des ZGB 7 klammert. Derselbe ist aus seiner textualischen Entwicklung heraus zu verstehen, und es muss von dem Text ausgegangen werden, den der Gesetzgeber im Moment des Inkrafttretens des Gesetzes geformt haben würde. Das ist aber der in Art. 9 der Botschaft enthaltene Wortlaut (unter Weglassung des Wortes „entsprechende“), denn er war und ist es, welcher auf den mit den Tatsachen übereinstimmenden Voraussetzungen basiert. An ihn halten wir uns. Doch nur dem Gedanken nach, indem wir fortan stets an jenen Wortlaut denken, auch wenn wir ZGB 7 sagen.

II. In materieller Beziehung.

Während wir im Vorhergehenden nach der formellen, textualischen Entwicklung des ZGB 7 und nach der sich hieraus ergebenden Konsequenz frugen, bringen wir in diesem Abschnitte zur Erörterung, welche gesetzgeberische Idee dem ZGB 7 (bezw. dem Art. 9 der Botschaft von 1904) zu Grunde liegt.

Vorerst eine negative Antwort: Vom gesetzespolitischen Standpunkt aus, also unmittelbar, liegt hinter ZGB 7 überhaupt keine Idee. Ich meine: Während die meisten Normen des ZGB den Ausdruck irgend einer Tendenz des Gesetzgebers bilden (bessere Stellung der Frau, der unehelichen Kinder, Förderung der Landwirtschaft, Massregeln gegen Vermögen in toter Hand, freie Tätigkeit des Richters, Ausschluss der Chicane etc. etc.), hat ZGB 7 nur Ergänzungswert, entstammt nicht dem gesetzgeberischen Bestreben, gewisse Rechtsverhältnisse irgendwie sozial bedeutungsvoll zu regeln, und beruht daher nach keiner Richtung hin auf einem gesetzespolitischen Ideal. Dass dem so ist, ergibt sich 1. aus der Tatsache, dass eine entsprechende Bestimmung im Departementalentwurf noch ganz fehlte; 2. aus der bundesrätlichen Botschaft von 1904 S. 9, wo der Inhalt des Art. 9 als selbstverständlich hingestellt und seine Existenz nur mit Vollständigkeitsrücksichten begründet wird; 3. aus den Verhandlungen der eidg. Räte, wo die Bestimmung von den Kommissionsreferenten nur leicht berührt und im übrigen garnicht besprochen wurde⁴⁾.

⁴⁾ Vergl. Note 1.

Um positiv zu antworten ist aber zu sagen: ZGB 7 entspringt mittelbar aus einer staatspolitischen (nicht gesetzespolitischen) Idee von grosser Bedeutung, nämlich aus dem Bestreben des Bundes, dem ZGB keinen „Allgemeinen Teil“ beizugeben, das neue schweizerische Gesetzbuch möglichst undogmatisch, möglichst populär zu gestalten. Der Bundesrat wollte nicht Gefahr laufen, dass das ZGB, sei es in den Räten, sei es bis zum Ablaufe der Referendumsfrist im Volke, auf Antipathie stösse. Er zog es vor, der Volkstümlichkeit zu Liebe die Dogmatik beiseite zu lassen, den wissenschaftlichen Ausbau des neuen Gesetzbuches dem einheitlichen Recht selbst zu opfern. Das war aber keine Gesetzgebungspolitik mehr, denn es handelte sich nicht um den für das Rechtsleben besten Gesetzesinhalt, sondern es war Staatspolitik, weil dem Kodifikationsprinzip zum Durchbruch verholfen und damit das Gesamtwohl des Staates gefördert werden sollte.

An Beweisen für diese Behauptungen fehlt es nicht: Man lese S. 22 f. der Erläuterungen, wo die Weglassung des allgemeinen Teils damit begründet wird, dass 1. kein praktisches Bedürfnis für einen solchen vorliege, 2. dass ein allgemeiner Teil der „Anschaulichkeit“ Eintrag tue, 3. dass er zu kompliziert würde, 4. dass die allgemeinen Begriffsbestimmungen nicht der Gesetzgebung, sondern der Wissenschaft angehören, 5. dass unsere volkstümlichen Gerichte nach unmittelbar praktischen Rechtsvorschriften verlangen⁵⁾). Sodann S. 9 der Botschaft von 1904, wo ein allgemeiner Teil deshalb als überflüssig dargestellt wird, weil er ein „wesentlich doktrinelles Postulat“ sei. Dem allem liegt der Gedanke zu Grunde: Keine Dogmatik im ZGB! Und weshalb? Etwa weil die allgemeinen Rechtsgrundsätze überhaupt nicht im Gesetz zu stehen brauchen (Erl. S. 24)? Dann würde dasselbe doch unvollständig, oberflächlich und namentlich unpraktisch sein. Oder weil man die allgemeinen Lehren nicht zusammenstellen, sondern bei jedem Rechtsinstitut einzeln behandeln muss (vergl. Erl. S. 23, Botschaft 1904 S. 9)? Daraus entstünde entweder Stückwerk oder enorme Weitläufigkeit. Oder endlich,

⁵⁾ Hiezu auch Egger, Einführung zum Komm. des ZGB S. XVIII.

weil der schweizerische Richter nicht theoretisch genug gebildet ist? Das fällt erst recht dahin; denn erstens sind die meisten oberen Instanzen und auch viele erstinstanzlichen Gerichte der Schweiz von geschulten Juristen besetzt; und zweitens werden, wo Laienrichter das Recht finden, die Urteile meistens auf dogmatischem Wege vorbereitet oder wenigstens dogmatisch begründet.— Nein! Aber ein wissenschaftlich-doktrinell ausgearbeitetes Zivilgesetzbuch ist bei der grossen Masse unbeliebt. Und da wir eine demokratisch-republikanische Verfassung haben, musste aus Rücksicht gegenüber der Masse von einem allgemeinen Teil abgesehen werden.

Die Frage blieb übrigens im Kreise der schweizerischen Juristen nicht undiskutiert. Am 27. August 1900 legte Advokat Janggen aus St. Gallen in der 38. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins auf Grund eines ausführlichen schriftlichen Referates über die Art der Anpassung des OR an das ZGB die These vor: „Von der Schaffung eines sogenannten allgemeinen Teils des Zivilgesetzbuches ist Umgang zu nehmen“⁶⁾. Er empfahl dies, weil er es für besser erachtete, wenn die allgemeinen Rechtsregeln mit den einzelnen Instituten direkt in Verbindung gebracht werden, und weil er es für einen Vorzug hielt, wenn die Normen einen Teil ihres abstrakten, theoretischen Charakters verlieren (vergl. S. 642). Dieser Auffassung wurde von Bundesrichter Honegger (S. 711) und Prof. Moriaud (S. 713) entgegengetreten, indem sie beide dem logischen Bau des Gesetzbuches das Wort redeten⁷⁾. „Ce serait faciliter à tous l'emploi du futur code suisse, que de mettre chaque chose à sa place“ (S. 713). Wohl auf Grund dieser Entgegnungen geschah es dann, dass die vorgelegte These fallen gelassen und dem Justizdepartement nicht eingereicht wurde.

⁶⁾ Dies und die nächstfolgenden Seitenzitate in: Zeitschr. für schweiz. Recht, N. F. Band XIX S. 593 ff., S. 682 ff.

⁷⁾ Prof. Grenier (Gegenreferent S. 696/7) billigte den Standpunkt Janggens. Vergl. zur ganzen Frage auch Prof. Rabel, Deutsche Jur.-Ztg. 1910 No. 1 S. 27; Stooss, Zeitschr. des Bern. Juristenvereins 1909 S. 593 ff.; Zitelmann, Kunst der Gesetzgebung S. 15, 16, 19, sowie Egger, Einführung zum Komm. des ZGB S. XX und die dort angeführten Zitate, Rossel et Mentha, Manuel S. 49.

Welche Ansicht die richtige sei, und ob es besser wäre, wenn das ZGB einen allgemeinen Teil enthielte, kann hier nicht einlässlich erörtert werden. Nur soviel: Vom gesetzgebungs-politischen Standpunkt aus ist die Frage gewiss zu bejahen; denn es ist undenkbar, dass allgemeine Rechtsregeln, wie z. B. über Willenserklärungen, Willensmängel, Bedingungen, Verjährung etc. bei jedem einzelnen Rechtsinstitut im speziellen behandelt werden, ohne dass das Gesetz entweder ungenau oder schrecklich weitläufig wird. Die Abstraktion ist eben einfacher und damit praktischer als die Kasuistik. Freilich mag ein Gesetzbuch durch seinen abstrakten Charakter an Volkstümlichkeit einbüßen. Daher rechtfertigt es sich in der Schweiz vom staatspolitischen Standpunkt, aber auch nur von ihm aus, keinen allgemeinen Teil des bürgerlichen Gesetzbuches zu schaffen.

Solche Erwägungen bilden die inhaltliche Grundlage des ZGB 7. Und was ergibt sich daraus für seine Auslegung? Der Grundsatz, dass dieser Norm, welche nur vollständigkeitshalber, welche nur der Ergänzung wegen eingeschaltet wurde, nicht eine genau durchdachte Doktrin untergeschoben werden darf. Man darf nicht sagen: Die einzelnen Wörter des ZGB 7 sind vom Gesetzgeber in Berücksichtigung ihrer ganzen, ex abstracto sich ergebenden Tragweite für das Rechtsleben gesetzt worden, und man muss sich daher streng an sie klammern. Sondern man hat sich zu vergegenwärtigen, dass mit ZGB 7 auf die tausendfältigen Permutationen, die sich zwischen den allgemeinen Rechtsregeln des EOR einerseits (betr. Willenshandlungen, Willensmängel, Stellvertretung, Bedingungen, Verjährung etc.) und den einzelnen Rechtsinstituten anderseits (nicht obligationenrechtliche Verträge, einseitige Rechtsgeschäfte wie Zustimmungen, Widerrufe, Mitteilungen, Verzichte, Okkupation, Erbschaftsantritt etc.) denken lassen, nur hingewiesen sein soll. ZGB 7 ist nicht der „Allgemeine Teil“. Er soll ihn nicht ersetzen⁸⁾; dieser muss vielmehr von der Wissenschaft aus ZGB 7 heraus geschaffen werden.

⁸⁾ Anders Komm. von Gmür S. 28 Note 5 und zu ZGB 7 Note 1, sowie Manuel von Rossel et Mentha S. 71.

Dieses Resultat berechtigt zu folgenden Schlussfolgerungen:

1. Es ist zweifellos erlaubt, auf den Text des Art. 9 der Botschaft von 1904 zurückzugreifen; denn die Gründe, welche wir hierfür sub I darlegten, sind gewichtiger als die Form eines nur aus so allgemeinen Grundsätzen hervorgegangenen Artikels wie ZGB 7.
2. Es kann die Aufgabe der diesbezüglichen Gesetzesinterpretation umschrieben werden. Sie lautet folgendermassen:

Auszugehen ist vom Wortlaut des Art. 9 der Botschaft von 1904 (unter Weglassung des Wortes „entsprechende“). Darstellungsobjekt ist also die Verknüpfung aller „Allgemeinen Bestimmungen des EOR“ mit den „anderen zivilrechtlichen Verhältnissen“. Selbstverständlich kann die Verknüpfung nicht sofort gezeigt werden; es bedarf vielmehr vorerst einer eingehenden Prüfung dessen, was und wie verknüpft werden darf und soll.— Und die negative Abgrenzung unserer Aufgabe:

1. Nur die allgemeinen Bestimmungen des EOR, nicht dessen spezielle Normen sollen Anwendung finden. Wir haben daher nicht zu zeigen: *a)* die Fälle, wo die speziellen EOR-Bestimmungen (z. B. die Geschäftsführung ohne Auftrag [vergl. ZGB 485 Abs. 2], oder die Schenkung [vergl. ZGB 761], oder das Darlehen [vergl. ZGB 765 Abs. 3]) in anderen Rechtsgebieten Anwendung finden; *b)* die Fälle, wo der allgemeine Teil des EOR mit dem speziellen Teil des EOR in Verbindung zu bringen ist; *c)* die Fälle, in denen allgemeine oder spezielle Normen irgend eines anderen Bundesgesetzes, sei es auf die obligationenrechtlichen Verhältnisse, sei es auf „andere“ zivilrechtliche Verhältnisse anzuwenden sind (z. B. ZGB 652 f. bezüglich ZGB 342; 745 bezüglich 300 etc. etc.).

Nicht zulässig ist aber die Folgerung, dass eine wissenschaftliche Behandlung des ZGB 7 überflüssig ist, weil dieser Artikel nur der Ausdruck eines „selbstverständlichen“ Prinzips sei⁹⁾). Im Gegenteil! Aus der Tendenz des Bundesgesetzgebers, das neue Rechtsbuch so knapp als möglich zu gestalten¹⁰⁾,

⁹⁾ Ebenso Gmür, Komm. des ZGB S. 29 Note 7.

¹⁰⁾ Siehe Egger, Einführung zum Komm. des ZGB S. XIX.

resultiert, dass der Richter wenigstens diejenigen Normen, welche das ZGB enthält, ernst zu nehmen hat und sich nicht vor irgend einem Artikel durch einen Sprung ins Freie retten darf. Freilich! Er soll sich nicht ans Wort klammern. Aber er soll sich auch nicht von ihm lossagen. Er soll es auslegen. — Uebrigens ist der Grundsatz, dass die allgemeinen Bestimmungen des EOR oder überhaupt eines Obligationenrechtes für die vielen nichtobligationenrechtlichen Verhältnisse Geltung haben sollen, gär nicht selbstverständlich. Gerade bei der Anwendung allgemeiner Rechtsprinzipien (über Willensmängel etc.) ergeben sich die kompliziertesten Fälle. Zu ihrer Lösung gibt es nur zwei Wege: Entweder ein im Gesetz begründeter Grundsatz. Das ist ZGB 7¹¹⁾. Oder: Freies Gutdünken des Richters. Das aber ist — und zwar in diesen Fällen vor allen anderen! — Rechtsunsicherheit.

Zweites Kapitel.

Die Auslegung des Art. 7.

Erster Abschnitt.

Was heisst „allgemeine Bestimmungen des Obligationenrechts“?

Die Antwort hierauf liegt schon im vorhergehenden Kapitel und zwar sowohl in positiver wie in negativer Hinsicht. Positiv insofern, als eben davon auszugehen ist, dass heute nicht mehr das OR von 1881, sondern nur das revidierte OR (EOR) in Betracht fällt und im speziellen dessen erste Abteilung, enthaltend die „Allgemeinen Bestimmungen“, mithin: Titel XXVII (die Entstehung der Obligationen, Art. 1016—1082), Titel XXVIII (die Wirkung der Obligationen, Art. 1083—1137^{bis}), Titel XXIX (das Erlöschen der Obligationen, Art. 1138—1166), Titel XXX (Besond. Verhältnisse bei Obligationen Art. 1167—1189)

¹¹⁾ Ganz ähnliche Bestimmungen enthalten: BGes. betr. den Versicherungsvertrag vom 2. IV. 1908 (N. F. XXIV S. 719 ff.) Art. 1; BGes. betr. die elektr. Schwach- und Starkstromanlagen vom 24. VI. 1902 (N. F. XIX 259 ff.) Art. 29, 36, 37; Zürcher Pr. G. B. § 1089 u. a., vergl. bei Huber, schweiz. Privatrecht III S. 664.

und endlich Titel XXXI (Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme Art. 1190—1212)¹²⁾. — Negativ insoweit, als nur diese Artikel des EOR, nicht auch etwa Normen aus dessen zweiter Abteilung zur Anwendung gelangen sollen (vergl. oben S. 160). Das ist nicht so selbstverständlich, wie es scheint; Wieland hat z. B. in seinem Kommentar zum ZGB-Sachenrecht solche spezielle Rechtsinstitute herbeigezogen, ohne hiefür mehr als eine oft sehr weitgehende Analogie, das freie Ermessen und die Billigkeit auf seiner Seite zu haben (vergl. z. B. die Herbeiziehung der Normen über Gesellschaft, Kauf und Miete bezüglich der Miteigentumsverhältnisse¹³⁾, diejenige der Grundsätze über negotiorum gestio bezüglich des Fundes¹⁴⁾, der Regeln des Wechselrechts bezüglich Schuldbrief und Gült¹⁵⁾ etc.)¹⁶⁾. Es muss zum mindesten festgestellt werden, dass derartige Kombinationen mit ZGB 7 nichts zu tun haben.

Hiermit sind wir bei dem Punkt unserer Arbeit angelangt, wo wir wissen, was Anwendung finden soll. Wir gehen über zu der schwierigeren Frage, welches das Substrat der Anwendung ist. ZGB 7 wie Art. 9 der Botschaft von 1904 antworten geheimnisvoll: „andere zivilrechtliche Verhältnisse“. Die Prüfung dessen, was hierunter zu verstehen ist, führt zu einer Menge von sehr umstrittenen Fragen, sowohl staatsrechtlicher wie allgemein rechtssystematischer Natur. Ein genaues Resultat ist nur auf exakt analytischem Wege erreichbar. Daher werden wir im Folgenden untersuchen, was „zivilrechtlich“, was „Verhältnisse“ und was „andere Verhältnisse“ heisst. Hieran knüpft sich dann die Frage nach der Form der Anwendung selbst. Erst nach Abschluss dieser prinzipiellen Erörterungen können wir es wagen, den Sinn von ZGB 7 an praktischen Beispielen zu zeigen.

¹²⁾ So auch Manuel von Rossel et Mentha S. 72 und Gmür Komm. zu ZGB 7 Note 3. — Unter EOR ist im folgenden stets der bundesrätliche Entwurf in der Fassung vom 1. Juni 1909 („Nachtrag“ zur Botschaft vom 3. März 1905) zu verstehen.

¹³⁾ Wieland, Komm. zu ZGB 649 Note 2, zu 650 Note 1 und 2a, zu 651 Noten 6, 7.

¹⁴⁾ Wieland, Komm. zu ZGB 722 Note 3a.

¹⁵⁾ Wieland, Komm. zu ZGB 862 Noten 1, 2.

¹⁶⁾ Vergl. Wieland, Komm. zu ZGB 755 Note 3b.

Zweiter Abschnitt.

