

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: 51 (1932)

Artikel: Interessenschutz und allgemeine Rechtssätze : der Ausbau der allgemeinen Grundsätze des schweizerischen Privatrechts im Hinblick auf den (allseitigen) Schutz eines jeden berechtigten Interesses

Autor: Wolf, Elias

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896431>

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: 28.12.2025

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

Interessenschutz und allgemeine Rechtssätze.

Der Ausbau der allgemeinen Grundsätze des schweizerischen Privatrechts im Hinblick auf den (allseitigen) Schutz eines jeden berechtigten Interesses.

Von Dr. Elias Wolf, Basel.

Inhaltsverzeichnis.

	Seite
I. Einleitung	52
Allgemeine Rechtssätze und Interessenbegriff . . .	52
II. Der Schutz eines jeden berechtigten Interesses . . .	58
1. Der Standpunkt der Erläuterungen zum Vorentwurf des ZGB	58
2. Art. 28 ZGB	60
III. Der Rechtsschutz nach allen Richtungen . . .	65
1. Das Postulat der Allseitigkeit des Interessenschutzes . . .	65
2. Die Pflicht zur Zahlung einer angemessenen Vergütung bei rechtswidriger Benützung eines fremden Rechtsgutes ohne Schädigung	69
a) Der Grundsatz im allgemeinen	69
b) Angemessene Vergütung und Gewinnanteil . . .	74
c) Die Frage des Verschuldens	75
3. Die Pflicht zur Herausgabe des durch rechtswidrige Verletzung einer fremden Rechtssphäre erzielten Gewinnes	76
a) Der Grundsatz im allgemeinen	76
b) Die Herausgabepflicht bei Vorhandensein einer unbestimmten Anzahl von Verletzten	79
c) Die Frage des Verschuldens und der Beweislast . . .	80
IV. Die Vermutung für die Schutzwürdigkeit der Interessen	81
1. Der Grundsatz der Freiheit	81
2. Der Widerrechtlichkeitsbegriff	83
3. Sachliche Rechtfertigung der Vermutung zugunsten der Schutzwürdigkeit der Interessen	84
4. Art. 28 ZGB: Berechtigte - persönliche Verhältnisse und „unbefugte“ Verletzung derselben . . .	85
V. Der Interessenschutz auf dem Wege über den Gemeinschaftsgedanken	86

I. Einleitung.

Allgemeine Rechtssätze und Interessenbegriff.

Der ursprüngliche Plan der Arbeit ging dahin, zu zeigen, wie das immaterielle Güterrecht, das von der Rechtslehre vielfach noch als Fremdkörper behandelt wird, doch allmählich mit dem übrigen Zivilrecht verwächst — wie, nachdem sich einmal die Anwendbarkeit der allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechts auf die Spezialgesetze des immateriellen Güterrechts durchgesetzt hat, das letztere seinerseits auf die grundlegenden Vorstellungen des Zivilrechts zurückwirkt und die Weiterentwicklung der allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechts und des Zivilrechts überhaupt begünstigt. Ich wollte vor allem darlegen, wie unter diesem Einfluss im Hinblick auf den Schutz der immateriellen Güter und Werte die folgenden Grundsätze in der Rechtsprechung neu zum Durchbruch gelangt sind oder sich fester verankert haben:

1. der Satz, dass bei unerlaubtem Gebrauch, bei unerlaubter Benützung fremder Güter und Einrichtungen in der Regel eine angemessene Vergütung zu leisten ist — auch wenn nicht alle Tatbestandsmerkmale der ungerechtfertigten Bereicherung erfüllt sind,
2. der Satz, dass (darüber hinaus) der durch rechtswidrigen Eingriff in eine fremde Rechtssphäre erzielte Gewinn in der Regel herauszugeben ist, und
3. der Satz, dass jedes berechtigte Interesse Rechtsschutz genießt.

Bei Behandlung des Themas musste ich jedoch erkennen, dass diese Sätze nicht vollständig koordiniert werden können. Die beiden ersten Grundsätze dienen nur dazu, den Interessenschutz möglichst allseitig zu gestalten. Sie treten neben die bekannten Sätze des Obligationenrechts über die Deliktshaftung und die ungerechtfertigte Bereicherung; sie treffen zwar Fälle, die weniger häufig praktisch werden, systematisch ordnen sie sich

jedoch demselben Gesichtspunkt der Ausdehnung und Durchführung des Interessenschutzes unter. Der dritte Satz hingegen enthält das Grundprinzip für den Interessenschutz an und für sich und damit für das materielle Privatrecht überhaupt: Geschützt wird jedes berechnigte Interesse.

Dieses logische Verhältnis schien mir so wichtig, dass ich es für angezeigt hielt, den Gedanken der Beeinflussung der allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts durch das immaterielle Güterrecht als doch mehr oder weniger zufälligen Anlass für die vorliegenden Untersuchungen vollständig beiseite zu schieben, um dafür den systematischen Zusammenhang zwischen den angeführten Grundsätzen in den Vordergrund treten zu lassen.

Vor dem Eintreten auf das eigentliche Thema erscheint indessen eine Aussprache über den Interessensbegriff und dessen Verhältnis zu den allgemeinen Grundsätzen als unerlässlich.

Von Tuhr spricht sich in seinem Vorwort zum „Allgemeinen Teil des bürgerlichen Rechts“ (S. XIII) dahin aus, dass sich eine Darstellung des Rechts, welche nicht von den Rechtsbegriffen, sondern von den Lebensverhältnissen und Interessen ausgehe, wohl nicht durchführen lasse, wenigstens in bezug auf die allgemeineren Rechtssätze.

Wie sich indessen schon aus dem Titel und den einleitenden Ausführungen ergibt, wird in dieser Abhandlung der entgegengesetzte Standpunkt vertreten. Denn die Auffassung von Tuhrs geht m. E. von unrichtigen oder doch unzulänglichen Voraussetzungen aus:

Fürs erste dürfte schon diese Gegenüberstellung von Rechtsbegriffen einerseits und Lebensverhältnissen und Interessen andererseits nicht glücklich sein. Die Darstellung

des Rechts und der allgemeineren Rechtssätze kann natürlich von den verschiedensten Gesichtspunkten aus erfolgen. Aber eine Betrachtungsweise, die die Lebensverhältnisse und Interessen nicht von allem Anfang an mitberücksichtigt, muss m. E. zu einer Vernachlässigung des Zwecks und der Grundgedanken der rechtlichen Ordnung führen.

Sodann darf nicht übersehen werden, dass die allgemeinen Grundsätze in der heutigen Gesetzgebung nicht nach systematischen Gesichtspunkten, sondern ausschliesslich nach praktischen Rücksichten und unter möglichster Wahrung des Überlieferten ausgebildet worden sind, und dass infolgedessen die allgemeinen Grundsätze zur Hauptsache aus solchen, man möchte sagen, negativer Natur bestehen. Die wichtigsten allgemeinen Grundsätze dienen dazu, die Rechtsausübung oder die Entstehung von Rechten einzuschränken: durch Ausschluss des Rechtsmissbrauchs, durch Beschränkung auf Treu und Glauben, durch Verbot von Rechtsgeschäften, die gegen die guten Sitten oder gegen die rechtliche Ordnung verstossen, oder die die persönliche Freiheit ungebührlich einengen. Diese allgemeinen Grundsätze negativer Natur drängen sich geradezu auf, um unzählige Wiederholungen zu vermeiden. Hat aber kein unmittelbares Bedürfnis bestanden für die Herausbildung gleich allgemeiner Grundsätze positiven Inhalts, so darf doch nicht verkannt werden, dass auch den positiven Rechtsätzen gemeinsame Gedanken positiver Natur zugrunde liegen müssen, dass auch bezüglich dieser eine Zusammenfassung in einem Allgemeineren möglich sein muss. Es ist nun ohne weiteres ersichtlich, dass ohne Berücksichtigung dieser positiven Prinzipien ein Urteil über die Bedeutung des Interessenbegriffs für die allgemeineren Rechtsnormen und für die Darstellung des Rechtes überhaupt nicht möglich ist.

Als Letztes ist zu erwähnen, dass, wie aus den weiteren Ausführungen von Tuhrs hervorgeht, dieser von

einem allzu engen Interessenbegriff ausgeht¹⁾. Er nimmt an, dass es subjektive Rechte gibt, denen keine Interessen zugrunde liegen, z. B. die Rechte der Eltern und des Vormundes auf Fürsorge für die pflegebefohlenen Kinder und namentlich das Recht des Versprechensempfängers beim Vertrag zugunsten Dritter.²⁾ Er betrachtet bloss das „eigene“, egoistische Interesse, das materielle Interesse als Interesse im Sinne der Rechtslehre. Aber es ist ohne weiteres klar, dass sich die Rechtslehre nicht nach einem so einseitigen Begriff orientieren kann.

Einen etwas eigenartigen Standpunkt nimmt Örtmann ein in seiner kürzlich erschienenen Abhandlung über „Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft“. Er führt aus, man möge „das Wort Interesse — für das er übrigens keine Begriffsbestimmung gibt! — noch so weitherzig verstehen, und insbesondere den materiellen die ideellen Interessen als gleich-, unter Umständen höherwertig an die Seite stellen“, so werde doch immer ein „wesentlich materieller“ Einschlag übrigbleiben; und wollte man den Begriff nicht auf die „opportunistisch-eudämonistische Weltbetrachtung“ beschränken, so „verflüchtige man den Interessenbegriff zu einer allumfassenden und

¹⁾ Es war mir leider nicht möglich, in der mir bekannten Literatur eine für die vorliegende Arbeit hinreichende Bestimmung des Interessenbegriffs zu finden. Zur Hauptsache zutreffend scheinen mir zwar die Ausführungen Manigk's im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft (Bd. III, S. 297 ff. unter dem Stichwort „Interesse“), aber es fehlt doch die allseitige Erfassung des Begriffs und seiner Bedeutung für die allgemeinen Grundsätze, wie insbesondere aus dem anschliessenden Artikel über die sog. Interessenjurisprudenz hervorgeht. Auch in den mir bekannten Werken der letzteren selbst konnte ich das für diese Arbeit Passende nicht finden. So schien es mir nicht nur berechtigt, sondern auch notwendig, im folgenden den Interessenbegriff besonders eingehend zu behandeln.

