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: 34 (1915)

Artikel: Die Grundprinzipien des Übergangsrechtes zum Schweizerischen Zivilgesetzbuche

Autor: Giesker-Zeller, Heinrich

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896202

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: 24.08.2025

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

Die Grundprinzipien des Übergangsrechtes zum Schweizerischen Zivilgesetzbuche.[1])

Von Dr. Heinrich Giesker-Zeller, Privatdozent in Zürich.

Für die Lösung der intertemporalen Konflikte durch Abgrenzung der Herrschaftsbereiche des alten und des neuen Rechts bieten sich überall lediglich drei Möglichkeiten: Entweder werden 1. die vor der Rechtsänderung eingetretenen Tatsachen nach altem und die nachherigen nach neuem Recht beurteilt, so dass das Datum des Inkrafttretens des neuen Gesetzes eine scharfe Caesur zwischen alten und neuen Tatsachen schafft. Oder es werden 2. sowohl die alten wie die neuen Tatsachen nach altem Recht bemessen. Oder endlich wird 3. das neue Recht auf alte und neue Tatsachen angewandt. Im ersten Fall spricht man gewöhnlich von der Nichtrückwirkung der Gesetze; das ist aber insofern unklar, als auch die zweite Möglichkeit unter diesen Begriff fällt, da ja auch dort das neue Recht die alten Tatsachen nicht ergreift, also nicht zurückwirkt. Der leichten Auseinanderhaltung dient es daher wohl eher, im ersten Fall von Trennungsprinzip, im zweiten von Weiterwirkungsprinzip und im dritten von Rückwirkungsprinzip zu sprechen.

Diese drei verschiedenen Grundsätze bilden auch die Leitmotive unseres schweizerischen Übergangsrechts. Sehen wir zu, in welcher Weise sie in ihm durchgeführt sind.

[1]) Unter Benützung der bis zum 1. November 1914 publizierten schweizerischen Judikatur und Literatur.

I. Das Trennungsprinzip.

Alte Tatsachen nach altem, neue nach neuem Recht!

1. (Im positiven Recht.) Dieser Grundsatz wird von unserm Übergangsrecht in den Vordergrund gerückt und beherrscht es als Regel überall, wo nicht Ausnahmen statuiert sind (SchlT 1)[2]).

Irrelevant ist, dass SchlT 1 Abs. 2 nur den vor Inkrafttreten des neuen Rechts vorgenommenen „Handlungen" altrechtliche Beurteilung garantiert, und es darf hieraus auf keinen Fall geschlossen werden, dass das Trennungsprinzip für alte Tatsachen, die nicht Handlungen sind (wie etwa Tod, Unfall, Zeitablauf), nicht gilt. Vielmehr stellt SchlT 1 Abs. 2 nur eine Ausführung des in Abs. 1 Gesagten dar („demgemäss")[3]), so dass das Trennungsprinzip alle Arten von Tatsachen gleichmässig betrifft.

Im speziellen Teil des Schlusstitels (Art. 5 ff.) ist das Trennungsprinzip ebenfalls oft ausdrücklich wiederholt; so hinsichtlich des Erwerbs von dinglichen Rechten (17 Abs. 1, 20 Abs. 1, 21, 22 Abs. 1, 23 Abs. 1, 34 Abs. 1), des Verlustes von Hypotheken (24 Abs. 1), der Vertragsformen (50) u. a.

2. (Allgemeine Durchführung). Im allgemeinen ist die Durchführung des Trennungsprinzips leicht. Man hat sich nur immer zu fragen, welches Datum die in Betracht fallende Tatsache habe. Ereignete sie sich vor dem Inkrafttreten des ZGB, dann ist altes Recht massgebend; andernfalls neues. So hat das alte Delikt die Folgen von alt OR 50 f., während eine seit Neujahr 1912 begangene unerlaubte Handlung nach neu OR 41 f. beurteilt werden muss.

Massgebend für die Trennung in „alte" und „neue" Tatsachen ist der Zeitpunkt des Inkrafttretens der neuen

---

[2]) Vergl. hiezu auch unten S. 25 und 78.

[3]) So auch Reichel, Komm. zu SchlT 1, Note 5.

Norm, also in der weitaus grössten Zahl von Fällen die erste Sekunde des 1. Januar 1912. Nur ZGB 950 und SchlT 38—42 sind schon am 1. Januar 1911 in Kraft getreten, was aber intertemporalrechtlich fast interesselos ist.

Formell in Kraft trat mit dem 1. Januar 1912 auch schon das ganze Sachenrecht. Wenn für die Anwendbarkeit einzelner wichtiger Teile desselben in SchlT 21, 23 Abs. 2, 24 Abs. 2, 29 Abs. 1 und 2, 30 Abs. 1, 46 und 48 auf die Einführung des eidgenössischen Grundbuches beziehungsweise auf den Moment, wo ein Kanton seine alten grundbuchlichen Einrichtungen denen des zukünftigen Grundbuches ganz oder teilweise gleichsetzt, abgestellt wird, so soll damit nicht etwa die formelle Rechtskraft einzelner Teile des Sachenrechts, sondern nur der Beginn ihrer Herrschaftszeit hinausgeschoben sein. Allerdings bildet dann der Zeitpunkt der Einführung des eidgenössischen Grundbuches oder seines Ersatzes ein Analogon zum 1. Januar 1912, indem für einzelne sachenrechtliche Fragen erst die seit der Einführung des Grundbuches (oder Grundbuchersatzes) eingetretenen Tatsachen als neue Tatsachen gelten, und alle früheren, auch die zwischen dem 1. Januar 1912 und dem Einführungstermin liegenden, noch als alte. So wird ZGB 973 (positive Kraft der Grundbucheinträge) im Kanton Zürich erst von der Einführung des eidgenössischen Grundbuches an gelten (EG 274). Bis dahin (und nicht nur bis 1. Januar 1912) sind die Einträge im Grundprotokoll für Dritte alte Tatsachen mit alter Wirkung. Auf ZGB 973 werden sich also nur solche Dritte berufen können, die infolge ihres Vertrauens auf das neueingeführte Grundbuch und seit dessen Einführung dingliche Rechte erwarben.

Der Zeitpunkt des Inkrafttretens selbst ist ein Begriff, der nach schweizerischem (Verwaltungs-) Recht aufgefasst werden muss. Massgebend für seine zeitlich-absolute Fixierung ist daher der gregorianische Kalender

und die mitteleuropäische Uhr.[4]) Tatsachen, die sich z. B. in Russland zwischen unserm und dem russischen 1. Januar 1912, also zwischen unserm 1. Januar 1912 und unserm 13. Januar 1912 ereigneten, sind, falls auf sie (internationalprivatrechtlich) schweizerisches Recht anzuwenden ist, als nach dem Inkrafttreten des ZGB eingetreten, als neue Tatsachen zu betrachten.[5])

Ist das Datum der Tatsache strittig, so trifft die Beweislast für den Zeitpunkt wohl den, der auch die Tatsache selbst zu beweisen hat; denn, da jede Tatsache eine zeitliche Erscheinungsform haben muss, gehört ihre zeitliche Fixierung zum vollkommenen Beweis über sie. Klagt z. B. A aus unerlaubter Handlung gegen B auf eine sicherzustellende Rente, so hat A, wenn er mit dem (durch neu OR 43 Abs. 2 eingeführten) Sicherstellungsanspruch durchdringen will, auch zu beweisen, dass jene Handlung nach dem 31. Dezember 1911 erfolgt war. Kann das Datum einer im übrigen erwiesenen Tatsache nicht hergestellt werden, so ist das dem Beweispflichtigen ungünstigere Recht anzuwenden, also bei der soeben angeführten Klage ex delicto das alte OR (das einen entsprechenden Sicherstellungsanspruch nicht kannte). Denn einerseits geht es doch nicht an, dass man bloss wegen mangelnden Datumbeweises die ganze Tatsache selbst als unerwiesen betrachtet, und anderseits besteht nicht der mindeste Grund dafür, bei Fehlen jeden Beweises (auch eines Indizienbeweises) für den Zeitpunkt, diesen mit Hilfe einer Praesumtion in die alte oder in die neue Ära hineinzuphantasieren.[6]) Folglich bleibt nur der vorgeschlagene Ausweg, wonach aus dem Beweismangel die dessen Lücke entsprechende, dem

---

[4]) Vergl. Schollenberger, Grundriss des Staats- und Verwaltungsrechts der schweizerischen Kantone, II 257/8.

[5]) So auch Habicht, die Einwirkung des BGB auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, 3. Aufl. Jena 1901, S. 38.

[6]) Eine gesetzliche Präsumtion wie a OR 904 und SchKG 331 Abs. 3 kennt das Übergangsrecht des ZGB nicht.

Beweispflichtigen ungünstige Rechtskonsequenz zu ziehen, d. h. das dem Beweispflichtigen ungünstigere Recht anzuwenden ist.

Nach Ostertag[7]) müsste, wenn ich recht verstehe, der Zeitbeweis von demjenigen erbracht werden, der aus der Behauptung eines bestimmten Zeitpunktes Vorteile ableitet (ZGB 8). Das scheint mir unhaltbar; denn meistens wird im Streitfall jede Partei ein anderes Datum behaupten und daraus für sich Vorteile herleiten. Z. B. klagt A gegen B aus Liegenschaftenkaufvertrag auf Zufertigung. Der Kontrakt war in Zürich schriftlich geschlossen worden, trägt aber kein Datum. A behauptet altzeitlichen Abschluss und daher Gültigkeit des Vertrages nach altem Recht (vergl. Schlt 18 Abs. 1 und zürch. Pr. GB 414). B gibt vor, es sei nach dem 31. Dezember 1911 kontrahiert worden, weshalb neues Recht anwendbar und der Vertrag mangels öffentlicher Beurkundung ungültig sei (SchlT 18 Abs. 1, neu OR 216). Beide behaupten also ein anderes Datum und beide leiten aus dem von ihnen vorgegebenen Zeitpunkt Vorteile ab. ZGB 8 kann hier nicht helfen. Wohl aber träfe nach unserer Regel die Beweislast den A.

Fragen könnte man sich höchstens, ob der Zeitpunkt einer Tatsache, soweit er intertemporalrechtlich von Belang ist, nicht ex officio zu erforschen sei. Denn da im allgemeinen[8]) die Rechtsanwendbarkeit

---

[7]) Schweizerische Juristenzeitung, Jahrg. VIII, S. 382.

[8]) Nämlich soweit das intertemporale Recht aus Kollisionsnormen besteht und nicht Parteivereinbarungen vorbehält. Parteidisposition ist daher zulässig z. B. gemäss SchlT 6, Abs. 3, in gewisser Form auch gemäss SchlT 9, Abs. 3 (Vorbehalte); ferner wo keine Kollisionsnorm vorliegt, sondern lediglich ein materieller Teilrechtsatz privatrechtlich-dispositiver Natur, wie in SchlT 11 verbunden mit ZGB 188, Abs. 1 und 2 oder in SchlT 49, Abs. 1 in fine bezüglich der Gnadenfrist. Es ist nicht einzusehen, weshalb der Gläubiger auf diese letztere nicht verzichten dürfte. Dagegen sind alle einschlägigen Kollisionsnormen von Amtes wegen zu

von Amtes wegen untersucht werden muss, läge die Annahme nicht ferne, dass auch die tatsächlichen Vorfragen des Übergangsrechtsproblems und somit insbesondere der Zeitpunkt einer Tatsache auf Initiative des Gerichtes zu bestimmen ist. Gleiches wurde ja auch im internationalen Recht bezüglich der dort einschlägigen Rechtsanwendbarkeitsvoraussetzungen (Domizil, Ort wo Sache liegt etc.) behauptet.[9]) Allein dieser Ausweg scheint ebenfalls unangängig. Erstens nämlich hat der Staat höchstens daran ein Interesse, dass die Parteien nicht entgegen der Aktenlage über die Rechtsanwendbarkeit disponieren, während es ihm gleichgültig sein kann, ob sie sich über die dem Gericht unterbreiteten Tatsachen (inkl. deren Zeitpunkt) verständigen. Infolgedessen hat er, falls der Zeitpunkt bestritten wird, mit Hinsicht auf ihn das der Verhandlungsmaxime entsprechende Beweisrecht unter Ausschluss der Offizialmaxime anzuwenden. Zweitens wäre die Untersuchungsmaxime (wie überhaupt im Zivilprozess) auch hier praktisch undurchführbar. Denn entweder würden sich die Parteien über den Zeitpunkt verständigen; dann dürfte es für den Richter schwer halten, entgegen dem Parteiwillen die „absolute Wahrheit", z. B. den Tag des Vertragsabschlusses, aufzudecken. Wären sie aber uneinig, so würde das Gericht in letzter Linie meistens doch genötigt sein, einer Partei den Beweis aufzuerlegen und bei Nichterbringung desselben zu ihren Ungunsten zu entscheiden; denn trotz der modernen Tendenz zu Gunsten der Offizialmaxime fehlen eben dem Zivilrichter zurzeit immer noch die Inquisitionsmittel des Strafprozessrechts (Arrest, Hausdurchsuchung, Beschlagnahme, Post-

---

beachten, da sie das Geltungsgebiet des objektiven Rechts regeln; vergl. BE 37 II, S. 574 E 2, 38 II 299, Abs. 2, und zum Unterschied zwischen Kollisionsnorm und materiellem Teilrechtsatz meine „Rechtsanwendbarkeitsnormen" S. 18 f.

[9]) Vergl. Zitelmann, Internationales Privatrecht I 310.

sperre etc.). Das wäre aber wieder nichts als eine verschleierte Verhandlungsmaxime.[10])

3. (Bei konnexen Tatsachen.) Diese Erörterungen genügen zur Durchführung des Trennungsprinzips, solange Tatsachen zu beurteilen sind, die sich alle entweder lediglich vor oder nur nach dem 1. Januar 1912[11]) ereignet haben, oder von denen zwar einige in die alte und andere in die neue Zeit fallen, jedoch ohne dass sie unter sich in irgendwelchem Zusammenhang stünden.

Nun gibt es aber auch zahlreiche Fälle, bei denen die vor und die nach dem 1. Januar 1912 eingetretenen Tatsachen untereinander wirtschaftlich oder juristisch eng verknüpft sind. So z. B. wenn der Erwerb einer Forderung vor, Verzug, Unmöglichwerden der Leistung, Novation, Zession, Schuldübernahme, Konfusion, Kompensation oder Erfüllung etc. etc. erst nach dem 1. Januar 1912 erfolgten. Hier erhebt sich die Frage, ob das Trennungsprinzip auf solche konnexe Tatsachen ebenfalls anzuwenden ist; ob auch hier der 1. Januar 1912 massgebend sein und eine Zerreissung der wirtschaftlich so eng zusammenhängenden Kette von Ereignissen bewirken, ob der Erwerb jener Forderung nach altem, ihre Veränderung und ihr Untergang aber nach neuem Recht beurteilt werden soll; oder ob nicht vielmehr ein und dasselbe Recht und zwar dann natürlich[12]) das bei Beginn der Tatsachenkette in Geltung gewesene, also das alte Gesetz,

---

[10]) Auf eine solche kommt es auch in der Praxis bei den Zivilprozessen mit Offizialmaxime (Ehescheidung etc.) meistens heraus. Das Ideal der offiziellen Wahrheitserforschung scheitert konstant an Parteivereinbarungen und richterlicher Geschäftsüberhäufung oder Ohnmacht.

[11]) Einfachheitshalber werden wir im folgenden immer nur diesen Zeitpunkt nennen.

[12]) Dass auf das Ende der Tatsachenkette abzustellen sei, wurde m. W. nur einmal und zwar vom zürcherischen Obergericht behauptet (Revue III, Nr. 58). Sonst aber sind die Vertreter der organischen Methode darin einig, dass es auf den Beginn ankomme.

alle diese zusammengehörenden Vorgänge zu umfassen habe. Man spricht im ersten Fall von atomistischer und im zweiten von organischer Behandlung der konnexen Tatsachen.[13])

Die organische Methode hat auf den ersten Blick etwas Bestechendes. Denn nach ihr bleibt hübsch beisammen, was seinem Zweck nach verknüpft ist. Habe ich vor 1912 eine Forderung erworben, so kann ich sie auch unter dem neuen Recht in der alten Fasson zedieren und gibt mir ein neuzeitlicher Verzug des Schuldners keine andern Ansprüche, als wenn die mora vor 1912 eingetreten wäre, u. s. f. Die organische Methode wahrt also den wirtschaftlichen und juristischen Sachzusammenhang, und wird daher von Affolter (S. 92) als das Prinzip der Gerechtigkeit, Einfachheit und Zweckmässigkeit verherrlicht.

Demgegenüber ist nun vor allem zu bemerken, dass es in praxi ausserordentlich schwer hält, das organische Prinzip durchzuführen; denn die grosse Frage ist eben: was heisst konnex, was sind zusammenhängende Tatsachen? Handelt es sich nicht um eng verbundene Handlungen, wenn ein Kaufmann vor 1912 an der Börse eingekauft hat, um anno 1913 dieselbe Ware an der Börse wieder mit Gewinn zu verkaufen, und wenn er dann, bei Verkaufsverlust im Jahr 1913, am Verkaufstag zum herabgesunkenen Preise in Erwartung einer Hausse wieder frisch einkauft? Und hängt es nicht mit meinem alterworbenen Grundeigentumsrecht sowohl juristisch wie wirtschaftlich aufs Engste zusammen, wenn mein Nachbar anno 1914 ein Haus zu nahe an unsere Grenze baut, anno 1915 ein lärmendes Gewerbe beginnt und anno 1916 von mir einen Notbrunnen verlangt? Wenn ja —,

---

[13]) Diese Terminologie stammt von Affolter, System des deutschen bürgerlichen Übergangsrechts, S. 90 und hat sich eingebürgert. Vergl. Ostertag, wie Note 7, S. 383; Kuoni, Das schweizerische Erbrecht, insbesondere das Übergangsrecht, Chur 1911, S. 35.

sollen alle diese Tatsachen, die sich noch in Ewigkeiten hinaus vermehren können, wirklich nach altem Recht bemessen werden, nur weil sie noch mit alten Tatsachen wirtschaftlich und juristisch eng verknüpft sind? Wäre eine derart langwierige Nachwirkung der alten Gesetze nicht ein unerträglicher Radschuh für das neue Rechtsleben? Und wenn nein —, aus welchem Grunde nicht? Weshalb ist den späteren Eigentumsverletzungstatsachen nicht billig, was z. B. dem neuzeitlichen Schuldnerverzug, der seit dem 1. Januar 1912 erfolgten mangelhaften Erfüllung und anderen, mein altes Forderungsrecht verletzenden Tatsachen recht ist? Es besteht kein vernünftiger Grund, jene atomistisch nach neuem und diese „organisch" nach altem Recht zu beurteilen.[14])

Die Ungewissheit darüber, was unter konnex zu verstehen ist, bringt es nun aber mit sich, dass beim organischen Prinzip von Einfachheit und Rechtssicherheit nicht die Rede sein kann. Vielmehr krankt diese Methode gerade daran, dass in der Mehrzahl aller Fälle niemand vorauszusagen vermag, ob ein Gericht gewisse Zusammenhänge anerkennen wird oder nicht.

Diesen Fehler vermeidet die atomistische Methode, die klar und scharf ein für alle Mal mit dem 1. Januar 1912 eine grosse Caesur schafft, so dass man nur das Datum einer Tatsache zu eruieren braucht, um das auf sie anwendbare Recht zu kennen. Freilich erfordert sie eine Zerreissung der Tatsachenkette, und es mag dies hart scheinen, wo es sich um neue Ereignisse handelt, die — wie z. B. die Erfüllung einer Forderung — bei der altzeitlichen Tatsache, also z. B. bei Abschluss des Kaufes, vorausgesehen wurden oder wenigstens leicht voraussehbar gewesen sind. Aber wie oft wird eine Forderung durch Tatsachen beeinflusst, die nichts weniger als erwünscht und leicht voraussehbar waren, wie z. B. Unmöglichwerden der Leistung, Verzug, Tod der einen Partei u. s. f.!

[14]) Über die Auslegung von SchlT 3 und 17 bezüglich des Eigentums siehe unten S. 60.

Meines Erachtens besteht durchaus kein „innerer" Grund, solchen neuen, unerwarteten Tatsachen noch das alte Recht angedeihen zu lassen. Übrigens ist sowohl bei den voraussehbaren wie bei den nicht voraussehbaren Tatsachen, die die Wirkung alter facta irgendwie beeinflussen, zu bedenken, dass man auf Grund gegenwärtiger Tatsachen stets nur Rechte beziehungsweise Pflichten erwirbt und nie ein ganzes, über eine Reihe zukünftiger Tatsachen sich erstreckendes „Rechtsverhältnis". Wenn ich eine Wohnung miete, so erwerbe ich diejenigen Rechte, die sich an die Tatsache des Mietvertrages knüpfen, nicht aber auch schon das ganze Mietverhältnis, d. h. alle jene Rechte und Pflichten, die in Zukunft, sei es bestimmt oder nur vielleicht, auf Grund weiterer Tatsachen entstehen können. Infolgedessen ist es durchaus nichts unnatürliches, wenn diese letzteren nach Massgabe eines anderen, neuen Gesetzes, beurteilt werden; sind es doch selbständig zu beurteilende Tatsachen, die auch unter dem alten Recht sehr wohl durch eine Spezialvereinbarung der Vertragsparteien anders geregelt und somit damals schon nach einer von dem bei Eingehung der Miete in Kraft gewesenen dispositiven Gesetzesrecht abweichenden Vorschrift (nämlich der vereinbarten Spezialbestimmung) beurteilt werden konnten.

Namentlich sprechen aber diejenigen Fälle zu gunsten der atomistischen Methode, in denen die organische Maxime direkt zu sinnlosen Ungerechtigkeiten führen müsste. So vor allem bei der Kompensation einer alten Forderung mit einer neuen. Nach organischer Auffassung wäre die Kompensation als Beendigungsgrund hinsichtlich der alten Obligation notwendiger Weise nach altem Recht zu beurteilen[15]). Damit würde aber auch der Untergang der neuen Forderung unter das alte Gesetz gestellt.

---

[15]) So in der Tat Affolter, wie Note 13, S. 313. Anders allerdings ein Entscheid der Rekurskammer des zürcherischen Obergerichts in Revue I, Nr. 29. Nicht hieher gehört der Fall, wo beide Forderungen noch unter altem Recht entstanden sind.

