



# Zusammenfassung

Haftungsausschluss: Der Autor und die Fachschaft Jus Luzern (Fajulu) übernehmen keinerlei Gewähr hinsichtlich der inhaltlichen Richtigkeit, Genauigkeit, Aktualität, Zuverlässigkeit und Vollständigkeit der Informationen. Haftungsansprüche gegen den Autor oder die Fajulu wegen Schäden materieller oder immaterieller Art, welche aus dem Zugriff oder der Nutzung bzw. Nichtnutzung der Zusammenfassung entstehen werden ausgeschlossen.

# Zusammenfassung „Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches“

Heinz Hausherr und Regina E. Aebi-Müller

---

## § 1 Einleitung

### I. Gegenstand des Personenrechts

Personen: Subjekte der (Privat-)Rechtsordnung, Träger von Rechten und Pflichten

Personenrecht > Umschreibung der Rechtssubjekte und deren rechtlichem Status

- unter welchen *Voraussetzungen* und in welchem *Umfang* können Rechte und Pflichten erworben werden?
- *Beginn* und *Ende* des menschlichen Individuums als natürliche Person
- Umschreibung der Eigenschaften, die in behördlich geführten Registern festgehalten werden:
  - o Identifizierung der Person (Namensrecht)
  - o Verankerung der Person in der näheren und weiteren Familie (Verwandt- und Schwägerschaft)
  - o Lokale Verortung (Wohnsitz/Heimat)
- konstituierende Eigenschaften
- wie können Personenverbindungen und verselbstständigte Zweckvermögen zu Trägern von Rechten und Pflichten werden (jur. Personen)
- Schutz der Persönlichkeit (von nat. und jur. Personen)

### II. Gesetzssystematik

#### 1. Personenrecht als Teil des Zivilgesetzbuches

Das ZGB umfasst folgende Teile

- Einleitungsartikel (Art. 1-9 ZGB)
  - o Sog. „AT“ des ZGB  
Sie gelten aber auch für das OR und für das weitere Bundesprivatrecht und darüber hinaus – als allg. Rechtsgrundsätze - für die gesamte Rechtsordnung
- Personenrecht (Art. 11-nArt. 89c ZGB)
  - o Privatrechtssubjekte
    - nat. Person (Art. 11-51 ZGB)
    - jur. Person (Art. 52-nArt. 89c ZGB)
- Familienrecht (Art. 90-456 ZGB)
- Erbrecht (Art. 457-640 ZGB)
- Sachenrecht (Art. 641-977 ZGB)
- Schlusstitel
  - o sog. SchIT ZGB; insg. 61 Artikel
- Obligationenrecht OR
  - o Verbindung ZGB-OR durch Art. 7 ZGB

# Die natürlichen Personen

---

## § 2 Rechtsfähigkeit

### I. Begriff

Rechtsfähigkeit: Möglichkeit einer Person, Träger von Rechten (aktive RF) und Pflichten (passive RF) zu sein. Auch Handlungsunfähige (Neugeborene, geistig Behinderte, Bewusstlose) sind rechtsfähig.

Rechtsfähigkeit ist zu unterscheiden von Handlungsfähigkeit, Verfügungsfähigkeit, sowie der Partei- und Prozessfähigkeit.

### II. Bedeutung von Art. 11 ZGB

#### 1. Allgemeines

Art. 11 Abs. 1 ZGB: Jedermann ist rechtsfähig

Die Rechtsfähigkeit ist kein Recht, sondern vielmehr eine Fähigkeit. Sie bildet lediglich die Voraussetzung dafür, dass jemand Rechtsträger sein kann. Die RF wird deshalb auch als ein besonderes Statusrecht oder Personenstandsrecht umschrieben.

Natürliche Personen sind um deren Menschseins willen rechtsfähig, juristischen Personen muss die Rechtsordnung die Rechtsfähigkeit ausdrücklich einräumen.

#### 2. Umfang der Rechtsfähigkeit

Art. 11 Abs. 2 garantiert die *Gleichheit* von Rechten und Pflichten → Gleichheitsprinzip

Damit schafft der Staat für alle Bürger eine gleiche private Ausgangslage. Allerdings handelt es sich dabei nicht um eine absolute Gleichheit, sondern nur um eine „in den Schranken des Gesetzes“. In Bezug auf ihre persönliche, wirtschaftliche und soziale Stellung sind Personen durch das Gesetz nicht gleichgestellt.

Eine Abstufung der Gleichheit nach bestimmten Kriterien (Alter, Geschlecht usw.) ist durchaus zulässig, jedoch nur bei Vorliegen triftiger Gründe.

##### a) Alter

Das Alter hat keinen Einfluss auf die Rechtsfähigkeit. Allerdings gibt es Rechte, die Personen nur zustehen, wenn sie ein bestimmtes Alter erreicht haben und bei deren Ausübung der Minderjährige nicht vertreten werden kann

z.B. Eheschließung (Art. 94 ZGB) oder Errichtung des Testaments (Art. 467 ZGB) → betrifft den Bereich der absoluten Höchstpersönlichkeit = Einschränkung der Rechtsfähigkeit

##### b) Geschlecht

Die Ausnahmen aufgrund des Geschlechtes sind inzwischen weitestgehend weggefallen.

##### c) Gesundheit bzw. Urteilsfähigkeit

Urteilsunfähige Personen sind nicht handlungsfähig. Betreffend Rechte, die eng an die Persönlichkeit gebunden sind, können diese Personen nicht vertreten werden. Somit besteht eine beschränkte Rechtsfähigkeit

z.B. bei Eheschließung, Errichtung eines Testaments

Bei Vertretungsbefugnis kann ein Recht von der urteilsunfähigen Person nicht gegen den Willen des gesetzlichen Vertreters durchgesetzt werden

z.B. Verlöbnis (Art. 90 Abs. 2 ZGB) oder Anerkennung eines Kindes (Art. 260 Abs. 2 ZGB)

#### **d) Ehre**

Früher konnte ehrenrühriges Verhalten (Art. 370 ZGB) zu einer Minderung der Rechtsfähigkeit führen. Unter dem neuen Erwachsenenschutzrecht gilt dies jedoch nicht mehr.

#### **e) Kindesverhältnis**

Die rechtliche Stellung von ehelichen und nicht in der Ehe geborenen Kindern ist unterschiedlich. Unterschiede betreffen in Wesentlichen:

- Begründung des Kindesverhältnisses zum Vater
- Namen und Bürgerrecht
- Elterliche Sorge
- Unterhaltspflicht von Vater und Mutter

Die elterliche Sorge und die Unterhaltspflicht können rechtlich auch anders gehandhabt werden, wenn die Eltern zwar verheiratet sind, jedoch nicht zusammenleben.

#### **f) Ausländische Nationalität oder Wohnsitz im Ausland**

Im Privatrecht sind Wohnsitz und Staatsangehörigkeit für die Rechtsfähigkeit kaum von Bedeutung. Allerdings können diese zwei Punkte im Rahmen von wirtschaftlichen Tätigkeiten als Voraussetzung für die Erlangung gewisser subjektiver Rechte gelten (z.B. Kauf von Grundstücken in der Schweiz kann an die CH-Nationalität geknüpft sein). Im IPR gelten Wohnsitz und Staatsangehörigkeit als Anknüpfungspunkte für die Anwendung ausländischen Rechts.

#### **g) Rechtsfähigkeitsbeschränkungen früherer Rechtsordnungen**

Art. 11 ZGB ist ein Fortschritt im Vergleich zum früheren kantonalen Recht, denn früher war bei weitem nicht jedermann rechtsfähig

z.B. „Klostertod“ – über Ordensmitglieder wurde nach Ablegung des Gelübdes der Erbgang eröffnet. Zu denken sei hier auch an die Sklaven in den USA.

### **3. Rechtsfähigkeit aufgrund ausländischen Rechts**

Ausländisches Recht kann gemäss IPRG im Zusammenhang mit internationalen Bezügen (wie bspw. ausländische Staatsangehörigkeit oder Wohnsitz im Ausland) Anwendung finden .

Nichtsdestotrotz gilt der Grundsatz „Rechtsfähigkeit für jedermann“ sowohl für Ausländern als auch für Schweizern (Art. 34 IPRG).

## **III. Rechtsfähigkeit juristischer Personen**

### **1. Allgemeines**

Art. 53 ZGB spricht Personenverbindungen und Zweckvermögen, denen die Rechtsfähigkeit zuerkannt wurde, alle Rechte und Pflichten zu, die nicht die natürliche Eigenschaften des Menschen zur notwendigen Voraussetzung haben. Grundsätzlich wird auf Art. 11 ZGB verwiesen.

## **IV. Kreis der rechtsfähigen Subjekte**

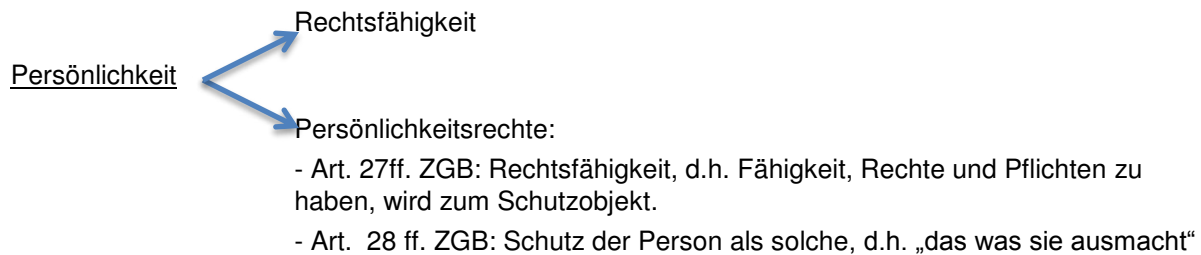
Art. 11 und 53 ZGB umschreiben alle rechtsfähigen Subjekte abschliessend. Keine Rechtsfähigkeit besitzen:

- Tiere: sind zwar nicht rechtsfähig, aber auch keine Sachen (Art. 641a ZGB)
- Umwelt: indirekten Schutz über Umweltschutzverordnung
- Verstorbene nat. Person: indirekten Schutz über Pietätsgefühl der Angehörigen. Direkter strafrechtlicher Persönlichkeitsschutz bis zur Bestattung.
- Jenseitige Wesen
- Kollektiv- und Kommanditgesellschaft: sind jedoch parteifähig

## V. Terminologie

Rechtsfähigkeit = Persönlichkeit = Rechtspersönlichkeit

Person = rechtsfähige Person/Subjekt = Rechtssubjekt



Art. 31ff. ZGB regeln Anfang und Ende der nat. Persönlichkeit, da davon sowohl die Frage der Rechtsträgerschaft abhängt, als auch über den individuellen Persönlichkeitsschutz entschieden wird.  
→ Die Person oder Persönlichkeit ist somit zugleich Subjekt und Objekt der Rechtsordnung.

---

## §3 Anfang und Ende der Persönlichkeit

### I. Beginn der Persönlichkeit (Art. 31 Abs. 1 ZGB)

Beginn und Ende der *Rechtsfähigkeit* bzw. der *Persönlichkeitsrechte*

#### 1. Die praktische Bedeutung der Bestimmung des Beginns der Persönlichkeit

Wichtig sind sowohl die Fragen nach dem *Ob* und dem *Wann* der Erlangungen der Rechtsfähigkeit, da diese rechtliche Auswirkungen nach sich ziehen können.

z.B. Hinsichtlich Steuerrecht oder Schuleintritt (Wann genau wurde das Kind geboren?) oder auch Erbrecht (Hat das verstorbene Kind die Rechtsfähigkeit erlangt oder wurde es bereits tot geboren?)

#### 2. Die materiellen Kriterien zur Bestimmung des Beginns der Persönlichkeit

- nach Art. 31 Abs. 1 ZGB beginnt Persönlichkeit mit dem Leben nach „vollendeter Geburt“.
- „vollendete Geburt“: Kind muss vollständig aus Mutterleib ausgetreten sein (egal ob per nat. Geburt oder Kaiserschnitt)
- Das Erfordernis des „Lebens“ nach vollendeter Geburt: „Leben“ ist jede Lebensäußerung des Neugeborenen, das geringste Lebenszeichen genügt (→ Lungen-Schwimmprobe)
- Erfordernis der Lebensfähigkeit? Das ZGB hat grundsätzlich darauf verzichtet, die Rechtsfähigkeit von der konkreten Lebensfähigkeit abhängig zu machen. Ein gewisser Reifegrad wird jedoch vorausgesetzt (Kind muss fähig sein, sich ausserhalb des Mutterleibs weiterzuentwickeln)  
→ Diese Frage ist aufgrund der heutigen med. Möglichkeiten äusserst problematisch, da bereits Kinder mit einem Geburtsgewicht von 300g überlebt haben.

### II. Rechtsstellung des ungeborenen Kindes

#### 1. Inhalt von Art. 31 Abs. 2 ZGB

Nasciturus (das ungeborene Kind) ist gemäss Art. 31 Abs. 2 ZGB rechtsfähig unter der Bedingung der Lebendgeburt. Diese Bedingung ist eine Rechtsbedingung im Sinne von Art. 151ff. OR; der Nasciturus ist somit nur bedingt rechtsfähig.

Generell unterscheidet man zwischen aufschiebenden (suspensiven) und auflösenden (resolutiven) Bedingungen (Art. 151 ff. OR):

- Suspensivbedingung: Wirkung tritt erst in Kraft, wenn Bedingung eintritt.
- Resolutivbedingung: Wirkung tritt sofort in Kraft und entfällt, wenn die Bedingung eintritt.

Gemäss älterer Rechtsprechung des Bundesgerichts und teilweise der neueren Lehre handelt es sich um eine Suspensivbedingung, sinnvoller (wenn auch widersprüchlich) wäre allerdings eine vermittelnde Betrachtungsweise, d.h.:

- Suspensivbedingung hinsichtlich des Erwerbs von Rechten und Pflichten. D.h. dem lebendgeborenen Kind werden nach der Geburt alle Vermögensrechte und Pflichten zugerechnet, als wäre es seit der Zeugung rechtsfähig gewesen.
- Resolutivbedingung hinsichtlich der Schutzrechte. D.h. der Nasciturus hat bereits mit der Empfängnis Persönlichkeitsrechte, welche allerdings rückwirkend erlöschen, sofern es zu einer Totgeburt kommt. Dies hat bspw. zur Folge, dass das Arzthandeln gegenüber dem Nasciturus widerrechtlich sein kann.

## 2. Praktische Bedeutung von Art. 31 Abs. 2 ZGB

### a) Im Allgemeinen

Wird das Kind lebend geboren, war es bereits seit seiner Zeugung rechtsfähig. Bei einer Totgeburt erlangt das Kind nie das Recht der Persönlichkeit, kann sich aber auf vorgeburtliche Schutzrechte berufen.

### b) Im Familienrecht

Der Nasciturus kann bereits vor der Geburt eine Vaterschaftsklage anstrengen und Unterhaltsansprüche geltend machen oder kann selber unterstützungspflichtig für Verwandte werden. Weiter wird bei einer Scheidung die elterliche Sorge des Nasciturus geregelt.

### c) Im Erbrecht

Der Nasciturus besitzt gemäss Art. 31 Abs. 2 ZGB eine bedingte Erbfähigkeit. Er ist Mitglied der Erbengemeinschaft, haftet solidarisch für Erbschafts- und Erbgangschulden (erst mit Beginn nach der Geburt). Die Teilung der Erbschaft muss jedoch gemäss Art. 605 Abs. 1 ZGB bis zur Geburt verschoben werden (aufgrund der Unsicherheit der Lebendgeburt).

### d) Im Schuldrecht (Art. 41ff. OR)

- Schadenersatzansprüche aus ungerechtfertigten Eingriffen in körperliche Integrität  
z.B. bei Verkehrsunfall der Mutter während der Schwangerschaft
- Anspruch auf Ersatz des Versorgerschadens bei Tötung einer Person mit Versorgerqualität  
z.B. bei Tötung des Vaters als künftiger Versorger
- Genugtuungsansprüche bei Verletzung der Grundlage psychischer Integrität

### e) Im Strafrecht

- nur der vorsätzlich begangene Schwangerschaftsabbruch steht unter Strafe. Bei einer unbeabsichtigten falschen medizinischen Behandlung handelt es sich hingegen um eine fahrlässig erfolgte Abtreibung → keine strafrechtliche Sanktion
- Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit bleibt jedoch bestehen. Bei einem Schwangerschaftsabbruch muss eine Güterabwägung zwischen den Interessen des Kindes und den Interessen der abtreibenden Mutter stattfinden. Deswegen ist vor dem Schwangerschaftsabbruch eine psychologische/medizinische Beratung zwingend erforderlich.

### f) Sonderprobleme im Zusammenhang mit der Fortpflanzungsmedizin

Ein Embryo in vitro hat ebenfalls bedingte Rechtsfähigkeit ab dem Zeitpunkt der Befruchtung. Das Gesetz sieht aber keine weiteren Erfordernisse wie bspw. die Implantation vor. Somit hat der Embryo keinen Anspruch auf eine Implantation. Auch hier hat eine Interessensabwägung zw. dem Embryo und der Frau stattzufinden.

## 3. Das noch nicht gezeugte Kind (der sog. Nondum Conceptus)

Eine direkte Anwendung von Art. 31 Abs. 2 ZGB ist im Falle eines Nodum Conceptus nicht denkbar, denn dieser ist nicht rechtsfähig (auch nicht bedingt rechtsfähig!). Sofern und soweit die Rechtsstellung deines Nasciturus durch Ereignisse, die vor seiner Zeugung liegen, betroffen wird,

können die daraus resultierenden Rechte und Pflichten diesem ebenfalls zugerechnet werden. Sie müssen als im Zeitpunkt der Geburt bzw. der Zeugung als „entstanden“ gelten.

Beispiele (s. 20): Versicherungsvertrag: Der Nodum Conceptus kann Begünstigter einer Versicherungsvertrages sein; Entzug der elterlichen Sorge gilt auch für noch nicht gezeugte Kinder; Präventiverbung; Nacherbschaft; Haftpflichtansprüche (z.B. durch Strahlenschäden mutierte Erbanlagen).

### III. Ende der Persönlichkeit (Art. 31 Abs. 1 ZGB)

Die Persönlichkeit i.S.v. Rechtssubjekt und Rechtsobjekt endet gemäss Art. 31 Abs. 1 ZGB mit dem Tode.

#### 1. Tragweite von Art. 31 Abs. 1 ZGB

##### a) Problemübersicht

Es ist wichtig, zu wissen *ob* und *wann* der Tod eingetreten ist, weil ab Todeseintritt keine Rechten und Pflichten mehr erworben werden können. Dies ist wesentlich für die Erbfolge, die Rentenansprüche, den Untergang nicht vererblicher Rechte usw. Es wird unterschieden zwischen dem absoluten und dem relativen Todeszeitpunkt.

##### b) Allgemeine Auswirkungen der Todesfeststellung

Das schweizerische Recht kennt grundsätzlich keine postmortalen Rechte, d.h. die Rechtsfähigkeit einer Person geht mit dem Todeseintritt verloren.

- Vermögensrechtliche Ansprüche gehen kraft Universalsukzession auf die Erben über.
- Bei einer Vollmacht über den Tod hinaus (Art. 35 Abs. 1 OR), verpflichtet der Bevollmächtigte nach dem Tod des Vollmachtgebers direkt dessen Erben, d.h. die Vollmacht geht auf die Erbengemeinschaft über. Das heisst, dass si insofern erlischt, als dass sich der Bevollmächtigte nicht mehr auf die Vollmacht des Verstorbenen stützen kann. Sie geht aber auf die Erbengemeinschaft über, welche sie beibehalten oder jederzeit widerrufen kann.
- Persönlichkeitsrechtliche Ansprüche sind unvererblich. Hinsichtlich Bestattung und postmortaler Organendname stehen dem Verstorbenen gewisse Bestimmungsrechte zu.
- Geschützt wird zudem das Pietätsgefühl naher Angehöriger.

#### 2. Die Bestimmung des absoluten Todeszeitpunkts

„Tod“ i.S.v. Art. 31 Abs. 1 ZGB ist ein *Rechtsbegriff*. Das ZGB verzichtet aber bewusst darauf, Kriterien zur Bestimmung des abs. Todeszeitpunktes anzuführen → *Jahr, Tag, Stunde*

Für die Definition und Diagnose des Todes legt die SAMW (Stiftung Schweizerische Akademie der Med. Wissenschaften) gemäss dem jeweiligen Stand der Forschung die Richtlinien fest. Aufgrund der neueren Reanimationstechniken sind die konventionellen Kriterien wie Herz- bzw. Kreislaufsstillstand und Atmungsausfall weitestgehend überholt. Heute wird vielmehr auf den *Gehirntod* (d.h. vollständiger und irreversibler Funktionsausfall des Gehirns) als genauer Todeszeitpunkt abgestellt.

Die Ermittlung des genauen Todeszeitpunktes kann z.B. für die Transplantationsmedizin, aber auch im Scheidungsrecht von Bedeutung sein (s. 22). Der abs. Todeszeitpunkt wird durch einen Arzt festgestellt.

#### 3. Der relative Todeszeitpunkt

##### a) Begriff

Kommen zwei oder mehrere Personen gleichzeitig ums Leben, beschreibt der relative Todeszeitpunkt die Reihenfolge, in der die Personen verstorben sind.

##### b) Praktische Bedeutung

Von Bedeutung ist die Feststellung des rel. Todeszeitpunktes insb. für das Erbrecht, aber auch für Versicherungs- und Sozialversicherungsansprüche.

Beispiele:

- Gemeinsamer Tod eines kinderlosen Ehepaares > Erbrecht
- Tod eines (kinderlosen) Ehegatten zusammen mit seinen Eltern > Erbrecht
- Gleichzeitiger Todeseintritt von Mutter und Kind > Erbrecht
- Anwendung der Kommorientenvermutung für die AHV > Versicherungs- und Sozialversicherungsansprüche

### c) Bestimmung des relativen Todeszeitpunkts

- ärztliche Diagnose
- Kommorientenvermutung: Lässt sich das Vorversterben einer Person nicht beweisen, gelten die Personen als gleichzeitig verstorben (Art. 32. Abs. 2 ZGB). Daraus folgt, dass keine Rechte aus dem Vorversterben einer Person geltend gemacht werden können.

Todeszeitpunkt



## § 4 Beweis von Leben und Tod

### I. Allgemeines

Der Nachweis von Leben und Tod ist nicht immer einfach (Findelkinder, Verschleppungen, Katastrophen etc.). Der Gesetzgeber lässt dem Nachweis von Geburt und Tod mittels behördlich organisiertem Zivilstandswesen besondere Bedeutung zukommen.

### II. Zu den Beweisvorschriften im Allgemeinen

#### 1. Einführung

Seit der Einführung der ZPO (i. K. seit 1.1.2011) ist nicht mehr nur das Erlassen des materiellen Privatrechts sondern auch die Sachverhaltsfeststellung (Beweisführung und Beweiswürdigung) gesamtschweizerisch geregelt → Wichtig für Gewährung der Rechtsgleichheit!

#### 2. Beweislastverteilung

##### a) Begriff der Beweislast

- objektive Beweislast: regelt die Folgen der Beweislosigkeit, welche Partei unterliegt, wenn der Beweis nicht erbracht werden kann?
- subjektive Beweislast: Beweisführungslast, welche Partei hat den Beweis anzutreten? → i.d.R. diejenige Partei, die im Falle der Beweislosigkeit unterliegt. Subj. und obj. Beweislast stimmen dann überein.

##### b) Objektive Beweislast im Besonderen

Art. 8 ZGB regelt die Frage nach der Beweislastverteilung. In der Regel hat diejenige Partei das Vorhandensein einer Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet. Man unterscheidet zw.:

- Rechtserzeugende Tatsachen (Abschluss eines Vertrages)
- Rechtshemmende Tatsachen (Verjährung)
- Rechtsvernichtende Tatsachen (Tilgung einer Schuld)

Weiter wird auch das Beweismass aus Art. 8 ZGB abgeleitet. Mit Hilfe von gesetzlichen Vermutungen kann die Beweislast abweichend von Art. 8 ZGB geregelt werden (Beweiserleichterung v.a. bei schwer nachweisbaren Tatsachen wie bspw. dem genauen Todeszeitpunkt).



### 3. Gesetzliche und natürliche Vermutungen

Vermutung = *Schluss von Bekanntem (Vermutungsbasis) auf Unbekanntes (Vermutungsfolge)*

Gesetzliche Vermutungen: Der Schluss ist Inhalt einer Gesetzesnorm → Betreffen die Beweislast und führen zu einer Beweislastumkehr.

- widerlegbare Vermutung: *Tatsachenvermutung* z.B. Vaterschaftsvermutung, Art. 255 ZGB  
*Rechtsvermutung* z.B. Besitzer einer beweglichen Sache ist dessen Eigentümer, Art. 930 ZGB
- unwiderlegbare Vermutung: *Fiktion* z.B. Es wird fingiert, dass jedermann die in der CH erlassenen Gesetze kennt, Art. 10 Abs. 1 PubLG

Gerichtliche Vermutungen: Der Schluss erfolgt aufgrund der Lebenserfahrung → Betreffen die Beweiswürdigung und führen nicht zu einer Beweislastumkehr.

- Natürliche bzw. tatsächliche Vermutung:  
Z.B. Kann vermutet werden, dass eine erwachsene Person urteilsfähig ist, solange nicht bestimmte Anhaltspunkte für das Gegenteil bestehen.

2 Möglichkeiten:

1. Gegenbeweis gegen die Vermutungsbasis, d.h. Beweis liefern, dass man mit der Mutter des Kindes nicht verheiratet ist/war.
2. Beweis des Gegenteils gegen die Vermutungsfolge, d.h. Beweis liefern, dass man nicht der Vater des Kindes ist (DNA Test).

### III. Beweis von Leben und Tod

#### 1. Art. 32 Abs. 1 ZGB als Beweislastregel

Die Beweisvorschrift von Art. 32 Abs. 1 ZGB wiederholt nur die allgemeine Regel von Art. 8 ZGB → Wer gegenüber einem anderen, gestützt auf bestimmte, behauptete Tatsachen, einen Rechtsanspruch geltend macht, muss das Vorliegen dieser Tatsachen beweisen.

#### 2. Komorientenvermutung nach Art. 32 Abs. 2 ZGB

- ist zunächst eine gesetzliche Tatsachenvermutung
- kann jedoch durch Beweis des Gegenteils widerlegt werden → Beweislast trifft diejenige Person, die aus dem Vorversterben einer bestimmten Person Rechte ableitet
- kann nur bewiesen werden, dass die Personen *nicht* gleichzeitig verstorben sind, aber man nicht weiss in welcher Reihenfolge, wird die Vermutung zur Fiktion → gleichzeitiges Versterben

#### 3. Die allgemeinen und besonderen Beweismittel nach Art. 33 ZGB

Nach Art. 33 Abs. 1 ZGB gelten Zivilstandsurkunden als Beweis für Geburt oder Tod. Gemäss Art. 9 ZGB erbringen öffentliche Register und Urkunden vollen Beweis, ihnen kommt verstärkte Beweiskraft zu.

Gemäss Art. 33 Abs. 2 kann der Beweis auch auf andere Weise erbracht werden (z.B. Zeugenbeweis, ärztliches Attest, Untersuchung der exhumierten Leiche usw.).

#### 4. Indizienbeweis des Todes bei Nichtauffinden der Leiche (die „Todeserklärung“ im Sinne von Art. 34 ZGB)

##### a) Inhalt und praktische Tragweite dieser Bestimmung

- i.d.R. wird der Tod durch die ärztliche Untersuchung der Leiche festgestellt. Daraufhin erfolgt die Eintragung im Todesregister.
- Ist die Leiche jedoch nicht auffindbar oder nicht identifizierbar, erfolgt die Eintragung im Todesregister nur dann, wenn der *Todeseintritt als absolut sicher* angesehen werden kann.

## b) Verhältnis von Art. 34 zu Art. 35 ff. ZGB (Verschollenheit)

### aa) Abgrenzung

- Art. 34 ZGB absolut sicherer Todeseintritt. Vorausgesetzt wird die notwendige Folge des Todes → Eintrag ins öff. Register – Todeserklärung
- Art. 35 ZGB hohe Wahrscheinlichkeit. Verschollenheit infolge Verschwindens in hoher Todesgefahr → kein Eintrag ins öff. Register. Auch nicht, wenn höchste Wahrscheinlichkeit des Todes vorliegt - Verschollenerklärung

### bb) Praktische Auswirkungen dieser Abgrenzung

- Art. 34 ZGB: Der Tod gilt als erwiesen. Erbfolge etc. treten von Gesetzes wegen sofort und unwiderruflich ein.
- Art. 35 ZGB: Verschollenerklärung erfolgt erst nach Ablauf einer bestimmter Frist. Der Tod gilt als vermutet → Erbfolge etc. treten zwar ein, sind aber widerruflich, d.h. Erbgang erfolgt gegen Sicherstellung und es besteht eine Auslieferungspflicht, falls der Verschollene wieder auftaucht. die Ehe wird jedoch endgültig aufgelöst.

## 5. Eintragung des „sicheren Todes“

- Todesfall kann mittels Gestaltungsklage gemäss Art. 42 ZGB vor Gericht geltend gemacht werden → Gestaltungsurteil auf Eintragung des Todes. Eine direkte Eintragung des Todes durch die Zivilstandsbeamten ist unzulässig.
- Klagelegitimiert sind Personen, welche in schützenswertes persönliches Interesse glaubhaft machen können, sowie Aufsichtsbehörden über die Zivilstandsämter.

## IV. Exkurs: Register und Verfahren

### 1. Allgemeines

Systematische Erfassung (von Geburtsdatum, Familien- und Vornamen, Abstammung, Geschlecht, Zivilstand und Bürgerort) erfolgt im zentralen Zivilstandsregister → öffentliche Urkunde i.S.v. Art. 9 ZGB mit verstärkter Beweiskraft.

Das ZGB erlässt die Regeln für eine zuverlässige Registerführung. Die Zivilstandsverordnung enthält detaillierte Vorschriften zu den einzelnen Eintragungen.

### 2. Ordnung der sachlichen Zuständigkeit

- Zivilstandsbehörden (Art. 44 ZGB)
- Kantone umschreiben Zivilstandskreise (Art. 1f. ZStV)
- Zivilstandswesen untersteht einer kantonaler Aufsicht
- Oberaufsicht liegt beim EJPD
- Einheitliche Regelung bez. Haftung (Art. 46 ZGB) und div. Minimalanforderungen an Zivilstandsbeamte (Art. 4 ZStV)

### 3. Elektronische Registerführung (sog. Projekt „Infostar“)

Art. 39 ZGB (i. K. seit 1.6. 2004): Es werden zur Beurkundung des Personenstands elektronische Register geführt. Dafür gibt es eine zentrale Datenbank (Art. 45a ZGB), das sog. „Informatisierte Stadesregister“.

### 4. Anzeigepflichten

Die Zivilstandsverordnung legt die verschiedenen Anzeigepflichten fest. Kommt man diesen Anzeigepflichten nicht, oder nicht rechtzeitig nach, so droht eine Geldstrafe.

### 5. Berichtigung der Register

Gemäss Art. 42 ZGB können mittels umfassender Gestaltungsklage Bereinigungen des Registers verlangt werden, für die kein eigenes Verfahren zu Verfügung steht (z.B. Berichtigung des Geburtsdatums oder eines Namens). Zur Klage berechtigt ist, wer ein schützenswertes, persönliches

Interesse an der Berichtigung glaubhaft macht. Ebenso die kantonalen Aufsichtsbehörden. Die Zivilstandsbehörden dürfen einen Fehler von Amtes wegen nur bereinigen, wenn dieser auf einem offensichtlichen Versehen oder Irrtum beruht (Art. 43 ZGB).

## 6. Datenschutz

Art. 43a ZGB und die entsprechenden Ausführungsartikel der Zivilstandsordnung regeln, wer auf die Datenbank Zugriff haben soll.

## § 5 Verschollenheit

## § 6 Handlungsfähigkeit im Allgemeinen

### I. Grundlagen

Rechtsslage nach neuem Erwachsenenschutzrecht (i. K. seit 1.1.2013)

#### 1. Begriff, Grundsatz und Zweck der Handlungsfähigkeit

- Gemäss nArt. 13 ZGB ist handlungsfähig, wer volljährig und urteilsfähig ist.
- Die Handlungsfähigkeit ist die Möglichkeit, Rechte und Pflichten zu begründen, zu ändern oder aufzuheben, d.h. die Möglichkeit der eigenen Rechtsgestaltung.
- Einer handlungsfähigen Person werden ihre Verhaltensweisen rechtlich zugerechnet.

Handlungsfähigkeit ist somit die Möglichkeit einer Person, durch eigenes Verhalten:

- privatrechtliche Rechtswirkungen herbeizuführen (durch Rechtsgeschäft oder deliktisches Verhalten),
- in den Bestand subjektiver Rechte und Pflichten gestaltend einzugreifen oder
- bestehende subjektive Rechts auszuüben.

Sinn der Handlungsfähigkeit ist einerseits, dem voll Handlungsfähigen rechtliche Gestaltungsfreiheit seiner Lebensverhältnisse zu gewährleisten und andererseits dem nicht voll Handlungsfähigen Schutz vor unbedachtem Handeln zu gewähren.

- Die Handlungsfähigkeit setzt zwingend die Rechtsfähigkeit voraus.
- Der Handlungsunfähige benötigt zur Interessenwahrung einen Vertreter.
- Bezogen auf eine konkrete rechtsgeschäftliche Handlung ist eine Person entweder vollständig oder gar nicht handlungsfähig („Alles-oder-nichts-Prinzip“). Allerdings kann zwischen bestimmten Rechtsgeschäften ein Unterschied bestehen, da die Urteilsfähigkeit eine Voraussetzung für die Handlungsfähigkeit ist, welche für die konkreten Geschäfte jeweils neu beurteilt werden muss (Relativität der Urteilsfähigkeit).

#### 2. Formen der Handlungsfähigkeit

- Deliktsfähigkeit: Eine Person hat für unerlaubte Handlungen zivilrechtlich einzustehen. Achtung: Gemäss Art. 54 OR können auch nicht Urteilsfähige aus Billigkeit zur Leistung von Schadenersatz verurteilt werden!
- Geschäftsfähigkeit: Eine Person kann verbindlich rechtsgeschäftliche Handlungen vornehmen. Die Vertragsfähigkeit ist ein Teilaspekt davon.

#### 3. Voraussetzungen der (vollen) Handlungsfähigkeit

nArt. 13 ZGB: Handlungsfähig ist, wer *volljährig* und *urteilsfähig* ist.

Handlungsunfähig sind Personen, die entweder urteilsunfähig oder nicht volljährig sind (nArt. 17 ZGB). Auch Personen, die umfassender Beistandschaft stehen sind handlungsunfähig.

Beschränkt handlungsunfähig sind Personen, die zwar urteilsfähig, nicht aber volljährig sind. D.h. das fragliche Handeln kann unter gewissen Umständen rechtserheblich sein.

## II. Volljährigkeit als objektive Voraussetzung der Handlungsfähigkeit

Volljährig ist, wer das 18. Lebensjahr zurückgelegt hat (nArt. 14 ZGB) → regelt nur die zivilrechtliche Volljährigkeit, nicht aber die öffentlichrechtliche Volljährigkeit (z.B. Stimm- und Wahlrechtsalter). Ein obj. Hindernis der Handlungsfähigkeit kann die nach nArt. 17 ZGB angeordnete umfassende Beistandschaft an sich volljähriger Personen bilden.

## III. Urteilsfähigkeit als subjektive Voraussetzung der Handlungsfähigkeit

### 1. Bedeutung der Urteilsfähigkeit

Die Urteilsfähigkeit ist im Gegensatz zur Volljährigkeit von weit grösserer Bedeutung.

Regel: Ohne Urteilsfähigkeit keine Rechtswirkungen.

### 2. Gesetzliche Umschreibung der Urteilsfähigkeit

nArt. 16 ZGB: Urteilsfähig ist, wer die Fähigkeit besitzt, vernunftgemäss zu handeln. Die Urteilsfähigkeit wird als Normalzustand angesehen und muss in jedem konkreten Fall aufgrund der Umstände beurteilt werden → nArt. 16 ZGB ist eine Generalklausel (gewollte Lücke „intra legem“, die gemäss Art. 1 ZGB zu konkretisieren ist)

Die Voraussetzungen für die Urteilsfähigkeit sind unterschiedlich, je nach dem ob von der Geschäfts- oder von der Deliktsfähigkeit die Rede ist.

### 3. Materielle Voraussetzungen der Urteilsfähigkeit im Bereich der Geschäftsfähigkeit

Im Bereich des rechtsgeschäftlichen Handelns erfordert die Urteilsfähigkeit ein Zweifaches:

1. die Fähigkeit, sich einen eigenen Willen zu bilden  
→ *Einsichtsfähigkeit und Willensbildungsfähigkeit*
2. die Fähigkeit, entsprechend diesem Willen zu handeln  
→ *Willensumsetzungsfähigkeit*

#### a) Willensbildungsfähigkeit (s.47ff.)

Diese lässt sich in die folgenden Teilfähigkeiten unterteilen/konkretisieren:

- a) Erfordernis verstandesgemässen Urteilsvermögens  
Mindestmass an intellektueller Einsichts- und rationaler Beurteilungsfähigkeit, an Denkvermögen und Urteilskraft; und zwar bezüglich der rechtlichen Konsequenzen des Verhaltens.
- b) Realitätsbezug des Urteilsvermögens  
Lebenspraktische Einschätzung der Tragweite eines Geschäftes. Eine rein rationale Denkfähigkeit genügt zum Fassen von vernünftigen Entschlüssen nicht.
- c) Fähigkeit zur Bildung nachvollziehbarer Motive  
Motive dürfen den allgemein anerkannten grundlegenden Wertvorstellungen nicht aufs Gröbste zuwiderlaufen. Urteilsunfähigkeit ist anzunehmen, wenn die Motive unannehmbar sind und/oder als nicht mehr einfühlbar erscheinen, sondern als Ausfluss verrückter Wertmassstäbe gelten müssen.  
z.B. Handlungen, die auf die psychische Selbstvernichtung hinauslaufen, lassen auf Urteilsunfähigkeit schliessen.
- d) Erfordernis der Motivkontrolle  
Fähigkeit zur verstandgeleiteter Auswahl unter verschiedenen Handlungsmotiven bzw. die Fähigkeit verstandgeleiteter Verhaltenskontrolle.  
z.B. Grenzwertige Urteilsfähigkeit beim Saisonschlussverkauf → Impulskäufe
- e) Fähigkeit zur Willensbildung  
Fähigkeit, sich zu Entscheidungen durchzuringen und diese gegen aussen als verbindliche Stellungnahmen gelten zu lassen.  
z.B. Anzunehmende Urteilsunfähigkeit bei Betagten Personen, die täglich ihr Testament ändern.

## b) Willensumsetzungsfähigkeit

Fähigkeit, gemäss dem gefassten Willen zu handeln und fremder Willensbeeinflussung widerstehen zu können. Der geäusserte Wille muss der Wille des Handelnden sein.

## 4. Urteilsfähigkeit im Bereich der Delikts- bzw. Verschuldensfähigkeit

Fähigkeit, das Schädigungspotenzial und das Unrecht seines Vorhabens einzusehen und entsprechend dieser Einsicht zu handeln → subj. Seite des Verschuldens

- a) Fähigkeit zur Einsicht in die Schädigungsmöglichkeit  
Der Schädiger muss – i.S.d. allgemeinen Erfahrungshorizontes - die Gefahr bzw. die Möglichkeit des Schadenseintritts erkennen können. Die tatsächliche Kenntnis der konkreten Gefahr ist nicht erforderlich.
- b) Fähigkeit zur Einsicht in das Unrecht der Schadenszufügung
  - Bei ausservertraglicher Schädigung: Unrechtsbewusstsein seitens des Schädigers ist erforderlich – „Kenntnis, etwas Verbotenes zu tun“.
  - Bei vertraglicher Schädigung: Kenntnis der Vertragswidrigkeit ist ausreichend. Kenntnis der mögl. Schädigung des Vertragspartners ist nicht erforderlich.
- c) Steuerungsfähigkeit  
Der Schädiger muss in der Lage sein, sein Verhalten entsprechend der Einsicht in die Schädigungsmöglichkeit und das Unrecht der Schadenszufügung zu steuern. Bei Kleinkindern spricht man diesbezüglich von einer „Verzichtsunfähigkeit“.

## 5. Objektive Grundlagen der Urteilsunfähigkeit

Die Urteilsunfähigkeit muss zumindest teilweise auf physiologischen bzw. psychischen Ursachen beruhen. nArt. 16 ZGB zählt diese abschliessend auf.

### a) Kindesalter (nArt. 16 ZGB)

Es gibt keine starre Altersgrenze, je nach Entwicklungsstufe reicht der Erfahrungshorizont eines Kindes unterschiedlich weit → Relativität der Urteilsfähigkeit

#### aa) Hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit

- d) Altersgrenze allgemein höher als bei Deliktsfähigkeit
- e) Keine Abstufung hinsichtlich der Rechtsfolgen möglich
- f) „Alles-oder-nichts-Prinzip“
- g) einfache Rechtsgeschäfte ab ca. 8 Jahren (z.B. Kauf von Süssigkeiten am Kiosk)
- h) bedeutende Rechtsgeschäfte ab ca. 14-16 Jahren (z.B. Grundstückkauf, lang dauernde vertragliche Bindungen etc.)

#### bb) Hinsichtlich der Verschuldens- bzw. Deliktsfähigkeit

- i) Erst ab 7. Altersjahr
- j) Bis zum 14. Altersjahr geht man von einem geringen Verschulden aus
- k) Art. 43 Abs. 1 bzw. Art. 99 Abs. 3 OR → Möglichkeit einer Reduktion der Ersatzpflicht
- l) Eine Abstufung der Verschuldensfähigkeit hinsichtlich der Rechtsfolgen ist geboten

### b) Psychische Störung (nArt. 16 ZGB)

Der Begriff „psychische Störung“ umfasst alle anerkannten Krankheitsbilder der Psychiatrie (d.h. Psychosen und Psychopathien, Demenz, Altersdemenz), inkl. Suchtkrankheiten.

Eine psychische Störung führt nicht zwangsläufig zur Urteilsunfähigkeit. Dies muss im einzelnen Fall wertend entschieden werden.

### c) Geistige Behinderung (nArt. 16 ZGB)

Der Begriff „geistige Behinderung“ umfasst alle angeborenen oder erworbenen Schwächen der geistigen Fähigkeit und der Urteilskraft.

Auch die geistige Behinderung führt nicht zwangsläufig zur Urteilsunfähigkeit bezüglich des in Frage stehenden Geschäfts oder Delikts.

Die Abgrenzung zw. einer psychischen Störung und einer geistigen Behinderung ist unscharf und dürfte in der Praxis keine Rolle spielen.

#### **d) Rausch und „ähnliche Zustände“**

Alkohol- und Drogenrausch können eine Urteilsunfähigkeit bewirken. Nach Art. 54 Abs. 2 OR ist die betreffende Personen jedoch ersatzpflichtig, sofern sie in diesem Zustand einen Schaden anrichtet. Aufgrund der Vermutung der Urteilsfähigkeit, muss jedoch erst bewiesen werden, dass der Alkohol- und Drogenrausch überhaupt zur Urteilsunfähigkeit geführt hat.

Unter die Auffangnorm „ähnliche (Schwäche-)Zustände“ fallen v.a. Betagte mit gleichartigen Defiziten wie bei Menschen mit einer geistigen Behinderung oder psychischen Störung.