Was heisst: „zivilrechtlich“?

I. Bei Aufsuchung dieser Definition ist uns von vorneherein eine begriffliche Abgrenzung gegeben, die kaum in Zweifel gezogen werden kann: Die zivilrechtlichen Verhältnisse, von denen ZGB 7 spricht, können nur b u n d e s z i v i l r e c h t l i c h sein. Ausser Betracht fallen also diejenigen zivilrechtlichen Gebiete, die den Kantonen zur Regelung belassen werden. Wäre dem anders, so gelangte man zu der Konsequenz, dass die Kantone innerhalb ihrer Vorbehalte gar nicht frei sind; denn sobald sie eine Frage der Vorbehaltmaterie regeln wollten, auf die der allgemeine Teil des EOR Anwendung finden könnte, müssten sie Halt machen. Sagt man aber umgekehrt: Innerhalb der gesetzlichen Vorbehalte können die Kantone nach Belieben legiferieren, so muss man auch einräumen, dass der allgemeine Teil des EOR sie in dieser Freiheit nicht hindern darf und dass man dem Wort „zivilrechtlich“ in ZGB 7 nur den Sinn von b u n d e s z i v i l r e c h t l i c h beilegen darf.

Allerdings ist hierbei hervorzuheben, dass infolge des vom 1. Januar 1912 an geltenden Kodifikationsprinzipes die Regelung aller Rechtsfragen in die präsumtive Kompetenz des Bundesrechtes fällt. Gemäss Schlussartikel des ZGB (Schl.) Art. 51 ist das kantonale Zivilrecht aufgehoben, soweit nicht b u n d e s z i v i l r e c h t l i c h etwas anderes vorgesehen ist. Von 1912 an gilt (mit Ausnahme der ausdrücklichen Vorbehalte) nur Bundeszivilrecht und zwar auch da, wo noch keine b u n d e s r e c h t l i c h Normen existieren (freie Bundeszivilrechtsfindung gemäss ZGB 1)¹⁷⁾. Wenn nun ein Kanton innerhalb seines Vorbehaltgebietes irgend eine Frage desselben, die aus dem allgemeinen Teil des EOR heraus beantwortet werden kann, nicht löst, so greifen die allgemeinen Bestimmungen des EOR solange Platz, bis der Kanton sich auch noch dieser Frage an-

¹⁷⁾ Siehe Komm. von Gmür zu ZGB 5 Note 4; Egger, Festgabe der Rechtswiss. Fakultät der Universität Zürich {1908, S. 176 f.; Rossel et Mentha, Manuel S. 70.

nimmt¹⁸⁾). Da nun der allgemeine Teil des EOR, wenn er zur Anwendung gelangt, als Bundeszivilrecht (nicht etwa wie bisher z. B. gemäss § 1089 des zürcherischen PrivGB als kantonales Recht) gilt, ergibt sich, dass die Grenze des Bundeszivilrechts auf die Seite der kantonalen Vorbehaltsgebiete hinaus schwankt, jenachdem die Kantone von ihren Vorbehalten vollständigen oder unvollständigen Gebrauch machen. Eine Lücke zwischen Bundeszivilrecht und kantonalem Zivilrecht kann aber nie entstehen, da jenes stets beginnt, wo dieses aufhört.

II. Zur Definition des Begriffes „Bundeszivilrecht“ führen verschiedene Methoden:

A. Die beliebtere unter ihnen frägt: Was heisst bündeszivilrechtlich in Bezug auf das gesamte materielle schweizerische Bundesrecht? Sie geht also von den einzelnen materiellen Normen (nicht von der Bundesverfassung, vergl. sub B b unten S. 167) aus, gruppiert sie und scheidet dann nach irgend einem freihändig aufgestellten Prinzip diejenigen aus, welche nicht unter den Begriff Zivilrecht fallen können. Wir nennen sie die materielle Methode.

a) Ihr huldigt vor allem Burckhardt, indem er S. 650 seines Kommentars zur Bundesverfassung folgendermassen argumentiert: Privatrecht ist die Summe der Rechtssätze, welche die Rechtsverhältnisse der Einzelnen unter sich normieren. Das Bundeszivilrecht zerfällt in privatrechtliche und öffentlichrechtliche Normen. Alle privatrechtlichen Normen sind Zivilrecht; dazu kommen aber noch diejenigen öffentlichrechtlichen Normen, welche von jeher im Zivilgesetze behandelt wurden (historische Notwendigkeit) sowie diejenigen, welche zur Ergänzung der Privatrechtsordnung unbedingt notwendig sind (gesetzespolitische Notwendigkeit). Zivilrecht ist daher die Summe aller privatrechtlichen Normen und aller derjenigen öffentlichrechtlichen Regeln, welche entweder von jeher mit den privatrechtlichen zusammen aufgestellt wurden oder welche zur Ergänzung der Privatrechtsordnung notwendig sind¹⁹⁾.

¹⁸⁾ Vergl. die Zitate in Note 17 sowie Schl. 53 Abs. 2 des ZGB und Egger, Festgabe S. 197.

¹⁹⁾ Diese Definition ergibt sich auch aus der Botschaft von 1904 zum ZGB S. 11 ff.; vergl. Egger, Festgabe S. 179 f.

b) C. Wieland²⁰⁾ geht ähnlich vor. Auch er setzt die scharfe Trennung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht voraus. Von den beiden Gruppen der Bundesrechtsätze, die hierdurch entstehen, bezeichnet er aber nur diejenige der privatrechtlichen als Zivilrecht. Wenn der Gesetzgeber daneben noch öffentlichrechtliche Normen aufstelle, so liege darin ein Verfassungsbruch, ein Eingriff in die Kompetenzen der Kantone, welcher aber insoweit erlaubt sei, als es sich um „durchaus notwendige und als solche allgemein empfundene Massnahmen“ öffentlichrechtlichen Inhaltes oder um solche öffentlichrechtliche Normen handle, „die ihren Inhalt und ihre nähere Bestimmung notwendigerweise im Privatrecht empfangen müssen“.

c) Hiergegen nimmt Holliger²¹⁾ Stellung. Er behauptet folgendes Prinzip: Zivilrecht ist nicht gleich Privatrecht. Sondern es ist die gesetzliche Regelung derjenigen Materien, welche entweder ausschliesslich von Privatrechtssätzen beherrscht, oder dann von solchen konstituiert, ins Leben gerufen und nur accessorischer Weise auch noch von öffentlichrechtlichen Normen geregelt werden. Holliger sagt dies zwar z. T. mit anderen Worten. Doch kann denselben kein anderer Sinn zu Grunde liegen, wenn sie nicht eine petitio principii enthalten sollen.

Mir scheint keine dieser Antworten befriedigend und zwar deshalb nicht, weil sie auf aprioristischen Voraussetzungen beruhen. So setzen sie in erster Linie den Unterschied von privatem und öffentlichem Recht voraus. Gerade dieser ist aber so unabgeklärt als nur möglich²²⁾ und zwar sowohl mangels allgemeiner Anerkennung eines Einteilungsprinzipes als mangels unbedingter Stichhaltigkeit innerhalb der einzelnen

²⁰⁾ Zeitschr. für schweiz. Recht, Bd XXII Heft 2, S. 182 f.

²¹⁾ Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung 1904 No. 11 S. 83 f.

²²⁾ Vergl. insbes. Jellinek, Allgem. Staatslehre S. 373; auch Burckhardt, Komm. zur Bundesverfassung S. 650 Abs. 4; Holliger, Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht, zürcher Dissertat. 1904. Vergl. hiezu auch Wundt, Logik Bd III S. 622/23.

aufgestellten Prinzipien. Ferner geschieht auch die Bezeichnung derjenigen privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Normen, welche zum Zivilrecht gehören, bei allen drei Lösungen ganz willkürlich. Welches die öffentlichen Rechtsätze, die kraft historischer oder gesetzespolitischer Notwendigkeit zum Privatrecht gehören, sind, sagt Burckhardt nicht und ist auch kaum bestimmbar. Ebenso verhält es sich bei der Lösung Holligers mit den Materien, die vom Privatrecht beherrscht oder ins Leben gerufen werden oder die nur accessorischer Weise von Normen öffentlichrechtlicher Natur geregelt sein sollen. Am unzweideutigsten ist noch der Grundsatz Wielands, welcher einfach Zivilrecht mit Privatrecht identifiziert und die Aufstellung von öffentlichrechtlichen Normen durch den Bundeszivilgesetzgeber konsequent als Bundesverfassungsbruch bezeichnet. Allein auch hier ist der Ausgangspunkt willkürlich und führt offenbar zu einer allzu engen Definition.

Eine solche wäre mit der materiellen Methode eben nur dann erreichbar, wenn vorerst genügend erhärtet würde, wie sich die principia divisionis, die zur Scheidung der materiell-rechtlichen Normen (z. B. in öffentliche und private, accessorische und nichtaccessorische etc.) herbeigezogen werden, rechtfertigen. Man müsste wohl vor allem ergründen, ob und wieder überlieferte Unterschied zwischen privatem und öffentlichem Recht haltbar ist; man müsste überhaupt die Rechtsnormen ihrem Gehalt nach in ein genaues, allumfassendes System bringen. Dann erst wären die Rechtssätze inhaltlich gesondert und dann könnte man daran gehen, zu bestimmen, welche von ihnen das Zivilrecht ausmachen sollen. Dass ein derartiges Vorgehen vom hundertsten ins tausendste führen muss, ist ohne Weiteres klar, und es ginge über den Rahmen dieser Arbeit hinaus, wenn wir diesen Weg beschreiten wollten.

B. Doch gibt es noch eine andere Methode, welche zur Definition des Bundeszivilrechts führt. Sie frägt: Was heisst zivilrechtlich mit Bezug auf das schweizerische Bundesverfassungsrecht: Im Gegensatz zur materiellen Methode wird bei dieser, die wir die formelle benennen, nicht von den

einzelnen materiellen Rechtsnormen, sondern von der Bundesverfassung ausgegangen. Man sucht den konstitutionellen Begriff des „Bundeszivilrechtes“ auf. Hier sind zwei Unterarten denkbar:

a) Die geschichtlich-formelle Methode. Dieselbe frägt nach dem Sinn, welcher gemäss der geschichtlichen Entwicklung der Verfassung dem in derselben angewandten Ausdruck „Zivilrecht“ zu Grunde liegt. Es muss danach auf die Gesetzesmaterialien zu Bundesverfassung Art. 64 Abs. 2 und 46/47 zurückgegangen und sodann an Hand der damals geltenden wissenschaftlichen Theorien festgestellt werden, welches der Wille des Gesetzgebers war, als er in diesen Artikeln von Zivilrecht sprach. Wir wählen diesen Weg namentlich deshalb nicht, weil die geschichtliche Auslegungsmethode niemals zu einem exakten, feste Anhaltspunkte bietenden Resultat führen kann. Auch soll ja nicht die ursprüngliche Meinung des gesetzgebenden Organs, sondern der Wortlaut des Gesetzes Ausgangspunkt der Interpretation sein. Denn selbst wenn man geschichtlich genau feststellen könnte, was man unter Bundeszivilrecht damals verstand, als die betreffenden Bundesverfassungsartikel geschaffen wurden, so wüsste man damit noch nicht, was nach dem heutigen Stand der Dinge darunter zu verstehen ist²³⁾.

b) Daher wenden wir uns der dogmatisch-formellen Methode zu. Dieselbe frägt: Was heisst heute im Sinne der Bundesverfassung Bundeszivilrecht?

Bundeszivilrecht ist die Summe der Bundesrechtsätze, welche entweder auf Bundesverfassungsbestimmungen beruhen, die dem Bund die Kompetenz zum Erlass von „Zivilrecht“ ausdrücklich geben, oder welche auf solchen Bestimmungen beruhen könnten, jedoch schon in der Bundesverfassung selbst stehen. Um diese Definition zu begründen fragen wir zuerst:

²³⁾ Weshalb die historische Methode neuerdings auch immer mehr an Kredit verliert; vergl. Wieland, Die historische und die kritische Methode in der Rechtswissenschaft. Leipzig 1910, S. 14 und die in den Anmerkungen 5, 7, 16, 19 daselbst Zitierten.

aa) Welches sind die Bundesrechtsätze, die auf Bundesverfassungsbestimmungen, welche dem Bund die Kompetenz zum Erlass von Zivilrecht ausdrücklich geben, beruhen? Die Antwort ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

a) Die Bundesverfassungsbestimmungen, welche dem Bund ausdrücklich eine Zivilgesetzgebungskompetenz wahren, sind Art. 46 und 64. Sie lauten folgendermassen:

Art. 46: In Beziehung auf die zivilrechtlichen Verhältnisse stehen die Niedergelassenen in der Regel unter dem Rechte und der Gesetzgebung des Wohnsitzes.

Die Bundesgesetzgebung wird über die Anwendung dieses Grundsatzes die erforderlichen Bestimmungen treffen.

Art. 64: Dem Bund steht die Gesetzgebung zu:
Ueber die persönliche Handlungsfähigkeit ;
über alle auf den Handel und Mobiliarverkehr bezüglichen Rechtsverhältnisse (Obligationenrecht, mit Inbegriff des Handels- und Wechselrechtes);
über das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst ;
über den Schutz neuer Muster und Modelle, sowie solcher Erfindungen, welche durch Modelle dargestellt und gewerblich verwertbar sind ;
über das Betreibungsverfahren und das Konkursrecht.

Der Bund ist zur Gesetzgebung auch in den übrigen Gebieten des Zivilrechts befugt.

Alle Bundesrechtssätze, welche auf diesen Bestimmungen beruhen, müssen Bundeszivilrecht im verfassungsmässigen Sinne sein. Bei Art. 46 gilt dies rückhaltlos. Bei Art. 64 ist die Einschränkung zu machen, dass Abs. 2 sich auf das in Abs. 1 genannte Betreibungsverfahren und Konkursrecht nicht bezieht, und dass dasselbe mithin kein Zivilrecht darstellt; es handelt sich hier um eine ungenaue Redaktion, welche durch die Geschichte des Art. 64 erklärt, zugleich aber auch korrigiert wird. Das ist allgemein anerkannt ²⁴⁾.

3) Hieran knüpft sich die Frage, in welchen Erlassen welcher eidg. Behörden wir überhaupt Bundesrechtsätze, die auf Art. 46 oder 64 fundiert sind, antreffen können. Denn

²⁴⁾ Vergl. Holliger, Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeinde-Verwaltung 1904 No. 11 S. 84, Burckhardt, Komm. S. 645 ff., Schollenberger, Komm. S. 448 f.

erst wenn dies klar ist, sind wir in der Lage, daran zu gehen, die einzelnen Bundesrechtsätze, die auf Bundesverfassung 46 oder 64 beruhen, zu bestimmen. Wir finden Bundesrecht:

1. In formellen Gesetzen, d. h. in den von der Bundesversammlung beschlossenen unter dem Namen Gesetz erlassenen, staatlichen Willenserklärungen (BGes.).

2. In Bundesversammlungsbeschlüssen, die keine formellen Gesetze betreffen (BB, Bundesbeschlüsse).

3. In Ergänzungsverordnungen (VO) und gesetzergänzenden Beschlüssen des Bundesrates (BRB), d. h. solchen bundesrätlichen Verordnungen und Beschlüssen, welche das Bestehen eines Bundesgesetzes oder Bundesbeschlusses nicht nur zur Voraussetzung haben und im übrigen auf einer direkt im Verfassungsrecht begründeten Verordnungsgewalt des Bundesrates beruhen (wie die sogenannten Vollziehungsverordnungen), sondern welche in ihrer Gesetzmässigkeit selbst durch ein spezielles Gesetz begründet sein müssen und zu dessen inhaltlicher Ergänzung vom Bundesrat erlassen werden²⁵⁾.

Ob der Erlass jeweilen seinen wissenschaftlich richtigen Namen trägt, tut nichts zur Sache. Insbesondere darf es nicht irreleiten, dass viele eidg. Ergänzungsverordnungen Vollziehungsverordnungen genannt sind.

r) Wie muss nun die verfassungsrechtliche Rechtfertigung eines solchen Bundeserlasses geformt sein, damit wir sagen können: Dieser eidg. Rechtssatz „beruht“, „basiert“ auf Art. 46 oder 64 der Bundesverfassung? Die Antwort scheint einfach, weil man gewöhnlich nur an die Kompetenzbegründung durch ausdrücklichen Kompetenzvorbehalt denkt. Das ist aber zu eng. Wir unterscheiden 4 Arten der verfassungsrechtlichen Fundierung materieller Bundesnormen:

1. Die ausdrückliche Kompetenz: Die bundesrechtliche Regelung einer Materie (z. B. des OR, des Urheberrechts) ist entweder in der Bundesverfassung ausdrücklich und unzweideutig vorgesehen (z. B. Art. 64 Abs. 1), dann ergibt sich,

²⁵⁾ Nach Jellinek, Gesetz und Verordnung 1887 S. 381 f. Vergl. Burckhardt, Komm. S. 736, Schollenberger, Komm. S. 548.

dass der Bundesgesetzgeber Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse über diese Materie erlassen kann; oder der ausdrückliche Kompetenzvorbehalt ist in einem Bundesgesetz oder Bundesbeschluss enthalten; dann erwächst daraus der Bundesversammlung die Kompetenz zu neuen Bundesgesetzen oder Bundesbeschlüssen und dem Bundesrat zu ergänzenden VO und BRB. Im ersten Fall liegt eine unmittelbare, im zweiten eine mittelbare Kompetenzbegründung vor. So ist das OR direkt auf Bundesverfassung 64 Abs. 1 fundiert. Die VO über Handelsregister und Handelsamtsblatt (N. F. XI 492 ff.) aber basiert nur indirekt auf dieser Bundesverfassungsnorm; nämlich vorerst auf OR 859 Abs. 4 und erst durch diesen Artikel hindurch auf Bundesverfassung 64 Abs. 1.

2. Die Kompetenzkompetenz: Der Kompetenzvorbehalt in Bundesverfassung, Bundesgesetz oder BB ist nicht unzweideutig, ist nicht klar genug. Nach allgemein herrschender Theorie²⁶⁾ hat dann diejenige Bundesbehörde, welcher die Kompetenz zukommen soll, das Recht, jenen zweideutigen Vorbehalt zu ihren Gunsten auszulegen; sie hat also die Kompetenz, ihre Kompetenz selbst zu bestimmen.