Der Gläubiger einer seit dem 1. Januar 1912 erworbenen Obligation müsste es sich also gefallen lassen, dass man das Erlöschen seiner Forderung, die mit dem früheren Recht rein nichts zu tun hat, nur deshalb nach altem Recht beurteilt, weil sie (vielleicht ganz gegen seinen Willen) mit einer alten Obligation, deren Schuldner er ist, verrechnet wird! Ebenso unbefriedigend ist die Anwendung der organischen Methode bei der Tilgung einer alten Schuld durch neuzeitliche Neuerung (Novation). Eine solche verfolgt gerade den Zweck, für die Zukunft reinen Tisch zu machen und mit der Vergangenheit zu brechen. Das wäre doch gewiss der beste Grund, um auf das sie begründende Geschäft neues Recht anzuwenden, um so mehr, als ja durch die Tilgung der alten Forderung eine neue ins Leben gerufen wird, die mit der alten gar nichts mehr zu tun hat und auch nichts zu schaffen haben soll. Anstatt dessen verlangt die organische Methode die Anwendung alten Rechts auf das Novationsgeschäft[16]) und bringt es damit glücklich soweit, dass die Frage, ob unter neuem Recht eine neue Forderung entstanden sei, nach altem Gesetz beantwortet wird!

Sprechen schon diese Gründe ganz allgemein für die Bevorzugung der atomistischen Methode, so ist speziell unter Berücksichtigung unseres positiven Rechts mit Gewissheit zu sagen, dass keine andere als sie massgebend sein kann. SchlT 1 Abs. 1 und 3 verlangen nämlich ganz deutlich die strikte Trennung von alten und neuen Tatsachen und das Marginale „Regel der Rückwirkung"[17]), auf das nicht genug aufmerksam gemacht werden kann, besagt vollends, dass eine Beherrschung neuer Tatsachen durch altes oder alter Tatsachen durch neues Recht prinzipiell ausgeschlossen sein soll. Insbesondere ergibt es sich aber auch — wie wir unten, S. 58 f., darlegen werden — aus SchlT 3, dass auf konnexe

[16]) So Affolter, wie Note 13, S. 309 Note 6. Anders allerdings BE 11, S. 209 E. 3 in fine.

[17]) Italienisch: „Regola della non-retroattività".

Tatsachen das Trennungsprinzip unter scharfer Durchführung der atomistischen Methode anzuwenden ist. Vorbehalten werden (in SchlT 1 Abs. 3) nur die gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen. Nirgends findet sich aber eine solche ganz allgemein zu Gunsten konnexer Tatsachen. Im Gegenteil verlangen verschiedene Spezialbestimmungen des Schlusstitels kategorisch nach atomistischer Methode, nach Auseinanderhaltung von wirtschaftlich und juristisch eng verknüpften Tatsachen alten und neuen Datums. So sind die Beziehungen zwischen vor 1912 getrauten Ehegatten bezüglich des ausserordentlichen Güterstandes, des Sondergutes und eines neuen Ehevertrages seit dem 1. Januar 1912 ganz dem neuen Recht unterworfen (SchlT 9 Abs. 1); alle diesbezüglichen neuen Tatsachen stehen also unter dem neuen Recht trotz ihres engen Zusammenhangs mit der vor 1912 begründeten Ehegüterrechtslage[18]). Ebenso hat sich die Anerkennung eines ausserehelichen Kindes durch den Vater seit dem 1. Januar 1912 stets nach neuem Recht zu vollziehen, selbst wenn die Geburt vor 1912 erfolgt war (SchlT 13 Abs. 3). Ferner stehen der Umfang der Grundpfandhaft, die Tilgung und Umänderung der Grundpfandtitel, die Grundpfandentlassung und die Sicherung des Grundpfandes seit dem 1. Januar 1912 ganz, die übrigen Rechte und Pflichten aus dem Grundpfande wenigstens insoweit das ZGB zwingende Vorschriften enthält, unter dem neuen Recht (SchlT 24—27). Vergl. ferner SchlT 35 Abs. 1 und 37.

Auch die Geschichte unseres Übergangsrechts spricht für die atomistische Methode. Denn nicht nur beruhten auf ihr schon die Artikel 882, 883, 884 Abs. 1, 891, 892, 895, 897 Abs. 2, 898 Abs. 2, 901 und 903 des alt OR, sondern auch die parlamentarischen Beratungen über SchlT 1 ergeben deutlich, dass mit diesem Artikel eine Fortführung des alten, anlässlich der Einführung des

[18]) Vergl. Giesker-Zeller, Das intertemporale eheliche Güterrecht nach dem SZGB, Bern 1912, S. 80 f.

alten Obligationenrechts eingebürgerten Prinzips direkt beabsichtigt war.[19])

Merkwürdigerweise haben es allerdings sowohl Gerichte[20]) wie Schriftsteller[21]) vor 1912 oft ignoriert, dass die atomistische Methode bei uns positiven Rechtens ist, ja sogar in neuerer Zeit zeigt sich ab und zu Widerstand[22]). Doch wurde früher und jetzt auch richtig entschieden[23]). Es wäre aber wünschbar, dass die Anerkennung auf der ganzen Linie erfolgt; denn gerade in den ebenso heiklen wie weitwirkenden Übergangsfragen ist nichts not-

[19]) Vergl. Sten. Bull. 1906 S. 1101 und 1907 S. 137. Ferner Botschaft des Bundesrates zum Entwurf des OR, von 1905 S. 64. Vergl. auch Ostertag, wie Note 7, S. 383 f.

[20]) BE 10 S. 143; 11 S. 208 f. E 3 (hinsichtlich der Zahlung), 15 S. 145 E 3 (Wirkungen eines neuzeitlichen Hauptschuldnerkonkurses auf die alte Bürgschaft nach altem Recht zu beurteilen!), 20 S. 178 f. E 6 und 507 E 3; 22 S. 1220 (alte Bürgschaft und neue Vertragsverletzungstatsachen nach altem Recht). Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen III 163 E 3, IV 103 f., 139 E 3, V 257 E 2, VI 309 E 8, XIV 103 E 1, XIX 131 E 5.

[21]) Carlin, Erörterung von SOR 882, Abs. 3, preisgekrönt, Basel 1886, S. 31 f.; Heuberger, Die zeitlichen Grenzen der Wirksamkeit des SOR, Brugg 1885, S. 88 f.

[22]) Praxis II, Nr. 127, 245 E 2, Blätter für zürch. Rechtsprechung XII, Nr. 134, S. 232/3, 235; Reichel Komm. zu SchlT 1 S. 10 f., Note 7. Zu allgemein Bühlmann, Das SZGB im Kanton Bern, S. 353, 358.

[23]) BE 10 S. 280; 11 S. 209 E 3 in fine (hinsichtlich der Novation), 12 S. 461 E 2; 14 S. 323 f. (Rechtsverhältnisse einer Kollektivgesellschaft zu Dritten), S. 343 E 5 (Bereicherungstatsachen), S. 481 f. E 2 und 3; 15 S. 604 E 2 in fine (Zession), 829 E 3 (Auslösungsvertrag), 16 S. 114/5 (alte und neue Salärquoten scharf getrennt), S. 360 f. E 4 (wichtige Rücktrittsgründe), 373 f. E 5 (dito), 17 S. 504 E 3 (Erlöschen einer alten Forderung), 19 S. 524 (alte Schuld, neue Bereicherungstatsache), 21 S. 599 (alte und neue Verletzung des Firmenrechts), S. 1177 f. E 4; 22 S. 843, 1219 E 3, Abs. 3; 25 II 559 E 2. Revue 13, Nr. 22 (Bundesgericht). Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen III 371 f. E 1, V 45 E 1, 308 E 1, VI 309 E 8—10. Von den neueren Präjudizien vergl. Praxis II, Nr. 55 (nur die neuzeitlichen Grabungen unterliegen dem ZGB). Ferner Z bern JV 1912 S. 340—342; Kuoni, wie Note 13, S. 35; Ostertag, wie Note 7, S. 383 f.

wendiger als strikte Innehaltung eines klaren, scharfen Prinzips.

4. (Bei Dauertatsachen.) Von der Frage nach der Behandlung konnexer Tatsachen streng zu trennen ist diejenige nach der übergangsrechtlichen Stellung von Dauertatsachen. Dabei handelt es sich um folgendes:

Es kommt sehr oft vor, dass eine Tatsache zeitlich nicht kurz begrenzt, sondern vielmehr von längerer Dauer ist. So z. B. die Tatsache, dass ein Gegenstand (etwa eine Nähmaschine) dem Beruf einer Ehefrau dient, oder die Tatsache der Zahlungsunfähigkeit, der Abwesenheit eines Menschen, der Gefährlichkeit einer Baute u. s. f. In all diesen Fällen handelt es sich um Tatsachen (dass die Nähmaschine im Frauenberuf verwendet wird, dass X zahlungsunfähig ist u. s. f.), die sich über längere Zeit erstrecken können oder (wie die Abwesenheit) gar schon ihrem Begriffe nach erstrecken müssen. Es ergibt sich daher des weitern die Möglichkeit, dass eine derartige Tatsache in der Herrschaftszeit des alten Rechts begann und in die des neuen hinein fortdauerte. Wie ist nun eine solche Dauertatsache zu behandeln? Drei Lösungen sind denkbar:

Entweder wird auf den Anfangstermin der Dauer des Faktums abgestellt und dementsprechend die ganze Dauertatsache, auch der in die neue Zeit fallende Abschnitt derselben, nach altem Recht beurteilt. Oder es wird umgekehrt auf den Endtermin abgestellt und daher auf das ganze Faktum, auch auf seinen vor 1912 fallenden Zeitabschnitt neues Recht angewandt. Oder endlich der Mittelweg: die Dauertatsache wird als Kette zahlloser, unter sich gleichförmiger, in jedem einzelnen Moment der ganzen Dauer verkörperter Tatsachen aufgefasst und in einen Abschnitt vor 1912 und einen nach dem 31. Dezember 1911 zerlegt, so dass jeder Abschnitt der Kette als separate Reihe behandelt werden kann, der alte Abschnitt nach altem, der neue nach neuem Recht.

Ein praktisches Beispiel soll dies erläutern:

Offizier K (Käufer) in Aarau hatte am 1. September 1911 von Offizier V (Verkäufer), ebenda, ein Pferd gutgläubig durch Kauf erworben. Am 1. Oktober 1911 klagte der angeblich rechtmässige Eigentümer des Pferdes, E, gegen K durch Zustellung der Klage[24]) auf Herausgabe des Tiers. Am 1. Juli 1912 wurde der Vindikationsprozess zu Gunsten des Klägers E (dem das Pferd vom Rechtsvorfahr des V, namens R, gestohlen worden war) entschieden (alt OR 206), und das Tier von K dem E sofort herausgegeben.

Während des Prozesses hatte aber K das Pferd in gutem Glauben, rechtmässiger Eigentümer zu sein, ziemlich stark benützt. E bewies nun in einem neuen Prozess durch Expertise eine Wertverminderung des Pferdes um 600 Franken und verlangte hiefür von K Ersatz. Zur Begründung dieser Forderung verwies E auf aarg. BGB 439, wonach der redliche Besitzer vom Moment der Rechtshängigkeit der Vindikationsklage an, „wie ein Verwalter", d. h. für omnis culpa haftet[25]), und behauptete, sowohl die Litispendenz wie der Gebrauch des Pferdes während des Prozesses hätten vor 1912 begonnen, seien daher alte Tatsachen und gemäss SchlT 1 nach aarg. BGB 439 zu beurteilen.

Demgegenüber erwiderte K: Sowohl die Litispendenz wie der schädigende Gebrauch seien Dauertatsachen gewesen und hätten erst am 1. Juli 1912, also unter dem neuen Recht, ihr Ende genommen. Um nach altem Gesetz beurteilt zu werden, hätten sie sich aber ganz vor 1912 abspielen müssen. Da diese Voraussetzung nicht erfüllt sei, handle es sich um neue Tatsachen, die gemäss SchlT 1 die Anwendung des neuen Rechts erheischen.

---

[24]) Rechtshängigkeit! Aarg. CPO v. 1900 § 113 und dazu Keller's Kommentar, 1. Aufl., S. 127.

[25]) Vergl. Keller's Kommentar zur aarg. CPO v. 1900, 1. Aufl., S. 129, N. 10.

Dieses schliesse aber in Art. 938 des ZGB eine Schadenersatzpflicht seinerseits aus.[26])

Ein Rechtsgutachten endlich entschied: Allerdings seien sowohl die Litispendenz wie der schädigende Gebrauch Dauertatsachen gewesen. Diese seien aber als Tatsachenketten zu betrachten und gemäss SchlT 1 je in einen Abschnitt vor und in einen nach dem 1. Januar 1912 zu zerlegen. Der alte Abschnitt sei nach altem, der neue nach ZGB zu beurteilen. Da jener aber zu diesem sich verhalte wie $^1/_3$ zu $^2/_3$ (der Litispendenz und des Gebrauchs) und da ferner das alte Recht den Schadenersatzanspruch auf Grund besagter Tatsachen verleihe, das ZGB aber nicht, so habe K $^1/_3$ des Schadens, also 200 Franken zu zahlen.[27])

Welche Lösung war die richtige? Hatte das Gericht auf den Moment der Rechtshängigkeit oder auf den der Prozessbeendigung oder auf den 1. Januar 1912 abzustellen?

Meines Erachtens kann der letztgenannte Weg allein gebilligt werden. Denn es lässt sich doch nicht leugnen, dass die Existenz des Prozesses und der Gebrauch des Pferdes vor wie nach Neujahr 1912 in jedem einzelnen Zeitpunkt Tatsachen waren; der ganze dreiviertel Jahre dauernde Rechtstreit und die ebensolange Benützung des Pferdes sind nicht bloss zwei Tatsachen, sondern je eine lange Reihe von vielen hundert Tatsachen, die wir eben, um ihrer zeitlich Herr zu werden, in diejenigen vor und diejenigen nach Neujahr 1912 zerlegen müssen. Haben

---

[26]) Vergl. Ostertag, Kommentar zu ZGB 938, Note 10, dessen Ansicht ich — auch abgesehen von Erläuterungen S. 815/6 — für richtig halte, da der gute Glaube durch die Klageerhebung noch nicht zerstört wird; jedenfalls ist gemäss ZGB 3 der gute und nicht der schlechte Glaube zu vermuten. Falsch daher Rossel und Mentha, Manuel du CCS II, S. 358 oben. A. A. auch E. Curti, Komm. zu ZGB 940, Note 12 und Wieland, Komm. zu ZGB 940, S. 524.

[27]) Es war bewiesen, dass der Gebrauch in jedem der neun Monate quantitativ gleich schädlich gewirkt hatte.

wir das aber getan, so verlangt SchlT 1 kategorisch, dass wir die Wirkungen der ersteren nach altem und die der letzteren nach neuem Recht beurteilen (Trennungsprinzip). Dies scheint mir zugleich auch die gerechteste Lösung zu sein. Denn einzig relevant ist sowohl wirtschaftlich wie juristisch nicht der Anfangs- oder der Endpunkt solcher Dauertatsachen, sondern die ganze Reihe als solche, die Dauer des Geschehens.

II. **Das Weiterwirkungsprinzip.**

Alte und neue Tatsachen nach altem Recht!

1. (Bedeutung.) Das Trennungsprinzip entspricht dem Gedankengang eines gerechten Biedermannes, der einerseits den Wert der Vergangenheit nicht unterschätzt, anderseits aber neuen Strömungen kein Hindernis in den Weg legen möchte, und der infolgedessen jedem Recht sein Herrschaftsgebiet unter nüchterner Betonung des ersten Januar 1912 belässt. Allein überall will das nicht passen. Unzählige Rechtsbeziehungen wurden vor 1912 angeknüpft, deren gewaltsame Zerstörung durch das neue Recht unser Gefühl verletzen würde. So namentlich in Bezug auf Ehegatten, die vor 1912 geheiratet hatten, und deren vermögensrechtliche Beziehungen stark verändert würden, wenn das neue Recht auf alle neuen Ehegüterrechtstatsachen ab Neujahr 1912 sofort angewendet werden müsste. Denn nach Trennungsprinzip wäre jeder neue Erwerb dem Güterverbindungsrecht des ZGB unterstellt, so dass selbst bei Ehen, die unter Gütergemeinschaft oder Gütereinheit geschlossen wurden, der Ehemann plötzlich bloss Verwaltung und Nutzniessung am speziell bestimmten, seit 1. Januar 1912 erworbenen Frauengut hätte. Oder man denke sich den Fall, dass jemand unter dem alten Gesetz ein dingliches Recht erwarb, das dem neuen unbekannt und daher in diesem gar nicht geregelt ist, wie z. B. das Stockwerkseigentum. Sollen nun neue Tatsachen, die nach altem Recht für

den Stockwerkseigentümer bestimmte Folgen gehabt hätten (wie z. B. Beschädigung des gemeinsamen Daches), nur deswegen, weil sie unter dem neuen Recht eintreten, gar keine Wirkung mehr zeitigen?

Um derartige allzu brüske Eingriffe des neuen Rechts zu verhindern, wurde für viele und praktisch zugleich sehr wesentliche Fälle statuiert, dass das alte Recht auch noch die Rechtswirkungen neuer Tatsachen bestimmen soll. Das Weiterwirkungsprinzip ist daher eine Konzession an die Vergangenheit, ein Stücklein Konservatismus mitten in unserer gegenwartsfrohen Gesetzespolitik.

2. (Im positiven Recht.) Dass es sich dabei nicht um eine blind konservative Tendenz, sondern nur um eine wohl abgemessene Verbeugung gegenüber der Würde des Alters handelt, kann, nachdem wir oben S. 2 festgestellt haben, dass das Trennungsprinzip den Rückgrat unseres intertemporalen Rechts bildet, nicht verwundern. Und in der Tat sind die Anwendungsfälle des Weiterwirkungsprinzip genau abgezirkelt.

Ein allgemeiner Vorbehalt zu seinen Gunsten fehlt. Nur insofern das Gesetz die Zulässigkeit dieses Grundsatzes speziell ausspricht, soll er eingreifen dürfen (SchlT 1 Abs. 3). In welchen Fällen trifft dies nun zu?

a) (Für Verträge etc.) Vor allem ergibt sich aus SchlT 3 per argumentum e contrario, dass die vor 1912 durch privates Rechtsgeschäft aufgestellten Vorschriften durch das neue Recht nicht beeinflusst werden sollen. Die alten Verträge, Statuten u. s. f. gelten daher seit Neujahr 1912 weiter und sind auch für die nach diesem Zeitpunkt eingetretenen Tatsachen massgebend. Wenn also z. B. vor 1912 zwischen Dienstherrn und Angestellten vereinbart wurde, dass der Vertrag nur auf je sechs Monate hinaus kündbar sei, so blieb diese Vorschrift auch unter der Herrschaft des ZGB in Kraft. Diese Garantie der alten privat-autonomen Satzungen gilt prinzipiell für alle Unterarten derselben, für mehrseitige wie einseitige Rechtsgeschäfte, für Verträge sogut wie für

Statuten oder Schenkungsversprechen, und ist auch im speziellen Teil des Schlusstitels für Ehegüterrechtsverträge (SchlT 10) sowie Rechtsgeschäfte über dingliche Rechte (18 Abs. 3, 25 Abs. 2, 26 Abs. 1, 30 Abs. 1) noch ausdrücklich gewährleistet. Sie entspricht nicht nur unserer schweizerischen Tradition[28]), sondern auch — was noch mehr heissen will — den praktischen Bedürfnissen des Rechtspublikums, die gebieterisch verlangen, dass zum mindesten private Abmachungen dem neuen Recht Stand halten sollen. Es wäre geradezu unerträglich gewesen, wenn die alten Verträge nur deswegen, weil sie unter altem Recht errichtet wurden, mit dem ersten Januar 1912 ihre Wirkung verloren hätten.

Immerhin ist dabei zweierlei näher zu prüfen:

a) Vor allem erhebt sich nämlich die Frage, ob lediglich die Weitergeltung der privatautonomen Vorschriften selbst statuiert worden sei, oder ob auch die Bestimmungen der alten Gesetze insofern auf neue Tatsachen weiterwirken sollen, als es sich um vor 1912 begründete Vertragsverhältnisse handelt. Folgendes Beispiel möge die Fragestellung erläutern: Im Herbst 1911 nahm ein Amerikaner für mehrere Monate Logis und Pension in einem Schweizer Hotel, wo er zugleich sein Automobil einstellte. Eine Vereinbarung über die Haftung des Hotelier für die Invekten des Gastes unterblieb. Nun wurde dessen in der Hotelgarage befindliche Wagen im Februar 1912 durch einen unbekannten Dorfbewohner böswillig beschädigt, ohne dass den Wirt und sein Personal oder den Gast und seine Leute ein Verschulden traf. Betrag des Schadens 1500 Franken. Haftete der Hotelier dem Amerikaner gemäss alt OR 486 und 488 für den ganzen Schaden, oder gemäss neu OR 490 Abs. 2 nur bis auf den Betrag von 1000 Franken? Mit andern Worten: war die neue Tatsache der Schädigung nur deshalb, weil

[28]) Vergl. BE 11 S. 83 E 3, 12 S. 193 E 2, 13 S. 239 E 3; 16 S. 363 E 4; 20 S. 179 E 7; 29 II S. 136 f. E 5. Ostertag, wie Note 7, S. 387.

sie ein altes Vertragsverhältnis betraf, noch nach altem Recht, oder war sie nach neuem Recht zu beurteilen? Wirkt nicht nur der alte Vertrag weiter fort, sondern auch das alte Gesetzesrecht?

Meines Erachtens ist die Frage zu verneinen und neues Haftungsrecht anzuwenden. Denn soweit nichts vertraglich vereinbart worden war, ist eben das Rechtsverhältnis zwischen Wirt und Gast „unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben", für welchen Fall SchlT 3 das Weiterwirkungsprinzip ganz sicher ausschliesst.[29]) Nur wenn man die Grenze zwischen „vertraglichem" und „gesetzlichem" Rechtsverhältnis schon da zieht, wo die Parteisatzung aufhört, ist sie überhaupt klar durchführbar. Würden Rechtsfolgen, die zwar ex lege entstehen, aber wirtschaftlich und juristisch mit obligationes ex contractu zusammenhängen, nur um dieses Zusammenhanges willen noch als zum vertraglichen Rechtsverhältnis gehörend betrachtet, so müssten dann auch z. B. die gesetzliche Haftung des Fabrikherrn für Unfälle seiner Angestellten, oder die gesetzliche Entstehung des Bauhandwerkerpfandrechts als „Vertragsfolgen" behandelt werden, was aber sicherlich nicht die Absicht des Gesetzgebers war, und auch schon vom Bundesgericht zurückgewiesen wurde.[30])

Nur die rechtsgeschäftliche Satzung selbst ist es also, die fortwirkt. Nicht aber gilt das alte Recht für solche neue Tatsachen weiter, die zwar lediglich wegen jenes Rechtsgeschäftes für die Parteien relevant werden, aber deren Rechtsfolgen nicht durch das Rechtsgeschäft, sondern nur durch Gesetz bestimmt sind. So verlangt es unser positives Recht (SchlT 1 und 3). Die gesetzlichen Gründe für eine seit 1. Januar 1912 erfolgende Auflösung eines alten Dienstvertrages sind

---

[29]) Über die prinzipielle Auslegung des übrigen Inhaltes von SchlT 3 s. unten S. 47 ff.