### **6. Relativität der Urteilsfähigkeit**

#### **a) Allgemeines**

Das CH-Recht kennt keine abstrakte Feststellung der Urteilsunfähigkeit. Der Richter hat stets zu prüfen, ob eine Person im konkreten Fall als urteilsfähig angesehen werden kann.

Die Relativität äussert sich nach zwei Richtungen:

- a) *in zeitlicher Hinsicht begrenzt*: die Person muss „nur“ in Zeitpunkt der Vornahme der fraglichen Handlung urteilsfähig sein.
- b) *in sachlicher Hinsicht begrenzt*: es muss zwischen Komplexität eines Geschäfts und dessen Tragweite unterschieden werden. Grundsätzlich muss der Handelnde ein Geschäft nach beiden Seiten hin einschätzen können.

#### **b) Weitere Kriterien**

Verhältnismässigkeitsgrundsatz: Je bedeutender die Auswirkungen einer Handlung, desto höhere Anforderungen sind an die Urteilsfähigkeit zu stellen.

Ein milderer Massstab ist anzulegen, wenn absolut höchstpersönliche Rechte betroffen sind, da hier keine Vertretung unzulässig ist; z.B. hinsichtlich der Ehefähigkeit.

### **7. Beweislast**

Die Urteilsfähigkeit ist dem Grundsatz nach zu vermuten. Daraus folgt eine Umkehr der Beweislast → Wer eine Urteilsunfähigkeit behauptet bzw. daraus Rechte ableitet, hat sie zu beweisen.

Die Vermutung gilt jedoch nicht mehr, wenn objektive Zweifel an der Urteilsfähigkeit einer Person bestehen (> natürliche Vermutung). Hier hat derjenige, der aus einer allfälligen Urteilsfähigkeit Rechte ableitet, diese nach Art. 8 ZGB zu beweisen.

I.d.R. wird für den Beweis ein psychiatrisches Gutachten erstellt, wobei der Richter aber selber entscheidet, welche rechtlichen Schlüsse darauf basierend gezogen werden können. Ausnahmsweise kann vom Beizug eines Sachverständigen abgesehen werden.

### **8. Sonderfragen**

#### **a) Urteilsfähigkeit und psychopathische Querulanz**

Psychopathische Querulanten (BGE): Mensch, dessen abnorme Reaktionen auf eine psychisch krankhafte Persönlichkeitsentwicklung zurückzuführen sind und der das eigene, meist falsch beurteilte Recht in übertriebener und rücksichtsloser Art und mit Rechtsbehelfen durchzusetzen versucht, die in keinem angemessenen Verhältnis zum erreichbaren Ziel stehen.

Die psychopathische Querulanz führt zur prozessualen Urteilsunfähigkeit.

## b) Urteilsfähigkeit und Versicherungsrecht

### aa) Privatversicherungsrecht

Gemäss Art. 14 VVG tritt bei absichtlicher und grobfahrlässiger Herbeiführung des befürchteten Ereignisses eine Haftungsbeschränkung des Versicherers ein. Voraussetzung hierfür ist jedoch die Urteilsfähigkeit des Handelnden.

### bb) Sozialversicherungsrecht

Wenn ein Unfall absichtlich oder grobfahrlässig verursacht wurde, sieht das UVG gemäss Art. 37 einen Ausschluss bzw. eine Kürzung des Anspruchs des Versicherten vor. Der Versicherte muss allerdings zu diesem Zeitpunkt urteilsfähig gewesen sein.

## IV. Abgrenzungen

### 1. Handlungsfähigkeit und Rechtsfähigkeit

Rechtsfähigkeit: Möglichkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein

Handlungsfähigkeit: Fähigkeit einer Person, durch das selbstständige (rechtsgeschäftliche oder deliktische) Verhalten auf den Umfang und die Art dieser Rechte und Pflichten Einfluss zu nehmen.

### 2. Parteifähigkeit (= i.d.R. Rechtsfähigkeit)

- *prozessuale Seite der Rechtsfähigkeit*: Möglichkeit, im Prozess als Kläger (aktive Parteifähigkeit) oder Beklagter (passive Parteifähigkeit) aufzutreten.
- parteifähig sind lebende natürliche Personen, ungeborene natürliche Personen (Nasciturus) und juristische Personen → Parteifähigkeit entspricht regelmässig der Rechtsfähigkeit
- Parteifähigkeit trotz fehlender Rechtsfähigkeit besitzen:
  - o Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, gewisse verselbständigte Vermögensmassen und ähnliche Tatbestände im öffentlichen Recht.
- Beschränkte Parteifähigkeit haben trotz fehlender Rechtsfähigkeit z.B. die Stockwerkeigentümergeinschaft.
- Der Verwaltungsrat bzw. die Verwaltung einer AG, GmbH und Genossenschaft haben eine auf die Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung beschränkte Parteifähigkeit.

### a) Prozessfähigkeit (= i.d.R. Handlungsfähigkeit)

- *prozessuale Seite der Handlungsfähigkeit*
- Voraussetzung für die Prozessfähigkeit ist die Urteilsfähigkeit
- volle Handlungsfähigkeit = volle Prozessfähigkeit; beschränkte Handlungsunfähigkeit = beschränkte Prozessunfähigkeit; vollständige Handlungsunfähigkeit = vollständige Prozessunfähigkeit
- Bei Urteilsunfähigkeit einer Partei gesteht man dieser beschränkte Prozessfähigkeit zu, wenn es im Prozess um die Frage der Urteilsfähigkeit geht

### 4. Verfügungsfähigkeit (i.d.R. Handlungsfähigkeit) und Prozessführungsbefugnis

Verfügungsfähigkeit (= Dispositionsfähigkeit): Möglichkeit, über Rechte zu verfügen, d.h. diese zu übertragen, zu belassen oder auf sie zu verzichten.

Prozessführungsbefugnis: prozessuales Gegenstück zur Verfügungsfähigkeit; Möglichkeit, als Partei über einen streitigen Anspruch einen Prozess zu führen bzw. im Prozess über diesen Anspruch zu verfügen.

Diese Befugnis fehlt beim Konkursiten (Art. 204 SchKG), denn an seiner Stelle muss der Konkursverwalter im Prozess handeln. Ebenso kann der Ehegatte – wenn er gemäss Art. 169 ZGB nicht verfügungsberechtigt ist – keinen Prozess über die Familienwohnung führen.

→ Tabelle siehe s. 61

# § 7 Verschiedene Stufen der Handlungsfähigkeit

## I. Übersicht

### 1. Abstufungen der Handlungsfähigkeit

Die Handlungsfähigkeit wird immer in Bezug auf eine bestimmte (Rechts-)Handlung geprüft. Mit Bezug auf diese Handlung gilt dann das „alles-oder-nichts-Prinzip“.

Die beiden Voraussetzungen Urteilsfähigkeit und Volljährigkeit erfahren durch den Gesetzgeber eine unterschiedliche Gewichtung:

- Fehlt das Element der Urteilsfähigkeit, ist immer von einer vollständigen Handlungsunfähigkeit auszugehen.
- Fehlt das Element der Volljährigkeit, ist die Handlungsunfähigkeit nur beschränkt.

Die Problematik der Stufen der Handlungsfähigkeit lassen sich auf zwei unterschiedliche Arten ausdrücken:

- Unterscheidung verschiedener Stufen der subjektiven Handlungsfähigkeit
- Vorhandensein verschiedener Handlungstypen, für welche unterschiedliche Anforderungen an die Handlungsfähigkeit gestellt werden

### 2. Die gesetzlichen Stufen der Handlungsfähigkeit

- 1) voll handlungsfähig = urteilsfähig (hinsichtlich eines bestimmten Rechtsgeschäftes) und volljährig
- 2) vollständig handlungsunfähig = nicht urteilsfähig (unabhängig von Volljährigkeit)
- 3) beschränkt handlungsunfähig = minderjährig, aber trotzdem urteilsfähig (hinsichtlich bestimmten Handelns)
- 4) beschränkt handlungsfähig = urteilsfähiger Volljähriger, dessen Handlungsfähigkeit aber durch Massnahmen des Erwachsenenschutzes eingeschränkt ist (nArt. 19d ZGB)
- 5) grundsätzlich handlungsunfähig = Volljähriger unter umfassender Beistandschaft (nArt. 398 Abs. 3 ZGB). Die umfassende Beistandschaft wird nur bei dauernder Urteilsunfähigkeit angeordnet, deshalb es selten vorkommt, dass der Betroffene hinsichtlich eines Geschäfts urteilsfähig ist.

| Volle Handlungsfähigkeit     | Eingeschränkte Handlungsfähigkeit  |  | Beschränkte Handlungsunfähigkeit  | Volle Handlungsunfähigkeit  |
|------------------------------|--|--|---|---|
| Urteilsfähige<br>Volljährige | Von einer entsprechenden Erw.schutzmassnahme betroffene Person<br><br>Art. 19d ZGB |  | Urteilsfähige handlungsunfähige Personen<br><br>Art. 19 ff ZGB<br><br>Gesetzliche Freiräume (z.B. Art. 323 ZGB)<br><br>Zustimmung gesetz. Vertreter<br><br>Unentgeltlichkeit<br><br>Geringfügigkeit<br><br>Höchstpersönliche Rechte<br><br>Deliktsfähigkeit | Alle urteilsunfähigen Personen<br><br>Art. 18 ZGB<br><br>Handlungen bleiben wirkungslos<br><br>Ausnahmen: z.B. Art. 54 OR |



## II. Unterschiedliche Arten von (Rechts-)Handlungen bzw. verschiedene Handlungstypen

### 1. Übersicht

Für die meisten rechtlich relevanten Handlungen sind die Volljährigkeit sowie die Urteilsfähigkeit Voraussetzung (rechtsgeschäftliche oder rechtsgeschäftsähnliche Willensäußerungen und faktisches Verhalten, das rechtsgeschäftsähnliche Wirkung hat).

Für gewisse Handlungen genügt jedoch die Urteilsfähigkeit (deliktisches Verhalten, Realakte ohne rechtsgeschäftlichen Charakter etc.)

### 2. Rechtsgeschäftliche Willensäußerungen

- zwei- oder mehrseitige Rechtsgeschäfte: Handlungsfähigkeit aller Vertragspartner erforderlich, sowohl bei Verpflichtungs- als auch bei Verfügungsgeschäft
- einseitiges Rechtsgeschäft oder Gestaltungsrecht: Handlungsfähigkeit derjenigen Person erforderlich, welche seinen Willen äussert
- bei Empfangsbedürftigkeit der Willensäußerung: Handlungsfähigkeit des Adressaten erforderlich

### 3. Erwerb unentgeltlicher Vorteile (Verweis)

Urteilsfähige Minderjährige (= beschränkt Handlungsunfähige) können gemäss nArt. 19 Abs. 2 ZGB selbständig Vorteile erlangen, die unentgeltlich sind (z.B. Schenkung entgegennehmen).

### 4. Geringfügige Angelegenheiten des täglichen Lebens (Verweis)

Urteilsfähige Minderjährige (= beschränkt Handlungsunfähige) können gemäss nArt. 19 Abs. 2 ZGB selbständig geringfügige Angelegenheiten des täglichen Lebens besorgen.

### 5. Rechtsgeschäftsähnliche Willensäußerungen (s.66)

Hier handelt es sich um faktische Verhaltensweisen, die den Rechtsgeschäften gleichzustellen sind, da sie zwar willensorientiert sind, dieser Wille aber nicht auf die bestimmte Rechtsfolge gerichtet ist. Auch rechtsgeschäftsähnliche Willensäußerungen setzen die volle Handlungsfähigkeit voraus.

### 6. (Erlaubte) Tathandlungen, Realakte (s. 66)

Realakte = Tathandlungen; faktische Verhaltensweisen mit rechtsgeschäftsähnlichen Wirkungen

Realakte sind unmittelbar auf die Veränderung eines äusseren Zustandes gerichtet. Massgebend ist hier der äussere Erfolg, d.h. die Handlungsfähigkeit wird regelmässig nicht vorausgesetzt, d.h. Urteilsfähigkeit genügt oder aber es sind weder Urteilsfähigkeit noch Volljährigkeit erforderlich.

Ausnahmsweise ist volle Handlungsfähigkeit vorauszusetzen, wenn die Wirkung von Realakte rechtsgeschäftsähnlich ist.

### 7. Unerlaubte Handlungen (deliktisches Verhalten)

Die Deliktsfähigkeit ist gemäss Art. 19 Abs. 3 ZGB lediglich von der Urteilsfähigkeit abhängig. Hinsichtlich der Ersatzpflicht sind gemäss Art. 43 OR graduelle Abstufungen möglich (reduzierte Urteilsfähigkeit führt zu reduziertem Verschulden). Rechtsgeschäfte hingegen sind entweder zustande gekommen oder nicht („Alles-oder-nichts-Prinzip“).

Deliktsfähigkeit = i.w.S. „Verschuldensfähigkeit“. Art. 19 Abs. 2 ZGB regelt die Schadenersatzpflicht von Minderjährigen, die den Geschäftspartner über die fehlende Handlungsfähigkeit getäuscht haben.

### 8. Unterlassungen mit Rechtsfolgen

Auch das Unterlassen einer Handlung kann Rechtsfolgen nach sich ziehen (z.B. Verstreichenlassen von Fristen etc.). Hier drängt sich ein Schutz des Handlungsunfähigen auf. Die unterlassene Handlung wird fingiert, wodurch das Unterlassen des Handlungsunfähigen unwirksam wird. Dies ist aber nur möglich, wenn die betr. Handlung inhaltlich zum Voraus genau bestimmt ist (z.B. Mängelrüge innerhalb von 3 Mte. möglich).

## 9. Höchstpersönliche Rechte

### a) Höchstpersönliche Rechte im Allgemeinen

Gemäss nArt. 19c Abs. 1 ZGB können urteilsfähige Handlungsunfähige selbständig Rechte ausüben, welche ihnen „um ihrer Persönlichkeit willen zustehen“ → Höchstpersönliche Rechte: Rechte, die mit der Person als Träger des Rechts unmittelbar verbunden sind.

nArt. 19c Abs. 1 ZGB ist eine Generalklausel (Lücke intra legem). Es gibt keine abschliessende Aufzählung, bei welchen Rechten es sich um höchstpersönliche Rechte handelt. Dies ist von Fall zu Fall zu entscheiden.

Gehört ein Recht zu den höchstpersönlichen Rechten, kann der Einzelne innerhalb dieses Bereichs besonderer Bezugsnähe zu seiner Person ohne die gesetzliche Zustimmung seiner Vertreters handeln, wenn er urteilsfähig ist. Der gesetzliche Vertreter ist von diesem Bereich ganz ausgeschlossen → Vertretungsfeindlichkeit.

Man unterscheidet zwischen:

- absolut höchstpersönliche Rechte: können *allein* durch den Berechtigten ausgeübt werden
- relativ höchstpersönliche Rechte: eine Vertretung ist bei Urteilsunfähigkeit möglich

Wichtig zu beachten ist hier, dass bei urteilsunfähigen Personen bestimmte Rechte aufgrund der Vertretungsfeindlichkeit überhaupt nicht wahrgenommen werden können → die absolut höchstpersönlichen Rechte.

### b) Relativ höchstpersönliche Rechte

#### aa) Allgemeines

Relativ höchstpersönliche Rechte (= bedingt vertretungsfähige höchstpersönliche Rechte) können vom Berechtigten ausgeübt werden, wenn er urteilsfähig ist. Bei fehlender Urteilsfähigkeit kann der gesetzliche Vertreter handeln (nArt. 19c Abs. 2 ZGB) → Vertretungsfeindlichkeit ist hier zum Schutz des Urteilsunfähigen beschränkt.

#### bb) Umfang der Vertretungsbefugnis

Zwei Fallgruppen:

- |   |
|---|
| <ul style="list-style-type: none"><li>- Rechte, die vom Berechtigten <i>allein</i> ausgeübt werden können, sofern er urteilsfähig ist.<br/>z.B. Persönlichkeitsrechte (Art. 28ff. ZGB), Klagen zum Schutz des Namens (Art. 29 ZGB), Klagen auf Unterhalt, Klagen im Zh. Mit der Begründung eines Eltern/Kind-Verhältnisses (Art. 261ff. ZGB), Ausübung von Geschädigtenrechten in einem Strafverfolgen etc.</li><li>- Rechte, die des <i>gleichzeitigen Handels des urteilsfähigen Berechtigten und des gesetzlichen Vertreters</i> bedürfen.<br/>z.B. Gesuch um Namensänderung (Art. 30 Abs 1 ZGB), Adoption (Art. 264ff. ZGB)</li></ul> |
|---|

→ fehlt es an der Urteilsfähigkeit des Betroffenen, können beide Gruppen durch den gesetzlichen Vertreter ausgeübt werden.

### c) Absolut höchstpersönliche Rechte

Die absolut höchstpersönlichen Rechte sind der Vertretung gar nicht zugänglich, die urteilsfähige Person kann und muss deshalb selbständig handeln.

Für die urteilsunfähige Person ist hier also kein Handeln möglich. Deshalb wird gerade in diesem Bereich der Relativität der Urteilsfähigkeit hohe Bedeutung zugemessen. Die Person muss lediglich in groben Umrissen erkennen, worum es beim betr. Geschäft geht.

Zwei Fallgruppen:

- Urteilsfähige Person handelt *selbstständig* (ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters). z.B. Rücktritt vom Verlöbnis (Art. 91 ZGB), Einreichen der Ehescheidungsklage (Art. 111ff. ZGB), Eheanfechtungsklage (Art. 107 ZGB), Klage auf Anfechtung der Vaterschaft (Art. 256-256b ZGB), Entscheid über religiöse Zugehörigkeit (Art. 303 Abs. 3 ZGB), Errichtung eines Testaments (Art. 467 ZGB) und dessen Widerruf, Mitgliedschaft in einem Verein etc.
- Zusätzlich ist die *Zustimmung des gesetzlichen Vertreters* erforderlich. z.B. Abschluss eines Ehevertrages (nArt. 183 Abs. 2 ZGB), Eingehung eines Verlöbnisses (nArt. 90 Abs. 2 ZGB), Anerkennung des ausserhalb der Ehe geb. Kindes (nArt. 260 Abs. 2 ZGB)

→ Tabelle siehe s. 72

### III. Rechtsstellung des vollständig Handlungsunfähigen (Art. 18 ZGB)

#### 1. Kreis der handlungsunfähigen Personen

Wer urteilsunfähig ist, ist grundsätzlich auch handlungsunfähig. Urteilsfähige Minderjährige sind beschränkt handlungsunfähig. Die Urteilsfähigkeit muss immer bezogen auf eine bestimmte Handlung und einen bestimmten Zeitraum ermittelt werden → Relativität der Urteilsfähigkeit

#### 2. Rechtliche Wirkungen der Urteilsunfähigkeit

##### a) Allgemeines

Wer *nicht urteilsfähig* ist, kann durch seine Handlungen keine rechtliche Wirkung erzielen (Art. 18 ZGB), ist also *weder delikts- noch geschäftsfähig*. Rechtsgeschäfte, die der vollständig Handlungsunfähige vornimmt, sind grundsätzlich nichtig. Ausnahme bei der Deliktsfähigkeit, Art. 54 OR.

##### b) Rechtliche Wirkungen der Urteilsunfähigkeit im Zusammenhang mit rechtsgeschäftlichem Handeln

###### aa) Regel: Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte des Urteilsunfähigen

Rechtsgeschäfte von handlungsunfähigen Personen bleiben rechtlich ohne jede Wirkung. Die Nichtigkeitswirkung gilt ex tunc (rückwirkend) und ist von Amtes wegen zu berücksichtigen.

###### bb) Auswirkungen des Nichtigkeitsgrundsatzes

- kein Schutz des guten Glaubens Dritter (es spielt keine Rolle, ob Geschäftspartner von der Handlungsunfähigkeit wusste oder nicht)  
Ausnahmen: Bei Grundbucheintrag, welcher durch eine urteilsunfähige Person erwirkt wurde; Gutgläubensschutz bei fehlender Information des Schuldners einer verbeiständeten Person
- Alle Beteiligten können sich auf Nichtigkeit berufen (auch der Vertragspartner des Urteilsunfähigen)
- Eine nachträgliche Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter „heilt“ die Nichtigkeit nicht, d.h. das Rechtsgeschäft bleibt nichtig.
- Die Nichtigkeit wird auch durch Zeitablauf nicht geheilt. Vorbehalten bleibt ein eigentlicher Rechtsmissbrauch gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB.  
z.B. Abwarten, bis der Geschäftspartner die Volljährigkeit erreicht hat

###### cc) Ausgleichsansprüche bei Vertragsnichtigkeit (→ ausservertragliche Ansprüche bei Nichtigkeit)

- Vindikation (Eigentumsherausgabeklage)
- Kondiktion (Klage wegen ungerechtfertigter Bereicherung)
- Art. 54 OR (Schadenersatzpflicht des Urteilsunfähigen), gilt nicht nur bei unerlaubten Handlungen sondern auch bei Vertragsverletzungen
- Billigkeitshaftung (i.S. einer Culpa in contrahendo); aber nur, wenn Deliktsfähigkeit bejaht werden kann
- Verantwortlichkeit gemäss nArt. 19b Abs. 2 ZGB bzw. nArt. 452 Abs. 3 ZGB bei Irreführung des Geschäftspartners durch den Handlungsunfähigen. Auch dieser Tatbestand setzt (als

Spezialtatbestand der Culpa in contrahendo) hinsichtlich der Irreführung die Urteilsfähigkeit des Minderjährigen voraus.

#### *dd) Ausnahmen von der Nichtigkeit*

Gewisse Rechtsgeschäfte entfalten kraft spezialgesetzlicher Anordnung volle Wirkung, solange die Urteilsunfähigkeit nicht gerichtlich geltend gemacht wird. Beispiele:

- Eheschluss einer urteilsunfähigen Person
- Verfügung von Todes wegen einer urteilsunfähigen Person
- Bei Rechtsmissbrauch gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB treten die Nichtigkeitsfolgen nicht ein  
z.B. Verkäufer macht nach geraumer Zeit Nichtigkeit aufgrund Urteilsunfähigkeit geltend, nachdem sich herausstellt, dass Kaufsache in der Zwischenzeit einen höheren Marktwert erzielt.
- Annahme eines faktischen Vertragsverhältnisses als Korrektiv zur Nichtigkeit des Konsensualvertrages (z.B. bei ungültigen Arbeitsverträgen)

#### *ee) Vorbehalte gegenüber dem Grundsatz der Vertragsnichtigkeit*

Der Grundsatz der Nichtigkeit nimmt bewusst die Benachteiligung des Geschäftspartners in Kauf. Fraglich bleibt, ob die Nichtigkeitsfolge als regelmässig zu beachtende Rechtsfolge zum Schutz des Urteilsunfähigen überhaupt erforderlich ist. In Frankreich und dem anglo-amerikanischen Rechtskreis ist das anders (FR: Nichtigkeit auf Anfechtung hin; Anglo-Amerik. RK: Verträge nur „voidable“).

#### *ff) Rechtsfolgen des Handelns des Urteilsunfähigen im Zusammenhang mit Realakten und ausservertraglicher Haftung*

Der Grundsatz, dass Verhaltensweisen handlungsunfähiger Personen keine rechtlichen Wirkungen auslösen, gilt auch ausserhalb rechtsgeschäftlichen Handelns *nicht absolut*. Es gibt gesetzliche Ausnahmen (bei Realakten und rechtswidrigem Verhalten), für welche der Grundsatz der rechtlichen Unwirksamkeit des Verhaltens Urteilsunfähiger entfällt. Beispiele (s. 77f.):

- Begründen des Wohnsitzes (Art. 24 Abs. 2 ZGB)
- Scheidungsgrund (Art. 115 ZGB)  
Die zweijährige Trennungsfrist setzt keine Urteilsfähigkeit voraus und eine Unzumutbarkeit dieser Frist kann auch von Urteilsunfähigen bewirkt werden.
- Die Ansprüche der unverheirateten Mutter bzw. des ausserhalb der Ehe geborenen Kindes gegenüber dem Vater (Art. 279 und 295 ZGB)  
Sie setzen keine Verschuldensfähigkeit des Vaters voraus
- Erbschaftserwerb setzt keine Urteilsfähigkeit voraus; eine Erbschaftsausschlagung jedoch schon (Ausschlagungsfrist beträgt 3 Mte)
- Eigentumserwerb infolge Vermischung bzw. Vermengung (Art. 727 ZGB)
- Retentionsrecht (Art. 895ff. ZGB)
- Verzugsfolgen
- Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419ff. OR)
- Ungerechtfertigte Bereicherung (Kondiktion; Art. 62ff. OR)
- Kausalhaftungstatbestände
- Billigkeitshaftung (Art. 54 Abs. 1 OR)
- Zivilrechtliche Actio libera in causa (Art. 54 Abs. 2 OR) - Haftung aus unerlaubter Handlung, bei schuldhafter Zuführung dieses Zustandes

### 3. Vertretung des vollständig Handlungsunfähigen

- für Minderjährige i.d.R. die Eltern bzw. der Inhaber der elterlichen Sorge (Art. 304 Abs. 1 ZGB), allenfalls unter Mitwirkung eines Bestandes (nArt. 306 Abs. 2/3 ZGB)
- Gibt es keinen sorgeberechtigten Elternteil, wird dem Minderjährigen ein Vormund bestellt (nArt. 327a ZGB).
- für urteilsunfähige volljährige Personen - wird falls erforderlich - eine Beistandschaft errichtet, u.U. genügt die gesetzliche Vertretung oder die Person hat vor Eintritt der Urteilsunfähigkeit mittels Vorsorgevollmacht einen Vertreter bestimmt.
- Rechtswirkungen treten unmittelbar beim Vertretenen ein.
- Der Vertreter kann grundsätzlich alleine handeln; Einschränkungen:
  - o im Bereich der absolut höchstpersönlichen Rechte → vertretungsfeindlich
  - o sorgeberechtigte Eltern dürfen keine Bürgschaft eingehen, Stiftung errichten und Schenkung vornehmen
  - o Bei Interessenkollision zw. Eltern und Kind entfällt das Vertretungsrecht (Art. 306 Abs. 3 ZGB)
  - o Vormund (bei Minderjährigen) und Beistand (bei Verbeiständeten) benötigen für gewisse Geschäfte die Genehmigung der Erwachsenenschutzbehörde

### 4. Gesetzliche Vertretung und Vorsorgevollmacht

Nach neuem Erwachsenenschutzrecht verfügt der Ehegatte über das gesetzliche Vertretungsrecht, wenn die Ehegatten einen *gemeinsamen Haushalt* führen oder der urteilsunfähig gewordenen Person *regelmässig und persönlich Beistand* geleistet wird. Das gesetzliche Vertretungsrecht ist aber beschränkt auf:

- Üblicherweise erforderliche Rechthandlungen zur Deckung des Unterhaltsbedarfs
- Ordentliche Verwaltung des Einkommens und übrigen Vermögenswerte
- Nötigenfalls Befugnis, Post zu öffnen und zu erledigen.
- Zur ausserordentlichen Vermögensverwaltung ist die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde nötig

Erwachsenenschutzbehörde muss auch eingreifen, wenn Interessen des Urteilsunfähigen gefährdet oder nicht mehr gewahrt sind → Beistand wird bestellt (nArt. 376 ZGB)

Handlungsfähige Personen haben neu die Möglichkeit, mittels eines Vorsorgeauftrags für den Fall der eigenen Urteilsunfähigkeit vorzusorgen und einen Vertreter des Vertrauens für die Personen- oder Vermögenssorge zu beauftragen.

### 5. Fehlen eines Vertreters

Fehlt ein Vertreter, muss die zuständige *Erwachsenen- resp. Kinderschutzbehörde* einen (Ersatz-) Beistand ernennen. Ausnahmsweise kann sie auch direkt selber handeln.

### 6. Patientenverfügung

Mit einer Patientenverfügung (nArt. 370 Abs. 1 ZGB) kann eine urteilsfähige Person festlegen, welchen medizinischen Massnahmen sie im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit zustimmt oder nicht zustimmt. Die Patientenverfügung ist erst wirksam, wenn der Patient die Urteilsfähigkeit verliert. Auch kann die urteilsfähige Person eine andere Person erkennen, welche im Falle ihrer Urteilsunfähigkeit entscheidet (nArt. 370 Abs. 2 ZGB).

## IV. Rechtsstellung des beschränkt Handlungsunfähigen im Allgemeinen

### 1. Überblick und Terminologie

Urteilsfähige minderjährige Personen sind grundsätzlich nicht handlungsfähig (Art. 17 ZGB). Die Handlungsunfähigkeit ist jedoch nur beschränkt, denn nArt. 19 ff. ZGB sieht die Handlungsfähigkeit bezüglich bestimmter Rechte vor.

Eine dem Alter nach volljährige Person kann zu ihrem eigenen Schutz unter umfassende Beistandschaft gestellt werden. Sie ist dann auch beschränkt handlungsunfähig, d.h. die Rechtsstellung gleicht jener eines Minderjährigen. Da die umfassende Beistandschaft aber nur angeordnet wird, wenn von dauernder Urteilsunfähigkeit ausgegangen werden kann, kommt es nur äusserst selten vor, dass dem Verbeiständeten für best. Geschäfte die Urteilsfähigkeit zugesprochen wird.

Dem beschränkt Handlungsunfähigen gesteht der Gesetzgeber bezüglich der höchstpersönlichen Rechte volle Freiheit und bezüglich bestimmter Handlungstypen eine bestimmte Handlungsautonomie zu.

Zu unterscheiden sind folgende Handlungstypen:

- Handlungen, die nach nArt. 19ff. ZGB nur Urteilsfähigkeit voraussetzen.
- Handlungen, die zwar Volljährigkeit voraussetzen, bei deren Fehlen aber durch Zustimmung des gesetzlichen Vertreters volle Rechtswirkung herbeigeführt wird.

Volle Rechtswirkung erlangen Handlungen des urteilsfähigen Minderjährigen auch ohne Zustimmung des Vertreters in folgenden Bereichen:

- |  |
|--|
| <ul style="list-style-type: none"><li>a) Handlungen, die generell nur Urteilsfähigkeit erfordern</li><li>b) Erlangen von unentgeltlichen Vorteilen</li><li>c) Besorgen von geringfügigen Angelegenheiten des täglichen Lebens</li><li>d) Ausüben von höchstpersönlichen Rechten</li><li>e) Handelns im Bereich gesetzlicher Freiräume (insb. Mit Blick auf best. Sondervermögen)</li><li>f) Vertretung Dritter</li></ul> |
|--|

### 2. Handlungen, die der beschränkt Handlungsunfähige selbständig mit voller Rechtswirkung vornehmen kann

#### a) Rechtshandlungen, die generell nur Urteilsfähigkeit erfordern

Ohne Zustimmung kann der urteilsfähige Minderjährige bestimmte Rechtshandlungen vornehmen, wenn generell nur Urteilsfähigkeit vorausgesetzt wird. Dies folgt aus allgemeinen Überlegungen (nicht direkt aus nArt. 19 ZGB).

#### b) Erlangen unentgeltlicher Vorteile

##### aa) Allgemeines

Gemäss nArt. 19 Abs. 2 ZGB kann ein urteilsfähiger Minderjähriger selbständig Vorteile erlangen, die unentgeltlich sind. Unentgeltlich bedeutet hier, dass mit dem Rechtsgeschäft *keinerlei Belastung* verbunden ist. Der gesetzliche Vertreter kann in diesem Bereich auch tätig werden. Die Zulässigkeit des selbständigen Handelns schliesst somit die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters nicht aus.

##### bb) Begriff des „unentgeltlichen Vorteils“

Vorteile können Vermögensvermehrung, aber auch Verhinderung von Vermögensnachteilen (z.B. durch das Erheben von Mängelrügen) sein.

Ein Vorteil ist unentgeltlich, wenn diesem *kein unmittelbarer Nachteil* gegenübersteht → d.h. eine eigentliche rechtliche Verpflichtung aber auch jede sonstige „Belastung“ (z.B. eine mit einer Schenkung verbundene Auflage).

→ Nur ein *unmittelbar aus dem Rechtsgeschäft fliessender Nachteil* schliesst die Unentgeltlichkeit aus, nicht aber ein Geschäft, das bloss in seinen späteren Auswirkungen Lasten, Nachteile oder Risiken mit sich bringt!

In diesen Fällen schliesst die Handlungsfähigkeit die Prozessfähigkeit *nicht* mit ein, weil die prozessuale Verfolgung Risiken mit sich bringt (insb. Prozesskosten).

#### cc) Beispiele für unentgeltliche Rechtsgeschäfte

- Schenkung (Art. 239 OR), wenn diese frei von Auflagen und Bedingungen ist; nach Art. 241 OR kann der gesetzliche Vertreter die Schenkung widerrufen (Resolutivbedingung)
- Abschluss eines Schuldvertrages (beschränkt Handlungsunfähiger ist Schuldner), sofern keine Gegenleistung damit verbunden ist
- Annahme eines Vermächtnisses (Art. 484 ZGB) – weil damit keine Haftung verbunden ist
- Erlangung einer unentgeltlichen Option (für die spätere Ausübung der Option ist hingegen die Zustimmung des Vertreters erforderlich)
- Aneignung (Art. 658, 718 ZGB)
- Einseitige Rechtsgeschäfte, Willenserklärungen usw., je nach dem, ob damit eine Verpflichtung bzw. ein Rechtsverlust verbunden ist
- Entgegennahme geschuldeter Leistungen ist kein unentgeltliches Rechtsgeschäft, weil damit der Leistungsanspruch des beschränkt Handlungsunfähigen untergeht
- Einem Finder werden diverse Pflichten auferlegt, weshalb der Eigentumserwerb am Fundgegenstand bei blosser Urteilsfähigkeit nicht möglich ist (→ in der Lehre umstritten).

#### c) Besorgen geringfügiger Angelegenheiten des täglichen Lebens

Gemäss nArt. 19 Abs. 2 ZGB kann ein urteilsfähiger Minderjähriger selbständig geringfügige Angelegenheiten des täglichen Lebens besorgen. Der Begriff wird vom Gesetzgeber nicht definiert, es ist jedoch von einem *objektiven Massstab* auszugehen (z.B. Erwerb von Gegenständen des täglichen Gebrauchs wie Nahrungsmittel, Kosmetika, Zeitschriften, Benutzung ÖV). Nicht erfasst sind u.a. Kreditgeschäfte, die ein ganz bescheidenes Mass übersteigen.

#### d) Ausübung höchstpersönlicher Rechte

##### aa) Allgemeines

- gemäss nArt. 19c Abs. 1 und 2 ZGB
- betrifft die absoluten und die relativ höchstpersönlichen Rechte
- bei bestimmten Sachlagen ist zusätzlich die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich

##### bb) Begriff der Ausübungen höchstpersönlicher Rechte

Die Ausübung höchstpersönlicher Rechte bedingt oft, dass Rechtsgeschäfte vorgenommen werden, die nicht von nArt. 19c ZGB erfasst sind (z.B. die für die Bezahlung von Gerichtskosten notwendigen Handlungen). D.h. für diese Rechtsgeschäfte wird dann die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters vorausgesetzt.

Der gesetzliche Vertreter überschreitet jedoch seine Vertretungsbefugnis, wenn er mit der Verweigerung der Zustimmung verhindert, dass der beschränkt Handlungsunfähige seine legitimen Interessen nicht geltend machen könnte (z.B. Verweigerung der Zustimmung der Beauftragung eines Anwalts, um Genugtuungsansprüche vor Gericht geltend zu machen aufgrund der hohen Kosten).

Beispiele für die Wahrnehmung höchstpersönlicher Rechte (= höchstpersönliche Interessen):

- Geltendmachung subjektiver Rechte (z.B. Persönlichkeitsrechte, Genugtuungsansprüche)
- Einwilligung in ärztliche Eingriffe
- Bestimmte Willenserklärungen
- Prozessuale Geltendmachung höchstpersönlicher Rechte
- Gewisse öffentlichrechtliche Willenserklärungen (z.B. Strafantrag)

*cc) Höchstpersönlichkeit als Fehlen der Vertretungsmacht bei Urteilsfähigkeit des Betroffenen?*

In der Lehre ist umstritten, inwieweit die Urteilsfähigkeit des Betroffenen die Vertretungsvollmacht des gesetzlichen Vertreters betr. die relativ höchstpersönliche Rechte einschränkt. Das BGE schliesst eine Vertretung grundsätzlich aus. Angemessener wäre wohl aber folgende Differenzierung:

- Bei *ausdrücklicher Ablehnung* der betreffenden Handlung durch den beschränkt Handlungsunfähigen ist die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters *ausgeschlossen*.
- *Fehlt ein ausdrücklicher Wille* des Betroffenen, ist der gesetzliche Vertreter grundsätzlich zur vertretungsweisen Handlung *ermächtigt*.

Im Bereich der absolut höchstpersönlichen Rechte ist eine Vertretung ausgeschlossen → absolute Vertretungsfeindlichkeit.

#### **e) Gesetzliche Sonderbestimmungen mit Ermächtigungscharakter**

Gewisse gesetzliche Sonderbestimmungen gewähren dem urteilsfähigen Handlungsunfähigen Handlungsfreiräume:

- Freies Vermögen (Art. 321 und nArt. 409 ZGB), das der betreffenden Person ausdrücklich mit dieser Anordnung zugewandt wurde, steht unter deren Verwaltung und Nutzung.
- Vermögen, das durch eigene Arbeit erworben wurde (Art. 323 ZGB, lex specialis zu nArt. 19 ZGB). Die Handlungsfähigkeit bezieht sich auf den Lohn und die mit dem Einkommen aus der beruflichen Tätigkeit zusammenhängenden Ersparnisse.  
Zum Abschluss des Arbeitsvertrages ist jedoch die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nötig. Dieser kann den Vertrag auch kündigen.
- Vermögen für die selbständige Berufsausübung (Art. 323 Abs. 1 ZGB), das die Eltern dem Kind für die Ausübung eines Berufs oder eines eigenen Gewerbes überlassen haben, steht unter der Verwaltung und Nutzung des Kindes.

#### **f) Vertretung Dritter**

Handelt eine minderjährige urteilsfähige Person im Auftrag einer Drittperson (z.B. Eltern), liegt diesbezüglich volle Geschäftsfähigkeit vor.

Zur Erlangung einer organschaftlichen Stellung (z.B. in einem Verein) ist jedoch die Zustimmung des gesetzl. Vertreters erforderlich.

### **3. Rechtsgeschäftliches Handeln mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (nArt. 19f. ZGB)**

Abgesehen von den oben erwähnten Ausnahmen bleibt es beim Grundsatz, dass der Minderjährige handlungsunfähig ist und die Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters benötigt, damit sein Handeln rechtswirksam wird.

#### **a) Allgemeines zur Zustimmung**

Das Zustimmungserfordernis von nArt. 19 Abs. 1 ZGB führt zu einer bedingten Geschäftsfähigkeit. Die Zustimmung ersetzt die fehlende Volljährigkeit i.w.S. Es ist nicht erforderlich, dass der Geschäftspartner davon Kenntnis hat. Wer geltend macht, dass die Zustimmung des Vertreters die fehlende Volljährigkeit ersetzt, ist dafür beweispflichtig (Art. 8 ZGB).



## **b) Begriff und Rechtsnatur der Zustimmung**

Zustimmung = formlos gültiges, einseitiges Rechtsgeschäft, das als nicht empfangsbedürftige Willenserklärung das fehlende Tatbestandselement der Volljährigkeit i.w.S. zu ersetzen vermag.

Die Zustimmung ist ein Nebenrechtsgeschäft. Das Hauptrechtsgeschäft bleibt solange in der Schwebe (> hinkendes Rechtsgeschäft), bis die Zustimmung erfolgt (Zustimmung ist Suspensivbedingung). Das Hauptrechtsgeschäft ist zwar gültig, aber noch nicht wirksam.

Bleibt die Zustimmung aus, ist das Rechtsgeschäft nichtig.

## **c) Form und Modalitäten der Zustimmung**

Die Zustimmung kann (selbst bei formbedürftigen Rechtsgeschäften) formlos erfolgen. Sie kann ausdrücklich oder stillschweigend erteilt werden.

### *aa) (vorgängige) Ermächtigung*

- generell: für bestimmte Art von Rechtsgeschäften (z.B. Taschengeld) oder
- individuell: im Hinblick auf ein ganz bestimmtes Geschäft
- Geschäft ist ab initio voll wirksam. Ein Widerruf der Ermächtigung nach Abschluss des Geschäfts ist ausgeschlossen.

### *bb) (gleichzeitige) Mitwirkung*

- Zustimmung durch konkludentes Verhalten
- Bezieht sich immer auf bestimmten Einzelfall

### *cc) (nachträgliche) Genehmigung*

- bezieht sich immer auf konkretes Geschäft
- ist innert angemessener Frist zu erteilen (nArt. 19a Abs. 2 ZGB)
- Geschäft gelangt *ex tunc* (rückwirkend) zur Perfektion
- Bei Verweigerung der Genehmigung können bereits vollzogene Leistungen zurückgefordert werden (für Haftung des Handlungsunfähigen s. nArt. 19b Abs. 1 ZGB).

## **V. Einschränkung der Handlungsfähigkeit zufolge Ehe**

Die Handlungsfähigkeit verheirateter Personen ist von Gesetzes wegen eingeschränkt betr.:

- Bürgschaft, Art. 494 OR
- Familienwohnung, Art. 169 ZGB
- Barauszahlung der Austrittsleistung, Art. 5 Abs. 2 FZG

→ Zustimmung des anderen Ehegatten ist erforderlich.

## **VI. Massnahmen des Erwachsenenschutzes**

### **1. Zur Revision des Vormundschaftsrechts**

Inkrafttreten: 1.1.2013. Wichtigste Reformpostulate:

- Anpassung der bisherigen, als stigmatisierenden Terminologie
- Stärkung des Selbstbestimmungsrechts
- Verbesselter Schutz urteilsunfähiger Personen
- Einführung massgeschneiderter Massnahmen

## 2. Übersicht

Volljährige, urteilsfähige Personen sind grundsätzlich selbständig. Durch gewisse Schwächezustände kann diese Selbstständigkeit jedoch beeinträchtigt werden. Dadurch werden das Wohl und Interesse der Betroffenen gefährdet. Das Erwachsenenschutzrecht hat die Aufgabe, hier behebend, ausgleichend oder mildernd einzugreifen.

Das neue Erwachsenenschutzrecht wertet die Unterstützung einer Person durch ihr Umfeld stark auf. Behördliche Massnahmen bleiben in gewissen Fällen jedoch trotzdem erforderlich. Zweck der Massnahmen: Wohl und Schutz der hilfsbedürftigen Person sowie Berücksichtigung von Belastung und Schutz Angehöriger und Dritter.

## 3. Erwachsenenschutz und Handlungsfähigkeit

### a) Allgemeines

Fehlt einer Person die Urteilsfähigkeit, ist sie handlungsunfähig. Ein diesbezüglicher Entscheid der Erwachsenenschutzbehörde ist weder notwendig noch möglich. Allerdings dient ein entsprechender Entscheid der Rechtssicherheit.

Personen, denen wegen erheblicher Einschränkungen der geistigen Fähigkeiten in zahlreichen oder allen Handlungsbereichen die Urteilsfähigkeit abgeht, bedürfen eines gesetzlichen Vertreters. Die Erwachsenenschutzbehörde wird zu diesem Zweck eine *umfassende Beistandschaft* errichten. Der Betroffene ist grundsätzlich *handlungsunfähig*.