Diese Kompetenzkompetenz kann der Bundesversammlung zustehen, soweit es sich um eine Auslegung der Art. 64 und 46 der Bundesverfassung oder um Kompetenzvorbehalte ihrer eigenen Erlasse handelt. So erachtete sich der Bund gemäss Bundesverfassung Art. 64 kompetent, im Bundesgesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst von 1883 Strafbestimmungen (Art. 13, 14) und Prozessrechtsnormen (Art. 15, 16, 17) aufzustellen. Ihre Kompetenz zum Gesetz betreffend die Fabrik- und Handelsmarken leitete die Bundesverfassung aus OR Art. 876 Abs. 1 und somit indirekt aus Bundesverfassung Art. 64 ab. In beiden Fällen bot Bundesverfassung Art. 64 nur eine Handhabe und bloss unter intensiver Zuhilfenahme der extensiv angewandten Kompetenzkompetenz gelang die verfassungsrechtliche Fundierung.

²⁶⁾ Vergl. Burckhardt, Komm. S. 650, Schollenberger, Komm. S. 101 und „Das schweiz. öffentliche Recht“ 1909 S. 34.

Die Kompetenzkompetenz kann auch dem Bundesrat zu stehen, wenn es sich um die Auslegung eines im Bundesgesetz oder BB enthaltenen Kompetenzvorbehaltes handelt.

In allen Fällen, wo nur die Auslegung der Bundesverfassung in Frage steht, ist die Begründung der Kompetenz eine direkte, in den übrigen eine indirekte.

3. Die Kompetenzkraft Volkszustimmung: Die Bundesverfassung stellt in einem Bundesgesetz oder BB einen Rechtssatz auf, der in der Bundesverfassung schlechthin nicht begründet ist, dessen Erlass von der Verfassung in keiner Weise vorgesehen wird. Ist nun die betreffende Norm gemäss Bundesverfassung Art. 89 Abs. 2 dem fakultativen Referendum unterworfen, so kann sie erst in Kraft treten, entweder, nachdem die Referendumsfrist unbenutzt abgelaufen ist, oder nachdem die Volksabstimmung ein bejahendes Ergebnis hervorgebracht hat. In beiden Fällen geschieht dann, im ersten durch Stillschweigen, im zweiten durch ausdrückliche Zustimmung des Volkes, die Billigung des Normerlasses zugleich mit der Billigung des Norminhaltes. Der Verfassungsbruch wird durch das Verhalten des obersten Gesetzgebungsorgans gerechtfertigt. Es vollzieht sich eine vereinfachte Verfassungsrevision für den konkreten Fall. So wurde z. B. beim Bundesgesetz betreffend die Patenttaxen der Handelsreisenden von 1892 trotz der ausführlichen Botschaft mit wissenschaftlichem Bericht überhaupt keine Verfassungsnorm als Rechtfertigung der Kompetenz genannt, sondern nur negativ ausgeführt, dass ein solches Gesetz nicht gegen Art. 31 lit. c (jetzt e) der Bundesverfassung verstösse, wodurch natürlich noch nicht bewiesen war, dass positiv eine Kompetenz existierte²⁷⁾. Tatsächlich war auch der Bund gar nicht kompetent. Das Gesetz erhielt seine verfassungsrechtliche Geltung erst mit Ablauf der Referendumsfrist.

Auch diese Kompetenz kann direkt und indirekt gegeben sein. Direkt dann, wenn der erlassene Rechtssatz selbst auf

²⁷⁾ Vergl. Botschaft zum Patenttaxengesetz vom 29. Mai 1891, BBlatt 1891 III, 1. Dazu Burckhardt, Komm. S. 283, Schollenberger, Komm. S. 105/6, Salis, II. Aufl. Bd II No. 895, 910.

der Volkszustimmung beruht (wie z. B. beim Patenttaxengesetz). Indirekt dann, wenn die Bundesverfassung in das dem Volk vorgelegte Gesetz einen Vorbehalt zum Erlass weiterer Rechtssätze aufnimmt, welche gemäss der Bundesverfassung ebenfalls nicht vom Bund erlassen werden dürfen. Stimmt dann das Volk (z. B. bei Abstimmung über ein ganzes Gesetz) dem verfassungswidrigen Vorbehalt zu, so kann der Bund die dem Vorbehalt entsprechenden Rechtssätze erlassen, indem er sich in erster Linie auf den Vorbehalt selbst und in zweiter Linie (indirekt) auf die demselben erteilte Volkszustimmung stützt. So wurde z. B. mit der Zustimmung zum Bundesgesetz betreffend die Patenttaxen der Handelsreisenden die in Art. 5 und 11 da-selbst ausgesprochene Delegation an den Bundesrat genehmigt, weshalb der BRB vom 1. November 1892 (N. F. XIII 49 ff.) indirekt ebenfalls auf jener Zustimmung beruht.

In all' diesen Fällen der Kompetenz kraft Volkszustimmung handelt es sich um verfassungswidrige Normen, d. h. die Verfassung bietet keinen ausdrücklichen Anhaltspunkt für die Rechtfertigung ihres Erlasses. Damit ist aber nicht gesagt, dass die betreffenden Rechtssätze verfassungsrechtswidrig seien. Das Verfassungsrecht umspannt alle Möglichkeiten der staatsrechtlich gültigen Erlasses. Gibt es nun solche Möglichkeiten, die aus den Lücken der Bundesverfassung hervorgehen, so ist ihre Ausnützung noch nicht deshalb verfassungsrechtswidrig, weil sie nicht verfassungsgemäss sind. Es gibt eben auch verfassungsrechtsgültige Verfassungsbrüche.

Hervorzuheben ist hier noch, dass die Kompetenz kraft Zustimmung nur auf Volkszustimmung beruhen kann. Ausgeschlossen ist nach schweizerischem Bundesstaatsrecht, dass der Bundesrat durch Stillschweigen oder Abstimmung der Bundesversammlung zu einer bundesverfassungs- oder bundesgesetzwidrigen Kompetenz gelangt. Denn erstens ist es Regel, dass der Bundesrat, wenn ihm einmal ein Verordnungsrecht delegiert wurde, von sich aus verfügen und beschliessen kann, ohne einer Genehmigung von seiten der Bundesversammlung oder des Volkes zu bedürfen²⁸⁾. Zweitens aber würde ihm,

²⁸⁾ Vergl. Burckhardt, Komm. S. 736, Schollenberger, Komm. S. 548.

selbst wenn die Bundesversammlung sich die Genehmigung gewisser bundesrätlichen Verordnungen vorbehielte²⁹⁾, mit der Erteilung dieser Genehmigung bezüglich des Verordnungsinhaltes zugleich die Befugnis zum Verordnungs erlass (Delegation) erteilt, und da der Bundesrat zum Erlass von Ergänzungsverordnungen schon dann kompetent ist, wenn er die spezielle Delegation besitzt (also ganz abgesehen davon, ob ihm die Bundesversammlung auch ein verfassungsmässiges Erlassrecht delegierte oder nicht), ist es auch ausgeschlossen, dass der Bundesrat verfassungswidrig oder bundesgesetzwidrig vorgehe.

4. Gewillkürte Kompetenz: Es ist denkbar, dass die Bundesversammlung Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse erlässt, die einerseits, weil sie nicht allgemein verbindlicher Natur oder dringlich sind, dem fakultativen Referendum gemäss Bundesverfassung Art. 89 Abs. 2 nicht unterliegen, und anderseits verfassungswidrig sind. Dies kann vor allem bei der parlamentarischen Genehmigung der Staatsverträge vorkommen³⁰⁾, durch welche die Völkerrechtssätze zugleich auch Landesrecht werden³¹⁾. Denn sehr oft finden sich in den Staatsverträgen Normen namentlich prozessrechtlichen Inhalts, zu deren Erlass als innerstaatlichen Rechtes der Bund keine verfassungsmässige Kompetenz besitzt. Dennoch gelten diese Vertragsregeln völkerrechtlich und staats-(verfassungs)-rechtlich, ja der Bund ist kraft Staatsvertrags sogar verpflichtet, ihnen innerstaatliche Geltung zu verschaffen, ob seine Verfassung ihm dies erlaube oder nicht³²⁾. Da der Bund gemäss Bundesverfassung Art. 8 allein das Recht hat, Staatsverträge abzuschliessen, und da er dieses Recht vorbehaltlos, ohne Rücksicht auf seine verfassungsmässige Gesetzgebungskompetenz, selbst zu Ungunsten der kantonalen Autonomie ausüben darf³²⁾,

²⁹⁾ Wie dies im BGes. betr. Freizügigkeit des Medizinalpersonals vom 19. Dez. 1877 (AS III S. 379) geschehen ist. Vergl. Burckhardt, Komm. S. 736/37. ³⁰⁾ Vergl. Burckhardt, Komm. S. 773.

³¹⁾ Hiezu die glänzend klaren Ausführungen von Zitelmann, Internationales Privatrecht I S. 74 f., 196 ff.

³²⁾ Vergl. Burckhardt, Komm. S. 741, Schollenberger, Komm. S. 161/62.

ist es möglich, dass er durch Genehmigung des völkerrechtlichen Vertrages willkürlich eidg. Bundesrecht aufstellt.

Denkbar ist auch, dass der Bundesrat ohne irgendwelche verfassungs- oder gesetzmässige Kompetenz Verordnungen und Beschlüsse erlässt. Nach anerkannter Theorie besitzt er kein selbständiges, direkt in der Verfassung begründetes Verordnungsrecht³³⁾; seine Rechtsverordnungen beruhen stets auf Delegation von seiten der Bundesverfassung. Hat er nun von dieser letzteren keine Delegation oder nur den Auftrag zur Aufstellung bestimmter Ergänzungsvorschriften erhalten und überschreitet er dann seine Delegationsbefugnis oder schreibt er sich eine solche ungerechtfertigter Weise zu, und erlässt er die Verordnungen willkürlich, so treten diese dennoch sofort in Kraft und sind rechtsgültig. Allerdings kann der Bundesrat nachträglich darüber zur Rechenschaft gezogen werden (sogenannte parlamentarische Kontrolle). Das hindert aber nicht, dass der betreffende Erlass gilt, bis er aufgehoben wird.

δ) Dies sind die vier einzigen Möglichkeiten verfassungsrechtlicher Fundierung von Bundesrechtssätzen. Von ihnen kommen für uns nur die erste und die zweite in Betracht, denn nur diese stellen überhaupt einen verfassungsrechtlichen Zusammenhang zwischen einem bestimmten Verfassungsartikel und dem erlassenen Rechtssatz her, während sich die dritte und vierte vom Verfassungstext ganz lossagen. Es handelt sich daher nur noch darum, diejenigen Bundesrechtssätze ausfindig zu machen, welche vom Bund kraft ausdrücklicher Kompetenz oder Kompetenzkompetenz auf Art. 46 oder 64 der Bundesverfassung gestützt werden. Dabei sind uns einerseits die Eingangsbestimmungen der Bundeserlasse sowie die bundesrechtlichen Botschaften behilflich. Anderseits aber darf nicht vergessen werden, dass es für die zivilrechtliche Natur eines Bundesrechtssatzes nicht allein entscheidend sein kann, ob der Gesetzgeber Bundesverfassung Art. 46 oder 64 anrief, denn es geschah und geschieht öfters, dass er unter Berufung

³³⁾ Vergl. Burckhardt, Komm. S. 736, anders Schollenberger, Komm. S. 548, jedoch im Widerspruch zu S. 505 des Komm. ad Ziff. 2.

auf ganz andere Verfassungsnormen Rechtssätze erliess, die in Tat und Wahrheit auf Art. 46 oder 64 beruhen. Auch ist es denkbar, dass der Bund vor der Verfassungsrevision vom 30. Juni 1898 Normen erliess, ohne kompetent zu sein, dass aber dann die Anfügung von Bundesverfassung Art. 64 Abs. 2 nachträglich die verfassungsmässige (nicht nur verfassungsrechtliche) Grundlage schuf, so dass eine ausdrückliche Kompetenz vorliegt, wo früher nur Kompetenz kraft Volkszustimmung oder Willkür. — Wir unterscheiden:

AA. Bundesrechtssätze, welche unter ausdrücklicher Anrufung von Art. 46 oder 64 der Bundesverfassung erlassen wurden. Hierher gehören alle Normen, welche der Bund kraft ausdrücklicher Kompetenz oder kraft Kompetenzkompetenz verfassungsrechtlich auf Art. 46 oder 64 stützt, insoweit er diese Auffassung irgendwie zum Ausdruck bringt.

1. BGes. betr. die Niedergelassenen und Aufenthalter v. 25. VI. 1891 „In Ausführung der Art. 46 und 47 der BVerfg.“ (N. F. XII 369 ff.).

2. BGes. betr. die persönliche Handlungsfähigkeit v. 22. VI. 1881 (N. F. V 556 ff.), siehe BVerfg. Art. 64 Abs. 1 und Botschaft des Bundesrates v. 7. XI. 1879.

3. BGes. über das Obligationenrecht v. 14. VI. 1881 „In Ausführung des Art. 64 der BVerfg.“ (N. F. V 635 ff.). Dazu die Ergänzungsnormen: BGes. zur Ergänzung des OR bezüglich Handelsregister v. 11. XII. 1888 (N. F. XI 490 f.); Verordnung über Handelsregister und Handelsamtsblatt v. 6. V. 1890 „In Ausführung des BGes. über das OR und des BGes. zur Ergänzung der Bestimmungen des OR über das Handelsregister“ (N. F. XI 492 ff.).

4. Die drei Haftpflichtgesetze: BGes. betr. die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrt-Unternehmungen etc. und der Post v. 28. III. 1905 (N. F. XXI 378 ff.); BGes. betr. die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb v. 25. VII. 1881 (N. F. V 562 ff.) mit Abänderung des Haftpflichtgesetzes v. 1905 Art. 26 Abs. 2; BGes. betr. die Ausdehnung der Haftpflicht etc. v. 25. VI. 1881 (N. F. X 165 ff.). Gemäss den diesbezüglichen Botschaften des Bundesrates werden diese Normen zwar auf andere Verfassungsklausuren gegründet, doch wird ausdrücklich gesagt, dass der Bund kraft Art. 64 der BVerfg. die Kompetenz zur Regelung sämtlicher Haftpflichtfälle habe und dass sich diese Gesetze nur als Novellen des OR darstellen (vergl. BB 1880 IV 546, 1886 III 696, Burckhardt Komm. 237).

5. BGes. betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst v. 27. IV. 1883 (N. F. VII 261 ff.) „In Ausführung von Art. 64 der BVerfg.“. Dazu die Vollziehungsverordnung v. 1883 in Ausführung von Art. 3 des Gesetzes (N. F. VII 298 ff.).

6. BGes. betr. den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken v. 26. IX. 1890 (N. F. XII 7 ff.) „In Anwendung des Art. 64 der BVerfg.“. Auch gemäss OR 876 Abs. 3. Ebenso das BGes. v. 29. VI. 1894, enthaltend die beziiglichen Uebergangsbestimmungen (N. F. XIV 513 ff.). Dazu die Vollziehungsverordnungen v. 1891 und 1894 (N. F. XII 67 ff. und XIV 516 f.), welche durch Art. 37 bzw. 4 der BGesetze fundiert sind.

7. BGes. betr. die Erfindungspatente v. 21. VI. 1907 (N. F. XXIII 705 ff.) „In Anwendung des Art. 64 der BVerfg.“. Dazu gemäss Art. 51 dieses Gesetzes die Vollziehungsverordnung v. 15. XI. 1907 (N. F. XXIII 726).

8. BGes. betr. die gewerblichen Muster und Modelle v. 30. III. 1900 (N. F. XVIII 126 ff.) „In Anwendung des Art. 64 der BVerfg.“. Dazu kraft Art. 37 des BGes. die Vollziehungsverordnung v. 27. VII. 1900.

9. BGes. betr. das Stimmrecht der Aktionäre von Eisenbahn-gesellschaften etc. v. 28. VI. 1895 (N. F. XV 283 ff.). Siehe die diesbezügliche Botschaft des Bundesrates v. 2. XII. 1894 (BBl 1894 IV 250/51): „Das Gesetz ist eine Novelle zum BGes. über das OR“. Es beruht also nach Ansicht des Bundesgesetzgebers hauptsächlich auf BVerfg. Art. 64, nicht nur auf Art. 26 der BVerfg.

10. BGes. betr. Kontrollierung und Garantie des Feingehalts der Gold- und Silberwaren v. 23. XII. 1880 (N. F. V 363 ff.) „In Anwendung der Art. 31 lit. c (jetzt e) und 64 der BVerfg.“. Hierzu das Zusatzgesetz v. 21. XII. 1886 (N. F. X 45 f.) und die Vollziehungsverordnung v. 15. XI. 1892 (N. F. XIII 146 ff.), sowie die Bundesratsbeschlüsse v. 8. VI. 1896, 31. XII. 1907 und 28. II. 1908, und die Instruktionen v. 1882, 1886 und 1908 (vergl. die Kompetenzbegründungen in den Fussnoten bei P. Wolf, Schweizerische Bundesgesetzgebung I 484/5).

11. BGes. betr. den Handel mit Gold- und Silberabfällen v. 17. VI. 1886 (N. F. IX 266 ff.) „In Vollziehung der Art. 64 und 31 lit. c (recte e) der BVerfg.“. Dazu die Vollziehungsverordnung v. 29. X. 1886 (N. F. IX 291 f.), der Bundesratsbeschluss v. 19. XI. 1895 (N. F. XV 322 ff.) und in Gemässheit von Art. 3 der cit. Vollziehungsverordnung die „Instruktionen“ vom 20. XI. 1886.

12. BGes. betr. die elektrischen Schwach- und Starkstrom-anlagen v. 24. VI. 1902 (N. F. XIX 259 ff.) „In Anwendung von Art. 23, 26, 36, **64** und 64bis der BVerfg.“ und, in Ergänzung des Art. 3 des Gesetzes, die Bundesratsbeschlüsse vom 14. II. 1908 (N.F. XXIV 76 f., 89 f., 123 f., 134 f.).