[30]) Vergl. Praxis II, Nr. 186 E 2 und BE 39 II, 774 E 2.

daher nach neuem, nicht nach altem Recht zu bemessen[31]); ebenso die gesetzlichen Gründe für die Aufhebung eines alten Verpfründungsvertrages und die gesetzlichen Folgen dieser Auflösung[32]); ebenso endlich die Folgen einer seit dem 1. Januar 1912 erfolgten Aufhebung eines alten Verlöbnisses[33]). Die Behauptung, es sei in der Doktrin und in der Gesetzgebung überwiegend anerkannt, dass das zurzeit der Eingehung des Schuldverhältnisses geltende Recht grundsätzlich für dessen gesamten Inhalt massgebend bleiben müsse (vergl. das in Note 32 zitierte Praejudiz), ist schlechtweg aktenwidrig.[34]) Insbesondere haben alt OR 882 Abs. 3 und 883 Abs. 3 das Gegenteil bestimmt. Nur bezüglich der Bedingung ist stets angenommen worden, dass, wenn die betreffende ungewisse Tatsache erst unter dem neuen Recht eintritt, nicht nur ihre vertraglichen, sondern auch ihre gesetzlichen Wirkungen noch nach altem Recht zu beurteilen sind.[35])

β) Wir haben nun die rechtsgeschäftliche Satzung von den sie ergänzenden Gesetzesvorschriften gesondert.

---

[31]) Anders Praxis II, Nr. 127.

[32]) Anders Praxis II, Nr. 245 E 2.

[33]) So auch Praxis III, Nr. 25 und Bühlmann, wie Note 22, S. 57.

[34]) Vergl. BE 10 S. 280, 15 S. 829 E 3, 16 S. 363 E 4, 19 S. 524, 21 S. 599 f. E 1, 1177 f. E 4, 22 S. 843, 1219 E 3, 1274 f., 25 II 559 E 2. Ferner Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen VI S. 309 E 8—10. Über das badische Landrecht und das sächsische BGB siehe Affolter, Geschichte des intertemporalen Privatrechts, S. 332 Note 3, 333 Note 1, 356 Note 2 und 357 Note 1; System des deutschen bürgerlichen Übergangsrechts, S. 300.

[35]) Vergl. BE 10 S. 143, 12 S. 357 E 4, 13 S. 239, 16 S. 787 f. E 4, 20 S. 114; Praxis III, Nr. 81; Ostertag, wie Note 7, S. 388, Heuberger, wie Note 21, S. 21. Eine Ausnahme hievon wurde dann wieder für altbegründete Eigentumsvorbehalte — die juristisch nichts anderes sind als bedingte Eigentumsübertragungen (vergl. Leemann, Komm. zu ZGB 715, S. 331 f.) — gemacht und zwar aus Gründen der öffentlichen Ordnung. Vergl. unten S. 42 und den Bundesratsbeschluss vom 19. Januar 1912 AS NF XXVIII, S. 87.

Es ist aber (bei allen Rechtsgeschäften) noch ein Drittes zu bedenken: nämlich die gesetzlichen Vorschriften, die die Privatautonomie selbst verleihen. Wie ist es, wenn sie durch das ZGB geändert, wenn z. B. die Grenzen der rechtsgeschäftlichen Freiheit enger gezogen wurden? Ist dann den auf Grund der alten Vertragsfreiheits-Artikel aufgebauten Privatsatzungen plötzlich der Boden entzogen worden, oder gilt das alte Rechtsgeschäft unter dem neuen Recht weiterfort, obwohl es seit dem 1. Januar 1912 gar nicht mehr abgeschlossen werden durfte?

Es hatten z. B. der Dienstherr A und der Dienstpflichtige B am 1. Oktober 1911 vereinbart, dass A auf 2, B aber nur auf 4 Wochen hinaus kündigen könne. Nach altem OR hatten sie die Freiheit, dies zu vereinbaren. Nach neu OR 347 Abs. 3 hätten sie sie nicht mehr. Ist nun die Neuerung nur für neue Vertragsabschlüsse massgebend, oder ergreift sie auch die alten? Gilt jene Verabredung noch, oder trat sie mit Neujahr 1912 ausser Kraft?

Bei Beantwortung dieser Frage muss man sich vergegenwärtigen, dass sie sich im Grunde nicht auf die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Vertragsparteien bezieht, sondern einzig auf die Voraussetzung der Vertragsvorschriften: die Vertragsfreiheit. Diese selbst kann aber gar nicht schon ein Verhältnis zwischen zwei Privaten betreffen; denn ein solches soll ja erst auf Grund der Vertragsfreiheit geschaffen werden. Vielmehr normieren alle Sätze über rechtsgeschäftliche Privatautonomie ein Verhältnis zwischen dem Staat und dem Einzelnen, nämlich bezüglich des Rechts des Privaten, Rechtsvorschriften aufzustellen.[36]) Dieses Recht (gegenüber dem

---

[36]) Ganz gleich wie es Vorschriften gibt über das Recht der Kantone, Privatrecht zu erlassen (Beispiel ZGB 472). Vergl. zu dieser ganzen Frage meine „Rechtsanwendbarkeitsnormen", Beiheft zur Rhein. Ztschr. f. Zivil- und Prozessrecht VI 3, S. 48 f., 59, 71 f., 84 f.

Staat) hatten Dienstherr und Dienstpflichtiger bezüglich der Aufstellung verschiedener Kündigungsvorschriften vor 1912 schon auf Grund ihrer blossen Geschäftsfähigkeit, also in letzter Linie wegen einer Summe persönlicher Eigenschaften (Alter, Geisteszustand etc.). Diese letztern aber sind Tatsachen gewesen[37]) und zwar, sofern es sich um die Zeit vor 1912 handelt: alte Tatsachen. Wenn nun zwei Private auf Grund solcher alter Tatsachen noch vor 1912 von einem Recht Gebrauch machten, das ihnen das alte Recht damals verlieh, so ist es nichts als die konsequente Folge unseres intertemporalen Kardinalgrundsatzes, nämlich des Trennungsprinzips (oben S. 2), dass ihnen dieses alte Recht nicht nachträglich nach neuem Recht entzogen werde. Resultat: für die Frage, ob jene Verabredung verschiedener Kündigungsfristen noch gültig sei, ist altes Recht massgebend, da es sich um die Rechtsfolge alter Tatsachen handelt: SchlT 1 Abs. 1 (Trennungsprinzip). Jene alte Vertragsbestimmung über die Kündigung gilt daher heute noch. Dagegen konnten dieselben Personen seit dem Neujahr 1912 eine derartige Vereinbarung nicht mehr treffen; denn seit diesem Zeitpunkt sind ihre persönlichen Eigenschaften, die sie noch vor 1912 zur Aufstellung der Satzung gegenüber dem Staat berechtigt hatten, neue Tatsachen[38]) und daher gemäss SchlT 1 Abs. 3 nach neuem Recht zu beurteilen, das die Autonomie verneint.[39]) Eine andere Frage ist es, ob gewisse Normen des ZGB über die Vertragsfreiheit aus speziellen Gründen rückwirkende Kraft haben (hierüber unten S. 38).

---

[37]) Vergl. diese Zeitschr. Bd. 30 S. 183 f.

[38]) Es handelt sich um Dauertatsachen, die nach unseren obigen Ausführungen zeitlich in den Abschnitt vor und den nach dem 1. Januar 1912 zu zerlegen sind.

[39]) War umgekehrt das alte Recht der Privatautonomie ungünstig, während das neue sie zulässt, so wurde ein vor 1912 abgeschlossenes, unzulässiges Geschäft durch das Inkrafttreten des neuen Rechts nicht etwa gültig. Dagegen könnten die Betreffenden das Rechtsgeschäft seit Neujahr 1912 gültig abschliessen.

Das gewonnene Resultat scheint mir auch durchaus gerecht. Wenn einmal der Staat dem Privaten eine gewisse rechtsgeschäftliche Freiheit gibt, so darf sich der Private hierauf verlassen, ohne riskieren zu müssen, dass seine auf Grund jener Freiheit aufgestellten Vorschriften nachträglich als ungültig bezeichnet werden. Was würde man sagen, wenn eine Gemeinde dem A. die Bauerlaubnis erteilen, sie nach Vollführung der Baute aber wieder entziehen und Abbruch des Hauses verlangen würde? Könnte man nicht in diesem wie in jenem Fall mit Recht (ZGB 2 u. BE 34 I S. 625, 36 I S. 566) behaupten, der Grundsatz von Treu und Glauben gelte auch für das Verhältnis zwischen den Privaten und dem Gemeinwesen?

b) (Weitere Fälle.) Die andern Anwendungsfälle des Weiterwirkungsprinzips sind zu speziell, als dass sie in dieser Abhandlung eingehend behandelt werden könnten. Eine Aufzählung genügt: Gemäss Schlt. 5 Abs. 2 gelten die Normen des alten Rechts, nach denen ein Privater handlungsfähig war, für ihn auch seit Neujahr 1912 weiter, so dass seine unter der Herrschaft des ZGB abgeschlossenen Rechtsgeschäfte nicht minder gültig sind. Ebenso wird das Ehegüterrecht gemäss SchlT 9 Abs. 1 und 2, 11 und ZGB 188 Abs. 1 teilweise beibehalten.[40]) Vergl. ferner SchlT 14 Abs. 2 in fine. Besonders wichtig ist die Fortwirkung des alten Erbrechts auf alle erbrechtlich relevanten Tatsachen (auch die seit Neujahr 1912 eingetretenen, wie etwa Ausschlagungen, Erbteilungen u. s. f.), sofern nur der Tod vor 1912 erfolgt war (SchlT 15)[41]). Aus dem Sachenrecht vergl. SchlT 17 Abs. 3, 20 Abs. 1, 23 Abs. 2, 24 Abs. 2, 25 Abs. 2, 26 Abs. 1 und 3, 28, 29 Abs. 1, 30 Abs. 1, 31 Abs. 2 Satzteil 2, 32, 44 Abs. 1 und 48 Abs. 3.

---

[40]) Vergl. Giesker-Zeller, wie Note 18, S. 71 f., 111 f., 121 f.

[41]) Vergl. das Urteil des Kantonsgerichtes St. Gallen, Schw. Jur.-Zeitung X, S. 398, sowie Praxis III, Nr. 81.

III. Das Rückwirkungsprinzip.

Neue und alte Tatsachen nach neuem Recht!

Hier sind fünf Probleme auseinanderzuhalten. Die drei ersten stellt uns der Gesetzgeber durch seine Marginalien zu SchlT 2, 3 und 4, wonach alle diese Artikel Fälle der Rückwirkung enthalten sollen. Dazu erhebt sich als viertes Problem die Frage, ob das Gesetz noch weitere Rückwirkungsfälle kennt, und als fünftes die Kontroverse über den Umfang der Rückwirkung.

Erstes Problem. Die Interpretation von SchlT 2. Nach dieser Bestimmung finden diejenigen Vorschriften des neuen Rechts, die um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt sind, sowohl auf alte wie auf neue Tatsachen Anwendung. Was heisst das?[42])

1. (Ausgangspunkt.) Eines kann jedenfalls mit Sicherheit gesagt werden: nämlich, dass SchlT 2 eine Ausnahme gegenüber dem in SchlT 1 enthaltenen Trennungsprinzip darstellt.

Es ergibt sich dies vor allem aus den Marginalien zu SchlT 1 u. 2, laut welchen der „Regel der Nichtrückwirkung" („regola della non-retroattività") die Rückwirkungsfälle nachgestellt sein sollen. Auch im Übergangsrecht zum alten OR[43]) bildete das Prinzip des ordre public — wie man den in SchlT 2 enthaltenen Grundsatz nennt — stets die Ausnahme und war damals sogar nicht einmal gesetzlich, sondern nur durch die Gerichtspraxis anerkannt. Endlich muss der Gesetzgeber bei SchlT 2

---

[42]) Vergl. hiezu Reichel, Komm. zum SchlT, S. 11 f., Ostertag, wie Note 7, S. 384 f., Bolla, Le norme transitorie generali del CCS, Berner Diss. 1909, S. 58 f.

[43]) Das in SchlT 1 enthaltene Trennungsprinzip wurde in der Schweiz von jeher als die allgemeine Hauptregel betrachtet. Vergl. OR 882, Carlin, wie Note 21, S. 6 f., 20 f., 23 f., Heuberger, wie Note 21, S. 2 f., Bolla, wie Note 42, S. 14 f. Ferner BE 37, II, 574 E. 2.

schon deshalb nur an gewisse Ausnahmefälle gedacht haben, weil ja, wenn man den SchlT 2 seinem Wortlaut nach in seiner vollen Tragweite auffassen würde, überhaupt das **ganze** neue Recht rückwirkende Kraft haben müsste; denn es gibt keine einzige gesetzliche Rechtsnorm, die nicht um der öffentlichen Ordnung im weitern Sinn willen aufgestellt wäre. Dass aber SchlT 2 nicht das diametrale Gegenteil von SchlT 1 bedeuten soll, ist wohl ohne weiteres klar.

Stellt nun SchlT 2 eine Ausnahmevorschrift dar, so ist er als solche durchweg restrictiv zu interpretieren. Hieran muss stets festgehalten werden, und es lohnt sich um so mehr, dies energisch zu betonen, als die Gerichte oft nach einer largen Anwendung des SchlT 2 hin tendieren.[44])

2. (Öffentlichrechtliche Vorschriften.) Aber „wo fass' ich dich, unendliche Natur" des öffentlichen Wohls? Wo ist die Elle, mit der wir die Interessen, aus denen das neue Recht entsprang, bemessen können?

Ich möchte unterscheiden zwischen öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Vorschriften unseres neuen Rechts, und hier von diesen beiden Gruppen die erstere vorwegnehmen.

Sobald ein Gemeinwesen öffentliches Recht, d. h. Vorschriften über das Gewaltverhältnis zwischen ihm und seinen Untertanen als solchen, aufstellt, kann man sicher sein, dass es sich um öffentliches Wohl, um die öffentliche Ordnung handelt, auch wenn der Begriff

---

[44]) Vergl. z. B. Praxis II, Nr. 107 E 2: „En outre et à teneur de l'article 2 titre final les règles établies par le CCS dans l'intérêt de l'ordre public et des bonnes moeurs sont applicables, dès le 1er janvier 1912, à tous les faits pour lesquels la loi n'a pas prévu d'exception". Vergl. ferner Rossel und Mentha, wie Note 26, II, S. 389, die von der französischen Übersetzung des ZGB ausgehen, in der das Marginale zu SchlT 1 „Regel der Nichtrückwirkung" mit „Non-rétroactivitê des lois" wiedergegeben ist! — Richtig Guhl, Z bern JV 1912, S. 531 unten und Bühlmann, wie Note 22, S. 17.

dieser letztern noch so eng zu fassen ist. Daher sind meines Erachtens jedenfalls alle öffentlichrechtlichen Normen des ZGB d'ordre public und fallen unter SchlT 2.

Dies gilt vor allem für die im ZGB enthaltenen zivilprozessualen Vorschriften[45]). So kommen z. B. die Zuständigkeitsregeln ZGB 136, 144, 312, 313 u. a. ausschliesslich zur Anwendung, auch wenn es sich um Streitigkeiten über alte Rechte handelt[46]). Ebenso natürlich Verfahrensregeln, wie ZGB 136 und 158. Auch die Normen über die Beweislast und die Vermutungen sind zivilprozessrechtlich[47]); es müssen also auch bei einer Beweisführung über alte Tatsachen Normen wie ZGB 3 Abs. 1, 8—10, 32, 196—7, 252, 255, neu OR 271 Abs. 3 etc. etc. ausschliesslich zur Anwendung gelangen[48]).

Öffentlichrechtlich sind ferner die zahlreichen im ZGB enthaltenen Vorschriften verwaltungsrechtlicher Natur, wie z. B. die Normen über die Beurkundung des Personenstandes (ZGB 39 f.), und das Güterrechtsregister (ZGB 248 f.). Dies selbst dann, wenn eine solche Vorschrift dem Fiskus ungünstig ist, wie

---

[45]) So auch Praxis II, Nr. 147, S. 284 oben.

[46]) So Praxis I, Nr. 129 betreffend SchKG 49 neue Fassung und Blätter für zürch. Rechtsprechung XII, Nr. 191 betreffend ZGB 136.

[47]) So die jetzt herrschende Lehre: Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozessrechtes I, S. 125 und die dort in Note 26 zitierten: Windscheid, Wetzell, Bar, Renaud, Menger, Ullmann, Seuffert. Ferner Hellwig, System des deutschen Zivilprozessrechtes I 468. Gaupp-Stein, Komm. zur DCPO § 282 IV 3. Auch romanische Autoren: Chiovenda, Principii di diritto processuale civile 1912, S. 782 f. Glasson-Tissier, Précis théorique et pratique de procédure civile 1908 I, S. 749. Ferner für die Schweiz: Schurter, Grundzüge des materiellen Beweisrechts in der schweizerischen Zivilprozessgesetzgebung S. 1 f. und Blätter für zürch. Rechtsprechung 1908, Nr. 140, S. 313. Anders allerdings das Bundesgericht in fast konstanter Rechtsprechung Vergl. Reichel, Komm. zu ZGB 8, S. 20.

[48]) Vergl. Sem. jud. 1912, S. 140.

etwa ZGB 42 Abs. 3 über die Haftbarkeit der Kantone gegenüber den Privaten bezüglich der Civilstandesbeamten.[49]) Denn auch eine Verpflichtung des Staates zu Gunsten des Privaten kann dem öffentlichen Wohl dienen, da eine gerechte Staatswirtschaft das prestige des Gemeinwesens von jeher besser förderte als eine blos rentable. Überdies handelt es sich dabei um Folgen der Ausübung der öffentlichen Gewalt. Auch diese Normen über die Haftung des Staates sind daher öffentlichrechtlich[50]), d'ordre public, und haben somit rückwirkende Kraft. Alte Schäden sind also nach neuem Recht zu reparieren. Ein Privater, der für einen auf Grund alter Amtshandlungen vor 1912 entstandenen Anspruch durch den Beamten persönlich nicht befriedigt worden war, kann nun nachträglich den Staat belangen, wenn dieser, wie gemäss ZGB 42 Abs. 3 die Kantone, subsidiär haftet. Es ist dies nichts als die gerechte Konsequenz aus dem Gedanken des SchlT 2, der, wie wir sehen werden, auch im Privatrecht tausenden von Privaten neue Pflichten auf Grund alter Tatsachen auferlegt. Weshalb für den

---

[49]) So auch Reichel, Komm. S. 12/13 bezüglich ZGB 42 und 427 (Haftung des Kantons gegenüber dem Bevormundeten), 849 (Haftung des Kantons für Schätzungen laut Gültrecht), 955 (für Grundbuchführung), allerdings mit wesentlicher Einschränkung auf S. 13, Note 2. Siehe hierüber unten S. 72 f.

[50]) Vergl. Fleiner, Institutionen des Verwaltungsrechts 1. Aufl., S. 233; Hauriou, Précis de droit administratif 1914, S. 495 f.; Jèze, Das Verwaltungsrecht der französischen Republik S. 441. Für die öffentlichrechtliche Natur der staatlichen Haftung wohl auch Egger, Festgabe der juristischen Fakultät der Universität Zürich für den Schweizer. Juristenverein, Zürich 1908, S. 179/180. Die Ansicht, wonach solche Bestimmungen privatrechtlicher Natur sind (vergl. Wieland Komm. zu ZGB 955, S. 538, Note 2; Jaeger Komm. z. SchKG 5, Note 6 u. a.), hat ihren Grund mehr in dem Bestreben, den Syndikatsklagen den Zivilprozessweg zu öffnen, als in einer prinzipiellen Verkennung der öffentlich-rechtlichen Natur der betreffenden Entschädigungsansprüche.

Staat etwas anderes gelten sollte,[51]) ist gerade da, wo es sich ja um das öffentliche Wohl handelt, schlechtweg unerfindlich.

Auch Vorschriften staatsrechtlicher Natur enthält das ZGB; sie sind ebenfalls als öffentlichrechtliche anzusprechen und gemäss SchlT 2 zurückwirkend. So die neueingeführten Vorbehalte zu Gunsten des kantonalen Rechts (wie ZGB 6, 10, 59 etc., neu OR 212, 236, 324) oder des Gewohnheitsrechts (wie ZGB 1 Abs. 2 Satzteil 1, 5 Abs. 2, neu OR 275 Abs. 3, 302 u. a.). Auch an die Regeln über die Gesetzesauslegung und das freie richterliche Ermessen (ZGB 1 Abs. 1, Abs. 2 in fine und Abs. 3, ZGB 4 u. a.) ist hier zu erinnern[52]). Sie alle beruhen auf ordre public.[53]) und sind daher selbst bezüglich alter Tatsachen ausschliesslich anwendbar.

Zu bemerken ist noch, dass wir nur deshalb allen diesen Bestimmungen rückwirkende Kraft beimessen, weil sie öffentlichrechtlicher Natur sind und unser positives Recht (SchlT 2) die Rückwirkung solcher Vorschriften gebieterisch verlangt. Ob im übrigen, d. h. abgesehen vom Übergangsrecht zum schweizerischen ZGB, das öffentliche Recht wirklich stets zurückwirke, müssen wir hier dahingestellt sein lassen. Es sei aber kurz angedeutet, dass ein eingehendes Studium des Übergangsrechts zum jus publicum für die grössten Gebiete des öffentlichen Rechts (Strafrecht, Prozessrecht, viele Teile des Verwaltungsrechts), wenigstens soweit die Stellung der Einzelnen gegenüber dem Gemeinwesen in Frage

---

[51]) Vergl. BE 10, S. 292/3. Es handelte sich um die intertemporale Geltung einer kantonalen Bestimmung über die Entschädigungspflicht des Staates gegenüber unschuldig Verhafteten. Obschon sogar eine Verfassungsnorm vorlag, verneinte das Bundesgericht den ordre public sowohl wie die Rückwirkung!

[52]) Über die staatsrechtliche Natur aller dieser Normen vergl. meine in Note 36 zitierte Schrift S. 75 f., 78.

[53]) So bezüglich ZGB 10: Genf, Cour de justice civile, 14 juin 1913 (in Schweiz. Jur.-Zeitung X, S. 240 und Sem. jud. 36, 6).

kommt, geradezu den Ausschluss des Rückwirkungsprinzipes ergibt.[54]) Die oft gehörte Behauptung, dass das öffentliche Recht als solches immer zurückwirke, widerspricht, jedenfalls in ihrer Allgemeinheit, dem positiven Rechtszustand.

3. (Privatrechtliche Vorschriften.) Unser neues Zivilrecht besteht aber zur Hauptsache aus privatrechtlichen Vorschriften. Wann ist anzunehmen, dass diese „um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen" aufgestellt sind?