²⁾ v. Tuhr, Der allgemeine Teil des bürgerlichen Rechtes, Bd. I, S. 59 f.

daher unbrauchbaren Weite“. (S. 34/35.) Nun verhält es sich aber m. E. gerade umgekehrt. Schon die Sprache verwendet das Wort Interesse nicht nur für das Materielle, sondern auch für das Ideelle. Neben dem Interesse an Geld und an sinnlichen Genüssen kennt sie auch Interessen für Kunst, Wissenschaft und Kultur, für Förderung der Hygiene, für Hebung der Sittlichkeit, überhaupt für alles Ideelle. Man spricht nicht nur kurzweg von interessierten Menschen, um zu wissen, dass es sich um materielle Interessiertheit handelt, sondern man sagt auch, jemand habe viele Interessen oder ein Mensch sei interesselos, und weiss ohne weiteres, dass geistige Interessen gemeint sind. Und was das Recht anbelangt, so führt die allumfassende Verwendung des Ausdruckes Interesse nicht zur Verflachung, sondern gegenteils zu tieferem Verständnis für dessen Wirken und Werden.

Von Interesse für einen Menschen ist alles, was unter irgend einem Gesichtspunkte für ihn von Bedeutung ist, im Gegensatz zum vollständig Gleichgültigen. Eine Rechtsordnung, die nicht die Stellungnahme zu den Interessen zum Gegenstande hätte, wäre ebenso sinnlos wie eine Sprache, deren Worte keine Bedeutung haben. Nehmen wir irgend einen bestehenden oder als möglich gedachten Sachverhalt, so ist für die unvoreingenommene juristische Betrachtung notwendigerweise die erste Frage die nach der Bedeutsamkeit für die näher oder entfernter Beteiligten (zu den letzteren gehört auch die Allgemeinheit, die Gesellschaft). Erstes Erfordernis für die unabhängige Beurteilung ist die Kenntnis der verschiedenen Bedeutsamkeitsfaktoren (Bedeutsamkeitselemente), als Nächstes kommt dann deren Würdigung im einzelnen und als Letztes deren gegenseitige Abwägung. Wollte man das Wort Interesse in der Rechtslehre nicht in diesem umfassenden Sinne gebrauchen, so müsste man einen passenden Ausdruck für diesen unentbehrlichen Begriff neu schaffen.

Im Wort Interesse liegt zudem noch ein weiteres. Es bedeutet nicht nur, dass eine Bedeutsamkeitsbeziehung, ein Bedeutsamkeitsverhältnis besteht, sondern wie im Begriff „Zweck“, so ist auch in dem des Interesses noch ein gewisses Streben auf ein Ziel enthalten. Aber während der Zweck mit einer Willensrichtung verbunden ist, besteht das Interesse unabhängig von jeder Willensfunktion. Die Interessen entstehen schon mit dem Leben, sie entspringen den menschlichen Trieben und Bedürfnissen. Sie sind die als zielstrebend gedachten Beziehungen, die „Richtungsverhältnisse“, die sich für einen Menschen daraus ergeben, dass irgend ein So- oder Anders-Sein in irgend welcher Hinsicht für ihn von Bedeutung ist.

Das Charakteristische am Begriff des Interesses liegt in der Verbindung der beiden oben angeführten Elemente: das Wort ist imstande, alles für den Menschen irgendwie Bedeutsame zu bezeichnen, und es enthält gleichzeitig einen Hinweis auf ein Ziel oder — da dieser Ausdruck leicht die Vorstellung von etwas Bewusstem, Gewolltem erweckt — auf die Richtung, nach welcher die Bedeutsamkeit jeweiligen orientiert ist. Das Wort Interesse verweist uns auf die lebendigen Kräfte, die das gesellschaftliche Leben beseelen, ob sie nun vom einzelnen Individuum, von den verschiedenen Gruppen (Familie, Nachbarn, Anwohner einer Strasse, Besucher einer Gegend, Bürger einer Gemeinde etc. etc.) oder von der Gesamtheit ausgehen.

Geht man von diesem alles irgendwie Bedeutsame umfassenden Interessenbegriff aus, so ist klar, dass die rechtliche Ordnung um so verständlicher und übersichtlicher erscheinen muss, je mehr es gelingt, die allgemeinen Richtlinien über das Verhältnis des Rechts zu den Interessen herauszuschälen und die Beziehungen zwischen Recht und Interessen in einfachen grundsätzlichen Rechtsnormen festzuhalten, und was die Darstellung des Rechtes anbetrifft, so scheint mir, dass nur so dessen wahrer Gehalt zum Ausdruck gebracht werden kann.

II. Der Schutz eines jeden berechtigten Interesses.

1. Der Standpunkt der Erläuterungen zum Vorentwurf des ZGB.

In den Erläuterungen zum Vorentwurf für das Zivilgesetzbuch führt Eugen Huber zu den allgemeinen Grundsätzen zuerst aus, dass das Gesetz sich auf den Boden der Freiheit stellt. An zweiter Stelle sodann nennt er den Grundsatz, dass jedes berechnigte Interesse rechtlichen Schutz erfahren soll, und an dritter Stelle wird die Anerkennung von Treu und Glauben erwähnt.³⁾ Die beiden ersten Grundsätze sind in dieser Allgemeinheit in keinem Rechtssatz festgehalten. Wie aus den Ausführungen Hubers zur Frage der Aufnahme eines „allgemeinen Teiles“ in das ZGB hervorgeht, würdigt er zwar „das Bestreben, von den Vorschriften über das Einzelne immer weiter zum Allgemeinen fortzuschreiten“ und die Gesetzgebung „durch Formulierung allgemeiner Regeln“ zu vereinfachen. Doch hält er dafür, dass letzteres nur so weit durchzuführen ist, „als damit die Vorschrift fürs Einzelne wirklich entbehrlich gemacht werden kann“.⁴⁾ Er will jedoch nicht in dem Sinne verstanden werden, als ob allgemeine Grundsätze in dem Gesetz fehlten oder fehlen dürften. Umgekehrt erblickt er in ihnen die eigentliche Lebenskraft des Werkes. Sie finden bei der Regelung der einzelnen Fragen sowie in den innigen Zusammenhängen ihren Ausdruck. Sie können der Auslegung wegleitend sein und der Weiterentwicklung der Rechtsentwicklung eine führende Hand bieten.⁵⁾

Es dürfte aber noch ein weiterer Grund mitgespielt haben, den Satz, dass ein jedes berechnigte Interesse rechtlichen Schutz erfahren soll, nicht in dieser allgemeinen Form zum Ausdruck zu bringen. Wir haben bereits gesehen, wie der Interessenbegriff selbst heute noch zu eng

³⁾ Erläuterungen, Ausgabe von 1902, S. 25—28.

⁴⁾ Erläuterungen, S. 24.

⁵⁾ Zur Hauptsache wörtlich nach S. 25 der Erläuterungen.

gefasst wird. Aber unsere heutige Denkweise ist zu sehr auf Beobachtung der Wirklichkeit eingestellt, die Achtung vor den wahren Lebensbedürfnissen ist zu gross, als dass der Rechtsschutz aus rein doktrinären Gründen abgelehnt würde. So spricht sich z. B. von Tuhr bei der Frage der Haftung für den Schaden eines Dritten ohne Widerlegung der von ihm erwähnten „logischen Bedenken“ der römischen Rechtslehre für die richtige Lösung aus.⁶⁾ Es darf jedoch nicht übersehen werden, dass vor der letzten Jahrhundertwende, als Eugen Huber sein grosses Werk in Angriff nahm, die Rechtswissenschaft noch von anderen Vorstellungen beherrscht war. Die Zeit lag nicht ferne, wo selbst Juristen vom Rufe eines Andreas Heusler mangels eines pekuniären Interesses auf dem Gebiete des Obligationenrechtes grundsätzlich keinen Rechtsschutz gewähren wollten. In dem berühmt gewordenen Rechtsstreit zwischen dem interkantonalen Gäubahnkomitee in Solothurn und der Schweizerischen Centralbahngesellschaft betreffend Innehaltung des Vertrages auf Erstellung der Wasserfallen-Bahn hatte sich Ihering mit den Gutachten von drei Rechtsgelehrten auseinanderzusetzen, die alle wegen Fehlens eines eigenen pekuniären Interesses dem Gäubahnkomitee jeden Erfüllungsanspruch absprechen wollten.⁷⁾ Das pekuniäre Interesse bildet nach Heusler eine nicht bloss durch das römische Recht, sondern durch den Zweck der Obligation selbst geforderte wesentliche Voraussetzung derselben.⁸⁾

Es ist daher bei historischer Betrachtung verständlich, dass der Grundsatz des Schutzes eines jeden berechtigten Interesses nicht im Gesetze selbst ausdrücklich

⁶⁾ v. Tuhr, Der allgemeine Teil des schweiz. OR, S. 509 und S. 510, Note 118; vergl. hiezu meine Abhandlung über die Haftung für den Schaden eines Dritten, Zeitschrift für schweiz. Recht, Bd. 46, S. 283 ff., insbes. S. 287—291.

⁷⁾ Vgl. das hervorragende Gutachten von Ihering in seinen Jahrbüchern für Dogmatik, Bd. 18, S. 34 ff.

⁸⁾ zit. nach Ihering, a. a. O. S. 34.

ausgesprochen worden ist. Aber für das Rechtssystem wirkt sich die Nichtaufnahme des Satzes wie eine falsche Perspektive aus, und wir erhalten ein ganz verschobenes Bild über das gegenseitige Verhältnis der verschiedenen Teile des Privatrechts. Wie im folgenden noch gezeigt werden soll, droht insbesondere das Persönlichkeitsrecht einen grossen Teil des materiellen Rechts einseitig an sich zu reissen. Doch ist in materieller Hinsicht zweifellos ein grosser Fortschritt erzielt worden; Aufgabe der Wissenschaft ist es aber, die tieferen systematischen Zusammenhänge herauszuarbeiten.