Personen, deren Urteilsfähigkeit nicht zum vornherein verneint werden kann, bedürfen zur Wahrung ihrer Interessen ebenfalls behördlicher Unterstützung. Es wird eine *ingeschränkte Beistandschaft* errichtet, um der Person für bestimmte Bereiche die Handlungsfähigkeit zu entziehen. Die Personen sind dann *beschränkt handlungsfähig*.

Der Beistand vertritt den Betroffenen in der Regel alleine. Für bestimmte Geschäfte (zustimmungsbedürftige Geschäfte) ist die Genehmigung durch die Erwachsenenschutzbehörde nötig. z.B. Kündigung eines Mietvertrages, Abschluss eines Erbvertrages, Aufnahme eines Darlehens (auch andere Geschäfte können auf Anordnung der Erwachsenenschutzbehörde deren Genehmigung unterstellt werden)

### b) Verbleibender Handlungsspielraum der urteilsfähigen, verbeiständeten Person

Wenn die Beistandschaft auf gewisse Rechtsgeschäfte bzw. Lebensbereiche beschränkt ist, hat der Betroffene die volle Handlungsfähigkeit in allen anderen Bereichen.

In den Bereichen, die von der Beistandschaft betroffen sind gilt Folgendes (analog zum beschränkt Handlungsunfähigen, d.h. Minderjährigen):

- mit Zustimmung des Beistandes kann der urteilsfähige Verbeiständete alle Rechtshandlungen vornehmen
- ohne Zustimmung darf der urteilsfähige Verbeiständete in folgenden Bereichen handeln:
  - o Handlungen, die generell nur Urteilsfähigkeit erfordern
  - o Erlangen von unentgeltlichen Vorteilen
  - o Besorgen von geringfügigen Angelegenheiten des täglichen Lebens
  - o Ausüben höchstpersönlicher Rechte
  - o Vertretung Dritter
  - o Handeln im Bereich „gesetzlicher Freiräume“

#### 4. Beistandschaften als „Massnahmen nach Mass“

Mit massgeschneiderten Massnahmen soll der Schutzbedürftigkeit der betroffenen Person bestmöglich begegnet werden.

- Begleitbeistandschaft: Errichtung mit Zustimmung des Betroffenen, für Erledigung bestimmter Angelegenheiten. Die Handlungsfähigkeit wird nicht eingeschränkt (nArt. 393 Abs. 1/2 ZGB).
- Vertretungsbeistandschaft: Person kann bestimmte Angelegenheiten nicht selber wahrnehmen. Erwachsenenschutzbehörde kann die Handlungsfähigkeit entsprechend beschränken (nArt. 394 ZGB).
- Mitwirkungsbeistandschaft: Gewisse Handlungen bedürfen der Zustimmung des Beistandes. Im betreffenden Handlungsbereich ist die Handlungsfähigkeit von Gesetzes wegen eingeschränkt (nArt. 396 ZGB).

→ Die vers. Formen der Beistandschaft können miteinander kombiniert werden (nArt. 397 ZGB). Nur die umfassende Beistandschaft ist keiner Kombination zugänglich.

#### 5. Insbesondere die umfassende Beistandschaft

- nArt. 398 ZGB Abs. 1 ZGB – ultimo ratio
- wenn Person, namentlich wegen dauernder Urteilsunfähigkeit, besonders hilfsbedürftig ist
- bezieht sich auf alle Angelegenheiten der Personensorge, der Vermögenssorge und des Rechtsverkehrs
- Handlungsfähigkeit entfällt von Gesetzes wegen
- Denkbar ist, dass die Urteilsfähigkeit für gewisse Lebensbereiche noch erhalten ist → Handlungsunfähigkeit nur beschränkt, kleine Handlungsspielräume verbleiben (z.B. Taschengeld)

#### 6. Information über erwachsenenschutzrechtliche Massnahmen und Schutz Dritter

Der Schutzzweck erwachsenenschutzrechtlicher Massnahmen bedingt, dass diese grundsätzlich auch dann Wirksamkeit entfalten, wenn die durch Beistandschaften eingeschränkte oder durch eine umfassende Beistandschaft entzogene Handlungsfähigkeit durch Dritte nicht erkennbar ist. D.h. der Schutz der betroffenen Person hat Vorrang vor den Interessen des Rechtsverkehrs.

Um Dritte vor den Folgen von nichtigen Rechtsgeschäften zu bewahren, haben Personen, die ein Interesse an Kenntnis einer Massnahme aufweisen, die Anspruch auf Auskunft (nArt. 451 Abs. 2 ZGB; früher gab es eine Publikation > Stigmatisierung der Betroffenen).

nArt. 452 Abs. 2 ZGB sieht zudem eine besondere Mitteilungspflicht an Schuldner vor (z.B. Bank des Verbeiständeten). Dies schützt gutgläubige Schuldner vor der Gefahr, die gleiche Schuld doppelt bezahlen zu müssen (Grund: Der Schuldner ist nur dann von seiner Schuld befreit, wenn er diese dem Beistand erbringt).

nArt. 452 Abs. 3 ZGB schützt Personen, die vom Betroffenen irrtümlich zur Annahme der Handlungsfähigkeit verleitet wurden. Der Verbeiständete ist in solchen Fällen für den dadurch verursachten Schaden verantwortlich (analog bei minderjährigen Personen, nArt. 19b Abs. 2 ZGB)

# § 8 Verwandtschaft und Schwägerschaft

## I. Verwandtschaft

### 1. Verwandtschaftsbegriff nach Art. 20 ZGB

Verwandtschaft ist der Oberbegriff für die natürliche und die Adoptivverwandtschaft:

- Natürliche Verwandtschaft: Rechtsverhältnis, das auf einer Blutsgemeinschaft beruht und durch natürliche Abstammung begründet wird. Entsteht zum Zeitpunkt der Konzeption.
- Adoptivverwandtschaft: Führt kraft gesetzlicher Fiktion zum Erlöschen der ursprünglichen (natürlichen) und zur Entstehung einer neuen rechtlichen Verwandtschaft mit Adoptiveltern und zwar für die Zukunft so, wie wenn die Adoption das Eltern/Kind-Verhältnis mit der Geburt begründet hätte. Als Ehehindernis bleibt die Blutsverwandtschaft jedoch bestehen (Art. 95 Abs. 2 ZGB).

### 2. Abgrenzungen

#### a) Verwandtschaft als Blutsverwandtschaft

Im *allgemeinen Sprachgebrauch* wird unter dem Begriff Verwandtschaft meist die Blutsverwandtschaft verstanden (in gerader Linie oder in der Seitenlinie). Dasselbe gilt regelmässig für das *eidgenössische Recht ausserhalb des ZGB*.

#### b) Stiefverwandtschaft

Stiefverwandtschaft wird im Volksmund unterschiedlich verwendet. In aArt. 95 Ziff. 2 ZGB wurde damit ein Schwägerschaftsverhältnis (Stiefelternschaft) bezeichnet. Zwischen eingebrachten Kindern der Ehegatten besteht gemäss Art. 299 ZGB rechtlich weder eine Verwandtschaft noch eine Schwägerschaft bzw. ein natürliches Verwandtschaftsverhältnis.

#### c) Kantonale Bestimmungen

Hier kommt es teilweise nochmals zu einer anderen Verwendung der Begriffe.

### 3. Gradnähe der Verwandtschaftsbeziehungen

Die Nähe der Verwandtschaft wird in Graden ausgedrückt. Es gibt zwei Zählarten: Die römisch-rechtliche bei Geburten und die germanische Parentelenordnung.

#### a) Regelung des ZGB

Das ZGB hat die römisch-rechtliche Zählart übernommen, d.h. die Gradnähe definiert sich nach der *Anzahl der sie vermittelnden Geburten*.

- 1. Grad: Eltern-Kinder
- 2. Grad: Geschwister
- 3. Grad: Tante-Neffe

#### b) Hinweis auf Parentelenordnung germanisch-rechtlichen Ursprungs

Diese ist für das Erbrecht von Bedeutung (Art. 457ff ZGB).

### 4. Linienteilung der Verwandtschaft

- In gerader Linie: Zwei Personen, wenn die eine von der anderen abstammt (Grossvater-Enkel)
- In der Seitenlinie: Zwei Personen, die von denselben Vorfahren abstammen, aber nicht in gerader Linie verwandt sind (Cousins, Halbgeschwister, Onkel-Neffe)

## II. Schwägerschaft

### 1. Begriff

Schwägerschaft = Rechtliche Beziehung zwischen einem Ehegatten und den ehelichen oder ausserhalb der Ehe geborenen Verwandten des Ehegatten (vgl. Art. 21 ZGB).

### 2. Voraussetzungen der Begründung eines Schwägerschaftsverhältnisses

1. Bestehen eines Verwandtschaftsverhältnisses zwischen dem anderen Ehegatten und der betreffenden Person (natürliche- oder Adoptivverwandschaft)
2. Eingehen bzw. Bestehen einer Ehe

Auch der mangelhafte Eheschluss (Art. 104 ff. ZGB) begründet eine Schwägerschaft.

### 3. Dauer der Schwägerschaft

Schwägerschaft bleibt auch bei Auflösung der sie begründenden Ehe bestehen, allerdings ergeben sich keine neuen Schwägerschaften mehr.

## § 9 Wohnsitz und Heimat

### I. Allgemeines zu Wohnsitz und Heimat

Wohnsitz und Heimat gehören als *rechtliche Individualisierungseigenschaften* zum Status einer Person. Sie legen die *örtliche Verknüpfung* einer Person fest.

Art. 22-26 ZGB dienen nur der Bestimmung von Heimat und Wohnsitz, deren Rechtsfolgen sind in zahlreichen weiteren Bestimmungen des Privat- und des öffentlichen Rechts geregelt.

Praktische Bedeutung von Art. 22-26 ZGB:

- Begründung örtlicher Zuständigkeit bestimmter Behörden (z.B. beim Einreichen von Klagen etc.)
- Bestimmung des anwendbaren Rechts (in internat. und interkantonalen Kollisionsfällen)
- Anknüpfungspunkt für vers. privatrechtliche Tatbestände (z.B. Ort der Erfüllung; Art. 74 Abs. 2 OR)

Der Wohnsitz hängt im Gegensatz zur Heimat stärker von der individuellen Verhaltensweise ab und hat heute im Allgemeinen eine wesentlich grössere Bedeutung. Nur noch das internat. Privatrecht sieht gewisse Anknüpfungen an den Heimatort vor. Neu ist auch die Wohnsitzgemeinde fürsorgepflichtig für die in ihrem Gebiet wohnhaften Personen (nicht mehr Heimatgemeinde).

Heimat und Wohnsitz sind *Rechtsbegriffe*, die es *ausschliesslich bei natürlichen Personen* gibt. Juristische Personen haben einen Sitz.

### II. Heimat (Art. 22 ZGB)

#### 1. Terminologisches

Gemäss Art. 22 Abs. 1 ZGB bestimmt sich die (bundesprivatrechtliche) Heimat einer Person nach ihrem (öffentlichrechtlichen) Bürgerrecht. Mit Heimat ist im Allgemeinen das *Gemeinde- und Kantonsbürgerrecht* gemeint. Im internationalen Privatrecht meint Heimat den Heimatstaat.

Bei mehrfachem Bürgerrecht gilt gem. Art. 22 Abs. 3 ZGB diejenige Gemeinde als Heimat, zu welcher der Betreffende die engste Beziehung hat.

- Wohnt ein Doppelbürger in einem seiner Bürgerorte, ist dieser Heimat i.S.v. Art. 22 ZGB
- Fehlt die Wohnsitznahme an einem Bürgerort, so gilt der zuletzt erworbene Bürgerort des Betreffenden oder dessen Vorfahren als Heimat (Art. 22 Abs. 3 ZGB).

## 2. Erwerb und Verlust des Bürgerrechts

Das Privatrecht regelt nur die Begründung des Bürgerrechts. Den Inhalt des Bürgerrechts regelt das öffentliche Recht.

### a) Privatrechtliche Normen

Anpassungen des Bürgerrechts nach neuem Familienrecht (in Kraft am 1.1.2013):

- nArt. 161 ZGB: Jeder Ehegatte behält bei der Heirat sein Kantons- und Gemeindebürgerrecht
- nArt. 271 Abs. 1 und 2 ZGB: Das Kind erhält das Kantons- und Gemeindebürgerrecht desjenigen Elternteils, dessen Namen es trägt. Erwirbt das minderjährige Kind den Namen des anderen Elternteils, so ändert sich gleichzeitig auch das Kantons- und Gemeindebürgerrecht.
- nArt. 267a Abs. 1 und 2 ZGB: Das Adoptivkind erhält das Bürgerrecht desjenigen Adoptivelternteils, dessen Namen es trägt.

### b) Öffentlichrechtliche Normen

Wegen der Dreistufigkeit des Bürgerrechts (Gemeinde-/Kantons-/Staatsbürgerrecht) finden sich die Normen im kommunalen, kantonalen und im eidgenössischen Recht.

## III. Einleitende Bemerkungen zum Wohnsitz

Der Wohnsitz ist ein örtlicher Anknüpfungspunkt für bestimmte Rechtsfolgen. Innerstaatlich steht dabei normalerweise die Wohnsitz*gemeinde*, zuweilen aber auch der *Kanton*, im Vordergrund. Zwischenstaatlich ist der Wohnsitz*staat* von Bedeutung.

### 1. Wohnsitzbegriff ausserhalb des ZGB

Die Art. 23 ff. ZGB enthalten keinen einheitlichen Wohnsitzbegriff für die gesamte Rechtsordnung, d.h. zivilrechtlich und öffentlichrechtlich → Es ist streng zwischen dem Wohnsitz als zivilrechtlichem Tatbestand und dem Domizil als entsprechendem Anknüpfungspunkt des öffentlichen Rechts zu unterscheiden.

### 2. Grundsätze des Wohnsitzrechts des ZGB

#### a) Ausschliesslichkeit (Einheit) des Wohnsitzes

Eine Person kann nur an einem Ort ihren zivilrechtlichen Wohnsitz haben (Art. 23 Abs. 2 ZGB). Anderes gilt für das öffentlichrechtliche Steuerdomizil.

#### b) Notwendigkeit eines Wohnsitzes

Aus Art. 24 ZGB ergibt sich indirekt, dass jeder Person *notwendigerweise* ein Wohnsitz zugeordnet wird:

*1 Der einmal begründete Wohnsitz einer Person bleibt bestehen bis zum Erwerbe eines neuen Wohnsitzes.*

*2 Ist ein früher begründeter Wohnsitz nicht nachweisbar oder ist ein im Ausland begründeter Wohnsitz aufgegeben und in der Schweiz kein neuer begründet worden, so gilt der Aufenthaltsort als Wohnsitz.*

### 3. Wohnsitzarten

#### a) Selbständiger Wohnsitz (Art. 23 ZGB) / unselbständiger Wohnsitz (Art. 25 ZGB)

Selbständiger Wohnsitz: Wenn eine Person die Kriterien von Art. 23 und 24 ZGB selber erfüllt und kein abgeleiteter Wohnsitz besteht.

Unselbständiger Wohnsitz: Beruht ausschliesslich auf einer bestimmten Beziehung zu einer anderen Person (Eltern) oder einer Behörde (Erwachsenenschutzbehörde).

## **b) Primärer (Art. 23 oder 25 ZGB) / subsidiärer Wohnsitz (Art. 24 ZGB)**

Primärer Wohnsitz: Wenn sich der Wohnsitz auf Art. 23 (selbstständig) oder 25 ZGB (abgeleitet) stützt

Subsidiärer Wohnsitz: Wenn eine Person keinen primären Wohnsitz hat (Art. 24 ZGB)

## **c) Materialer (Art. 23 Abs. 1 und Art. 24 Abs. 2 ZGB) / formaler Wohnsitz (Art. 25 Abs. 2 ZGB)**

materialer Wohnsitz: Wohnsitz aufgrund wertender Beurteilung der *tatsächlichen Verhältnisse* (Lebensmittelpunkt bzw. Aufenthalt an bestimmten Ort)

formaler Wohnsitz: Wohnsitz aufgrund eines formaler Kriteriums, unabhängig von der örtlichen Verknüpfung einer Person (fiktives Wohnsitztatbestände)

## **d) freiwilliger / gesetzlicher Wohnsitz**

freiwilliger Wohnsitz: Wird aufgrund frei wählbarer örtlicher Verknüpfung begründet

gesetzlicher Wohnsitz: Wird durch ausdrücklich Gesetzesvorschrift begründet

→ Diese Unterscheidung stimmt weitgehend mit der Unterscheidung des materialen/formalen Wohnsitzes überein

## **IV. Selbständiger Wohnsitz nach Art. 23 Abs. 1 ZGB**

### **1. Begriff**

Der freiwillige, primäre Wohnsitz einer Person befindet sich an dem Ort, wo sie sich „mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält“. D.h. der Wohnsitz setzt ein obj. und ein subj Tatbestandselement voraus:

- objektives Tatbestandselement: Aufenthalt an einem Ort
- subjektives Tatbestandselement: Absicht des Verweilens

Anstelle dieser beiden Tatbestandselemente ist auch vom *Mittelpunkt der Lebensverhältnisse* die Rede (Mittelpunkt der gesellschaftlichen, beruflichen und familiären Beziehungen).

### **2. Aufenthalt als örtliche Anknüpfung bzw. objektives Tatbestandselement**

Die Dauer des Aufenthalts spielt grundsätzlich keine Rolle, er wird aber ein „Verweilen“ gefordert, was auf eine wesentliche, nachhaltige Zweckverwirklichung angelegt ist.

Weiter ist die körperliche Anwesenheit für die Begründung, nicht aber zur Aufrechterhaltung des Wohnsitzes erforderlich.

### 3. Absicht dauernden Verbleibens als persönliche Anknüpfung

#### a) Nähere Charakterisierung der Voraussetzung

Die Absicht dauernden Verbleibens ist kein rein subjektives Tatbestandselement. Die Absicht muss für Dritte erkennbar sein. Der Wille zu einer bestimmten Verweildauer, der sich an Äusserlichkeiten (Verhalten etc.) ablesen lässt, ist massgebend. Hat eine Person einen solchen obj. Willen zum Ausdruck gebracht, ist die Wohnsitzbegründung nach dem Vertrauensprinzip erfolgt (auch wenn die Person ihren Wohnsitz woanders sieht).

Bsp. entsprechender Äusserlichkeiten: Halten von Zeitungsabonnements, Abschluss eines langjährigen Mietvertrages, Hinterlegung der Schriften, Mitgliedschaft in Ortsvereinen etc.

#### b) Dauer des beabsichtigten Aufenthalts

Es genügt, wenn eine Person beabsichtigt, „bis auf Weiteres“, d.h. „nicht bloss vorübergehend“ an einem bestimmten Orte zu verweilen. Die Voraussetzung des „dauernden Aufenthaltes“ (gemäss Gesetz) ist nicht wortwörtlich zu verstehen.

### 4. Wohnsitz bei „dezentralisierter“ Lebensweise

Wenn mehrere nahezu gleichwertige Lebensschwerpunkte existieren, wird der Wohnsitz dort begründet, wo die Person ihre intensivsten Beziehungen unterhält → wertende Beurteilung aller Indizien erforderlich.

#### a) Konkurrenz Arbeitsort/Wohnort

I.d.R. ist der Wohnort der zivilrechtliche Wohnsitz, wenn die Person regelmässig dorthin zurückkehrt → Vorrang der persönlichen Beziehungen.

Der Wohnsitz liegt am Arbeitsort, wenn die gesamten Umstände auf eine engere Beziehung der betreffenden Person zum Arbeitsort hinweisen (insb. bei ledigen Wochenaufenthalten in gehobener Berufsstellung).

#### b) Sonderfälle

Schwierig zu beurteilen sind Fälle mit periodisch wechselndem, gewissermassen „alternierendem“ Wohnsitz (z.B. Winter/Sommer).

### V. Aufenthalt zu Sonderzwecken in Anstalten und dgl.

#### 1. Bedeutung von nArt. 23 Abs. 1 zweiter Halbsatz ZGB

Gemäss nArt. 23 Abs. 1 ZGB begründet „der Aufenthalt zum Zweck der Ausbildung oder die Unterbringung einer Person in einer Erziehungs- oder Pflegeeinrichtung, einem Spital oder einer Strafanstalt“ keinen Wohnsitz.

Beim zweiten Halbsatz des nArt. 23 Abs. 1 ZGB handelt es sich um eine Präzisierung des ersten Halbsatzes. Es ist eine gesetzliche Vermutung, dass der Aufenthalt zu Sonderzwecken nicht auch den Nachweis der Absicht dauernden Verbleibens erbringt (widerlegbare gesetzliche Vermutung).

Bei Zwangseinweisungen kann i.d.R. nicht von einer Wohnsitznahme gesprochen werden. Anders ist es, wenn alte, urteilsfähige Personen freiwillig in ein Alter- und Pflegeheim ziehen.

Zweck dieser Vermutung: Befreiung der Gemeinden, in denen derartige Institutionen und Einrichtungen bestehen, von öffentlichen Lasten.

Gemäss BGE 137 III 593 hat der Anstaltseintritt auch dann als freiwillig und selbstbestimmt zu gelten, wenn er vom „Zwang der Umstände“ diktiert wird (Fall einer an Weichteilrheuma leidenden Patientin).



## 2. Mögliche Sonderzwecke

Das Gesetz nennt als mögliche Sonderzwecke: Aufenthalt zum Zweck

- der Ausbildung
- der Unterbringung einer Person in einer Erziehungs- oder Pflegeeinrichtung, einem Spital oder einer Strafanstalt

Diese Aufzählung ist nicht abschliessend. Die gesetzliche Vermutung umfasst auch den Aufenthalt:

- ferienhalber
- zur Begründung eines Steuer- oder Scheidungsdomizils
- zur blossen Ausübung einer Berufs- bzw. Erwerbstätigkeit
- in einem Asylbewerberzentrum

→ Hankherum kann ein Student am Studienort, auch wenn dieser nicht sein Wohnsitz ist, dort ein politisches Domizil haben.

## 3. Insbesondere der Aufenthalt zu Studienzwecken

Das Studium ist ein Sonderzweck i.S.v. Art. 23 Abs. 1 ZGB und es wird deshalb vermutet, dass der ursprüngliche Wohnsitz nicht aufgegeben wird.

Indizien zum Beweis des Gegenteils: Erwerbstätigkeit oder gemeinsame Wohnung mit der eigenen Familie am Studienort; Absicht, nach dem Studium am Studienort zu bleiben; Aufenthalt am Studienort auch während der Semesterferien.

## VI. Geschäftsniederlassung

### 1. Bedeutung von Art. 23 Abs. 3 ZGB

Art. 23 Abs. 3 ZGB ermöglicht, dass eine Person zum Zwecke der Rechtsdurchsetzung abgesehen vom Wohnsitz auch am Ort der Geschäftsniederlassung rechtlich belangt werden kann (z.B. beim Einzelkaufmann von Bedeutung). Der Absatz schafft somit eine Sonderzuständigkeit, d.h. eines generellen Spezialdomizils, das zum eigentlichen Wohnsitz hinzutritt.

Zur Anwendung kommt dieses Spezialdomizil z.B. in vers. Staatsverträgen, im Steuerrecht etc.

### 2. Begriff der Geschäftsniederlassung

Das ZGB umschreibt den Begriff der Geschäftsniederlassung nicht. Dieser muss fallweise aus der Norm ermittelt werden, die an dessen Vorliegen rechtliche Folgen knüpft.

## VII. Wohnsitztatbestände von Art. 24 ZGB

### 1. Perpetuierung des bisherigen Wohnsitzes (Art. 24 Abs. 1 ZGB)

Die Regel von Art. 24 Abs. 1 ZGB bildet das Korrelat zum Grundsatz der Notwendigkeit eines Wohnsitzes. Gleichzeitig wird damit die Begründung mehrerer Wohnsitze vermieden.

- primärer Wohnsitz nach Art. 24 Abs. 1 ZGB → perpetuierbar
- subsidiärer Wohnsitz nach Art. 24 Abs. 2 ZGB → nicht perpetuierbar
- abhängiger Wohnsitz nach Art. 25 ZGB → perpetuierbar (Wohnsitz bleibt auch nach Beendigung des ihm zugrunde liegenden Abhängigkeitsverhältnisses bestehen)

Die Perpetuierung des primären Wohnsitzes (nach Art. 24 Abs. 1 ZGB) endet mit der Begründung eines neuen in- oder ausländischen Wohnsitzes. Eine zeitliche Schranke besteht grundsätzlich nicht, solange der frühere Wohnsitz noch nachweisbar ist.

Eine blosser Ortsabwesenheit lässt den Wohnsitz nach Art. 23 Abs. 1 ZGB nicht untergehen. Zudem führt die Norm zu einer Beweislastumkehr → derjenige, der den Erwerb eines neuen Wohnsitzes behauptet, ist beweisbelastet.

## 2. Aufenthaltsort als Wohnsitz (Art. 24 Abs. 2 ZGB)

### a) Bedeutung von Art.24 Abs. 2 ZGB

Lässt sich ein primärer Wohnsitz nicht nachweisen oder wurde nie ein solcher begründet, genügt der *blasse Aufenthalt*, um einen subsidiären Wohnsitz zu begründen.

#### aa) Fehlender Nachweis eines früheren Wohnsitzes

Von fehlender Nachweisbarkeit ist immer dann auszugehen, wenn ein Wohnsitz nicht mit den üblichen und zumutbaren Mitteln festgestellt werden kann (insb. bei Personen mit unsteten Lebensverhältnissen).

#### bb) Aufgabe eines früheren ausländischen Wohnsitzes und fehlende Begründung eines primären Wohnsitzes in der Schweiz

Die Aufgabe des ausländischen Wohnsitzes ist dann gegeben, wenn die Beziehungen zu diesem Ort als stark gelockert erscheinen. Es ist im Einzelfall unter Berücksichtigung sämtlicher wesentlicher Umstände zu entscheiden.

Neben der Aufgabe des ausländischen Wohnsitzes ist zur Begründung eines Wohnsitzes am Aufenthaltsort zufolge der Subsidiarität von Art. 24 Abs. 2 ZGB notwendig, dass die betreffende Person keinen primären Wohnsitz in der Schweiz erwirbt, d.h. es darf keine Absicht dauernden Verweilens bestehen, sondern nur das tatsächliche Verweilen gegeben sein (sonst greift Art. 23 abs. 1 ZGB).

### b) Begriff des Aufenthaltsortes

Unter Aufenthaltsort versteht das ZGB jene Örtlichkeit, wo eine Person tatsächlich verweilt.

## VIII. Abgeleiteter Wohnsitz (Art. 25 ZGB)

### 1. Der Wohnsitz der Ehegatten

Der Wohnsitz beider Ehegatten unterliegt den Bestimmungen der Art. 23 und 24 ZGB. Der gesetzliche, abgeleitete Wohnsitz der verheirateten Frau ist seit längerer Zeit aufgehoben (Art. 25 ZGB).

Jeder Ehegatte hat die Möglichkeit, nach seinem Gutdünken einen eigenen Wohnsitz zu begründen, selbst wenn er damit seine ehelichen Pflichten verletzt und unabhängig davon, ob eine eherechtliche Rechtfertigung für das Getrenntleben besteht oder nicht.

Das Verlassen der ehelichen Wohnung durch einen Ehegatten führt jedoch nur zur Begründung eines selbständigen neuen Wohnsitzes, wenn die Voraussetzungen von Art. 23 ZGB am neuen Wohnort erfüllt sind. Zudem bedeutet das Vorhandensein zweier verschiedener Wohnungen/Schlafstätten nicht notwendigerweise, dass die Ehegatten das Zusammenleben aufgegeben haben.

### 2. Wohnsitz des Kinder unter elterlicher Sorge bzw. unter Vormundschaft

I.d.R. ist der Wohnsitz des Kindes derjenige der Eltern bzw. des Obhutsinhabers (Art. 25 Abs. 1 ZGB).

- Liegt die elterliche Sorge nur bei einem Elternteil, hat das Kind denselben Wohnsitz (auch wenn der sorgeberechtigter Elternteil nicht Obhutsinhaber ist, z.B. bei Pflegeeltern)
- Üben beide Elternteile gemeinsam die elterliche Sorge aus, haben aber keine gemeinsame Wohnung, ist der Wohnsitz des Kindes derjenige des Elternteils, unter dessen alleiniger Obhut es steht
- Fehlt ein gemeinsamer Wohnsitz, aber beide Eltern die elterliche Sorge ausüben, oder wenn diese beiden entzogen wurde, ist der tatsächliche Aufenthaltsort des Kindes dessen Wohnsitz.
- Ist das Kind bevormundet, so ist sein Wohnsitz am Sitz der Kinderschutzbehörde.

### 3. Wohnsitz des Volljährigen unter umfassender Beistandschaft

Nach Art. 26 ZGB haben Volljährige unter umfassender Beistandschaft ihren Wohnsitz am Sitz der Erwachsenenschutzbehörde. Nur das Errichten einer *umfassenden* Beistandschaft lässt den selbständigen Wohnsitz untergehen. Für das Errichten einer umfassenden Beistandschaft ist die Erwachsenenschutzbehörde am Wohnsitz der betroffenen Person zuständig (deswegen ändert sich der Wohnsitz dadurch nicht). Die Person ist jedoch nicht mehr frei bezüglich eines Wohnsitzwechsels, sie benötigt die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde. Diese muss allerdings die durch die BV gewährleistete Niederlassungsfreiheit und das Verhältnismässigkeitsprinzip beachten.

## IX. Auf den Wohnsitz verweisende Normen

### 1. Vorbemerkungen

Der Wohnsitz hat keinen Eigenwert, sondern begründet nur die vers. Zuständigkeiten, denen unterschiedliche Interessenlagen zugrunde liegen. Es besteht daher eine Tendenz, je nach dem konkreten Zweck der einzelnen Wohnsitzbestimmung diesen Rechtsbegriff bzw. die entsprechende örtliche Anknüpfung differenziert auszulegen (und nicht starr den Wohnsitzbegriff des ZGBs anzuwenden).

### 2. Beispiele für die Bezugnahme auf den Wohnsitz im Zivil- bzw. Zivilprozessrecht (s. 121f.)

#### a) Behördenzuständigkeit

- Art. 30 Abs. 1: Namensänderung
- Art. 268 Abs. 1: Adoption
- Art. 538 Abs. 1: Eröffnung des Erbganges

#### b) Weitere gesetzliche Anknüpfungen beim Wohnsitz im ZGB

- Art. 259 Abs. 2 und 260a Abs. 1: Vaterschaftsanfechtung durch die Wohnsitzgemeinde
- Art. 269a Abs. 1: Anfechtung der Adoption durch die Wohnsitzgemeinde
- Art. 466: Erbrecht des Wohnsitzkantons

#### c) Bsp. für Anknüpfungen an den Wohnort im OR

- Art. 74: Wohnsitz der Parteien als subsidiärer Erfüllungsort
- Art. 730 Abs. 4: betr. Wohnsitz des Revisors einer AG

#### d) Bsp. für Anknüpfungen an den Wohnsitz im Prozessrecht

- Art. 10 ZPO: Generelle Anknüpfung am Wohnsitz des Beklagten
- Art. 20 ZPO: Klage aus Persönlichkeitsverletzung, Gegendarstellungsbegehren und namensrechtliche Klagen

→ Weitere Bsp. s. 121f.

## § 10 Allgemeines zum Persönlichkeitsschutz

### I. Begriffsbestimmung

Das Gesetz verwendet den Begriff der Persönlichkeit als Synonym für Rechtsfähigkeit.

Im Bereich des Persönlichkeitsschutzes dagegen versteht man unter Persönlichkeit die Gesamtheit der individuellen Grundwerte einer Person, also das, was eine Person ausmacht und sie von anderen Personen unterscheidet.

Die Persönlichkeitsrechte stehen *dem Einzelnen um seiner selbst willen* zu und sind *untrennbar mit seiner Person verknüpft*. Der Persönlichkeitsschutz bezweckt den Schutz des Menschseins an sich, dessen Wert und Würde. Er erfasst den Einzelnen umfassend in seinem gesamten Dasein (Grundlagen der menschlichen Existenz), aber auch in seinem Sosein (also in seinen individuellen Eigenschaften).

Das Gesetz verzichtet bewusst auf eine Aufzählung von Persönlichkeitsgütern. In der Praxis bedeutsamste Persönlichkeitsrechte sind:

- Leben und Gesundheit (physische und psychische Integrität)
- Persönliche Freiheit (insb. körperliche Bewegungsfreiheit)
- Ehre
- Identität (inkl. Wissen um die eigene Herkunft)
- Informationelle Privatheit
- Rechtliche und wirtschaftliche Bewegungs- und Entfaltungsfreiheit
- Name
- Bild und Stimme

## II. Grundsätze des Persönlichkeitsschutzes

### 1. Persönlichkeitsschutz als Garantie, nicht Rechtsgewährung

Die Persönlichkeit der natürlichen Person ist ein vorrechtliches Phänomen (von der Rechtsordnung als vorbestehend anerkannt). Der Persönlichkeitsschutz ist hier eine Garantie bzw. Schutz einer Lebenswirklichkeit, für welche die Rechtsordnung bes. Rechtsbehelfe zur Verfügung stellt.

### 2. Rechtsquellen des Persönlichkeitsschutzes

Zentrale Normen: Art. 27 und 28ff. ZGB (Generalklauseln). Der Schutz des Individuums bzw. der juristischen Person erstreckt sich allerdings auf die gesamte Rechtsordnung (gesetzliche Sonderbestimmungen zur Konkretisierung von Art. 27 und 28ff.).

### 3. Unterschiede zwischen Art. 27/28 ff. ZGB und der übrigen Schutzfunktion der Rechtsordnung

Durch die Art. 27 und 28 ff. ZGB sowie die konkretisierenden, gesetzlichen Sonderbestimmungen wird das Individuum bzw. die juristische Person *unmittelbar* geschützt.

Die übrige Rechtsordnung schützt primär andere Werte (z.B. Familie, Vermögen, Gemeinschaft usw.).

### 4. Gefahr einer Ausuferung des Persönlichkeitsschutzes

Art. 27 und 28 ZGB sind *konkretisierungsbedürftige Generalklauseln*. Das Gesetz umschreibt weder die geschützten Persönlichkeitsgüter noch den Tatbestand der Persönlichkeitsverletzung. Dadurch werden auch nicht voraussehbare Eingriffstatbestände erfasst. Er wird oft als „Notventil“ verwendet, wenn eine Person geschützt werden muss, aber eine entsprechende Schutznorm fehlt. Der Persönlichkeitsschutz darf aber nicht ausufernd, da durch ihn die Entfaltungsfreiheit anderer (insb. die wirtschaftliche) eingeschränkt werden.

### 5. Bedeutung des Persönlichkeitsschutzes

Durch die moderne technologische Entwicklung (Computerisierung, Wettbewerb der Massenkommunikationsmittel, moderne Medizin usw.) gewinnt der Persönlichkeitsschutz zunehmend an Bedeutung.

Folgen:

- Ausbau des Instrumentariums  
z.B. Gegendarstellungsrecht Art. 28g ff. ZGB oder Rechtsbehelfe bei häuslicher Gewalt und Stalking Art. 28b ZGB
- Verlagerung des Persönlichkeitsschutzes vom ZGB in Spezialgesetze  
z.B. Arbeitsgesetz, Datenschutzgesetzgebung, Fortpflanzungsmedizinengesetz etc.
- Vorverlagerung des Rechtsschutzes in vorsorgliche Massnahmen

### III. Charakterisierung der Persönlichkeitsrechte

#### 1. Allgemeines

Die Persönlichkeitsrechte stellen eine *eigene Kategorie von Rechten* dar. Sie unterscheiden sich von anderen subjektiven Rechten durch die unverzichtbare Anknüpfung bei der Person ihres Trägers.

#### 2. Nichtvermögenswerte (ideelle) Güter als Schutzobjekte

Der Persönlichkeitsschutz schützt ideelle, nicht jedoch materielle Güter. Die Persönlichkeit als solche ist *nicht vermögensrechtlicher Natur*.

Eine Persönlichkeitsverletzung kann jedoch einen wirtschaftlich messbaren Schaden nach sich ziehen, was eine Ersatzpflicht auslösen kann. Allenfalls schuldet der Verletzer auch eine gewisse Summe an Genugtuung für die zugefügte seelische Unbill. Es handelt sich dabei um *Folgeansprüche* einer Verletzung der als solchen ideellen Persönlichkeit (→ ein weiterer Unterschied zu anderen Schutznormen, die v.a. Vermögen zum Gegenstand haben).

#### 3. Persönlichkeitsrechte als höchstpersönliche Rechte

Bei den Persönlichkeitsrechten handelt es sich um *relativ höchstpersönliche Rechte* i.S.v. Art. 19c ZGB, d.h. sie können von minderjährigen oder umfassend verbeiständeten Urteilsfähigen ohne die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters ausgeübt werden. Beim Letzteren gibt es grundsätzlich *keine* Vertretungsbefugnis (→ Persönlichkeitsrechte sind i.d.R. vertretungsfeindlich). Dies betrifft insbesondere:

- Klagen auf Schutz der Persönlichkeit
- Geltendmachung von Genugtuungsansprüchen

Die Schadenersatzklage (Art. 28a Abs. 3 ZGB) hingegen unterliegt nicht dem Vertretungsverbot!

Der Urteilsunfähige kann durch seinen gesetzlichen Vertreter Rechtsschutz erlangen, *solange nicht absolut höchstpersönliche Rechte betroffen sind*.

#### 4. Persönlichkeitsrechte als absolute Rechte

Persönlichkeitsrechte sind absolute Rechte, d.h. sie richten sich gegen alle anderen Rechtssubjekte → Wirkung „erga omnes“

#### 5. Negatorische Wirkung des Persönlichkeitsschutzes

Die Art. 27/28 ff. ZGB dienen der Abwehr von faktischen Eingriffen und rechtlichem Zugriff durch Dritte → negatorische Wirkung. Eine solche negatorische Wirkung ist typisch für alle Arten von absoluten Rechten.

Eine Ausnahme von dieser neg. Wirkung ist bspw. der durch die Persönlichkeit begründete Anspruch auf die Aufnahme in einen Verein.

#### 6. Unverjährbarkeit

Persönlichkeitsrechte als solche können nicht verjähren. Vorbehalten bleibt Art. 2 ZGB (rechtsmissbräuchliche Rechtsausübung). Ausserdem ist für gewisse reparatorische Ansprüche (Schadenersatz, Genugtuung, Gewinnherausgabe) die Verjährungsfrist zu beachten.

#### 7. Unübertragbarkeit

Persönlichkeitsrechte sind grundsätzlich nicht abtretbar. Es ist allerdings zu unterscheiden:

- Abtretungen von Beseitigungs- bzw. Unterlassungsansprüchen oder des Anspruchs auf Geltendmachung von Schadenersatz für künftige Störungen der Persönlichkeit sind nichtig → Verstoss gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB
- Verletzung hat stattgefunden → Abtretung der Vermögensrechte möglich
- Genugtuungsansprüche → Abtretung umstritten (s. 130)

## 8. Unvererblichkeit

Persönlichkeitsrechte erlöschen grundsätzlich mit dem Tod ihres Trägers (Art. 31 ZGB).

- vermögensrechtliche Ansprüche gehen auf Erben über
- Genugtuungsansprüche gehen auf Erben über, wenn der Verletzte zu Lebzeiten den Willen zur Geltendmachung geäußert hat
- Ausnahme: das Urheberrecht ist übertragbar und vererblich (inkl. Anspruch auf Werkintegrität, Erstveröffentlichung und Anerkennung der Urheberschaft)
- Postmortaler Persönlichkeitsschutz wird in der Schweiz abgelehnt, in der Praxis wird eine gewisse Nachwirkung der Persönlichkeit jedoch anerkannt (z.B. bez. Bestattung)
- In der Persönlichkeitsverletzung kann gleichzeitig ein Verstoss gegen die Persönlichkeitsrechte der Angehörigen liegen. In diesem Fall können die Angehörigen aus eigenem Recht gegen die Störung vorgehen

### Übersicht

| Anspruch                                      | Grundlage                               | Übertragbarkeit                                     | Vererblichkeit |
|---|---|---|----------------|
| Persönlichkeitsrechtlicher (Primär-) Anspruch | Art. 28a Abs. 1 und 2 ZGB               | Nein  | Nein           |
| Vermögensrechtlicher (Folge-) Anspruch        | OR (Art. 28a Abs 3 ZGB als Verweisnorm) | Ja, sofern die Verletzung bereits stattgefunden hat | Ja             |
| Genugtuungsanspruch                           | OR (Art. 28a Abs 3 ZGB als Verweisnorm) | Umstritten  | Umstritten     |

## 9. Persönlichkeitsrechte als unverzichtbare Rechte

Die Persönlichkeitsrechte sind als solche *unverzichtbar*. Eine Einwilligung zu einer Persönlichkeitsverletzung in dagegen grundsätzlich möglich und kann u.U. wieder widerrufen werden kann (z.B. Einwilligung in medizinischen Eingriff).

Ein Verzicht auf Anspruchserhebung nach eingetretener Persönlichkeitsverletzung ist ohne weiteres zulässig.

### IV. Subjekte des Persönlichkeitsschutzes

Subjekte des Persönlichkeitsschutzes sind natürliche Personen und im Rahmen von Art. 53 ZGB auch juristische Personen. Umstritten ist, ob juristische Personen Anspruch auf Genugtuung haben (höchstens die hinter ihr stehenden Organpersonen und nur sofern die übrigen gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen von diesen nachgewiesen werden können).

### V. Zum Verhältnis zwischen privat- und öffentlichrechtlichem Persönlichkeitsschutz

#### 1. Allgemeines

Da, wo das Verhältnis zwischen Bürger und Staat in Frage steht, ist der Anwendungsbereich von Art. 28ff ZGB nicht mehr betroffen. Hier greift die BV → Grundrecht der persönlichen Freiheit Art. 10 BV. Dieses Grundrecht kann mit der Meinungsäusserungsfreiheit Art. 16 BV, der Pressefreiheit Art. 17 BV und der Wissenschafts- und Kunstfreiheit Art. 20/21 BV in Konflikt treten → Spannungsverhältnis

Gemäss Art. 35 Abs. 3 BV sind diese verfassungsrechtlichen Garantien zugunsten der persönlichen Freiheit einerseits und der öffentlichen Meinungsbildung andererseits im Sinne der so genannten indirekten Drittwirkung auch für das Verhältnis unter den Privaten massgeblich. Der Staat ist verpflichtet einzugreifen, sofern in die Grundrechte einer Person eingegriffen wird.

Im Völkerrecht gewähren die Menschenrechte den Schutz gewisser Persönlichkeitsrechte, wie bspw. das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit oder das Recht auf Schutz der Privatsphäre.

## 2. Zur Abgrenzung zwischen privat- und öffentlichrechtlichem Persönlichkeitsschutz

Beispiele für die Abgrenzung zwischen privat- und öffentlichrechtlichem Persönlichkeitsschutz:

- Freiheitsentzug eines Straftäters > öffentlichrechtlich
- Schreiben einer kant. Regierung, durch welches sich die betroffene Person in ihrer Persönlichkeit angegriffen fühlt > öffentlichrechtlich
- Patient im Privatspital > privatrechtlich
- Patient im Privatspital zur zwangsweisen Blutkontrolle (gemäss SVG) > öffentlichrechtlich
- Patient in öffentlichem Spital, Patient wird aufgrund privatem Auftrag behandelt > privatrechtlich
- Patient in öffentlichem Spital, Arzt steht in Dienstverhältnis zum öffentlichen Rechtsträger des Spitals > öffentlichrechtlich
- Hausärztliche Impfung > privatrechtlich
- Kantonaler Impfzwang > öffentlichrechtlich

→ Diese Unterscheidung ist mit Hinblick auf den Rechtsweg unabdingbar. Privatrechtlich → Zivilgericht (anwendbares Recht: ZPO); Öffentlichrechtlich → Kantons/Gemeindegericht (anwendbares Recht: Kantonales Verwaltungsverfahrenrecht).