Hier kommt nun die Ausnahmenatur des SchlT 2 voll zur Geltung. Wir müssen ein generelles Kriterium für den Unterschied zwischen den Privatrechtsnormen, die nicht d'ordre public, und denen, die es sind, auffinden. Denn sonst vernichtet SchlT 2 den Schl Γ 1.

[54]) So ist es bekanntlich ein Fundamentalgrundsatz des intertemporalen Strafrechts, dass härtere Strafnormen nie zurückwirken. Ferner neigt von den europäischen (insbesondere auch den schweizerischen) Zivilprozessordnungen die überwiegende Mehrzahl dem Prinzip zu, dass das neue Prozessrecht die pendenten Streitigkeiten nicht ergreifen soll. (Vergl. Schweiz. Jur.-Zeitung VIII 79, Note 3.) Im Verwaltungsrecht endlich werden oft sehr einschneidende Konzessionen an die vor Inkrafttreten der neuen Gesetze begründete Rechtslage Einzelner gemacht; man denke z. B. an die Entschädigungen anlässlich des Absinthverbots (Bundesgesetz vom 24. Juni 1910, Art. 4, Bundesbeschluss vom 22. Dezember 1910) und vergleiche aus den nur schon seit 1910 ergangenen verwaltungsrechtlichen Erlassen des Bundes: AS NF 1910 S. 904, 1057 (Art. 122 des Postgesetzes von 1910: „Tatsachen, welche sich vor Inkrafttreten des neuen Gesetzes ereigneten, werden nach den Bestimmungen der bisherigen Postgesetze behandelt"); 1911, S. 134, 193; 1912, S. 292, 305, 746 (Art. 108, Abs. 1); 1913, S. 43/4, 147; 1914, S. 239 (Lebensmittelverordnung von 1914, Art. 286, Abs. 1: „Für Waren, welche beim Inkrafttreten dieser Verordnung bereits in den Verkehr gebracht sind, gelten während 12 Monaten noch die bisherigen Vorschriften"). Sogar in Auslieferungsverträgen ist die Rückwirkung schon ausdrücklich ausgeschlossen worden (vergl. AS NF 1902, S. 633 f., Art. XIV und 1912, S. 123, Art. 21, Abs. 2). Vergl. ferner für die Nichtrückwirkung eines Rechtshülfekonkordats AS NF 1912, S. 621, Note und 1914, S. 25.

Dieses Kriterium ist m. E. darin zu suchen, ob der Staat mit einer privatrechtlichen Vorschrift ein öffentliches Interesse schützen wollte, das seine höchsten Güter betrifft; dessen Erfüllung zu seinen elementarsten Existenzbedingungen gehört; ohne dessen Befriedigung das Staatswohl in seinen Grundpfeilern erschüttert würde; — oder ob die betreffende Vorschrift dies alles nicht bezweckt, ob sie verletzt werden kann, ohne dass die höchsten Güter der Eidgenossenschaft in Gefahr sind, ob sie nur nebensächlichere öffentliche Interessen verfolgt. Nur dann, wenn die Nichtanwendung einer neuen Bestimmung das Staatswohl lebensgefährlich unterminieren könnte, soll selbst die Privatrechtsvorschrift um der öffentlichen Ordnung willen zurückwirken, soll sie auch alte Tatsachen ergreifen.

Dies ist nun allerdings eine starke Einschränkung des SchlT 2. Abgesehen davon aber, dass eine solche schon als durch dessen Ausnahmecharakter geboten erscheint, rechtfertigt sie sich speziell noch aus folgendem Grunde. Wenn der Staat ein Interesse hat, das er unbedingt durchsetzen will, so kann er es leicht durch Aufstellung öffentlichrechtlicher Vorschriften tun (so hat er einen grossen Teil seiner sozialpolitischen Interessen durch verwaltungsrechtliche Gesetze über Fabriken, Arbeiterversicherung etc. etc. gewahrt). Macht er aber hievon keinen Gebrauch, indem er dieselben Interessen lediglich durch Aufstellung privatrechtlicher Vorschriften, durch Statuierung von Rechten und Pflichten der Privaten untereinander verfolgt (z. B. lediglich durch entsprechende Normierung des Dienstvertrages), oder erlässt er neben den öffentlichrechtlichen Vorschriften auch noch privatrechtliche mit derselben Tendenz, so wird man zur Annahme gezwungen, dass er bei Erlass der privatrechtlichen Vorschriften hauptsächlich die Interessen der Einzelnen und nicht mehr sein eigenes, das öffentliche Interesse im Auge gehabt habe. Die Vermutung spricht

daher in diesen Fällen dafür, dass das öffentliche Wohl in den Hintergrund geschoben worden sei. Infolgedessen muss dann aber auch angenommen werden, dass privatrechtliche Vorschriften nur ganz ausnahmsweise praedestinierte Diener dieses letztern sind und zwar eben nur dann, wenn es ohne sie schlechtweg undenkbar, wenn ohne ihre Durchsetzung die Erreichung der elementarsten Staatszwecke unfehlbar in Frage gesetzt wäre.

Natürlich bedarf diese Grenzziehung noch der speziellen Ausarbeitung und ich gebe auch zu, dass es im Einzelnen schwierig genug sein mag, zu bestimmen, welche Privatrechtsnorm ein solches Kompetenzstück des Staates betreffe und welche nicht. Aber restlos werden die Zweifel bei diesem schwierigen Problem überhaupt nie gelöst werden.[55])

Um nun zu zeigen, wie man sich die Ausgestaltung des gewonnenen Unterscheidungsgrundsatzes zu denken hat, möchte ich die wichtigsten Gruppen von Privatrechtsvorschriften, die meines Erachtens unter SchlT 2 fallen, aufzählen:

a) Ein Grundpfeiler unseres Staatswohles ist vor allem die möglichst unbehinderte Willensentfaltung der Einzelpersönlichkeit. Denn die Kraft des Gemeinwesens beruht eben doch vornehmlich im Einzelnen, in der Originalität seiner Gedanken, in der Vielseitigkeit seiner Erfahrung und in der Durchbildung seines Gefühlslebens. Die Art. 4, 31, 49, 50, 55, 56, 57, 60 der Bundesverfassung bringen diese Erkenntnis genügend zum Ausdruck. Ohne Durchsetzung der aus ihr entsprungenen Rechtssätze würde sicherlich das öffentliche Wohl ernstlich gefährdet.

Hieraus folgt, dass Bestimmungen des neuen Rechts, die die Willensfreiheit, das geistige Tätigkeitsfeld des

---

[55]) Über die legislativen Hauptmotive des neuen Rechts orientiert Egger, in der Festgabe zur Einweihung der Neubauten der Zürcher Universität, 1914, S. 57 ff.

Einzelnen erweitern, unter SchlT 2 fallen und daher zurückwirken. So z. B. diejenigen Bestimmungen, die die Rechtsfähigkeit ausdehnen, wie ZGB 11 bezüglich der Ausländer.[56]) Seit Neujahr 1912 sind alle Ausländer durchweg als privatrechtsfähig zu betrachten und zwar auch bezüglich solcher Tatsachen, die sich — wie z. B. Liegenschaftenkaufverträge, Erbfälle etc. — vor jenem Zeitpunkt ereignet haben. Ferner die Vorschriften, die die Handlungsfähigkeit erweitern. Es hat meines Erachtens insbesondere der (stillschweigend) im Gesetz enthaltene Grundsatz der Vollhandlungsfähigkeit der Ehefrau rückwirkende Kraft (SchlT 5 Abs. 1); nur soweit die alten kantonalen Rechte der Handlungsfähigkeit günstiger waren als das ZGB[57]), gelten sie und nicht dieses. So SchlT 5 Abs. 2. Die Bürgschaft, die eine solothurnische Ehefrau mit Zustimmung ihres Gatten vor 1912 zu dessen Gunsten ohne Einwilligung der Vormundschaftsbehörde eingegangen hat, blieb daher auch nach Neujahr 1912 gültig. ZGB 177 Abs. 3, wonach eine vormundschaftliche Bewilligung nötig wäre, wirkt gegenüber Art. 89 des Solothurner Zivilgesetzbuchs von 1891 nicht zurück[58]).

b) Unbedingt erforderlich für die Wohlfahrt des Staates ist sodann die Entstehung und der Bestand von Familien[59]). Eine vor 1912 geschlossene

---

[56]) Es steht fest, dass ZGB 11 namentlich den Ausländern gilt. Vergl. Egger, Komm. zu Art. 11, S. 34 und die dort Zitierten; Hafter, Komm. zu Art. 11, S. 83; Bühlmann, wie Note 22, S. 29. — Wie der Text auch E. Curti, Komm. zu SchlT 2, Note 2.

[57]) Vergl. Huber, Schweiz. Privatrecht I, S. 287 f.

[58]) Vergl. auch Praxis III, Nr. 77 E 2. Dass ZGB 177, Abs. 3 die Handlungsfähigkeit der Ehefrau einschränkt, steht fest. Vergl. Praxis III, Nr. 148, S. 372, Gmür, Komm. zu ZGB 177 sub I, Egger, Komm. zu ZGB 13, S. 42. Ganz falsch ist es daher, wenn das Bundesgericht (in Praxis III, S. 374, Nr. 148 in fine) die Norm unter SchlT 2 anstatt unter SchlT 5 stellt.

[59]) So auch Rossel und Mentha, wie Note 26, II, S. 390, Reichel, Komm. zu SchlT 2, S. 12.

„Ehe", die nach altem Recht ungültig gewesen wäre, kann daher, sofern sie nach neuem Recht gültig ist, seit dessen Inkrafttreten nicht mehr für ungültig erklärt werden (SchlT 8 Abs. 3). Es wirken also die neuen Ehegültigkeitsbestimmungen zurück auch auf alte Tatsachen.[60]) Allerdings scheint damit in Widerspruch zu stehen die Norm (SchlT 8 Abs. 1), wonach auch die Scheidungsvorschriften rückwirkende Kraft haben.[61]) Denn diese begünstigen ja im allgemeinen nicht den Bestand, sondern die Auflösung der Ehen. Allein einerseits hat der Staat natürlich nur ein Interesse an der Existenz solcher Ehen, die seinem Eheideal entsprechen, und nicht am Fortbestehen blosser Möbelgemeinschaften; das sub b genannte Motiv erstreckt sich daher nicht auf scheidungsreife Ehen. Anderseits entspricht es dem sub a genannten Prinzip der freien Persönlichkeitsentfaltung, dass, selbst durch Ehebande, nicht länger aneinander gekettet sein soll, was nicht mehr zusammenpasst. Deshalb, also aus dem sub a genannten gesetzgebungspolitischen Motiv, ist die Rückwirkung der Scheidungsvorschriften vom Standpunkt des ordre public aus gerechtfertigt.

c) Das moderne Gemeinwesen bedarf sodann unbedingt einer möglichst gebildeten Bevölkerung. Die privatrechtlichen Vorschriften, die die Schweiz zur Erreichung dieses Zweckes erliess, sind daher als d'ordre public anzusprechen. ZGB 275 Abs. 2, 276, 277, 283 f., 405, 412 (über die Erziehung der Kinder etc.), 332 Abs. 2 (über die Ausbildung der Hausgenossen) und neu OR 337

---

[60]) Vorbehalten sind nur alte Nichtigkeitserklärungen, weil nach allgemein anerkannter Theorie das neue Recht vor der materiellen Rechtskraft alter Urteile stets Halt zu machen hat. Vergl. Ostertag, wie Note 7, S. 382; Heuberger, wie Note 21, S. 122 und die dortigen Zitate.

[61]) Entgegen der von Reichel, Komm. zu SchlT 2, S. 11 und S. 38 geäusserten Ansicht, dass SchlT 2 nur neue Tatsachen ergreife, hat das Bundesgericht mit Recht die Scheidungsvorschriften des ZGB stets auch auf alte Tatsachen angewandt, vergl. Praxis I, Nr. 108, 182, 210 E 2 und unten S. 74.

(über die Pflichten des Lehrmeisters bezüglich der Ausbildung des Lehrlings) haben daher schon gemäss SchlT 2[62]) rückwirkende Kraft. Ein Meister kann sich also dem Drucke von neu OR 337 nicht etwa durch Berufung darauf entziehen, dass der Lehrvertrag vor 1912 abgeschlossen worden sei.

d) Unerlässliche Basis des Staatswohles ist ferner die Gesundheit der Einwohner. Privatrechtsregeln, die diese zu fördern beabsichtigen, fallen daher ebenfalls unter SchlT 2. So beispielsweise neu OR 254 Abs. 3: es kann von einem Mietvertrag wegen Gesundheitsgefährlichkeit des Mietobjekts jederzeit zurückgetreten werden, auch wenn der Kontrakt vor 1912 geschlossen wurde, die Gefahr vor 1912 vom Mieter entdeckt und der Rücktrittsverzicht vor 1912 von ihm erklärt worden wäre. So ferner neu OR 337 Abs. 3: das prinzipielle Verbot der Nacht- und Sonntagsarbeit von Lehrlingen gilt auch für die vor 1912 begründeten Lehrverträge. Ebenso wirken zurück neu OR 339 (Schutzmassregeln und Arbeitsräume), 341 (Freizeit) etc.

e) Des Weitern sind alle Bestimmungen, die die staatliche Fürsorge hinsichtlich der Unmündigen oder Entmündigungs- und Beistandsreifen im Auge haben, als d'ordre public anzusprechen. Denn es ist unbestreitbar, dass gerade diese Tendenz das öffentliche Wohl in hervorragendem Masse interessiert, und dass nach der herrschenden Meinung die Beschützung solcher Personen zu den ersten Kulturaufgaben des modernen Staates gehört. Jedenfalls war dies der an und für sich auch sehr richtige Ausgangspunkt unseres Gesetzgebers, so dass es auf keinen Fall angehen würde, nur deswegen, weil die Verwaltungsbehörden hie und da aus dem Asyl der Schwachen eine Erholungsstätte des Fiskus machen, den einschlägigen Vorschriften die eminent staatserhaltende Eigenschaft abzusprechen.

---

[62]) Vergl. auch SchlT 12, 14.

Mit vollem Recht verleiht daher SchlT 14 dem gesamten Vormundschaftsrecht (mit einer geringfügigen Ausnahme zu Gunsten des Weiterwirkungsprinzips in 14 Abs. 3) rückwirkende Kraft.

Auch ist aus SchlT 12 Abs. 1 und 13 Abs. 1 insofern das Rückwirkungsprinzip herauszulesen, als kinderschützende Normen des ZGB in Betracht kommen. Dies trifft zu: einmal für diejenigen Bestimmungen des ZGB, die die Ehelichkeit eines Kindes gegenüber dem alten Recht begünstigen[63]). War also ein unter Verlobten erzeugtes Kind vor 1912 geboren und die Heirat seiner Eltern vor 1912 durch den Tod des Vaters (Bräutigams) vereitelt worden, so kann die gerichtliche Ehelicherklärung gemäss ZGB 260 auch jetzt noch von der Braut nachgeholt werden, selbst wenn das zurzeit der massgebenden Tatsachen in Geltung gewesene kantonale Recht (wie z. B. das zürch. PrGB 709) das Recht auf Ehelicherklärung nur dem Vater (beim Tod der Mutter), nicht der Braut gewährt hatte (Rückwirkung von ZGB 260!). Auch insofern das ZGB die verwandtschaftliche Stellung eines unehelichen Kindes gegenüber seinem Erzeuger begünstigt, sollte es zurückwirken. Dies kann wichtig sein, wenn das Kind nach dem 1. Januar 1912 geboren wird, ein Eheversprechen des Erzeugers aber noch unter altem Recht erfolgt ist. SchlT 13 Abs. 2 erlaubt keinen direkten Schluss. Wohl aber muss SchlT 13 Abs. 1 hinsichtlich ZGB 323 und 325 (Zusprechung mit Standesfolge) jedenfalls mit SchlT 2 verbunden und diesen Vorschriften daher, so weit sie dem unehelichen Kind günstiger sind als das alte Recht, rückwirkende Kraft beigelegt werden.

Ebenso ist Rückwirkung anzunehmen für alle das Pietätsverhältnis zwischen Eltern und Kindern regelnden Normen des ZGB, insbesondere also für die den Entzug

---

[63]) So auch schon BE 1, S. 105 E 6 f. Zu allgemein Bühlmann, wie Note 22, S. 118, 119.

der elterlichen Gewalt betreffenden (gewisse res judicatae nach SchlT 12 Abs. 2 vorbehalten)[64]). Einzig für das Verhältnis eines vor 1912 geborenen Unehelichen und seiner Mutter einer-, zum Erzeuger anderseits ist wegen der in SchlT 13 Abs. 2 enthaltenen Spezialbestimmung eine Ausnahme zu Gunsten des Weiterwirkungsprinzips zu machen.[65])

f) Endlich ergibt sich schon aus dem Wortlaut des SchlT. 2, dass die um der Sittlichkeit willen aufgestellten Normen des Privatrechts rückwirkende Kraft haben. Freilich muss auch hier eine restrictive Interpretation Platz greifen (vergl. oben S. 25). Das Gegenteil würde zur Umkehrung von SchlT 1 führen; denn letzten Endes sind alle Rechtssätze um der öffentlichen Sittlichkeit willen erlassen. Gemeint ist daher in SchlT 2 nicht jede irgendwie auf die „gute Gesinnung" und „innere Vervollkommnung[66]") abzielende oder abstellende Privatrechtsvorschrift, sondern nur solche Regeln des jus privatum, die die für die Existenz des Gemeinwesens unbedingt notwendige Moral schützen wollen. Hierbei möchte ich namentlich an die Redlichkeit im Verkehr und die geschlechtliche Sittlichkeit denken. Neue Normen, denen diese Ziele vorschweben, haben daher gemäss SchlT 2 rückwirkende Kraft. Für ZGB 2 (Handeln nach Treu und Glauben) ist dies bereits durch Praxis II Nr. 32, 99 und III Nr. 60 S. 344 E 2 anerkannt worden; es darf unbedenklich auch für ZGB 3 Abs. 2 angenommen werden[67]). Ferner sind hierher zu zählen ZGB 52 Abs. 3, 78, 88 betreffend die unsittlichen Personenverbindungen und Stiftungen[68]) und neu OR 21

---

[64]) So auch Bühlmann, wie Note 22, S. 17.

[65]) Vergl. Praxis II, Nr. 146, E 2.

[66]) Vergl. Stammler, Lehre vom richtigen Recht S. 76, Egger, Komm. zu ZGB 27, S. 89 f. und die dort Zitierten.

[67]) So auch E. Curti, Komm. zu SchlT 2, Note 2.

[68]) SchlT 7, Abs. 1 ist insofern einzuschränken. Allerdings werden die nach eidgenössischer Anschauung unsittlichen Personen-

(Übervorteilung)[69]), 48 (Unlauterer Wettbewerb)[70]), 352 Abs. 2 (Rücktritt vom Dienstvertrag aus wichtigen Gründen)[71]) u. a. Der Rücktritt vom Dienstvertrag z. B. kann also auch auf Grund eines vor 1912 erfolgten Verstosses gegen Treu und Glauben erfolgen.

g) Endlich ist zu betonen, dass alte privatrechtliche Rechtsgeschäfte, die gegen eine der sub a—f aufgeführten gesetzgeberischen Motive verstossen, selbst dann als nichtig zu betrachten sind, wenn sie nach altem Recht gültig gewesen wären. Denn da OR 19 Abs. 2 und 20 jene Staatsinteressen umfassen, müssen auch sie selbst, d. h. das in ihnen enthaltene Verbot der rechtsgeschäftlichen Autonomie, zurückwirken[72]). Meistens werden aber derartige Rechtsgeschäfte schon nach altem (kantonalem oder eidgenössischem) Recht nichtig gewesen sein.

4. (Einschränkung zu 2 und 3.) Bei all diesen sub 2 und 3 genannten rückwirkenden Vorschriften ist aber eine wichtige Einschränkung zu machen: Sofern nämlich die Rechtsfolge, die das alte Recht an die alte Tatsache geknüpft hat, die „öffentliche Ordnung und Sittlichkeit" mehr betonte und schützte, um dieser letzteren willen weiter ging als das neue Recht, hat eine Rückwirkung des neuen Rechts keinen Sinn. Denn das Prinzip des SchlT 2 bezweckt ja nur unbedingten Schutz gewisser öffentlicher Interessen. Verfolgte eine alte Vorschrift diese Tendenz noch besser als das neue Recht, so kann ja dies dem Staat von heute nur angenehm sein. Wir haben hierauf schon oben, S. 33, bezüglich der Handlungsfähigkeit, und S. 36

---

verbindungen etc. auch schon nach kantonalem Recht wegen Unsittlichkeit nicht existent oder wenigstens auflösbar gewesen sein. — Wie der Text auch Bühlmann, wie Note 22, S. 17.

[69]) So auch Praxis I, Nr. 272, Rossel und Mentha, wie Note 26, II, S. 390.

[70]) Anders Praxis III, Nr. 76 E II.

[71]) So auch Schweiz. Jur.-Zeitung XI, S. 26.

[72]) Vergl. Praxis III, Nr. 99 E 3.

hinsichtlich der Ehelichkeit von Kindern aufmerksam gemacht. Der Gedanke ist aber prinzipiell durchzuführen und auch schon vom Bundesgericht für einen Fall der Rückwirkung des neu OR 21 in BE 38 II 7 53 f. E. 2 bezw. Praxis I Nr. 272 S. 641/2[73]) ausgesprochen worden.

5. (Negative Konsequenz aus 3.) Nachdem wir sub 2 festgestellt haben, dass das öffentliche Recht (unter der sub 4 genannten Einschränkung) gemäss SchlT. 2 immer zurückwirkt, und nachdem wir sub 3 auch die zurückwirkenden Privatrechtsnormen kennen gelernt haben, sei noch ein gedrängter Hinweis auf einzelne Gruppen von privatrechtlichen Vorschriften, die unseres Erachtens nicht unter SchlT 2 fallen, gestattet. Es sind dies namentlich:

a) Normen, die der Gesetzgeber lediglich aus Billigkeitsrücksichten erliess. Die ausgleichende Gerechtigkeit ist etwas Schönes und wird jedem Legislator am Herzen liegen. Allein um „zwingende Erwägungen der öffentlichen Sittlichkeit oder der öffentlichen Wohlfahrt", um Interessen, ohne deren Verwirklichung das öffentliche Wohl in Gefahr geriete, handelt es sich dabei nicht. Das hat ja auch das Bundesgericht schon anerkannt[74]). Es ist daher nicht einzusehen, weshalb etwa neu OR 417 (Herabsetzung der vereinbarten aber unverhältnisnässig hohen Mäklergebühr) auf alte Mäklerverträge zurückwirken sollte; denn wenn auch das legislativpolitische Motiv dieser Bestimmung durchaus zu billigen ist, so kann doch nicht behauptet werden, eine strikte Zusprechung des verabredeten Honorars würde das Staatswohl oder die öffentliche Sittlichkeit

---

[73]) Vergl. auch Praxis I, Nr. 229 E 2 (wo der nämliche Grundsatz richtigerweise auch für das internationale Privatrecht aufgestellt wird.)