2. Art. 28 ZGB.

Ist es möglich, verbindliche Rechtsgeschäfte abzuschliessen über Fabrikationsgeheimnisse und Geheimgeschäfte, z. B. über nicht patentfähige oder zwar patentfähige, aber nicht patentierte Verfahren, über Pläne und Zeichnungen, die weder auf Grund des Patentrechts noch auf Grund des Muster- und Modellrechts noch auf Grund des Urheberrechtes den Schutz der Spezialgesetzgebung geniessen? Und kann in einem derartigen Falle bei Verletzung der dem Angestellten oder Arbeiter im Dienstvertrag auferlegten Geheimhaltungspflicht oder bei ausservertraglicher Werkspionage auf Schadenersatz oder auf Herausgabe des rechtswidrig erzielten Gewinnes geklagt werden? — Als ich vor einigen Jahren die Frage zu prüfen hatte, glaubte ich, den Rechtsschutz indirekt ableiten zu müssen aus der inhaltlichen Vertragsfreiheit von Art. 19 OR, aus der Unbeschränktheit des rechtlichen Schutzes nach Art. 41 ff. und Art. 423 OR, insbesondere auf Grund der Praxis des Bundesgerichts zu dem letztgenannten Artikel.⁹⁾ Anlässlich des Studiums der so gehaltvollen zweiten Auflage von Eggers Kommentar zur Einleitung des Zivilgesetzbuches und zum Personenrecht fand ich nun zu meiner Überraschung, dass Egger den Rechtsschutz

⁹⁾ Vgl. Zeitschr. für schweiz. Recht, Bd. 46, S. 317—321.

in den genannten Fällen unmittelbar Art. 28 des ZGB entnimmt.¹⁰⁾ Dem Wortlaut des Artikels zufolge ist dies zweifellos möglich; denn nach Absatz 1 hat, „wer in seinen persönlichen Verhältnissen verletzt wird“, Anspruch auf Rechtsschutz. An und für sich kann der Ausdruck „persönliche Verhältnisse“ überhaupt alles umfassen, was für eine Person von Bedeutung ist, und in diesem weiten Sinne scheint nach den Erläuterungen zum Vorentwurf der Ausdruck auch von Huber verstanden worden zu sein; ist auch der Satz, dass jedes berechnigte Interesse des Rechtsschutzes teilhaftig werden soll, nicht in dieser Allgemeinheit im Zivilgesetzbuch niedergelegt worden, so ist er den Erläuterungen zufolge (vgl. S. 27) dann doch in Verbindung mit der Ordnung des Rechtes der Persönlichkeit in allgemeiner Grundsätzlichkeit ausgesprochen worden, insbesondere in bezug auf die Persönlichkeitsrechte.

Mit dieser weiten Auslegung des Begriffs der persönlichen Verhältnisse wird aber die Rechtsschutzbestimmung des Art. 28 ZGB überhaupt zum subsidiären Rechtsschutzmittel für das gesamte Zivilrecht. Art. 28 erfüllt damit für das Klagensystem eine gleich allgemeine Funktion wie früher die *exceptio doli generalis* für das System der Einreden. In allen Fällen der Schutzbedürftigkeit eines an und für sich berechtigten Interesses, in welchen man sich nicht auf eine spezielle Bestimmung berufen kann, wird man schliesslich zu Art. 28 Zuflucht nehmen. Der Persönlichkeitsschutz wird zum Sammelpunkt sämtlicher Rechte; wo diese nicht durch besondere Vorschriften normiert sind, geht man auf den Schutz der Persönlichkeit im allgemeinen zurück.¹¹⁾¹²⁾

¹⁰⁾ Egger, a. a. O. Art. 28, Note 43, S. 257.

¹¹⁾ Im deutschen Recht, das keine Art. 28 ZGB entsprechende Bestimmung enthält, behilft man sich mit einer extensiven oder analogen Anwendung von BGB § 1004 unter Anlehnung an BGB §§ 823 und 826. In systematischer Hinsicht

Wie sehr diese Entwicklung die logische Konsequenz des einmal gesetzten Prinzips ist, zeigt die auf das schweizerische Persönlichkeitsrecht aufgebaute liechtensteinische Gesetzgebung ganz besonders deutlich. Das liechtensteinische Personen- und Gesellschaftsrecht gewährt in Art. 39 nach dem Vorbild des Art. 28 ZGB Rechtsschutz gegen unbefugte Verletzung oder Bedrohung „in den persönlichen Verhältnissen“, indem es nach den letztgenannten Worten ergänzend beifügt: „wie beispielsweise in der körperlichen und geistigen Unversehrtheit, der Ehre, im

erscheint die Situation damit noch misslicher als nach ZGB. § 1004 BGB figuriert im Sachenrecht unter dem Abschnitt „Die Ansprüche aus dem Eigentum“, §§ 823 und 826 finden sich im Recht der Schuldverhältnisse unter dem Titel „Unerlaubte Handlungen“, die den Abschluss des Abschnittes „Einzelne Schuldverhältnisse“ bilden.

¹²⁾ Art. 28 ZGB dürfte namentlich auch gegenüber missbräuchlicher Rechtsgefährdung angerufen werden können. So wurde mir unlängst die Frage unterbreitet, ob ein Einschreiten möglich ist, falls eine Marke in einem Lexikon wie eine Sachbezeichnung verwendet wird, ohne Angabe, dass es sich um eine Marke handelt, sodass Gefahr besteht, dass die Marke allmählich in den Gemeingebrauch übergeht. Da eine solche rechtsgefährdende Verwendung eines Markenwortes keinen markenmässigen Gebrauch desselben darstellt, liegt keine Verletzung des Markenrechtes im Sinne der massgebenden Spezialgesetzgebung vor. Dagegen qualifiziert sich die das Markenrecht gefährdende Aufnahme einer Marke in ein Lexikon zweifellos als eine Verletzung in den persönlichen Verhältnissen im Sinne von Art. 28 ZGB, und es muss daher auf Grund dieser Bestimmung vom verantwortlichen Verlage zum allermindesten verlangt werden können, dass in den späteren Auflagen das Markenwort nicht als Sachbezeichnung verwendet wird. Hingegen besteht wohl trotz dem Wortlaut von Art. 28 ZGB kein Anspruch auf Abänderung einer bereits gedruckten Auflage, nach dem Grundsatz der Angemessenheit von Zweck und Mitteln. Doch könnte man sich fragen, ob nicht verlangt werden kann, dass der bereits gedruckten Auflage ein Berichtigungsblatt beigegeben wird, insbesondere wenn der Markeninhaber sich anbietet, dem Verlag, dem kein Verschulden zur Last gelegt werden kann, die Kosten zu ersetzen. Diese letzte Frage fällt bereits unter das im folgenden Abschnitt zu behandelnde Problem der Allseitigkeit des Interessenschutzes.

Kredit, im Hausfrieden, in der Freiheit, im Namen, Wappen, Hauszeichen und ähnlichen Zeichen, im Recht am eigenen Bilde, in Brief-, Geschäfts- und ähnlichen Verhältnissen, und überhaupt im Recht auf Achtung und Geltung der Persönlichkeit“. Egger¹³⁾ will zwar noch eine Trennung machen zwischen persönlichen Gütern und Vermögensgütern und Art. 28 ZGB auf die persönlichen Güter beschränken; aber, wie mir scheint, in doppeltem Widerspruch zu seinen sonstigen Ausführungen. Einerseits geht er davon aus, dass „schon das Vermögensrecht zum Teil dem Schutze der persönlichen Güter dient“¹⁴⁾ und auf der andern Seite führt er mit vollem Recht in der Kasuistik zu Art. 28 zahlreiche Fälle auf, die vermögensrechtliche Interessen betreffen. In Note 12 (S. 238 f.) stellt er unter dem Titel „Verhältnis zum gewerblichen Rechtsschutz“ unter anderm fest, dass nach der neuern Gerichtspraxis Art. 28 zur Ergänzung der Spezialgesetzgebung dient, dass sich zum Beispiel der Schutz von Katalogen, Fahrplanbüchern, Zeitungstiteln, Warenausstattungen und Verpackungen mangels Schutzes durch das Urheberrecht nach Art. 28 ZGB (und Art. 48 OR) bestimmt. Unter dem Titel „Der Schutz vor der Öffentlichkeit“ (N. 39 ff.) erwähnt Egger des fernerer die „Berufs- und Geschäftsgeheimnisse“ (N. 43) und unter dieser Rubrik alle Geheimnisse zum Schutze der „wirtschaftlichen Persönlichkeit“, so die nicht patentierten „technischen Geheimnisse“, also Verhältnisse vorwiegend vermögensrechtlicher Natur.

Die grundsätzliche Scheidung zwischen persönlichen und Vermögensrechten auf dem Gebiete des gesamten Zivilrechts wäre aber auch mit Rücksicht auf die übrigen Teile des Zivilrechts verfehlt. Welche Rechtsgebiete sollten ausschliesslich dem Vermögensrecht vorbehalten sein? Etwa das Sachenrecht und das Obligationenrecht? Aber es ist gerade eine Errungen-

¹³⁾ Egger, a. a. O. Art. 28, N. 22, S. 242.

¹⁴⁾ a. a. O. Art. 28, N. 8, S. 236.

schaft der Neuzeit, von der im letzten Jahrhundert, namentlich von Vertretern des gemeinen Rechtes, daneben aber auch von Germanisten, verfochtenen Lehre freigegeben zu sein, wonach das Sachenrecht und insbesondere das Obligationenrecht nur pekuniäre Interessen schützen.¹⁵⁾ Damit entfällt aber auch jeder wirkliche Wesensunterschied zwischen den durch Art. 28 ZGB und den durch das übrige Zivilrecht geschützten Tatbeständen. Art. 28 ist zufolge der von allem Anfang an beabsichtigten weiten Auslegung zur allumfassenden Rechtsnorm geworden.

So verweist nun Art. 28 rein systematisch auf den von Ihering auf Grund mehr rechtspsychologischer Beobachtungen festgestellten Zusammenhang zwischen den verschiedenen Teilen des materiellen Rechts und der Persönlichkeit als solcher. In seinem „Kampf ums Recht“ hat Ihering meisterhaft dargestellt, wie beispielsweise der Bauer das Eigentum und die Arbeitskraft, der Offizier die Ehre, der Kaufmann den Kredit in den Vordergrund stellen, wie sich die Mutter das Kind nicht nehmen lässt, kurz, wie jeder am meisten an den Rechten und Werten hängt, die er sich erst erarbeiten und erkämpfen musste, oder die eine Grundlage seiner Existenz bilden.