## 3. Verfassungsrecht als Grundlage des Persönlichkeitsschutzes im öffentlichrechtlichen Bereich

Im öffentlichrechtlichen Verhältnis wird der Schutz der Persönlichkeit gegen Eingriffe des Staates zwar primär durch die Grundrechte der Verfassung gewährleistet. Daneben dienen aber auch weite Teile des Verwaltungs- und des Prozessrechts dem Persönlichkeitsschutz, indem die Befugnisse der Staatsorgane konkretisiert und beschränkt werden.

### a) Schutzbereich der persönlichen Freiheit

Das Grundrecht der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) ist gemäss BGE eine „Grundgarantie zum Schutze der Persönlichkeit. Sie umfasst all jene Freiheiten, die elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung darstellen und ein Mindestmass an persönlicher Entfaltungsmöglichkeit erlauben. Was im Einzelnen dazugezählt werden kann, ist im Einzelfall unter Auslegung und Fortbildung des Verfassungstextes zu entscheiden.“ → nach Rechtsprechung zur alten BV insb. Leben, Würde und Ehre sowie Privatsphäre.

Dieses Grundrecht soll jedoch nicht die Funktion einer allgemeinen Handlungsfreiheit haben. D.h. der Einzelne kann sich nicht gegenüber jedem staatlichen Akt auf dieses Grundrecht berufen.

### b) Einschränkung dieser Rechte

Das Recht auf persönliche Freiheit gilt nicht absolut. Beschränkungen sind zulässig, wenn:

1. sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen
2. sie im öffentlichen Interesse liegen
3. sie verhältnismässig sind
4. die verfassungsmässigen Freiheitsrechte weder völlig unterdrückt noch ihres Gehaltes als Institution der Rechtsordnung entleert werden

### c) Hinweis auf weitere, persönlichkeitsrelevante Grundrechte

- Meinungsäusserungsfreiheit
- Presse-, Kunst- und Wissenschaftsfreiheit
- Handels- und Gewerbefreiheit
- Niederlassungsfreiheit

#### 4. Ausstrahlung verfassungsmässiger Rechte auf das Privatrecht und umgekehrt

Eine direkte Anwendung der Grundrechte im Privatrecht ist grundsätzlich unstatthaft. Allerdings sind alle Rechtsnormen verfassungskonform auszulegen. Man spricht in diesem Zusammenhang von einer indirekten Drittwirkung der Grundrechte.

Umgekehrt kommt es gelegentlich zu einer Ausstrahlung des Privatrechts auf das öffentliche Recht (z.B. gemäss BGE ist Art. 27 Abs. 2 ZGB im öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis analog anwendbar).

#### 5. Schutz der Persönlichkeit im Strafrecht

Auch im Strafgesetzbuch finden sich Bestimmungen zum Schutz der Persönlichkeit gegen widerrechtliche Verletzungen. Allerdings fehlt aufgrund des Grundsatzes „nulla poena sine lege“ eine Generalklausel, es gibt folglich nur einen punktuellen Schutz hinsichtlich ganz bestimmter Eingriffe in die Persönlichkeit.

Wegen des Grundsatzes der Unabhängigkeit von Zivil- und Strafrecht kann es zu einer Kumulation von Massnahmen kommen, wenn ein Verhalten unter beiden Aspekten persönlichkeitsverletzend ist. Meist greift der zivilrechtliche Schutz jedoch weiter.

#### 6. Einschränkung (privatrechtlicher) Persönlichkeitsrechte

Das öffentliche Recht schränkt bisweilen im Sinne einer besonderen Rechtfertigung den privatrechtlichen Schutzbereich ein.

#### VI. Abgrenzung von Art. 27 und 28. ff. ZGB

Es besteht ein *Dualismus des privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes*. Die Unterscheidung der beiden Art. 27 und 28. ZGB kann in zweierlei Hinsicht erfolgen:

##### 1. Nach der Art der Beeinträchtigung

Art. 27 ZGB bezweckt einen Schutz vor übermässiger oder besonders „persönlichkeitsnaher“ rechtsgeschäftlicher Bindung. Der Schutz liegt auf der Ebene des Normativen, d.h. in der Beschränkung der Rechtsgeschäfts- bzw. Vertragsfreiheit.

Art. 28 ff. ZGB schützen die Person vor bestimmten faktischen Beeinträchtigungen durch Dritte innerhalb eines bestimmten Schutzbereichs der Persönlichkeit in all ihren Facetten. Der Schutz liegt auf der Ebene des Faktischen.

z.B. Verbreitung ehrverletzender Aussagen, Verletzung der Privatsphäre, med. Eingriff ohne Einwilligung etc.

##### 2. Nach der Schutzrichtung

- Art. 27 ZGB schützt die Person vor sich selbst (interner Schutz) *gegen Dritte*
- Art. 28 ZGB schützt die Person vor Dritten (externer Schutz)

#### VII. Verhältnis des allgemeinen Persönlichkeitsschutzes von Art. 27/28. ff. ZGB zu Sondervorschriften

##### 1. Allgemeines

| Persönlichkeitsschutz | Form des Schutzes   |
|-----------------------|---|
| im engeren Sinn       | Art. 27/28 ff. ZGB: genereller und umfassender Schutz durch Generalklauseln         |
| im weiteren Sinn      | Weitere Normen (neben Art. 27/28 ff. ZGB), die bestimmte Tatbestände konkret regeln |

→ Zwischen Art. 27/28ff. ZGB und den Sondervorschriften des Persönlichkeitsschutzes besteht eine Wechselwirkung.



## 2. Sonderbestimmungen zu Art. 27 ZGB (Auswahl)

- Art. 70 Abs. 2 ZGB: Recht auf Austritt aus einem Verein
- Art. 91 Abs. 2 ZGB: Keine Klagbarkeit einer Konventionalstrafe bei Verlöbnisbruch
- Art. 34 OR: Jederzeitige Widerrufbarkeit einer rechtsgeschäftlichen Vollmacht

→ im ZGB, OR, in Spezialgesetzen (s. 143f.)

## 3. Sonderbestimmungen zu Art. 28 ff. ZGB (Auswahl)

- Art. 29 ZGB: Schutz des Rechts am Namen
- Art. 47 OR: Genugtungsanspruch im Falle von Tötung oder Körperverletzung

→ im ZGB, OR, in Spezialgesetzen (s. 144f.)

# § 11 Der Persönlichkeitsschutz nach Art. 27 ZGB

## I. Inhalt und Schutzzweck von Art. 27 ZGB

Art. 27 Abs. 1 ZGB: Schutz der Dispositionsfähigkeit als Möglichkeit zukünftiger Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäfte  
→ Der Verzicht auf die Rechts- oder Handlungsfähigkeit ist unzulässig

Art. 27 Abs. 2 ZGB: Gewährleistung der zukunftsorientierten, lebensgestaltenden Entscheidungsfreiheit  
→ Rechtsgeschäfte mit übermässiger Bindung verstossen gegen die Persönlichkeitsrechte. Die Person kann über ihre Lebensgestaltungsfreiheit nur im Rahmen gewisser Grenzen verfügen.

## II. Schutz der Dispositionsfähigkeit nach Art. 27 Abs. 1 ZGB

Niemand kann durch Vertrag oder einseitige rechtsgeschäftliche Erklärung auf die grundsätzliche Möglichkeit verzichten, Pflichten zu begründen oder über Bestandteile seines Vermögens zu verfügen. Praktisch bedeutet dies, dass abredewidrige Rechtsakte volle Wirkung entfalten.

## III. Schutz der – zukunftsgerichteten, lebensgestaltenden – Entscheidungsfreiheit nach Art. 27 Abs. 2 ZGB

### 1. Allgemeines

Art. 27 Abs. 2 ZGB zielt auf schuldrechtliche Verträge i.S.v. Verpflichtungsgeschäften ab, welche die Lebensgestaltung des Betroffenen wesentlich beeinflussen, indem sie die Entscheidungsfreiheit des Betroffenen für die Zukunft beschränken sollen. Dies meist aufgrund von:

- besonders langer Dauer
- Persönlichkeitsrelevanz der Bindung

→ Verfügungsgeschäfte, die *nicht in die Zukunft wirken* und Verpflichtungsgeschäfte, die auf mehr oder weniger *unverzögerlicher Erbringung* von Sach- und/oder Geldleistungen beruhen werden daher von Abs. 2 regelmässig nicht erfasst.

Auch findet Abs. 2 keine Anwendung, wenn die Person in den (die Persönlichkeit verletzenden) Eingriff *rechtsgültig einwilligt* (d.h. keine Sittenwidrigkeit gemäss Art. 20 OR zu erblicken ist) oder wenn das vereinbarte Verhalten *dem anhaltenden Willen des Verpflichteten entspricht*.

Wichtig: Da Abs. 2 eine Generalklausel ist, muss diese immer unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls angewendet werden.

## 2. Fallgruppen zu Art. 27 Abs. 2 ZGB

Der Schutz von Art. 27 Abs. 2 ZGB richtet sich nach zwei Seiten:

- a) *Innerhalb des Kernbereiches* der geschützten Persönlichkeit ist jegliche rechtliche, zukunftsgerichtete Bindung zum Vornherein ausgeschlossen
- b) *Ausserhalb des Kernbereiches* ist nur das Übermass einer rechtsgeschäftlichen Bindung verpönt.

→ Überschneidungen von a) und b) sind unvermeidlich.

Zudem kann ein Vertragsinhalt auch aus anderen Gründen nichtig sein (z.B. aufgrund von sittenwidrigem Inhalt, Art. 20 OR; Vertrag betreffend Tötung auf Verlangen, StGB etc.)

Art. 27 ZGB gewährleistet auch den Schutz vor Verpflichtungen, die durch Vereinsstatuten oder durch einen (Lizenz-)Vertrag den Vereinsmitgliedern bzw. Sportlern auferlegt werden.

## 3. Unzulässigkeit zufolge des Gegenstands der Bindung

Gewisse Bereiche lassen überhaupt keine gültige Verpflichtung für die Zukunft zu und sind deshalb unzulässig:

- Vereinbarungen, die den Kernbereich der Persönlichkeit unmittelbar tangieren  
z.B. körperliche Bewegungsfreiheit, physische und psychische Integrität Intimsphäre etc.
- Vereinbarungen, welche gesellschaftliche Freiräume beschneiden  
z.B. Vereinsfreiheit (ein Verzicht auf das Austrittsrecht ist unzulässig)

## 4. Unzulässigkeit zufolge des Ausmasses der Bindung

### a) Allgemeines

Ein Übermass der Bindung kann in dreifacher Weise in Erscheinung treten:

1. Übermass der Intensität
2. Übermass der Dauer (bzw. mangelnde Begrenzung)
3. Übermass in sachlicher Hinsicht

### b) Beurteilung des Bindungsmasses

Die Grenzen des Bindungsmasses sind im konkreten Einzelfall zu beurteilen. Ein Übermass darf nicht allzu leicht bejaht werden, schliesslich führt jeder Vertrag zu einer gewissen Bindung. Zudem bezweckt Abs. 2 nicht den universalen Schutz vor jeglichem unüberlegtem Handeln.

Entscheidend bei der Frage ist somit *der noch verbleibende Spielraum hinsichtlich der Zukunftsgestaltung*. Dieser muss umso grösser sein, je persönlichkeitsnaher die Verpflichtung ist. Zudem sind bei der Beurteilung des Übermasses einer Verpflichtung nur die Verhältnisse *im Zeitpunkt der Geltendmachung des Schutzes*, nicht aber jene bei Vertragsschluss entscheidend.

Wenn der Richter die Verpflichtung als übermässig beurteilt, sollte er jedoch nur das Übermass „beheben“, so dass die Verpflichtung in den unter dem Gesichtswinkel von Abs. 2 tragbaren Grenzen aufrechterhalten werden kann.

### c) Kasuistik (siehe s. 151ff.)

### d) Insbesondere Globalzession und Bürgschaft

Die generelle Vorausabtretung künftiger Guthaben (sog. Globalzession) ist gemäss BGer grundsätzlich möglich. Hier ist zw. Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft zu unterscheiden.

Wo sich das Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft auf einzelne bereits bestehende Forderungen beziehen, ergeben sich keine Probleme. Weniger klar ist die Rechtslage bei der Zession unbestimmter Forderungen → Hier sind die Meinungen umstritten (s. 154). Fraglich ist auch, ob ein Verpflichtungsgeschäft allenfalls aufgrund eines sittenwidrigen Vertragsinhaltes etc. gegen Art. 27

Abs. 2 ZGB verstösst. Aufgrund der Privatautonomie darf eine Verletzung der Persönlichkeit durch eine Globalzession aber nicht leichthin bejaht werden.

Ähnliches gilt für die Verpflichtung eines Bürgen für die unbestimmte Schulden des Hauptschuldners einzustehen. In der CH ist die Bürgschaft summenmässig beschränkt und das BGer erachtet eine Bürgschaftsverpflichtung als gültig, wenn klar ist, auf welche Forderung sich die Sicherheit bezieht (weil die der Forderung zugrunde liegende Rechtsbeziehung hinreichend bestimmt ist).

### **e) Gerichtliche Überprüfung des Bindungs(über)masses im Scheidungsrecht als Bsp. einer gesetzlichen Konkretisierung von Art. 27 Abs. 2 ZGB**

Das geltende Familienrecht erachtet die Ehe als eine besonders schutzwürdige familiäre Versorgungsgemeinschaft. Im Falle einer Scheidung sollen die Ehegatten über die wirtschaftlichen Nebenfolgen der Eheauflösung nach Möglichkeit selber entscheiden. Das Gesetz will jedoch weiterhin sicherstellen, dass ein geschiedener Ehegatte durch den Verzicht auf das, was ihm gesetzlich zustünde, nicht nachehelich seine wirts. Grundlagen gefährdet und dadurch womöglich der staatlichen Fürsorge anheim fällt. Aus diesem Grund sieht das Gesetz diverse Bestimmungen vor (siehe s. 155).

### **5. Insb. zum Verhältnis zw. Art. 27 ZGB und Art. 2 Abs. 2 ZGB (Rechtsmissbrauch)**

Früher wurde das Verbot des Bindungsübermasses sowohl auf Art. 27 Abs. 2 ZGB als auch auf Art. 2 Abs. 2 ZGB abgestützt. Entsprechend würde auch die Kündbarkeit eines Vertrages auf der Basis dieser beiden Artikel eruiert.

Heute bejaht das BGer grundsätzlich die analoge Anwendbarkeit der auf Art. 2 Abs. 2 ZGB beruhenden *clausula rebus sic stantibus* als Ausfluss der Rechtsmissbrauchsverbots, stützt sich aber nicht mehr im gleichen Ausmass auf Art. 2 Abs. 2 ZGB wie früher.

## **IV. Rechtsfolgen einer i.S.v. Art. 27 Abs. 2 ZGB unzulässigen Bindung**

### **1. Überblick**

#### **a) Hintergrund**

Beim Art. 27 Abs. 2 ZGB handelt es sich um eine *personenrechtliche Verselbständigung* gegenüber den Art. 19 und 20 OR.

Im Gegensatz zu Art. 28 ZGB verzichtet Art. 27 Abs. 2 ZGB auf besondere Rechtsfolgen. Er verweist auf die Art. 19 und 20 OR und diese verweisen ihrerseits (in Art. 19 Abs. 1 und 20 Abs. 1) wieder auf Art. 27 Abs. 2 ZGB zurück.

Die jüngste Rechtsprechung geht jedoch im Hinblick auf die in Aussicht stehenden Rechtsfolgen von einer eigenständigen Bedeutung von Art. 27 Abs. 2 ZGB aus (Beispiele siehe s. 158f.).

#### **b) Nichtigkeit im Sinne von Art. 19 und 20 OR als Ausgangspunkt**

Aufgrund der o.g. Querverweisung ist grundsätzlich die „Nichtigkeit“ die Rechtsfolge für

- a. Rechtsgeschäfte, welche in unzulässiger Art die Rechts- oder Handlungsfähigkeit beschränken (Art. 27 Abs. 2 ZGB) oder
- b. Rechtsgeschäfte, welche die Entscheidungsfreiheit beschränken (Art. 27 Abs. 2 ZGB)

Ein übermässig bindender Vertrag ist somit aus folgenden Gründen nichtig:

1. Verstoss gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB
2. Unzulässigkeit i.S.v. Art. 19 OR
3. Widerrechtlich- bzw. Sittenwidrigkeit nach Art. 20 Abs. 1 OR (resultiert aus Punkt 2)

### c) Schranken der Nichtigkeitsfolge

Die vollumfängliche Nichtigkeit gemäss Art. 20 Abs. 1 OR wird häufig als zu einschneidend beurteilt. Die Rechtsprechung hat deshalb den Abs. 2 extensiv ausgelegt, d.h. sie wendet die Teilnichtigkeit nicht nur in Bezug auf ein Teilsegment des in Frage stehenden Vertrages an, sondern setzt diesen auch zur Milderung einer als übermässig beurteilten Verpflichtung ein.

### d) Unterschiedliche Rechtsfolgen je nach Anwendungsbereich von Art. 27 Abs. 2 ZGB

- a. Rechtsfolge der anfänglichen Nichtigkeit i.S.v. Art. 20 OR  
Betrifft nur noch Fälle der rechtsgeschäftlichen Persönlichkeitsverletzung, wo die rechtsgeschäftliche Bindung den Kernbereich der durch Art. 27 ZGB geschützten Persönlichkeit erfasst (d.h. wo die guten Sitten zum Vorherein jeder rechtsgeschäftlichen Bindung entgegenstehen).
- b. Verstoss gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB aufgrund einer übermässigen Bindung  
Die Nichtigkeitsfolge greift hier grundsätzlich nicht. Es kann vom übermässig Belasteten hier nur eine Modifikation der rechtlichen Verpflichtungen – und zwar ausschliesslich nach seinem Belieben – verlangt bzw. durchgesetzt werden.

## 2. Rechtsfolgen bei ihrem Gegenstand nach unzulässigen Bindungen

Neben der anfängliche Nichtigkeit i.S.v. Art. 20 OR (siehe oben) genügt bei einer rechtsgeschäftlichen Bindung, welche den Kernbereich einer Persönlichkeit tangiert, i.d.R. auch das Recht auf Widerruf, um sich von den Verpflichtungen zu befreien.

## 3. Rechtsfolgen bei Übermass der Bindung

Bei rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen, die nicht den Kernbereich der durch Art. 27 ZGB geschützten Persönlichkeit betreffen, erscheint die Nichtigkeitsfolge oft als zu einschneidend. Daher kommen etwa folgende Anpassungsmodalitäten zum Zuge:

- Reduktion der übermässigen Dauer  
(sofern die Parteien – hätten sie den Verstoss gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB bemerkt – hinsichtlich eines entsprechend modifizierten Vertrages Einigkeit erzielt hätten)
- Einräumung eines Rechts zur Kündigung des Vertrages nach Ablauf der reduzierten Vertragsdauern im Arbeitsrecht
- Einräumung des Rechts zur Auflösung eines Vertrages aus „wichtigen Gründen“

Das Übermass einer an sich zulässigen rechtsgeschäftlichen Bindung ist gegenüber dem Erfüllungsanspruch der berechtigten Partei regelmässig einredeweise geltend zu machen → es gilt die Dispositionsmaxime

## 4. Schadenersatzpflicht

### a) Haftung der geschützten Person

Sofern die Person, welche sich erfolgreich auf den Schutz durch Art. 27 beruft, selber gegen Treu und Glauben oder die guten Sitten verstösst, wo ist sie dem Vertragspartner dafür haftbar.

z.B.: Die Patientin widerruft ihre Einwilligung zu einer Operation ohne zureichende Gründe zur Unzeit.

→ Dabei kann es sich um eine vorvertragliche Haftung (sog. culpa in contrahendo) oder um eine vertragliche Haftung handeln (z.B. Art. 404 Abs. 2 OR; Auftragsrecht).

### b) Haftung des Vertragspartners

Ein Folgeschaden kann einerseits durch die anfängliche Unverbindlichkeit und andererseits durch die nachträgliche Erfüllungsverweigerung verbunden sein. Der Betroffene muss seinen Anspruch durch eine Genugtuungs- oder Schadenersatzklage geltend machen (Rechtsgrund liegt in Art. 28f. ZGB i.V.m. Art. 41 ff. OR), denn die unzulässige rechtsgeschäftliche Bindung beruft schliesslich auf einer Verletzung der Persönlichkeit.

# § 12 Persönlichkeitsschutz gemäss Art. 28 ZGB

## I. Grundlagen

### 1. Inhalt und Zweck von Art. 28 ZGB

Art. 28 ZGB schützt natürliche und juristische Personen vor persönlichkeitsverletzenden faktischen Beeinträchtigungen durch Dritte.

### 2. Kein ausdrückliches Verbot unerlaubter Eingriffe

Ein Verbot ist nicht ausdrücklich, sondern ergibt sich „nur“ implizit aus der Möglichkeit des Verletzten, an den Richter zu gelangen. Art. 28 ZGB enthält somit ein stillschweigendes, allgemeines Verbot unbefugter Beeinträchtigungen fremder Persönlichkeitsphären.

### 3. Tatbestand von Art. 28 ZGB

#### a) Begriff der Persönlichkeit

Es gibt keine gesetzliche Definition der Persönlichkeit. Die Persönlichkeit gemäss Art. 28 ZGB umfasst alles, „was zur Individualisierung einer Person dient und im Hinblick auf die Beziehung zu den einzelnen Individuen und im Rahmen der guten Sitten als schutzwürdig erscheint“.

Art. 28 ZGB verleiht dem Individuum und der juristischen Person (als Generalklausel) ein subjektives Recht auf Unversehrtheit in den geschützten Persönlichkeitsbereichen. Diese Bereiche werden jedoch nicht im Einzelnen umschrieben. Besonders wichtig ist daher das Richterrecht. Durch diese Generalklausel sollen Anpassungsmöglichkeiten an neue Entwicklungen ermöglicht werden (auch wenn dies eine gewisse Rechtsunsicherheit zur Folge hat).

#### b) Verletzung der Persönlichkeit

Die Verletzung muss eine gewisse Intensität aufweisen (→ nachhaltiger Eingriff in die Persönlichkeit), um als unzumutbares und deshalb verpöntes Eindringen in die Persönlichkeit des anderen zu erscheinen. Die Beurteilung der Intensität erfolgt nach objektivem Massstab, d.h. die subjektive Empfindung spielt dabei keine Rolle.

Prädisposition: Wenn ein Verhalten, das üblicherweise keine Verletzungsfolgen nach sich zieht, beim Betroffenen doch zu einer objektiv nicht mehr geringfügigen Verletzung führt → hier kann Art. 28 ZGB angerufen werden  
Konstitutionelle Prädisposition = im menschlichen Organismus bzw. in der menschlichen Psyche gründende besondere Anfälligkeit auf Schädigung oder Neigung zu ungewöhnlich schweren Reaktionen auf Schädigungen (z.B. Neigung zu Neurosen des Betroffenen).

Im Vordergrund stehen Abwehrrechte und nicht ein positiver Anspruch auf Persönlichkeitsentfaltung.  
Ausnahme: Art. 328 ff. OR; pos. Fürsorgepflicht des Arbeitgebers → Arbeitgeber kann durch ein Unterlassen seiner Pflicht eine Persönlichkeitsverletzung verursachen.

#### c) Widerrechtlichkeit der Verletzung

Die Persönlichkeitsverletzung muss widerrechtlich sein. Ein Verschulden von Seiten des Verletzers ist dagegen nicht erforderlich.

### 4. Anwendungsbereich

Im Rahmen öffentlichen Rechts gewährt Art. 28 ZGB keinen Schutz.

Ausnahme: Eine jur. Person des öffR, die in ihrer Persönlichkeit durch eine dem Privatrecht unterstehende Handlung verletzt wird, kann Art. 28 ZGB anrufen.

## II. Insbesondere zur Voraussetzung der Widerrechtlichkeit

### 1. Konkrete Interessenabwägung mittels zweistufiger Vorgehensweise

Nach Art. 28 Abs. 2 ZGB ist ein Eingriff in die Persönlichkeit widerrechtlich, wenn er nicht durch die Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegend privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist (→ Rechtfertigungsgründe).

Bei der Persönlichkeit handelt es sich somit gemäss Gesetz um ein absolutes Recht, dessen Verletzung grundsätzlich widerrechtlich ist, wenn diese nicht ausnahmsweise gerechtfertigt ist.

Zweistufige Vorgehensweise zur Prüfung des Vorliegens einer Persönlichkeitsverletzung:

1. Persönlichkeitsverletzung? → Ja/Nein
2. Rechtfertigungsgrund? (Interessenabwägung zwischen Interessen des Verletzers und des Verletzten; allenfalls eine wirksame Einwilligung? → Diese ist durch denjenigen zu beweisen, der sich auf den Rechtfertigungsgrund beruft).

### 2. Rechtfertigungsgründe im Einzelnen

- Einwilligung des Verletzten
- Überwiegendes öffentliches oder privates Interesse
- Gesetz (i.d.R. nur privatrechtliche Spezialnormen)

#### a) Einwilligung des Verletzten

##### aa) Allgemeines

- Bei einer Einwilligung entfällt die Widerrechtlichkeit der Verletzung.
- Die Einwilligung setzt Urteilsfähigkeit voraus.
- Die Einwilligung muss hinreichend konkret sein (d.h. der Verletzte muss wissen, in was er einwilligt).
- Zulässig ist auch eine Einwilligung in das blosse Risiko (z.B. geführte Bergtour).
- Die Einwilligung muss nicht ausdrücklich sein (eine schriftliche Einwilligung ist jedoch aus Beweisgründen von Vorteil für den Verletzer). Eine konkludente Einwilligung ist auch möglich.
- Es genügt, wenn sich der Betroffene mit der Persönlichkeitsverletzung gewissermassen abfindet. Dass er den konkreten Eingriff tatsächlich „will“ ist nicht erforderlich.
- Der Beweggrund für die Einwilligung ist nicht massgeblich.

##### bb) Einwilligung bei Urteilsunfähigkeit des Betroffenen (mutmassliche Einwilligung)

Bei einer dauernd urteilsunfähigen Person muss der gesetzliche Vertreter einwilligen (bei relativ höchstpersönlichen Rechten). Bei einer vorübergehend urteilsunfähigen Person (z.B. aufgrund Bewusstlosigkeit) geht man von einer Einwilligung aus (mutmasslich) oder nimmt Rücksprache mit den Angehörigen.

##### cc) Widerruf der Einwilligung (Art. 27 ZGB)

Der Betroffene kann seine Einwilligung widerrufen im Falle eines Verstosses von Art. 27 ZGB aufgrund von:

- Übermass der Bindung
- Bindungsverbot aufgrund des Gegenstandes der Verpflichtung

→ Erfolgt kein Widerruf, erweist sich der Eingriff in die rechtlich geschützte Persönlichkeit als rechtmässig.

#### dd) Wirkungslosigkeit der Einwilligung

Die Einwilligung bleibt vollständig wirkungslos, wo die Grenzen der Verfügung über das geschützte Rechtsgut erreicht sind (z.B. Einwilligung in eigene Verstümmelung oder Tötung ist gemäss Art. 20 OR rechts- bzw. sittenwidrig).

#### b) Wahrung höherer Interessen

Die Wahrung höherer Interessen ist neben der Einwilligung der wichtigste Rechtfertigungsgrund.

- öffentliche Interessen (z.B. öffentliche Informationsaufgabe der Medien)
- privates Interesse (Notwehr oder Notstand)

Ob der aufgeführte Grund ein ausreichender Rechtfertigungsgrund darstellt, ergibt sich aus der Gegenüberstellung der Entfaltungsinteressen des Verletzers und der Integritätsinteressen des Verletzten.

→ Kasuistik siehe s. 171f.

#### c) Insbesondere zum Informationsauftrag der Presse

Die schutzwürdigen Interessen des Verletzten sind gegen das Interesse der Allgemeinheit an einer ungehinderten Information abzuwägen. Dabei sind im Rahmen der verfassungskonformen Auslegung der Art. 28 ff. ZGB die Grundrechte der Meinungsäusserungs- und Pressefreiheit zu berücksichtigen.

Personen des öffentlichen Lebens (insb. staatliche Repräsentanten) müssen sich schwerere Eingriffe in ihre Persönlichkeitssphäre gefallen lassen wegen des erhöhten öffentlichen Informationsinteresses im Hinblick auf eine gewisse Kontrolle der Amtsführung.

Veröffentlichungen, die eine Persönlichkeitsverletzung in Kauf nehmen aus Gründen einer Auflagen- oder Gewinnsteigerung sind nicht gerechtfertigt, d.h. widerrechtlich.

Allenfalls gerechtfertigt sind unwahre, ehrverletzende Tatsachenbehauptungen eines Presseorgans, sofern es sich dabei lediglich um *wiedergegebene schriftliche Unterlagen zu behördlichen Pressekonferenzen* handelt und das Presseorgan selber dazu nicht Stellung nimmt.

Häufig sind auch Fälle, in welchen sich Klagen auf Art. 3 Bst. a bzw. Bst. e UWG stützen. Als lauter gelten bspw. die *exemplifizierenden Medienberichterstattungen*. Nicht unlauter hingegen sind Bildmontagen.

#### d) Notwehr, Notstand

Notwehr und Notstand sind Sonderfälle der Interessenabwägung. Ist die Abwehr allerdings unverhältnismässig, besteht kein überwiegendes Interesse mehr.

#### e) Rechtfertigung durch gesetzliche Spezialbestimmungen

lex specialis derogat legi generali: Privatrechtliche Spezialnormen gehen der allgemeinen Vorschrift von Art. 28 ZGB vor.

z.B. das Weisungs- und Erziehungsrecht (Art 301ff. ZGB) der Eltern rechtfertigt gewisse Eingriffe in die Persönlichkeit der Kinder.

Auch öffentlichrechtliche Vorschriften können u.U. Rechtfertigungsgründe darstellen, da sie die Personen zu einem best. Handeln verpflichten.

z.B. die Pflicht zur Hilfeleistung bei einem Strassenverkehrsunfall (Art. 51 SVG) oder das Melderecht bzw. Meldepflicht von Banken und Finanzintermediären (vgl. Art. 305ter Abs. 2 StGB).

Öffentlichrechtliche Spezialnormen sind keine Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 28 Abs. 2 ZGB, weil eine Person, die vom Staat in ihrer Persönlichkeit verletzt wird, sich nicht auf den Schutz von Art. 28 ZGB berufen kann (→ öffentliches Recht).

z.B. die Festnahme im Rahmen einer Strafuntersuchung, die zwangsweise Blutentnahme zur Durchführung einer Blutalkoholprobe, kantonale Zwangsimpfungen etc.

### III. Schutzzumfang von Art. 28 ZGB in sachlicher Hinsicht

#### 1. Persönlichkeitsrecht als Generalklausel

Bei Art. 28 ZGB handelt es sich um eine Generalklausel, d.h. der Gesetzesartikel ist nicht auf abschliessende Teilbereiche festgelegt.

#### 2. Übersicht über die wichtigsten Persönlichkeitsgüter im Zusammenhang mit Art. 28 ZGB

- Physische Persönlichkeit
  - o körperliche Integrität
  - o körperliche Bewegungsfreiheit
- Affektive (emotionale) Persönlichkeit
- Soziale Persönlichkeit
  - o Ehre
  - o informationelle Privatheit
- Recht auf wirtschaftliche Entfaltung
- Recht auf den Namen (Art. 29f. ZGB)

### IV. Schutz der physischen Persönlichkeit

#### 1. Grundsatz der Unantastbarkeit des Körpers

Die physische Persönlichkeit betrifft die körperliche Integrität und die körperliche Bewegungsfreiheit. z.B. Tötung, Körperverletzung, Ansteckung einer Krankheit, unfreiwillige ärztliche Behandlungen, Entführung, Einsperren etc.

→ Grundsätzlich ist jeder Eingriff in einer dieser beiden Bereiche *untersagt*.

#### 2. Schranken dieses Grundsatzes

Die Rechtmässigkeit eines Eingriffes ergibt sich aus der dem Persönlichkeitsschutz immanenten Schranke der *Bedürfnisse des menschlichen Zusammenlebens* oder aus dem Rechtfertigungsgrund der *Einwilligung*.

##### a) Einwilligung des Verletzten

Praktische Bedeutung für:

- ärztliche Eingriffe (insb. bei OP)
- Ausübung eines Sports (Einwilligung in die unter Befolgung der Spielregeln möglich und üblichen Verletzungsrisiken)

Keine Einwilligung zur Beschränkung der körperlichen Bewegungsfreiheit ist z.B. nötig bei einer Zugfahrt oder einem Flug → selbstbestimmte Lebensgestaltung.

##### b) Bedürfnisse des menschlichen Zusammenlebens

Der Anwendungsbereich des Art. 28 ZGB ist durch die Bedürfnisse des menschlichen Zusammenlebens beschränkt. So ist z.B. die Behinderung der Bewegungsfreiheit bei einer Sportveranstaltung kein Eingriff (→ diese Eingriffe sind sozialadäquat).

#### 3. Insbesondere das Verhältnis zwischen Arzt und Patient

##### a) Allgemeines

Für den Arzt gibt es keine Sonderstellung. Im Persönlichkeitsbereich ist in aller Regel nur das zulässig, was der Patient will, und alles, was gegen seinen Willen erfolgt, ist grundsätzlich rechtswidrig. Vorbehalten bleibt ausnahmsweise die Lebensrettung.

→ Der Persönlichkeitsschutz dient in erster Linie der *Freiheit der Selbstbestimmung* des Patienten (auch wenn ein Eingriff nötig oder objektiv betrachtet sinnvoll wäre)



Wegen des negatorischen Charakters verletzt der Arzt die Persönlichkeitsrechte nur durch sein Tun, nicht aber durch ein Unterlassen. Das Unterlassen kann allerdings u.U. eine Vertragsverletzung oder eine Verletzung einer öffentlichrechtlichen Pflicht darstellen und rechtliche Folgen nach sich ziehen.

## **b) Erfordernis der Einwilligung des Patienten und die Aufklärung durch den Arzt**

### *aa) Allgemeines*

Die gültige Einwilligung setzt eine ausreichende Aufklärung des Patienten hinsichtlich der Diagnose und der vorgesehenen Behandlung voraus (→ Eingriffsaufklärung und Sicherungsaufklärung: Der Arzt muss klar, nachvollziehbar und möglichst umfassend über die Diagnose, die vorgeschlagene Therapie, alternative Heilbehandlungen, Behandlungs-, insb. Operationsrisiken, Heilungschancen sowie über die wirtschaftlichen Folgen des Eingriffs aufklären).

Anders verhält es sich, wenn die Behandlung harmlos ist, in Notfallsituationen sowie bei entsprechendem Vorwissen des Patienten.

Auch bei einem ausdrücklichen Aufklärungsverzicht des Patienten muss mindestens eine gewisse Grundinformation vermittelt werden.

Falls eine umfassende Aufklärung das Risiko einer Depression, Suizidgefahr oder dergleichen auslösen könnte (z.B. bei einer Krebsdiagnose), dann sieht man von einer Aufklärung ab → man spricht in diesem Fall vom *therapeutischen Privileg*.

### *bb) Verletzung der Einwilligungsfreiheit mit mittelbarem Vermögensschutz*

Da die Aufklärungspflicht sowohl dem Schutz der freien Willensbildung wie auch dem Schutz der körperlichen Integrität des Patienten dient, ist der Arzt nicht nur für den immateriellen, sondern auch für anderen Schaden ersatzpflichtig.

## **c) Modalitäten der Einwilligung**

Die Einwilligung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Da eine Konsultation die Einwilligung i.d.R. einschliesst, sind die mutmassliche Einwilligung und die Vertretung des Urteilsunfähigen im Arztrecht häufig.

Verweigert ein urteilsfähiger Patient die Einwilligung, ist eine Vertretung ausgeschlossen (→ höchstpersönliches Recht).

Die Beweislast für das Vorliegen einer Einwilligung liegt beim Arzt.

## **d) Zivilrechtliche Folgen des ungerechtfertigten ärztlichen Vorgehens**

Bei ungenügender Aufklärung hat der Arzt Schadenersatz- und/oder Genugtuungsforderungen zu gewärtigen, und zwar unabhängig vom Heilungserfolg.

## **e) Hypothetische Einwilligung**

Hypothetische Einwilligung: Wenn der Patient auch bei einer ordnungsgemässer Aufklärung seine Zustimmung gegeben hätte.

→ Unter diesen Umständen sind die tatsächlich unterlassene bzw. ungenügende Aufklärung für die Behandlung *nicht kausal!*

Massgebend ist wie sich der konkret in Frage stehende Patient entschieden hätte (nicht ein „vernünftiger“ Patient). Die Beweislast liegt ebenfalls beim Arzt.

## f) Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag

Es ist möglich, Anordnungen für den Fall zu treffen, dass die eigene Urteilsfähigkeit wegen eines Unfalls oder einer Krankheit verloren geht. Es gibt die Möglichkeit einer Patientenverfügung oder die Möglichkeit eine Vertrauensperson zu bezeichnen, welche an Stelle und im Namen der urteilsunfähig gewordenen Person entscheidet.

Patientenverfügung: Konkrete Anordnungen für bestimmte Krankheitssituationen (vgl. Art. 372 Abs. 2 ZGB) → Ärzte müssen sich daran halten!

Vertrauensperson: Trifft Entscheidungen im konkreten Einzelfall für den Patienten (Art. 370 Abs. 2 ZGB) → „Vertretung/Vollmacht“

## 4. Befugnis zur Verfügung über die eigene Leiche

Jedermann ist berechtigt, zu Lebzeiten über die eigene Leiche zu verfügen (Organtransplantation, Art und Ort der Bestattung, Entscheidung, Leiche einem wissenschaftlichen Institut zur Verfügung zu stellen).

Ausgeschlossen ist, dieses Selbstbestimmungsrecht durch Klage im Namen des Verstorbenen durchzusetzen (da die Persönlichkeit mit dem Tod untergeht). Hat der Verstorbene nicht selber verfügt, steht den Angehörigen gestützt auf Art. 28 ZGB die fragliche Verfügungsbefugnis aus eigenem Recht zu.

## V. Schutz der affektiven (emotionalen) Persönlichkeit; insbesondere der Schutz der Integrität des Gefühlslebens

Zur durch Art. 28 ZGB geschützten Persönlichkeit gehört auch die Gefühlswelt, d.h. der seelisch-emotionale Lebensbereich. Diese ist durch die soziale Integration oft in einem gewissen Rahmen be/eingeschränkt (Sozialadäquanz). Damit eine rechtlich relevante Verletzung vorliegt, muss die Gefühlswelt unmittelbar und nachhaltig beeinträchtigt sein.

Folgende nicht abschliessende Fallgruppen sind zu unterscheiden:

- Zufügung von physischem Schmerz
- Körperliche Entstellung
- Leidzufügung durch Tötung oder schwere physische Schädigung eines Angehörigen
- Schutz der Ehe und Familie als Bestandteil der affektiven Persönlichkeit eines Ehegatten oder Elternteils
- Verletzung des Andenkens an Verstorbene („Pietätsgefühl“)
- Identität, u.a. Kenntnis der eigenen Abstammung
- Beeinträchtigung des Ehrgefühls
- Erzeugung von Angst durch (massive) Drohungen
- Stalking

### 1. Zufügung von physischem Schmerz

Die Verletzung der körperlichen Integrität ist oft mit Schmerzzufügung verbunden (Physischer Schmerz beeinträchtigt als solcher die Gefühlswelt → gesonderter Schutzbereich der Persönlichkeit). Erreicht die Beeinträchtigung eine gewisse Schwere, begründet sie einen Anspruch auf Genugtuung (Anknüpfungsnorm im Falle einer Körperverletzung Art. 47 OR, in den übrigen Fällen Art. 49 OR). Dieser Anspruch hat insbesondere bei Verkehrsunfällen und Straftaten gegen die körperliche und sexuelle Integrität Bedeutung.

Massgebend für die Zusprechung einer Genugtuung ist die gesamte Beeinträchtigung der Gefühlswelt (Schmerzzufügung, Dauer des Krankenlagers, Anzahl nötiger OPs etc.)

## 2. Körperliche Entstellung

Die körperliche Entstellung bewirkt eine Minderung der Lebensfreude und gibt Anlass zu:

- Schadenersatz (Art. 41 ff. OR) beim materiellem Schaden und/oder
- Genugtuung (Art. 49 OR bzw. Art. 47 OR) bei einer immateriellen (=psychischen) Beeinträchtigung

## 3. Leidzufügung durch Tötung oder schwere physische Schädigung eines Angehörigen

- Genugtuungsansprüche infolge Tötung von Angehörigen (Art. 47 OR)  
Angehörige = Ehegatte, nächste Verwandte und Konkubinatspartner → Voraussetzung ist enge gefühlsmässige Bindung zum Verstorbenen, nicht jedoch auch immer ein gemeinsamer Haushalt
- Wiegt der Schmerz so schwer, dass auch materielle Einbussen resultieren (z.B. Erwerbsausfall aufgrund einer Depression) kann neben dem Genugtuungsanspruch auch der materieller Schaden (Schockschaden) geltend gemacht werden!
- „Reflexgenugtuung“ infolge körperlicher Schädigung von Angehörigen (Art. 49 OR i.V.m. Art. 28 ZGB)

## 4. Verletzung des Andenkens an den Verstorbenen (Pietätsgefühl)

Die Beeinträchtigung der Persönlichkeit kann folgende Ursachen haben:

- bestimmte, gegen den Verstorbenen gerichteten Handlungen Dritter
- direkte Verletzung aufgrund der nach dem Tod weiterbestehenden seelischen Verbundenheit zwischen den Verwandten

Es geht um den Schutz der Person in ihren Pietätsgefühlen gegenüber nahe stehenden Verstorbenen steht im Zentrum. Der Kreis der „nahen Angehörigen“ ist tendenziell weit zu verstehen.

## 5. Schutz der ehelichen und/oder familiären Beziehungen

Die ehelichen und familiären Beziehungen sind Bestandteil der affektiven Persönlichkeit eines Ehegatten oder anderer naher Verwandter.

Eine Verletzung der Persönlichkeit liegt vor bei ehewidrigen oder ehebrecherischen Beziehungen. Möglich ist eine Klage gem. Art. 28a Abs. 1 ZGB (Schadenersatz und/oder Genugtuung).

Art. 28 ZGB bietet keine Grundlage für ein allgemeines Verbot an den Ehestörer (Unterlassungsklage gegen den Ehestörer scheitert vielfach an der Unbestimmtheit des Verbots). Es können gemäss Art. 28b ZGB jedoch konkrete Annäherungs- und Ortsverbote sowie ein generelles Kontaktverbot bewirkt werden. Zudem kann gemäss BGer trotzdem auf Genugtuung und/oder Schadenersatz geklagt werden (→ in Lehre umstritten; Abwägen zwischen Interesse an Persönlichkeitsentfaltung des Ehestörers und Persönlichkeitsrecht des Gestörten erforderlich → Störung allenfalls gerechtfertigt?).