[74]) So BE 10, S. 293 für die staatliche Entschädigungspflicht gegenüber unschuldig Verurteilten und Verhafteten. Oder sollte die Billigkeit nur dann nicht d'ordre public sein, wenn sie den Fiskus belastet?

gefährden. Ebensowenig haben rückwirkende Kraft etwa noch: neu OR 29 Abs. 2 (Schadenersatzpflicht des Bedrohten), 39 Abs. 2 (Haftung des falsus procurator für positives Vertragsinteresse), 332 (betreffend Anrechnungspflicht des Dienstpflichtigen), 343 Abs. 2 und 3 (Vergütung für Erfindungen der Dienstpflichtigen), 356—360[75]) betreffend Konkurrenzverbote[76]), 391 Abs. 2 (Wiederherstellungspflicht des Verlegers), 487 Abs. 2, 490 Abs. 2 (Minimum der Haftung des Gast- und Stallwirts).

b) Ebensowenig fallen unter SchlT 2 die lediglich aus sozialem Mitleid erlassenen Normen. So begründet und wichtig dieses Motiv bei der Beratung unserer neuen Gesetze gewesen sein mag, so kann man doch nicht sagen, dass die Anwendung entgegenstehender alter Vorschriften auf alte Fälle den Ruin unseres Staatswohles bedeuten würde. Zum mindesten handelt es sich um Zweifelfälle, auf welche die Ausnahmevorschrift des SchlT 2 nicht ausgedehnt werden darf. Hierin werden wir auch durch die bundesgerichtliche Praxis in Haftpflichtsachen bestärkt, die eine Rückwirkung der neuen Haftpflichtnormen konsequent ablehnte,[77]) obschon doch gewiss gerade diese in ganz hervorragendem Masse sozialaltruistisch sind. Hat also jemand vor 1912 leichtfahrlässig Schaden gestiftet, so kann er sich meines Erachtens nicht auf den Herabsetzungsgrund des neu OR 44 Abs. 2 (Notlage des Ersatzpflichtigen) berufen. Im gleichen Sinne ist die rückwirkende Kraft abzusprechen z. B. den Artikeln neu OR113

---

[75]) Soweit sie überhaupt gegenüber dem alten in der Gerichtspraxis entwickelten Recht Neuerungen enthalten.

[76]) Anders Praxis II, Nr. 172 E 1, Nr. 182 E 2, III Nr. 99, Zbern JV 1912, S. 392, 687 und Ostertag, wie Note 7, S. 384. Dagegen wandte das Bundesgericht in BE 40 II, S. 225 f. E 4 auf einen alten Vertrag a OR 182 an.

[77]) BE 7, 834 E 2; 10, 350 E 1; 15, 599; 17, 5 E 2. Vergl. auch Eisenbahnhaftpflichtgesetz von 1905 Art. 23 und Blätter für handelsrechtl. Entscheidungen I 328, III 266 E 1.

(Anspruch des Dienstpflichtigen auf die Versicherungssumme), 159 (Lohnabzüge), 228 (Fälligkeitsvorbehalt beim Abzahlungsgeschäft), 319—362 (Dienstvertrag; ausgenommen Art. 325 Abs. 3, 337, 339, 341, 352 Abs. 2 und 362, die unter unsere Ausführungen oben S. 26 sub 2 oder 3 fallen).

c) In verschiedenen Bestimmungen suchte der Gesetzgeber auch die Vermögensintegrität der Einzelnen zu schützen, darauf hinwirkend, dass die Eingehung notorisch gefährlicher Verpflichtungen erschwert oder dass die drückende Wirkung dieser letztern erleichtert werde. So namentlich bei der Bürgschaft (in neu OR 493, 497 Abs. 3, 505 Abs. 2, 509 Abs. 2). Bezüglich der Form einer solchen ergibt sich schon aus SchlT 50, dass eine alte Bürgschaft ohne Betragsangabe trotz neu OR 493 gültig bleibt. Aber auch im übrigen ist auf die alten, für das Bürgschaftsverhältnis relevanten Tatsachen nur altes Recht anwendbar; es kann sich daher ein „alter" Bürge nicht auf neu OR 497 Abs. 3 (Voraussetzung der Mitbürgschaft), ebensowenig auf 505 Abs. 2 (Ungültigkeit eines vorherigen Verzichtes auf den Übergang der Gläubigerrechte), und auch nicht auf 509 Abs. 2 (Mitverschulden des Gläubigers) berufen, es sei denn, die massgeblichen Tatsachen (Verzicht, Mitverschulden) hätten sich nach dem 1. Januar 1912 ereignet. Ein weiteres Beispiel liefert neu OR 526 (Aufhebung eines finanziell disproportionierten Verpfründungsvertrages)[78]. — Wir werden in der Annahme, dass derartige, den Einzelnen vor sich selber schützende Normen nicht d'ordre public sind, darin bestärkt, dass das Bundesgericht seinerzeit sogar dem a OR 512 (Unklagbarkeit der Forderungen aus Spiel und Wette) jede rückwirkende Kraft absprach (vergl. BE 12 S. 461 E. 2).

---

[78]) Auch das Bundesgericht erklärt in Praxis II, Nr. 245, S. 520, dass neu OR 526 nicht unter SchlT 2 falle. (Vergl. ferner Praxis III, Nr. 77 E 3, S. 190 betr. ZGB 211, Abs. 2 (oben: „Die genannte Gesetzesstelle . . . .".)

d) Auch Vorschriften, die nur dem Interesse an der Sicherheit des Geschäftsverkehrs entsprangen, bilden, sofern es sich nicht um Normen zur Hebung der Redlichkeit handelt, keinen ordre public. Dies gilt insbesondere für die Publizitätsvorschriften.[79]) Wenn gewisse ehegüterrechtliche Verhältnisse, wenn die meisten dinglichen Rechte an Immobilien und die Eigentumsvorbehalte an Mobilien nunmehr in Register eingetragen[80]) und dadurch dem Rechtspublikum kundgetan werden müssen, so sind das gewiss sehr begrüssenswerte Anordnungen. Aber dass Wohl und Wehe der Eidgenossenschaft, dass die öffentliche Ordnung und Sittlichkeit in Gefahr geraten könnte, wenn man alte ehegüterrechtliche Verträge, alte dingliche Rechte und Eigentumsvorbehalte auch ohne Einregistrierung noch anerkennen würde, ist nicht einzusehen. Das Bundesgericht hat zwar in seiner „Zuschrift an das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement betreffend die rückwirkende Kraft der Vorschrift über die Registrierungspflicht bezüglich des Eigentumsvorbehaltes, vom 28. Dezember 1911"[81]), erklärt, dass die Publizitätsvorschriften d'ordre public seien, weil sie die Interessen von Drittpersonen wahren. Will man aber soweit gehen, dann müssten auch alle übrigen Vorschriften, die das Verkehrsvertrauen schützen, wie namentlich die Bestimmungen über die gesteigerte Haftung der Ehefrau für Mannesschulden, des Familienhauptes für seine Hausgenossen, des falsus procurator, der Gast- und Stallwirte, des geschäftsführenden Gesellschafters u. s. f., oder gar die Normen über den

---

[79]) Von diesem Gedanken gingen wohl auch Rossel und Mentha, wie Note 26, II, S. 389 aus.

[80]) Vergl. ZGB 248—251; 656 ff.; 715. Auch andere Veröffentlichungen kommen in Betracht: vergl. ZGB 167, Abs. 3.

[81]) Abgedruckt in Schweiz. Zeitschrift für Betreibungs- und Konkursrecht sowie für Zivilprozessrecht, von Keller und Wolfensberger, Bd. I, S. 42 f. Vergl. auch Blätter für zürch. Rechtspr. XII, Nr. 186.

Eigentumserwerb durch Gutgläubige rückwirkende Kraft besitzen; denn auch sie haben lediglich den Zweck, den „Dritten" vor verkehrsüblichen Überraschungen zu bewahren, und seiner Vertrauensseligkeit den Weg zu ebnen. Nirgends aber wurde diese Konsequenz gezogen[82]); im Gegenteil hat man es hinsichtlich des im neuen Ehegüterrecht vorgesehenen Gläubigerschutzes den Ehegatten durch SchlT 9 Abs. 2 sogar ermöglicht, das alte Recht durch freie Wahl beizubehalten, also für das Weiterwirkungsprinzip zu optieren. Wäre die Rücksicht auf das Publikum wirklich d'ordre public, so hätte man den Ehegatten niemals eine so weitgehende Freiheit einräumen können. Allerdings ist zuzugeben, dass in SchlT 7, 9, 10, 21 und 44 die Eintragung gewisser alterworbener Rechte als conditio sine qua non für deren Fortbestehen verlangt wird. Allein hieraus lässt sich doch nicht ableiten, dass die Publizitätsvorschriften unter SchlT 2 fallen, sondern es ist im Gegenteil anzunehmen, der Gesetzgeber habe, gerade weil er letztere nicht durch SchlT 2 gedeckt glaubte, ihre Rückwirkung in einigen speziellen Fällen angeordnet. Auch das neue Erbrecht wirkt in sehr wesentlichem Umfange zurück[83]); ebenso das neue Verjährungsrecht[84]) und die Bestimmungen über die Retention[85]). Niemandem ist es aber meines Wissens bis jetzt eingefallen, diesen Normen einen überwältigenden Staatswohlfahrtsgedanken unterzuschieben

---

[82]) Eine Ausnahme macht nur Fick in Schweiz. Jur.-Zeitung IX, S. 122, der sogar die Rechtssicherheitstendenz überhaupt unter SchlT 2 fassen will. Von diesem Standpunkt aus müsste jede Rechtsnorm d'ordre public sein.

[83]) Es finden nämlich alle Normen über Verfügungsfreiheit und Art der Verfügung auch auf alte Verfügungen Anwendung, wenn nur der Erblasser nach dem 1. Januar 1912 gestorben ist. SchlT 16, Abs. 3.

[84]) Vergl. SchlT 6, Abs. 3, 8, Abs. 3 und 49, Abs. 1, wonach durchweg der vor 1912 abgelaufene Zeitraum „anzurechnen" ist, also die Wirkungen des neuen Rechts nach sich zieht.

[85]) Vergl. SchlT 36.

und sie unter SchlT 2 zu pressen. Der Schlusstitel statuiert eben, wie noch unten, S. 69, näher gezeigt werden soll, eine ganze Anzahl von speziellen Rückwirkungsfällen, die mit SchlT 2 nichts zu tun haben, weshalb eine Erläuterung dieses letztern durch sie prinzipiell abzulehnen ist.

e) Ferner darf man nicht annehmen, dass wegen des öffentlichen Interesses an der Entstehung und am Bestand der Familien auch das ganze Familiengüterrecht rückwirkende Kraft besitze.

Hinsichtlich des Ehegüterrechts ergibt sich dies schon aus SchlT 9, wonach ja sogar dem Weiterwirkungsprinzip grosser Spielraum gewährt ist. Aber auch, soweit dieses nicht Platz greift, hat man jedenfalls nicht an das Rückwirkungs-, sondern an das Trennungsprinzip zu denken. Denn mit dem Staatsinteresse am Bestand der Ehe als solcher haben die finanziellen Beziehungen zwischen den Ehegatten rein nichts zu tun. Kommt also auch das neue Ehegüterrecht irgendwo zur Anwendung, so ergreift es jedenfalls nur die neuen und nie die alten Tatsachen. Insbesondere gilt dies auch für das Verhältnis derjenigen Ehegatten, die nicht gemäss SchlT 9 Abs. 2 optierten, zu Dritten,[86]) und für die internen Beziehungen derjenigen Eheleute, die von SchlT 9 Abs. 3 Gebrauch gemacht haben.[87]) Nur in ganz seltenen Fällen ist auch im intertemporalen Ehegüterrecht an ordre public zu denken[88]).

Auch das Güterrecht zwischen Eltern und ehelichen Kindern wird von SchlT 2 nicht erfasst. SchlT 12 Abs. 1 ist in dieser Richtung nicht an Hand von SchlT 2, sondern in Verbindung mit SchlT 1 auszulegen. Die Anzeigepflicht gemäss ZGB 291 bezieht sich daher nur auf seit dem 1. Januar 1912 eingetretene Veränderungen; ihr rückwirkende Kraft auf alle früheren Vermögensver-

---

[86]) Vergl. meine, oben Note 18 zitierte Schrift, S. 107.

[87]) Vergl. wie Note 86, S. 93 f. Anders die Anweisung des zürch. Obergerichts in Schweiz. Jur.-Zeitung IX, S. 290, Kol. 2.

[88]) Vergl. über diese, wie Note 86, S. 97, 104 und 117.

schiebungen zuzusprechen, wäre ebenso unpraktisch wie unerträglich. Umgekehrt bleiben, wo die Eltern nach kantonalem Recht (Bern Satz. 151, Aargau § 196) zur Leistung einer Aussteuer verpflichtet waren, diese hiezu verhalten, sofern sich das Kind noch vor 1912 verheiratet hatte.

Was die güterrechtlichen Beziehungen zwischen Eltern und unehelichen Kindern anbetrifft, so ist zu unterscheiden. Im Verhältnis von Kind und Mutter gilt in finanzieller Hinsicht SchlT 13 Abs. 1, verbunden mit SchlT 1 (nicht 2), da es sich dabei nicht um das öffentliche Wohl handelt. Für das Verhältnis von Mutter und Kind einer- und dem Vater anderseits aber greift die Spezialbestimmung von SchlT 13 Abs. 2 Platz, wonach das Weiterwirkungsprinzip gilt, wenn das Kind vor 1912 geboren wurde. Per argumentum e contrario ist hieraus, aber nicht aus SchlT 2, zu folgern, dass dann allerdings im umgekehrten Fall, wo das Kind seit Neujahr 1912 geboren wurde, nur neues Recht, also Rückwirkungsprinzip gilt. Musste sich also z. B. die Mutter infolge der Schwangerschaft vor 1912 einer Operation unterziehen und kam das Kind erst nach dem 1. Januar 1912 zur Welt, so hat der Vater gemäss ZGB 317 Ziff. 3 die Operationskosten zu zahlen, auch wenn er hiezu nach dem zurzeit der Operation in Geltung gewesenen kantonalen Recht nicht verpflichtet gewesen ist. Aber diese Rückwirkung des neuen Rechts ist, wie gesagt, nur wegen der Spezialnorm SchlT 13 Abs. 2, und nicht aus dem allgemeinen Gedanken des SchlT 2 heraus gerechtfertigt.

Insbesondere gilt aber auch das Trennungs- und nicht das Rückwirkungsprinzip für die Familiengemeinschaft (Unterstützungspflicht, Hausgewalt und Familienvermögen, ZGB 328—359). Denn mit dem Staatsinteresse an der Entstehung und dem Bestand der Familien als solcher haben auch diese Fragen nichts zu tun. Die Verwandtenunterstützung insbesondere — die auch nicht etwa öffentlichrechtlichen Charakter hat, da ja die armen-

rechtliche Legislative den Kantonen in vollem Umfang belassen wurde[89]) — kann sicherlich nicht als ein Grundpfeiler des öffentlichen Wohls aufgefasst werden und ist daher nicht SchlT 2, sondern SchlT 1 zu unterstellen[90]). Ebenso trifft das Familienhaupt die Sorgfalts-, Sicherstellungs- und Haftpflicht gemäss ZGB 332 Abs. 3 und 333 erst mit Rücksicht auf neue Tatsachen, und haben die Kinder ihre Ersatzforderung aus ZGB 334 lediglich für die seit Neujahr 1912 geleistete Hilfe.

f) Endlich ist noch vor dem Irrtum zu warnen, dass — wie hie und da angedeutet oder gar behauptet wird[91]) — alle zwingenden Normen des neuen Rechts als solche schon unter SchlT 2 zu subsumieren seien. Nicht überall, wo der Gesetzgeber die Vertragsfreiheit ausschliesst, schützt er damit ein unentbehrliches, ideales Staatsgut. Vielmehr kann dies nur in den Fällen angenommen werden, wo es sich um eine öffentlichrechtliche oder privatrechtliche Gesetzesvorschrift handelt, die nach unseren vorstehenden Ausführungen ordre public enthält. Ich würde daher z. B. den Artikeln 19, 20 oder 254 Abs. 3 des OR rückwirkende Kraft beimessen[92]), sehe aber nicht ein, weshalb eine alte Verabredung über die Folgen des Mieter- und Pächterverzuges[93]) (vergl. neu OR 265 Abs. 3, 293 Abs. 3) oder ein alter gesamtarbeitsvertragswidriger Einzelkontrakt (vergl. neu OR 323) nunmehr ungültig sein sollte. Bezüglich des letztgenannten Beispiels ist zwar eine Mehrheit der I. Appellationskammer des zürcherischen Obergerichts zum gegenteiligen Resultat gelangt, indem sie zur Begründung hauptsächlich ausführte, neu OR 323 wolle der „wirt-

---

[89]) Vergl. Egger, Komm. I 69.

[90]) So auch Praxis III, Nr. 6 E 1. Anders II, Nr. 107 E 2 und Reichel, Komm. z. SchlT S. 12.

[91]) Praxis I, Nr. 129, S. 307 (SchKG 49 als zwingendes Recht dem SchlT 2 unterstellt). Richtig SJZ X 158.

[92]) Vergl. oben S. 35 und 38.

[93]) Andere Ansicht in Sem. jud. 1912, S. 414.

schaftlichen Wohlfahrt der Gemeinschaft" dienen und „ordnungswidrige Zustände" beseitigen[94]). Allein mit solchen Motiven liesse sich die Rückwirkung des gesamten Zivilgesetzbuches begründen, was zweifellos nicht die Absicht des Gesetzgebers war (SchlT 1)[95]).

Zweites Problem. Die Interpretation von SchlT 3.

Vorweg auszuschalten ist hier die in SchlT 3 enthaltene Bestimmung, dass alte privatautonome Satzungen weitergelten. Wir sprachen hievon beim Weiterwirkungsprinzip (S. 18 f.).

Aber zur Behandlung steht die Frage, was darunter zu verstehen ist, wenn SchlT 3 vorschreibt, dass Rechtsverhältnisse, deren Inhalt durch das Gesetz umschrieben wird, seit dem Inkrafttreten des ZGB nach dem neuen Recht beurteilt werden müssen, auch wenn sie vor diesem Zeitpunkte begründet worden sind, und ob hiemit wirklich, wie die Marginalien sagen, ein Rückwirkungsfall aufgestellt wird. Es kommen folgende Interpretationen in Betracht:

Erste Auslegungsart. Wenn wir, mit gewöhnlicher Logik bewaffnet, an den Wortlaut des SchlT 3 herantreten, so müssen wir uns vor allem mit den Begriffen „Rechtsverhältnis" und „Inhalt eines Rechtsverhältnisses" auseinandersetzen.

Bezüglich des Begriffes „Rechtsverhältnis" ist folgendes auszuführen: Jede Rechtsanordnung knüpft Rechtsfolgen an bestimmte Tatsachen. Ich habe eine Sache beschädigt; ihr Eigentümer kann Schadenersatz von mir verlangen. A ist gestorben; ich, sein Erbe, bin Eigen-

---

[94]) Blätter für zürch. Rechtsprechung XII, Nr. 118. Eine Minderheit begründet S. 209/10 ihre gegenteilige, im Resultat dem Text entsprechende Auffassung.

[95]) Vergl. hiezu auch oben S. 26.

tümer seines Hauses geworden, u. s. f. Diese Rechtsfolgen sind aber nichts anderes, als eine Abgrenzung zwischen den Willen einzelner Rechtssubjekte[96]); der normsetzende Wille scheidet die beherrschten Willenssphären fein säuberlich von einander ab. So hat der Beschädigte ein subjektives Recht auf Schadenersatz und der Schädiger hat diesem Wollen zu gehorchen. So ist meine Willensmacht als Erbe und Eigentümer mit einem Schlage (Tod des A) Dritten (Nachbarn, dem Gemeinwesen, Mietern, Pächtern etc.) gegenüber eingeschränkt oder erweitert, jedenfalls aber abgegrenzt worden. Dieses Abgegrenztsein der sich gegenüberstehenden Willen bildet aber eben ein Verhältnis dieser Willen zu einander, und da es auf objektivem Recht beruht, ein „Rechtsverhältnis". Sieht man also näher zu, so entdeckt man, dass ein Rechtsverhältnis immer vorliegt, sobald das objektive Recht an irgend eine Tatsache eine Rechtsfolge knüpft; und da sich die Aufgabe des objektiven Rechts darin erschöpft, Tatsachen mit Rechtsfolgen zu versehen, ist notgedrungen Rechtsverhältnis stets identisch mit Rechtsfolge. Man mache die Probe und suche irgend einen Rechtssatz auf, der nicht in concreto ein Verhältnis zwischen mindestens zwei Subjekten schaffen würde!

Aber was ist nun „Inhalt eines Rechtsverhältnisses"? Ich denke, wir wollen nicht so naiv sein, uns die Rechtsverhältnisse als Luftballons oder Nüsse vorzustellen, die in eine Hülle und einen Inhalt zerfallen. Ist doch Rechtsverhältnis kein körperliches, sondern ein geistiges Ding[97]), und stellt sich uns lediglich dar als die Summe von Rechten und Pflichten mindestens zweier Rechtsubjekte zueinander. Die Frage ist daher einfach die: Welche von diesen Rechten und Pflichten gehören zum Inhalt eines Rechtsverhältnisses und welche nicht? Die Antwort scheint mir leicht. Es ist nicht einzusehen,

---

[96]) Vergl. hiezu meine in Note 36 zitierte Schrift S. 62 ff.
[97]) Vergl. diese Zeitschrift XXX, S. 190.

warum irgend ein Recht oder irgend eine Pflicht des auf Grund der Sachbeschädigung entstandenen Rechtsverhältnisses zwischen A und B nicht zu dessen Inhalt gehören sollte; bilden sie alle doch ein Ganzes. Ebenso beim Eigentum. Es wäre wohl eine grosse Überraschung für alle Eigentümer, wenn ein Jurist ihnen weis machen wollte, dass z. B. das freie Verfügungsrecht über die Sache, der Anspruch auf Zurückgabe und der auf Unterlassung von Störungen (ZGB 641) zum Inhalt seines Eigentums, das Recht auf Notweg, Notbrunnen etc. etc. aber hiezu nicht gehören sollten. Inhalt ist doch gleich der Summe aller Teile, und umgekehrt. Inhalt eines Rechtsverhältnisses ist also identisch mit der Summe aller gegenseitigen, auf Grund ein und desselben Tatbestandes erwachsenen Rechte und Pflichten zweier Rechtssubjekte. Inhalt eines Rechtsverhältnisses ist daher nichts anderes als die ganze Rechtsfolge einer Tatsache, die Summe aller einschlägigen Rechtswirkungen.