Aber so wertvoll die Verknüpfung des Persönlichkeitsgedankens mit der Idee des Schutzes sämtlicher Interessen auch ist, so verliert vom logischen und systematischen Gesichtspunkt aus das Persönlichkeitsrecht durch

¹⁵⁾ Vgl. Oser-Schoenenberger, Vorbem. 79—82 zu Art. 1 bis 67 OR, S. 14; Haab, Sachenrecht, Einleitung N. 21 am Schlusse, S. 11; im gleichen Sinne auch die herrschende Doktrin zum deutschen bürgerlichen Recht im Hinblick auf BGB § 241 und die Entstehung dieses Paragraphen. Leicht irreführend ist allerdings die zum Teil im Rückstand gebliebene Terminologie. Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, 12. Auflage, Bd. I 1, § 71, II, S. 169 f. scheidet z. B. zwischen Familienrechten einerseits und Vermögensrechten anderseits. Er stellt jedoch ausdrücklich fest, dass zu den letzteren auf dem Gebiet des Forderungsrechts, des Erwerbsrechts, des Urheberrechts und des Sachenrechts auch Rechte „ohne Vermögenswert“ gehören!

die allumfassende Bestimmung des Art. 28 ZGB doch das Charakteristische eines speziellen Rechtsgebietes. Der Satz, dass jedes berechnigte Interesse vom Rechte anerkannt wird, gehört im Grunde genommen dem Persönlichkeitsrecht im engeren Sinne als speziellem Rechtsgebiet vorangestellt. Er ist des weitern dem die Rechtsausübung beschränkenden Art. 2 ZGB vor auszuschicken. Denn die Idee des Schutzes ist das Primäre, diejenige der Abgrenzung das Sekundäre. Erstere enthält den Zweckgedanken, letztere die Einfügung in das ganze Zwecksystem. Erst beide zusammen ergeben den wahren Rechtsinhalt.¹⁶⁾ Der Satz schliesst den einheitlichen Gesichtspunkt in sich, unter dem sich sowohl die einzelnen Teile des ZGB und des OR als auch die zivilrechtliche Spezialgesetzgebung unterordnen lassen; er ist daher insbesondere auch für die Wahrung des Zusammenhanges zwischen der Spezialgesetzgebung und dem Zivilrecht im allgemeinen von grundlegender Bedeutung.

III. Der Rechtsschutz nach allen Richtungen.

1. Das Postulat der Allseitigkeit des Interessenschutzes.

Im Prinzip, dass jedes berechnigte Interesse geschützt werden muss, ist eigentlich implicite schon der Gedanke enthalten, dass der Schutz grundsätzlich auch in jeder berechtigten Hinsicht zu gewähren ist. Denn ohne dies wäre ja der Schutz unvollständig, und der Zweck des Prinzips geht gerade dahin, nichts, was des Rechtsschutzes würdig ist, von demselben auszuschliessen.

Dieser Gedanke, so selbstverständlich er auch erscheinen mag, ist, wie mir scheint, doch noch nicht genügend erkannt worden, und wir sind noch weit entfernt von seiner allgemeinen Verwirklichung.

¹⁶⁾ Entsprechend zum Eigentumsbegriff des schweizerischen Rechtes: Haab, Sachenrecht N. 2—4 zu Art. 461 ZGB, S. 40 ff.

Eine der Hauptschwierigkeiten liegt darin, dass nur das materielle Recht vereinheitlicht worden ist, während das Prozessrecht der kantonalen Gesetzgebung und der prinzipiell ausschliesslichen Kompetenz der kantonalen Gerichte unterstellt bleibt. Es bestehen indessen so viele Berührungspunkte zwischen materiellem Zivilrecht und Zivilprozessrecht, dass Rückwirkungen von seiten des letzteren auf das erstere unvermeidlich sind, und zwar insbesondere im Hinblick auf die Ausgestaltung des Interessenschutzes nach allen bedeutsamen Richtungen. Der Vorrang steht nun allerdings dem bundesrechtlich geregelten Zivilrecht zu, und angesichts des Nebeneinanderbestehens der 25 verschiedenen kantonalen Prozessrechte sollte es eigentlich eine wahre Freude sein, dieses Labyrinth von Gesetzesparagraphen überall da, wo es sich um den Schutz des materiellen Rechtes handelt, durch einheitliche eidgenössische Rechtsnormen zu ersetzen. Dem scheint mir auch die Tendenz vor Erlass des ZGB entsprochen zu haben, und es wurde so zum Beispiel nach den eigenen Worten des Bundesgerichts die negative Feststellungsklage „als besondere Art des gerichtlichen Rechtsschutzes seit jeher vom Bundesgericht als Sache des eidgenössischen Rechtes“ betrachtet.¹⁷⁾ Aber nachdem das grossartige Werk der Vereinheitlichung des Zivilrechts in Kraft getreten und so das Hauptziel erreicht war, scheinen andere Probleme das Hauptinteresse beansprucht zu haben und die Idee der weiteren Vereinheitlichung des gerichtlichen Rechtsschutzes allzusehr in den Hintergrund gedrängt worden zu sein.

Dies zeigt zum Beispiel die bundesgerichtliche Stellungnahme zum Schiedsvertrag. Bis zum Jahre 1914 hat es den Schiedsvertrag mit wenigen Ausnahmen als privatrechtlichen, unselbständigen Vertrag betrachtet und ihn, wenigstens soweit der Hauptvertrag dem Bundesprivatrecht angehört, dem eidgenössischen Privatrecht unter-

¹⁷⁾ A. S. Bd. 40 II, S. 628.

stellt. In einem Entscheid vom 17. Januar 1914¹⁸⁾ ist das Bundesgericht dann schwankend geworden und mit Urteil vom 28. Mai 1915¹⁹⁾ ist dann im Hinblick auf die in der Literatur vorherrschende Meinung die prozessuale Natur des Vertrages bejaht und das Eintreten auf Streitigkeiten inbezug auf den Schiedsvertrag grundsätzlich abgelehnt worden.²⁰⁾ Aber war es überhaupt zulässig, auf die rein dogmatischen Meinungen über die Rechtsnatur des Schiedsvertrages abzustellen? In einem anderen wichtigen Falle, bei der Frage nach der privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Natur von Forderungen an den Staat ist das Bundesgericht bewusst von der in der Dogmatik vorherrschenden Ansicht über die Rechtsnatur der Beziehungen der Einzelperson zum Staat abgewichen und im Interesse des Rechtsschutzes dem dogmatisch veralteten Kriterium treu geblieben. Angenommen, der Schiedsvertrag sei rein prozessualer Natur, muss das Bundesgericht nicht doch auf die materiellrechtlichen Rückwirkungen Rücksicht nehmen? Kann es dem kantonalen Rechte vorbehalten bleiben, für den Schiedsvertrag beliebige Formvorschriften aufzustellen oder denselben für beliebige Gebiete überhaupt auszuschliessen? Kann es vom kantonalen Rechte abhängen, ob ein Schiedsgericht von den Mitteln zur Beweisabnahme, zum Beispiel von der Zeugeneinvernahme, Editionsbegehren von Aktenstücken, Einsicht in die Geschäftsbücher etc. (eventuell unter Beziehung der staatlichen Gerichte) Gebrauch machen kann oder ausgeschlossen sein soll?

Ähnliches gilt beispielsweise inbezug auf die vorsorglichen Massnahmen, insoweit diese zur Wahrung des materiellen Rechtes erforderlich erscheinen, und Germann

¹⁸⁾ A. S. Bd. 39 II, S. 52.

¹⁹⁾ A. S. Bd. 41 II, S. 536.

²⁰⁾ Wörtlich nach Suter, Der Schiedsvertrag nach schweizerischem Zivilprozessrecht, Zeitschr. für schweiz. Recht, n. F., Bd. 47, S. 24 f.

rügt daher wohl mit Recht die diesbezügliche Praxis des Bundesgerichtes.²¹⁾

Dem allseitigen Interessenschutz sind sodann in manchen Fällen unüberwindbare Schranken durch positive Rechtsvorschrift gesetzt. So ist zum Beispiel der Genugtuungsanspruch durch ZGB und OR allzusehr eingeschränkt worden,²²⁾ und Germann beschwert sich darüber, dass in Art. 28 ZGB nicht von vornherein alle Klagen, die dem Schutz der Persönlichkeit dienen können, zugelassen werden.²³⁾

Aber derartige Unvollkommenheiten der gesetzlichen Ordnung dürfen uns nicht davon abhalten, den Grundsatz der Allseitigkeit des Schutzes der berechtigten Interessen überall da zu verwirklichen, wo die positiven Rechtssätze und das System des Zivilrechtes dies zulassen. Unser Zivilrecht beruht auf bewusster Kürze und Lückenhaftigkeit. Der Gesetzgeber war sich darüber im klaren, dass das Recht stets der Entwicklung und Vervollkommnung bedarf, und er hat dementsprechend dem Richter auch die Befugnis zur Lückenergänzung eingeräumt.²⁴⁾ Lässt sich also nicht behaupten, dass der Grundsatz der Allseitigkeit des Interessenschutzes bereits verwirklicht ist, so muss er doch als ein unserem Rechtssystem innewohnen-

²¹⁾ Vgl. Germann, Vorarbeiten zur eidg. Gewerbegesetzgebung, S. 157.

²²⁾ Vgl. z. B. Egger, Komm. zu Art. 28 ZGB, N. 9 am Schlusse, S. 237.

²³⁾ Vgl. Germann, Vorarbeiten zur eidg. Gewerbegesetzgebung, S. 122 ff. und die dort angeführten Entscheide des Bundesgerichts, insbes. A. S. 48 II, S. 16 f.

Vgl. auch Ziff. 2 der namens der schweiz. Gruppe der Association internationale pour la protection de la propriété industrielle von Zschokke verfassten „Etude sur la législation et la jurisprudence suisse concernant la concurrence déloyale“ im Annuaire 1930, S. 408.

²⁴⁾ Vgl. hiezu die Erläuterungen zum Vorentwurf, sowie die Kommentare zu Art. 1 ZGB, insbes. Egger und Gmür, ferner das Vorwort Eggers im Kommentar zur Einleitung zum ZGB und zum Personenrecht.

des Postulat angesehen werden, das den Richter zwingt, wo dies immer möglich ist, im Sinne der Vervollständigung und Vervollkommnung des Rechtsschutzsystems zu entscheiden.