Der untreue Ehepartner kann nach den Regeln des Eheschutzes nicht zu Geldleistungen an seinen Partner verpflichtet werden (dies wäre gemäss BGer eine zu grosse Belastung für die Ehe). Die Bestimmungen des Eheschutzes schliessen deshalb als *lex specialis* die besonderen persönlichkeitsrechtlichen Klagen (Art. 28a Abs. 1 ZGB) gegen den Ehepartner grundsätzlich aus.

→ Dies trifft allerdings nicht zu bei Körperverletzung oder bei anderen Persönlichkeitsverletzungen eines Ehegatten, welche, wären sie von einem Dritten begangen worden, zur Klage gegen den Betroffenen berechtigen würden!

Die Bestimmungen des Kinderschutzes (Art. 307ff. ZGB) und das Besuchsrecht (Art. 273ff. ZGB) bilden eine *lex specialis* für die Beziehung des Kindes zu seinen Eltern. Art. 28ff. ZGB können angerufen werden, wenn z.B. eine Vaterschaft behauptet und dadurch die Persönlichkeit verletzt wird.

## 6. Weitere Tatbestände im Bereiche des Gefühlslebens (Kasuistik)

- Bedrängen mit unnötigen gerichtlichen Klagen und Anzeigen
- Bedrängen mit anonymen Anrufen, die lediglich dem Zwecke der Belästigung dienen
- Störung des seelischen Wohlbefindens der Anwohner durch übermässig grelles und irritierendes Licht einer Lichtreklame

weitere siehe S. 187f.

## VI. Schutz der sozialen Persönlichkeit

Der Schutz der sozialen Persönlichkeit umfasst den Ehrenschatz und den Schutz der informationellen Privatheit. Dies trägt zu einer harmonischen Gestaltung der sozialen Beziehungen bei und gewährleistet jedermann einen gewissen Respekt von der Individualität des Einzelnen.

### 1. Zivilrechtlicher Ehrenschatz

#### a) Begriff der Ehre

Ehre: Geltung, auf die eine Person in der Gesellschaft Anspruch hat. Sowohl im *menschlich-sittlichen* (der gute Ruf) des Individuums als auch im *sozialen* Bereich (die gesellschaftliche Geltung) ganz allgemein.

- Innere Ehre: Ehrgefühl
- Äussere Ehre: Faktischer Ruf in der Gemeinschaft

→ Art. 28 ZGB schützt beide Aspekte der Ehre

#### aa) *Menschlich-sittliche Geltung einer Person (Primärbereich der Ehre)*

Der menschlich-sittliche Bereich der Ehre betrifft die gesellschaftliche Geltung einer Person im engeren Sinn (Geltungsanspruch, ein achtenswerter Mensch zu sein) → Respekt, den eine Person erwarten darf, weil sie sich an die herrschenden Moralvorstellungen hält.

z.B. Behauptung „Frau X. neigt regelmässig zum Lügen“.

#### bb) *Gesellschaftliche Geltung einer Person (Sekundärbereich der Ehre)*

Die Ehre betrifft auch den sozialen Bereich, d.h. die gesellschaftliche Geltung im weiteren Sinne (Ansehen in Beruf, Politik, Armee, Sport usw.).

z.B. Behauptung „Anwalt Y. beherrscht die Kunst der Prozessführung nur mangelhaft.“

#### b) Kredit

Art. 28 ZGB schützt auch den Ruf einer Person, *zahlungsfähig bzw. zahlungswillig* zu sein. Bei einem Vermögensschaden durch Kreditschädigung sind auch Art. 41 ff. OR anwendbar, d.h. der Verletzte kann – bei zusätzlichem Nachweis eines Verschuldens – Schadenersatzansprüche geltend machen.

#### c) Abgrenzung zum Strafrecht

Strafrechtlichen Schutz genießt *bloss der menschlich-sittliche Bereich* (Art. 173ff. StGB). Dadurch besteht in diesem Bereich sowohl ein strafrechtlicher als auch ein zivilrechtlicher Schutz. Im sozialen Bereich (d.h. Sekundärbereich) gibt es nur den zivilrechtlichen Schutz.

#### d) Relativität der Ehre

Art. 28 ZGB geht von einem allgemeinen Ehrbegriff aus. Dennoch wird auf besondere Gegebenheiten der Betroffenen Rücksicht genommen. Ein *Mindestmass an Menschenwürde* gilt für alle Menschen gleich.

Darüber hinaus gibt es noch die *individuelle Werthaftigkeit*, die sich nach mehreren Kriterien bestimmt (z.B. soziale Stellung, berufliche oder wirtschaftliche Tätigkeit usw.). Massgebend ist dabei die obj. Betrachtungsweise des „durchschnittlichen Dritten“.

### e) Weniger verletzliche „politische Seite“ der Persönlichkeit

Ehrverletzungen in der politischen Auseinandersetzung werden von den Gerichten nach einem etwas anderen Massstab beurteilt. Im politischen Bereich ist eher von einer Rechtfertigung (öffentliches Interesse) auszugehen.

### f) Humor

Satire, Karikatur und Humor sind Formen der meinungsbetonten Berichterstattung, die notwendigerweise ein Werturteil enthalten. Für sie gilt gemäss Rechtsprechung ein anderer Masstab, da sie *definitionsgemäss verfremden und übertreiben*.

Von einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung ist nur auszugehen, wenn die Darstellung „die ihrem Wesen eigenen Grenzen in *unerträglichem Mass überschreite(t)*“, mag „sie als taktlos und anständig empfunden werden“.

z.B. Zeitungsbeilage, welche eine bekannte Person mit Bild und Vornamen in Verbindung zu käuflichen sexuellen Angeboten bringt ist unzulässig und muss nicht geduldet werden.

### g) Literarisches oder künstlerisches Werk

Weil ein literarisches oder künstlerisches Werk zum Ansehen seines Schöpfers beiträgt, kann sich dieser bei Werkveränderungen u.U. auf den Persönlichkeitsschutz berufen (und zwar unabhängig von den Vermögensrechten am Werk).

Er geniesst neben dem durch Art. 11 Abs. 1 URG geschützten Recht am Werk auch einen persönlichkeitsrechtlichen Anspruch auf *Werkintegrität*, *Erstveröffentlichung* und auf *Anerkennung der Urheberschaft*. Art. 11 Abs. 2 URG, Schutz vor Entstellung des Werks, ist ein Ausfluss aus dem Persönlichkeitsrecht (*lex specialis*) und ist als einzige Ausnahme vererblich.

### h) Kasuistik zur Ehrverletzung

- Vorwurf der Tierquälerei gegenüber einem Tierarzt
- Vorwurf an eine Hebamme, sie habe leichtfertig gehandelt und den Arzt zu spät rufen lassen.
- Aussage, Bankdirektor habe seine Stellung zur Verfolgung persönlicher Ziele missbraucht etc.

Weitere siehe S. 192f.

### i) Formen ehrverletzender Äusserungen

#### aa) Tatsachenbehauptung

Tatsachenbehauptung: unmittelbare Kundgabe eines konkreten, als objektiv geschehen bzw. bestehend bezeichneten Ereignisses, das einem Beweis zugänglich ist (kann auch ein Bild sein, wenn es einen entsprechenden Zusammenhang vermittelt).

Persönlichkeitsverletzend sind in erster Linie unwahre Tatsachenbehauptungen. Aber auch nicht wahrheitswidrige Darstellungen von Tatsachen, wenn sie durch ihre Art und Form (z.B. durch Verschweigen wesentlicher Elemente) beim Empfänger eine unrichtige Vorstellung hervorruft sind persönlichkeitsverletzend.

→ Die Tatsachenbehauptung kann durch Wort oder Bild vermittelt werden.

#### bb) Werturteil

Werturteil: Ausdruck von Geringschätzung oder Missachtung gegenüber einem Menschen

- gemischte Werturteile: Verbindung einer Tatsachenbehauptung mit einem Werturteil. Das Werturteil bezieht sich dabei erkennbar auf eine bestimmte (implizit oder explizit behauptete) Tatsache.  
→ Gemischte Werturteile dürfen nicht auf unzutreffende Tatsachenbehauptungen beruhen. Für ihren Sachbehauptungskern gelten in der Rechtsprechung dieselben Grundsätze wie für Tatsachenbehauptungen.
- reine Werturteile: z.B. die Bewertung eines Politikers als „unfähig“  
→ Reine Werturteile sind grundsätzlich zulässig, sofern sie sich nicht einer unangemessenen Form bedienen, völlig unsachlich und damit unnötig verletzend ausfallen.

## **j) Insbesondere zur Ehrverletzung durch die Presse bzw. durch die Medien**

Die Presse hat keine Sonderstellung. Im Gegenteil - durch das erhöhte Vertrauen in öffentlich verbreitete Informationen haben Medien eine besondere Verantwortung.

Die Weitergabe von Unterlagen an Medienschaffende kann eine Persönlichkeitsverletzung sein, wenn durch die darauf basierende Berichterstattung ihrerseits persönlichkeitsverletzend ist.

Die Verbreitung falscher Tatsachen ist grundsätzlich widerrechtlich. Das Unwissen des Autors ist nur bei der Prüfung der Verschuldenshaftung von Bedeutung.

Jedoch ist nicht jede unwahre Behauptung eine Persönlichkeitsverletzung. Die Behauptung muss ein gewisses Mass an bzw. eine gewisse Bedeutung bezüglich der Falschinformation erreichen, d.h. die beanstandete Aussage muss die betroffene Person in einem falschen Licht zeigen oder das Herabsetzen des Ansehens bei den Mitmenschen zur Konsequenz haben. Kleinere Ungenauigkeiten stellen keine Persönlichkeitsverletzung dar.

Die Verbreitung wahrer Tatsachen ist auch nicht unbeschränkt zulässig. Die Berichterstattung ist nur dann zulässig, wenn ihre Publikation im öffentlichen Interesse liegt. Dies ist oft dann zu bejahen, wenn die Tatsache einen Zusammenhang mit der öffentlichen Tätigkeit der betreffenden Person hat. Weiter ist auch zu prüfen, ob die Art der Publikation verhältnismässig ist (reisserische Überschriften, Verkürzungen in einem Aushang oder Karikaturen können als unnötig verletzend erscheinen).

→ Somit begrenzt Art. 28 ZGB den Informationsauftrag der Medien

## **2. Schutz der informationellen Privatheit („Privat- und Geheimsphäre“ und „informationelle Selbstbestimmung“)**

### **a) Allgemeines**

Der Schutz der informationellen Privatheit soll verhindern, dass jede private Lebensäusserung der Allgemeinheit bekannt wird. Der Einzelne soll selber bestimmen dürfen, wer welches Wissen über ihn haben darf.

Dem Schutz der informationellen Privatheit kommt gegenüber dem Tatbestand der Ehrverletzung eine eigenständige Bedeutung zu, denn Tatsachen, deren Geheimhaltung eine Person wünscht, brauchen nicht ehrenrührig zu sein. Auch dieser Aspekt der Persönlichkeit geniesst einen – wenn auch eingeschränkten – strafrechtlichen Schutz gemäss Art. 179ff. StGB.

Im Einzelfall kann die Verletzung der informationellen Privatheit gerechtfertigt sein (Gründe nach Art. 28 Abs. 2 ZGB: Einwilligung, überwiegendes Informationsinteresse, Gesetz).

### **b) „Drei-Sphären-Theorie“**

Literatur und Rechtsprechung teilen den Lebensbereich eines Menschen traditionellerweise auf in:

#### aa) Gemeinbereich (Öffentlichkeitsphäre)

„La vie publique“; Das Individuum wird gewissermassen zum Lebens- und Zeitgenossen von jedermann. Dazu gehören konkrete Lebensäusserungen in der Öffentlichkeit → die betr. Person gibt diesen Aspekten eine gewisse Publizität oder sie spielen sich in der Öffentlichkeit ab. Der Umfang ergibt sich im konkreten Fall aus den Umständen. Indessen kann es auch eine öffentliche Privatsphäre (i.w.S.) geben, die wie die Privatsphäre i.e.S. geschützt ist.

Dieser Bereich ist weder in Art. 28 ZGB noch im StGB geschützt → Die Wahrnehmung und Weiterverbreitung von öffentlich zugänglichen Tatsachen ist grundsätzlich legitim.

Ein Ereignis kann aber vom Gemeinbereich zum Privatbereich übergehen, wenn es bspw. von der Bevölkerung vergessen wurde (Recht auf Vergessen). In diesem Fall hat der Betroffene grundsätzlich das Recht sich gegen eine erneute Veröffentlichung zu wehren. Bei „Personen der Zeitgeschichte“ trifft dies nicht zu (überwiegendes Informationsinteresse der Öffentlichkeit).

### bb) Geheimsphäre

„La vie intime“; Diese Lebensvorgänge sollen der Kenntnis aller anderen Personen entzogen werden (Ausnahme: Vertrauenspersonen). Diese Sphäre ist nach Art. 28 ZGB und StGB absolut geschützt, es ist also kein Rechtfertigungsgrund denkbar

z.B. Krankengeschichte, sexuelle Verhaltensweisen, innerfamiliäre Konflikte.

### cc) Privatbereich

„La vie privée“; dieser Bereich liegt zw. Gemeinbereich und Geheimsphäre. Er umfasst Lebensäußerungen, die der Einzelne nur mit einem begrenzten Personenkreis (Angehörige, Freunde, Bekannte) teilen will, nicht jedoch mit der Öffentlichkeit.

z.B. Verhalten am Arbeitsplatz, Aktivitäten im Verein, gemeinsames Besprechen von Tagesereignissen am Stammtisch etc.

Zum Privatbereich gehören auch persönliche Daten (Name, Geburtsdatum, Adresse etc.)

### dd) Begrenzte Tragweite der Drei-Sphären-Theorie

Die Drei-Sphären-Theorie kann die Lebenswirklichkeit kaum sachgerecht erfassen. Die Abgrenzung der vers. Bereiche bleibt deshalb unscharf. Zudem bleibt unklar, ob die Sphären durch den Betroffenen selber oder durch objektive Kriterien umschrieben werden. Falls letzteres der Fall wäre, so weiss man zudem nicht, ob den Kriterien räumliche oder materiell-inhaltliche Vorstellungen zugrunde liegen. Auch der schutzlose Gemeinbereich wirkt problematisch, jedoch wäre ein absolut geschützter Gemeinbereich auch nicht denkbar. Diese Theorie dient demnach eher dazu, ein gewünschtes Ergebnis zu begründen als es objektiv zu finden/analysieren.

## **e) Recht auf informationelle Selbstbestimmung**

### *aa) Allgemeines*

Mit Hilfe der elektronischen Datenverarbeitung können personenbezogene Daten (auch an sich „harmlose Daten“) heutzutage in beliebigem Umfang gespeichert, verknüpft und reproduziert werden  
→ die Drei-Sphären-Theorie genügt hier nicht mehr.

Die Datenschutzgesetzgebung hat deswegen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung geschaffen. Den Einzelnen soll danach die Herrschaft über seine personenbezogenen Daten zukommen und war grundsätzlich ohne Rücksicht darauf, wie „sensibel“ die fraglichen Informationen tatsächlich sind.

→ Das Datenschutzgesetz ist auch im Medienbereich grundsätzlich anwendbar, d.h. auch bei Medienberichten wird der Schutz der informationellen Selbstbestimmung immer bedeutsamer.

### *bb) Vorbehalte*

Die Sphärentheorie greift insbesondere im Gemeinbereich zu kurz, allerdings wäre eine absolute informationelle Selbstbestimmung in diesem Bereich auch nicht möglich, da der „Verletzer“ bei jeder noch so harmlosen Datenbearbeitung einen Rechtfertigungsgrund nachweisen müsste.

Art. 28 ZGB i.V.m. Art. 8 ZGB geht davon aus, dass der Kläger eine Persönlichkeitsverletzung nachweisen muss. Das Datenschutzgesetz (DGS) sieht die umgekehrte Regelung vor. Diese Regelung erscheint mit Blick auf die Bedürfnisse des menschlichen Zusammenlebens wie auch angesichts der heutigen technischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Gegebenheiten als zumindest fragwürdig.

## **d) Informationelle Privatheit**

### *aa) Allgemeines*

Das Bedürfnis des Einzelnen nach informationeller Privatheit ist soweit zu schützen, als das der Einzelne durch eine bestimmte Verhaltensweise *tatsächlich und spürbar beeinträchtigt* wird. Diese Beeinträchtigung kann verschiedene Persönlichkeitsbereiche betreffen:

- gezielte, systematische Beobachtung oder Ausforschung → Einschränkung der *Unbefangenheit der Lebensgestaltung*.  
Bei Unkenntnis der Beobachtung → Verhalten unter falschen Voraussetzung, welches nach Kenntnisnahme zu Wutempfinden, Schamgefühl und Enttäuschung führen kann.
- Weiterverarbeitung personenbezogener Information → Beeinträchtigung der *selbstbestimmten Beziehungsgestaltung* sowohl im sozialen Nah- wie auch im Fernbereich.
- Unbefugte Informationsbeschaffung → u.U. Beeinträchtigung des Betroffenen als Vertragspartner (Arbeits- oder Versicherungsverträge); oder „Zwangskommerzialisierung“ des Betroffenen aufgrund von Medieneingriffen oder Werbung → Beeinträchtigung der *wirtschaftlichen Persönlichkeit*

### *bb) Umfang des Schutzes der informationellen Privatheit*

Der Schutz der informationellen Privatheit setzt einen *qualifizierten Eingriff* voraus, da durch das gesellschaftliche Zusammenleben ein gewisser Einblick von Dritten in das Privatleben anderer vorprogrammiert ist.

## **e) Fallgruppen (nicht abschliessend)**

### *aa) Unbefugtes Ausforschen des Privatlebens*

- Unverhältnismässige Beobachtung des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz
- Observation durch Privatdetektiv
- Systematisches Horchen an der Türe des Nachbarn etc.

Weitere Beispiele s. S. 201f.

### *bb) Unbefugtes Weiterverbreiten personenbezogener Tatsachen*

- Mitteilung besonders persönlichkeitsnaher Informationen (z.B. Medizinalbericht o.Ä.)
- Veröffentlichungen, die peinliche oder besonders missverständliche Umstände betreffen
- u.U. Nahaufnahmen von Zuschauern durch das TV an einem Fussballmatch etc.

Weitere Beispiele s. S. 202f.

→ Eine Weiterverbreitung bzw. Veröffentlichung ist i.d.R. auch bei fehlendem Rechtfertigungsgrund oder öffentlichem Interesse zulässig, wenn die Tatsachen einen hinsichtlich der Persönlichkeit völlig indifferenten Sachverhalt betreffen oder keine Rückschlüsse auf die Person möglich sind.

### *cc) Speicherung von persönlichkeitsrelevanten Daten*

Auch die bloße Speicherung von sensiblen Daten verstösst wegen des Risikos einer späteren Übermittlung an Dritte unter Umständen gegen Art. 28 ZGB.

Durch die elektronische Datenverarbeitung weiss der Betroffene nicht, wer was über ihn weiss, denn seine Daten können sich auf verschiedenen Trägern befinden/ansammeln. Dies hemmt sein selbstbestimmtes Verhalten Dritten gegenüber.

Denkbar sind zudem wirtschaftliche Folgekosten, wenn zufolge bestimmter Informationen der Abschluss von Verträgen nicht mehr oder nur zu schlechteren Konditionen möglich ist.



#### f) Schutz von Personen des öffentlichen Lebens

Die Bekanntheit oder besondere Funktion bzw. Stellung einer Person kann dazu führen, dass ein erhöhtes Interesse der Öffentlichkeit an Informationen über diese Personen und allenfalls ihr nächstes Umfeld besteht. Sie können folglich nur einen geringeren Schutz beanspruchen.

z.B. Showstars, Staatsmänner, Politiker, Berufssportler, Mitglieder von Königshäusern etc.

Ähnliches gilt für Angehörige von Berufsarten mit qualifizierter Vertrauensstellung (z.B. Ärzte, Rechtsanwälte, Notare etc.). Hier beschränkt sich die Berichterstattung allerdings auf Tatsachen, die in Zusammenhang mit dem beruflichen Bereich stehen.

In beiden Fällen ist die Form zu wahren. Zudem kann an unzutreffenden Informationen von vornherein kein Informationsinteresse der Öffentlichkeit bestehen → kein Rechtfertigungsgrund, d.h. widerrechtlich.

Bei Personen, die nur im Zusammenhang mit einem bestimmten Ereignis (Unfall, Verbrechen usw.) in das öffentliche Interesse gerückt sind („relative Personen der Zeitgeschichte“), ist die Berichterstattung grundsätzlich nur soweit gestattet, als die Tatsachen in engem Zusammenhang mit dem interessierenden Ereignis stehen.

Die Namensnennung ist nur zulässig, wenn diese im öffentlichen Informationsinteresse liegt. Die anonyme Berichterstattung stellt i.d.R. zum Vornherein keine Persönlichkeitsverletzung dar, sofern keine Rückschlüsse auf die Person möglich sind.

#### g) Gerichtsberichterstattung

Für die Gerichtsberichterstattung gelten gewisse, beschränkte Besonderheiten. In der Schweiz gilt der *Grundsatz der Gerichtsöffentlichkeit*. Die Medien übernehmen hier eine wichtige Brückenfunktion, weil nicht jeder an jeder Verhandlung dabei sein kann. Insofern besteht an der Gerichtsberichterstattung ein erhebliches, öffentliches Interesse.

Die Veröffentlichung der Personalien ist jedoch i.d.R. nicht nötig und deswegen besteht daran auch kein überwiegendes öffentliches Interesse. Die Veröffentlichung der Namen oder Initialen ist ausnahmsweise zulässig, wenn die Person bereits einem breiten Personenkreis bekannt ist oder wenn die Preisgabe für die Tätigkeit der Polizei oder des Richters erforderlich sind. Allenfalls auch im Zusammenhang mit besonders Aufsehen erregenden Kapitalverbrechen (aber nur bei gesichertem Verdacht, einem glaubwürdigen Geständnis oder nach der Verurteilung).

#### h) Kunst, Kultur und Wissenschaft

Im Allgemeinen besteht ein schützenswertes Interesse der Allgemeinheit daran, dass die künstlerische und kulturelle Tätigkeit nicht ohne Grund eingeschränkt wird. Auch hier gibt es aber Grenzen und zwar dort, wo es um die sehr persönlichen Verhältnisse des Einzelnen geht. Ähnliches gilt für die Wissenschaft (insb. bei der Geschichtsschreibung).

## VII. Schutz der wirtschaftlichen Persönlichkeit

### 1. Allgemeines

Das Recht auf wirtschaftliche Entfaltung gehört unabdingbar zur Persönlichkeit und muss deshalb vor Beeinträchtigungen Dritter geschützt werden. Dabei geht es nicht um eine bestimmte Marktstellung, sondern um die *Freiheit des Einzelnen*, aufgrund eigener Entscheidung seine *Persönlichkeitsattribute* (Arbeitskraft, besondere Fertigkeiten und Kenntnisse, Sporttalent, Name, äussere Erscheinung, „Prominenz“) *gegen Entgelt kommerziell zu verwerten* oder im Gegenteil auf solche Verwertung gerade zu verzichten.

Diese Freiheit wird vor allem im Zusammenhang mit monopolistischen Strukturen oder Boykotten und Kartellen gefährdet.

## 2. Boykotte und Kartelle

Boykott: Der Betroffene wird daran gehindert, einer bestimmten wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen.

Das geltende Kartellrecht (i. K. 1.7.1996) regelt in den Art. 5-8 KG die Unzulässigkeiten und ausnahmsweise Rechtfertigung der Wettbewerbsbehinderung.

Der freie Wettbewerb darf nicht durch private Abmachungen ausgeschaltet werden. Dabei handelt es sich nicht um das Recht auf eine bestimmte Marktstellung, sondern um das Recht, diese Marktstellung erreichen zu können.

z.B. Verdrängungsboykott durch Nichtaufnahme in einen Verein, aber auch das Vorkehren eines Kartells wie Bezugs- und Liefersperren von Waren sind widerrechtlich

## 3. Zwangskommerzialisierung der Persönlichkeit

Zwangskommerzialisierung: Gegenstück zum Boykott → Persönlichkeitsattribute des Betroffenen werden ohne oder gegen dessen Willen kommerziell genutzt.

Die Rechtsprechung bringt diese Sachlagen nicht in Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Persönlichkeit. Dies ist dann kein Problem, wenn die Zwangskommerzialisierung in Verbindung mit einer Verletzung der Ehre oder der informationellen Privatheit steht (ist i.d.R. der Fall).

Die Zuordnung zur wirtschaftlichen Persönlichkeit unterstreicht demgegenüber, dass der Betroffene unter Umständen primär in seiner Freiheit verletzt wird, selber über die Vermarktung seiner Prominenz zu entscheiden und damit allenfalls einen Gewinn zu erzielen. Die Abschöpfung dieses Gewinns durch den Verletzer steht bei der Zwangskommerzialisierung denn auch im Vordergrund.

# § 13 Sonderfragen im Zusammenhang mit Art. 28 ZGB

## 1. Geheimhaltungspflicht im Zusammenhang mit berufs- und Amtsgeheimnissen

### 1. Besondere Voraussetzung für das Vorliegen eines Berufs bzw. Amtsgeheimnisses

Die Geheimhaltungspflicht kann sich aus Vertrag oder aus einer bes. Gesetzesbestimmung ergeben. Sie bedarf (im Bereich des Berufs – und Amtsgeheimnisses) folgender drei allg. Voraussetzungen:

1. **Relative Unbekanntheit der Tatsache**  
*Die Tatsache ist nicht allg. zugänglich und nur einem beschränkten Personenkreis bekannt.*
2. **Erkennbarer Geheimhaltungswille**  
*Die Kenntnis soll auf einen best. Personenkreis beschränkt werden.*
3. **Schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse**  
*Dritte erkennen, dass an der Aufrechterhaltung der beschränkten Bekanntheit ein berechtigtes, objektives Interesse besteht.*

Weitere Voraussetzungen:

4. *Beim Berufsgeheimnis: Der Berufstätige kennt die Tatsache aufgrund seiner Stellung.*
5. *Beim Amtsgeheimnis: Der Berufstätige kennt die Tatsache aufgrund seiner Position als Beamter, Mitglied einer Behörde oder in dessen amtlichen oder dienstlichen Stellung.*

## 2. Auswirkungen der Geheimhaltungspflicht

etc.

→ Nicht Stoff der Vorlesung!

# § 14 Klagen des Persönlichkeitsschutzes

## I. Grundlagen

### 1. Inhalt von Art. 28a und 28b ZGB

- Art. 28 ZGB verweist in allgemeiner Form an den Richter.
- Art. 28a ZGB enthält eine Aufzählung der zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe.
- Art. 28b ZGB ergänzt bzw. konkretisiert diese u.a. für Fälle von häuslicher Gewalt und Stalking.

### 2. Aktiv- und Passivlegitimation

#### a) Aktivlegitimation

Aktivlegitimiert ist jede Person, die sich in ihrer Persönlichkeit verletzt fühlt (Art. 28 Abs. 1 ZGB).

Juristische Personen können in den Grenzen von Art. 53 ZGB den Persönlichkeitsschutz für sich in Anspruch nehmen.

Bei einer kollektiven Verletzung einer bestimmten Personengruppe, ist regelmässig auch jedes einzelne Gruppenmitglied in seiner Persönlichkeit verletzt und kann die Rechtsbehelfe in Anspruch nehmen. Dies gilt jedoch nicht, wenn sich das einzelne Mitglied durch einen Angriff auf eine Personenmehrheit nicht mehr persönlich betroffen fühlen kann.

Auch nicht aktiv legitimiert sind nat. oder jur. Personen, die nur indirekt durch die Persönlichkeitsverletzung tangiert werden.

z.B. Ein öffentlich-rechtlicher Spitalträger kann sich nicht auf Art. 28 ZGB berufen, wenn durch einen Zeitungsartikel die Persönlichkeit eines angestellten Arztes verletzt wird, indem dessen Behandlungsmethoden kritisiert werden.

#### b) Verbandsklagerecht

Mit Hilfe des Klagerechts der *Vereine und Verbände* können diese ihre Mitglieder vor bzw. bei Persönlichkeitsverletzung schützen. Die Voraussetzung ist jedoch, dass der Verband/Verein nach seinen Statuten die Interessen seiner Mitglieder wahrt und die Mitglieder selbst zur Klage legitimiert wären.

Die Aktivlegitimation bezieht sich nur auf die spezifischen Ansprüche des Persönlichkeitsschutzes, die ergänzenden Klagen des OR, d.h. Schadenersatz und/oder Genugtuung und Gewinnherausgabe sind ausgenommen.

Hierbei handelt es sich um eine *Prozessstandschaft* (bzw. Prozessführungsbefugnis), d.h. der Kläger macht hier ausnahmsweise einen fremden Rechtsanspruch in eigenem Namen geltend.

→ Davon zu unterscheiden ist das Klagerecht von Vereinen und Verbänden, die als Träger von Persönlichkeitsrechten selber Opfer einer Verletzung geworden sind. In einem solchen Fall können sie in ihrem eigenen Namen Ansprüche des Persönlichkeitsschutzes, sowie Schadenersatz und/oder Genugtuung und Gewinnherausgabe geltend machen.

#### c) Passivlegitimation

Der Verletzte kann seine Ansprüche *gegenüber jedem, der an der Verletzung mitgewirkt hat*, geltend machen (d.h. Allein- und Mittäter, Anstifter und Gehilfen). Ihm steht die Wahl zu, gegen wen er vorgehen will. Dies kann Vorteile bezüglich des Gerichtstandes haben.

Allerdings setzen reparatorische Ansprüche (im Gegensatz zu negatorischen) ein *persönliches Verschulden* voraus (→ allgemeine Haftpflichtregel), wodurch die Wahl eingeschränkt wird.

### 3. Schutzzumfang in zeitlicher Hinsicht

Je nach Stand der Störungshandlung/Störung sind folgende 4 Fallgruppen zu unterscheiden:

1. Beeinträchtigung durch unmittelbar bevorstehende Störungshandlung (z.B. Veröffentlichung eines Artikels)  
→ Unterlassungsanspruch, allenfalls auch Feststellungsklage
2. Störungshandlung dauert an (z.B. Boykott)  
→ Feststellungs- und Unterlassungsklage, allenfalls Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche
3. Störungshandlung ist abgeschlossen, Störung dauert an (z.B. Ehrverletzung durch Presse)  
→ Beseitigungs- oder Feststellungsanspruch, allenfalls Schadenersatz- und/oder Genugtuungsansprüche
4. Störungshandlung und Störung sind abgeschlossen (z.B. Zufügung von physischem Schmerz)  
→ Feststellungsklage und Schadenersatz und/oder Genugtuung

### 4. Übersicht über die Rechtsbehelfe nach Art. 28a ZGB

Spezifische, „besondere“ Klagen/Begehren:

- Unterlassungsklage (→ negatorisch, d.h. abwehrend)
- Beseitigungsklage (→ negatorisch/reparatorisch)
- Feststellungsklage (→ negatorisch/reparatorisch)
- Publikations-/Berichtigungsbegehren im Zusammenhang mit der Beseitigungs-/Feststellungsklage (→ negatorisch/reparatorisch)

„allgemeine“ Klagen: (→ reparatorisch, d.h. wiederherstellend)

- Schadenersatzklage
- Genugtuungsklage
- Gewinnherausgabeklage

## II. Spezifische („besondere“) Klagen zum Schutz der Persönlichkeit

### 1. Klage auf Unterlassung (Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB)

#### a) Zweck und Inhalt der Klage

Zweck: Gerichtliches Verbot eines bestimmten, persönlichkeitsverletzenden Verhaltens in der Zukunft

Der Kläger hat die *drohende Gefahr* nachzuweisen, ansonsten fehlt das Rechtsschutzinteresse. Die richterliche Anordnung muss zudem verhältnismässig sein.

Weil diese Klage mit ihrer *präventiven Funktion* in die Zukunftsgestaltung des Beklagten eingreift, ist das befürchtete Verhalten möglichst präzise und detailliert zu umschreiben. Je klarer die Formulierung der Rechtsbegehren, umso grösser die Chance einer erfolgreichen Vollstreckung.

#### b) provisorischer Rechtsschutz

Nach Art. 261 ff. ZPO besteht in dringenden Fällen die Möglichkeit einer vorsorglichen Massnahme.

#### c) Vollstreckung

Urteile, die weder auf Geld- noch auf Sicherheitsleistung in Geld lauten, werden nach Massgabe von Art. 335ff. ZPO vollstreckt. Unterlassungsurteile als Leistungsurteile i.w.S. lassen sich nicht direkt erzwingen. Es bleibt nur die Möglichkeit der Androhung einer Strafe, falls dem Urteil zuwidergehandelt wird.

Im Widerhandlungsfall kann die Gegenpartei nicht nur Bestrafung gemäss Vollstreckungsentscheid, sondern u.U. auch Genugtuung, Schadenersatz und/oder Gewinnherausgabe bzw. Beseitigung des rechtswidrigen Zustands verlangen → diese Ansprüche sind vom Zivilrichter zu beurteilen

## 2. Klage auf Beseitigung (Art. 28a Ziff. 2 ZGB)

### a) Zweck und Inhalt der Klage

Zweck: Verurteilung des Beklagten unter Fristansetzung und Strafandrohung im Widerhandlungsfall (Art. 292 StGB), um die Ursachen einer noch bestehenden widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung zu beseitigen. Dabei muss die Anordnung des Richters so genau umschrieben sein, dass eine Zwangsvollstreckung möglich ist.

z.B. „Der Fussballspieler X sei durch die FIFA und die SFL als Spieler des Clubs Y AG als für die nationale und internationale Spiele qualifiziert zu betrachten.“

Die Beseitigungs- und Unterlassungsklage können auch zusammen in einer Klageschrift erhoben (d.h. gehäuft) werden, wenn davon ausgegangen werden muss, dass eine momentane Störung auch zukünftige Verletzungen zur Folge hat.

z.B. ein Fotograf, der vom Garten eines Prominenten Fotos macht wird diese Fotos sehr wahrscheinlich veröffentlichen.

### b) Vollstreckung

Beseitigungsurteile als Leistungsurteile i.e.S. werden gemäss Art. 335 ff. ZPO vollstreckt.

## 3. Klage auf Feststellung (Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB)

### a) Zweck

Gerichtliche Feststellung, dass ein bestimmtes, zurückliegendes Verhalten des Beklagten sich - min. teilweise - weiterhin auswirkt und anders nicht beseitigt werden kann, die Persönlichkeitsrechte des Klägers widerrechtlich verletzt → Der am häufigsten angewendete Rechtsbehelf!

### b) Feststellungsinteresse

Ein Feststellungsinteresse (Voraussetzung für die Klage) ist zu bejahen, wenn der Verletzte ein schützenswertes Interesse an der Beseitigung der Verletzung hat.

Die Feststellungsklage ist nicht subsidiär zur Unterlassungs- oder Beseitigungsklage. Ihr kommt im Grundsatz Beseitigungs- und nicht Genugtuungsfunktion zu, d.h. sie ist eine reparatorische Klage → ihr Ziel ist die Beseitigung der rechtswidrigen Verletzung.

### c) Insbesondere zur Klagelegitimation nach abgeschlossener Störungshandlung

Die Feststellung der Widerrechtlichkeit einer Persönlichkeitsverletzung ist möglich, wenn das Fortdauern des Störungszustands gegeben ist. Ein Fortdauern wird bereits bejaht, wenn ein bestimmter Presseartikel z.B. noch auf dem Internet auffindbar ist.

z.B. Das Fortdauern wird bejaht, wenn das Ansehen aufgrund einer ehrverletzenden Aussage in einem Zeitungsartikel als nachhaltig beeinträchtigt erscheint.

### d) Exkurs: die Rechtsprechung zu Art. 9 Abs. 1 Bst. c UWG

Wenn die Persönlichkeitsverletzung i.S.v. Art. 28 ZGB gleichzeitig unlauter i.S. des UWG ist kann der Verletzte beide Rechtsgrundlagen (d.h. Art. 28 ff. ZGB und Art. 9 Abs. 1 Bst. c UWG) anrufen,

### e) Vollstreckung

Der Feststellungsanspruch wird bereits durch die gerichtliche Feststellung erfüllt. Das Urteil bedarf also keiner Vollstreckung. Oft besteht jedoch ein Interesse an der Urteilspublikation. Zudem kann die Feststellungsklage mit anderen Rechtbegehren gehäuft werden, die einer Vollstreckung zugänglich sind.

## 4. Mitteilung oder Publikation einer Berichtigung oder eines Urteils (gem. Art. 28a Abs. 2 ZGB)

### a) Zweck

- Begehren um Publikation: Veröffentlichung des Dispositivs des gegen den Beklagten ergangenen Urteils
- Berichtigungsbegehren: Verpflichtung des Beklagten, von sich aus in bestimmten Presseergebnissen eine berichtigende Darstellung abzugeben

## b) Bedeutung und Voraussetzungen

- Voraussetzungen: Einer der Klagegründe nach Art. 28a Abs. 1 ZGB → meistens werden sie mit einer dieser Klagen gehäuft. Sie werden in diesem Sinne auch als *sekundäre Ansprüche* bezeichnet
- Bedeutung: Mittel zur Beseitigung der Störung und allenfalls Genugtuungsfunktion

Der Richter entscheidet über den Inhalt der Berichtigung bzw. bezeichnet die zur Veröffentlichung bestimmten Teile des Urteils. Das Gericht legt die Modalitäten der Veröffentlichung fest, d.h. Grösse, Platzierung usw. Die Publikation soll dasselbe Publikum erreichen wie die verletzende Darstellung.

Art. 28a Abs. 2 ZGB stellt klar, dass eine an eine bestimmte Gruppe von Personen gerichtete Mitteilung (z.B. an die Mitglieder eines Vereins) u.U. genügen kann, um einer Verletzung vorzubeugen bzw. diese zu beseitigen. Zudem kommen Urteilspublikationen und Berichtigungen auch in Frage im Zusammenhang mit persönlichkeitsverletzenden Leserbriefen oder dem Inseratenteil einer Zeitschrift auch wenn die Redaktion ihre Verantwortlichkeit für den Inhalt ablehnt → Dies ist auf die umfassende passive Legitimation von Art. 28 ZGB zurückzuführen → Klage ist gegen jeden Beteiligten möglich!

## c) Vollstreckung

Der Kläger hat folgende Möglichkeiten:

- Verurteilung des Beklagten zur Publikation des Urteilsdispositivs oder einer bestimmten, berichtigenden Tatsachendarstellung (im Unterlassungsfall greift Art. 335 ff. ZPO)
- Ermächtigung, die Publikation selber zu veröffentlichen → oft zweckmässiger, da somit Vollstreckungsprobleme ausscheiden

→ Die Kosten gehen in beiden Fällen zulasten der unterliegenden Partei.

## d) Verhältnis zwischen Berichtigung und Gegendarstellung

- Klage auf Berichtigung: das Gericht prüft die Zulässigkeit und objektive Begründetheit der klägerischen Darstellung → Berichtigung enthält materielle Wahrheit. Es steht *Wahrheit gegen Behauptung*.
- Gesuch um Gegendarstellung: Herstellung von formeller Wahrheit bzw. Waffengleichheit. Eine obj. richterliche Prüfung des Inhalts des Gegendarstellungstextes unterbleibt. Es steht *Behauptung gegen Behauptung*.

## 5. Schutz gegen Gewalt, Drohungen und Nachstellungen nach Art. 28b ZGB

### a) Zweck und Hintergrund von Art. 28b ZGB

Zweck: Schutz gegen Persönlichkeitsverletzungen insbesondere im Rahmen von häuslicher Gewalt und Stalking, aber auch im Zusammenhang mit dem Familienleben. Zudem Ergänzung der autoritativen Massnahmen des Eheschutzes.

- Häusliche Gewalt: Umfasst physische, psychische, sexuelle und soziale Gewalt. Typischerweise besteht zw. den Partnern ein ungleiches Machtverhältnis oder eine starke Abhängigkeit. Jede *ernsthafte* Bedrohung kann die Ansprüche nach Abs. 2 bis 4 auslösen.
- Drohungen: Inaussichtstellen einer Persönlichkeitsverletzung.
- Stalking: Zwanghafte Verfolgen und Belästigen einer Person. Typisch sind Nachstellen, Ausspionieren, Drang nach physischer Nähe, stetiges Verfolgen und Aufsuchen, Belästigen und u.U. Bedrohen.

Hintergrund: Art. 28b ZGB enthält in Ergänzung zu Art. 28a ZGB gewisse konkrete Rechtsbehelfe wie bspw. Annäherungs-, Orts- und Kontaktverbot sowie die Wohnungsausweisung. Die Aufzählung von Abs. 1 ist nicht abschliessend.

### b) Konzept von Art. 28b ZGB

Für Art. 28b Abs. 1 ZGB gelten nicht grundsätzlich andere oder zusätzliche Voraussetzung als für alle anderen Persönlichkeitsverletzungen von Art. 28 ZGB → Art. 28b ZGB konkretisiert lediglich die schon in Art. 28a Abs. 1 ZGB vorgesehenen Klagen im Zusammenhang mit einem gesetzlich näher umschriebenen Verhalten des Verletzers innerhalb des allgemeinen Persönlichkeitsschutzes →

Ergänzung der Eheschutzmassnahmen nach Art. 172 Abs. 3 ZGB. Von besonderer Bedeutung ist zudem, dass die Massnahmen von Art. 28b ZGB kein Verschulden voraussetzen, da „die Täter“ vor allem im Zusammenhang mit Stalking oft urteilsunfähig sind.

Auch bei Fällen von Art. 28b Abs. 1 ZGB ist (analog zu Art. 28 ZGB generell) in jedem Einzelfall zu prüfen, ob die anzuordnende, konkretisierende Massnahme angesichts der konkreten Vorkommnisse verhältnismässig ist.

### c) Verhältnismässigkeitsprüfung

Voraussetzungen für eine Anordnung einer Massnahme nach Art. 28b ZGB bzw. i.S.v. Art. 172 Abs. 3 ZGB sind:

- Geeignetheit und
- Erforderlichkeit, um die drohende Verletzung zu verhindern.
- Zumutbarkeit gegenüber dem Beklagten

D.h. die *Schutzinteressen des Opfers* müssen das Interesse des Täters, nicht in seiner Freiheit beschränkt zu werden, *überwiegen*.

Die Massnahmen müssen zudem *in zeitlicher Hinsicht* verhältnismässig sein.

Grundsatz: Je schwerer die Bedrohung oder Gewaltanwendung, desto einschneidender darf der gerichtliche Eingriff in die Rechtstellung der verletzenden Person sein.

→ Bei der Beurteilung der Schwere ist auf die Gesamtheit der Ereignisse abzustellen!

Indizien für eine schwere, ernsthafte Bedrohung:

- bereits vorgefallene physische Übergriffe
- ungleiche Machtverhältnisse
- negative gesundheitliche und gefühlsmässige Auswirkungen (z.B. Angstzustände)
- lange Dauer und Anzahl von Wiederholungen der verletzenden Handlung
- u.U. Strafbarkeit des Verhaltens

### d) Die Schutzmassnahmen im Einzelnen

Die Aufzählung in Art. 28b Abs. 1 und Abs. 2 ZGB ist nicht abschliessend. Das Gericht kann weitere Anordnungen treffen oder die Massnahmen variieren und kombinieren → diese Flexibilität soll auf den Einzelfall massgeschneiderte Lösungen ermöglichen.

Auch ist es möglich, Verbote gegenüber Drittpersonen auszusprechen, welche vom Täter dazu veranlasst wurden, dem Opfer bspw. nachzustellen.