Ist das richtig, so bedeutet SchlT 3 nichts weniger und nichts mehr, als dass alle gesetzlich vorgeschriebenen Rechtsfolgen seit dem 1. Januar 1912 ausschliesslich nach ZGB zu beurteilen sind, auch wenn sich die Tatsachen, die sie voraussetzen, vor 1912 ereignet hätten. Mit andern Worten: Das ganze neue Gesetzesrecht wirkt zurück auf die alten Tatsachen!

Man drehe SchlT 3 am rein logischen Feuer solange man will, immer wird man wieder zu diesem Resultat gelangen.

Allein, diese Konsequenz ist so ungeheuerlich, dass man[98]) keinen Moment daran denken kann, sie als die vom Gesetzgeber gewollte zu akzeptieren. Bedeutet sie doch nichts anderes als die völlige Umkehrung des SchlT 1, als die totale Vernichtung des Trennungsprinzipes. Auch SchlT 2 wäre dadurch zum mindesten überflüssig gewor-

---

[98]) Obschon Rossel und Mentha, wie Note 26, II, S. 391, im Grunde genommen zu diesem Resultat gelangen.

den, da bei vollständiger Rückwirkung aller neuen Gesetzesvorschriften die Ausschliesslichkeit der um der öffentlichen Ordnung willen erlassenen sowieso inbegriffen wäre.

Dies alles liegt derart weit entfernt von den offenbaren, verbürgten und auch traditionellen Absichten des Gesetzgebers (vergl. oben S. 2 f.), dass nach einer andern Auslegung zu suchen ist.

Zweite Auslegungsart[99]). Man kann sagen: Der Gesetzgeber hat bei SchlT 3 offensichtlich an Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. VIII S. 373 f., gedacht, wo zwischen „Erwerb und Daseyn der Rechte" unterschieden wird. Er hat also den Inhalt der Rechtsverhältnisse in Gegensatz setzen wollen zum Erwerb derselben. Wie ist das durchzuführen?

Die Antwort bereitet grosse Schwierigkeit. Allerdings lassen sich aus Gründen der äusseren Systematik (z. B. zu didaktischen Zwecken oder in den Gesetzesmarginalien) die Normen eines Gesetzes über Erwerb und Inhalt der Rechte trennen. Allein dabei muss man sich doch immer vergegenwärtigen, dass diese Normen innerlich ein Ganzes bilden, und dass die Regel über den Erwerb eines Rechtes von der, welche uns den Begriff dieses Rechtes selbst gibt, unzertrennlich ist. Erwerb und Inhalt zerfallen weder zeitlich noch logisch. Sondern erworben wird eben der Inhalt; an die Erwerbstatsache ist von Gesetzeswegen der Inhalt als Folge geknüpft. Wenn A und B vor 1912 im Kanton Zürich eine Fertigung über eine Liegenschaft vollzogen, so war dieser Akt die Tatsache für die Folge: Eigentum, und zwar Eigentum im Sinne desjenigen Gesetzes, das die Tatsache der Fertigung für die Rechtsfolge „Eigentum" als massgeblich bezeichnete, also des zürcherischen Rechts.

---

[99]) Vergl. Ostertag, wie Note 7, S. 386 f.; Bolla, wie Note 42, S. 68 f.

Mit dem Moment des Eintrittes der Erwerbstatsache war daher auch deren Rechtsfolge, der Eigentumsinhalt, erzeugt, mit ein- und demselben Schlage, unzertrennlich von ihr; und dies alles kraft ein und derselben Rechtsordnung. Dass vielleicht die erforderliche Tatsache (Fertigung) in einem andern Paragraphen beschrieben wurde als ihre Rechtsfolge (Eigentum), berechtigt doch nicht, beides auseinanderzureissen und den Zusammenhang von Ursache (Fertigungsakt) und Folge (Eigentum), den zu schaffen des Gesetzgebers einziger Zweck war, wieder zu lösen.

Insbesondere ist es unmöglich, Erwerb und Inhalt mit Hinsicht auf die Rechtsanwendbarkeit zu trennen und etwa zu erklären, der Erwerb des Eigentums richte sich nach schweizerischem und sein Inhalt nach französischem Recht, oder der Erwerb nach altem und der Inhalt nach neuem Gesetz. Die Rechtsverhältnisse sind nicht Fässer, die wir nach Belieben mit altem oder neuem Wein füllen könnten. Sondern, wenn mir das alte Recht auf Grund einer bestimmten Tatsache Eigentum an einem Gegenstand verlieh, so hiess das, dass ich auf Grund dieser Tatsache eine Summe einzelner Rechte und Pflichten (gegenüber dem Gemeinwesen, den Nachbarn etc. etc.) verschiedener Art, z. B. a b c d m o r t erhielt. Diese Rechte und Pflichten hatte ich mit dem Zeitpunkt jener Tatsache erworben. Wenn nun das neue Recht den „Inhalt" meines (alten) Eigentums im Gegensatz zum Erwerb desselben regeln sollte, so hätte dies intertemporalrechtlich entweder

a) gar keine Bedeutung, nämlich in dem Falle, wo die neuen Eigentumsvorschriften den alten völlig gleich wären. Dieser Fall schaltet für Schlt. 3 aus, da das neue Eigentumsrecht mit keinem kantonalen übereinstimmt. Oder

b) die Wirkung ist die, dass an Stelle der im alten Begriff „Eigentum" enthaltenen Rechte und Pflichten abcd *m o* r *t* die vom neuen Eigentumsbegriff um-

schlossenen Ansprüche und Obliegenheiten abcd *p* s *u x* gesetzt werden, und zwar, da es sich ja um Folgen der alten Erwerbstatsache handeln soll, ex tunc, d. h. vom Zeitpunkt der Erwerbstatsache an. Damit ist aber nichts anderes statuiert, als dass die alten im Eigentum enthaltenen Rechte und Pflichten m o r t als nie entstanden zu betrachten sind und dafür die neuen Faktoren p s u x mit dem Moment der Erwerbstatsache als erworben zu gelten haben. Durch die Veränderung des Inhaltes wird daher auch über den Erwerb entschieden.[100]) Die Acquisition des alten Eigentums hat gar keine Bedeutung mehr. Was in aller Welt soll mir das alterworbene Eigentum nützen, wenn ich bezüglich der betreffenden Sache rückwirkend (ex tunc) nur diejenige Rechtstellung habe, die ich hätte, wenn ich den Gegenstand seit dem 1. Januar 1912 erworben haben würde?

Und was hier vom Eigentum gesagt wurde, gilt für alle „Rechtsverhältnisse", für sachenrechtliche sogut wie für obligationenrechtliche. Die Folge davon ist aber, dass alle Neuerungen, die das ZGB mit sich bringt, gemäss SchlT 3 prinzipiell zurückwirken müssten, sofern sie nur einen Anspruch betreffen, der vor 1912 in ähnlicher Form schon bestand. So müssten die gesetzlichen Wirkungen eines alten Mietvertragsabschlusses ex post lediglich nach neuem Recht beurteilt werden, müsste die alte unerlaubte Handlung die Ansprüche des neuen Rechts auslösen u. s. f.; denn dies alles sind doch Rechtsverhältnisse, die den alten Rechten wie dem ZGB bekannt sind, deren Inhalt das neue Gesetz verändert hat und daher vom Gesetz umschrieben ist. Da nun aber mit Ausnahme ganz weniger Neugebilde (wie Quellenrecht, Baurecht) jedes vom ZGB geregelte Rechtsverhältnis sein Analogon im alten Rechte findet und daher als solches schon vor 1912 entstanden sein konnte, wäre die letzte Konsequenz aus

---

[100]) So in der Tat Z bern JV 1913, S. 403/4.

SchlT 3 die, dass fast das ganze neue Gesetzesrecht rückwirkende Kraft besitzen müsste. SchlT 3 würde also — von den wenigen Fällen, wo es sich um den alten Rechten total unbekannte Institute handelt, sowie von den alten rechtsgeschäftlichen Satzungen selbst abgesehen — das in SchlT 1 so ausdrücklich aufgestellte Trennungsprinzip auch nach dieser zweiten Interpretationsart vollkommen aufheben.

Es ist aber ganz offensichtlich, dass der Gesetzgeber diese Konsequenz nicht gewollt hat. Denn sonst wäre SchlT 3 wahrhaftig nicht mehr bloss ein Ausnahmefall gegenüber dem Kardinalgrundsatz des SchlT 1 gewesen. Vielmehr ist wahrscheinlich[101]), dass man bei Aufstellung des SchlT 3 nur an gewisse dingliche Rechtsverhältnisse, wie Eigentum und Pfandrecht, dachte, die wir uns als allgemeine Rechtsinstitute mit von Land zu Land und von Zeit zu Zeit wechselndem „Inhalt" vorzustellen gewohnt sind.

Aber damit lässt sich einfach nicht durchkommen. Schon für das Eigentum oder das Pfandrecht wären die Konsequenzen ganz unhaltbare. So müssten Häuser, die vielleicht in den 90er Jahren in Ausübung des alten Eigentums mit Fug und Recht gebaut wurden, nunmehr abgebrochen werden, wenn sie dem neuen Recht widersprechen, müsste man für das seit Jahrzehnten abgegrabene Wasser nachträglich Schadenersatz bezahlen, wenn der Entzug heute nicht mehr zulässig wäre u. s. f. Dazu käme, dass, was für den Eigentümer gölte, auch dem Forderungsberechtigten (Käufer, Mieter, Depositar etc. etc.) nicht erspart bleiben könnte. Denn es ist schlechterdings nicht einzusehen, warum der „Inhalt" des Eigentums oder der Grundlast intertemporal anders behandelt werden sollte als der des Kaufes, der Pacht, des Auftrages etc.

---

[101]) Vergl. Sten. Bull. 1906, S. 1101, Kol. 2 oben; 1907 S. 137, Kol. 2. Offenbar haben SchlT 17 und 26 Abs. 2 vorgeschwebt und zur Generalisierung angereizt.

Man muss sich daher entscheiden, entweder SchlT 3 konsequent durchzuführen und demgemäss jene exorbitanten Resultate, insbesondere die fast vollständige Vernichtung des Trennungsprinzips, mit in den Kauf zu nehmen; oder einzugestehen, dass SchlT 3 wegen offensichtlicher Inkongruenz seines Gehaltes mit SchlT 1 in dieser Auslegungsart undurchführbar ist. Ich wähle den letzteren Weg.

Dritte Auslegungsart. Reichel stellt auf S. 15 seines Kommentars zu SchlT 3 darauf ab, dass unter Inhalt eines Rechtsverhältnisses zu verstehen seien: „seine charakteristischen Eigenschaften, durch die es sich von andern Rechtsverhältnissen unterscheidet und durch welche es zu einem Rechtsverhältnis dieser bestimmten Art gemacht wird."

Also es wies z. B. das Eigentum nach zürcherischem Privatgesetzbuch gewisse „Eigenschaften", oder, da doch unter Eigenschaften eines Rechtsverhältnisses wohl nur die dasselbe bildenden gegenseitigen Rechte und Pflichten der Beteiligten verstanden werden können, gewisse Rechte und Pflichten auf. Z. B. abcdefg. Nun kommt das neue Gesetzbuch, behält einige dieser Faktoren (z. B. freie Verfügungsgewalt über die Sache, Vindikationsrecht, Anspruch auf Unterlassung von Störungen) bei, setzt aber an Stelle der übrigen neue (z. B. Recht auf einen Notbrunnen, auf gemeinsame Quellenfassung etc.). Das neue Eigentum weist daher etwa die Faktoren abcmp xz auf.

Nach Reichel ist nun auf die charakteristischen Eigenschaften abzustellen, also auf die dem alten und dem neuen Eigentum gemeinsamen, also auf abc. Hierauf ist dann SchlT 3 anwendbar. Ich frage: Wozu brauchen wir hiefür überhaupt eine intertemporalrechtliche Vorschrift? Die Ansprüche a b und c sind ja, gerade weil dem Eigentum charakteristisch, unter altem und

neuem Recht dieselben. In Bezug auf sie ist also gar keine Rechtsänderung eingetreten. Wo aber keine Veränderung im objektiven Recht vorliegt, erübrigt sich doch auch das intertemporale Recht.[102])

Intertemporalrechtlich fallen daher einzig in Betracht die Faktoren, welche das neue Recht dem alten Eigentum nahm, sowie die, welche es dem neuen Eigentum verlieh, also einerseits defg und anderseits mpxz. Dies sind nun aber gerade die nicht charakteristischen Eigenschaften des Eigentums, da sie ja variierten. Es müsste also das Gegenteil von Reichels Regel gelten. Nur bezüglich der nicht charakteristischen Faktoren könnte SchlT 3 Platz greifen. Doch das käme wieder auf die zweite Auslegungsart hinaus.

Vierte Auslegungsart. Da die Ausdrucksweise des Schlusstitels zum ZGB im allgemeinen sicherlich an Hand der Terminologie des Hauptteiles des ZGB verstanden werden muss, wäre es denkbar[103]), unter „Inhalt" in SchlT 3 alle, aber auch nur diejenigen Vorschriften zu begreifen, die von den Gesetzesmarginalien als Normen über den „Inhalt" bezeichnet werden.

Allein diese gesetzliche Etikettierung ist, wie Reichel auf S. 14 f. seines Kommentars überzeugend dargelegt hat, so inkonsequent durchgeführt worden, dass auf sie unmöglich abgestellt werden kann. Nicht nur wird z. B. die commixtio als Erwerbsart und die inaedificatio beim Inhalt des Grundeigentums behandelt (vergl. ZGB 671 und 727), sondern es hätten auch die wichtigsten obligationenrechtlichen Rechtsverhältnisse, wie Kauf, Miete, Pacht, Leihe, Dienstvertrag, Werkvertrag etc., wenn es auf die Gesetzesmarginalien ankäme, überhaupt keinen

---

[102]) Ich definiere dieses als: Summe derjenigen Rechtsätze, die die Wirkungen von Änderungen im objektiven Recht hinsichtlich der früheren Rechtslage der Rechtssubjekte regeln.

[103]) Die Frage wird in Praxis II, Nr. 31, S. 55 Mitte alle Ernstes aufgeworfen, aber offen gelassen.

Inhalt.[104]) Ein Hinweis hierauf genügt, um die Sinnlosigkeit der vierten Auslegungsart zu beweisen.[105])

Fünfte Auslegungsart. Des Weiteren könnte man sagen, es sei bei Interpretation von SchlT 3 der Akzent nicht auf das Wort „Inhalt", sondern darauf zu legen, dass es sich um den „unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschriebenen" Inhalt handeln müsse. Dies würde zu zweierlei Ergebnissen führen:

Entweder könnte man folgern, nur soweit ein Rechtsverhältnis vor 1912 vertraglich geregelt worden sei, bleibe es vom neuen Gesetz verschont; sofern aber die Parteien sich nicht verständigt hätten, gelte neues Recht und zwar auch ex tunc, mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Das würde uns aber dazu führen, dass das neue Gesetz in seinem vollen Umfang, sowohl hinsichtlich seiner zwingenden wie seiner dispositiven Vorschriften rückwirkende Kraft hätte. Bezüglich der zwingenden — weil eine private Regulierung abweichender Natur vor ihnen nicht standhält. Und betreffend die dispositiven — weil diese ja sowieso nur zur Anwendung gelangen, wenn es an einer autonomen Satzung der Beteiligten gebricht. Würde also z. B. A im Jahr 1905 von B eine Wohnung gemietet, mit B aber lediglich den Mietpreis ausgemacht haben, so müsste zwar diese Verabredung auch in Zukunft respektiert werden, für alle übrigen Streitfragen, die über das Rechtsverhältnis zwischen A und B jemals aufgetaucht sind oder noch entstehen könnten, wäre aber — auch rückwirkend — nur das neue Recht anwendbar. Denn alles Übrige ist ja nicht mehr vom Parteiwillen, sondern vom Gesetz (und zwar auch von dessen dispositiven Normen, für den Fall mangelnder Parteivereinbarung) umschrieben worden. Das

---

[104]) Wohl aber hätten einen solchen die Schenkung und der Leibrentenvertrag!

[105]) Auch das Bundesgericht hat schon die Marginalien für unmassgeblich erklärt; vergl. Praxis II, Nr. 146 E 1 in fine.

neue Mietsvertrags-Gesetzesrecht würde daher vollumfänglich zurückwirken. Ganz gleich ginge es in allen andern Materien; jede Norm des neuen Rechts wäre retroactiv. Dass dies aber niemals die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein kann, wurde schon oben, S. 49 f., auseinandergelegt. Es ist daher zum mindesten diese Konsequenz des der fünften Interpretationsart zu Grunde liegenden Gedankens abzulehnen.

Nicht viel besser steht es aber auch mit der zweiten denkbaren Folgerung. Diese ginge dahin, dass das neue Recht immer zurückwirke, wenn es ein Rechtsverhältnis zwingend regle. Lasse es aber der privatrechtsgeschäftlichen Autonomie freien Spielraum, so gelte bei vor 1912 vorgenommenen Rechtsgeschäften noch das alte Recht weiter. Dieser Interpretation wäre nun vor allem entgegenzuhalten, dass sie gegen den klaren Wortlaut des SchlT 3 verstösst. Denn in diesem heisst es: „Rechtsverhältnisse, deren Inhalt unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben wird.“ Das ist aber etwas ganz anderes als „Rechtsverhältnisse, deren Inhalt unabhängig vom Willen des Gesetzgebers durch die Beteiligten umschrieben werden darf“, wie es nach der vorwürfigen Interpretationsart heissen müsste. Letzteres trifft nämlich lediglich die der Privatautonomie überlassenen Rechtsfragen. Der Gesetzestext aber umfasst sowohl die durch jus cogens wie die durch dispositive Normen geregelten Materien, da ja auch letztere gerade für den Fall, dass die Beteiligten sich nicht verständigt haben, also „unabhängig von ihrem Willen“ eine Lösung geben wollen. Ferner ist einzuwenden, dass, wenn SchlT 3 allen zwingenden Vorschriften des neuen Rechts hätte rückwirkende Kraft verleihen wollen, SchlT 2 total überflüssig gewesen wäre, da alle Normen des neuen Gesetzes, die um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt wurden, ganz zweifellos auch zwingender Natur sind und daher schon in SchlT 3 inbegriffen wären. Auch hätte es wohl wenig Sinn gehabt, den einfachen

Gedanken: „Alle zwingenden Vorschriften des neuen Gesetzes haben rückwirkende Kraft" in den umständlichen Wortlaut des SchlT 3 zu kleiden. Es ist daher auch dieser Interpretationsmodus entschieden abzulehnen.

Sechste Auslegungsart. Meines Erachtens bleibt schliesslich nur folgender Ausweg:

Unter Rechtsverhältnissen sind in SchlT 3 zu verstehen Komplexe von wirtschaftlich und juristisch zusammenhängenden Tatsachen. So z. B die Tatsache des Erwerbsaktes bezüglich der Liegenschaft a durch A, hernach die der Errichtung einer Baute auf a durch A, sodann die Tatsache der Erstellung eines aussichtraubenden Hauses durch den Nachbarn B auf der Liegenschaft b, und schliesslich der Verkauf der Liegenschaft a. Oder ein anderer Komplex: Dienstvertragsabschluss, Verspätung der Lohnzahlung, Schadenszufügung durch den Arbeiter, Ablauf der Kündigungsfrist, Entlassung. Es handelt sich also um sogenannte konnexe Tatsachen (vergl. hiezu oben S. 7f.).

Diese letztern können sich nun zum Teil vor, zum Teil nach dem 1. Januar 1912 ereignet haben und müssen daher je nachdem als alte oder als neue Tatsachen betrachtet werden. Dabei erhebt sich, wie wir oben gesehen haben (S. 7f.), die Frage, ob die neuzeitlichen Ereignisse um ihrer Konnexität mit den alten Tatsachen willen auch noch vom alten Recht beherrscht werden, im Style des SchlT 3 gesprochen: ob diese „Rechtsverhältnisse", weil sie vor 1912 begründet worden waren, in ihrer Totalität nach dem alten oder nach dem neuen Gesetz beurteilt werden müssen.

Die Antwort ist die: SchlT 3 sagt ganz klar, dass die „Rechtsverhältnisse" erst nach dem Inkrafttreten des ZGB, also erst nach dem 1. Januar 1912 dem neuen Recht unterworfen seien. In Verbindung mit allen übrigen Gründen, die für die Anwendung des Trennungsprinzipes auf konnexe Tatsachen sprechen (oben S. 9f.), ist daher

anzunehmen, SchlT 3 habe gerade diesen Satz sanktionieren wollen und enthalte daher nichts anderes als die Vorschrift, dass Tatsachen, die seit dem 31. Dezember 1911 eintraten, und die mit alten Tatsachen wirtschaftlich und juristisch zusammenhängen, nach neuem Recht beurteilt werden müssen (wenn nicht ihre Rechtsfolgen zum voraus schon vor 1912 durch privatautonome Satzung festgelegt worden waren). SchlT 3 bestätigt also, abgesehen von seiner Stellungnahme zu den privatrechtsgeschäftlichen Satzungen — die wir hier ja immer ausser Betracht lassen —, lediglich das Trennungsprinzip für konnexe Tatsachen.

Hiegegen lässt sich nun vor allem einwenden, dass bei dieser Auslegung SchlT 3 keinen Fall der Rückwirkung mehr statuiere. Das ist auch ganz richtig. Aber ich sehe nicht ein, weshalb wir, nur um die Marginalien zu SchlT 2 und 3 zu retten, entweder auf SchlT 1 (wegen Inkompatibilität zwischen ihm und SchlT 3), oder dann auf SchlT 3 (wegen Unmöglichkeit sinngemässer Durchführung) vollständig verzichten sollten. Mir scheint, SchlT 3 habe nach unserer Auslegung einen dem Wortlaut keineswegs widersprechenden und mit den übrigen allgemeinen Bestimmungen des Schlusstitels, namentlich aber auch mit der Haupttendenz des Gesetzgebers (Trennungsprinzip) auffallend gut harmonierenden Sinn. Dieser und nicht die Marginalien müssen daher wegleitend sein.

Auch die welschen Texte (cas réglés par la loi und rapporti giuridici) stehen nicht entgegen. Allerdings haben sich die Gesetzesautoren die Auslegung wahrscheinlich[106]) anders gedacht. Aber gemäss ZGB 1 darf dies eine sinngemässe Interpretation nicht hindern.