Es ergibt sich hieraus die Notwendigkeit, die neuen Grundsätze, die sich in der Rechtsprechung durchsetzen, gebührend festzuhalten, damit sie nicht verlorengehen, sondern gegenteils zum festen Bestandteil des Rechtssystems werden. Im Sinne dieser Bestrebungen soll hier auf zwei obligationenrechtliche Prinzipien eingetreten werden, die ich, wie eingangs erwähnt, ursprünglich unter dem Gesichtspunkt des Einflusses des immateriellen Güterrechts auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze betrachten wollte, und von denen der erste, soweit ich sehen konnte, von der Dogmatik bisher überhaupt noch nicht beachtet worden ist.

2. Die Pflicht zur Zahlung einer angemessenen Vergütung bei rechtswidriger Benützung eines fremden Rechtsgutes ohne Schädigung.

a) Der Grundsatz im allgemeinen.

Das Basler Zivilgericht und das Bundesgericht hatten sich im Jahre 1930 mit dem folgenden Falle aus dem Gebiete des Urheberrechts zu beschäftigen:

Ein Baumeister in Basel hatte die Pläne eines Architekten in Bern nicht nur zu dem vorgesehenen Bau, sondern auch für die Errichtung einer Anzahl weiterer Häuser benützt. Der Architekt machte daher eine Honorarforderung von Fr. 800.— geltend, die er in der Klage wie folgt begründet hat: „Die Benützung architektonischer Pläne ist sowohl gemäss der Norm des S. I. A., welche jedem Baumeister bekannt ist, als auch nach Basler Ortsgebrauch, als auch nach Gesetz (BG betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst Art. 30, Ziff. 3) ohne besondere Vereinbarung nur für eine Bauausführung gestattet. Der Unterzeichnete verlangte daher vom Beklagten für

die unberechtigte wiederholte Benützung der Pläne eine Entschädigung von Fr. 800.—. Dieser Betrag entspricht dem Honorar, das der Kläger für die wiederholte Benützung der Pläne zu fordern hat und ist angemessen.“ Besonders beachtenswert ist, dass der Kläger nicht behauptete, dass ihm aus der wiederholten Benützung der Pläne ein Schaden entstanden oder ein Gewinn entgangen sei. Er verlangte also nicht Ersatz eines Schadens; dagegen stützte der klägerische Anwalt anlässlich der mündlichen Verhandlung vor Zivilgericht die Forderung u. a. auf die Grundsätze über unechte Geschäftsführung ohne Auftrag (OR 423). Aber mangels Substanziierung hätte das Gericht hierauf nicht eintreten können. Denn um festzustellen, ob der Baumeister aus der Verwendung einen herausgabepflichtigen Gewinn erzielt hat, hätte geprüft werden müssen, ob z. B. ein etwaiger Verkauf der Häuser zu Gewinn geführt hat oder wie sich die Verhältnisse sonst gestaltet haben, und es fehlten für ein solches Vorgehen schon die erforderlichen Anträge in der Klage.

Das Zivilgericht hiess die Klage ohne weitere Rechts-erörterungen gut, indem es in der Urteilsbegründung ausführte: „Die vom Kläger auf Fr. 400.— reduzierte Honorarforderung für die Wiederbenützung seiner Pläne ist bei der Tatsache, dass beide Experten diese Summe als angemessen erachten, dem Kläger zuzusprechen.“²⁵⁾

Auf ergangene Berufung hin bestätigte das Bundesgericht materiell das Urteil, indem es ohne nähere Rechtsbegründung auf Art. 41 ff. des OR verwies.²⁶⁾

Die Gutheissung der Klage durch die beiden Gerichtsinstanzen scheint also auf Grund ganz verschiedener rechtlicher Beurteilung des Falles erfolgt zu sein. Das Zivilgericht sprach ein Honorar, also eine nach der heu-

²⁵⁾ Urteil des Zivilgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 11. September 1930 in Sachen Schneiders Erben, Architekt, Bern, gegen Berli, Baumeister, Basel.

²⁶⁾ A. S. Bd. 56 II, S. 413 ff., insbes. S. 417.

tigen Rechtslehre allein auf Grund Vertrages zustehende Forderung zu, das Bundesgericht stützte sich dagegen auf die Bestimmungen über die ausservertragliche Schadenszufügung. In Wirklichkeit fehlt aber für jede der beiden Begründungen ein Element. Gegen das Zivilgericht spricht der Mangel einer vertraglichen Honorarvereinbarung, gegen das Bundesgericht das Fehlen eines Schadens. Damit kommen wir zum eigentlichen Problem, das sich allgemein dahin fassen lässt: Vermag die Tatsache allein, dass jemand rechtswidrigerweise ein fremdes Recht ausnützt, eine Pflicht zur Zahlung der üblichen Vergütung zu begründen? Ich habe bereits vor einigen Jahren in einem Aufsatz in der Schweizerischen Juristenzeitung unter dem Titel: „Vom zivilrechtlichen Schutz gegen Gebrauchsdiebstahl und sonstige widerrechtliche Benützung von fremden Gegenständen und Einrichtungen“ die Frage aufgeworfen, aber ohne die endgültige Lösung zu suchen.²⁷⁾ In dem zitierten Artikel habe ich insbesondere auf folgende Fälle verwiesen: Die Entwendung einer fremden Sache zu vorübergehendem Gebrauch, die widerrechtliche Benützung einer bloss zur Verwahrung erhaltenen Sache, die Weiterbenützung des Mietgegenstandes über die vereinbarte Dauer hinaus, die Benützung einer öffentlichen Einrichtung, z. B. einer Badeanstalt, ohne Entrichtung der festgesetzten Gebühr, der unbefugte Zutritt zu einer Theateraufführung, zu einer sportlichen Veranstaltung und dergleichen ohne Billett. Aus dem Gebiete des immateriellen Güterrechts ist vor allem beizufügen: die Verwertung eines fremden Patentes ohne Lizenz, die widerrechtliche Veröffentlichung eines literarischen Werkes und dergleichen. (Derartige Rechtsverletzungen interessieren besonders unter dem hier betrachteten Gesichtspunkt, wenn auf der einen Seite dem Rechtsträger kein Schaden entsteht und auf der anderen

²⁷⁾ Schweiz. Juristenzeitung, Bd. 24, S. 177 ff.

Seite der Verletzer den beabsichtigten Gewinn nicht erzielen kann, oder wenn von vornherein keine Gewinnabsicht verfolgt wird.)

Es ist offensichtlich, dass gegen derartige Rechtsverletzungen Rechtsschutz gewährt werden muss. Dieser Schutz muss durch das Zivilrecht erfolgen. Dem Strafrecht können nur die schwerwiegendsten Fälle zugewiesen werden, und es setzt die Aussprechung von Strafen im allgemeinen den Nachweis einer vorsätzlichen Rechtsverletzung voraus. Zudem erscheint es in der Regel als gerechtfertigt, dass derjenige, dessen Recht widerrechtlich benützt worden ist, zum mindesten die Vergütung erhält, die er normalerweise erlangt hätte, wenn er die Benützung seines Rechts jemanden durch Vertrag bewilligt hätte. Vielfach will aber jemand seine Sachen und Rechte auch gegen hohes Entgelt nicht einem Dritten zur Benützung überlassen, und scheint es daher bei absichtlicher Rechtsverletzung vom Standpunkt des Verletzten aus richtig, diesem ausser dem normalen Entgelt noch eine besondere Vergütung zu entrichten. Betrachtet man die Sache unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit, so erscheint dies als unerlässlich. Es heisst ja in vielen Fällen geradezu zu Rechtsverletzungen herausfordern, wenn der Täter im Zeitpunkt der Begehung im schlimmsten Falle riskieren muss, die normale Vergütung entrichten zu müssen, während er doch die Aussicht hat, ohne irgend welche Gegenleistung in den Genuss einer Sache zu kommen.²⁸⁾

Die Erhebung eines „Zuschlages“ zur ordentlichen Gebühr bei Versuch der Umgehung derselben wird manchmal in den Reglementen von öffentlichen Anstalten vorgesehen. Sodann wird namentlich in der Eisenbahngesetzgebung oder in den Gebührenordnungen von privaten Eisenbahnen die Erhebung von Zuschlagsgebühren angeordnet für den Reisenden ohne Fahrtausweis. In

²⁸⁾ Vgl. Ihering, Der Kampf ums Recht, 19. Auflage, S. 86 ff.

Frankreich wird z. B. meist die doppelte Taxe erhoben; in der Schweiz ein Zuschlag von 50 Cts.

Unsere Zivilgesetzgebung sieht keine derartigen Zuschläge vor. Am weitesten geht vielleicht Art. 940 ZGB, der bezüglich des bösgläubigen Besitzers einer Sache vorsieht, dass er nicht nur für die bezogenen, sondern auch für die versäumten Früchte Ersatz zu leisten hat, und zwar unabhängig davon, ob der wahre Berechtigte die Früchte bezogen hätte. Für den Fall des Verzuges bestimmt Art. 104 OR, dass der säumige Schuldner einer Geldsumme mindestens 5% Verzugszinsen zu bezahlen hat, und falls höhere Vertragszinsen oder Kommissionen ausbedungen waren, dass diese auch während der Dauer des Verzuges zu entrichten sind. Für den Verwahrungsvertrag stellt sodann Art. 474 Abs. 4 OR den Grundsatz auf, dass der Verwahrer bei eigenmächtiger Benützung der ihm anvertrauten Sache eine angemessene Entschädigung zu entrichten hat.

Keine Gesetzesbestimmung besteht für den Fall des Besuches von Veranstaltungen ohne Eintrittskarte, z. B. von Konzerten, Theatervorführungen, Pferderennen, Schwimmbädern etc. etc. Wird jedoch ein derartiger Besucher erwischt, so ist es das allerwenigste, dass er den normalen Preis für seinen Platz zu bezahlen hat, auch wenn man sich ihm gegenüber auf keinen geschriebenen Rechtssatz berufen kann. Das Rechtsgefühl ist hier so stark, dass man im allgemeinen gar nicht nach einer weiteren rechtlichen Begründung fragen wird. Will man sich hiermit nicht zufrieden geben, so lässt sich darauf verweisen, dass schon die obigen Analogien eine gewisse positivrechtliche Grundlage abgeben und dass es sich in den genannten Fällen zudem um Brachland der Gesetzgebung handelt, sodass nicht nur ein Recht, sondern auch die Pflicht zur Lückenergänzung besteht.