13. BGes. über die Verpfändung und Zwangsliquidation der Eisenbahnen etc. v. 24. VI. 1874 (N. F. I 121 ff.) „In Vollziehung von Art. 11 des BGes. v. 27. XII. 1872 über Bau und Betrieb der Eisenbahnen; gestützt auf Art. 26 und 64 der BVerfg.“ (vergl. OR 900). Dazu die sich auf Art. 5 des cit. Gesetzes stützende Verordnung v. 17. IX. 1874 (N. F. 108 ff.), sowie der die Vollziehungsverordnung ergänzende Bundesratsbeschluss v. 23. VII. 1878 und der Nachtrag v. 22. I. 1879 (N. F. III 456 f. und IV 10 f.).

14. BGes. über den Versicherungsvertrag v. 2. IV. 1908 (N. F. XXIV 719) „In Vollziehung des Art. 64 der BVerfg.“.

15. Schweizerisches Zivilgesetzbuch v. 10. XII. 1907 (N. F. XXIV 233) „Gestützt auf Art. 64 der BVerfg.“. Dazu alle Ergänzungsverordnungen, wie betr. das Grundbuch v. 22. II. 1910 (N. F. XXVI 167 ff.), betr. die Zivilstandsregister v. 25. II. 1910 (N. F. XXVI 905 ff.).

BB. Bundesrechtssätze, welche nicht ausdrücklich auf Art. 46 oder 64 der BVerfg. fundiert wurden, welche aber auf dieselben hätten begründet werden sollen oder mit welchen dies nun nachträglich geschehen könnte. Es entscheidet hier also neben dem äusserlichen Merkmal, dass eine Norm nicht auf Art. 46 oder 64 basiert, das inhaltliche Moment. Wir fragen bei jedem Rechtsatz, ob er heute vom Bundesgesetzgeber auf Grund von diesen beiden Verfassungsartikeln erlassen werden könnte. Wenn ja, so gehört er zum Bundeszivilrecht.

1. BGes. betr. Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes und die Ehe v. 24. XII. 1874 (N. F. I 506 ff.) „In Ausführung der Art. 53, 54 und 58 Satz 2 der BVerfg.“. Seit der Verfassungsrevision von 1898 würde Art. 64 genügen (vergl. Burckhardt 546 und ZGB 96 ff.). Dazu das Reglement für die Führung der Zivilstandsregister v. 20. IX. 1881 (N. F. V 529 ff.), weil „In Ausführung des Art. 2 des BGes. betr. Z. und E.“ erlassen.

2. BGes. betr. die Arbeit in den Fabriken v. 23. III. 1877 (N. F. III 741 ff.) Art. 9 (Kündigung), 10 (Zahlung). Dazu das BGes. betr. Lohnzahlung und Bussenwesen etc. v. 26. VI. 1902 (N. F. XIX 348 ff.) Art. 1a. Diese Bestimmungen gehören dem OR an.

3. BGes. über die Verantwortlichkeit der eidg. Behörden und Beamten v. 9. XII. 1850 (AS II 149 ff.) Art. 2, 3, 7, 10—12. Es handelt sich um unerlaubte Handlungen des OR (vergl. Art. 64 des OR).

4. BGes. über Schuldbetreibung und Konkurs v. 11. IV. 1889 (N. F. XI 529 ff.) Art. 5—7 (Haftbarkeit der Beamten), 86 (Rück-

forderungsklage), 149 Abs. 4, 5 (Wirkungen des Pfandausfallscheines), 201, 202, 203 (droit de suite), 208, 209, 212, 213, 214 (Wirkungen der Konkurseröffnung auf die obligationenrechtlichen Verhältnisse zwischen Cridar und Gläubigern), 265 Abs. 2 (Wirkungen des Verlustscheins), 285—292 (actio Paulliana, „eine rein zivilrechtliche Klage“, Jaegers Kommentar Note 1 zu Art. 285), 303, 314, 317 Abs. 2 (Wirkungen des Nachlassvertrags). Alle diese Bestimmungen basieren heute auch auf Abs. 2 des Art. 64 (ausdrückliche in praeteritum rechtfertigende Kompetenz), nicht nur auf Art. 64 Abs. 1 al. 4 der Bundesverfassung.

5. BGes. über die Ausgabe und die Einlösung von Banknoten v. 8. III. 1881 (N. F. V 400 ff.) Art. 4, 10 Satz 2, 15 Abs. 1, 20/1, 22, 24, 48 Abs. 2, 3 (Zahlung, Pfandrecht, Culpa-Haftung).

6. BGes. betr. den Geschäftsbetrieb von Auswanderungsagenturen v. 22. III. 1888 (N. F. X 652 ff.) Art. 7, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 (Vertragsabschluss, Inhalt und Form, Gültigkeit der Verträge), 21 (Verjährung).

7. BGes. betr. Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmungen v. 25. VI. 1885 (N. F. VIII 171 ff.) Art. 2 Ziff. 4 Abs. 4.

8. BGes. betr. das schweizerische Postwesen v. 5. IV. 1910 (N. F. XXVI 1015 ff.) Art. 95—112.

9. Transportordnung für die schweizerischen Posten v. 3. XII. 1894 (N. F. XIV 555 ff.) Art. 13 (Pfandrecht), 14 (Zahlung), 104—110 (Haftpflicht). Dazu die Extra-Postordnung der schweizerischen Postverwaltung v. 14. XI. 1899 (N. F. XVII 402 ff.) Art. 18 (Haftpflicht).

10. BGes. betr. das Telephonwesen v. 27. VI. 1889 (N. F. XI 256 ff.) Art. 8 (Haftpflicht des Abonnenten bezüglich seines Telephonapparates). Dazu die Verordnung betr. das Telephonwesen v. 24. IX. 1895 (N. F. XV 234 ff.) Art. 39 (Ausdehnung dieser Haftpflicht auf Feuer- und Wasserschaden), 40 (Haftpflicht).

11. Vollziehungsverordnung zum BGes. betr. den Postcheck- und Giroverkehr v. 3. XI. 1905 (N. F. XXI 688 ff.) Art. 10—24, 25 Abs. 4, 26, 27, 31.

12. BGes. über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen auf dem Gebiete der schweizerischen Eidgenossenschaft v. 23. XII. 1872 (AS XI 1 ff.) Art. 7, 8, 10, 11 (Gesellschaftsrecht), 16 Abs. 1 (Haftpflicht). Dazu BGes. über die Rechtsverhältnisse der Verbindungsgeleise etc. vom 19. XII. 1874 (N. F. I 488 ff.) Art. 13 (Haftpflicht).

13. BGes. betr. den Transport auf Eisenbahnen und Dampfschiffen v. 29. III. 1893 (N. F. XIII 644 ff.) Art. 5 (Transportpflicht, Schadenersatzpflicht), 6—9 (Eingehung des Frachtvertrages,

Inhalt des Frachtbriefs, Haftung für die Angaben in demselben, Abschluss des Frachtvertrages), 11—64 (Berechnung der Fracht, Zahlung derselben, Erfüllung des Vertrages, Haftpflicht, Regress etc.). Dazu das Transportreglement v. 11. XII. 1893 (N. F. XIII 762 ff.) Art. 1 Abs. 2 § 18 (Schadenersatz), §§ 25—27, 33—36 (Haftpflicht, Rückforderung, Fund), §§ 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46—68, 65, 66—104 (Eingehung, Erfüllung des Frachtvertrages, Haftpflicht, Regress, Verjährung etc.) und die Nachträge.

14. Verordnung betr. den Bau und Betrieb von Dampfschiffen etc. v. 18. II. 1896 (N. F. XV 405 ff.) Art. 5 (Haftung).

15. BGes. über das eidg. Münzwesen v. 7. V. 1850 (AS I 305 ff.) Art. 8 Abs. 1 und 3, 10. Ferner Reglement über die Zirkulation und den Austausch der Silberscheidemünzen v. 10. III. 1869 (AS IX 640) Art 1, 2, 7. BGes. betr. den Reduktionsfuss v. 13. XII. 1850 (AS II 161 ff.) Art. 2—6. BGes. betr. die als gesetzliches Zahlungsmittel anzunehmenden Goldmünzen v. 2. III. 1860 (AS VI 431 f.) Art. 1 und die ergänzenden Bundesratsbeschlüsse (Wolf Bd II 246 f.).

16. BGes. über Mass und Gewicht v. 24. VI. 1909 (N. F. XXV 633) Art. 27.

17. BGes. betr. die eidg. Oberaufsicht über die Forstpolizei v. 11. X. 1902 (N. F. XIX 491 ff.) Art. 23 Abs. 2, 27.

18. BGes. betr. die Wasserbaupolizei im Hochgebirge v. 22. VI. 1877 (N. F. III 193 ff.) Art. 13

19. Militärorganisation, BGes. betr. dieselbe v. 12. IV. 1907 (N. F. XXIII 781 ff.) Art. 27, 28 Abs. 1, 29.

20. Reglement für die schweizerischen Konsularbeamten v.

26. V. 1875 (N. F. I 528 ff.) Art. 27—34, 48—51 (Zivilstandsamtliche Funktionen der Konsuln).

21. BGes. betr. den Schutz des Zeichens und des Namens des Roten Kreuzes v. 14. IV. 1910 (N. F. XXVI 991) Art. 5, 9.

22. Alle Bestimmungen der Staatsverträge zwischen dem Bund und anderen Staaten, soweit sie 1. als innerstaatliches Recht in Betracht fallen, was bei jedem Staatsvertrag über sogenanntes internationales Privatrecht (z. B. bezüglich Urheberrecht, Ehrerecht) der Fall ist; 2. soweit diese Normen verfassungsrechtlich auf Art. 46 oder 64 der BVerfg. beruhen oder jetzt fundiert werden können (wie alle Fragen des internationalen Obligationen-, Familien-, Personen-, Erb- und Urheberrechts).

bb) Wir haben sub aa (S. 168 f.) dargestellt, was unter Bundeszivilrecht im verfassungsrechtlichen Sinn zu verstehen sei, soweit es sich um Normen handelt, die nicht in der Verfassung stehen, sondern nur auf ihr beruhen. Die Ausbeute

ist sehr ansehnlich geworden und bedeutend umfangreicher, als z. B. nach Salis 2. Aufl. des schweizer. Bundesrechts Bd I S. 395 oder Schollenberger Komm. S. 450, dagegen enger als nach Wolf: Die schweizer. Bundesgesetzgebung 2. Aufl. I. Bd S. 212 und 213 ff. Nichtsdestoweniger halten wir an unserer Abgrenzung fest, insbesondere weil mit dem Zurückgehen auf die Fälle, wo die Bundesverfassung das Wort „Zivilrecht“ anwendet, ein sichererer Ausgangspunkt gefunden wird, als nach der materiellen oder geschichtlich-formellen Methode. Ob die allgemeinen Bestimmungen des EOR gemäss ZGB 7 auf all' die genannten Normen anzuwenden sind, ist eine ganz andere Frage, welche wir unter den Begriffen der „Anwendung“ und der „anderen zivilrechtlichen Verhältnisse“ zu lösen versuchen werden.

Hier muss aber — der Exaktheit wegen — noch eine kleine Gruppe von Normen genannt werden, die, im Gegensatz zu den sub aa behandelten, selbst Verfassungsbestimmungen sind. Es sind dies Bundesverfassung Art. 49 Abs. 3 (Religionswahl), Art. 54 Abs. 4 und 5 (Wirkungen der Ehe). Sie stehen heute alle auch in Bundesgesetzen, die auf Bundesverfassung Art. 46 oder 64 beruhen (vergl. Bundesgesetz betr. N. und A. Art. 2, ZEG Art. 25, ZGB 161, 258, 277), wodurch allein schon bewiesen ist, dass ihnen zivilrechtliche Natur zugeschrieben werden muss. Innerhalb des Zivilrechts begründet dies gar keinen Unterschied. Sie differieren von den übrigen zivilrechtlichen Normen nur dadurch, dass sie ihre verfassungsrechtliche Basis in sich selbst tragen.

Dritter Abschnitt.

Was heisst in ZGB 7 „Verhältnisse“?

I. Die Antwort scheint auf den ersten Blick einfach. Was soll man angesichts der allgemeinen Fassung des ZGB 7 unter diesem Ausdruck anderes verstehen können, als sämtliche juristische Tatsachen! Und doch ergeben sich bei näherem Zusehen Zweifel.

Zweifel insofern vor allem, als die Wissenschaft in diesem Punkt bereits uneins ist. Gemäss Reichel (Komm. zu ZGB 7 S. 19) sind unter „Verhältnissen“ die Verträge, sowie „andere Erscheinungen“, insbesondere „einseitige Willenserklärungen“ zu verstehen, während nach Gmür (Komm. S. 62/63) nur an vertragliche Verhältnisse und etwa noch an den Zeitablauf (OR 146, Verjährung) zu denken ist.

Zweifel aber auch insoweit, als es gar nicht abgeklärt ist, was unter „juristischen Tatsachen“ verstanden werden muss. Dies ist aber für uns wichtig; denn wir sollen nachher angeben 1. was „andere“ zivilrechtliche Verhältnisse heisst, also solche, welche das EOR nicht regelt, und 2. auf welche juristischen Tatsachen die allgemeinen Bestimmungen des EOR im speziellen Anwendung finden sollen. Für diese beiden Zwecke ist ein Ueberblick über die einzelnen juristischen Tatsachen erforderlich.

Daher muss die Frage genau untersucht werden.

II. „Verhältnisse“ bedeutet in ZGB 7: juristische Tatsachen. Begründung: 1. ZGB 7 soll eine Handhabe dafür bieten, dass die allgemeinen Bestimmungen des EOR auf die vom übrigen Bundeszivilrecht geregelten Materien ebenfalls Anwendung finden könneu. Dieses übrige Bundeszivilrecht beschlägt aber nicht nur „vertragliche Verhältnisse“, sondern alle Arten von juristischen Tatsachen, die sich denken lassen. Daher kann in ZGB 7 unter „Verhältnissen“ nur das denkbar allgemeinste Substrat allen Rechtes, d. h. die juristischen Tatsachen, verstanden werden. 2. Demgemäß spricht auch der französische Text von „matières du droit civil“. Der italienische Text übersetzt allerdings „rapporti“.

III. Was heisst juristische Tatsachen ?

1. Bevor wir hierauf eine Antwort geben, müssen wir vorausschicken, dass wir im Folgenden von einer Wiedergabe der heute geltenden³⁴⁾ Definition und Systematik der juristischen Tatsachen absehen werden. Denn einerseits entfernen wir uns von ihr zu weit, und andererseits führt eine diesbezügliche

³⁴⁾ Wenn man überhaupt von einer solchen reden kann.

Kritik in so allgemeine Gebiete der Wissenschaft, dass sie zu dem Rahmen dieser Arbeit nicht passen würde. Es mag genug sein, wenn wir nur positiv unsere Anschauung darlegen.

Leider müssen wir uns aber noch weiter einschränken und auch darauf verzichten, die von uns eingeschlagene Methode zu rechtfertigen. Denn dies erforderte einen Exkurs in die noch so unkultivierten Gebiete der juristischen Methodologie überhaupt und ginge ebenfalls über die Aufgabe dieser Arbeit hinaus.

2. Tatsache ist Erscheinung der Aussenwelt. Erscheinung der Aussenwelt ist „das Wahrgenommene“, das „als wahr Angenommene“ (Wundt), der Erfahrungsinhalt³⁵⁾.

Juristische Tatsache ist die rechtlich relevante Erscheinung, der der juristischen Betrachtung unterworfen Erfahrungsinhalt³⁶⁾.

3. Und was heisst das nun im speziellen? Die Antwort erfolgt (wie immer) am kürzesten durch ein System. Bei der Zergliederung desselben — das sei hier immerhin vorausgeschickt — gingen wir von folgenden der allgemeinen Logik entnommenen Prinzipien aus:

a) Wenn wir denken, kleiden wir das Wahrgenommene in drei logische Begriffskategorien: Gegenstände, Zustände und Eigenschaften³⁷⁾.

b) Alle Gegenstände sind aber nur Komplexe von Eigenschaften und Zuständen³⁸⁾. Umgekehrt können wir uns Eigenschaften und Zustände nicht ohne Gegenstand denken³⁹⁾.

c) Zustand ist das Verhalten eines Gegenstandes mit Rücksicht auf die zeitliche Existenzform seiner Eigenschaften⁴⁰⁾. Er ist Veränderung von Eigenschaften oder deren Fortbestehen.

³⁵⁾ Wundt, Logik I, S. 408.

³⁶⁾ Eine Mehrheit von juristischen Tatsachen bildet einen juristischen Tatbestand. Wir lassen denselben aber im Folgenden ausser Acht, da wir eine Uebersicht über die einzelnen Tatsachen anstreben.

³⁷⁾ Wundt, Logik I S. 114, 448 ff.

³⁸⁾ Ebenda S. 460.

³⁹⁾ Ebenda S. 460 und 464.

⁴⁰⁾ Ebenda S. 464.

d) Notgedrungen denken wir uns daher den Zustand eines Gegenstandes und somit den Gegenstand selbst stets in seiner zeitlichen Anschauungsform.

e) Die anderen (sog. mathematischen) Anschauungsformen sind diejenigen des Raums, der Zahl und der Bewegung⁴¹⁾.

f) Rechtlich besonders wichtig⁴²⁾ ist aber nur die zeitliche. Daher im Folgenden unsere Unterscheidung A — B. —

System der juristischen Tatsachen.⁴³⁾

A. Erscheinungen der Dinge im allgemeinen (Ding = Gegenstand)⁴⁴⁾; im allgemeinen, d.h. im Gegensatz zur zeitlichen Anschauungsform im speziellen⁴⁵⁾.

I. Erscheinungen der Dinge, die Rechtssubjekte sind (juristische und physische Personen, Staaten, Gemeinden, Private, vergl. Note 44).

a) Diese Erscheinungen sind Vorgänge, d. h. Veränderungen von Eigenschaften des Rechtssubjektes (vergl. oben S. 182 Prinzip c) und ihre rechtliche Relevanz beruht in dieser Veränderung selbst.

1. Willensvorgänge, d. h. diejenigen Veränderungen der (psychischen) Eigenschaften eines Rechtssubjektes⁴⁶⁾, welche die (moderne, experi-

⁴¹⁾ Ebenda S. 468 ff.