I.d.R. ist es zudem nötig, das an den Täter ergangene Gebot oder Verbot unter Androhung einer Ungehorsamsstrafe auszusprechen.

#### aa) Annährungsverbot (Art. 28b Abs. 1 Ziff. 1 ZGB)

Verbot, sich der in ihrer Persönlichkeit zu schützenden Person anzunähern oder sich in einem bestimmten Umkreis ihrer Wohnung aufzuhalten. Damit dieses Verbot vollstreckt werden kann, muss der Mindestabstand in Metern konkretisiert werden.

Bei der Festlegung des Mindestabstandes zur Wohnung müssen die örtlichen Verhältnisse – insb. Grösse des Orts und die Lage der Wohnung beider Parteien – berücksichtigt werden.

#### bb) Ortsverbot (Art. 28b Abs. 1 Ziff. 2 ZGB) – auch „Rayon- oder Aufenthaltsverbot“

Verbot, sich an bestimmten Orten, namentlich bestimmen Strassen, Plätzen oder Quartieren, aufzuhalten. Dabei sollte es sich um Orte handeln, an denen sich aufzuhalten für das Opfer ein besonderes Interesse besteht → Abwägung der Interessen des Opfers und des Täters (generell wiegen berufliche Interessen besonders schwer). Allenfalls kann es sinnvoll sein, ein Aufenthaltsverbot zeitlich zu beschränken, um beiden Interessen gerecht zu werden.

#### cc) Kontaktverbot (Art. 28b Abs. 1 Ziff. 3 ZGB)

Verbot, mit der klagenden Person Kontakt aufzunehmen oder sie in anderer Weise zu belästigen. Dazu gehört bereits der blosser Versuch einer Kontaktaufnahme z.B. in Form eines anonymen Anrufs oder des „Anklingelns“.

Das Kontaktaufnahmeverbot kann in sachlicher Hinsicht eingeschränkt werden (z.B. zur Ausübung des persönlichen Verkehrs mit den Kindern oder zur Klärung rechtlicher Fragen).

#### dd) Wohnungsausweisung (Art. 28b Abs. 2 und 3 ZGB)

Bei allen Formen von Lebens- bzw. Wohngemeinschaften kann eine Person ungeachtet der sachenrechtlichen oder obligatorischen Berechtigung an der Wohnung aus dieser ausgewiesen werden.

Die ausgewiesene Person muss die Wohnung verlassen und darf für eine vom Gericht festzulegende Zeit nicht mehr dorthin zurückkehren. Die Frist kann „aus wichtigen Gründen einmal verlängert werden“.

Bei der Anwendung der Norm sind abgesehen von den Berechtigungsverhältnissen an der Wohnung die Schwere der Verletzungen und das Schutzbedürfnis der klagenden Person, aber auch die Situation auf dem Wohnungsmarkt zu berücksichtigen.

Das Gericht kann der klagenden Person für die ausschliessliche Nutzung der Wohnung eine angemessene Entschädigung auferlegen. Diese darf jedoch nicht so hoch sein, dass das Opfer aus finanziellen Gründen von einer Klage abgehalten wird.

Ausserdem kann das Gericht der klagenden Person auch die Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag allein übertragen. Dazu ist allerdings die Zustimmung des Vermieters erforderlich.

#### e) Kriseninterventionsstelle

Bei einer Klage aufgrund Art. 28b ZGB findet gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. b ZPO ohne Rücksicht auf den Streitwert das vereinfachte Verfahren Anwendung → aufgrund zeitlicher Dringlichkeit  
Aus Gründen des Zeitgewinns verpflichtet Art. 28b Abs. 4 ZGB die Kantone, eine Stelle zu bezeichnen (in erster Linie die Polizei), die unverzüglich eine Ausweisung aus der gemeinsamen Wohnung verfügen kann.

### III. „Allgemeine“ Klagen zum Schutz der Persönlichkeit (Art. 28a Abs. 3 ZGB)

#### 1. Verhältnis zu den besonderen persönlichkeitsrechtlichen Klagen

Die Klagen auf Schadenersatz und Genugtuung sowie auf Gewinnherausgabe können *anstelle der oder gehäuft mit* den spezifisch persönlichkeitsrechtlichen Klagen von Art. 28a Abs. 1 und 2 ZGB angebracht werden.

#### 2. Klage auf Schadenersatz

##### a) Zweck

*Geldersatz* für den widerrechtlichen sowie adäquat kausalen (materiellen) Vermögensschaden



## b) Voraussetzungen der Haftpflicht

Nachweis der herkömmlichen Voraussetzungen der ausservertraglichen Haftpflicht nach Art. 41 ff. OR:

- Schaden
- Widerrechtlichkeit
- adäquater Kausalzusammenhang
- Verschulden (mind. im Hauptfall von Art. 41 OR)

### aa) Schaden

Schaden im Rechtssinn ist die unfreiwillige Vermögensminderung:

- Verminderung der Aktiven
- Vermehrung der Passiven      oder
- entgangener Gewinn

Differenztheorie: Schaden = Differenz zwischen dem aktuellen Stand des Vermögens und jenem hypothetischen Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte.

Die Persönlichkeit ist ein Rechtsgut, dass als solches keinen Geldwert hat. Deren Verletzung wirkt sich aber oft auf das Vermögen des Opfers aus.

Der Schaden ist grundsätzlich ziffernmässig nachzuweisen. Unter Umständen ist auch richterliches Ermessen zulässig (Art. 42 Abs. 1 und 2 OR).

### bb) Widerrechtlichkeit

Die Widerrechtlichkeit ergibt sich entweder aus:

- der Verletzung eines absoluten Rechtsguts      oder
- dem Verstoss gegen eine spezifische Schutznorm, welche dem Schutz des Vermögens des Klägers dient  
(sog. Widerrechtlichkeitszusammenhang oder Widerrechtlichkeit kraft Vermögensschutznormverletzung)

→ Die Persönlichkeit ist ein absolutes Rechtsgut. Deren Verletzung ist deswegen immer gleichzeitig auch widerrechtlich im Rahmen der Art. 41 ff. OR – ausser bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes.

### cc) Kausalzusammenhang

- natürlicher Kausalzusammenhang: Das Verhalten ist „conditio sine qua non“, d.h. notwendige Bedingungen für bestimmte Tatsache.
- adäquater Kausalzusammenhang: Das beanstandete Verhalten des Beklagten muss „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet sein, einen Schaden von der Art des eingetretenen zu verursachen“.

→ War der Schadenseintritt gänzlich unvorhersehbar bzw. ausserhalb jeglichen obj. Erfahrungshorizontes, fehlt es am Kriterium der Adäquanz und die Haftung entfällt.

### dd) Verschulden/Kausalhaftung

In jedem Fall muss der Schaden dem verantwortlichen Subjekt zugerechnet werden können. Das Verschulden umfasst folgende zwei Aspekte:

- Urteilsfähigkeit (subjektive Seite)
- Sorgfaltspflichtverletzung (objektive Seite)

→ Es genügt grundsätzlich jedes Verschulden, unabhängig von dessen Schwere.

Bei Medienunternehmen besteht eine sog. milde Kausalhaftung (Geschäftsherrenhaftung Art. 55 OR) d.h. ein subj. Verschulden des Unternehmens ist nicht erforderlich. Die Haftung ist gegeben, wenn der Hilfsperson ein obj. widerrechtliches Verhalten nachgewiesen werden kann.

ACHTUNG: Da es sich bei Leserbriefschreibern oder Inserenten nicht um Hilfspersonen oder Organe des Unternehmens handeln kann, stehen nur die bes. Klagen des Persönlichkeitsschutzes zur Verfügung (kein Verschuldensnachweis nötig).

Bei jur. Personen greift zudem u.U. Art. 55 Abs. 2 ZGB, wonach sie auch für ausservertragliche, d.h. deliktische Handlungen ihrer Organe haften.

→ D.h. das Vorliegen eines (auch nur leichten) Verschuldens oder das Vorliegen eines Kausalhaftungstatbestandes (Art. 55 OR) bzw. der Organhaftung (Art. 55 ZGB) führen zu einem Haftungsgrund.  
Die bes. Klagen des Persönlichkeitsschutz kommen zur Anwendung, wenn kein Verschuldensnachweis erbracht werden kann und keine Haftung nach Art. 55 OR oder Art. 55 Abs. 2 ZGB in Frage kommt.

### c) Vollstreckung

Gemäss den Bestimmungen des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes.

## 3. Klage auf Genugtuung

### a) Zweck

Geld- oder andere Leistung (Art. 49 Abs. 2 OR) als *Abgeltung für die (immaterielle) Unbill*. Art. 49 OR gelangt v.a. bei Beeinträchtigungen der Ehre und der informationellen Privatheit zur Anwendung. Die Genugtuung bei Körperverletzung ist in Art. 47 OR geregelt.

→ Die Genugtuung dient im Gegensatz zum Schadenersatz nicht einem Vermögensausgleich.

„andere Art der Genugtuung“ (Art. 49 Abs. 2 OR): Leistung eines symbolischen Frankens (Satisfaktion wird hier durch die gerichtliche Missbilligung verschafft) oder Zahlung einer bestimmten Summe an eine wohltätige Institution; u.U. kann die Urteilspublikation auch Genugtuungsfunktion haben.

→ Diese Art der Genugtuung hat besonders im Zusammenhang mit Ehrverletzungen Bedeutung erlangt.

### b) Voraussetzungen

#### aa) schwere seelische Unbill

- Rechtfertigung aufgrund der Schwere der Verletzung → objektiv schwere Persönlichkeitsverletzung muss vom Verletzten *subjektiv als seelischer Schmerz* empfunden werden → Folglich ist die Zusprechung einer Genugtuungssumme an jur. Personen ausgeschlossen
- Bei Zusprechung einer Geldsumme wird zudem vorausgesetzt, dass die immaterielle Unbill nicht anderweitig (z.B. durch Urteilspublikation) wieder gutgemacht werden kann.

#### bb) Widerrechtlichkeit

Aufgrund von Art. 28 ZGB zu beurteilen.

#### cc) Kausalzusammenhang

Analog zum Schadenersatzanspruch sind ein *adäquater Kausalzusammenhang* nachzuweisen werden.

#### dd) Verschulden/Kausalhaftung

Voraussetzung einer Genugtuung sind entweder ein – wenn auch nur leichtes – Verschulden des Verletzers, sofern sich der Anspruch auf eine Verschuldenshaftung stützt oder das Vorliegen eines

Kausalhaftungstatbestands (Art. 55 OR bzw. Art. 55 Abs. 2 ZGB).

### c) Kasuistik

siehe S. 259

## 4. Klage auf Herausgabe des Gewinns

### a) Zweck

Verurteilung zu einer Geldleistung, um Vermögensvorteile abzuschöpfen, wenn der Verletzer von der Persönlichkeitsverletzung profitiert und einen Gewinn erzielt hat.

z.B. aufgrund einer Auflagensteigerung oder Wahrung der Auflagenstärke einer Massenzeitung oder wenn ein frei schaffender Journalist für ein gefälschtes Interview einen hohen Geldbetrag erzielt hat.

Art. 28a Abs. 3 ZGB verweist dafür auf *Art. 423 OR* (Geschäftsführung ohne Auftrag).

### b) Voraussetzungen

Der Verweis auf die Geschäftsführung ohne Auftrag bezieht sich *nur auf die Rechtsfolgen* und nicht auf die herkömmlichen Tatbestandselemente von Art. 423 OR.

Voraussetzungen für die Gewinnabschöpfung sind:

- widerrechtlicher Eingriff des Geschäftsführers (Verletzer) in die Persönlichkeitssphäre des Geschäftsherrn (verletzte Person)
- Erzielung eines Gewinns
- Adäquater Kausalzusammenhang zwischen Gewinnerzielung und Eingriff

Ein Verschulden ist keine Voraussetzung für die Gewinnabschöpfung, d.h. der Geschäftsführer kann auch gutgläubig gehandelt haben. Auch keine Rolle spielt, ob der Verletzte den Gewinn auch ohne Persönlichkeitsverletzung selber erzielt hätte oder nicht.

## IV. Überblick über die vers. Klagen

| Zweck der Klage  | Thema der Klage               | Verschulden des Verletzers                           | Grundlage der Klage                       |
|--|-------------------------------|--|---|
| Drohende Verletzung verbieten                            | Unterlassung                  | Nicht erforderlich                                   | Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB; Art. 28b ZGB |
| Bestehende Verletzung eliminieren                        | Beseitigung                   | Nicht erforderlich                                   | Art. 28a Abs. 1 Ziff. 2 ZGB               |
| Rechtswidrigkeit der Verletzung feststellen              | Feststellung                  | Nicht erforderlich                                   | Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB               |
| Mitteilung/Veröffentlichung von Berichtigung oder Urteil | Publikation bzw. Berichtigung | Nicht erforderlich                                   | Art. 28a Abs. 2 ZGB                       |
| Zusprechung von Schadenersatz                            | Schadenersatz                 | Erforderlich, wenn kein Kausalhaftungsgrund vorliegt | Art. 28a Abs. 3 ZGB i.V.m. 41 ff. OR      |
| Zusprechung von Genugtuung                               | Genugtuung                    | Erforderlich, wenn kein Kausalhaftungsgrund vorliegt | Art. 28a Abs. 3 ZGB i.V.m. 47 oder 49 OR  |
| Herausgabe eines Gewinns                                 | Gewinnherausgabe              | Nicht erforderlich                                   | Art. 28a Abs. 3 ZGB i.V.m. 423 OR         |

## V. Formalien

### 1. Zuständigkeit

Seit dem Erlass der Schweizerischen Zivilprozessordnung gelten für die allgemeinen und die spezifischen Klagen übereinstimmende Gerichtsstandsvorschriften.

Nach Art. 20 Best. a ZPO kann der Kläger zwischen dem Gericht am eigenen Wohnsitz und demjenigen des Beklagten wählen.

Die sachliche Zuständigkeit richtet sich nach kantonalem Prozessrecht.

### 2. Rechtsmittelordnung

Der innerkantonale Instanzenzug ergibt sich aus Art. 308 ff. ZPO. Auf eidgenössischer Ebene kann ein kantonal letztinstanzlicher Entscheid mit Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 BGG) angefochten werden.

Eine Berufung ist auch möglich für eine Rüge gestützt auf Art. 8 ZGB, wenn die kantonale Instanz von einem falschen Beweismass ausgegangen ist.

## VI. Vorsorgliche Massnahmen

### 1. Vorbemerkung

Vorsorgliche Massnahmen können sich nur auf die besonderen persönlichkeitsrechtlichen Klagen beziehen.

Die Art. 261 ff. ZPO lehnen sich materiell an die einschlägigen Bestimmungen zum vorsorglichen Persönlichkeitsschutz an, weshalb nachfolgend auch auf die unter Art. 28c ff. ZGB relevante Rechtsprechung verwiesen wird.

### 2. Allgemeine Voraussetzungen

#### a) Übersicht

Voraussetzung: Gesuchstellende Partei muss *glaubhaft machen*, dass

- sie in ihrer Persönlichkeit widerrechtlich verletzt ist oder eine solche Verletzung unmittelbar droht (sog. Verfügungsanspruch oder Hauptsachenprognose)
- ihr aus dieser Verletzung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (sog. Verfügungsgrund oder Nachteilsprognose)

Weitere Voraussetzungen:

- adäquater Kausalzusammenhang zwischen Verletzung und Nachteil
- zeitliche Dringlichkeit respektive „Gefahr in Verzug“
- Befürchtung der Verletzung des Anspruchs durch die Gegenpartei muss nach obj. Massstäben wahrscheinlich sein (auch wenn die Möglichkeit einer Fehleinschätzung nicht ausgeschlossen werden kann)

Die genannten Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen. Die Voraussetzungen unterliegen jedoch keinem vollen Beweis, sie müssen nur glaubhaft gemacht werden. Allenfalls kann der der Gesuchsteller zu einer Sicherheitsleistung verpflichtet werden, wenn dem Gesuchsgegner ein erheblicher Vermögensschaden droht. Eine solche Sicherheitsleistung entfällt bei Massnahmen zum Schutz vor Gewalt, Drohungen oder Nachstellungen nach Art. 28b ZGB.

#### b) Zur Glaubhaftmachung insbesondere

Glaubhaft ist eine Tatsache, wenn das Gericht das Vorliegen der zu beweisenden Tatsache *mindestens für überwiegend wahrscheinlich* hält → milderes Beweismass

Das Verfahren wird so rascher und kann im Summarverfahren (Art. 248 Bst. d ZPO) durchgeführt werden. In diesem Zusammenhang werden auch die zulässigen Beweismittel beschränkt.

### 3. Inhalt der Massnahme

Grundsätzlich kommt als vorsorgliche Massnahme jede gerichtliche Anordnung in Frage, die geeignet ist, den drohenden Nachteil abzuwenden. Die Aufzählung in Art. 262 ZPO ist nicht abschliessend.

Besonders relevant sind:

- Das vorsorgliche Verbot einer drohenden Verletzung  
z.B. Verbot der Veröffentlichung eines ehrverletzenden Buches
- Die vorsorgliche Beseitigung einer eingetretenen Verletzung  
z.B. die Veröffentlichung einer Berichtigung
- Die vorsorgliche Sicherung von Beweisen  
z.B. bei einer berechtigten Vermutung, dass ein Presseartikel persönlichkeitsverletzenden Inhalt aufweist, muss beim Richter das Begehren gestellt werden können, dass man Zugang zum vorbereiteten Text erhält

### 4. Besondere Voraussetzungen im Falle periodisch erscheinender Medien

Zur Verhinderung grundsätzlich unerwünschter privater Vorzensur, stellt das Gesetz hier besondere strenge Anforderungen, welche kumulativ erfüllt sein müssen:

1. Glaubhaftmachung eines *besonders schweren Nachteils* durch die Persönlichkeitsverletzung
2. Offensichtlich *kein Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes*. Die Beweislast für Rechtfertigungsgrund liegt beim Urheber der Verletzung.
3. Die vorsorgliche Massnahme muss verhältnismässig sein (→ Abwägung zwischen Schwere der Verletzung und Folgen der Massnahme für den Urheber der Störung. Ggf. verlangt das Gericht eine Sicherheitsleistung des Gesuchstellers).

Die vorsorgliche Berichtigung gegenüber periodisch erscheinenden Medien ist nur zulässig, wenn die Voraussetzungen für die Gegendarstellung nach Art. 28g ZGB fehlen.

#### Übersicht

| Kriterium                        | Regel: Art. 261 ZPO                           | Ausnahme: Art. 266 ZPO (period. Medien)  |
|----------------------------------|---|--|
| Beweismass                       | Glaubhaftmachung                              | Glaubhaftmachung   |
| Verletzung (Hauptsachenprognose) | Widerrechtliche Verletzung der Persönlichkeit | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Widerrechtliche Verletzung der Persönlichkeit nebst offensichtlichem Fehlen eines Rechtfertigungsgrundes</li> <li>- Qualifizierte Verletzung</li> </ul> |
| Nachteil (Nachteilsprognose)     | Nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil   | Besonders schwerer (qualifizierter) Nachteil   |
| Interessenabwägung               | Nicht gesetzlich erwähnt                      | Massnahme nicht unverhältnismässig   |

### 5. Allgemeines zum anwendbaren Verfahren

#### a) Schweizerische Zivilprozessordnung

Die vorsorglichen Massnahmen sind im Titel über das summarische Verfahren geregelt. Massgebend sind Art. 248 ff. ZPO. Für den Gerichtsstand bei vorsorglichen Massnahmen gilt Art. 13 ZPO.

#### b) Grundsatz: Gewährung des rechtlichen Gehörs

Art. 253 und 261 Abs. 2 ZPO gebieten grundsätzlich die Durchführung eines kontradiktorischen Verfahrens, d.h. sowohl der Gesuchsteller als auch der Gesuchsgegner sollen gleichermassen die Möglichkeit haben, sich zu Sach- und Rechtsfragen zu äussern → rechtliches Gehör für beide

### **c) Ausnahme: Superprovisorium**

In Fällen besonderer Dringlichkeit kann das Gericht ausnahmsweise eine vorsorgliche Massnahme auf blosses Gesuch hin sofort (ohne Anhörung der Gegenpartei) bloss vorläufig anordnen (Art. 265 Abs. 1 ZPO) → Superprovisorium.

## **6. Stadium des Superprovisoriums**

### **a) Vorbemerkung**

Die Voraussetzungen für diesen tief greifenden Einbruch in den Anspruch auf beidseitiges rechtliches Gehör sind streng. Das Gericht kann von Amtes wegen die gesuchstellende Partei zu einer Sicherheitsleistung verpflichten.

### **b) Rechtsbegehren**

„Das beanstandete Verhalten des Gesuchsgegners sei unverzüglich gerichtlich zu verbieten und dieses Verbot zur Verhinderung von Gegenmassnahmen ohne vorherige Anhörung des Gesuchsgegners zu erlassen.“

### **c) Entscheid**

Das Gesuch um ein Superprovisorium ist durch das Gericht umfassend zu prüfen, d.h. es muss die Glaubhaftmachung durch die Darlegung plausibler Fakten bejahen können und zusätzlich Belege verlangen.

Die richterliche Verfügung enthält als Hauptpunkt ein vorsorgliches Gebot oder Verbot. Nachträglich wird dem Gesuchsgegner im sog. Bestätigungsverfahren das rechtliche Gehör gewährt.

### **d) Schutzschrift (Art. 270 ZPO)**

Wer Grund zur Annahme hat, dass gegen ihn ohne vorgängige Anhörung die Anordnung einer superprovisorischen Massnahme beantragt wird, kann mit einer Schutzschrift vorsorglich Gründe darlegen, die gegen eine befürchtete superprovisorische Massnahme sprechen. Ist eine Schutzschrift vorhanden, hat das Gericht diese bei der Prüfung des Gesuchs zu berücksichtigen. Sollte das Superprovisorium aufgrund der Schutzschrift abgelehnt werden, erübrigt sich auch das Bestätigungsverfahren.

### **e) Rechtsmittel**

Die superprovisorische Massnahme unterliegt keinem Rechtsmittel (weder von Seiten des Gesuchstellers bei Ablehnung des Gesuchs noch von Seiten des Gesuchsgegners → dieser hat insb. keine Einsprachemöglichkeit).

Entscheide über superprov. Massnahmen sind zudem grundsätzlich nicht mit Beschwerde beim Bundesgericht anfechtbar: Einerseits mangelt es an der Ausschöpfung des kantonalen Instanzenzugs im Sinne von Art. 75 Abs. 1 BGG und andererseits fehlt i.d.R. ein Rechtsschutzinteresse, da der superprov. Entscheid durch den unverzüglichen Entscheid im Bestätigungsverfahren gegenstandslos wird.

## **7. Stadium des Provisoriums**

### **a) Bedeutung**

Das Provisorium tritt ein, wenn die superprovisorische Massnahme erlassen worden ist oder der Gesuchsteller eine solche entweder nicht verlangt hat oder das entsprechende Begehren abgelehnt wurde.

Dem Gesuchgegner wird nun die Möglichkeit eingeräumt, eine Vernehmlassung einzureichen.

### **b) Gutheissung des Gesuchs**

Dem einstweilen obsiegenden Gesuchsteller wird eine Frist zur Anhebung des Hauptprozesses gesetzt. Geschieht dies nicht, fällt die vorsorgliche Massnahme dahin (sog. Prosequierungslast, Art. 263 ZPO).

### **c) Teilweise oder vollständige Abweisung des Gesuchs**

Dem Gesuchsteller steht trotzdem noch die Möglichkeit offen, seinen Anspruch aus Persönlichkeitsverletzung auf dem Wege der ordentlichen Klage (sog. Prosekution) zu verfolgen.

### **d) Rechtsmittel (s. 271)**

Gegen den Entscheid eines unteren kantonalen Gerichts stehen als Rechtsmittel die Berufung sowie subsidiär die Beschwerde offen.

Gegen Entscheide eines oberen kantonalen Gericht oder einer Rechtsmittelinstanz steht der Gang ans Bundesgericht offen:

- Beschwerde in Zivilsachen ist nur zulässig, wenn ein Endentscheid i.S.v. Art. 90 BGG vorliegt.
- Zwischenentscheide sind gemäss Art. 93 Abs. 2 Bst. a BGG nur anfechtbar, wenn sie für die betroffene Person einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil rechtlicher Art zur Folge haben (> Verletzung verfassungsmässiger Rechte)

## **8. Stadium des Definitivums**

Der Gesuchsteller hat nun vollen Beweis zu erbringen. Als Kläger muss er den rechtserheblichen Sachverhalt zunächst behaupten und das Gericht von der Begründetheit der Klage anschliessend überzeugen.

Gelingt der Beweis, ist die Klage grundsätzlich gutzuheissen. Mit der Rechtskraft des Urteils steht die widerrechtliche Verletzung des Klägers in seinen persönlichen Verhältnissen definitiv fest.

# **§ 15 Das Gegendarstellungsrecht, Art. 28g – 28i ZGB**

## **I. Zweck und Inhalt**

Entgegnung auf Tatsachendarstellung in periodisch erscheinenden Medien, indem dem unmittelbar Betroffenen ermöglicht wird, im entsprechenden Medium seine Sicht der Tatsachen darzulegen und dies grundsätzlich ohne die Justizbehörden in Anspruch nehmen zu müssen.

Merke: Das Gegendarstellungsrecht knüpft an eine blosser Tatsachendarstellung an und nicht an die widerrechtliche Verletzung der Persönlichkeit!

### **1. Übersicht**

- Entgegnung auf die Tatsachendarstellung von periodisch erscheinenden Medien von natürlichen und juristischen Personen
- Bei Verbände geht das Gegendarstellungsrecht gleich weit wie ihr Klagerecht.
- Die Organe öff. Körperschaften sind nur als Vertreter des Gemeinwesens befugt, die Veröffentlichung einer Gegendarstellung zu verlangen.
- Verteidigung mit den gleichen Mitteln wie der Angreifer

## 2. Zweck

- Schutz vor einseitiger Tatsachendarstellung
- „Waffengleichheit“ – Beitrag zur Wahrheitsfindung. Gegendarstellungsrecht ≠ allgemeines Recht auf Kenntnis der Wahrheit!
- Korrektur des gezeichneten Bildes
- Grundsätzlich ohne Justizbehörden anzurufen

## 3. Die drei Voraussetzungen

- **unmittelbare Betroffenheit:**
  - o in der Öffentlichkeit ein ungünstiges Bild der Person entstehen und im Zwielficht erscheinen lassen (ein eingeweihten Leserkreis reicht nicht aus).
  - o braucht eine gewisse Intensität nicht nur blosse Bezugnahme
  - o Bereich der Persönlichkeit muss betroffen sein
  - o Inhaltliche Abweichung der Darstellung von der Version des Betroffenen, nicht blosse Präzisierung oder Ergänzung der Fakten
  - o Unmittelbarkeit der Betroffenheit: Bestimmtes Rechtssubjekt wird in seiner Persönlichkeit direkt, also individuell angesprochen (natürl., jur. Person oder Behördenmitglied) oder seine Identität ist aufgrund der Umstände ohne weiteres bestimmbar. Behauptungen gegenüber ganzen Berufsgruppen erfüllen dies nicht.
- **aufgrund einer Tatsachendarstellung** (nicht Werturteil = blosse Ansicht einer Person oder Sachlage):
  - o Tatsachen = was bewiesen werden kann oder könnte
  - o Aussagen, welche konkrete, nach Raum und Zeit bestimmte, der Vergangenheit oder Gegenwart angehörende Geschehnisse/Zustände der Aussenwelt/des menschl. Seelenlebens betreffen
  - o Zugänglich für objektive Klärung und Messbarkeit am Wahrheitsmassstab
  - o Text, Bilder bzw. Bildmontagen, Fotografien, Zeichnungen (ggf. Karikaturen – hier ist der Tatsachekern grundsätzlich gegendarstellungsfähig)
  - o Unwichtig, ob im redaktionellen- oder im akzidentiellen Teil (Reklame-Teil). Die Darstellung kann auch von einem Dritten stammen (z.B. Presseagentur, Leserbrief)
  - o Merke: Wenn eine Tatsachendarstellung eine Schlussfolgerung beinhaltet, welche auf einer Meinungsäusserung (gemischtes Werturteil) basiert, dann muss die Gegendarstellung sowohl die Tatsachendarstellung als auch diese Schlussfolgerung bestreiten können. Die GD darf sich nicht nur zum Werturteil als solchem äussern.
- **in periodisch erscheinendem Medium:**
  - o Presse, Radio, TV, Newsletter, Internet, Teletext, Videotext, Twitter
  - o Interne, d.h. nicht allgemein zugängliche Presseschauen gehören nicht dazu (z.B. Pressespiegel der SNB)
  - o Der Gegendarstellung zugängliches Medium ist gegeben, wenn ein Informationsinstrument sich an die Öffentlichkeit richtet oder der Öffentlichkeit zugänglich ist, d.h. dann, wenn ein hinreichender Öffentlichkeitsbezug besteht.
  - o Die Affiche beim Kiosk ist umstritten: Der Aushang wird einerseits von vielen Personen zur Kenntnis genommen, die den Artikel allenfalls nicht einmal gelesen haben. Andererseits ist fraglich, ob die Affiche als periodisch erscheinendes Medium angesehen werden kann. Zudem wird die Gegendarstellung auf eine Affiche in aller Regel unverhältnismässig sein.
  - o Periodizität: Regelmässig an ein bestimmtes, mehr oder weniger gleichbleibendes Publikum gerichtet
  - o Nicht dazu gehören: Flugblätter; Internetpublikationen, welche nicht periodisch erneuert werden
  - o Nicht gegendarstellungsfähig ist die wahrheitsgetreue Berichterstattung über öffentliche Verhandlungen einer Behörde, an welcher die betroffene Person teilgenommen hat und Gelegenheit hatte, sich zu äussern.



ACHTUNG: Verletzung, Widerrechtlichkeit und Verschulden einer allfälligen Persönlichkeitsverletzung müssen nicht vorliegen! Eine Berichterstattung ist durchaus schon dann gegendarstellungsfähig, wenn sie ungenaue oder unvollständige, personenbezogene Informationen enthält.

Ein offensichtlich rechtsmissbräuchliches Beharren auf einer gerichtlich angeordneten Gegendarstellung ist unzulässig. Dies ist bspw. der Fall, wenn das Medienunternehmen dem Betroffenen die Möglichkeit eingeräumt hatte, zu sämtlichen beanstandeten Tatsachendarstellungen in einem veröffentlichten Interview Stellung zu nehmen oder u.U. auch dann, wenn das Medienunternehmen eine *Berichtigung* veröffentlicht bzw. veröffentlicht hat.

Merke: Nur wenn die Voraussetzungen des Rechts auf Gegendarstellung nicht erfüllt sind, ist die Richtigstellung einer Tatsachendarstellung auf dem Weg vorsorglicher Massnahmen (Art. 266 ZPO) zulässig.

## 4. Ausübung des Gegendarstellungsrechts

### 1. Recht auf Kenntnisnahme der bestrittenen Darstellung

Der Betroffene kann eine Abschrift des Zeitungsartikels vom Medienunternehmen verlangen bzw. verlangen, die Sendung anzuhören oder zu sehen.

### 2. Form der Gegendarstellung

- Ausarbeitung eines Textes in knapper Form, auf das Wesentliche beschränkt → in knapper Form (Art. 28h Abs. 1 ZGB)
- Schriftlich und in derselben Sprache. Zudem muss die Gegendarstellung so abgefasst sein, dass die Wiedergabe ohne Änderung möglich ist (Gericht hat allerdings die Möglichkeit in gewissem Rahmen einen bestimmten Text den gesetzlichen Erfordernissen anzupassen, insb. zu kürzen)
- Andere Formen (z.B. berichtende Fotografie) sind nur zulässig, sofern sie für die Gegendarstellung unerlässlich sind → diese Auffassung erscheint als zu restriktiv, wenn ein erhebliches Lesersegment – namentlich bei Boulevardmedien – durch einen blossen Text kaum angesprochen werden kann.

### 3. Inhalt der Gegendarstellung

- Beschränkung auf den Gegenstand der Darstellung, d.h. auf die Aussagen, welche die betroffene Person in ihrer Persönlichkeit betroffen haben.
- Gegendarstellung darf nicht zur Vornahme eines eigentlichen Gegenangriffs benutzt werden
- Verweigerung seitens des Medienunternehmens ist möglich, sofern die Gegendarstellung offensichtlich unrichtig oder sittenwidrig ist, d.h. bspw. eine Gegendarstellung, die ihrerseits ehrverletzenden Charakter aufweist.

### 4. Gesuch um Veröffentlichung

- normalerweise aussergerichtliche Wahrnehmung → die betroffene Person lässt den Text dem Medienunternehmen zukommen, das alsdann über die Publikation entscheidet.
- Art. 28i Abs. 1 ZGB setzt dem Verfasser eine doppelte Frist, d.h. Verwirkungsfristen, die nicht unterbrochen oder verlängert werden können: binnen 20 Tage seit Kenntnisnahme durch den Betroffenen (relative Frist) spätestens aber innert 3 Monaten nach der Verbreitung (absolute Frist) ans Medienunternehmen abzusenden (Absendungsdatum ist massgebend!)
  - o Umstritten ist, wer für die Einhaltung der Frist beweispflichtig ist!
- nach verstrichener Frist kann auf Berichtigung nach Art. 28a Abs. 2 ZGB geklagt werden, jedoch nur unter der Voraussetzung, dass eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung vorliegt.

## 5. Entscheid des Medienunternehmens

- Art. 28i Abs. 2 ZGB: Unverzögliche Erklärung an den Betroffenen über Zeitpunkt der Veröffentlichung oder Zurückweisung unter Angabe der massgebenden Gründe
- bei Stillschweigen des Medienunternehmens oder wenn es die Gründe nicht angibt oder wenn dieses dem Anspruch des Betroffenen nicht gerecht wird (z.B. Veröffentlichung der Gegendarstellung als Leserbrief), kann der Betroffene das Gericht anrufen (Art. 28I Abs. 1 ZGB)

## 6. Veröffentlichung

- sobald als möglich
- muss (durch Gestaltung und Platzierung) den gleichen Personenkreis erreichen. Bei Zeitung in der gleichen Rubrik, beim Radio in einer Sendung der gleichen Art → nicht in der Sparte Humor oder im Leserbriefteil (sofern Darstellung kein Leserbrief war)
- Gegendarstellungstext soll als solcher gekennzeichnet sein (Art. 28k Abs. 2 ZGB)
- keine Korrektur des Textes, nur orthographische oder sprachliche Fehler; ggf. „Zustutzen“ auf das gesetzliche Mass
- unzulässig sind weitere Anmerkungen der Redaktion (sog. Redationsschwänze). Möglich und üblich sind jedoch namentlich abschliessende Anmerkungen, wonach die „Reaktion an ihrer Darstellung festhält“ oder „in einer späteren Ausgabe auf die erörterte Frage zurückkommt“ oder die Angabe der Quelle, auf die sich das Unternehmen stützt → Art. 28k Abs. 2 ZGB lässt ein Recht auf Replik nur in sehr engen Grenzen zu
- Veröffentlichung ist kostenlos (Art. 28k Abs. 3 ZGB). Sofern ein Inserat betroffen ist, werden diese Kosten auf den Inserenten abgewälzt.

Merke: Der Betroffene hat keinen Anspruch auf ein „Belegexemplar“, da eine gesetzliche Grundlage hierfür fehlt und das Ziel/Zweck der Gegendarstellung mit der Veröffentlichung des GD-Textes erfüllt wurde.

## Anrufung des Gerichts

Das Gericht kann angerufen werden, wenn das Medienunternehmen:

- die Ausübung des Gegendarstellungsrechts verhindert
- sich verweigert, die Gegendarstellung auszuführen
- die Gegendarstellung nicht korrekt ausführt.

Merke: Das Gericht wird erst subsidiär angerufen, wenn die direkte Intervention des Betroffenen beim Medienunternehmen nichts gefruchtet hat!

Die Klage auf Gegendarstellung wird entweder am Wohnsitz des Klägers oder jenem des Beklagten eingereicht (Art. 20 Bst.. B b ZPO). Die sachliche Zuständigkeit richtet sich nach kantonalem Recht.

Es gibt keine Frist zur Klageeinreichung, jedoch gilt der Ablauf von 20 Tagen nach dem Erhalt des negativen Bescheids des Medienunternehmens als natürliche Vermutung einer stillschweigenden Verzichtserklärung auf das Gegendarstellungsrecht.

Das Verfahren wird seit dem 1.1.11 weitgehend durch die ZPO geregelt. Es ist ein Sumarverfahren nach Art. 249 Bst. a Ziff. 1 ZPO anwendbar. Der Richter hat unverzüglich aufgrund der verfügbaren Beweismittel zu entscheiden. Allfällige Rechtsmittel gegen den Entscheid haben keine aufschiebende Wirkung, dh. Der erstinstanzliche Entscheid ist sofort vollstreckbar. Letztinstanzliche kantonale Entscheide können jedoch mittels Beschwerde in Zivilsachen dem Bundesgericht vorgelegt werden.

Hält das Gericht das Begehren für begründet, verurteilt es das Medienunternehmen dazu, die Gegendarstellung zu veröffentlichen, nötigenfalls unter Androhung der Ungehorsamstrafe nach Art 292 StGB.

Entschieden wird immer über den konkret vom Kläger vorgelegten Text. Der Richter ist jedoch autorisiert, den Text geringfügig zu korrigieren, so dass das Korrigendum im Wesentlichen noch dem Original entspricht.

## Unterschiede zw. dem Gegendarstellungsrecht und den Klagen des Persönlichkeitsschutzes

| Gegendarstellungsrecht   | Klagen des Persönlichkeitsschutzes   |
|--|--|
| Richtet sich gegen eine Tatsachenbehauptung  | Richtet sich gegen eine Tatsachenbehauptung oder (ausnahmsweise) gegen ein Werturteil  |
| Erfolg grundsätzlich aussergerichtlich   | Gerichtliches Verfahren erforderlich   |
| Unmittelbare Betroffenheit ist Voraussetzung   | Persönlichkeitsverletzung ist Voraussetzung  |
| Widerrechtlichkeit einer allfälligen Persönlichkeitsverletzung ist nicht Voraussetzung | Widerrechtlichkeit ist Voraussetzung   |
| Verschulden ist nicht erforderlich   | Verschulden ist nicht erforderlich (ausser bei konnexer Genugtuung und/oder konnexem Schadenersatz)  |
| Im Ergebnis steht Behauptung gegen Behauptung  | Im Ergebnis steht Wahrheit gegen Behauptung  |
| Richtet sich gegen periodisch erscheinendes Medium                                     | Richtet sich gegen jeden Verletzer   |
| Verwirkungsfrist: 20 Tage bzw. 3 Monate  | Während der Dauer der Störungswirkung unverjährbar (vorbehalten Art. 2 Abs. 2 ZGB); für Genugtuung und Schadenersatz gelten die ordentlichen Verjährungsfristen (Art. 60 OR) |

## § 16 Der Name

### I. Vorbemerkung: Kennzeichnungsrechte im Allgemeinen

Namen = absolutes, d.h. gegen jedermann geltendes subj. Kennzeichnungsrecht

Funktion: Berechtigten selber (Name, Firma) oder Erzeugnis, Dienstleistung (des Berechtigten) zum Schutze vor Verwechslungen zu individualisieren, identifizieren oder zuzuordnen.

Kennzeichnungsfähig sind:

| Kennzeichen                                     | Voraussetzungen                                  | Beispiele   | Schutz   |
|---|--|---|--|
| Name  | Keine  | Einzelperson „Otto Meier, Gebrauchtwagen“;<br>Verbandsperson „FC Basel“ | Primär durch Art. 29 ZGB;<br>subsidiär durch Art. 28 ff. ZGB                           |
| Firma   | Eintrag ins HR                                   | Einzelfirma „PRT Eberle“;<br>Geschäftsfirma „Zihl AG“                   | Primär: Art. 956 OR;<br>subsidiär: ZGB; Ggf.:<br>UWG, evt. MSchG (bei<br>Firmenmarken) |
| Marke   | Eintrag ins<br>Markenregister                    | Heineken Bier   | Primär: Art. 52 ff. MSchG;<br>subsidiär: durch OR, ZGB,<br>UWG                         |
| Domainname                                      | Registrierung durch<br>Vergabestelle<br>(Switch) | <a href="http://www.sbb.ch">www.sbb.ch</a>                              | Art. 29 ZGB, UWG,<br>MSchG   |
| Enseigne<br>(Bezeichnung für<br>Geschäftslokal) | Keine  | Restaurant zum Frohsinn   | UWG, u.U. auch Art.<br>28/29 ZGB   |

## II. Der Name als Teilaspekt der Persönlichkeit

### 1. Bedeutung und Funktion des Namens

Rechtlich anerkannte Kennzeichnung zur Unterscheidung von:

- Einzel- und Verbandspersonen
- verselbstständigtes Zweckvermögen (Stiftungen) des privaten Rechts bzw.
- Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts

Name = Ausdruck von Identität, Individualität → dient der Identifikation und Zuordnung → von grosser Bedeutung! Deshalb gibt es Spezialnormen!

### 2. Gesetzliche Grundlagen

#### a) Natürliche Personen

Recht auf den Namen: Art. 29 ZGB (Spezialbestimmung)

Namensänderung: Art. 30 ZGB

Erwerb des Familiennamens: Art. 160 und 270 ZGB

→ Merke: Das Recht auf den Namen ist ein Teilbereich der Persönlichkeit, jedoch nicht in Art. 28 ff. ZGB geregelt!

Der Name bleibt Grundsätzlich von Geburt bis Tod unverändert (neue Bestimmung i. K. s. 1.1.2013).

#### b) Vereine und Stiftungen

Schutz durch Art. 29 ZGB (analog zu nat. Personen). Schutz gilt auch für Kurzbezeichnungen, sofern sie im Verkehr als Namen aufgefasst werden. Der Name von Vereinen kann grundsätzlich frei gewählt werden (keine gesetzlichen Bestimmungen).

→ Merke: Vereine und Stiftungen besitzen grundsätzlich keine Geschäftsfirma und unterstehen deshalb nur dem Namenrecht. Juristische Personen des OR unterstehen jedoch in erster Linie den Sondervorschriften des Firmenrechts!

#### c) Juristische Personen des OR

Hier gelten in erster Linie die Sondervorschriften des Firmenrechts, d.h. Art. 956 OR; erst in zweiter Linie das ZGB.

Gesellschaftsunternehmen tragen einen einzigen Namen (= Firma\*\*). Einzelunternehmer hingegen tragen im Geschäftsverkehr den Handelsnamen (= Firma), z.B. „Fritz Kuhn, Restaurant Drei Tannen“ und im übrigen Rechtsverkehr den ‚gewöhnlichen‘ Namen, z.B. „Fritz Kuhn“.

\*\* Firma = Name des Unternehmens/Handelsgesellschaft → juristische Personen besitzen eine Firma und keinen Namen. Anderes ist dies bei Vereinen/Stiftungen.

## III. Der Familienname

### 1. Erwerb des Familiennamens

#### a) Kind verheirateter Eltern

Bei einem gemeinsamen Familiennamen übernimmt das Kind diesen im Regelfall unverändert, egal ob es der Name des Vaters oder der Mutter ist. Anpassungen sind denkbar bei slawischen Familiennamen sofern der Name Aufschluss über das Geschlecht gibt.