Mit der gleichen Selbstverständlichkeit, wie die allgemeine Rechtsauffassung in den zuletzt genannten Fällen, haben nun also auch das Basler Zivilgericht und

das Bundesgericht dem Architekten, dessen Pläne unbefugterweise mehrfach verwendet worden sind, das von den Experten als angemessen betrachtete Honorar ohne weitere rechtliche Begründung zuerkannt. So hat also ganz unbemerkt aus dem Urheberrecht heraus der allgemeine Rechtsgrundsatz, dass bei widerrechtlicher Benützung fremder Sachen oder unkörperlicher Güter oder nur gegen Entgelt zugänglicher Einrichtungen und Veranstaltungen zum mindesten die normale Vergütung zu entrichten ist, in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erstmals Anwendung gefunden.

b) Angemessene Vergütung und Gewinnanteil.

Als angemessene Vergütung erscheint eine Vergütung in mindestens der Höhe, wie sie normalerweise vorgesehen wird, bei Verträgen über Leistungen der Art, wie sie sich der eigenmächtig Vorgehende ohne Vertrag verschafft hat. Daraus ergibt sich, dass bei Vertragsarten, bei welchen dies üblich ist, ein angemessener Anteil am Gewinn beansprucht werden kann. Eine derartige Übung besteht namentlich bei Lizenzverträgen, und es fällt daher die Zusprechung eines angemessenen Anteils am Gewinn insbesondere bei gewinnbringender unerlaubter Benützung einer fremden Erfindung oder eines Urheberrechts in Betracht. In den letztgenannten Fällen besteht allerdings, wie im folgenden Kapitel gezeigt werden soll, grundsätzlich auf Grund von Art. 423 OR eine Pflicht zur Herausgabe des gesamten Gewinnes; sollte man aber den Standpunkt einnehmen, dass die Pflicht zur Herausgabe des Eingriffserwerbs nur bei Verschulden oder gar nur bei absichtlicher Rechtsverletzung gegeben ist, wie dies z. B. in Deutschland auf Grund von BGB § 687 Abs. 2 meist angenommen wird²⁹⁾, so bildet die hier sich bietende Möglichkeit der Zusprechung eines angemessenen Gewinnanteils eine praktisch äusserst wichtige Ergänzung der

²⁹⁾ Vgl. Franke, Herausgabe des Gewinnes bei Verletzung absoluter Rechte, Leipzig 1931.

Bestimmungen über die Folgen der Verletzung von Patent- und Urheberrechten, welche, soviel ich sehen konnte, bisher noch nirgends beachtet worden ist.

c) Die Frage des Verschuldens.

Wird durch die Benützung einer Einrichtung ohne Entrichtung des vorgesehenen Preises eine Ersparnis erzielt, oder führt die unberechtigte Benützung einer fremden Sache oder eines immateriellen Gutes zu einer Bereicherung, so erscheint die Pflicht zur Entrichtung einer angemessenen Vergütung ohne Rücksicht auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Verschuldens als billig und angemessen; wir haben es unter der obigen Voraussetzung mit einem der ungerechtfertigten Bereicherung nahe verwandten Fall zu tun; das Moment der ungerechtfertigten Bereicherung auf der einen Seite ist erfüllt; dagegen erleidet der andere, dessen Rechte verletzt worden sind, zwar keine eigentliche Vermögensverminderung, aber es entgeht ihm ein Gewinn; durch die Unterlassung eines Vertragsschlusses kommt er um die Vergütung, die ihm normalerweise bezahlt werden müsste. Es handelt sich also rechtspsychologisch um einen der ungerechtfertigten Bereicherung äusserst nahestehenden Fall. Die Bereicherungsgrundsätze müssen auch dann Anwendung finden, wenn jemand einem andern durch ein objektiv widerrechtliches Verhalten einen Gewinn vorenthält und sich dadurch bereichert. Herauszugeben ist also, wenn kein schuldhaftes Verhalten vorliegt, nicht der Eingriffserwerb als solcher, sondern nur der Teil, der der Ersparnis des Bereicherten aus der Unterlassung eines Vertragsabschlusses entspricht.

Die Reglemente von Eisenbahnen, Museen, Theatern, Badeanstalten etc., die den Fall der Benützung ohne Billett regeln, sehen jedoch meist von der Verschuldensfrage vollständig ab, unabhängig davon, ob der Besucher sich vielleicht in einem Irrtum befand und bei Kenntnis der wahren Sachlage die Leistung gar nicht gewünscht hätte.

Auch wenn jemand versehentlich in einen falschen Eisenbahnwagen steigt und eine Fahrkarte an sein richtiges Fahrziel vorweisen kann, muss er den Fahrpreis und die Zuschlagstaxe zahlen. Ähnlich, wie vielfach bei Polizeidelikten, wird keine Entschuldigung zugelassen; schon allein die mehr oder weniger theoretische Möglichkeit, den Irrtum zu vermeiden, genügt für die Haftung. Immerhin wird, wenn keine direkte oder indirekte Bereicherung des unrichtig Handelnden vorliegt, dieser im Falle von Unzurechnungsfähigkeit nicht haftbar gemacht werden können.

Der tiefere Grund für den grundsätzlichen Ausschluss der Exkulpationsmöglichkeit in den verschiedenen Reglementen ist zweifellos im Rechtsschutzbedürfnis zu erblicken. Würden Entschuldigungen zugelassen, so wäre zu befürchten, dass gewisse Leute kein Billett lösen würden in der Hoffnung, selbst bei Entdeckung durch Vortäuschen eines mehr oder weniger plausiblen Entschuldigungsgrundes um die Entrichtung der Gebühr herumzukommen. Zudem wirkt die Zahlungspflicht unabhängig vom Nutzen erzieherisch. Wer einen falschen Zug bestiegen hat und deshalb für eine zwecklose Fahrt das Entgelt oder sogar noch einen Zuschlag entrichten muss, wird in der Regel inskünftig noch umsichtiger sein als bis anhin.

3. Die Pflicht zur Herausgabe des durch rechtswidrige Verletzung einer fremden Rechtssphäre erzielten Gewinnes.

a) Der Grundsatz im allgemeinen.

Ungefähr zur gleichen Zeit, als ich in der Zeitschrift für schweizerisches Recht³⁰⁾ die Ansicht äusserte, dass nach der Auslegung, die Art. 423 OR betreffend der sogenannten unechten Geschäftsführung ohne Auftrag durch die Gerichtspraxis erfahren hat, ein allgemeiner Rechtsgrundsatz besteht, demzufolge bei den verschiedenartig-

³⁰⁾ In der Abhandlung „Von der Haftung für den Schaden eines Dritten“, a. a. O. Bd. 46, S. 282 ff., insbes. S. 319 ff.

sten gewinnsüchtigen Eingriffen in die Rechtssphäre eines anderen der erzielte Gewinn voll herauszugeben ist, hat Prof. Germann in einem in der Folge unter dem Titel: „Vorarbeiten zur eidgen. Gewerbegesetzgebung“ publizierten Gutachten die gegenteilige Auffassung vertreten, dass in der schweizerischen Rechtsprechung bloss „gewisse Ansätze“ zur Anerkennung eines solchen Grundsatzes bestehen. Seiner Ansicht nach hat das Bundesgericht „wie die deutsche Praxis einen Anspruch auf Herausgabe des widerrechtlichen Gewinnes nur im Urheber- und Patentrecht anerkannt, dagegen bei Verletzung des Markenrechtes und Gebrauch falscher Herkunftsbezeichnungen abgelehnt“³¹⁾. Es ist nun zwar richtig, dass das Bundesgericht bei Markenrechtsverletzungen und bei Gebrauch falscher Herkunftsbezeichnungen die Klage auf Herausgabe des widerrechtlichen Gewinnes abgewiesen hat. Beachten wir jedoch die Daten der einzelnen Urteile und deren nähere Begründung, so scheint mir, dass man unbedingt zur Annahme eines allgemeinen zur Herausgabe des widerrechtlichen Gewinnes verpflichtenden Prinzipes gelangen muss. Die Entscheidungen betreffend Verletzung des Markenrechtes und den Gebrauch falscher Herkunftsbezeichnungen erscheinen als überholt, und selbst wenn heute noch gleich entschieden werden sollte, würden sich diese Entscheide gegenüber dem klar zum Ausdruck gebrachten allgemeinen Prinzip als widersprechende Ausnahmen darstellen. Germann stützt seine Ausführungen betreffend des Markenrechtes und der Herkunftsbezeichnungen auf einen Entscheid des Bundesgerichts aus dem Jahre 1910³²⁾ und dieser wiederum auf zwei weit zurückliegende Urteile³³⁾. Diese gingen davon aus, dass keine gesetzliche Grundlage bestehe, um den Verletzer zur Herausgabe des widerrechtlichen Gewinnes zu verurteilen. Der entgegengesetzte patentrecht-

³¹⁾ Vorarbeiten, S. 144.

³²⁾ A. S. Bd. 36 II, S. 598 ff.

³³⁾ A. S. Bd. 17, S. 140 und A. S. Bd. 25 II, S. 297 ff.

liche Entscheid aus dem Jahre 1909 stützte sich dagegen auf die Analogie zur ausdrücklichen Bestimmung von Art. 23 des alten Urheberrechtsgesetzes, demzufolge, selbst wenn kein Verschulden vorliegt, der durch Verletzung eines Urheberrechts erzielte Gewinn herausgegeben werden musste, und gleichzeitig auch auf Art. 473 a. OR (nunmehr Art. 423). Während hier Art. 423 OR noch keine über den Einzelfall hinausgehende Tragweite beigemessen wird, hat dann das Bundesgericht im Jahre 1919, wohl unter dem Einfluss der Rechtsideen des ZGB, diesen Artikel in einer Art und Weise ausgelegt, die geeignet ist, ihn zu einem Grundpfeiler des Rechtsschutzsystems zu stempeln. Nach dem Urteil in Sachen Mellwig c. Mertz vom 19. März 1919³⁴⁾ ist „als Geschäftsführer ohne Auftrag anzusehen und demgemäss zur Herausgabe des Ergebnisses der Geschäftsführung an den Geschäftsherrn verpflichtet, wer sich unbefugterweise in einen fremden Interessenkreis einmischt . . . Dabei darf der Begriff des fremden Geschäftes nicht einschränkend ausgelegt werden. Ein solches ist vielmehr immer schon dann als vorhanden anzusehen, wenn der Handelnde Geschäfte auf eigene Rechnung und in eigenem Interesse abgeschlossen hat, die er ohne Verletzung der Rechte eines anderen nicht hätte ausführen können, wenn er also durch deren Abschluss in fremde Rechte und dadurch in fremdes Vermögen eingegriffen hat“. So kam denn das Bundesgericht dazu, die Gewinnherausgabe wegen rechtswidriger Benützung urheberrechtlich nicht geschützter Pläne und Zeichnungen für die Herstellung von Drehbänken zu verfügen. In dem von Germann zitierten patentrechtlichen Urteil vom 28. Dezember 1923 in Sachen Allgemeine Elektrizitätsgesellschaft Berlin c. Basler Glühlampenfabrik A.-G. beruft sich dann das Bundesgericht vor allem auf Art. 423 OR, während die Spezialbestimmung aus dem Urheberrecht nicht mehr erwähnt wird.