⁴²⁾ Dies gilt nur soweit, als hier ein ganz allgemeiner Ueberblick über alle juristischen Tatsachen gesucht wird. Eine spezielle Abhandlung z. B. über das räumliche Herrschaftsgebiet der Rechtssätze würde mit Nutzen auch die räumliche Anschauungsform aussondern. Die Einteilungsmethode richtet sich eben stets nach dem angestrebten Zweck.

⁴³⁾ Dasselbe lässt sich in den Détails noch viel weiter ausbauen, als wir es an dieser Stelle tun müssen und dürfen.

⁴⁴⁾ Es gibt körperliche und geistige Dinge, vergl. unten sub II. Die physischen Personen sind körperliche, die juristischen sind geistige.

⁴⁵⁾ Worüber unten sub B.

⁴⁶⁾ Einer physischen Person so gut wie einer juristischen. Ueber den „Sonderwillen“ der letzteren vergl. namentlich: H a f t e r, Deliktsfähigkeit der Personenverbände, 1903, S. 44 ff. Dazu W u n d t, Vorwort zur dritten Aufl. des III. Bd seiner Logik und S. 225 ff., 291 ff. daselbst.

mentelle) Physio - Psychologie⁴⁷⁾ „Wollen“ nennt und zwar insoweit, als und weil dieses Wollen vor dem Recht Bedeutung hat (nicht nur der sog. rechtsgeschäftliche Wille⁴⁸⁾).

aa) Aeußere Willenshandlungen, d. h. Willensvorgänge des Rechtssubjektes, welche für Dritte direkt⁴⁹⁾ und bestimmt⁵⁰⁾ erkennbar sind⁵¹⁾; (also was die heutige Jurisprudenz schlechtweg Willenshandlungen, Willenserklärungen nennt⁵²⁾).

⁴⁷⁾ Wundt an der Spitze; vergl. seine Werke: Grundzüge der physiologischen Psychologie, 5. Aufl. 1903 Bd III S. 242 ff.; Grundriß der Psychologie, 5. Aufl. 1902; Essais, 2. Aufl. 1906 S. 318 ff.; Logik. 3 Aufl. 1908 Bd III S. 162 ff.; Sigwart, Kleine Schriften, 2. Aufl. 1889 Bd 2 S. 115 ff. Diese Physio-Psychologie ist von der früheren metaphysischen Seelenlehre total verschieden und nur weil die für allgemeine juristische Fragen massgebendsten Werke an die veraltete Psychologie anschlossen (vergl. Binding, Normen II S. 107 ff.; Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft 1879 S. 34 f., 84 f., 167 f.; Leonhard, Studien zum deutschen bürgerlichen Recht Heft 22: Irrtum als Ursache nichtiger Verträge 1907) oder von einer Prüfung der psychologischen Tatsachen überhaupt absahen (Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 1907; Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte 1906; Jacobi, Theorie der Willenserklärungen 1910) kam es dazu, dass die Anknüpfung der juristischen Untersuchungen an die allgemeinen Fragen der modernen Experimentalpsychologie nur selten versucht wurde (nämlich im Straf- und Zeugenbeweisrecht und bei Eltzbacher, Handlungsfähigkeit 1903 Bd I). Siehe über die Verwertung der Psychologie in der Jurisprudenz: Wundt, Logik III S. 608 ff., namentlich die Anmerkungen.

⁴⁸⁾ Dass der Wille ein Vorgang ist, gehört zu den anerkannten Prinzipien der modernen Psychologie. Nach Wundt und andern (vergl. Wundt, phys. Psychologie Bd III S. 254 ff.) kann man äußere und innere Willenshandlungen (oder -Vorgänge) unterscheiden; die ersten sind mit einer Muskelbewegung verbunden, die letzteren nicht. Es würde zu weit führen, darzutun, wie sich dies auf die juristischen Personen überträgt.

⁴⁹⁾ „Direkt“, nicht durch Mitteilung über einen innern Willensvorgang.

⁵⁰⁾ „Bestimmt“, nicht nur etwa durch Erröten anlässlich eines innern Willensvorganges.

⁵¹⁾ Die Erkennbarkeit selbst braucht aber nicht gewollt zu sein.

⁵²⁾ Vergl. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft S. 634 f.; Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 238 ff.

α) Einzelhandlungen, d. h. äussere Willenshandlungen, welche je einzeln⁵³⁾ rechtlich in Betracht fallen. — Hier könnte noch weiter eingeteilt werden (z. B. in Tun und Unterlassen; Einzelhandlungen zwecks Willensmitteilung und ohne solche⁵⁴⁾, Handlungen des Staats und der Einzelindividuen).

Beispiele: Staatliche Erlasse von Normen, Verfügungen, Anzeigen; alle im Privatrecht unter dem Namen: einseitige Willenserklärungen bekannten Willenshandlungen (Vertragsofferte und -annahme, Kündigung, Zustimmung, Fristansetzung, Mitteilung, Widerruf, Ausschlagung, Rücktritt, Verzichtserklärung, Begehren); aber auch die Parteihandlungen im Prozess (Klage, Einrede, Gesuch etc.); natürlich auch alle konkudenten Einzelhandlungen und alle Unterlassungen, soweit in ihnen ein willentliches Verhalten liegt (sogenannte stillschweigende Willenserklärungen; nicht aber die sogenannten Willenserklärungen durch Stillschweigen). Endlich auch die meisten unerlaubten Handlungen.

β) Gesamthandlungen. Eine Mehrheit von Einzelhandlungen besitzt dem Recht gegenüber als Einheit Relevanz und zwar deswegen, weil ihr Erfolg eine Willenseinigung ist. Natürlich können dann die Einzelhandlungen auch aus dem Zusammenhang herausgerissen und unter *α* eingereiht werden. Die positivrechtliche Tragweite, welche an diese Kategorie *β* im Gegensatz zu *α* geknüpft ist, rechtfertigt aber die Sonderung. Ja, es muss sogar noch einmal eingeteilt werden:

aa) Die als Einheit zusammengefassten Einzelhandlungen sind von den beteiligten Willenssubjekten gegen-

⁵³⁾ Nicht zu zweit oder zu dritt; vergl. sub *β*.

⁵⁴⁾ Vergl. Manigk, wie Note 48, S. 269 f.

seitig unter sich erklärt (ausdrücklich oder stillschweigend).

Fälle: Alle Verträge, seien es solche von Staaten untereinander (völkerrechtliche), oder zwischen Staat und Einzelperson (verwaltungsrechtliche!) oder zwischen Einzelpersonen unter sich (privatrechtliche), seien es erlaubte oder verbotene Verträge. Andere Tatsachen als Verträge gehören nicht in diese Kategorie.

ββ) Die als Einheit zusammengefassten Einzelhandlungen sind von den beteiligten Willenssubjekten einem dritten, an der Willenseinigung selbst nicht beteiligten Rechtssubjekt gegenüber erklärt (ausdrücklich oder stillschweigend).

Fälle: 1. Die „Beschlüsse“ (von Behörden, — der Dritte dem gegenüber erklärt wird, ist dann der Staat)⁵⁵⁾; (von sogenannten juristischen Personen des Privatrechts; beteiligte Willenssubjekte sind die sogenannten Organpersonen; — Dritter, dem gegenüber erklärt wird, ist die Korporation)⁵⁶⁾; (Beschlüsse von mehreren Vertretern eines oder mehrerer Rechtssubjekte, z. B. der Geschäftsführer einer einfachen Gesellschaft)⁵⁷⁾. Bei all diesen Beschlüssen ist oft ein viertes Rechtssubjekt da, welchem der Beschluss mitgeteilt wird⁵⁸⁾; das ist aber zu trennen von der Beschlussfassung selbst. — Als Einzelhandlungen fallen bei den Beschlüssen (gleich wie bei den Verträgen) nur die „Anträge“ und Zustimmungen in Betracht (nicht deren Motivation); sie sind es, welche zur Einheit verbunden werden⁵⁹⁾. — Hieher gehören auch Volksabstimmungen. — 2. Parteiverabredungen im Prozess (Vergleiche betr. Gerichtsstand, Streitwert, Streitobjekt etc.). Sie müssen dem

⁵⁵⁾ Derselbe ist bei den meisten Beschlussfassungen von Behörden durch deren Präsident vertreten, dem gegenüber die Anträge gestellt und die Stimmen abgegeben werden.

⁵⁶⁾ Solange noch keine Korporation vorhanden ist, kann es sich nur um Verträge handeln. Daher sind die Gründungsakte reine Verträge.

⁵⁷⁾ Die Gesellschaftsbeschlüsse selbst (OR Art. 532) sind Verträge.

⁵⁸⁾ Z. B. die Prozesspartei bei der Mitteilung von Gerichtsbeschlüssen.

⁵⁹⁾ Anregungen, Vorschläge, Diskussionen können höchstens als Einzelhandlungen rechtlich relevant sein.

Gericht gegenüber erklärt sein⁶⁰⁾). — 3. Der Eheabschluss (vergl. ZEG Art. 39, ZGB 117).

bb) Innere Willenshandlungen, d. h. Willensvorgänge des Rechtssubjektes, welche für Dritte nicht erkennbar sind (vergl. aa)⁶¹⁾.

Beispiele: Jeder sogenannte unausgeführte Wille, die blosen Willensentschlüsse; so: Vorsatz, Mentalreservation, — der verschwiegene Wille, im Namen eines dritten zu handeln, — *animus rem sibi und rem alteri habendi*, die Absicht dauernden Verbleibens (in ZGB 23 Abs. 1).

2. Vorgänge am Rechtssubjekt, welche nicht Willensvorgänge sind. Ob sie selbst vom Rechtssubjekt gewollt seien, ist ohne rechtliche Relevanz (vergl. 1).

aa) Vorgänge am natürlichen⁶²⁾ Dasein des Rechtssubjektes.

a) Psychischer Natur.

Beispiele: Die Motive des Willens (Vorstellungen, Gefühle, Affekte⁶³⁾); Geisteskrank werden; Bedürfnisse; Vorstellungen (relevant z. B. beim guten Glauben, Irrtum); Empfindungen (relevant z. B. bei der Kenntnisnahme).

β) Physischer Natur.

Beispiele: Körperverletzung, Sterben, Gebären und Geboren-werden, Krank-sein, Geschädigt-werden⁶⁴⁾.

⁶⁰⁾ Solange sie dies nicht sind, haben sie den Charakter von reinen Verträgen.

⁶¹⁾ Diese Kategorie entspricht z. T. den „Willensgeschäften“ Manigks (wie Note 52, S. 418 f.). Nur vermischt er die innere Willenshandlung mit der Einzelhandlung durch Unterlassen und der konkludenten Handlung.

⁶²⁾ Im Gegensatz zum rechtlichen Dasein (sub. bb). Korrekter wäre statt natürlich zu sagen: nicht rechtlich.

⁶³⁾ W u n d t , Physio-Psychologie, II S. 263 ff., 370 ff., III S. 107 ff., 320ff.

⁶⁴⁾ Eine einzelne Darstellung der juristischen Tatsachen müsste an dieser Stelle an Hand der Psychologie die Grenze zwischen den Vorgängen psychischer und physischer Natur ausarbeiten. Es führt dies zu sehr delikaten Fragen, da heute auch die psychischen Tatsachen z. T. als Substanzveränderungen aufgefasst werden.

bb) Vorgänge am rechtlichen Dasein des Rechtssubjektes.

a) Durch obrigkeitlichen Willen verursachte⁶⁵⁾.

Beispiele: Mündig-, Unmündig-werden, Ehelich-, Unehelich-werden, Verheiratet (Getraut-), Geschieden-werden. Ueberhaupt: Erwerb, Verlust oder Veränderung subjektiver Rechte von Staats wegen. Sodann Erwerb, Verlust und Veränderung von rechtlich geschaffenen Eigenschaften (Stellvertretungsmacht kraft Gesetz oder Behörde).

β) Durch den Willen von „Privaten“ verursachte.

Beispiele: Erwerb, Verlust und Veränderung von subjektiven Rechten und rechtlich fixierten Eigenschaften durch Einzelhandlungen oder Gesamthandlungen von Privaten.

b) Die Erscheinungen sind Eigenschaften; im Gegensatz zu Vorgängen (a), welche Veränderungen von Eigenschaften sind, fassen wir hier die einzelnen Eigenschaften selbst, soweit sie unverändert bleiben, in eine Kategorie zusammen (vergl. oben S. 182, Prinzip c). Eine Aufzählung scheint aber überflüssig; denn da erfahrungsgemäss alle Eigenschaften der Veränderung unterworfen sind, müssen sie alle auch bei den Vorgängen (sub a) generell oder speziell aufgeführt worden sein (vergl. Mündigkeit — Mündig-werden, Geschieden-sein — Geschieden-werden). Auch ergibt es sich aus den logischen Prinzipien des Denkens, dass wir jeden Vorgang selbst wieder als Eigenschaft auffassen können⁶⁶⁾ (der Mensch spricht = er ist sprechend). Juristisch bedeutsam ist nur, dass wir die Kategorien: Vorgänge und Eigenschaften auseinander halten (nicht auch, dass wir in beiden die Fälle

⁶⁵⁾ D. h. Wille der originären oder delegierten Gewalt eines öffentlichen Verbandes.

⁶⁶⁾ Es geschieht dies durch die sogenannte Kategoriale Verschiebung der Begriffe. Siehe Wundt, Logik I S. 117 f.

aufzählen), und zwar, weil die Gesetze sprachlich Vorgänge sehr oft in Eigenschaften kleiden (z. B. A in seiner Eigenschaft als Vertreter = A hat den Willen, Vertreter zu sein [Willensvorgang]; oder: A ist von Gesetzes wegen Vertreter [vergl. oben sub bba]). Die dialektische Verschiedenheit begründet allerdings keine inhaltliche. Aber sie verleitet dazu, dass man dies glaubt. Daher formten wir diese Kategorie und stellen sie derjenigen der Vorgänge gegenüber.

II. Erscheinungen der Dinge, die nicht Rechtssubjekte sind, vergl. oben I. Alle Dinge trennen sich der Logik nach in körperliche und geistige, d. h. einerseits in solche, die wir wahrgenommen haben, und anderseits in solche, die wir durch Abstraktion auf dem Wege reiner Denkoperation aus den körperlichen Dingen bilden⁶⁷⁾. Sie allesamt sind also zwar nur Wahrgenommenes. Die geistigen Dinge im speziellen sind aber durch gedankliche Zusammenfassung einzelner Merkmale des Wahrgenommenen neu hervorgebrachte Gegenstände. Es ist nun Erfahrungstatsache, dass wir diesen letztern ebensoviel dingliche Realität beimesse[n], wie dem ursprünglich Wahrgenommenen selbst. Daher rechtfertigt sich die Koordination beider Kategorien:

a) Erscheinungen an körperlichen Dingen (natürlich mit Weglassung derjenigen Dinge, welche Rechtssubjekte sind, vergl. oben sub I).

1. Vorgänge (vergl. oben sub I a).

Beispiele: Entstehung, Veränderung, Untergang von sogenannten „Sachen“, wie Anschwemmung, Wasserablauf (ZGB 689), Dislozierung (ZGB 700, 725), In-den-Zustand-der-Wildheit-geraten der Tiere (ZGB 719), Verbindung, Vermischung, Untergang von Grundstücken (ZGB 734, 748, 750), Beschädigung von Sachen.

⁶⁷⁾ Leider können wir hier nicht mehr über diese Einteilung sagen. Sie ist für die Geisteswissenschaften von grösster Bedeutung. Vergl. Näheres bei Wundt, Logik I S. 457 f., 459 f.

2. Eigenschaften (vergl. oben sub 1 b).

Beispiele: Bestandteile; Zugehör-, Fracht-, Grundstück-sein, die örtliche Lage (wie „In-dem-oder-jenem-Kanton-sich-befinden“, Ueberbau etc.), Regenwasser-, Quelle-, Schnee-sein, teilbar-, verbrauchbar-, vertretbar-sein, Urkunde-sein, nicht-verwertbar-sein (ZGB 896 Abs. 1) etc.

b) Erscheinungen an geistigen Dingen, wie: die Rechtsordnung, das Recht, die Rechtspersönlichkeit.

1. Vorgänge (vergl. oben sub I a).

Beispiele: Veränderung, Verletzung der Rechtsordnung. Beginn und Untergang der Rechtspersönlichkeit.

2. Eigenschaften (vergl. oben sub I b).

Beispiele: Höchstpersönlichkeit der Rechte, Geltung der Rechtsordnung.

B. Erscheinungen der Dinge, speziell in ihrer zeitlichen Anschauungsform (vergl. oben S. 182 f., Prinzip c und f). Wenn man verneint, dass die zeitliche Anschauungsform aller Erscheinungen nicht von grösserer Rechtsbedeutsamkeit ist, als z. B. die räumliche, so ist diese Kategorie B überflüssig; man braucht diese Sonderbetrachtung nicht vorzunehmen und kann die zeitliche Existenzform der Tatsachen mit der allgemeinen Betrachtung der Tatsachen (A) verquicken. Bejaht man aber unseren Ausgangspunkt (was lediglich von einer methodologischen Zweckfrage abhängt⁶⁸⁾, vergl. S. 183, Prinzip f), so muss man sich vergegenwärtigen, dass wir hier nicht etwa anderen Tatsachen begegnen als sub A, sondern dass wir sie alle nur speziell ihrer zeitlichen Erscheinung nach zusammenfassen wollen. Will man aber dieses Zusammengefassste in sich zergliedern, um eine Uebersicht zu gewinnen, so muss man von dem Zeitmoment, welches jeder Tatsache vor unserem Intellekt innwohnt, ausgehen (nicht von der Verschiedenheit der Tatsachen), da hier nicht mehr

⁶⁸⁾ Und mit dem blossen Hinweis auf die vielen Rechtssätze, welche an das Alter der Menschen und andere Zeitpunkte anknüpfen (Verjährung, Präklusion, Verschollenheit, Mündigkeit etc.) genügend begründet wird.

einzelne Tatsachengruppen, sondern nur noch verschiedene zeitliche Formen in Betracht fallen können. Deren sind aber nur zwei:

I. Der Zeitverlauf, d. h. die andauernde Veränderung oder Gleichheit von Eigenschaften. Es wären hier alle juristischen Tatsachen, die wir als Vorgänge und Eigenschaften in eigene Kategorien zusammenfassten, zu wiederholen. Das unterlassen wir. Viel interessanter ist, auf die rechtliche Relevanz des Zeitverlaufs im speziellen hinzuweisen.