Bei unterschiedlichen Namen der Eltern übernimmt das Kind den Ledignamen\*\*, welchen die Eltern bei der Eheschliessung bestimmt haben (nArt. 270 Abs. 1 ZGB). Innerhalb eines Jahres kann unter beidseitigem Einverständnis der Name noch gewechselt werden (nArt. 270 Abs. 2 ZGB).

\*\* Allgemeines Problem bez. Ledignamen

Wenn beide Elternteile keinen Ledignamen besitzen (beide bereits verheiratet und geschieden), dann kann es dazu führen, dass das Kind weder den aktuellen Namen der Mutter noch des Vaters erhält. Kind erhält den Ledignamen des Vaters oder der Mutter - sprich, deren früheren Namen.

#### b) Kind nicht verheirateter Eltern

- Das Kind erhält den Ledignamen der Mutter (nArt. 270a Abs. 1 ZGB)
- Bei nachträglicher Heirat erhält das Kind dann durch eine gesetzliche Namensänderung den gemeinsamen Familiennamen (Art. 259 Abs. 1 ZGB).
- Ein aussereheliches Kind, das unter der elterlichen Sorge des Vater steht, trägt ausnahmsweise dessen Familienname (nArt. 270a Abs. 3 ZGB).
- Haben beide Eltern die elterliche Sorge, können diese innerhalb eines Jahres beantragen, dass das Kind den Ledignamen des Vaters trägt (nArt. 270a Abs. 2 ZGB).

#### c) Findelkind

Der Vor- und Nachname des Kindes wird durch die kantonale Behörde gegeben (Art. 38 Abs. 2 ZStV). Bei Feststellung der Abstammung kommt es zu einer gesetzlichen Namensänderung.

#### d) Adoption

Das Kind erhält die Rechtsstellung eines leiblichen Kindes (Art. 267 ZGB). Diese erstreckt sich auch auf deren Familienname.

## 2. Der Familienname der Ehegatten

### a) Die bisherige Rechtslage

Bis anhin galt der Grundsatz der Namenseinheit (= Führen eines gemeinsamen Familiennamens). Dies konnte der Name des Bräutigams oder der Braut sein (→ i.d.R. Name des Bräutigams. Bei Übernahme des Namens der Braut war eine erleichterte Namensänderung gemäss aArt. 30 Abs. 2 ZGB erforderlich!)

Diejenige Person, welche den Familiennamen des anderen übernahm (zumeist die Frau), durfte ihren Ledignamen (ohne Bindestrich) dem gemeinsamen Familiennamen voranstellen (sog. **amtlicher Doppelname**). Auch eine spätere Rückgängigmachung des amtlichen Doppelnamens bedurfte einer Namensänderung i.S.v. Art. 30 Abs. 1 ZGB.

Merke: Der amtliche Doppelname ist unter dem neuen Familiennamensrecht nicht mehr erlaubt!

Auch der sog. gewohnheitsrechtliche **Allianzname**, d.h. Doppelname mit Bindestrich (bsp.: Müller-Aebi) war erlaubt. Dieser war zwar nicht offiziell, jedoch als „Name zweiter Ordnung“ im alltäglichen Rechtsverkehr akzeptiert.

Merke: Der Allianzname ist auch unter dem neuen Familiennamensrecht erlaubt!

### b) Die neue Rechtslage

#### Geschichtliches

In BGE 115 II 193 (Schnyder Burghartz) wurde die Voranstellung des männlichen Namens vor den weiblichen verweigert. Daraufhin stellte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung der Ehegatten fest. Der Bundesrat änderte folglich die Zivilstandsverordnung. Neu war es dem Mann erlaubt, seinen Namen dem Namen der Frau voranzustellen (aArt. 12 Abs. 1 Satz 2 ZStV). Die Initiative von Leutenegger Obrholzer ging noch einen Schritt weiter. Es wurde die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Namens- und Bürgerrecht gefordert. Schliesslich kam es zum neuen Familiennamensrecht.

Neuer Leitgedanke: Prinzip der Unveränderlichkeit des Geburtsnamens. Die Eheschliessung hat keinen Einfluss mehr auf die Namensführung und das Bürgerrecht.

## Neue Regelung

- Prinzip der Unveränderlichkeit des Geburtsnamens → Die Ehe wirkt sich folglich nicht mehr auf Name und Bürgerrecht aus!
- Entweder behalten beide Ehegatten ihren Ledignamen (!) oder
- beide übernehmen einen gemeinsamen Ledignamen (!) einer der Ehegatten (nArt. 160 Abs. 1 und 2 ZGB)
- Bei vers. Namen wählen die Ehegatten den Ledignamen für ihre gemeinsamen Kinder (nArt. 160 Abs. 3 ZGB)
- Keine amtlichen eherechtlichen Doppelnamen mehr
- Allianznamen weiterhin akzeptiert
- Unverheiratete Paare mit gemeinsamer elterlicher Sorge können auch den Namen des Vaters als Name des Kindes wählen
- Gleichgeschlechtliche Paare können einen gemeinsamen Familiennamen tragen
- Das Bürgerrecht folgt uneingeschränkt dem Namensrecht
- Ehegatten, welche unter altem Recht den Namen des anderen angenommen haben, können durch eine blosse Erklärung zum Ledignamen (!) zurückkehren

## Bei Scheidung oder Ungültigerklärung der Ehe

Der Ehegatte, welcher seinen Namen aufgegeben hatte, *kann* wieder den angestammten Namen oder den Namen, den er vor der Heirat trug annehmen. Wenn er von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch macht, behält er den durch die Heirat erworbenen Namen.

## Bei Tod eines Ehegatten

Der überlebende Ehegatte hat gemäss nArt. 30a ZGB ohne zeitliche Befristung die Möglichkeit, zu seinem Ledignamen oder seinem durch frühere Ehe erworbenen Namen zurückzukehren.

## 3. Adelstitel

Nur die Adelspartikel „von“ und „de“ sind aufgrund althergebrachter Namensführung in die bundesstaatlichen Zivilstandsregister überführt worden. Adelstitel bzw. Adelsbezeichnungen verstossen grundsätzlich gegen das Gleichheitsgebot nach Art. 8 BV. Sie dürfen deshalb nicht mehr als solche in die Zivilstandsregister eingetragen werden.

## 4. Pseudonyme

Pseudonyme, Künstlernamen und dergleichen gelten als Namen 3. Ordnung und geniessen denselben Schutz wie Namen höherer Ordnungen. Es sind keine amtlichen Namen und können nur für den privaten Gebrauch verwendet werden!

Voraussetzungen für die (freie) Wahl eines Pseudonyms:

- Keine namensrechtliche Verletzung anderer Personen
- Keine Täuschungsgefahr
- Gewisse Originalität des Pseudonyms

## IV. Der Vorname

### 1. Grundsatz: freie Namenswahl

- Bei verheirateten Paaren entscheiden die Eltern gemeinsam (Art. 301 Abs. 4 ZGB)
- Bei nicht verheirateten Paaren entscheidet die Mutter (Art. 37 Abs. 1 ZStV) – nicht jedoch bei gemeinsamer elterlicher Sorge!
- Bei einer Adoption entscheiden die Adoptiveltern über den Namen (Art. 267 Abs. 3 ZGB)

## 2. Kindeswohl als Grenze

Verweigert wird ein Name vom Zivilstandsamt nur, wenn dieser die Interessen des Kindes offensichtlich verletzt (Art. 37 Abs. 3 ZStV), z.B. Namen, welche *eindeutig* dem anderen Geschlecht zugeordnet werden können (Mädchen mit Knabennamen).

Das Geschlecht des Kindes muss durch den Namen nicht eindeutig ersichtlich werden und die Eltern haben eine ziemlich grosse Wahlfreiheit.

Die Eintragung folgt im Übrigen den geltenden Rechtschreibregeln:

- Keine Grossbuchstaben innerhalb des Vornamens
- Keine zwei zu einem Wort zusammengezogene Vornamen, z.B. LeeAnn

## V. Schutz des Namens

### Namensschutz nach Art. 29 ZGB

- Klage auf Feststellung des Rechtes auf den Namen (Art. 29 Abs. 1 ZGB)
  - o Im Falle der Bestreitung des Namensrechts. Alleine schon die Tatsache, dass das Recht auf den Namen in Frage gestellt wird, begründet ein ausreichendes Feststellungsinteresse für die Klage → selten
- Klage auf Unterlassung der Namensanmassung (Art. 29 Abs. 2 ZGB)
  - o Im Falle von Anmassung des Namens durch einen Dritten.  
Anmassung = Namensführung erfolgt unter Beeinträchtigung schützenswerter Interessen des Namensträgers. Im Mittelpunkt steht die Verwechslungsgefahr.

→ Schutz kann nur beanspruchen, wer seinen Namen rechtsgültig führt! Der Schutz gilt für Vor- und Nachnamen und für Pseudonyme

### 1. Namensfeststellung

Nach Art. 29 Abs. 1 ZGB kann jemand auf Feststellung seines Rechts klagen, wenn ihm die Führung seines Namens bestritten wird. Allein schon die Tatsache, dass das Recht auf den Namen in Frage gestellt wird, begründet ein ausreichendes Feststellungsinteresse für die Klage nach Art. 29 Abs. 1 ZGB.

### 2. Namensanmassung

Anmassung = Namensführung erfolgt unter Beeinträchtigung schützenswerter Interessen des Namensträgers (BGE 128 II 403 E.5)

Im Mittelpunkt stehen:

- Verwechslungsgefahr
- Täuschung
- Suggestion einer nicht bestehenden Verbindung
- Kennzeichnung wird für eigene Zwecke missbraucht

→ Achtung: Bereits ähnliche Namen können eine Anmassung i.S.v. Art. 29 ZGB bedeuten! Die betroffene Person kann auf Unterlassung klagen.

Das Unterlassungsbegehren kann – im Falle von Verschulden – mit Schadenersatz- oder Genugtuungsforderungen verbunden werden (Achtung: Beweislast des Verschuldens liegt beim Betroffenen!)

Bezüglich vorsorglicher Massnahmen sind die Art. 261 ff. ZPO anwendbar mit der Besonderheit, dass das Verbot der Namensführung erst im Hauptprozess erlassen werden kann.

### 3. Insbesondere der Domainname

Domainname = Vergleichbar mit Adressen oder Rufnummern

Bei missbräuchlicher Registrierung eines Domainnamens durch eine andere Person, kann folgendes vorliegen:

- Namensanmassung (Art. 29 ZGB)
- Verletzung der wirtschaftlichen Persönlichkeit (i.S.v. Art. 28 ff. ZGB)
- Unlauterer Wettbewerb (Art. 3 Bst. d UWG)
- Ggf. Berufung auf Markenschutzrecht

## **VI. Verhältnis zwischen Art. 28 und 29 ZGB**

Recht am Namen = Persönlichkeitsrecht nach Art. 28 ZGB; der Namensschutz ist allerdings in Art. 29 ZGB geregelt (lex specialis). Das Recht am Namen ist mit der Person des Berechtigten untrennbar verbunden.

D.h.: Falls es sich um eine Verletzung handelt, die den Namen betrifft, jedoch keine Anmassung darstellt, kann man auf Art. 28 ZGB zurückgreifen!

## **VII. Namensänderung (Art. 30 ZGB)**

### **1. Namensänderung nach Art. 30 Abs. 1 ZGB**

#### **a) Grundlagen**

Mit der Revision des Familienrechts wurde der Wortlaut von Art. 30 Abs. 1 ZGB angepasst. Neu werden für eine Namensänderung nur noch „achtenswerte Gründe“ vorausgesetzt (früher: „wichtige Gründe“). Auch rein subj. Gründe können anerkannt werden, wenn sie eine gewisse Schwere aufweisen. Weiterhin sollte allerdings im Verfahren um Namensänderung eines noch nicht volljährigen Kindes auch dem geschiedenen und dem nicht mit der Mutter verheiratet gewesenen Vater, dessen Namen das Kind trägt, Anspruch auf rechtliches Gehör zukommen.

Art. 30 ZGB ist nur auf die Namen natürlicher Personen anwendbar und schliesst auch die Änderung des Vornamens mit ein.

Namensänderungsgesuch = relativ höchstpersönliches Recht, d.h. es muss von der urteilsfähigen Person selber gestellt werden. Im Falle einer Scheidung, kann die geschiedene Mutter die Namensänderung für das urteilsunfähige Kind beantragen.

#### **b) Kasuistik (zum bisherigen Recht) → Siehe s. 301-303 im Buch**

### **2. Namensänderung nach Art. 30 Abs. 2 ZGB**

Nach dieser Norm konnten die Brautleute bei Vorliegen achtenswerter Gründe auch den Namen der Braut als Familiennamen wählen. Diese Norm erübrigt sich mit der Änderung des Namensrechts (siehe weiter oben).

### **3. Anfechtung der Namensänderung (Art. 30 Abs. 3 ZGB)**

Voraussetzung für eine Anfechtung ist die Darlegung von schutzwürdigen Interessen (bspw. den Ausschluss von Dritten vom Namen einer Familie wegen erhöhter Verwechslungsgefahr wenn es sich um den Namen einer nicht weit verbreiteten, gleichzeitig aber besonders angesehenen und deswegen auch aussergewöhnlich bekannten Familie handelt).

Die Anfechtung hat binnen Jahresfrist nach Kenntnismahme zu erfolgen.



# §17 Die juristische Person

## I. Historische Entwicklung

### 1. Römisches Recht und Mittelalter

Im römischen Recht kam es zur Entwicklung von Personengemeinschaften mit kollektiver Willensbildung und eigenem Vermögen, diese galten aber nicht als eigene, von den Mitgliedern verschiedene Rechtssubjekte. Die Verbände (z.B. Staat, Gemeinden, universitas) des römischen Rechts dienten insb. öffentlichen Zwecken. Das verselbstständigte Vermögen mit entsprechender Haftungsbeschränkung war ein Ansatz zur Körperschaft.

Im germanischen Recht wiesen die Verbände und Genossenschaften kaum Merkmale der Verselbständigung auf. Sie waren nicht mehr als die Summe ihrer Mitglieder. Im Mittelalter kam es dann zu einer zunehmenden rechtlichen Selbstständigkeit der Mitgliedergesamtheit. Ansätze von unselbständigen Stiftungen entstanden bspw. in Form von Krankenhäusern, Klöstern etc.

### 2. Jüngere Betrachtungsweisen der juristischen Person

#### a) Fiktionstheorie (Hauptvertreter: Savigny)

Nur der Mensch ist Rechtssubjekt. Die j.P. erhält ihre Rechtsfähigkeit nur durch das positive Recht. Savigny sieht die j.P. als blossen Rechtsbehelf, d.h. Abstraktion, die von der Rechtsordnung zur Verwirklichung bestimmter Zwecke erdacht wurde, ein „des Vermögens fähiges, künstlich angenommenes Rechtssubjekt“.

Die j.P. kann nur durch ihre *Vertreter* handeln. Sie kann Rechtsgeschäfte abschliessen, aber nicht deliktisch handeln (Delikte werden der nat. Person direkt zugerechnet!).

#### b) Realitätstheorie (Hauptvertreter: Bierke, Beseler, Eugen Huber)

Die j.P. ist „Wirklichkeit als sozialer Organismus“, welcher durch seine *Organe* handelt. Die j.P. kann Rechtsgeschäfte abschliessen und deliktisch handeln.

#### c) Auswirkungen auf die geltende Rechtsordnung

Der heutige Grundsatz der Gleichbehandlung von j.P. und nat. Person ist auf die Realitätstheorie zurückzuführen. Ebenso die Vorstellung, dass die Organe integrale Bestandteile der j.P. sind (sog. Emanationen) und sie die j.P. auch dort verpflichten, wo keine Vollmacht vorliegt (Art. 55 ZGB).

BGE 138 III 337 S. 344 handelt von der Handlungseinheit zw. J.P. und Organ → lesen!

## II. Juristische Personen des ZGB

### 1. Begriff und Zweck der j.P.

Das ZGB definiert den Begriff der j.P. nicht, sondern umschreibt lediglich deren Rechtsstellung (Art. 53 ZGB).

Das **ZGB** anerkennt, die folgenden beiden Ausprägungen, als mit **eigener Rechtspersönlichkeit** ausgestattete juristische Personen, die den nat. Personen grundsätzlich gleichberechtigt und verpflichtet zur Seite stehen:

- Körperschaften (Verbände bzw. Personenvereinigungen)
- Anstalten (d.h. verselbstständigtes Zweckvermögen)

→ Dank j.P.: Vereinfachung des Geschäftsverkehrs und Möglichkeit der Vermögensperpetuierung.

## 2. Wesenszüge der j.P.

- J.P.= Eigenständige Persönlichkeit (→ **Haftungsbeschränkung** der dahinterstehenden nat. Personen)
- Handeln durch Organe
- Janusköpfigkeit, d.h. einerseits sind die Organe Funktionsträger, die für die j.P. handeln und diese verpflichten, andererseits sind die Organe (d.h. nat. Personen) aber auch selbstständige Rechtssubjekte, die für sich selbst handeln  
z.B. Im Prozess gegen die AG ist deren Verwaltungsratspräsident als Zeuge, nicht als Partei einzuvernehmen.

## 3. Abgrenzung gegenüber Rechtsgemeinschaften

### Rechtsgemeinschaften

Personenmehrheiten & Sachgesamtheiten  
≠ keine eigene Rechtspersönlichkeit



### Juristische Personen

Körperschaften & Anstalten\*\*  
Eigene Rechtspersönlichkeit

\*\* Körperschaft: Verbände bzw. Personenvereinigungen  
Anstalt: Zweckvermögen

Mögliche Abgrenzungskriterien zw. Rechtsgemeinschaften & j.P. (siehe s. 309):

- Körperschaftliche Organisationsform  
Achtung: Einfache Gesellschaft könnte als j.P. erfasst werden unter diesem Kriterium!
- Parteifähigkeit/Betreibungsfähigkeit  
Achtung: Konkursmasse & Erbengesellschaft wären j.P. unter diesem Kriterium!
- Gläubigerschutz  
Verein & Stiftung wären unter diesem Kriterium keine j.P. mehr!
- Haftungsbeschränkung

→ All diese Kriterien sind unbefriedigend, vor allem in Bezug auf die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft. Es wird deshalb auf die spez. **Fähigkeiten, Rechte und Pflichten** abgestellt, mit welchen das Gesetz die einzelne Rechtsgemeinschaft oder Sachgesamtheit ausgestattet hat.

Keine j.P. sind:

- Konkursmasse als Sondervermögen
- Gläubigergemeinschaft im Konkurs
- Rechtsgemeinschaft der Anleihensobligationäre
- Stockwerkeigentümergeinschaft und andere Bruchteilsgemeinschaften
- **Einfache Gesellschaft (Art. 530 ff. OR)**
- **Erbengesellschaft (Art. 602 ZGB)**
- **Trust**

## 4. Gesetzliche Ordnung der j.P.

### a) AT: Art. 52-59 ZGB

Der AT ist unvollständig und es ist umstritten, ob alle Normen auch auf die Körperschaften des OR angewandt werden können.

### b) Besondere Bestimmungen

- Verein: Art. 60-79 ZGB (als Korporation)
- Stiftung: nArt. 80-89c ZGB (als Zweckvermögen)
- Handelsgesellschaften und Genossenschaften: Art. 552-926 OR ((Spezial-)bestimmungen)
  - o Kollektiv- und Kommanditgesellschaft (nur beschränkt den j.P. gleichgestellt)
  - o AG
  - o Kommandit-AG
  - o GmbH

- Genossenschaft
- HR, Geschäftsfirmer, Buchführung: Art. 927-964 OR  
Merke: Diese können auch – wenigstens teilweise – für den Verein und die Stiftung von Bedeutung sein!

### 5. Typenzwang oder ‚*numerus clausus*‘

Es gibt nur eine **geschlossene Anzahl von Typen** zur Gründung (bei Korporationen) bzw. Errichtung (bei Zweckvermögen) einer j.P.:

- ZGB: Verein, Stiftung
- OR: AG, Kommandit-AG, GmbH, Genossenschaft

Das **Verbot der Typenvermischung** dient dem Schutz Dritter (Transparenz der Ausgestaltung der Vertretungsmachten und Haftungsverhältnisse sowie der Sicherung des haftenden Vermögenssubstrats). Das Verbot gilt **nicht für öffentlich-rechtliche j.P.**, wie bspw. „Bund“, „Kantone“. Dort sind verschiedenste Ausgestaltungen anzutreffen.

### 6. Grundsatz der Einheit des Rechts der j.P.

Zw. den vers. Typen von j.P. bestehen Zusammenhänge. Zu beachten sind deshalb einerseits die **Art. 52-59 ZGB (AT)** und das **Vereinsrecht** (teilweise als AT des Rechts der Korporationen, d.h. Personenverbänden aufgefasst). Andererseits können aber auch Normen des **Aktien- oder Genossenschaftsrechts** als ergänzendes Vereinsrecht verstanden werden, v.a. dort, wo die Ausgestaltung und der wirtschaftsnahe Zweck eines Vereins diesen einer der Gesellschaftsformen des OR annähern.

→ Wechselwirkung bzw. sich ergänzende Funktion der Normen im ZGB/OR → Man muss im Einzelfall entscheiden, ob eine Norm analog angewendet werden kann/darf!

### 7. Körperschaften und Anstalten (des Privatrechts)

#### a) Körperschaften

- Zusammenschluss von natürlichen und/oder jur. Personen, welche sich als j.P. organisieren
- Grundsätzlich demokratisch aufgebaut
- Mitglieder entscheiden nach Massgabe ihrer Beteiligung über Errichtung, Struktur, Zielsetzung und Beendigung ihrer Personengesamtheit

→ Verein, AG, Kommandit-AG, GmbH, Genossenschaft

#### b) Anstalten

- Verselbstständigtes Zweckvermögen, d.h. best. Zweck gewidmet ≠ Personenvereinigung!
- Keine Mitglieder oder Teilhaber, sondern Organe und Destinatäre (d.h. Personen, die ohne Mitwirkungsrecht und ohne rechtlich abgesicherte Leistungsansprüche zu besitzen, begünstigt werden)

→ Stiftung (im Öff.R. gibt es noch andere Arten von Anstalten)

## III. J.P. ausserhalb des Bundesprivatrechts

### 1. Öffentlich-rechtliche j.P.

#### a) Unechter Vorbehalt von Art. 59 Abs. 1 ZGB

Für öffentlich-rechtliche Körperschaften und Anstalten gilt gemäss Art. 59 Abs. 1 ZGB das ÖffR (d.h. das öffentliche Recht des Bundes und der Kantone). Dies ist ein unechter Vorbehalt, weil dies bereits in Art. 6 Abs. 1 ZGB allg. festgehalten ist.

J.P. des ÖffR.: Träger der dezentralisierten Verwaltung → administrativ aus dem Gemeinwesen ausgegliedert und mit einer gewissen Autonomie versehen. Sind dazu da, dauernd bestimmte Aufgaben des Trägergemeinwesens zu erfüllen.

## b) Abgrenzungskriterien

Kriterium: Beteiligung des Gemeinwesens als Träger hoheitlicher Amtsbefugnis.

- Begründung durch hoheitlichen Akt (≠ privatrechtliche Konstituierung)
- Anerkennung durch eine staatliche Behörde als konstitutives Erfordernis
- Zwangsgemeinschaft (Beitritt des Einzelnen steht nicht im freien Belieben)
- Zuständigkeit eines Verwaltungsgerichts, d.h. Anfechtung von Organbeschlüssen erfolgt vor einer Verwaltungsbehörde (≠ Zivilgericht)
- Rechtsverhältnisse entstehen aufgrund von Verwaltungsverfügungen (≠ privatrechtliche Verträge)

Daneben gibt es *gemischtwirtschaftliche Unternehmen* (in Form des Privatrechts errichtet, öffentl. Zwecken folgend und aus einer Trägerschaft aus Privatpersonen und der öffentl. Hand bestehend).

## c) Arten öffentlichrechtlicher Verwaltungsträger

Das Öff.R. kennt **keine geschlossene Typologie** aber es wird aber auch zw. den beiden Grundformen (Körperschaft und Anstalt) unterschieden.

Aufgrund der fehlenden Typologie ist jeweils aufgrund des massgebenden Sachgesetzes zu bestimmen, wie der Verwaltungsträger organisiert ist und ob ihm überhaupt eine eigene Rechtspersönlichkeit zukommt.

Man unterscheidet:

Anstalten: Rechtsfähige Anstalten (z.B. SUVA, ETH ZH) bzw. nicht rechtsfähige Anstalten (z.B. landwirtschaftliche Forschungsanstalten des Bundes, industrielle Werke vers. Gemeinwesen).  
Versedbstständige Zweckvermögen des ÖffR.: Öffentlichrechtliche Stiftungen wie bspw. die Stiftung CH Nationalpark oder Stiftung Pro Helvetia.

Körperschaften: Einwohner- und Bürgergemeinden, SBB, Swisscom etc.

Merke: Im Unterschied zum Privatrecht findet sich im ÖffR. Eine Tendenz zur Unterscheidung zw. der Frage der Rechtsfähigkeit mit Rücksicht auf die Zuordnung von **Rechten und Pflichten und** derjenigen der **Autonomie**.

## 2. J.P. des kantonalen Privatrechts

Gewisse j.P. (Korporationen) des früheren kantonalen Rechts bilden **kantonalprivatrechtliche juristische Personen**, da sie ansonsten dem Bundesprivatrecht (ZGB) unterstellt wären → keine passende Organisationsformen vorhanden! Meist handelt es sich um Korporationen, die sich auf die gemeinsame Nutzung von Grund und Boden beziehen.

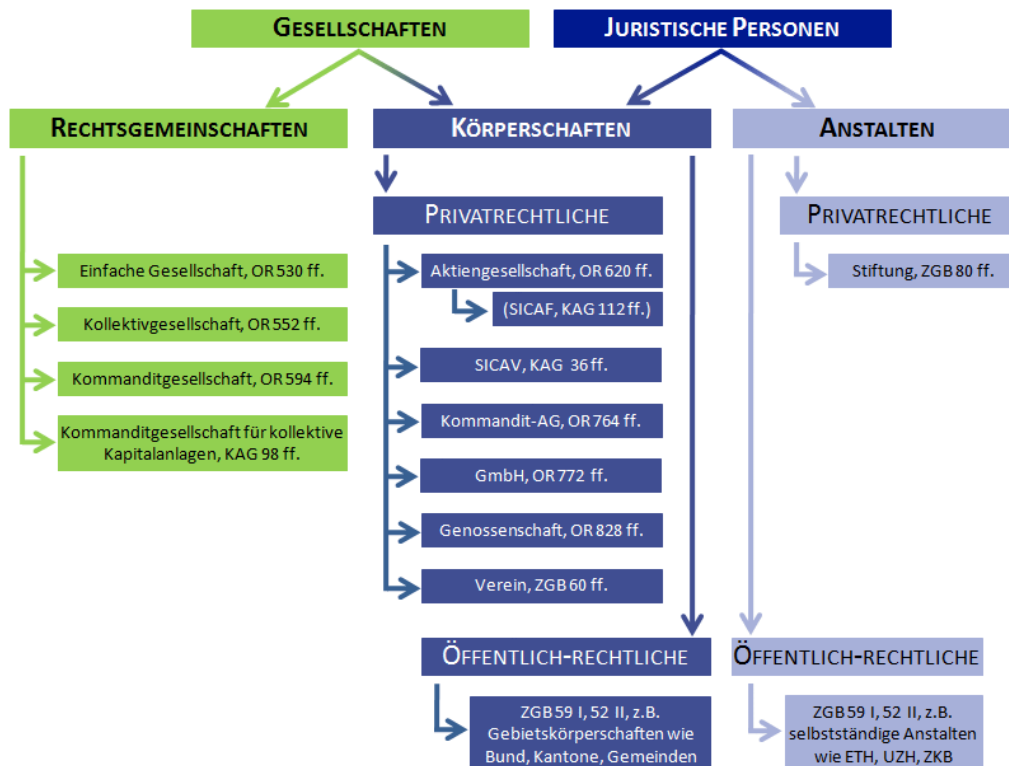
Dies ist möglich dank dem **Vorbehalt von Art. 59 Abs. 3 ZGB**.

## 3. Kirchliche Körperschaften und Anstalten

Nach Art. 59 Abs. 1 ZGB unterstehen kirchliche Körperschaften und Anstalten dem ÖffR. des Bundes und der Kantone.

Kirchliche j.P. sind jedoch nicht zwingend öffentlich-rechtlicher Natur. In dem Fall unterstehen sie dem ZGB/OR oder dem kantonalen Privatrecht.

Das kantonale ÖffR. gilt zumeist für römisch-katholische Kirchengemeinden, die evangelische Landeskirchen oder Kirchengemeinden. Umstritten ist die Zuordnung anderer christlicher Gemeinschaften. Meist scheint eine Unterstellung unter das Bundesprivatrecht geeigneter. ABER: das kantonale Recht kann in best. Bereichen (z.B. hinsichtlich Steuern) einen Einfluss haben.



## V. Anfang und Ende der j.P.

### 1. Erwerb der Rechtspersönlichkeit

#### a) Grundsatz: Erwerb durch HR-Eintrag

**Art. 52 ZGB** verankert den Grundsatz des **konstitutiven HR-Eintrags**. Dies bedeutet einerseits, dass die j.P. ohne Eintrag keine Rechtspersönlichkeit erlangt (neg. Wirkung) und, dass durch den Eintrag die Rechtspersönlichkeit grundsätzlich immer erlangt wird, auch wenn die materiellrechtlichen Voraussetzungen der Entstehung fehlen (pos. Wirkung) → HR-Eintrag heilt Mängel der Gründung!

Die pos. Wirkung ist wichtig zum Schutz Dritter. Es wird verlangt, dass eine j.P., welche zu unsittlichen oder widerrechtlichen Zwecken gegründet wurde, als j.P. behandelt wird, bis zur Auflösung durch ein Gericht oder Behörde!

**Keinen HR-Eintrag** benötigen (Art. 52 Abs. 2 ZGB → Prinzip der freien Körperschaftsbildung)

- Öffentlichrechtliche Körperschaften und Anstalten, welche die RP nach ÖffR. erlangen
- Vereine, die nicht wirtschaftliche Zwecke verfolgen (ggf. auch Vereine mit – nicht überwiegendem bzw. unmittelbarem – wirtschaftlichen Zwecken)
- Familien- und kirchliche Stiftungen
- Kantonalprivatrechtliche j.P. i.S.v. Art. 59 Abs. 3 ZGB, welche die RP nach kantonalem Privatrecht erlangen

→ Merke: Ein freiwilliger Eintrag hat hier nur deklaratorische Wirkung. Der Eintrag vermag allfällige Gründungsmängel nicht zu heilen!

### 2. Rechtslage bis zum Entstehen der j.P.

Gemäss Art. 62 ZGB werden **Vereine**, welche die RP nicht oder noch nicht erlangt haben, dem Recht der **einfachen Gesellschaft** unterstellt (Art. 530 ff. OR) → Dies gilt subsidiär zwingend auch für andere Körperschaften!

**Stiftungen**, welche noch nicht im HR eingetragen sind, haben die Rechtsstellung eines **Nasciturus** (analog Art. 31 Abs. 2 ZGB). Es können daher vor der Eintragung aufschiebend bedingte Rechtsgeschäfte getätigt werden.

Die Mitglieder der j.P. sind noch Einzelgesellschafter und haften als solche solidarisch (jeder einzelne aufs Ganze, bis alles abbezahlt ist → kritische Phase)

### 3. Ende der j.P.

#### a) Auflösungsgründe

Art. 57 ZGB enthält keine allg. Bestimmungen betr. Auflösungsgründe. Möglich sind etwa:

- Auflösungsbeschluss des zuständigen Organs
- Erreichung des Zwecks
- Aufhebung durch richterliches Urteil
- Aufhebung von Gesetzes wegen bei Zahlungsunfähigkeit oder Unmöglichkeit, die Organe zu bestellen
- Konkursöffnung

Besondere gesetzliche Auflösungsgründe finden sich regelmässig in den Spezialbestimmungen.

Grundregel: Das Vermögen der j.P. fällt nicht automatisch den Mitgliedern zu, weil die j.P. und ihre Mitglieder separate Persönlichkeiten sind!

## b) Liquidation

Der Eintritt eines Auflösungsgrundes führt nicht direkt zur Beendigung der j.P. sondern bewirkt vorerst lediglich eine Zweckänderung → „zum alleinigen Zweck der Liquidation“

Die j.P. behält während der Liquidation ihre RP und ihre bisherige Firma, jedoch mit dem Zusatz „in Liquidation“.

Liquidation = „Versilberung“ aller Aktiven, Erfüllung der Verbindlichkeiten und ggf. Verteilung des Aktivenüberschusses an die Berechtigten.

Art. 58 ZGB verweist für das Verfahren auf das Genossenschaftsrecht (Art. 913 Abs. 1 OR) und dieses wiederum auf das Aktienrecht (Art. 736-747 OR). Die aktienrechtlichen Regeln sind jedoch subsidiär zu den speziellen Vorschriften des Vereins- und Stiftungsrechts. Zudem können die Vereinsstatuten bzw. die Stiftungsurkunde etwas anders vorsehen.

Fällt eine j.P. in Konkurs finden allenfalls zusätzlich die Regeln des SchKG Anwendung.

## c) Vermögensverwendung und Untergang der j.P.

Bei **gerichtlicher oder behördlicher Aufhebung** (wegen Verfolgung eines widerrechtlichen oder unsittlichen Zwecks) fällt das Vermögen an das Gemeinwesen (Art. 57 Abs. 3 ZGB).

Bei der **Auflösung aus anderen Gründen** bestimmt sich die Vermögensverwendung nach den Statuten oder aber gemäss dem Beschluss der zuständigen Organe (Art. 57 Abs. 1 ZGB). Sehen die Statuten keine Regelung vor, so fällt das Vermögen ebenfalls ans Gemeinwesen, dem die fragliche j.P. zuzuordnen ist und ist von diesem dem bisherigen Zweck entsprechend zu verwenden.

Nicht im HR eingetragene j.P. → Untergang mit Abschluss der Liquidation

Im HR eingetragene j.P. → Untergang mit Löschung im HR

## VI. Rechtsfähigkeit der j.P.

### 1. Allgemeines

Die Rechte und Pflichten der j.P. beschränken sich auf jene, die nicht unmittelbar an die natürlichen Eigenschaften des Menschen anknüpfen (z.B. Alter, Geschlecht etc.).

Die j.P. kann z.B. nicht die Stellung eines Vormundes oder eines Prokuristen einnehmen, da diese Stellungen *persönliches Handeln* vorschreiben. Auch kann die j.P. nicht Mitglied der Verwaltung einer AG oder einer Kollektivgesellschaft sein.

### 2. Einzelne Rechtsfähigkeitsbereiche

#### a) Vermögensrechte

Der j.P. stehen zu (analog nat. Person):

- Eigentum und Besitz
- Beschränkte dingliche Rechte
- Forderungs- und Immaterialgüterrechte

→ Merke: Die j.P. kann auch als Erbin oder Vermächtnisnehmerin eingesetzt werden!

## b) Möglichkeit, ein Gewerbe zu betreiben oder Mitglied in einer Vereinigung zu sein

Die j.P. kann:

- Gewerbe betreiben
- Kaufmann,
- Stellvertreter,
- Handlungsbevollmächtigter
- Kommissionär           oder
- Treuhänder sein

→ Merke: Die **Mitgliedschaft in Vereinigungen aller Art steht ihr offen**; als Aktionär, Genossenschafter, Vereinsmitglied oder Gesellschafter einer einfachen Gesellschaften.

## c) Persönlichkeitsschutz

Der Verzicht auf das Selbstbestimmungsrecht (z.B. durch die Übertragung von wesentlichen Befugnissen der Organe an Dritte) sowie die übermässige Beschränkung (analog zu Art. 27 ZGB) sind unzulässig.

Diese Betrachtungsweise betrifft v.a. die personalistisch strukturierten j.P. Bei j.P. wie bspw der AG, wo das Kapital im Vordergrund steht, ist eine Beschränkung eher zulässig, sofern die Schutzrechte der Gläubiger und Aktionäre gewahrt bleiben.

Die j.P. kann sich (wie die nat. Person) auf den **soq. externen Persönlichkeitsschutz gemäss Art. 28 ff. ZGB** berufen.

**Vereine und Stiftungen** geniessen zudem den **Namenschutz nach Art. 29 ZGB**. Ggf. ist auch die Zusprechung einer Genugtuung denkbar (umstritten!). Für alle anderen j.P. des Privatrechts gilt grundsätzlich der obligationsrechtliche Firmenschutz.

## d) Weitere Bereiche der Rechtsfähigkeit

Die J.P.:

- Besitzt die aktive und passive Partei- und Prozessfähigkeit
- Untersteht der Zwangsvollstreckung nach SchKG
- Ist Steuersubjekt (Achtung: j.P. haben i.d.R. besondere Steuersätze)
- Kann sich auf verfassungsmässige Rechte berufen (sofern diese nicht an menschliche Eigenschaften geknüpft sind wie bspw. beim Recht auf Ehe)
  - o Rechtsgleichheit
  - o Handels- und Gewerbefreiheit
  - o Eigentumsgarantie
  - o Freiheit der Verbandsbildung
  - o Garantie der (Wohn-)Sitzgerichtsstands
  - o Doppelbesteuerungsverbot
  - o Meinungsäusserungsfreiheit



## VII. Handlungsfähigkeit der j.P., Art. 54 und 55 ZGB

### 1. Allgemeines

Die j.P. hat (wie die nat. Person) die **Möglichkeit zur eigenen Rechtsgestaltung**. Aber Achtung: Die Handlungsfähigkeit geht nie weiter als die Rechtsfähigkeit, d.h. in Bereichen, in welchen die j.P. nicht rechtsfähig ist (bspw. trifft sie keine familienrechtliche Unterstützungspflicht), besteht auch keine Möglichkeit zur Rechtsgestaltung!

Auch ist zw. Geschäfts- und Deliktsfähigkeit zu unterscheiden.

### 2. Voraussetzung der Handlungsfähigkeit, Art. 54 ZGB

Nach Art. 54 ZGB: Bestellung der hierfür unentbehrlichen Organe

Dies erfordert zweierlei:

- Gesetz und/oder Statuten müssen eine Organisation vorsehen
- Vorgesehene Organe müssen effektiv bestellt worden sein

Fehlt es an einem dieser Erfordernisse, ist die j.P. trotz Rechtsfähigkeit vorerst nicht handlungsfähig.

Das Gericht kann der Gesellschaft:

- Eine Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ansetzen
- Fehlende Organe bestellen
- Sachwalter ernennen
- Oder die Gesellschaft auflösen

### 3. Organe der j.P.

#### a) Doppelbedeutung des Begriffs „Organ“

Unter Organ versteht man zweierlei:

- **Organisationseinheit** einer j.P., die bestimmte Funktionen wahrnimmt  
z.B. Geschäftsführung/Verwaltung
- **Einzelne natürliche oder j.P. als Funktionsträger**, welche in Vertretung der j.P. im Rechtsverkehr mit Dritten befugt sind und damit Organfunktionen wahrnehmen  
z.B. Direktor, Vereinspräsident

#### b) Formelle und faktische Organe

Formelles Organ: Personen, die von der zuständigen Stelle de forma zur Wahrnehmung von Organfunktionen berufen werden. Sie sind dazu bestimmt, den Willen der j.P. zu bilden.

z.B. Vorstandsmitglied des Vereins, Direktionsmitglieder einer AG

Faktisches Organ: Personen, die de facto „an der Willensbildung der Gesellschaft teilhaben und auch mit entsprechender rechtlicher oder tatsächlicher Entscheidungskompetenz ausgestattet sind“.

z.B. Prokurist

→ Massgebendes Kriterium der faktischen Organstellung bildet der Grad selbständiger Entscheidungsbefugnis in einem wesentlichen Aufgabenbereich der j.P.

#### c) Die vers. Organe und ihre Funktionen

Die j.P. besitzt von Gesetzes wegen oder aufgrund der Statuten verschiedene Organe mit spezifischen Funktionen.

Der typische Aufbau einer j.P. im Zusammenhang mit Korporationen sieht wie folgt aus:

- **Mitgliederversammlung** → von Gesetzes wegen oberstes Organ. Befugnisse: Festsetzung und Änderung der Statuten, Wahl und Abberufung der übrigen Organe.
  - o Beim Verein: Versammlung der Mitglieder (Art. 64 ZGB)
  - o Bei AG/Kommandit-AG: Generalversammlung der Aktionäre
  - o Bei GmbH: Gesellschafterversammlung
  - o Bei Genossenschaft: Generalversammlung der Genossenschafter
  
- **Verwaltung/Vorstand bzw. Stiftungsrat** (des Zweckvermögens) → ihr obliegt die Geschäftsführung und Vertretung  
Geschäftsführung:      Betrifft interne Lenkung des Verbandes bzw. Unternehmens  
Vertretung:                Nach aussen hin orientiert und bedeutet Ermächtigung zum Rechtsverkehr mit Dritten.
  
- **Kontroll- oder Revisionsstelle**  
Die Revisionspflicht hängt seit 2008 nicht mehr von der Rechtsform ab, sondern es wird nach sachlichen Gegebenheiten differenziert.
  
- **Weitere Organe**  
Die j.P. kann in den Statuten weitere statutarische Organe mit besonderen Aufgaben betrauen.

#### 4. Geschäftsfähigkeit

##### a) Allgemeines

Die j.P. tätigt ihre Rechtsgeschäfte durch ihre funktionellen und faktischen Organe. Je nach dem, ob eine Person in eigenem Namen oder im Namen der j.P. gehandelt hat, können Handlungen der j.P. zugerechnet werden.

##### b) Vertretungsmacht der Organe

Die Vertretungsmacht reicht grundsätzlich so weit, wie die Handlungsfähigkeit der j.P., d.h. sie ist im Rahmen des (weit auszulegenden) Zwecks der j.P. an sich unbeschränkt.

Einschränkungen der Vertretungsmacht ergeben sich allerdings aus der Funktion des betreffenden Organs innerhalb der Struktur der j.P. → Die Kontrollstelle einer AG ist z.B. regelmässig nicht zur Vertretung bzw. Geschäftsführung berufen!

Merke: Für das rechtsgültige Handeln durch Organe ist die Funktion im Rahmen der j.P. massgebend!

Sog. **Insichgeschäfte** wie bei der **Doppelvertretung**, d.h. wenn ein Funktionsträger als Vertreter zweier j.P. einen Vertrag schliesst oder bei der **Selbstkontrahierung**, d.h. wenn ein Funktionsträger einerseits als Organ und andererseits als nat. Personen einen Vertrag schliesst, sind unwirksam sofern keine Ermächtigung der j.P. vorliegt → Interessenkollision!

Einer Person, der weder formelle noch faktische Organqualität zukommt, kann u.U. Organstellung zufolge Anscheins bzw. Kundgabe zukommen. Dies ist dann der Fall, wenn die j.P. durch Mitteilung oder konkludentes Verhalten gegenüber Dritten den Anschein erweckt, die fragliche Person habe Organstellung. Analoges gilt für die Anschein-Prokura und Anschein-Handlungsvollmacht.

Merke: Die Handlungen dieser Person können der j.P. aber nur dann zugeschrieben werden, wenn es der zur Vollmachterteilung bzw. Organbestellung zuständige Personenkreis ist, der die Entstehung des Anscheins zu vertreten hat (d.h. beim Prokuristen die ernennungsberechtigten Personen).

### **c) Vertretungsbefugnis des handelnden Organs**

Intern können die Befugnisse der Organe beliebig beschränkt werden. Der gutgläubige Dritte muss sich die Beschränkung der Vertretungsbefugnis aber nicht entgegen halten lassen, soweit es sich nicht um gesetzliche Schranken oder im HR eingetragene Beschränkungen handelt → d.h. die j.P. haftet. Dies gilt auch für die Deliktshaftung.