³⁴⁾ A. S. Bd. 45 II, S. 202 ff.; Praxis Bd. 8 S. 173 ff.

b) Die Herausgabepflicht bei Vorhandensein einer unbestimmten Anzahl von Verletzten.

Schwierigkeiten bereiten die Fälle des unlauteren Wettbewerbes, bei welchen die Rechte einer unbestimmten Zahl von Konkurrenzfirmen verletzt werden. Es muss natürlich auch in diesen Fällen Rechtsschutz durch Verurteilung des Rechtsbrechers zur Gewinnherausgabe gewährt werden. Aber wie ist zu entscheiden, wenn die Klage nur von einem Teil oder überhaupt nur von einer der geschädigten Firmen erhoben wird? Da die gesetzliche Regelung hier lückenhaft ist, ist der Richter nach Art. 1 ZGB verpflichtet, gemäss der Regel zu entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Die Entscheidung muss sich dabei möglichst harmonisch in das System des ZGB einfügen. Ich kann daher dem Vorschlag Germanns³⁵⁾, ganz allgemein die Berufsverbände vorzuschieben, nicht folgen; dagegen könnte m. E. entweder während des Prozesses eine Art Interventionsverfahren mit öffentlicher Einladung aller Interessenten zur Teilnahme am Prozess oder noch einfacher nach erfolgter Verurteilung ein Aufrufsverfahren angeordnet werden, unter Ansetzung einer angemessenen Frist für die Geltendmachung von Ansprüchen auf Anteil am herauszugebenden Eingriffserwerb. Sollte nach Durchführung eines solchen Verfahrens ein übermässiger Eingriffserwerb übrig bleiben, so erhebt sich die Frage, ob das Zuviel nicht der Allgemeinheit zuzuweisen ist, sei es einem staatlichen Gemeinwesen wie bei Auflösung einer rechtswidrigen juristischen Person (ZGB Art. 57, Abs. 3) oder einem eventuell vom Kläger selbst bezeichneten gemeinnützigen Unternehmen, in Anlehnung an die Erscheinung, dass eigentliche Genugtuungsforderungen wie auch Schadensersatzansprüche, die bloss die Funktion der Genugtuung erfüllen sollen, vom Verletzten häufig

³⁵⁾ a. a. O. S. 146 f.

an gemeinnützige Institutionen überwiesen werden³⁶⁾. Da das Interesse an Einheitlichkeit relativ gering ist, und da es sich nicht um eine Alternative zwischen einer richtigen und einer unrichtigen Lösung handelt, sondern um die Wahl zwischen verschiedenen gleich gerechten Lösungen, darf das Bundesgericht m. E. auch voneinander abweichende Urteile kantonaler Gerichte schützen, insoweit die für Ermessensentscheide geltenden Grundsätze gewahrt sind.

c) Die Frage des Verschuldens und der Beweislast.

Nach dem Wortlaut von Art. 423 OR ist die Pflicht zur Herausgabe des Eingriffserwerbs unabhängig vom Vorliegen eines schuldhaften Verhaltens auf Seiten des zur Herausgabe Verpflichteten gegeben. Bei Fehlen eines schuldhaften Verhaltens kann jedoch die unbeschränkte Herausgabepflicht als überaus unbillig erscheinen.³⁷⁾ Da die heutige ausgedehnte Anwendung von Art. 423 OR zweifellos erst das Werk der Rechtsprechung ist und vom Gesetzgeber nicht vorausgesehen werden konnte, dürfte es wohl richtig sein, nicht zu sehr auf den Wortlaut von Art. 423 OR abzustellen, sondern für die Schuldfrage auf die allgemeinen Bestimmungen zurückzugehen.

Im Hinblick auf die im vorangehenden Kapitel festgestellte Pflicht zur Entrichtung einer angemessenen Vergütung — die auch in einem Gewinnanteil bestehen kann — schon bei nicht schuldhafter Benützung eines fremden Rechtes, gelangt man so zwangsläufig in allen Fällen zu einer gerechten Lösung.

Von besonderer Bedeutung wird die Beweislastfrage, insofern man annimmt, dass die Anwendbarkeit von Art. 423 OR ein schuldhaftes Verhalten zur Voraus-

³⁶⁾ Vgl. auch Art. 40 des liechtensteinischen Personen- und Gesellschaftsrechts.

³⁷⁾ Vgl. meine Ausführungen hierüber in *Zeitschr. für schweiz. Recht*, Bd. 46, S. 322 ff.

setzung hat. Da es für den Verletzten in der Regel unmöglich sein wird, den Schuldnachweis zu leisten, während umgekehrt dem Eingreifer der Exkulpationsbeweis ohne weiteres zugemutet werden kann, dürfte es richtig sein, die Beweislast auch in diesem Sinne zu verteilen. Man kann diese Beweislastverteilung entweder rein formell aus der Stellung von Art. 423 OR im Vertragsrecht oder mehr sachlich und daher einwandfreier aus der Interessenlage selbst ableiten unter Anlehnung an die zahlreiche Ausnahmen statuierende Praxis zur Beweisregel des Art. 8 ZGB.

IV. Die Vermutung für die Schutzwürdigkeit der Interessen.

Das Prinzip des Schutzes eines jeden Interesses wird ergänzt durch eine Vermutung zugunsten der Berechtigtkeit. Diese Vermutung ist zwar nirgends ausdrücklich ausgesprochen, sie liegt aber unserm gesamten Rechtssystem zugrunde, wie sich insbesondere aus dem Grundsatz der Freiheit, wie auch aus der geltenden Widerrechtlichkeitstheorie ergibt.

1. Der Grundsatz der Freiheit.

Jedes Zusammenleben, jede Organisation setzt der Freiheit Schranken. Absolute Freiheit im Rahmen einer rechtlichen Ordnung ist von vornherein ausgeschlossen; wenn Huber den Grundsatz der Freiheit in den Erläuterungen an die Spitze der allgemeinen Grundsätze gestellt hat, so ist klar, dass er darunter nicht eine absolute Freiheit verstehen wollte, sondern bloss eine mit der Aufgabe des Rechts vereinbare Freiheit, eine Freiheit im Rahmen vernünftiger Ordnung.

Im einzelnen hat das Prinzip der Freiheit ein vierfaches Anwendungsgebiet:

- a) Schon bei der Rechtssetzung ist davon auszugehen, zwingende Normen tunlichst zu vermeiden

(vgl. Erläuterungen, S. 25) und überall da, wo keine besonderen Gründe vorhanden sind, von jedem Zwange abzusehen und zugunsten der Freiheit zu entscheiden.

- b) Sodann gilt insbesondere für die Gesetzesinterpretation der sog. Grundsatz in dubio pro libertate. Im Zweifel ist bei der Gesetzesauslegung zugunsten der Freiheit von jedem Zwang und für die Nichtausdehnung freiheitsbeschränkender Normen zu entscheiden.

Das angeführte Prinzip spielt in der Gerichtspraxis eine wichtige Rolle, wird aber sonderbarerweise in der Interpretationslehre kaum beachtet.³⁸⁾ Besonders bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass der Grundsatz umso rigoroser gehandhabt wird, je lebenswichtiger das gefährdete Interesse erscheint.³⁹⁾

- c) Ähnlich wird man es bei Zweifel über den gemeinsamen Parteiwillen anlässlich der Auslegung von Rechtsgeschäften umso strenger mit dem Beweise nehmen, je einschneidender die in Frage stehende Freiheitsbeschränkung erscheint; es gilt dies übrigens für das gesamte Beweisrecht. Das Mass der an den Beweis zu stellenden Anforderungen bestimmt sich auf Grund von Interessenabwägungen. Zu den zu beachtenden Interessen gehört auch die Sorge um Wahrung der persönlichen Sicherheit, der Freiheit.
- d) Innerhalb des materiellen Rechts führt der Grundsatz der Freiheit zum Prinzip der Selbstbestimmung, der Privatautonomie.

Soweit irgendwie möglich, soll jeder selbst entscheiden können, ob und wie er seine Interessen wahren will, und die freie Befugnis besitzen, sich die Rechtsverhältnisse nach dem eigenen Dafürhalten zu ge-

³⁸⁾ Vgl. die näheren Ausführungen hierüber in meinem Aufsatz „Die Gesetzesauslegung im Steuerrecht“, Schweiz. Juristenzeitung, Bd. 26, S. 151 ff., insbes. S. 152 f.

³⁹⁾ Wir sehen dies am besten an dem bekanntesten Anwendungsfall im Strafrecht, dem Grundsatz „in dubio pro reo“.

stalten, bzw., im Verkehr mit Dritten, nach freier Verständigung beliebige Vereinbarungen zu treffen. Das Prinzip der Privatautonomie hat also seinerseits ein doppeltes Anwendungsgebiet: Die Freiheit der Entscheidung bezüglich der oft kollidierenden eigenen Interessen und die sogenannte Vertragsfreiheit. Es ist hier nicht der Ort, um auf die dem Prinzip der Selbstbestimmung gesetzten Grenzen einzutreten. Erwähnt sei nur, dass diese nicht nur im Interesse Dritter bestehen, sondern auch zum Schutze der dauernden Freiheit und der dauernden Interessen des Betroffenen selbst gegenüber der Freiheit und den Interessen des Augenblicks.

Gemeinsam ist all diesen Anwendungsfällen des Freiheitsprinzips der Gedanke, dass das Recht nicht als Selbstzweck aufzufassen ist, und dass daher die Persönlichkeit nur einzuschränken ist, insofern irgend ein schutzwürdiges Interesse es verlangt, sei es mit Rücksicht auf Dritte, sei es im Hinblick auf das Wohl des Betroffenen selbst. Aber am weitesten geht der an letzter Stelle angeführte Grundsatz der Selbstbestimmung; denn in diesem Prinzip kommt klar zum Ausdruck, dass nicht nur jeder unnötige Rechtszwang zu vermeiden und dass nicht nur die Freiheit in abstracto zu schützen ist, sondern dass darüber hinaus das auf Grund der Freiheit Bestimmte als Objekt der rechtlichen Anerkennung und Durchsetzung zu betrachten ist.