Beispiele in diesem Sinn: Die für Verschollenheit und Todeserklärung erforderlichen Zeitläufte, Anspruchs-, Klageverjährung, Fristen (in Staatsverträgen, in Privatverträgen, kraft Gesetzes, im Prozess).

II. Der Zeitpunkt, d. h. der Unterbruch in einer Veränderung oder Gleichheit von Eigenschaften. Auch hier könnten alle sub A genannten juristischen Tatsachen wiederholt werden. Zerfallen sie doch alle in Vorgänge (Veränderungen) oder Eigenschaften (Gleich-bleiben).

Beispiele der rechtlichen Erheblichkeit: Bestimmte Altersstufen, Geburt, Tod, Anfang und Ende von Zeitläufen, Termine etc.

4. Das ist die (allerdings etwas weitläufige und doch nur kurz skizzierte) Antwort auf obige sub 3 gestellte Frage. Das alles sind „die juristischen Tatsachen“. Wir glauben, dass unser System sie alle umfasst und dass nichts hineingeraten ist oder hineingedacht werden kann, was nicht juristische Tatsache wäre. Irren wir uns hierin nicht, so haben wir einen zweiten festen Anhaltspunkt für unsere Aufgabe gewonnen. Denn nachdem wir im zweiten Abschnitt den Begriff des Zivilrechts gefunden haben, wissen wir nun, was in ZGB 7 „Verhältnisse“ bedeutet. Somit haben wir auch schon „zivilrechtliche Verhältnisse“ definiert. Denn das sind nun alle diejenigen juristischen Tatsachen, welche uns im Umkreis des Bundeszivilrechts begegnen, sei es, dass sie von diesem schon in allen Rechtsbeziehungen geregelt, oder dass sie von ihm nur in gewisser, rechtlicher Hinsicht gewürdigt sind, oder

endlich, dass sie zwar zu einem Tatsachenkomplex gehören, den das Bundeszivilrecht regeln will, von ihm aber nicht bedacht seien. Der erste dieser Fälle dürfte selten sein und am ehesten für den sogenannten obligationenrechtlichen Vertrag zutreffen. Der zweite Fall ist häufig, denn meistens werden die einzelnen Rechtsinstitute nur unvollständig geregelt. Beispiel für den dritten Fall: Einzelhandlungen von Privaten; mit Ausnahme einiger weniger von ihnen, wie Vertragsantrag und -Annahme, Wechselausstellung, Accept, Indossament sind diese überhaupt ungeregelt, obschon sie im Bundeszivilrecht ausserordentlich oft genannt werden. Man denke nur, wie oft von „Zustimmung“, „Anzeige“, „Erklärung“ die Rede ist.

Es erübrigt nur noch zu wissen, was „andere“ zivilrechtliche Verhältnisse bedeutet. Dann sind die beiden Gebiete, welche kraft ZGB 7 verknüpft werden sollen, nämlich einerseits die „allgemeinen Bestimmungen des EOR“ und anderseits die „anderen zivilrechtlichen Verhältnisse“ umschrieben, dann ist das Substrat der Anwendung definiert und wir können diese letztere selbst theoretisch und praktisch darstellen. —

Vierter Abschnitt.

Was heisst im ZGB 7 „andere“ zivilrechtliche Verhältnisse?

I. Das Prinzip: Es sind diejenigen, welche im ganzen EOR nicht geregelt werden:

1. Also vor allem diejenigen juristischen Tatsachen, welche unter den „allgemeinen Bestimmungen“ (Titel 27—31) keine Berücksichtigung fanden. In erster Linie: der nicht obligationenrechtliche Vertrag. Denn gemäss Sinn, Zweck und Titelüberschriften der Titel 27—31 des EOR ist in ihnen nur von Verträgen die Rede, welche ein Schuldverhältnis begründen⁶⁹⁾). — In zweiter Linie: die meisten „Einzelhandlungen“⁷⁰⁾ (sogen. einseitigen Willenserklärungen); denn der allgemeine Teil des

⁶⁹⁾ Vergl. Hafner, Komm. zum OR S. 1 Anmerkung*, Schneider und Fick, Komm. zum OR Art. 1 Note 1.

⁷⁰⁾ Vergl. oben S. 185 sub α.

EOR regelt nur ganz wenige derselben (Annahme, Antrag, Auskündigung, Auslobung, Widerruf, Ermächtigung, unerlaubte Handlung, Erfüllungshandlungen, gewisse Verzichtserklärungen u.s.f.). Endlich: die grosse Mehrzahl der gesetzlichen Forderungsrechte. Das EOR regelt im allgemeinen Teil nur die gesetzlichen Forderungsrechte aus Delikt, Tierschaden, Haftung für Dritte, ungerechtfertigte Bereicherung, Vertragsverletzung. Unberücksichtigt sind gesetzliche Forderungen, wie die des Vermächtnisnehmers, der Erben auf Ausgleichung, der Kinder auf Ausgleichung und auf Vergütung im Konkurs des Vaters, auf Finderlohn, auf Sicherstellung, auf Ersatz (kraft Sachenrecht), auf Lebensunterhalt u.s.f. Sie alle haben ihre spezielle Regelung ausserhalb des EOR erfahren,

2. Da die „allgemeinen Bestimmungen“ kraft ihrer Stellung und Bedeutung im EOR sowieso schon auf die speziellen Normen des EOR Anwendung finden, können diese letzteren selbst nicht als „andere zivilrechtliche Verhältnisse“ in Betracht fallen. Daher bleiben als solche neben den sub 1 genannten auch noch diejenigen juristischen Tatsachen, welche im speziellen Teil des EOR ungeregelt sind. Da aber ausserhalb des EOR die Trennung in allgemeine und spezielle Materien weder feststeht noch von Bedeutung ist, so brauchen wir hier sub 2 keine Fälle zu bezeichnen. Wir fühlen uns vielmehr sofort zu dem Schritt gezwungen, die ganz abstrakte Antwort aufzustellen, die wir am Anfang gaben, nämlich, dass alle juristischen Tatsachen, welche im ganzen EOR nicht geregelt werden, die „anderen zivilrechtlichen Verhältnisse“ bilden.

II. Die Einschränkung des Prinzips: Dieselbe ergibt sich von selbst aus dem oben S. 163 Gesagten, darf hier aber ausdrücklich hervorgehoben werden.

Unter Zivilrecht ist in ZGB 7 nur Bundeszivilrecht zu verstehen. Das wurde früher festgestellt. Bundeszivilrecht liegt vor, sofern eine Materie nicht der kantonalrechtlichen Regelung vorbehalten ist. Innerhalb des Vorbehaltgebiets sind die Kantone frei. Soweit sie diese Freiheit aber nicht benützen, gilt Bundesrecht, wenn dasselbe überhaupt eine diesbezügliche Norm enthält, — Kodifikationsprinzip. Letzteres

reicht also soweit, als die Kantone eine Frage ihres Vorbehaltungsgebiets regeln.

Daraus ergibt sich, dass „andere zivilrechtliche Verhältnisse“ im Sinn von ZGB 7 nur bundeszivilrechtliche sind, mithin nur solche juristische Tatsachen, welche entweder mangels Vorbehalts zu Gunsten von kantonalem Recht, oder kraft Kodifikationsprinzips nicht der kantonalrechtlichen Regelung unterworfen sind. Beispiel: Der Entwurf zum zürcherischen EG des ZGB statuiert in § 229 eine gesetzliche Schadenersatzpflicht; nirgends aber werden die weiteren Folgen und Umstände derselben normiert. Also gilt für dieselben Bundeszivilrecht, und zwar kraft ZGB 7 der allgemeine Teil des EOR.

Soweit aber eine juristische Tatsache dem kantonalen Recht vorbehalten und von ihm geregelt wird, liegt kein bundeszivilrechtliches Verhältnis, keine „andere“ juristische Tatsache im Sinne von ZGB 7 vor. Beispiel: Die Schadenersatzpflicht der Editionspflichtigen gemäss § 229 Zürch. EG z. ZGB kann nicht auf EOR 1058 (OR 50) beruhen, z. B. nicht wegen Fahrlässigkeit begründet sein.

Man kann sich nun höchstens noch fragen, ob nicht auch die Einschränkung aufzustellen ist, dass nur die im ZGB geregelten Materien dem allgemeinen Teil des EOR unterworfen sein sollen. Das ist aber zu verneinen. Denn erstens spricht der ganz allgemeine Ausdruck „andere zivilrechtliche Verhältnisse“ für ein die Grenzen des ZGB überschreitendes Anwendungsgebiet. Zweitens sind alle Bestimmungen des Einleitungstitels als für das ganze Bundeszivilrecht massgebend gedacht (vergl. Erl. S. 35 f.; Gmür, Komm. z. ZGB S. 29 Note 7, Art. 1 Note 1). Endlich wäre auch nicht einzusehen, weshalb etwa für das Patent- oder Fabrikrecht andere allgemeine Bestimmungen gelten sollten, als für das ZGB und die speziellen Titel des EOR. Eine derartige Einschränkung würde gegen den Gedanken der Rechtseinheit im Bunde verstossen.

III. Zusammenfassung: Genau gesagt sind daher „andere zivilrechtliche Verhältnisse“ alle juristischen Tatsachen, welche dem Bundeszivilrecht unterstellt, aber nicht im EOR geregelt sind.

Fünfter Abschnitt.

Was heisst „finden Anwendung“?

A. Wir wissen nun einerseits, was „allgemeine Bestimmungen des Obligationenrechts“ sind, und anderseits, was wir unter „anderen zivilrechtlichen Verhältnissen“ zu verstehen haben. Gemäss ZGB 7 sollen nun jene auf diese Anwendung finden; der bundesrätliche Entwurf von 1904 verlangt in Art. 9 „entsprechende“ Anwendung. Wir wiesen aber schon oben S. 154 darauf hin, dass dieses Epiteton, namentlich ange-sichts ZGB 1, überflüssig ist.

Mit der Frage, wie die Anwendung, wie die Verknüpfung jener Normen mit diesen juristischen Tatsachen stattfinden soll, haben wir uns an den Schlussstein unserer dogmatischen Erörterungen gemacht. Wäre es in der Jurisprudenz abgeklärt, was Gesetzesanwendung bedeutet, so würden wir die Antwort kurzer Hand geben können. Dem ist aber nicht so. Vielmehr sind wir auch hier gezwungen, eine ganz allgemeine Untersuchung anzustellen.

B. Der Richter hat (soweit er Richter und nicht Verwaltungsbeamter ist⁷¹⁾), autoritativ festzustellen, was Rechtens ist. Das heisst:

dem Zwecke nach hat er Willenskonflikte⁷²⁾ zwischen
Rechtssubjekten⁷³⁾ durch Verkündung des Staats-
willens⁷⁴⁾ zu schlichten,

der Tätigkeit nach übt er aus:

I. Anwendung von gegebenem objektivem Recht.
Der Richter sagt: Dieser bestimmte Tatbestand hat diese bestimmte Rechtswirkung zur Folge, weil eine gegebene Rechtsnorm⁷⁵⁾ es will. Die Rechtsnorm selbst kann sein: 1. gesetzten

⁷¹⁾ Letzteres ist der Fall, insofern der Richter Geschäfte der sogenannten freiwilligen Gerichtsbarkeit oder der Justizverwaltung besorgt.

⁷²⁾ Ohne solche ist die Richtertätigkeit überhaupt undenkbar. Auch sind Willens- und Interessenkonflikt genau dasselbe.

⁷³⁾ Physische oder juristische Personen, Staaten, oder Einzelindividuen.

⁷⁴⁾ Nicht nur durch Klarstellung desselben, wie Wach, Handbuch des Zivilprozesses I S. 267 sagt.

⁷⁵⁾ Im Gegensatz zu einer vom Richter selbstgeschaffenen Norm, vergl. unten II.

Wortlautes (Gesetz, Vertrag, Testament), 2. ungesetzten Wortlautes (Gewohnheitsrecht, Usance). Diese Anwendungstätigkeit ist notwendiger Weise eine logische und zerfällt ausschliesslich in folgende Gruppen von Denkarbeit:

a) **Subsumtionsschlüsse**, d. h. Schlussformen, durch welche ein spezieller Begriff einem allgemeineren untergeordnet wird.⁷⁶⁾ Sie dienen entweder ausschliesslich der Unterordnung von Einzelbegriffen unter ihre Gattungen (sogen. klassifizierende Schlüsse) oder zugleich auch der Anwendung allgemeiner Regeln auf einzelne Fälle (exemplifizierende Schlüsse)⁷⁶⁾. Sage ich z. B.: „X ist verheiratet. Alle Verheirateten sind mündig. Daher gehört X zu den Mündigen.“ so habe ich klassifizierend geschlossen. Sage ich aber: „Alle bissigen Hunde müssen einen Maulkorb tragen. Mein Haustier ist ein bissiger Hund. Daher muss er einen Maulkorb tragen.“ so habe ich exemplifizierend geschlossen. Von den Subsumtionsschlüssen im allgemeinen fallen nun für die Richtertätigkeit in Betracht:

1. Die sogen. eigentlichen Subsumtionsschlüsse, d. h. solche, bei welchen der allgemeine Begriff alle Merkmale des speziellen in sich schliesst. Bei obigem Beispiel ist „Alle Verheirateten“ der allgemeine Begriff, „X“ der spezielle. Bezuglich der Heiratsfrage birgt der allgemeine Begriff a priori alle Merkmale des X in sich. Es verschlägt z. B. nichts, wo und nach welchem Recht X geheiratet hat. Diese eigentlichen Subsumtionsschlüsse bilden die häufigste Form, vermittelst welcher Normen angewandt werden,⁷⁷⁾ und sind zugleich das sicherste Mittel, dem objektiven Recht Genüge zu tun.

2. Die sogen. Analogieschlüsse⁷⁸⁾. Auch sie sind — das wird von der heutigen Jurisprudenz meist unbeachtet gelassen — Subsumtionsschlüsse. Jedoch ist bei ihnen der spezielle Begriff nicht ganz, sondern nur bezüglich einiger Merkmale im allgemeinen Begriff enthalten. Man sagt daher, dass der spezielle Begriff dem allgemeinen nur ähnlich sei.

⁷⁶⁾ Vergl. Wundt, Logik Bd I S. 313 ff.

⁷⁷⁾ Ebenda Bd III S. 616 ff.

⁷⁸⁾ Ebenda Bd I 327 ff., Bd III 606 ff.; Wach, Handbuch des Zivilprozesses I S. 273 ff.

Das Bedeutungsvolle beim Analogieschluss liegt nun darin, dass aus der Ähnlichkeit des Unterbegriffs auf seine Zugehörigkeit zum Oberbegriff geschlossen wird, was dann zur Folge hat, dass die Regel, welche für den allgemeinen Begriff gilt, auch für den (bloss ähnlichen) speziellen zutrifft. Sage ich also: „Alle bissigen Hunde müssen einen Maulkorb tragen. Mein Haustier ist ein gezähmter Wolf, und somit bezüglich seiner Gemeingefährlichkeit einem bissigen Hunde ähnlich. Daher muss er einen Maulkorb tragen,“ so habe ich per analogiam geschlossen. — Der Hauptgegensatz von eigentlichem Subsumtionsschluss und Analogieschluss beruht darin, dass jener dem Wortlaut der Norm treu bleibt, dieser nicht. Die logische Richtigkeit des Analogieschlusses ergibt sich daher nicht aus diesem selbst, sondern aus andern Schlussfolgerungen, welche zur Zulässigkeit der Analogie führen. Ihre Trifigkeit — sagt Wundt⁷⁹⁾ — ist abhängig: 1. von den Beziehungen, in denen die übereinstimmenden Eigenschaften der in Analogie gebrachten Begriffe zu der Tatsache stehen, in Bezug auf welche die Analogie gefolgert wird, und 2. von der Bedingung, dass beide Begriffe sich nicht durch Merkmale unterscheiden, die der Analogie widersprechen.

b) **Identitätsschlüsse**⁸⁰⁾, d. h. Schlussformen, durch welche aus zwei Identitäten eine dritte gefolgert, aus zwei Definitionen eine dritte gewonnen wird. Die Begriffe werden hier nicht subordiniert, sondern koordiniert. Aus zwei Paaren von je zwei einander koordinierten Begriffen wird ein drittes Paar gleichgesetzter Begriffe geschaffen; z. B. Vollmacht ist Stellvertretungsmacht. Stellvertretungsmacht ist die Macht, für einen andern und an seiner Statt Willenshandlungen mit dem Erfolge vorzunehmen, dass ihre Rechtswirkungen unmittelbar den Vertretenen treffen. Also ist Vollmacht die Macht, für einen anderen und an seiner Statt Willenshandlungen mit dem Erfolge vorzunehmen . . . etc. Diese Schlussformen sind seltener als die Subsumtionsschlüsse und können von sich aus den

⁷⁹⁾ Wundt, Logik I S. 328, vergl. dazu unten S. 203 f.

⁸⁰⁾ Wundt, Logik I S. 182, 311 ff., III S. 617 f.