Nur ein Einwand ist zu fürchten. Man könnte nämlich auf SchlT 7 Abs. 1, 3 und SchlT 17 hinweisen, wo der Gesetzgeber für die Personenverbände und für das Eigen-

---

[106]) Vergl. Sten. Bull. 1906, S. 1101 und 1907, S. 137.

tum wiederum an den Unterschied von Erwerb und Inhalt eines Rechts anknüpft, und man könnte behaupten, was für diese Rechtsgebilde passe, müsse auch auf die allgemeine Regel des SchlT 3 angewandt werden können.

Allein gerade der umgekehrte Schluss ist richtig. Nicht ist SchlT 3 über den Leisten von SchlT 7 und 17 zu spannen, sondern es sind vielmehr letztere dem SchlT 3 entsprechend zu interpretieren. Insbesondere gilt dies von der intertemporalrechtlichen Behandlung des Eigentums,[107]) über die ich hier, zur Illustrierung meiner Auffassung von SchlT 3 und 17, noch kurz einige Ausführungen anschliessen möchte:

Es ist davon auszugehen, dass für das Eigentum, wie gesagt, striktes Trennungsprinzip gilt. Alte für einen Eigentümer in Betracht fallende Tatsachen haben die Wirkungen des alten, neue die Folgen des neuen Rechts. Klar ist daher vor allem, dass die Rechtswirkung einer alten Eigentumserwerbstatsache weiterbesteht: das alterworbene Eigentum ist und bleibt erworben. (SchlT 17 Abs. 1.) Für alles weitere kommen SchlT 17 Abs. 2 und 3 in Betracht. Von diesen hat nun SchlT 17 Abs. 2 nicht den Sinn, dass das ganze alterworbene Eigentum ab ovo nach neuem Recht zu beurteilen sei; denn das wäre eben zugleich eine Einwirkung auf den Erwerb der im alten Eigentum enthaltenen Ansprüche. Sondern es ergeben sich folgende Fälle:

a) Wenn es sich handelt um alterworbenes Eigentum und nur alte, d. h. also vor 1912 eingetretene Tatsachen, so ist lediglich altes Sachenrecht anwendbar (Trennungsprinzip, SchlT 1 Abs. 1).[108])

---

[107]) Vergl. hiezu auch Fick in Schweiz. Jur.-Zeitung IX, S. 120 f., dessen sonst so scharfsinnige Ausführungen es leider unterlassen, den Begriff „Inhalt eines Rechtsverhältnisses" im allgemeinen zu besprechen.

[108]) So im Resultat auch Praxis I, Nr. 139, 165, 271, II Nr. 55, 99, S. 191 Mitte, Nr. 108, III Nr. 60 E 1 und 2, Satz 1.

Z. B.: A erhielt am 1. Juli 1911 den Niessbrauch an einem zürcherischen Rebberg. Die Weinlese fand im Oktober 1911 statt. A erwarb nun Eigentum an den 11er Trauben ohne Ersatzpflicht gegenüber dem, der den Rebberg vor dem 1. Juli 1911 bestellt hatte (B). Dies gemäss zürch. PrGB § 283. Das zum Inhalt des Niessbrauchs gehörende[109]) Recht des A auf ersatzfreien Erwerb der 11er Lese richtet sich also noch nach altem Recht, weil die massgeblichen Tatsachen (Bestellung des Weinbergs, Gewinnung der Trauben) noch vor 1912 sich ereignet hatten. B konnte nicht etwa nach dem 1. Januar 1912 ex ZGB 756 Abs. 2 (wonach der Niessbraucher im entsprechenden Falle Ersatz zahlen müsste) auf Entschädigung klagen. Es findet keine Rückwirkung statt.

b) Wenn es sich um alterworbenes Eigentum und um Tatsachen handelt, die zwar vor 1912 eingetreten waren, aber über den 31. Dezember 1911 hinaus fortdauerten (Dauertatsachen, siehe oben S. 14 f.), so kommt für den alten Abschnitt der Dauertatsache altes, für den neuen aber neues Recht zur Anwendung (Trennungsprinzip auch für Dauertatsachen, SchlT 1).

Angenommen z. B., es sei seit 1910 bis heute vom Grundstück des A aus täglich eine andauernde Immission (lästiger Geruch, schädliche Rauchentwicklung etc.) auf die Liegenschaft des B ausgeübt worden, und es sei diese Einwirkung nach altem Recht zulässig gewesen, während sie nach neuem Recht verboten wäre. Die Ausübung der Immission war also eine für das Eigentum des A wie des B relevante Tatsache, die vor 1912 eingesetzt hatte und in die neue Zeit hinein fortdauerte (Dauertatsache). So weit sie nun vor 1912 fiel, ist sie nach altem, soweit sie sich aber unter dem neuen Recht ereignete, nach neuem Gesetz zu beurteilen. Es kann daher B jetzt gemäss ZGB 684 und 679 auf Unterlassung der Immission und

---

[109]) Dass es sich hiebei um „Inhalt" des Niessbrauchs handelt, ergibt sich auch aus Marginale IV zu ZGB 755/6.

Schadenersatz klagen, da ja die in diesen Gesetzesvorschriften vorausgesetzte Tatsache (Einwirkung auf das nachbarliche Eigentum) auch seit Neujahr 1912 vorgelegen hat. Nicht aber könnte B etwa behaupten, ZGB 684 und 679 wirken zurück auf die vor 1912 fallende Dauer der Immission, und es habe ihm A nachträglich für die vor 1912 abgelaufene Zeit Schadenersatz zu bezahlen.[110])

c) Stehen alterworbenes Eigentum und Tatsachen in Frage, die sich seit Neujahr 1912 ereigneten, so gilt für diese letztern ausschliesslich neues Recht (Trennungsprinzip auch für konnexe Tatsachen, SchlT 1 und 3).[111])

Z. B. A erwarb eine zürcherische Liegenschaft vor 1912. Im März 1915 nimmt sein Nachbar B Grabungen vor, die die Quellen des A beeinträchtigen. Obschon nun diese Grabungen des B das alterworbene Eigentum des A stören, kommt auf sie, weil es sich um die Rechtsfolgen neuer Tatsachen handelt, nur neues Recht (ZGB 706/707) zur Anwendung.[112])

d) Nur ausnahmsweise gilt das alte Recht nicht nur für die Folgen der alten Eigentumserwerbstatsache, sondern auch für neue Tatsachen. Dies dann, wenn es sich um Eigentumsfälle handelt, die, wie Stockwerkseigentum oder Eigentum an Bäumen auf fremdem Boden, nach neuem Recht gar nicht mehr erworben werden könnten. Für diese singulären Fälle stellt SchlT 17 Abs. 3 ausdrücklich das Weiterwirkungsprinzip (vergl. oben S. 24) auf.

Mit Ausnahme von SchlT 17 Abs. 3 gilt aber schlechtweg das Trennungsprinzip, und es führt dieses auch, wie obige Beispiele zeigen, zu einem durchaus praktischen

---

[110]) So im Resultat auch Ostertag, wie Note 7, S. 381, Kol. 2, Abs. 2.

[111]) So im Resultat auch Praxis II, Nr. 55, S. 103: erst die nach dem Inkrafttreten des ZGB vorgenommenen Grabungen richten sich nach neuem Recht.

[112]) Vergl. auch Praxis I Nr. 165 S. 381.

und gerechten Resultat. Man muss sich nur die Mühe nehmen, es reinlich und unter genauer Unterscheidung der alten und neuen Tatsachen durchzuführen.

Drittes Problem. Die Interpretation von SchlT 4.

Unter dem Marginale „Nicht erworbene Rechte" schreibt SchlT 4 vor, dass alte Tatsachen, auf deren Grund vor 1912 noch kein rechtlich geschützter Anspruch entstanden war, seit Neujahr 1912 in Bezug auf ihre Wirkung dem neuen Recht unterworfen sind. Wie ist dies zu verstehn?

Ausgangspunkt muss jedenfalls nach dem Wortlaut von SchlT 4 durchweg sein eine alte Tatsache, deren Eintritt vor 1912 **gar keinen** rechtlich geschützten Anspruch auslöste. Es darf sich also nach dem Wortlaut von SchlT 4 nicht um eine Tatsache handeln, die nach altem Recht einen andern Anspruch erzeugt hat als den, der nach neuem Recht an diese Tatsache geknüpft wäre, wenn sie sich unter neuem Recht ereignet haben würde. Die in einem westschweizerischen Kanton vor 1912 vom Grundstückeigentümer vorgenommene Quellabgrabung z. B. fällt also nicht unter SchlT 4; denn obwohl sie damals noch keinen dem ZGB 706 Abs. 2 entsprechenden nachbarrechtlichen Schadenersatzanspruch begründete[113]), hatte sie eben doch wenigstens einen Anspruch im Gefolge und zwar (nach altem kantonalen Recht) den Anspruch des Eigentümers gegenüber dem Nachbarn auf Dulden der Abgrabung. Jene alte Tatsache verlief also nicht „anspruchslos"[114]). — Ebenso können bei

[113]) Vergl. Leemann, Komm. zu ZGB 707, S. 293, Wieland ebenso S. 170, Blass, Quellen- und Brunnenrecht, S. 67.

[114]) Falsch ist daher m. E. auch das von Ostertag, wie Note 7, S. 388 in fine angeführte Beispiel von der altgesetzmässigen Baute. Die alten Grundeigentümer wären wohl sehr erstaunt, zu hören, dass sie vor 1912 nur eine spes und keinen Anspruch gegenüber dem Nachbarn auf Duldung der Baute hatten! Vergl. auch Praxis I, Nr. 139.

SchlT 4 nicht in Betracht kommen die von Reichel[115]) genannten, vor 1912 erfolgten Bauarbeiten etc. der Handwerker und Unternehmer (ZGB 837 f.). Allerdings gewährten solche Arbeitsleistungen vor 1912[116]) noch keinen „Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandes". Aber ganz sicher erwarb der Grundeigentümer[117]) durch sie das volle Eigentum am eingebauten Material, ferner, soweit er mit den Arbeitern kontrahiert hatte, Ansprüche gegen diese wegen eventueller mangelhafter Vertragserfüllung; umgekehrt erwarben die Leistenden gegen den Besteller die Ansprüche aus der Erfüllung etc. etc. Es kann also keine Rede davon sein, dass solche Lieferungen „anspruchslose" Tatsachen gewesen wären. Abgesehen von diesem Ausgangspunkte gibt nun aber SchlT 4 zu zwei verschiedenen Interpretationen Anlass:

Erste Auslegungsart. Man kann SchlT 4 beim Wort nehmen und, ebenso kategorisch wie er, die Anwendung des neuen Rechts auf alle alten, weiland rechtsirrelevanten Tatsachen verlangen.

Z. B.: Der Student A hatte anno 1905 bei B in Zürich Pension und Logis genommen. Am 15. Juli gleichen Jahres entstand durch Zufall oder höhere Gewalt (Kurzschluss) im Zimmer des A ein Zimmerbrand, dem einige wertvolle Bücher des A zum Opfer fielen. Mobiliarversicherungen waren weder von A noch von B (im Interesse des A) geschlossen worden. Eines ist klar: die Zerstörung jener Bücher war eine Tatsache, die nach altem Recht absolut keinen Anspruch erzeugte. Nach obiger Ansicht müsste daher gemäss SchlT 4 das neue Recht auf sie Anwendung finden. Also Rückwirkung von ZGB 332 Abs. 3 auf jene alte Tatsache. Resultat: A konnte seit dem

---

[115]) Kommentar zu SchlT 4, S. 16.

[116]) So viel mir bekannt ist, in allen Kantonen, jedenfalls in der weitaus grössten Zahl derselben.

[117]) Ausgenommen bei Stockwerkseigentum und ähnlichen Rechtsverhältnissen.

1. Januar 1912 nachträglich den B auf Schadenersatz belangen, da nach dem neuen Recht das Familienhaupt zur Sicherstellung der Illaten des Hausgenossen verpflichtet ist! Diese Konsequenz erscheint, wenn man obiger Ansicht huldigt, als unabweislich. Insbesondere kann auch nicht eingewendet werden, die Forderung des A sei verjährt; denn abgesehen davon, dass nur eine zehnjährige Frist in Betracht käme, die also frühestens am 15. Juli 1915 ablaufen würde, ist es klar, dass die Verjährung eines Anspruches, der erst seit dem 1. Januar 1912 (wenn auch rückwirkend!) gegeben war, nicht vor diesem Zeitpunkt beginnen konnte.

Oder: X in Zürich wohnte auch nach seiner anno 1900 eingetretenen Volljährigkeit bei seinem Vater Y, einem Bauern, dem er fortwährend bei der Arbeit half. Man beachte, dass die bis 1912 erfolgten Arbeitsleistungen des X (alte) Tatsachen waren, die in keiner Weise einen Rechtsanspruch erzeugten. Nun wird Y am 1. Oktober 1915 gepfändet. Kann X sich auf ZGB 334 Abs. 1 berufen und auch für die vor 1912 geleistete Arbeit den entsprechenden Entgelt verlangen? Die Frage ist vom Standpunkt der ersten Auslegungsart aus zu bejahen. Denn es handelte sich um alte irrelevante Tatsachen, auf die das ZGB zurückzuwirken hat!

Schon diese Beispiele zeigen meines Erachtens klar, dass der Gesetzgeber mit SchlT 4 keinen solch exorbitanten Sinn verbinden wollte. Wäre doch die Folge davon die, dass weit, weit zurückliegende Tatsachen, nur weil sie zur Zeit ihres Eintrittes keine Rechtsfolgen nach sich gezogen haben, mit dem 1. Januar 1912 plötzlich relevant würden.

Dazu käme, dass bei dieser Interpretation auf ein ganz unsicheres, von Fall zu Fall schwankendes Kriterium abgestellt werden müsste. Konnte doch ganz gut ein und dieselbe Tatsache unter ein und demselben kantonalen Rechte das eine Mal Ansprüche erzeugen und das andere Mal nicht; z. B. wenn sie sich das eine Mal allein, das

andere im Verein mit anderen Tatsachen ereignete. Hätte z. B. A jene wertvollen Bücher nur bei sich im Depot und ohne Einwilligung des Hinterlegers im Gebrauch (z. B. auf dem Schreibtisch statt im Koffer auf dem Estrich liegen) gehabt, so wäre durch die Zerstörung ein Anspruch des letztern gegen A auf Schadenersatz entstanden (alt OR 476 Abs. 2). Die Zerstörungstatsache würde nun also ausserhalb SchlT 4 stehen und eine Rückwirkung des ZGB fände nicht statt!

Auch würde das ZGB nicht in allen Kantonen gleichmässig zurückwirken, da die nämliche Tatsache hier irrelevant und dort erheblich gewesen sein konnte.

Endlich könnte dieser Auslegungsmodus zu schreienden Ungerechtigkeiten führen. Man denke nur: Wenn unser Bauernsohn X in die Fabrik gegangen und statt persönlicher Dienste dem Vater jeweilen seinen „Zahltag" zugewendet hätte, so wären diese Zuwendungen Tatsachen gewesen, die Ansprüche erzeugt hätten (nämlich das Eigentum des Y am Gelde), so dass in diesem Fall eine Rückwirkung und somit eine Ersatzforderung des Sohnes ex ZGB 334 ausgeschlossen wäre!

Hieraus folgt meines Erachtens ohne Zweifel, dass man den Wortlaut des SchlT 4 nicht ernst nehmen darf. Sehen wir uns daher, gestützt auf ZGB 1, nach einer besseren Lösung um.

Zweite Auslegungsart. Die richtige Interpretation scheint mir folgende zu sein:

Der Gesetzgeber dachte bei SchlT 4 nicht an alle, früher rechtsunerheblichen Tatsachen, sondern nur an die, welche zwar keinen Anspruch, wohl aber eine Hoffnung auf den Erwerb eines solchen gegeben haben.

Eine solche hoffnungsvolle Tatsache war es z. B., wenn N am 1. Oktober 1910 zu Gunsten des R ein Testament nach bernischem Recht machte. Einen Rechtsanspruch erwarb durch diese Handlung noch niemand; wohl aber freute sich R im Stillen und rechnete damit,

dass ihm dereinst beim Tode des N nach dessen (vor bernischem Recht gültigen) Testament ein hübsches Vermögen zufallen werde.

Die intertemporale Frage, welche sich an eine solche hoffnungsvolle Tatsache knüpft, ist nun die, ob das neue Recht die alte spes respektieren muss, oder ob es vor ihr nicht Halt zu machen braucht. In unserm Beispiel gesprochen: ob R unter allen Umständen auf jenes alte Testament und das bernische Gesetz pochen kann, oder ob das neue Recht jenes Testament ex post für ungültig erklären und die Anwartschaft des R vereiteln darf.

Das ist das Problem, das SchlT 4 behandeln und das er in der letztern Alternative bejahen wollte. Nach SchlT 4 kann sich also R nicht auf das bernische Recht berufen, kann eine alte Hoffnung der Herrschaft des ZGB keine Schranken setzen. SchlT 4 bedeutet daher: Niemand hat ein Recht darauf, dass seine Hoffnungen, die er aus dem alten Gesetz ableitete, unter der Herrschaft des ZGB erfüllt werden.

Mehr will SchlT 4 nicht sagen. Insbesondere darf man nicht aus seiner positiven Formulierung herleiten, dass nun alle alten Tatsachen, an die jemand nach altem Recht Hoffnungen knüpfte, gemäss SchlT 4 nach ZGB beurteilt werden müssen. Vielmehr wollte SchlT 4 nur für den Fall, dass das neue Recht in irgend einer Weise auf alte Anwartschaften einwirkt, die Berufung auf jene alte Hoffnung ausschliessen, nicht aber die Zerstörung jeder alten spes vorschreiben. Dies zeigt sich denn auch gerade bei der intertemporalen Behandlung der Testamente. Starb der Erblasser vor 1912, so blieben sie in allen Beziehungen nach altem Recht giltig und also auch für einen erst nach Neujahr 1912 entstandenen Erbenstreit massgebend. Nur wenn der Erblasser seit dem 1. Januar 1912 verschied, war seine Verfügung von Todes wegen bezüglich der Verfügungsfreiheit und der Art der Verfügung ausschliesslich nach neuem Recht zu beurteilen (SchlT 16 Abs. 3). Nur wenn N nach Neujahr

1912 gestorben ist, kommt also für die Rechtslage des R SchlT 4 zur Anwendung.

Sowenig nun auch diese Auslegung mit dem Wortlaut des SchlT 4 harmoniert, so gewiss ist sie doch richtig. Es erhellt dies vor allem aus den Gesetzesmaterialien.[118]) Die Berichterstatter erklärten alle, dass SchlT 4 besagen wolle, „blosse Aussichten auf gewissen Erwerb" (Huber) „expectative et non pas un droit acquis" (Gottofrey), „blosse Anwartschaften, wie namentlich Erbanwartschaften" brauchen vom ZGB nicht geschont zu werden. Auch wurde mehrmals[119]) hervorgehoben, dass SchlT 1—4 „allgemein anerkannte" intertemporale Regeln enthalte. Soll dies nun bezüglich SchlT 4 zutreffen, so konnte mit ihm nur die Lehre von der Zerstörbarkeit alter Hoffnungen gemeint sein; denn von den in Betracht fallenden Gedanken des SchlT 4 ist dieser allein in der Doktrin, wenn auch nicht allgemein, so doch in hohem Masse aufgenommen worden. Insbesondere hat ihn Savigny, an dessen Lehre unser Gesetzgeber wiederholt anknüpfte, durchgeführt.[120]) Die Richtigkeit der zweiten Auslegungsart lässt sich übrigens doch auch mit dem Wortlaut von SchlT 4 vereinbaren. Es fällt nämlich auf, dass ausdrücklich von Tatsachen gesprochen wird, „durch die zurzeit des Inkrafttretens des neuen Rechts ein rechtlich geschützter Anspruch nicht begründet gewesen ist". Weshalb diese umständliche Formulierung, wo es doch für die erste Auslegungsart genügt hätte, zu sagen: „Tatsachen, die unter der Herrschaft des bisherigen Rechtes, ohne einen Anspruch zu begründen, eingetreten sind,

---

[118]) Vergl. zum folgenden Sten. Bull. 1906, S. 1097, 1101; 1907, S. 137.

[119]) So von Huber, Sten. Bull. 1906, S. 1097 und von der bundesrätlichen Botschaft zum OR-Entwurf vom 3. März 1905, S. 64.

[120]) Vgl. Savigny VIII S. 386 f., Affolter, Geschichte S. 607, Note 1, 612, Note 1 und 618, Note 2. Gabba, Teoria della Retroattività delle leggi I 227 f., Heuberger, wie Note 21, S. 17.

stehen unter dem neuen Recht"? Offenbar dachte eben der Gesetzgeber speziell an Tatsachen, die nach altem Recht mit der Zeit doch Rechtsfolgen ausgelöst hätten und daher das Rechtsubjekt bis zum 31. Dezember 1911 zu schönen Hoffnungen „berechtigten". Endlich ist zu bemerken, dass auch das Bundesgericht sich bereits zu dieser zweiten Auslegung bekannt hat.[121])

Nur ein triftiger Einwand könnte, wie unserer Auslegung von SchlT 3, so auch unserer Interpretation von SchlT 4 entgegengehalten werden. Bedeutet nämlich diese Vorschrift nur, dass das neue Recht sich um alte Hoffnungen nicht zu kümmern brauche, so kann man sich fragen, ob sie überhaupt noch einen Fall der Rückwirkung des ZGB statuiere. Dies ist nun sicherlich zu verneinen. Denn wie oben, S. 67, ausgeführt wurde, verlangt ja SchlT 4 gar nicht, dass alle alten hoffnungsbereitenden Tatsachen unbedingt nach neuem Recht beurteilt werden müssen, sondern nur, dass, wenn das ZGB auf irgend eine Weise in altbegründete Spekulationen sonst schon eingreifen wolle, es dies tun dürfe. SchlT 4 enthält also nur eine die übrigen Bestimmungen des Schlusstitels ergänzende Regel. Erst wenn schon nach dem übrigen Übergangsrecht feststeht, dass das neue Recht zurückwirkt (z. B. gemäss SchlT 2 oder 16 Abs. 3), setzt SchlT 4 ein und räumt das Hindernis der alten Hoffnungen auf die Seite. SchlT 4 stellt also keinen weiteren Rückwirkungsfall auf, sondern verdeutlicht das Rückwirkungsprinzip nur.

Viertes Problem. Weitere Rückwirkungsfälle?