2. Der Widerrechtlichkeitsbegriff.

Die Auffassung über die Freiheit muss sich auch in der Widerrechtlichkeitstheorie widerspiegeln; besteht grundsätzlich Freiheit, insoweit der Rechtsordnung nicht eine einschränkende Vorschrift zu entnehmen ist, so muss auch jede Handlung an und für sich als erlaubt und daher nicht rechtswidrig erscheinen, insofern sich nicht aus irgend einer Rechtsnorm deren Unzulässigkeit ergibt.

Diese Lösung stimmt mit der Widerrechtlichkeitstheorie des OR überein.

Das Bundesgericht hat hinsichtlich der Deliktshaftung schon vor der Revision des OR ohne Stütze durch den Gesetzestext in dem Sinne geurteilt, dass nicht schon die Handlung, deren Berechtigung sich nicht bereits auf Grund einer Rechtsvorschrift ergibt, als unerlaubt anzusehen ist, sondern nur diejenige Handlung, die durch die Rechtsordnung geschützte Interessen eines Dritten verletzt, also nur der „*acte contraire au droit*“⁴⁰⁾. Die neue Fassung von Art. 41 OR hat diese Praxis sanktioniert. In Verbindung mit den allgemeinen Beweisgrundsätzen besteht somit auch hier eine Vermutung für die prinzipielle Berechtigung einer jeden Handlung.

3. Sachliche Rechtfertigung der Vermutung zugunsten der Schutzwürdigkeit der Interessen.

Der innere Grund für die Vermutung zugunsten des Berechtigten dürfte darin zu erblicken sein, dass eben alles Natürliche, alles Angeborene dem Menschen notwendigerweise als berechtigt erscheinen muss, sofern nicht vernünftige Gründe dagegen sprechen; diese können nach dem Interessenbegriff nur im Vorhandensein wichtigerer entgegenstehender Interessen bestehen, seien es entgegenstehende Interessen des betreffenden Individuums selbst, seien es Interessen irgend eines bestimmten Dritten oder irgend einer Gruppe von Aussenstehenden. Damit sind auch die Schranken für den Interessenschutz gegeben, und es erhellt ohne weiteres, dass für die Vermutung für die Schutzwürdigkeit nur so weit Raum besteht, als an und für sich Zweifel bestehen können und ein Interesse nicht schon seiner Natur nach mit wertvolleren Interessen in Konflikt tritt.

⁴⁰⁾ Vgl. z. B. Becker, Komm., Art. 41 OR, N. 25, S. 174.

4. Art. 28 ZGB: Berechtigte - persönliche Verhältnisse und „unbefugte“ Verletzung derselben.

Das Gesetz stellt keine besonderen Erfordernisse auf für den Schutz der persönlichen Verhältnisse; es betrachtet dieselben ohne weiteres als schutzwürdig, als berechtigt. Auf der anderen Seite wird aber auch betreffend des Unbefugten nichts Besonderes bestimmt, sodass auch hiefür der gewöhnliche Widerrechtlichkeitsbegriff anwendbar ist; demnach besteht also im Zweifel auch eine Vermutung dafür, dass die einem anderen nachteilige Handlung nicht widerrechtlich ist und somit keine unbefugte Verletzung seiner persönlichen Verhältnisse darstellt. „Der Verletzer beruft sich mit Fug auf sein Betätigungsrecht“, das selbst wiederum aus Art. 28 ZGB positiv abgeleitet werden kann auf dem Wege über den Schutz der persönlichen Verhältnisse, und zwar insbesondere der persönlichen Güter.⁴¹⁾ Das liechtensteinische Personen- und Gesellschaftsrecht, das auch in diesem Punkte die aus dem ZGB übernommene Bestimmung in konsequenter Weise weiterentwickelt hat, bringt dieses Verhältnis der Gegenseitigkeit noch deutlicher zum Ausdruck, indem es in dem bereits angeführten Art. 39 den Schutz der persönlichen Verhältnisse nur so weit zugesteht, als es „mit den Interessen der Mitmenschen verträglich ist“.

Aus dem Gegenüberstehen von Vermutung gegen Vermutung in Art. 28 ZGB und von Persönlichkeit gegen Persönlichkeit im Rechtsleben ergibt sich die Notwendigkeit, es nicht bei der allgemeinen Norm bewenden zu lassen, sondern den Kreis der dem einzelnen zustehenden Rechte nach Möglichkeit durch klare Spezialnormen zu umschreiben. Aber die Art. 28 ZGB entnommene Bestimmung büsst dadurch an Wert nicht ein; sie stellt dem Richter eine subsidiäre Rechtsnorm zur Verfügung für die Anpassung des Rechts an die jeweiligen Lebens-

⁴¹⁾ Egger, Komm., 2. Aufl., Art. 28 ZGB, N. 59, S. 258 f. und N. 28, S. 245.

bedürfnisse durch Gewährung des Rechtsschutzes auch in Fällen, die im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt worden sind. Sie gibt ferner eine Richtlinie für die Interpretation der Spezialnormen selbst. Endlich ist sie in systematisch-dogmatischer Hinsicht vor allem geeignet, den Zusammenhang zwischen den verschiedenen Teilen des Privatrechts zu vermitteln. Vom gesetzestechnischen Standpunkt aus wäre es allerdings wünschenswert, dass der Grundsatz des prinzipiellen Schutzes eines jeden berechtigten Interesses in allgemeiner Fassung und an gebührend hervortretender Stelle zum Ausdruck gebracht wird (vgl. II, 2 hiavor, in fine).

V. Der Interessenschutz auf dem Wege über den Gemeinschaftsgedanken.

Im Bisherigen sind der Persönlichkeitsgedanke und die Individualsphäre für die Begründung des Interessenschutzes in den Vordergrund getreten. Um nicht dem Vorwurf der Einseitigkeit zu verfallen, scheint es unerlässlich, auf das Verhältniß zu dem unserem Rechte ebenfalls innewohnenden Gedanken der Gemeinschaft und der Solidarität⁴²⁾ in aller Kürze einzutreten. Je mehr man indessen bestrebt ist, einen Gegensatz zwischen diesen beiden Ideenkreisen herauszuarbeiten, umso mehr muss man zur Überzeugung gelangen, dass gar kein notwendiger Gegensatz vorhanden ist; einerseits stützt sich die Geltung der Rechtsordnung selbst auf die Gesamtheit der durch sie Verbundenen und anderseits vermag das Gesamtinteresse nichts anderes als das Interesse unzähliger Einzelner zu verkörpern. Der Gegensatz zwischen Individualinteresse und Gesamtinteresse reduziert sich daher im konkreten Fall immer auf die Frage, welchen Individualinteressen der Vorzug zu geben ist. Die gerechte Entscheidung

⁴²⁾ Vgl. Egger, Komm., Allgemeine Einleitung, N. 38, S. 33.

kann dabei im Laufe der Zeiten einen Wandel erfahren; denn das Rechtsgefühl steht in engstem Zusammenhang mit dem Zugehörigkeitsgefühl. Je nach der wirtschaftlichen und kulturellen Stufe müssen sich aber auch die Zugehörigkeitsvorstellungen ändern.

Der Solidaritätsgedanke äussert sich für den einzelnen meist am unmittelbarsten in Beschränkungen; es gibt aber auch Fälle, in welchen den unmittelbaren Beschränkungen des einen unmittelbare Rechte und Befugnisse eines anderen gegenüberstehen, die sich allein auf Grund der Gemeinschaftsidee erklären lassen, so zum Beispiel das Recht auf einen Notweg oder auf einen Notbrunnen, die Befugnis zu Notstandseingriffen, die Verpflichtung des Finders, nach dem Eigentümer zwecks Rückgabe der verlorenen Sache zu forschen usw. An und für sich könnte das Prinzip des Schutzes eines jeden berechtigten Interesses auch alle derartigen Fälle umschliessen. Es wäre jedoch m. E. falsch, den Grundsatz schon heute in diesem Sinne auslegen zu wollen. Seiner Entstehung nach kann der Satz bloss den Schutz der Persönlichkeitssphäre auf Grund ihres mehr oder weniger natürlichen Geltungsbereiches bezwecken. Doch scheint sich der Grundsatz von Art. 2 ZGB auch zu einem allgemeinen Prinzip zugunsten der Anerkennung der unmittelbaren Rechtswirkungen des Solidaritätsgedankens zu entwickeln. Egger⁴³⁾ nimmt bereits an, dass sich unter Umständen auch ohne besondere gesetzliche Grundlage der Kontrahierungszwang auf Grund von Treu und Glauben im Verkehr ergeben könne.⁴⁴⁾ Die konsequente

⁴³⁾ Egger, Komm., Art. 2 ZGB, N. 21, S. 71.

⁴⁴⁾ Die Frage des Kontrahierungszwanges kann z. B. bei den in manchen Kantonen vorwiegend gemeindeweise bestehenden Elektrizitätsgenossenschaften praktisch werden: Soll es der Vorstand einer solchen Genossenschaft in der Hand haben, Genossen, die sich beispielsweise in einer Gemeindeangelegenheit unbeliebt gemacht haben, von der Genossenschaft und damit auch vom Strombezug auszuschliessen? (Die Frage ist vom genossenschafts-

Fortbildung dieser Ideen in Rechtsprechung und Wissenschaft dürfte schliesslich dazu führen, dass das Prinzip des Schutzes eines jeden berechtigten Interesses in seiner allgemeinsten Bedeutung verstanden werden muss, und dass es dann demgemäss auch den Interessenschutz auf dem Wege über den Gedanken der Zusammengehörigkeit in sich schliessen wird.

rechtlichen Problem des unentziehbaren Aufnahmeanspruches in eine Genossenschaft unabhängig; denn dem Interessenten ist bereits geholfen, wenn er gegenüber der Genossenschaft Anspruch auf Strombezug zu normalen Bedingungen erhält, auch wenn ihm kein Mitspracherecht in den Angelegenheiten der Genossenschaft eingeräumt wird.)