Richter nicht zum Ziele führen. Vielmehr dient die Auffindung von Definitionen nur zur Bildung von Subsumtions-schlüssen, indem die neugeschaffene Identität als Prämisse im Subsumtionsschluss verwendet wird. Dies muss namentlich geschehen, wenn mit Legaldefinitionen zu operieren ist.

c) **Beziehungsschlüsse**⁸¹⁾, d. h. „Schlussformen“, bei denen sich ein eindeutiger Schluss aus dem Verhältnis der übrigen Begriffe zum Mittelbegriff nicht ergibt, sondern nur die Folgerung zulässig ist, dass zwischen den in der Konklusion verbundenen Begriffen irgend eine Beziehung besteht. Was für eine Beziehung — bleibt dahingestellt und wird nur in einer gewissen Hinsicht spezifiziert. Sie zerfallen in:

1. **Vergleichungsschlüsse**, durch welche die Ueber-einstimmung oder Unterscheidung von Begriffsmerkmalen festgestellt wird. Diese Schlüsse sind also positiv oder negativ. Beispiel für einen positiven Vergleichungsschluss: Der deutsch-rechtliche Scheidungsgrund des Ehebruches hat die Begriffsmerkmale a, b, c Der schweizerisch-rechtliche hat die Begriffsmerkmale a, b, c Also stimmen beide überein. Beispiele für einen negativen Vergleichungsschluss: Die Servitut hat die Begriffsmerkmale a, b, c Die Reallast hat nicht die Begriffsmerkmale a, b, c Daher sind beide verschieden. Solche Schlüsse sind in der Richtertätigkeit äusserst häufig, haben aber lediglich dienende Stellung, indem ihre Konklusion in Subsumtions- oder Identitätsschlüssen als Prämisse verwendet wird.

2. **Verbindungs- bzw. Trennungsschlüsse**, d. h. solche, welche durch die Vereinigung zusammen vorkommender oder durch die Trennung nicht miteinander vorkommender Tatsachen allgemeine Regeln des Zusammenseins oder Nicht-zusammenseins gewinnen. Also auch sie sind positiv oder negativ (Verbindungs- oder Trennungsschlüsse). Sie dienen der Gewinnung allgemeiner Regeln durch Induktion, in der Jurisprudenz hauptsächlich der Schaffung grundsätzlicher Regeln aus den positiven Normen, der sogenannten Herausschäulung

⁸¹⁾ Wundt, Logik I S. 342 ff.

von Prinzipien aus dem gegebenen positiven Recht. So wichtig ihre Aufgabe damit wird, so sind sie dennoch angesichts der obersten Tätigkeit des Richters, nämlich der Rechtsfeststellung, immer noch dienender Natur. Denn die aus ihnen abgeleiteten Regeln harren ihrer Bestimmung: der Verwendung als Prämissen in exemplifizierenden Subsumtionsschlüssen. Beispiel für einen Verbindungsschluss: „Heirat macht mündig. Wer mündig ist, ist handlungsfähig. Also tritt mit der Verheiratung die Erlangung der Handlungsfähigkeit ein.“ Beispiel für einen Trennungsschluss: „Wer geisteskrank ist, ist nicht zurechnungsfähig. Wenn die Zurechnungsfähigkeit fehlt, ist eine Schuld ausgeschlossen. Also ist beim Geisteskranken eine Schuld ausgeschlossen.“

Von den übrigen Schlussformen (Wahrscheinlichkeitsschlüsse⁸²⁾ und Bedingungsschlüsse⁸³⁾) macht der Richter bei seiner Amtstätigkeit keinen Gebrauch, bzw. er darf sie nicht anwenden, wenn er zu einem für ihn nützlichen Schluss gelangen will. Insbesondere erreicht er den Indizienbeweis nicht etwa auf Grund eines Wahrscheinlichkeitsschlusses. Denn der juristische Beweis wird überhaupt nicht mehr kraft logischer Schlussfolgerungen aus dem Beweismaterial gewonnen, sondern die Resultate des Beweisverfahrens werden selbst als Erfahrungstatsachen behandelt⁸⁴⁾ und wenn der Richter dieselben als beweisbildend, wenn er gestützt auf sie einen gewissen Tatbestand als festgestellt erachtet, so schliesst er nicht: „Wenn so und so viel gute Beweise vorliegen, ist eine Tatsache bewiesen. Hier liegen solche Beweise vor. Daher ist die Tatsache erwiesen.“ Sondern er sagt: „So und so viele Beweise sind gegeben. Kraft freier Beweiswürdigung scheint mir daher die Tatsache bewiesen.“

Sodann ist noch vierlei hervorzuheben:

Erstens führen von den genannten Schlussfolgerungen nur die Subsumtionsschlüsse (eigentliche und Analogieschlüsse) zum Ziel. Denn nur bei ihnen geht als Resultat hervor: die

⁸²⁾ Wundt, Logik I S. 323 ff.

⁸³⁾ Ebenda I S. 384 ff.

⁸⁴⁾ Vergl. Wundt, Logik II S. 66, 77 f., III S. 621/2.

Anwendung einer allgemeinen Regel auf einen besonderen Fall. Identitäts- und Beziehungsschlüsse haben — wie schon oben angeführt wurde — nur dienenden Charakter.

Zweitens genügen die drei oben genannten Schlussformen fast nie einzeln zur Anwendung des objektiven Rechts. Vielmehr werden meistens ganze Reihen ineinandergreifender Schlussfolgerungen (Schlussketten) notwendig. Je mannigfaltiger die Begriffe sind, und je knapper der Wortlaut einer Norm ist, desto mehr bedarf es der logischen Schlusstätigkeit, um festzustellen, welche Regel den einzelnen Fall beherrscht.

Drittens sind die Schlussfolgerungen nicht ohne weiteres möglich. Setzen sie sich doch selbst aus (logischen) Urteilen und diese wieder aus einzelnen Begriffen zusammen⁸⁵⁾, welche vom Richter ebenfalls gewonnen und z. T. (durch die sogenannte grammatischen Interpretation) aus dem geschriebenen Recht herausgelesen werden müssen. Da sie aber alle unfehlbar in den Schlussfolgerungen zur Verwendung gelangen müssen, sehen wir von ihrer Darstellung ab, umso mehr als wir ansonst zu lange von dem Ziele unserer Aufgabe abgehalten würden.

Viertens endlich ist die gesamte Anwendung des gegebenen objektiven Rechts in obiger Form nicht nur dem Richter, sondern jedermann in die Hand gegeben. Wenn wir nur vom Richter sprechen, so geschieht dies lediglich aus Vereinfachungsbestreben. Anders in dem Abschnitt, zu welchem wir nun gelangen, d. h. bei der Anwendung des vom Richter selbst geschaffenen Rechts. Da ist es dem Einzelnen nicht vergönnt, seine Rechtslage zu bestimmen, ohne den Richter anzurufen. Die Folge davon ist denn auch, dass die Geschäftslast der Gerichte unter demjenigen Gesetz die grösste ist, welche dem sogenannten freien richterlichen Ermessen am meisten Spielraum gewährt.

II. Anwendung von selbstgeschaffenen objektivem Recht. Der Richter sagt: Dieser bestimmte Tatbestand hat diese bestimmte Rechtswirkung zur Folge, weil eine von mir selbst aufgestellte (nicht gegebene) Rechtsnorm es will.

⁸⁵⁾ Wundt, Logik I S. 91 ff., 145 ff.

Damit sind wir zu dem neuerdings so beliebten Gebiet der freien Rechtsfindung durch den Richter gelangt und wir haben schon durch obige Umschreibung zu erkennen gegeben, dass wir die diesbezüglich herrschende Ansicht nicht anerkennen. Es wird nämlich allgemein angenommen, sobald der Richter einen Willenskonflikt nach eigenem Gutfinden und nicht an Hand einer (durch Gesetz, Gewohnheitsrecht, Vertrag, Testament, Usance etc.) gegebenen Norm schlichte, sei er vom Boden des Rechtes weg in das freie Meer der Gefühlsjurisprudenz geraten. Sobald er nicht mehr Gesetze (und Verträge etc.) auslege, beginne seine alogische (!) Tätigkeit⁸⁶⁾, mit dem freien Ermessem höre die „Rechtsgemässheit“ auf⁸⁷⁾. Ganz falsch! Die Aufgabe des Richters (als Richter) ist nie etwas anderes, als autoritative Verkündung des Staatswillens in Bezug auf einen speziellen Willenskonflikt. So weit ihm Normen gegeben sind, ist seine Aufgabe definiert. So weit keine solche gegeben sind, heisst sein Dienstbefehl: Du musst die Norm selbst aufstellen (vergl. ZGB 1 Abs. 2). Da dies aber kraft Dienstbefehl geschieht, übt der Richter nichts anderes als eine delegierte (nicht originäre) Rechtsetzungsgewalt aus, und daher sind die Normen, welche er selbst aufstellt, nicht ausserhalb des objektiven Rechts, sondern innerhalb desselben, sie sind ihrer Geltung nach eben so gut Rechtssätze, wie wenn sie direkt von der gesetzgebenden Behörde erlassen worden wären.

Stellt der Richter nun selbstgeschaffene Regeln auf, und sucht er sie auf den speziellen Fall anzuwenden, so muss er sich dabei genau so der logischen Denkformen, der Subsumtions-, Identitäts- und Beziehungsschlüsse bedienen, wie wenn eine gegebene Norm da wäre. Daher ist hier alles sub I Gesagte als wiederholt zu denken. Und zwar greift diese logische Tätigkeit im gesamten Gebiet der freien Rechtsfindung

⁸⁶⁾ Oermann, Gesetzeszwang und Richterfreiheit, Prorektoratsrede, Erlangen 1908 S. 12.

⁸⁷⁾ Stier-Somlo, Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung, Festgabe für Laband, Tübingen 1908 S. 498.

Platz, ob es sich nun bloss um die Ergänzung einzelner gegebener Normen handle (wie z. B. wenn in einem Rechtssatz fliessende Begriffe gebraucht werden, wie: „wichtige Gründe“, „gegen die guten Sitten verstossendes Geschäft“, „im Verkehr erforderliche Sorgfalt“), oder um ausdrücklich dem freien richterlichen Ermessen vorbehaltene Gebiete (wie z. B. OR 51. 116 Abs. 2, 3).

C. Nach dieser allgemeinen Untersuchung darüber, was Anwendung objektiven Rechts überhaupt heisst, wenden wir uns wieder unserm speziellen Thema, d. h. der Frage zu, was „Anwendung der allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts auf andere zivilrechtliche Verhältnisse“ bedeutet, wodurch sie bewerkstelligt wird und wieweit sie geht. Hierin liegt der Kern der Abhandlung. Denn es soll gefunden werden, wie die Verknüpfung der Normen und Tatbestände, welche durch ZGB 7 ermöglicht wird, geartet ist.

I. Es kann folgendes vorweggenommen werden: Die Identitäts- und Beziehungsschlüsse bedürfen keiner weiteren Prüfung mehr. Denn erstens ergibt sich ihre Zulässigkeit stets aus ihrer logischen Richtigkeit, und zweitens dienen sie nur zur Bildung von Subsumtions- und Analogieschlüssen, figurieren in denselben als Prämissen. Ihre Zulässigkeit ist daher schon vorausgesetzt, wenn von Subsumtions- und Analogieschlüssen die Rede ist (vergl. auch oben S. 200).

Sodann müssen wir im folgenden auch nicht mehr auf die „freie Rechtsfindung“ (oben S. 200 B II) eingehen. Denn entweder enthält der allgemeine Teil des EOR eine Lücke und sagt nichts davon, dass der Richter dieselbe auszufüllen habe; dann kann dies der Richter gemäss ZGB 1 Abs. 2 sowieso tun; ZGB 7 bleibt dann ausser Anwendung. Oder der allgemeine Teil des EOR enthält irgend eine Lücke, sagt aber, dass deren Ausfüllung dem Richter anheimgestellt sei (z. B. EOR 1058^{bis} Abs. 2); dann ist dies eben eine allgemeine Bestimmung des EOR, welche kraft ZGB 7 für anwendbar erklärt wird und daher hier als „gegebene Norm“ in Betracht fällt. Wie dann im Einzelfalle der Richter von seinem freien Ermessen Gebrauch macht, hat mit ZGB 7 nichts zu tun.

Zu prüfen ist daher nur die Anwendung einer allgemeinen Norm des EOR vermittelst eigentlichen Subsumtions- oder vermittelst Analogie-Schlusses:

II. Vermittelst der eigentlichen Subsumtionsschlüsse sollten die allgemeinen Normen des EOR so weit auf „andere“ juristische Tatsachen angewendet werden können, als diese letzteren genau einen speziellen Fall des in der Norm vorgesehenen allgemeinen Falls darstellen.

Vergegenwärtigen wir uns nun aber, dass nach unserer Definition (oben S. 194 f.) „andere“ juristische Tatsachen im Sinne von ZGB 7 gerade die sind, welche im ganzen EOR nicht geregelt werden, so ergibt sich sofort ein Widerspruch. Entweder nämlich fällt eine juristische Tatsache als genau spezieller Fall unter eine allgemeine EOR-Bestimmung; dann lässt sie sich allerdings unter die betreffende Regel subsumieren, aber sie ist dann keine „andere“ juristische Tatsache. Wird aber eine juristische Tatsache von der EOR-Norm begrifflich nicht betroffen, so ist sie zwar eine „andere“ juristische Tatsache im Sinne von ZGB 7, aber sie lässt sich dann nicht mehr durch einen eigentlichen Subsumtionsschluss, sondern höchstens durch einen Analogieschluss unter die allgemeine EOR-Regel begreifen, sie ist kein exakt spezieller Fall des in der Norm geregelten Allgemeinfalles mehr.

Hieraus ergibt sich, dass die Anwendung kraft ZGB 7 überhaupt nicht durch eigentlichen Subsumtionsschluss, sondern höchstens durch Analogieschluss bewerkstelligt zu werden vermag.

III. Die Analogieschlüsse.

Im Anschluss an das oben S. 197 Gesagte können wir folgende Prinzipien bezüglich der Unzulässigkeit von Analogieschlüssen aufstellen:

1. Solange zwischen der Tatsache, welche von der allgemeinen EOR-Norm geregelt wird, und einer „anderen“ juristischen Tatsache gar keine Ähnlichkeit besteht, ist der Analogieschluss unmöglich. Denn wenn die beiden Tatsachen kein gemeinsames Begriffsmerkmal aufweisen, ist auch der Schluss unzulässig, dass eine Regel wegen der Ähnlichkeit beider auf sie beide anwendbar sei. Allerdings haben zwei

noch so divergente juristische Tatsachen stets das eine Merkmal gemeinsam, dass sie eben juristische Tatsachen sind. Doch fällt diese Ähnlichkeit deswegen ausser Betracht, weil eine Norm, welche bloss an dieses Merkmal anknüpft, garnicht existiert.

Damit sind alle Anwendungsfälle ausgeschlossen, in welchen — wie man sagt — die allgemeine EOR-Norm mit einer juristischen Tatsache „garnichts zu tun hat“, z. B. hat die juristische Tatsache des Zeitablaufs mit derjenigen des Vertragsabschlusses gar keine Ähnlichkeit. EOR Art. 1016 kann sicher nie zur Regelung einer Frage des Zeitablaufs verwendet werden.

2. Der Analogieschluss ist ferner unmöglich, wo zwischen den in Konklusion gebrachten Tatsachen statt Ähnlichkeit Gleichheit besteht. Denn dann kann es sich nur um eigentliche Subsumtion handeln. So braucht EOR 1058 auf keinen Fall widerrechtlicher Schadenszufügung durch Analogie angewendet zu werden.

3. Die Analogie ist ebenfalls ausgeschlossen, — und hiermit kommen wir zu den schwierigen Fällen — wenn zwei Tatsachen zwar ähnlich, aber gerade in den Merkmalen unähnlich sind, auf welche es nach dem Sinn und Zweck der anzuwendenden allgemeinen EOR-Norm ankommt⁸⁸⁾. Diese Fälle sind unter der Voraussetzung genau erkennbar, dass Sinn und Zweck der allgemeinen EOR-Norm feststeht. Da diese letztern aber sozusagen stets wieder anders aufgefasst werden können, hängt es ganz vom Interpreten ab, ob Ähnlichkeit anzunehmen ist oder nicht.

Nun gestattet uns der Rahmen unserer Aufgabe natürlich nicht, alle EOR-Normen nach Sinn und Zweck zu prüfen. Wir müssen uns vielmehr darauf beschränken, die wichtigsten Unähnlichkeitsfälle der hier einschlägigen Art, abgesehen von ihren Voraussetzungen, zu nennen:

a) Die allgemeinen EOR-Bestimmungen beziehen sich ihrem Sinn und Zweck nach nie auf sogenannte „öffentliche“

⁸⁸⁾ Vergl. oben S. 197 und Wundt, Logik I S. 328.

rechtliche Verhältnisse“, d. h. auf juristische Tatsachen, welche vom Völkerrecht, Staatsrecht, Verwaltungs-, Prozess- oder Strafrecht geregelt werden. Wenn daher — was sehr häufig der Fall ist — eine solche Tatsache im Bundescivilrecht genannt, vielleicht sogar teilweise geregelt wird, so darf zu ihrer weiteren juristischen Behandlung der allgemeine Teil des EOR nicht analogieweise herbeigezogen werden.

Daher keine analoge Anwendung der EOR-Normen bezüglich Willensmängel auf die Fälle, wo von Verwaltungsbeamten oder gegenüber solchen Erklärungen abgegeben werden (z. B. Erklärungen, Zustimmungen etc. der und an die Vormundschaftsbehörde: ZGB 15, 229 Abs. II, 232 Abs. III, 265 Abs. II, 267 Abs. II, 272 Abs. II, 291, 327, 375 Abs. II, 377 etc.), keine analoge Anwendung von EOR-Normen bezüglich Willensmängel oder Fristen auf prozessrechtliche Verhältnisse (also keine analoge Anwendung von EOR 1093 ff. auf ZGB 253, 254, 305), keine Anwendung der EOR-Normen über Erfüllung und Nichterfüllung von Verbindlichkeiten (EOR 1083 ff.—1117 ff.) auf bundesgesetzliche Verpflichtungen von Beamten oder von Privaten gegenüber dem öffentlichen Verband (wie z. B. ZGB 109, 110, 283 f., 711).

b) Viele allgemeine Bestimmungen des EOR beziehen sich ihrem Sinn und Zweck nach nur auf vermögensrechtliche Verhältnisse, nicht auch auf erb-, familien-, personenrechtliche. Ihre Anwendung auf diese letzteren ist stets ausgeschlossen.

Daher keine Anwendung der EOR-Normen über Erfüllung und Nichterfüllung von Obligationen auf die Pflichten aus dem Ehe-, Verwandtschaftsverhältnis (ZGB 159 f., 275 f. etc.). So weit dies rein ehe-, eltern-, kinderrechtliche Pflichten betrifft, ist es gesetzespolitisch ohne weiteres klar. Anders, sobald auf Grund des ehelichen und verwandtschaftlichen Verhältnisses eine Pflicht zu Vermögensleistung entsteht (Unterstützungspflicht der Verwandten, Alimentationspflicht des Vaters).

c) Sodann gibt es allgemeine Bestimmungen des EOR welche nur auf Verträge, nicht auch auf andere Gesamthandlungen oder Einzelhandlungen Anwendung finden können.