Aus Vorstehendem ergibt sich, dass von den allgemeinen Bestimmungen des Schlusstitels nur Art. 2 die Rück-

---

[121]) Praxis I, Nr. 139. — Vergl. auch Bolla, wie Note 42, S. 74 f., E. Curti, Komm. zu SchlT 4, Note 4, Rossel und Mentha, wie Note 26, II, S. 391 f., Bühlmann, wie Note 22, S. 18.

wirkung verlangt. Es fragt sich nun, ob der spezielle Teil (SchlT 5—50), abgesehen von den Bestimmungen, die auf SchlT 2 beruhen, weitere Rückwirkungsfälle kennt. Dies ist zu bejahen.

a) Aus SchlT 13 Abs. 3 erhellt per argumentum e contrario, dass, wenn die Geburt des ausserehelichen Kindes nach dem 1. Januar 1912 erfolgte, Mutter und Kind nach neuem Recht gegen den Vater klagen können. Insoweit hiebei alte Tatsachen in Frage kommen, gilt also in diesem Fall Rückwirkungsprinzip. So genügt bei nach Neujahr 1912 erfolgter Geburt schon der vor 1912 geführte unzüchtige Lebenswandel zur Abweisung der Klage gemäss ZGB 315.[122])

b) Gemäss SchlT 15 und 16 ist prinzipiell nur das neue Erbrecht anwendbar, wenn der Erblasser nach dem 1. Januar 1912 verstorben ist oder verstirbt. Kommen hiebei alte Tatsachen in Betracht, so ist in diesem Prinzip ebenfalls die Rückwirkung des neuen Rechts auf alte Tatsachen ausgesprochen. Beispiele: Dass gemäss SchlT 16 Abs. 3 die alten Testamente etc. in weitem Masse dem neuen Recht unterstehen, wurde schon oben, S. 67, bemerkt. Aber auch alte Erbunwürdigkeitstatsachen, alte Zuwendungen, alte Vorausempfänge etc., haben bei neuen Todesfällen lediglich die Wirkungen des neuen Rechts.[123])

c) Gemäss SchlT 18 Abs. 1 sind alte Rechtsgeschäfte über einen Anspruch auf Errichtung eines dinglichen Rechts schon dann als gültig zu betrachten, wenn sie den Formvorschriften des ZGB genügen; also selbst dann, wenn sie nach altem Recht ungültig wären.[124]) Das ist nichts anderes als die Rückwirkung der neuen diesbezüglichen Formregeln auf alte Handlungen. Z. B.: In St. Gallen war vor 1912 zur Wirksamkeit eines Liegenschaftenkauf-

---

[122]) So auch Praxis II, Nr. 145 (Geburtsdatum 12. Juni 1912).

[123]) So auch Praxis III, Nr. 150 bezüglich alter Enterbungsgründe. Vergl. auch SchlT 16, Abs. 2.

[124]) Hierin geht SchlT 18 weiter als 50.

vertrages eine gemeinderätliche Fertigungsbewilligung erforderlich[125]). Hatten nun zwei Personen vor 1912 in St. Gallen lediglich einen öffentlich beurkundeten Kaufvertrag über eine st. gallische Liegenschaft abgeschlossen, ohne die behördliche Genehmigung einzuholen, so wurde dieser Vertrag mit dem 1. Januar 1912 gültig, da er der neuen Form (neu OR 216) entsprach.

d) Laut SchlT 19 Abs. 2 ist die vor 1912 abgelaufene Zeit an die Ersitzungsfrist des neuen Rechts verhältnismässig anzurechnen. Die Tatsache des alten Zeitablaufs hat daher in gewissem Umfange die Wirkung des neuen Rechts. Also teilweise Rückwirkung der neuen Ersitzungsfristbestimmungen.

e) Die Bestimmungen des ZGB über das Retentionsrecht wirken gemäss SchlT 36 in zwei Richtungen zurück. Einerseits erzeugen nun alte Tatsachen ex post und ex tunc ein Retentionsrecht, auch wenn sie vor 1912 kein solches begründet hätten (SchlT 36 Abs. 1 und 2), und anderseits werden alte Tatsachen, die vor 1912 ein Retentionsrecht begründet haben, nunmehr bloss nach neuem Recht beurteilt, auch wenn nach diesem kein Retentionsrecht anzunehmen ist (SchlT 36 Abs. 3). Das neue Recht wirkt also positiv und negativ zurück.

f) Gemäss SchlT 49 sind alte Zeitläufte an die neuen Verjährungsfristen anzurechnen. Die neuen Fristbestimmungen wirken also auf die Tatsache des alten Zeitraumes zurück.

Dies sind meines Erachtens alle besonderen Rückwirkungsfälle, die der Schlusstitel enthält. Nicht hieher zu zählen sind selbstverständlich diejenigen speziellen Vorschriften, die, wie SchlT 5, 6, 8, 12, 14, die Rückwirkung im Einklang mit SchlT 2 (ordre public) statuieren. Ebensowenig waren aber hier, weil gar keine Rückwirkungsfälle, diejenigen Normen aufzuführen, nach

---

[125]) St. gallisches Gesetz über die Handänderungen von Liegenschaften vom 19. Februar 1842, Art. 6 und 7.

denen ein altentstandenes Recht ex nunc erlischt oder von den Kantonen ex nunc zu Fall gebracht werden darf. So bestimmt z. B. SchlT 7 Abs. 2, dass alte juristische Personen ihre Persönlichkeit (Rechtsfähigkeit) mit dem 1. Januar 1917 verlieren, wenn sie nach neuem Recht eintragungspflichtig wären und bis zu dem genannten Tage die Eintragung nicht vorgenommen haben. Ähnlich erlöschen alte Ehegüterrechtsverträge (SchlT 10 Abs. 1), gewisse alte Fahrnispfandrechte (SchlT 34 Abs. 2) und in ganz analoger Weise dürfen auch die Kantone gewisse dingliche Rechte aufheben (vergl. SchlT 20 Abs. 2, 22 Abs. 2, 44 Abs. 2). In allen diesen Fällen erlischt zwar das alte Recht. Aber es hat nicht als nie entstanden zu gelten. Das neue Recht wirkt also nicht zurück auf die alte rechtsbegründend gewesene Tatsache, sondern es wirkt als selbständiger Erlöschungsgrund. Der Gesetzgeber hat eben in diesen Fällen gar keine Kollisionsnorm, sondern eine spezielle Norm, einen sogenannten intertemporalrechtlichen materiellen Teilrechtsatz aufgestellt.[126])

Fünftes Problem. Umfang der Rückwirkung.

Wir haben das Rückwirkungsprinzip schon mehrere Male (S. 1 und 25) als denjenigen Grundsatz gekennzeichnet, wonach die Rechtsfolgen sowohl der alten wie der neuen Tatsachen sich ausschliesslich nach neuem Recht bemessen. Danach scheint der Umfang der Rückwirkung eigentlich ausser allem Zweifel. Denn so bald das alte Recht noch neue Tatsachen ergreift, oder nur die alten

---

[126]) Vergl. hiezu meine in Note 36 zitierte Schrift S. 18, 28. Es ist ein grosser Irrtum, zu glauben, das intertemporale Recht bestehe nur aus Normen über den zeitlichen Herrschaftsbereich der Gesetze. Gehört etwa die in SchlT 49, Abs. 1 enthaltene Ansetzung der zweijährigen Gnadenfrist nicht zu unserm Übergangsrecht und ist das eine Geltungsgebietnorm? Vergl. auch meine Definition des intertemporalen Rechts, oben S. 55, Note 102.

Tatsachen nach altem und nur die neuen nach neuem Gesetz zu beurteilen sind, liegt eben keine Rückwirkung vor, sondern in jenem Falle Weiterwirkung und in diesem Trennungsmaxime. Das ist so klar und lässt sich auch in praxi bei den verwickeltsten Fällen so scharf durchführen, dass die kleinste Abweichung nur Verwirrung bringen und daher unmöglich anerkannt werden kann.

Demgegenüber ist hie und da der Versuch gemacht worden, den Umfang des Rückwirkungsprinzips einzuschränken. Insbesondere hat — abgesehen von deutschen Autoren[127]) — Reichel in seinem Kommentar des Schlusstitels, S. 13, den Satz aufgestellt, das Rückwirkungsprinzip des SchlT 2 gelte nur bezüglich der nach dem 1. Januar 1912 eingetretenen Tatsachen. Und auf S. 38 sub 3 wird erklärt, SchlT 2 könne nicht so verstanden werden, dass unter altem Recht festgelegte Rechtsverhältnisse nun plötzlich hinfällig werden. Reichel möchte also, wenn ich recht verstehe, die alten, vor 1912 eingetretenen Tatsachen vom Rückwirkungsprinzip ausnehmen.[128])

Diese Ansicht ist aber sicher falsch.

Vor allem, weil sie gegen das positive Recht verstösst. SchlT 2 spricht in Absatz 1 ganz klar von „allen Tatsachen", also von neuen und alten[129]). Das ist ja gerade der Unterschied zu SchlT 1, wo in Absatz 1 und 3 die verschiedene Behandlung der alten Tatsachen einer- und der neuen anderseits verlangt wird. Auch SchlT 2 Abs. 2 sagt ganz deutlich, dass alte dem (heutigen) ordre public widersprechende Vorschriften überhaupt nicht mehr „angewendet" werden dürfen, womit doch zweifellos gemeint ist: die absolute Unwirksamkeit alter staats-

---

[127]) Affolter, System S. 56, Planck, Komm. zum EG DBGB, S. 284.

[128]) Etwas ähnliches wird auch in Praxis III, Nr. 77 E 3 in fine angedeutet.

[129]) So auch E. Curti, Komm. zu SchlT 2, Note 4, Bolla, wie Note 42, S. 61.

wohlfahrtswidriger Normen nicht nur bezüglich der neuen, sondern auch bezüglich alter Tatsachen. Insbesondere verlangt aber das Gesetz in den oben, S. 70 (viertes Problem sub a—f), aufgezählten Fällen zweifellos die Beurteilung alter Tatsachen (altes Eheversprechen, altes Testament, alter Vertrag, alte Besitzergreifung, alter Zeitraum!) nach neuem Recht.

Ebenso widerspricht die Reichel'sche Ansicht der konstanten Praxis des Bundesgerichts. Unser höchster Gerichtshof hat z. B. das (gemäss SchlT 2 und 8 zurückwirkende) neue Scheidungsrecht stets auch auf alte Tatsachen angewandt. Vergl. Praxis I Nr. 108, 182, 210 E. 2, 4 und 5[130]), III Nr. 58. Ebenso bei Vaterschaftsklagen (vergl. Praxis II Nr. 145 und III Nr. 26, 45) und in anderen Fällen, wo das Rückwirkungsprinzip durchgeführt wurde.[131])

Jede andere Auffassung des Rückwirkungsprinzips würde auch praktisch zu den unhaltbarsten Konsequenzen führen. So müsste der neue Scheidungsgrund des „unehrenhaften Lebenswandels" seit dem 1. Januar 1912 eingetreten sein, damit aus ZGB 139 geklagt werden könnte. Die elterliche Gewalt dürfte wegen alter, das

---

[130]) In diesem Falle nicht nur bezüglich der Scheidung selbst, sondern sogar auch hinsichtlich der Nebenfolgen (Kinderzuteilung, Entschädigung und Genugtuung).

[131]) Vergl. Praxis I, Nr. 129, S. 308, II, Nr. 32 in fine (betr. ZGB 2), Nr. 172, 182; ferner die bernischen Entscheide in Z bern JV 1912, S. 392, 687. Abweichend wohl nur Praxis I, Nr. 266 E 1, wonach das in SchlT 5, Abs. 1 für die Handlungsfähigkeit aufgestellte Rückwirkungsprinzip auf die Handlungen, die seit dem 1. Januar 1912 vorgenommen wurden, beschränkt sein soll. Wenn das Bundesgericht aber dies damit begründet, dass SchlT 5, Abs. 1 die Anwendbarkeit des neuen Recht nur fordere: „dans tous les cas qui se produiront sous le nouveau droit", so stellt es sich damit eben in direkten Widerspruch zum Gesetz, das in jedem der drei Texte schlechtweg von „allen Fällen" (tous les cas, ogni caso), also auch denen, die sich vor 1912 ereigneten, spricht und jedenfalls nirgends ausdrücklich auf die nach Neujahr 1912 eingetretenen Tatsachen einschränkt.

pflichtwidrige Verhalten begründender Tatsachen nicht entzogen werden u. s. f.

Endlich aber läge bei jeder Abweichung von unserer Definition des Rückwirkungsprinzips gar keine Rückwirkung mehr vor, sondern entweder Trennungs- oder Weiterwirkungsmaxime. Insbesondere läuft die Auffassung Reichels schlechtweg auf das Trennungsprinzip hinaus (alte Tatsachen nach altem und nur die neuen nach neuem Recht!). Reichel fragt sich denn auch S. 13 sub 2 (von seinem Standpunkte aus mit Recht), ob SchlT 2 nicht das Nämliche besage wie SchlT 1 Abs. 3. Diese Frage wäre von der Reichel'schen Interpretation des Rückwirkungsprinzips aus entschieden zu bejahen. Reichel verneint sie allerdings (wenn ich recht verstehe) mit der Begründung, dass bei SchlT 1 Abs. 3 jede Tatsache unter Berücksichtigung ihrer Konnexität mit altbegründeten Rechtsverhältnissen, bei SchlT 2 aber jede Tatsache ohne Berücksichtigung dieses Nexus in Betracht falle. Aber dies ist wiederum unbegreiflich. Die Anwendbarkeit des neuen Rechts kann doch nicht davon abhängen, ob man eine Tatsache als Teil eines Tatsachenkomplexes oder nur als Einzelereignis betrachte. Auch ist es gar nicht richtig, dass bei SchlT 1 Abs. 3 der alte Boden der neuen Tatsachen berücksichtigt werden muss. Im Gegenteil spricht SchlT 1 das strikteste Trennungsprinzip aus, wonach bekanntlich (oben S. 2 f.) die neuen Tatsachen, wie ein entlassener Sträfling oder eine geschiedene Frau, unabhängig von ihrer Vergangenheit zu würdigen sind. Reichel hat an dieser Stelle zu Unrecht das Problem der Behandlung konnexer Tatsachen nach Trennungsprinzip (oben S. 7 f.) mit der Frage nach dem Umfang des Rückwirkungsgrundsatzes (S. 72 f.) vermischt.

Es ist also darauf zu beharren, dass, sobald im Gesetz das Rückwirkungsprinzip vorgeschrieben wird, sowohl die alten wie die neuen Tatsachen nach neuem Recht zu beurteilen sind. Man muss den Mut der konsequenten

Durchführung dieses Gedankens haben. Z. B. wirken die neuen Bestimmungen, die die Handlungsfähigkeit erweitern, zurück (vergl. oben S. 33). Infolgedessen konvaleszierte ein von einer Ehefrau vor 1912 abgeschlossenes, nach altem Recht mangels vorliegender Geschäftsfähigkeit ungültiges Geschäft mit dem Inkrafttreten des ZGB, wenn die Ehefrau seinerzeit nach den neurechtlichen Bestimmungen geschäftsfähig gewesen wäre (SchlT 5 Abs. 1). Dasselbe gilt bezüglich der mangels Testierfähigkeit nach kantonalem Recht ungültig gewesenen letztwilligen Verfügungen: sie konvaleszierten mit Neujahr 1912, sofern der Verfügende zurzeit der Errichtung der Verfügung nach ZGB testierfähig gewesen wäre[132]). Es ergibt sich dies einmal daraus, dass die Testierfähigkeit nichts anderes ist als ein besonderer Fall der Handlungsfähigkeit; wenn SchlT 2 den diese letztere erweiternden neuen Normen rückwirkende Kraft verleiht, so muss dies daher auch für die die Testierfähigkeit begünstigenden Vorschriften des ZGB gelten. Sodann hält aber auch folgende Erwägung Stich: Stirbt der Erblasser nach dem 1. Januar 1912, so finden ja sogar die neuen Vorschriften über die Form (fakultativ, SchlT 16 Abs. 2) sowie über Inhalt und Art der Verfügung (obligatorisch, SchlT 16 Abs. 3) auf alte Verfügungen, also rückwirkend Anwendung. Sollte dies nicht für die die Testierfähigkeit erweiternden Normen a fortiori ebenfalls gelten?

Wenn das Rückwirkungsprinzip konsequent durchgedacht, manchmal etwas gar zu revolutionär scheint, so ist dies kein Grund, es, seine Massgeblichkeit einmal angenommen, ungenau durchzuführen. Wohl aber lässt sich daraus erkennen, dass man bei der Frage, ob über-

---

[132]) So auch Kuoni, Das schweizerische Erbrecht, S. 98. Anders Praxis I, Nr. 266 und II, Nr. 224 E 1, die schlechtweg auf den Zeitpunkt des Verfügungsaktes abstellen; ferner Reichel, Komm. zu SchlT 16, S. 62 f., Isler, Der Übergang vom alten zum neuen Recht im Kanton Aargau, 2. Aufl., S. 203, Guhl, wie Note 44, S. 605.

haupt das Rückwirkungsprinzip Platz greife, sehr zurückhaltend sein und sich stets vergegenwärtigen muss, dass die Rückwirkung nur den Ausnahmefall, das Trennungsprinzip aber die Regel bildet.

Schlussübersicht.

Drei Prinzipien bilden also die allgemeine Grundlage unseres Übergangsrechts: das Trennungsprinzip (SchlT 1 und 3), das Weiterwirkungsprinzip (SchlT 1 Abs. 3) und das Rückwirkungsprinzip (SchlT 2 und 4). Auf ihnen baut sich der ganze Schlusstitel auf; abgesehen von einigen wenigen Bestimmungen, die gar keine Kollisionsnorm enthalten, d. h. intertemporalen materiellen Teilrechtsätzen wie SchlT 7 Abs. 2, 10 Abs. 2, 11 verbunden mit ZGB 188 u. a., vergl. oben Note 126), sind sie es, die alle Schwierigkeiten unseres Übergangsrechts zu lösen berufen sind.

Erhebt sich nun im einzelnen konkreten Fall die Frage, welches dieser drei Prinzipien anzuwenden sei, so sind immer zuerst die Artikel 5—50 des SchlT nachzusehen. Denn wie aus dem Marginale ad SchlT 1 („Allgemeine Bestimmungen", „Principes généraux", „Disposizioni generali") klar ersichtlich ist, sind die Artikel 1—4 des Schlusstitels als allgemeine Regeln im Gegensatz zu den speziellen Vorschriften in SchlT 5—50 gedacht. Es gilt daher für diese letztern der bekannte Grundsatz: lex specialis derogat generali. Die Art. 5—50 des Schlusstitels gehen also den Artikeln 1—4 überall vor. Hieran ist unbedingt festzuhalten.[133]) Wenn daher im speziellen Teil des Schlusstitels für irgend eine Frage, die von allgemeinen Gesichtspunkten aus die öffentliche Ordnung interessiert, das Trennungs- oder gar das Weiterwirkungsprinzip positiv aufgestellt ist, so muss diese

[133]) So auch Sem. jud. 1913, S. 191; Reichel, Komm. zum SchlT S. 6; Rossel und Mentha, wie Note 26, II S. 393; Guhl, wie Note 44, S. 530. Vergl. auch Bolla, wie Note 42, S. 42 f. Anders nur Ostertag, wie Note 7, S. 381.

spezielle Norm dem SchlT 2 vorgehen. Dies trifft z. B. zu für SchlT 14 Abs. 3 in fine, wo aus praktischen Erwägungen das Fortbestehen alter, jetzt unzulässiger Vormundschaften bis zum Zeitpunkt ihrer formellen Aufhebung statuiert wurde. Obschon nach unseren obigen Ausführungen (S. 33) diejenigen Bestimmungen des ZGB, die die Handlungsfähigkeit begünstigen, gemäss SchlT 2 zurückwirken, war infolge SchlT 14 Abs. 3 die Weiterwirkung alter Bevormundungsvorschriften doch noch in beschränktem Umfange anzuerkennen. Anderseits muss auch SchlT 1 vor einer Spezialregel, die das Rückwirkungsprinzip vorschreibt, weichen; so z. B. vor SchlT 18 Abs. 1, 36, 49 Abs. 1 etc. (vergl. oben S. 70 f.). Die lex specialis geht immer vor.

Nun gibt es aber zahlreiche Übergangsfragen, für die SchlT 5—50 keine Antwort enthalten, wie z. B. diejenigen betreffend die Rechtsfähigkeit, den Wohnsitz, die Persönlichkeitsrechte, das Verlöbnis, die Verwandtenunterstützung, die Hausgewalt etc. Zuweilen sind die speziellen Vorschriften des Schlusstitels auch dunkel und verschiedener Auslegung fähig. Z. B. kann man sich fragen, ob SchlT 12 Abs. 1 (betr. Eltern- und Kindesrecht) und 13 Abs. 1 (betr. das ausseereheliche Kindesverhältnis) das Trennungs- oder das Rückwirkungsprinzip aufstellen wollen. (Vergl. S. 36, 44 f.) In allen solchen Fällen hat man nun SchlT 1—4 als die allgemeinen, den speziellen Teil ergänzenden Vorschriften heranzuziehen.

Doch sind damit noch nicht alle Schwierigkeiten gelöst. Es frägt sich weiter, welche dieser allgemeinen Regeln im Zweifel vorzugehen habe. Wie wir schon oben mehrfach hervorzuheben Gelegenheit hatten (S. 2, 25), ist dies das Trennungsprinzip (SchlT 1 und 3). So muss z. B. der Verlöbnisbruch, wenn er vor 1912 stattfand, nach altem, wenn er nach dem Dezember 1911 eintrat, aber nach neuem Recht beurteilt werden[134]). Nur aus-

---

[134]) Praxis III, Nr. 25.

nahmsweise greift das Rückwirkungsprinzip Platz[135]) (SchlT 2 und 4): nämlich dann, wenn die Voraussetzungen von SchlT 2 und 4 ganz zweifellos vorliegen. Es ergibt sich dies aus der oben, S. 25, einlässlich besprochenen Ausnahmenatur des SchlT 2 und trifft zu z. B. bezüglich derjenigen Bestimmungen des ZGB, die die Rechtsfähigkeit der natürlichen Personen erweitern; denn eine spezielle intertemporale Regel existiert hiefür nicht, und doch handelt es sich um unter SchlT 2 fallende Vorschriften (vergl. oben S. 33).

Endlich ist nochmals zu betonen, dass unser Übergangsrecht keine anderen Leitprinzipien kennt als die drei genannten. Insbesondere besteht keine Praesumption zu Gunsten des neuen Rechts. Die ab und zu auftauchende Ansicht, es sei im Zweifel das neue Gesetz anzuwenden, verstösst wie gegen die elementarsten Anforderungen der Gerechtigkeit, so auch gegen alle schweizerische Tradition und vor allem gegen den klaren Kardinalgrundsatz unseres Schlusstitels: das in SchlT 1 ausgedrückte Trennungsprinzip.

---

[135]) Das Weiterwirkungsprinzip ist in SchlT 1, Abs. 3 nur vorbehalten und kann überhaupt nie einspringen, wenn der spezielle Teil des Schlusstitels es nicht gestattet. Höchstens eine ganz fest eingewurzelte Gerichtspraxis (Gewohnheitsrecht), wie z. B. bezüglich der Bedingungen (oben S. 21) könnte dies ermöglichen.