So gilt z. B. EOR 1041 nur für Verträge, nicht auch etwa für einseitige Erklärungen (wie z. B. ZGB 863 [Verzicht], 901 [Indossament], 260 Abs. 2, 265 Abs. 1, 266, 295 Abs. 2, 804 [Zustimmungen], 844 Abs. 1 [Kündigung]); denn Sinn und Zweck dieser Bestimmung ist nur, dass die Kontrahenten bis zur Grenze der wesentlichen Irrtümer auf ihren Vertragsabschluss bauen können. Bei den Einzelhandlungen entfällt dieses gesetzespolitische Moment (wenigstens nach der geltenden Theorie). — Je tiefer man in die Motive der allgemeinen Bestimmungen eindringt, je mehr man den Sinn und Zweck jeder einzelnen präzisiert, umso mehr lassen sich solche Unähnlichkeiten mit anderen zivilrechtlichen Verhältnissen auffinden.

4. Endlich ist die Analogie stets dann ausgeschlossen, wenn in Bezug auf eine ähnliche Tatsache, welche sehr wohl einer allgemeinen Bestimmung des EOR unterworfen werden könnte, ausserhalb des EOR eine spezielle Regel gilt. Es kommt dann eben in erster Linie die spezielle Norm zur Anwendung, welche zu derjenigen des EOR im Widerspruch steht. Dies ist immer da der Fall, wo und so weit das „andere zivilrechtliche Verhältnis“ vom Bundesgesetzgeber geregelt wird. So weit eine solche Regelung nicht geschah, ist entweder die Möglichkeit einer analogieweisen Herbeiziehung des EOR gegeben, oder dann liegt ein Fall der sub 3 bezeichneten Unähnlichkeit vor.

Dass für ganz ähnliche Tatsachen, wie die, welche im allgemeinen Teil des EOR normiert sind, spezielle, ausserobligationenrechtliche Normen bestehen, kommt oft vor. So sind z. B. die den Eheabschluss nichtig machenden Willensmängel im ZGB 120 ff. speziell geregelt⁸⁹⁾; eine Herbeiziehung der Art. 1038 ff. EOR wäre unstatthaft. Aehnlich schliesst ZGB 851 bezüglich der Gült die Art. 1204 des EOR, ZGB 469 die EOR 1038 ff., ZGB 855 den EOR 1141 Abs. 1, ZGB 872 den EOR 1209 ff. aus. Sogar ein Gesetzesvorbehalt, wie EOR 1049 Abs. 1, kann unanwendbar sein; denn die Vertretungshandlungen des Vormundes, im speziellen des Amts-

⁸⁹⁾ Vergl. Reichel, Komm. zu ZGB 7 Note 4 Abs. 3.

vormundes, gehen doch gewiss aus einem Verhältnis des „öffentlichen Rechts“ hervor. Dennoch richten sie sich natürlich nicht nach dem „öffentlichen Recht des Bundes und der Kantone“, sondern nach ZGB 405 f.

IV. Hieran anschliessend können wir nun auch positiv beantworten, welcher Sinn in den Worten „finden Anwendung“ liegt. Da wir dies aber nicht tun mögen, ohne zugleich Beispiele anzuführen, gestaltet sich dieser Abschnitt notgedrungen zu einer zusammenfassenden Beantwortung aller an ZGB 7 anknüpfenden Fragen. Denn sobald wir die Anwendung praktisch darstellen wollen, müssen wir auch das Angewendete, sowie das Substrat der Anwendung, somit also einerseits die allgemeinen EOR-Bestimmungen und anderseits die „anderen“ juristischen Tatsachen vor Augen führen. Leider sind wir gezwungen, uns nur auf Beispiele zu beschränken. Die analogieweise Anwendung der allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts auf andere zivilrechtliche Verhältnisse geschieht folgendermassen:

Der Richter (beziehungsweise jede andere, das objektive Recht in seinen Konsequenzen verfolgende Person) hat im einzelnen Fall zuerst zu fragen, ob ein bundeszivilrechtliches Verhältnis, welches nicht in EOR geregelt wird, vorliege. Ist dies zu bejahen, so ist zuzusehen, ob zwischen diesem Verhältnis (juristische Tatsache) und einem im allgemeinen Teil des EOR geregelten Fall Aehnlichkeit bestehe. Wenn ja, so ist zu fragen, ob die Aehnlichkeit gerade in den nach Sinn und Zweck der EOR erforderlichen Merkmalen vorliege, und wenn ja, ob das ausserobligationenrechtliche Bundeszivilrecht nicht gerade für die in Konklusion gezogene Tatsache eine spezielle Regel enthalte, welche zu der EOR-Norm in Widerspruch steht. Ist letzteres zu verneinen, so darf per analogiam geschlossen, so darf die EOR-Bestimmung auf das „andere zivilrechtliche Verhältnis“ angewandt werden. Beispiele einer solchen Anwendung sind⁹⁰⁾:

⁹⁰⁾ Als Ausgangspunkt der Beispiele wählen wir die einzelnen Kategorien von juristischen Tatsachen und halten hierbei die Reihenfolge inne, welche sich aus unserm oben S. 183 ff. aufgestellten System ergibt.

1. Aus den Einzelhandlungen: Wenn Widmungen von Vermögen (ZGB 80/81), Zustimmungen (ZGB 260 Abs. 2, 265 Abs. 1, 266, 295 Abs. 2, 345, 639, 812, 822), Versprechen (ZGB 318, 323), Verzichte (ZGB 334 Abs. 1, 633, 786 Abs. 2, 863), Kündigungen (ZGB 787/88, 803, 831, 852 Abs. 3), Vertragserfüllungshandlungen, Okkupationen (ZGB 718), Dereliktionen (ZGB 729), Verzeihungen (ZGB 137 Abs. 3, 540 Abs. 2), Realtraditionen (ZGB 714, 869, 884), Ausschlagungs-erklärungen (ZGB 486 Abs. 2, 492 Abs. 3, 566, 570 Abs. 1 und 2) u. s. f. an irgend einem Willensmangel leiden, wenn sie also irrtümlicherweise vorgenommen oder durch Betrug und Drohung bewirkt wurden, so richtet sich ihre Gültigkeit nach EOR 1038, 1039, 1040, 1042—1046. Werden sie nur unter einer Bedingung vorgenommen, so gelten EOR 1176, 1179, 1180, 1181, 1182. Ferner können sie, soweit keine spezielle Bestimmung entgegensteht, durch Vertreter bewerkstelligt werden; dann gelten für sie EOR 1048, 1053. Die Ermächtigung eines Beistandes durch den Vertretenen selbst (ZGB 419 Abs. 2) richtet sich nach EOR 1048, 1049 Abs. 2 und 3 etc. Bezüglich der letztwilligen Verfügungen gelten Spezialnormen (ZGB 469 u. a.).

2. Aus den Gesamthandlungen: Vor allem lassen sich die (nicht obligationenrechtlichen) Verträge den meisten allgemeinen EOR-Bestimmungen über Verträge unterstellen. So finden auf Eheverträge (ZGB 179 ff., 237 f., 240 Abs. 3, 241 Abs. 2, 247), güterrechtliche Auseinandersetzungen (ZGB 188), Vereinbarungen über die Rechtstellung eines ehelichen oder unehelichen Kindes (ZGB 268 Abs. 3, 319 Abs. 3), Gemeinder-schaftsverträge (ZGB 336, 343), Erbverträge (ZGB 468, 512 ff., jedoch nur so weit sie sich nicht auf den Erblasser beziehen, denn bezüglich des letzteren sind Spezialregeln, wie ZGB 469 da), Erbteilungsverträge (ZGB 607 Abs. 2, 611 Abs. 2, 612 Abs. 2, 634 f., vergl. den angesichts ZGB 7 überflüssigen ZGB 638), Vereinbarungen von Miteigentümern (ZGB 650, 651 Abs. 2), Verträge über Uebertragung von Grundeigentum (ZGB 657), über Eigentumsbeschränkungen (ZGB 681 f.), über Grunddienstbarkeiten (ZGB 732, 781), Abreden über Ablösung

von Grundlasten (ZGB 787) u. s. f. (vergl. ZGB 799 Abs. 2, 814 Abs. 3, 824 ff., 842 ff., 884 ff., 907 ff. und Kommentar von Reichel zu Art. 7 Note 4), — die Bestimmungen des EOR über den Abschluss der Verträge (EOR 1016—1022^{bis}, 1024/25), über deren Form (EOR 1026—1031), über Auslegung, Inhalt, Wucher, Mängel, Stellvertretung, über Erfüllung und Nichterfüllung, Erlöschen, Bedingungen u. s. f. Anwendung. Mit gewissen, zum Teil allerdings sehr eingreifenden Beschränkungen gelten diese Normen auch für das Eheversprechen (EOR 1016, 1018—1022^{bis}, 1024, 1075^{bis}, 1038 ff., 1176 ff. sind gewiss analog anwendbar, was angesichts ZGB 216, 318 und 323 sehr wichtig sein kann) und für den Adoptionsvertrag (ZGB 264/65).

Auf Gesamthandlungen, welche nicht Verträge sind (vergl. oben S. 186: A I aa β, ββ), müssen ebenfalls die meisten allgemeinen EOR-Bestimmungen angewendet werden. Am wichtigsten ist dies bei den Vereinsbeschlüssen (ZGB 60 ff.), auf welche sich EOR 1016 (mit der Einschränkung, dass Mehrheit genügt, ZGB 67 Abs. 2), 1017—1022^{bis}, 1024, 1025, 1026, 1031, 1033—1046, 1048 f., 1176 f. anwenden lassen.

3. Beispiele aus den „inneren Willenshandlungen“ (oben S. 187 bb): Gemäss ZGB 23 Abs. 1 befindet sich der Wohnsitz einer Person an dem Orte, wo sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält. Diese Absicht ist psychologisch eine Willenshandlung, aber eine „innere“, eine nicht erkennbar gewordene; wenigstens ist die Erkennbarkeit nicht erforderlich und sobald sie vorliegt, handelt es sich um eine äussere Willenshandlung⁹¹⁾. Diese Absicht selbst kann nun so gut mangelhaft oder bedingt sein, wie eine äussere Willenshandlung. Sie kann auf der irrgen Annahme beruhen, es seien an dem betreffenden Orte keine Steuern zu zahlen, sie kann betrügerisch von einem Dritten z. B. durch Vorspiegelung einer langjährigen Anstellung bewirkt, sie kann durch das Willenssubjekt selbst bedingt gefasst worden sein.

⁹¹⁾ Anders und m. E. falsch: Egger, Komm. zu ZGB S. 7 b und Mangk, Willenserklärung und Willensgeschäft S. 680 f.

Es kommt dann gerade nicht darauf an, ob die Absicht des Domiziliaten erkennbar geworden sei, sondern ob seine Absicht gültig oder nichtig war und ist. Kann der Irrtum, die Bedingung bewiesen werden, so gelangen EOR 1038, 1044, 1076, 1079, 1082 zur Anwendung.

Ein ähnliches und noch wichtigeres Beispiel ergibt sich aus ZGB 717 (constitutum possessorium). Die Benachteiligungsabsicht wird sehr oft bedingt gefasst, da das Eigentumsübertragungsgeschäft vielfach abgeschlossen wird, bevor die Benachteiligung gewiss ist. Die Wirkung der Benachteiligungsabsicht tritt daher erst mit der Gewissheit der Benachteiligungsmöglichkeit ein (EOR 1076); bis dahin ist die Eigentumsübertragung noch wirksam.

Auch der zur Okkupation (ZGB 718) erforderliche animus rem sibi habendi ist eine innere Willenshandlung, welche mangelhaft, welche bedingt sein kann. Ein Botaniker, welcher eine Pflanze pflückt und sich sagt: „Für den Fall, dass dieselbe zu einer gewissen Spezies gehört, will ich sie behalten, sonst werfe ich sie wieder fort“, ist erst dann Eigentümer der Pflanze, wenn er festgestellt hat, dass sie jene Spezies repräsentiert (EOR 1076 verbunden mit ZGB 718).

4. Vorgänge am natürlichen Dasein des Rechtssubjektes psychischer und physischer Natur (vergl. oben S. 187 2 aa α und β) sind juristische Tatsachen, welche meistens nur in Verbindung mit anderen rechtlichen Relevanz besitzen und daher auch nur in Verbindung mit ihnen einer Gesetzesregel unterworfen sind. So sind Vorstellungen und Empfindungen, jene z. B. beim guten Glauben und Irrtum, diese bei der Kenntnisnahme von Bedeutung, aber es gibt keine Norm, zum allerwenigsten des EOR, welche sich auf sie als solche bezöge. Sie fallen in Verbindung mit Willensvorgängen zusammen in Betracht, z. B. der Irrtum im Zusammenhang mit äusseren oder inneren Willenshandlungen (EOR 1038 ff.), die Motive des Willens (Beweggründe) zusammen mit dem Irrtum und einer äusseren Willenshandlung (EOR 1141 Abs. 2), der Tod zusammen mit der rechtlichen Eigenschaft, Vollmachtgeber oder Bevollmächtigter zu sein

(EOR 1051). Beispiele, welche hier zu nennen wären, sind also schon skizziert oder werden noch genannt.

5. Vorgänge am rechtlichen Dasein des Rechtssubjektes, sei es nun, dass sie durch den Staat oder dass sie durch „Private“ verursacht seien (vergl. oben S. 188 2 bb α und β), werden öfters selbständig zum Normtatbestand gemacht. Hierher gehören vor allem die gesetzlichen Forderungsrechte; z. B. die juristische Tatsache, dass A durch seine Verarmung einen gesetzlichen Unterhaltsanspruch gegen seine Ascendenten erhält, ist nicht von A gewollt, beziehungsweise es kommt rechtlich nicht darauf an, ob er es gewollt hat; somit ist die Erlangung des gesetzlichen Unterhaltanspruches ein „Vorgang am rechtlichen Dasein des Rechtssubjektes“. Dieser Vorgang ist nun vor allem im ZGB 329 geregelt, d. h., es werden dort die Voraussetzungen des Erwerbs des Unterstützungsanspruches festgestellt. Weiter aber ist er nicht normiert. Da sind nun die allgemeinen Bestimmungen des EOR über die Veränderungen und den Verlust dieses subjektiven Forderungsrechtes herbeizuziehen, insbesondere: EOR 1075 (vergl. Schneiders Komm. zum zürcherischen Priv. GB. § 441 Note 2), 1090 f., 1109, 1146, 1167 f. u. a. Ganz gleich verhält es sich mit anderen gesetzlichen und mit gewillkürten Forderungsrechten, welche ausserhalb des EOR genannt sind. Daher finden auf Forderungsrechte aus ZGB 562 (Vermächtnis), 626, 334 (Ausgleichung), 649, 673, 674 Abs. 3, 694 Abs. 1, 700 Abs. 2, 706/7, 756 Abs. 2 (Schadenersatz), 693, 708 (Kostentragung), 760, 837 (Sicherstellung u. s. f.) die Bestimmungen des EOR über Erfüllung, Nichterfüllung der Verträge, Solidarität, Erlöschen von Obligationen etc. Anwendung.

6. Die Kategorie der Eigenschaften von Rechtssubjekten birgt, wie oben ausgeführt wurde, keine anderen Fälle als diejenigen der schon genannten Kategorien. Die Beispiele sind daher dieselben.

7. Was die Erscheinungen der Dinge, welche nicht Rechtssubjekte sind, anbetrifft, so geht aus den oben (S. 184 f. II a 1 und 2, b 1 und 2) genannten Beispielen ohne weiteres hervor, dass sie entweder nur in Verbindung

mit anderen juristischen Tatsachen unter eine allgemeine Regel des EOR fallen können, oder dass sich eine Anwendung des allgemeinen EOR mit ihnen garnicht denken lässt. Für jene verweisen wir auf die genannten oder (sub 8) noch zu nennenden Fälle. So ist z. B. das Beschädigtwerden einer Sache eine juristische Tatsache der vorliegenden Kategorie, ein Vorgang an einem Nichtrechtssubjekt. Natürlich fällt sie (unter Umständen) unter EOR 1058, aber in Zusammenhang mit einer andern juristischen Tatsache: der Beschädigungs-handlung (Einzelhandlung).

8. Endlich die Erscheinungen der Dinge speziell in ihrer zeitlichen Anschauungsform, der Zeitverlauf und der Zeitpunkt. Diese Tatsachen sind von eminenter Bedeutung und zumeist selbständige geregelt; man denke an die Verjährung, Ersitzung, an Präklusiv- und von Privaten gewillkürte Fristen oder Termine. Auf sie alle lassen sich innerhalb der erlaubten Analogie die Vorschriften des EOR über Zeitberechnung (1092—1097, 1155, 1156, 1157—1166) anwenden. Daher ist z. B. die Mündigkeit erst mit dem Ablauf des 20. Geburtstages erreicht (ZGB 14 verbunden mit EOR 1094 Abs. 3⁹²). Weitere Beispiele ergeben sich aus ZGB 15, 30 Abs. 3, 36 Abs. 1, 37, 38, 70 Abs. 2, 75, 96, 103, 112, 127, 137 Abs. 2, 138 Abs. 2, 140, 150 Abs. 2, 252, 253 ff., 262, 431, 441, 454, 455, 521, 533, 586, 600, 601, 637, 639, 794, 790, 807, 911, 929 u. a. m. ZGB 663 und 728 Abs. 3 sind wegen ZGB 7 völlig überflüssig.

Alle Beispiele der nun durchgangenen Kategorien liessen sich in weitem Umfange vermehren, namentlich bei Berücksichtigung des gesamten Bundeszivilrechts. Wir haben uns hier nur an das ZGB gehalten, weil ZGB 7 in erster Linie dem neuen Recht gilt und in demselben seine wichtigsten Anwendungsfälle finden wird.

⁹²⁾ Anders Egger, Komm. zu ZGB 14 Note 1.