Merke: Die j.P. haftet nur dann für die Handlungen ihrer Organe, wenn diese nicht privat, sondern in Organstellung, „in Ausübung ihres Amtes“ tätig wurden. Die Handlung muss bei objektiver und abstrakter Betrachtungsweise im Rahmen des Zweckes der j.P. liegen, d.h. ggf. nicht im Interesse der j.P.

### **d) „Wissensvertretung“**

Wissen des Organs = Wissen der betr. j.P.

Der j.P. wird sowohl das vor Erwerb der Organstellung erworbene Wissen des Funktionsträgers zugerechnet als auch dasjenige, das er als Privatperson erworben hat. Umstritten ist, ob das Wissen eines vereinzelt Organträgers stets als Wissen der j.P. gilt.

## **5. Deliktsfähigkeit, Art. 55 ZGB**

### **a) Grundsatz**

Der j.P. kommt volle Deliktsfähigkeit zu.

Unter das „sonstige Verhalten“ (in Art. 55 ZGB) fallen in erster Linie:

- Schadenszufügung bei Dritten i.S.v. Art. 41 ff. OR
- Verpflichtungen aus Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 OR)
- Stellvertretung ohne Ermächtigung (Art. 38 OR)
- Ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 OR)
- Culpa in contrahendo
- Verantwortlichkeit des Grundeigentümers (Art. 679 ZGB)

### **b) Voraussetzungen und Grenzen der Haftung**

Voraussetzung für die Deliktshaftung ist die Organhandlung. Die handelnde Person muss demnach einerseits Organqualität besitzen und andererseits als Organ gehandelt haben.

### **c) Begriff des Organs nach Art. 55 Abs. 2 ZGB**

Für Organqualität im deliktrechtlichen Sinn genügt die Ausübung wichtiger Unternehmensfunktionen oder eine leitende Stellung → Organbegriff wird weiter verstanden!

### **d) Ausübung geschäftlicher Verrichtungen**

Nach Art. 55 Abs. 2 ZGB müssen dem Schädiger Organkompetenz, d.h. Vertretungsmacht (nicht aber auch tatsächliche Vertretungsbefugnis) zukommen.

Die Verantwortlichkeit der j.P. entfällt, wenn der Schaden nicht in Ausübung, sondern nur anlässlich (nämlich bei Gelegenheit der geschäftlichen Verrichtungen) verursacht wurde und mit den Aufgaben des Organs lediglich in einem äusserlichen, örtlichen oder zeitlichen Zusammenhang steht.

### **e) Mithaftung der delinquierenden Organe**

Nach Art. 55 Abs. 3 ZGB bleiben die handelnden Organe für ihr deliktisches Handeln persönlich verantwortlich.

→ Die Haftung aus unerlaubter Handlung der mit Organfunktion betrauten nat. Person tritt zu derjenigen der j.P. hinzu, d.h. die j.P. und das Organ haften dem Dritten gegenüber solidarisch.

Merke: Dies gilt nicht nur bei der Verschuldenshaftung, sondern auch bei der Kausalhaftung, sofern das Organ nur persönlich die betreffenden Haftungsvoraussetzungen erfüllt.

## 6. Strafrechtliche Verantwortlichkeit

Der moralischen Schuld des Individualtäters entspricht im Falle des Unternehmens eine Schuld „sui generis“, d.h. ein organisationsverschulden als „Vorwurf eigener Prägung“.

Nach Art. 102 Abs. 1 StGB ist das Unternehmen als solches subsidiär strafbar, wenn durch seinen Betrieb eine Straftat verübt wird und der eigentliche Täter nicht ausfindig gemacht werden kann, weil die Unternehmensorganisation mangelhaft ist.

Bei gewissen Katalogstraftaten ist das Unternehmen sodann originär strafbar gemäss Art. 102 Abs. 2 StGB.

Eine j.P. ist aber nur dort mit Geldstrafen zu belegen, wo ein Bundesgesetz dies ausdrücklich vorsieht.

Merke: Im Übrigen sind die Organe persönlich strafrechtlich verantwortlich (u.U. auch dann, wenn gewisse strafbegründende Merkmale nicht bei ihnen persönlich, sondern bei der j.P. vorliegen).

## VIII. Durchgriff

### 1. Missbräuchliche Verwendung der j.P.

Durchgriff = Möglichkeit, durch den „Schleier der j.P. hindurch“ auf die dahinterstehende, natürliche (oder, im Konzernverhältnis, auf die beherrschende j.P.) zu greifen.

Durchgriffstatbestände = weitgehend Anwendungsfälle des Rechtsmissbrauchsverbots, Art. 2 ZGB. Ein Durchgriff ist zu bejahen, wenn die j.P. als solche aufgrund der gesamten Umstände als ungewöhnlich erscheint und nur in Kauf genommen wird, um einen gesetzlich verpönten Zweck zu erreichen.

### 2. Umgekehrter Durchgriff

Wenn bspw. durch Vermögensübertragung an eine j.P. die Gläubiger der beherrschenden nat. Person um ihre Ansprüche gebracht werden sollen.

### 3. Insb. zum Haftungsdurchgriff

Darf der Gläubiger der j.P. nur auf deren Haftungssubstrat oder auch noch auf das Vermögen der dahinterstehenden Personen bzw. Muttergesellschaften greifen?

→ dies ist aufgrund der zu geltenden und zu respektierenden „rechtlichen Selbständigkeit von Gesellschaften“ aber nur bei Rechtsmissbrauch oder Gesetzesumgehung möglich.

Kasuistik s. Seite 336 f.

## IX. Sitz der j.P., Art. 56 ZGB

### 1. Begriff

Sitz = Örtliche Verknüpfung der j.P. (analog Wohnsitz der nat. Person)

Auch die j.P. kann, analog Art. 23 Abs. 2 ZGB, grundsätzlich nur einen Sitz haben. Daneben ist die Gründung von Zweig- oder Geschäftsniederlassungen möglich.

Merke: Die Zweigniederlassung ist vom Hauptunternehmen abhängig und hat keine selbstständige Rechtspersönlichkeit.

## 2. Bestimmung des Sitzes

Art. 56 ZGB räumt der j.P. die Freiheit der Sitzwahl ein → statuarische Sitzbestimmung. Eine Sitzverlegung ist schon durch einfache Statutenänderung möglich. Wenn sich die Statuten bez. Sitz nicht äussern, so befindet sich der Sitz am Ort der Verwaltung → Notwendigkeit eines Sitzes!

Merke: Für die Handelsgesellschaften des OR verlangt das OR von Gesetzes wegen, dass sich die Statuten über den Sitz aussprechen!

## 3. Rechtliche Bedeutung des Sitzes

Bedeutung des Sitzes:

- Zuständigkeit des HR-Eintrages
- Betreibungsort der j.P. (der Ort der Geschäftsniederlassung/Zweigstelle kommt dagegen als Betreibungsort nur in Frage, wenn sich der Wohnsitz bzw. der Sitz des Schuldners im Ausland befindet)
- Sitz = allg. Gerichtsstand (Ausnahmen sind möglich)
- Zuständigkeit allfälliger Aufsichtsbehörden

Merke: Der Sitz hat insb. für die behördenmässige „Verortung“ rechtliche Bedeutung.

# § 18 Der Verein, Art. 60-79 ZGB

## I. Begriff und Bedeutung des Vereins

### 1. Begriff und gesetzliche Regelung

Der Verein ist eine körperschaftlich organisierte Personenverbindung mit grundsätzlich ideellem, d.h. nichtwirtschaftlichem Zweck, der eine eigene Rechtspersönlichkeit zukommt.

Er bedarf keiner staatlichen Bewilligung (Konzession) und ist keiner staatlichen Aufsicht unterstellt. Deshalb bedarf es neben den Regelungen im ZGB keiner zusätzlichen öffentlichrechtlicher Ergänzungen (Ausnahme: Falls sich ein Verein wirtschaftlich betätigt, kommen die Regelungen betreffend das HR zur Anwendung. Falls Vereine fusionieren, das Fusionsgesetz).

### 2. Bedeutung

- Art. 23 BV (Vereinsfreiheit)
- Art. 11 EMRK (Vereinsfreiheit)
- Art. 60-79 ZGB (Nur gerade 24 Artikel sind im ZGB dem Verein gewidmet, wovon nur wenige zwingendes Recht sind. Der Verein ist somit eine besonders anpassungsfähige Körperschaft)

## II. Vereinszweck

### 1. Gesetzliche Regelung

Art. 60 Abs. 1 ZGB → **Ideelle Zielsetzung**. Entscheidend ist, dass der Verein nicht primär ökonomische, geldwerte Vorteile für seine Mitglieder anstrebt. Der ideelle Zweck muss im Vordergrund bleiben. Solange dies der Fall ist, kann sich ein Verein aber nebenbei wirtschaftlich betätigen und sogar ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben, Art. 60 Abs. 2 ZGB (z.B. Verkauf von Drittweltprodukten durch die Caritas).

Privilegierung des Vereins:

- kein HR-Eintrag
- kein Grundkapital
- keine staatliche Bewilligung
- keiner staatlichen Aufsicht unterstellt
- keine zwingenden Vorschriften über das Stimmrecht
- ABER dennoch Haftungsbeschränkung

### 2. Praxis des BGer

#### Aktuelle Rechtsprechung

BGE 90 II 333: „Ein Verein verfolgt **nur dann einen wirtschaftlichen Zweck**, der die Erlangung der Rechtspersönlichkeit ausschliesst, wenn er (als Hauptzweck und damit über Art. 61 Abs. 2 ZGB hinausgehend) **selber ein kaufmännisches Gewerbe** betreibt.“

Merke: Da die j.P. im Gesellschaftsrecht abschliessend normiert sind und sich deshalb für die modernen Wirtschaftsverbände und insb. auch für Kartelle keine geeignete Rechtsform finden lässt, müssen sie „contra legem“ den Regeln des Vereins folgen → Grundsatz der „Einheit der j.P.“. Diese Zuordnung wird auch auf die Überlegung gestützt, dass das Vereinsrecht eine Art. AT des Korporationsrecht darstellt und damit der Verein die Grundfigur der Körperschaft repräsentiert. Diese Rechtsprechung wird teilweise kritisiert. Nichtsdestotrotz hat das BGer an ihr festgehalten.

### III. Die Gründung des Vereins

#### 1. Gründungsakt

Art. 60 ZGB: Annahme der Statuten durch die Gründerversammlung

Aus den Statuten müssen von Gesetzes wegen ersichtlich sein:

- Wille zur Körperschaftsbildung
- Zweck des Vereins
- Mittel des Vereins
- Organisation der Personenverbindung

Nicht zwingend, aber praktisch unerlässlich sind Bestimmungen über den Namen und Sitz. Im HR eingetragene Vereine unterliegen einer Namensgebrauchspflicht nach Art. 954a OR.

Merke: Die Auslegung der Statuten erfolgt grundsätzlich nach objektiven Kriterien und nicht nach Vertrauensprinzip wie bspw. bei Verträgen.

#### 2. Mitglieder

- Natürliche oder j.P.
- Keine Mindestanzahl gesetzlich festgelegt, aber im Allg. min. drei Mitglieder gefordert (abgeleitet aus dem Mehrheitsprinzip von Art. 67 Abs. 2 ZGB. Die Statuten können jedoch auch einen Verein mit nur zwei Mitgliedern und Einstimmigkeitsprinzip vorsehen!)

#### 3. HR-Eintrag

Verpflichtet ist ein Verein, wenn er:

- i.S. eines Nebenzwecks ein kaufmännisches Gewerbe betreibt (Art. 61 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB)
- nach Art. 69b ZGB revisionspflichtig ist (Art. 61 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB)

Merke: Der Eintrag ist in jedem Fall **deklaratorisch**, d.h. hat auf die Rechtspersönlichkeit keinen Einfluss und hat auch keine heilende Wirkung!

Wirkungen des Eintrages:

- Herbeiführung der **pos. und neg. Publizitätswirkung** (somit den Schutz des öffentlichen Glaubens bez. des eingetragenen Inhalts, einschliesslich der beweisrechtlichen Wirkungen aufgrund von Art. 9 ZGB) und
- **Unterstellung unter die Konkurs- und Wechselbetreibung**

Merke: Die Eintragung eines eintragungsberechtigten Vereins führt nur zu einer beschränkten Buchführungspflicht.

#### 4. Vereine ohne Rechtspersönlichkeit

Gründe:

- Verein befindet sich noch im Gründungsstadium oder leidet an rechtlichen Mängeln bei der Gründung (z.B. ungenügende Statuten)
- Widerrechtlicher oder unsittlicher Zweck
- Beschränkung auf einen vorübergehenden Zweck d.h. der Wille zur Körperschaftsbildung fehlt (z.B. bei einer Vereinigung zur Durchführung eines Festes)

Vereinigungen ohne RP unterstehen dem Recht der einfachen Gesellschaft (Art. 62 ZGB).

## 5. Statuten

Art. 63 ZGB regelt die Normenhierarchie betr. die innere Vereinsordnung und das Verhältnis der Mitglieder zum Verein

1. Zwingende gesetzliche Normen
  - a. Absolute Normen (z.B. Art. 68 ZGB)
  - b. Einseitig zwingende Normen (z.B. Art. 64 Abs. 3 ZGB)
2. Statuten
3. Vereinsbeschlüsse
4. Dispositive gesetzliche Normen

## IV. Vereinsorganisation

### 1. Übersicht

**Organe von Gesetzes wegen: Vereinsversammlung, Vereinsvorstand, ggf. Revisionsstelle.** Die Statuten können weitere bzw. andere Organe vorsehen wie bspw. ein Vereinssekretariat oder eine Delegiertenversammlung (neben oder anstelle der Vereinsversammlung).

**Vereinsversammlung** (= Versammlung der Mitglieder), Art. 64 Abs. 1 ZGB, oberstes Organ, Legislative

In der Praxis auch General- oder Mitgliederversammlung genannt. Sie entscheidet als oberstes Organ über in allen Angelegenheiten, die nicht anderen Organen übertragen sind (Art. 65 Abs. 1 ZGB) → Kompetenzvermutung zugunsten der Vereinsversammlung.

Zwingende Aufgaben:

- Gründung und Auflösung des Vereins
- Statutenänderungen
- Aufsicht über die Tätigkeit der anderen Organe
- Abberufungsrecht

Nicht zwingende, d.h. delegierbare Aufgaben:

- Wahl der übrigen Vereinsorgane, insb. des Vorstands
- Beschlussfassung über die Aufnahme und den Ausschluss von Mitgliedern

Einberufung der Mitgliederversammlung

- erfolgt nach statutarischer Vorschrift
- 1/5 der Mitglieder kann jederzeit eine GV verlangen (Art. 64 Abs. 3 ZGB)
- Schriftliche Stimmabgabe zu einem Antrag (anstelle der Beschlussfassung in der Versammlung) ist zulässig, wenn die Statuten dies erlauben oder wenn alle Mitglieder einem Antrag schriftlich zustimmen (Art. 66 Abs. 2 ZGB)

Voraussetzungen für eine gültige Beschlussfassung

- gehörige Einberufung der Vereinsversammlung (Art. 64 Abs. 2 und 3 ZGB)
- hinreichende Ankündigung der Traktanden (Art. 67 Abs. 3 ZGB)

→ Merke: Sind alle Mitglieder vertreten (sog. Universalversammlung) bleiben diese formalen Kriterien unbeachtlich.

### **Delegiertenversammlung**

Die VV kann durch eine Delegiertenversammlung ersetzt werden, d.h. das Stimmrecht der Mitglieder wird an eine kleinere Anzahl Mitglieder delegiert. Analoge Anwendung von Art. 64 Abs. 3 ZGB.



## Vereinsvorstand, Exekutive (Geschäftsführung und Vertretung, Art. 69 ZGB)

Wahl und Mitglieder:

- Bestehend aus einem oder mehreren Mitgliedern
- Von der Mitgliederversammlung gewählt → **dispositiv, Art. 65 Abs. 1 ZGB**, d.h. die Statuten können eine andere Regelung vorsehen und die Zugehörigkeit zum Vorstand aufgrund ganz bestimmter sachlicher Voraussetzungen festlegen. Zulässig ist auch die Kooptation.
- Die Wahl des Vorstands bedarf der Zustimmung des Gewählten (ausdrücklich oder stillschweigend)
- Wählbar sind:
  - o Vereinsmitglieder
  - o aussenstehende Dritte (sofern die Statuten dies nicht ausdrücklich ausschliessen).
  - o Juristische Personen

Aufgaben:

- Geschäftsleitung (inkl. Pflicht zur Buchführung)
- Vorbereitung, Einberufung und Leitung der Vereinsversammlung
- Ausführung der Vereinsbeschlüsse
- Vertretung des Vereins nach aussen (d.h. Vertretung nach Art. 69 ZGB)

## Revisionsstelle, Art. 69b ZGB → Nicht alle Vereine sind revisionspflichtig!

- Seit dem 1.1.08 sind gewisse Vereine verpflichtet, sich einer periodischen Revision zu unterziehen
    - o Ordentliche Prüfung im Falle von wirtschaftlich bedeutsamen Grossvereinen
    - o Beschränkte Revision bei allen anderen Vereinen, falls dies ein Vereinsmitglied, das persönlich haftet oder einer Nachschusspflicht unterliegt, verlangt (Art. 69b abs. 2 ZGB)
- Umfang und Anforderungen bestimmen sich nach dem Aktienrecht (analoge Anwendung)
- Merke: In den übrigen Fällen sind die Vereine frei, ob und wie sie die Prüfung ihre Bücher ausgestalten wollen (Art. 69b Abs. 4 ZGB)

## 2. Mängel in der Organisation

Für das Vereinsrecht ermächtigt Art. 69c Abs. 1 ZGB das Gericht auf Antrag eines Mitgliedes oder eines Gläubigers die erforderlichen Massnahmen zu treffen (siehe weiter oben betr. j.P.).

## V. Die Vereinsmitgliedschaft

### 1. Begriff der Mitgliedschaft

Mitgliedschaft = Rechtsverhältnis zw. dem einzelnen Vereinsangehörigen und der Körperschaft. Grundsätzlich höchstpersönlich, d.h. sie kann weder durch Vererbung noch durch Rechtsgeschäft unter Lebenden auf andere übertragen werden (Art. 70 Abs. 3 ZGB). Veräusserlichkeiten und Vererblichkeit können aber durch die Statuten vorgesehen werden.

Das Rechtsverhältnis wird hauptsächlich durch Mehrheitsbeschluss begründet, abgeändert oder aufgehoben.

### 2. Erwerb der Mitgliedschaft

- Teilnahme an der Gründung und Zustimmung zu den Statuten
- Formelle Aufnahme aufgrund eines Beitrittsgesuchs (Art. 70 Abs. 1 ZGB) → Beim Beitritt handelt es sich um einen Vertrag. Hier gilt das Prinzip der Aufnahmefreiheit, d.h. der Verein ist grundsätzlich nicht verpflichtet, einen Kandidaten aufzunehmen. Anders ist dies bei der Genossenschaft

Ausnahmen:

- Im Falle von allfälligen Kartellbildungen muss jemand aufgenommen werden, da er sonst seine wirtschaftliche Konkurrenzfähigkeit verlieren würde
- Im Falle von sog. Monopolstellungen

### 3. Beendigung der Mitgliedschaft

#### a) Austritt

Art. 70 Abs. 2 ZGB garantiert die Austrittsmöglichkeit auf Ende eines Kalenderjahres oder einer Verwaltungsperiode unter Einhaltung einer ½-jährigen Kündigungsfrist. Die Statuten können diese Bestimmungen erleichtern, nicht aber erschweren. Ein sofortiger Austritt ist zudem bei wichtigen Gründen (vgl. Art. 27 ZGB) möglich. Weiter kann die Mitgliedschaft auch durch Vereinsbeschluss, d.h. Beschluss der Vereinsversammlung aufgelöst werden (auch wenn die Statuten dies nicht ausdrücklich vorsehen).

#### b) Ausschluss

Die Vereinsversammlung kann Mitglieder ausschliessen (Art. 65 Abs. 1 ZGB). Die Statuten können Ausschlussgründe bestimmen oder den Ausschluss ohne Grundangabe zulassen. Auch können die Statuten die Mitgliedschaft an bestimmte resolutive Bedingungen knüpfen bei deren Eintritt die Mitgliedschaft ohne weiteres endet (z.B. beim Wohnsitzwechsel eines Ortsvereins).

Wenn sich die Statuten zum Ausschluss nicht äussern, gilt die dispositive Bestimmung von Art. 72 Abs. 3 ZGB → Vorliegen wichtiger Gründe. In diesem Fall ist der Ausschluss richterlich auf seine Begründetheit hin überprüfbar (Art. 75 ZGB).

### 4. Pflichten der Mitglieder

Die statutarischen Pflichten müssen im Vereinszweck eine innere Rechtfertigung finden. Eine Verletzung der Pflichten kann durch statutarisch vorgesehene Vereinsstrafen sanktioniert werden. Diese müssen allerdings massvoll sein.

#### a) Persönliche Pflichten

- Allg. Treuepflicht, d.h. Unterlassen aller Handlungen, die dem Verein schaden könnten
- Andere Pflichten gemäss Statuten möglich (z.B. Teilnahme an der Mitgliederversammlung)

#### b) Vermögensrechtliche Pflichten

- Bezahlung der statutarischen Mitgliederbeiträge (Art. 71 ZGB)
- Keine unbegrenzte Nachschusspflicht mehr (sofern die Statuten diese nicht ausdrücklich vorsehen)
- Keine subsidiäre Haftung der Vereinsmitglieder für Vereinsschulden (sofern die Statuten diese nicht ausdrücklich vorsehen)

### 5. Rechte der Mitglieder

#### a) Mitwirkungsrechte

Höchstpersönliche Rechte, d.h. unveräusserlich und unübertragbar.

Insb. Recht auf Teilnahme und das Stimmrecht an der Vereinsversammlung, das aktive und passive Wahlrecht und das Recht auf Antragsstellung.

**Stimmrecht:** Nach *dispositiver* Regelung kommt allen Mitgliedern dasselbe Stimmrecht zu. Die Statuten können somit:

- das Stimmrecht gewisser Mitglieder auf bestimmte Angelegenheiten beschränken oder ausschliessen
- ein Mehrfachstimmrecht einführen (z.B. Stichentscheid des Präsidenten)
- eine temporäre Suspendierung als Vereinsstrafe vorsehen

Merke: Eine solche Regelung muss sachgerecht sein und darf nicht gegen das Willkürverbot verstossen!

Ein gesetzlicher Ausschluss vom Stimmrecht findet sich in Art. 68 ZGB. Achtung: Dieser betrifft nur die Beschlussfassung über Rechtsgeschäfte. Wahlen in den Vereinsvorstand fallen nicht darunter → interner Verwaltungsakt

### **b) Weitere Rechte**

Benützungsrechte; Benützung von Vereinsmaterialien, Lokalen etc.

Bezug von Dienstleistungen; Auskunft und Beratung etc.

### **c) Schutzrechte**

- Schutz vor Zweckumwandlung (Art. 74 ZGB)
- Schutz vor unzulässigen Vereinsbeschlüssen (Art. 75 ZGB)
- Schutz vor ungerechtfertigtem Ausschluss
- Gleichbehandlung der Mitglieder (ungeschriebener Grundsatz)

## **6. Zum Schutz des Vereinszwecks insbesondere**

Zwei Möglichkeiten bei einer Umwandlung\*\* des Vereinszwecks:

1. Sofortiger Austritt; ggf. ein Anspruch auf Schadenersatz
2. Vereinsbeschluss nach Art. 75 ZGB wegen Verletzung von Art. 74 ZGB anfechten

\*\* Umwandlung = Ersetzung des Zwecks durch einen neuen; Streichung eines wesentlichen Teilzwecks; Hinzufügung eines neuen Teilzwecks, der den Charakter des Vereins nachhaltig verändert.

Merke: Ein Recht auf Fortbestand des Vereins besteht nicht.

## **7. Schutz vor unzulässigen Vereinsbeschlüssen insbesondere**

### **a) Allgemeines**

Schutz des Mitglieds vor Gesetzes- und Statutenwidrigkeit. Garantie der Rechtmässigkeit der Vereinstätigkeit.

Anfechtungsobjekt: Nur Beschlüsse

Anfechtungsrecht: Nur Vereinsmitglieder (ausser die Statuten räumen weiteren Personen ein Anfechtungsrecht ein)

### **b) Beschränkung von Mitgliedschaftsrechten**

Man unterscheidet zwischen:

- Mitgliedschaftsrechten, die zur Konkretisierung der sachbezogenen Beziehungen zw. dem Verein und seinen Mitgliedern dienen und durch einfachen Vereinsbeschluss oder Statutenänderung jederzeit oder zumindest unter bes. Voraussetzungen beschränkt oder entzogen werden können
- Korporative Mitwirkungsrechte, die ein solches Vorgehen ohne die Zustimmung der Betroffenen nicht erlauben.
- Wohlerworbene Rechte, d.h. weitere statutarisch festgelegte Mitwirkungsrechte, die keine Beeinträchtigung erlauben.

### c) Schutz vor ungerechtfertigtem Ausschluss

Jedes Vereinsmitglied kann ein Ausschlussbeschluss anfechten. Massgebend sind jedoch stetes die gesetzlichen und/oder statutarischen Regelungen des Ausschlusses.

### d) Anfechtbarkeit von Beschlüssen unterer Organe

Nach neuer Rechtsprechung ist auch die Anfechtbarkeit von Beschlüssen der unteren Organe zulässig, wenn Mitgliedschaftsrechte verletzt werden. Sehen die Statuten vor, dass der Vorstandsbeschluss an die Vereinsversammlung weitergezogen werden kann, ist jedoch zunächst der vereinsinterne Instanzenzug auszuschöpfen.

### e) Verwirkungsfrist

Verfahrensmängel in der Beschlussfassung sind vor der Beschlussfassung zu rügen. Die Anfechtungsklage unterliegt sodann einer gesetzlichen Verwirkungsfrist von einem Monat seit Kenntnisnahme des fraglichen Beschlusses (Art. 75 ZGB).

Verstreicht die Zeit, wird der Mangel geheilt, d.h. der Beschluss wird verbindlich. Bei einer qualifizierten Rechtsverletzung, d.h. beim Vorliegen eines schwerwiegenden formellen oder materiellen Mangels, wird der Beschluss nichtig.

Die Unterscheidung zw. bloss anfechtbaren und nichtigen Beschlüssen kann u.U. Schwierigkeiten verursachen.

## VI. Vereine und Verbände mit Sektionen

### 1. Allgemeines

- Vereine, welche ihren Zweck in vers. Sektionen verfolgen
  - o Räumliche, sachliche oder sonstige Aufgabenteilung
- Sektionen mit und ohne eigener Rechtspersönlichkeit sind zulässig
  - o Hat die Sektion keine eigene RP, so kommt die RP nur dem Zentralverband zu.  
Sektion = Organ des Zentralverbandes

### 2. Sektionen mit Rechtspersönlichkeit

Man unterscheidet zwischen:

- **Sektion als Mitglied des Zentral- oder Dachverbandes**  
Sektion: Eine juristische Person verselbständigte Sektion, bestehend aus Einzelmitgliedern, bestehend aus Personenverbindungen mit wiederum eigener Rechtspersönlichkeit.  
z.B. CH Anwaltsverband – Kantonale Anwaltsverbände; Zahlreiche Sportverbände  
  
Merke: Zw. dem Zentral- oder Dachverband und der einzelnen zur Sektion gehörenden j.P. besteht kein verbandsrechtliches Rechtsverhältnis, d.h. der Dachverband hat gegenüber den Sektionsmitgliedern keine direkte Einwirkungsmöglichkeiten.
- **Einzelperson als Mitglied der Sektion und des Zentralverbandes**  
Hier ist das Einzelmitglied sowohl Mitglied der Sektion als auch des Zentralverbandes → Doppelmitgliedschaft. Diese Verbindung ist i.d.R. vertraglicher, nicht mitgliedschaftlicher Art.  
z.B. Verschiedene politische Parteien, wie bspw. SP Schweiz

## VII. Auflösung des Vereins

### 1. Auflösungsarten

- Art. 76 ZGB: Jederzeit durch Vereinsbeschluss
- Art. 77 ZGB: Von Gesetzes wegen bei Zahlungsunfähigkeit oder wenn die Organe auf Dauer nicht mehr ordnungsgemäss bestellt werden können.
- Art. 78 ZGB: Auf Klage hin durch den Richter, wenn der Verein tatsächlich einen widerrechtlichen oder unsittlichen Zweck verfolgt.

### 2. Liquidation und Vermögensverteilung

Es bestehen keine vereinspezifischen Normen diesbezüglich. **Art. 57 und 58 ZGB** finden Anwendung.

### 3. Liquidationslose Auflösung

Zwei Fusionsformen gemäss FusG:

1. Absorption (Annexion): Ein Verein übernimmt die Mitglieder und das Vermögen eines anderen
2. Kombination: Mitglieder und Vermögen zweier oder mehrerer Vereinen werden von einem neu zu diesem Zweck gegründeten Verein übernommen

Der schriftliche Fusionsvertrag (vom Vorstand abgeschlossen), bedarf der Zustimmung der Mitgliederversammlung der beteiligten Vereine → min.  $\frac{3}{4}$  der anwesenden Mitglieder jedes Vereins müssen zustimmen.

Der Verein kann auch durch einen sog. Rechtskleidwechsel in eine Kapitalgesellschaft oder eine Genossenschaft umgewandelt werden, ohne dass seine Rechtsverhältnisse dadurch berührt werden.

## § 19 Die Stiftung, Art. 80- nArt. 89c ZGB

### I. Begriff, Bedeutung und Arten von Stiftungen

#### 1. Begriff der Stiftung

Stiftung = Mit Rechtspersönlichkeit ausgestattetes und damit verselbständigt, einem besonderen Zweck gewidmetes Vermögen, kurz: Zweckvermögen.

Eigenschaften:

- einzige nichtkörperliche j.P., d.h. privatrechtliche Anstalt
- Grundsätzlich keine Mitglieder und Eigentümer, nur Destinatäre

Abgrenzung zu anderen Formen:

- Man unterscheidet zw. gewöhnlichen Stiftungen und der Sonderformen wie Familien-, kirchliche und Personalfürsorgestiftungen → Spezialbestimmungen
- Unselbständige Stiftungen = stiftungsähnliche Sondervermögen ohne Rechtspersönlichkeit (Art. 80-89c sind nur analog anwendbar). Das Vermögen wird einer Trägerperson zugeordnet.
- Trusts (siehe hinten)

**Grundsatz der Stiftungsfreiheit** = ungeschriebenes Rechtsatz: Jede Person hat das Recht, eine Stiftung zu errichten und sie nach Zweck, Vermögen und Organisation in den Scharanken der Rechtsordnung beliebig auszugestalten. Erfüllt die Stiftung die gesetzlichen Vorschriften, muss sie von den Behörden ins HR eingetragen werden (ohne vorgängige behördliche Genehmigung).

## II. Gesetzliche Grundlagen

- Art. 80-nArt. 89c ZGB
- Art. 52-59 ZGB
- Art. 335, 493 und 539 Abs. 2 ZGB, nArt. 412 Abs. 1 ZGB sowie Art. 6b SchIT ZGB
- OR: Ergänzende Bestimmungen zur Personalfürsorgestiftung
- Bestimmungen zum HR-Eintrag und Buchführung, Erbrecht, Fusionsgesetz, BVG
- Weitere Bestimmungen finden sich im kantonalen Recht bspw. zur Stiftungsaufsicht bzw. Steuerrecht

## III. Errichtung der Stiftung

### 1. Widmungsakt (Stiftungsurkunde, Stiftungsstatut, Satzung)

Widmungsakt = Eigentliches Stiftungsgeschäft; einseitiges nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft

Form des Widmungsakts:

- Unter Lebenden (Art. 81 Abs. 1 ZGB) – Öff. Beurkundung nötig
- Von Todes Wegen (Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 493 Abs. 1 ZGB) → „Erbstiftungen“ – Testament oder Erbvertrag

Inhalt des Widmungsakts:

- Wille, eine selbständige Stiftung i.S.v. Art. 80 ff. ZGB unter den Namen „XY-Stiftung“ zu errichten; Stiftungswille = Wille zur Entäusserung von Vermögen und gleichzeitig zur Schaffung eines neuen, selbständigen Rechtssubjekts
- Bezeichnung des gewidmeten Vermögens (Fr XY in bar)
- Umschreibung des besonderen Stiftungszwecks → Der Zweck muss vom Stifter mit hinreichender Bestimmtheit umschrieben werden
- Datum, Unterschrift

→ Für die Auslegung gilt das **Willensprinzip** (analog Testamentsauslegung) und zwar auch wenn die Errichtung unter Lebenden stattfand. Sind Teile der Stiftungsurkunde oder eines Reglements zu Bestandteilen eines Vertrags geworden, so tritt das **Vertrauensprinzip** zum Willensprinzip hinzu.

### 2. Insb. zur Zweckbestimmung

- Grundsatz der Stiftungsfreiheit, d.h. Zweck kann frei gewählt werden
- muss weder wohltätig sein noch im öffentlichen Interesse liegen
- kann auf Dauer oder nur vorübergehend angelegt sein
- Mehrere Zwecke sind möglich
- nicht widerrechtlich oder unsittlich (Art. 52 Abs. 3 und 88 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB) bzw. nicht unmöglich → Folge: Nichtigkeit und Liquidation der Stiftung

### 3. Insb. zum gewidmeten Vermögen

- Keine gesetzlichen Regelungen
- In Frage kommen: Grundstücke, Bargeld, Wertschriften oder Forderungen, insb. Forderungen gegen den Stifter selbst
- Vermögensübergang ist nicht nötig. Die Begründung einer schuldrechtlichen Verpflichtung, Vermögenswerte zu übertragen genügt (Besonderheiten bei Personalfürsorgestiftungen)
- Umfang frei wählbar, muss aber zur beabsichtigten Zweckverfolgung ausreichen (ansonsten wird die analoge Anwendung von Art. 83d Abs. 2 ZGB geprüft → Vermögen wird einer anderen Stiftung mit ähnlichem Zweck zugewendet)
- Vermögen wird vom Stifter oft später aufgestockt

#### 4. Eintragung ins HR

- HR-Eintrag notwendig
- Ausnahmen: kirchliche Stiftungen und Familienstiftungen → Freiwillige Eintragung; hat gewisse Publizitätswirkung aber keine Auswirkungen auf die Buchführungspflicht
- Konstitutive Wirkung (Art. 52 Abs. 1 ZGB); vor Eintragung: Rechtstellung eines Nasciturus
- Mitteilungspflicht der Testamentseröffnungsbehörde an den HR-Registerführer (Art. 81 Abs. 3 ZGB) um zu verhindern, dass Stiftungen nach dem Tod gegen den Willen des Stifters (mangels Interesse der Erben) „verschwinden“

#### 5. Anfechtung der Stiftungerrichtung

Eine Anfechtungsklage ist möglich (analog Schenkung), wenn berechnigte, gesetzlich geschützte Drittinteressen verletzt werden (Art. 82 ZGB)

Aktiv legitimiert sind:

- Ehegatte (gestützt auf Art. 208 ZGB)
- Erben des Stifters im Rahmes des Pflichtteilsschutzes
- Gläubiger (z.B. wenn der schwer verschuldete Gründer die Stiftung nur errichtet, um von seinen Schulden befreit zu sein)

Auch denkbar ist, dass die Stiftungerrichtung i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB rechtsmissbräuchlich ist und deshalb ein „Durchgriff“ erfolgen kann.

### IV. Organisation der Stiftung

#### 1. Grundlagen

Organe und Art der Verwaltung werden vom Stifter (in der Stiftungsurkunde) bestimmt. Zusätzlich kann der Stifter in einem schriftlichen Reglement die nähere Organisation festlegen.

Bei Fehlen eines der vorgeschriebenen Organe oder bei nicht rechtmässiger Zusammensetzung hat die Aufsichtsbehörde eine Frist zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes zu setzen oder auf Kosten der Stiftung die Organisation zu ergänzen bzw. einen Sachwalter zu ernennen. Ist dies nicht möglich, ist das Vermögen zweckdienlich zu verwenden (Art. 83d Abs. 2 ZGB)

#### 2. Oberstes Stiftungsorgan (Verwaltung) oder Stiftungsrat

- Geschäftsführung und Vertretung (Art. 55 ZGB)
- Eine oder mehrere nat. oder j.P. (häufig bestimmt der Stifter einen ersten Stiftungsrat, der sich bei Vakanzen selbst ergänzt (Kooptation))
- Haftung nach Art. 398 OR (Auftrag) i.V.m. Art. 321e OR (Arbeitsvertrag)
- Aufgaben:
  - o Muss dafür sorgen, dass das Stiftungsvermögen nach Massgabe des Stifterwillens verwendet wird und erhalten bleibt
  - o Buchführungspflicht (Art. 83a ZGB) nach Massgabe des OR. Auch wenn kein kaufmännisches Gewerbe betrieben wird. Für Stiftungen die nicht im HR eingetragen sind, sind Erleichterungen bei der Buchführung und Rechnungslegung vorgesehen

#### 3. Revisionsstelle

- Gewöhnliche Stiftungen (v.a. grössere Stiftungen) sind seit 1.1.2006 verpflichtet, eine unabhängige Revisionsstelle zu bezeichnen (Art. 83b Abs. 1 ZGB) → Aufsichtsbehörde kann sie u.U. von dieser Pflicht befreien.
- Aufgaben:
  - o jährliche Rechnungsprüfung und Berichterstattung nach den Bestimmungen des Aktienrechts (Art. 83b Abs. 3 ZGB) zuhanden des Stiftungsrates. Eine Kopie des Berichts geht an die Stiftungsaufsicht.
  - o Bei Zahlungsunfähigkeit oder Gefahr der Überschuldung wird die Aufsichtsbehörde informiert (Art. 84a ZGB).

## 4. Weitere Organe

Weitere Organe wie bspw. Kontrollorgane oder interne Aufsichtsorgane sind möglich. Auch kann die Verwaltung in Stiftungsrat und Ausschluss aufgeteilt werden.

Merke: Eine Mitgliederversammlung fehlt bei der Stiftung, d.h. es gibt kein eigentliches Willensbildungsorgan. Die Destinatäre haben nur ausnahmsweise ein direktes Forderungsrecht und Einfluss auf den Gang der Stiftungsgeschäfte (z.B. wenn sie Mitglied des Stiftungsrates sind).

## V. Beaufsichtigung der Stiftung

### 1. Zweck und Inhalt

Die behördliche Aufsicht (Art. 84 ZGB) dient der Sicherung des Stiftungszwecks einschliesslich der Funktionsfähigkeit der Stiftung. Es gilt Gesetzes- und Statutenwidrigkeiten bei der Anlage/Verwendung des Vermögens und bei der Verwaltungstätigkeit der Stiftungsorgane zu verhindern.

Aufgaben:

- Überwachung der Stiftungsorgane (soweit der Zweck von deren Funktionstüchtigkeit abhängt)
- Einschreiten im Falle von Zweckgefährdung bzw. Zweckentfremdung, Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit

Merke: Familienstiftungen und kirchliche Stiftungen unterstehen keiner Aufsicht des Gemeinwesens!

### 2. Zuständigkeit

Art. 84 Abs. 1 ZGB: Stiftungen stehen unter der Aufsicht des Gemeinwesens, dem sie nach ihrer Bestimmung angehören.

Massgebend: Zweck und räumliche Ausdehnung der Stiftungstätigkeit, d.h. es ist jenes Gemeinwesen zuständig, welches bei Nichtbestehen der Stiftung am ehesten die entsprechenden Aufgaben übernehmen müsste.

Kantone können die den Gemeinden angehörenden Stiftungen auch der kantonalen Aufsichtsbehörde unterstellen (Art. 84 Abs. 1 bis ZGB) oder Kantone können sich zusammenschliessen (z.B. Zentralschweizer Stiftungsaufsicht). Bei gesamtschweizerischer Bedeutung erfolgt die Beaufsichtigung durch den Bund (z.B. Pro Juventute).

Merke: Die Stiftungsaufsicht gehört formell zum Bundesprivatrecht; materiell hingegen zum ÖffR. letztinstanzliche kantonale Verfügungen können daher mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans BGer weitergezogen werden.

### 4. Aufsichtsmittel

- Sowohl repressive als auch präventive Massnahmen
  - o Mahnung, Verweis, Verhängung einer Busse gegen Stiftungsorganes, Anordnung einer Berichterstattungspflicht des Stiftungsrates, Bücher- und Akteneinsicht der Aufsichtsorgane, Rechnungsprüfung, Reglementsgenehmigungspflicht, Überwachung der Kapitalanlage
  - o Repressive Mittel: Aufheben von gesetzes- oder statutenwidrigen Entscheiden, Ernennung und Absetzung von Personen in den Stiftungsorganen, Ersatzvornahme auf Kosten der Stiftung, Verfügen einer Grundbuchsperr, Ergänzung der Organisation etc.
  - o Art. 83d ZGB bei mangelhafter Organisation: Fristansetzung, Ernennung des fehlenden Organs oder eines Sachwalters
- Bei der Wahl des Aufsichtsmittels ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu wahren!
- Aufsichtsbehörde darf nicht an Stelle der Stiftungsorgane handeln und darf keine Ermessenskontrolle ausüben



## VI. Umwandlung der Stiftung

### 1. Problemstellung

Wird eine Umwandlung zur Wahrung des Stifterwillens (Zweck) unumgänglich, so sieht das Gesetz ausnahmsweise eine Umwandlung der Stiftung bez. der Organisation (Art. 85 ZGB) und des Zwecks (Art. 86 ZGB) vor.

**Unwesentliche Änderungen** der Statuten (z.B. bez. der Organisation des alltäglichen Geschäftsablaufs) sind auch dann **zulässig**, wenn sie nicht unerlässlich für die Erreichung des Stiftungszwecks sind, sondern lediglich „triftige sachliche Gründe“ dafür sprechen und keine Rechte Dritter beeinträchtigt werden (Art. 86b ZGB) → diese Änderungen können direkt von der Aufsichtsbehörde vorgenommen werden.

### 2. Änderung der Organisation, Art. 85 ZGB

Nach Art. 85 ZGB zulässig, „wenn die Erhaltung des Vermögens oder Wahrung des Zweckes die Änderung dringend erfordert“.

Die Umwandlungsbehörde handelt nur auf Antrag der Aufsichtsbehörde und nach Anhörung des Stiftungsrates.

Das Reglement kann durch die Leitungsorgane selbst abgeändert werden. Art. 85 ZGB findet keine Anwendung.

### 3. Änderung des Zwecks, Art. 86 ZGB

#### a) Im Allgemeinen

Nach Art. 86 Abs. 1 ZGB zulässig, „wenn ihr ursprünglicher Zweck eine ganz andere Bedeutung oder Wirkung erhalten hat, so dass die Stiftung dem Willen des Stifters offenbar entfremdet worden ist“.

Mit anderen Worten: Zulässig, wenn man annehmen kann, der Stifter hätte in Kenntnis der veränderten Umstände den Zweck selber anders umschrieben, ohne allerdings an der Grundausrichtung des Stiftungszwecks zu rütteln.

#### b) Auf Antrag des Stifters, Art. 86a ZGB

Der Stifter kann (seit 8.10.2004 - Stiftingsrechtsrevision):

- Zu Lebzeiten unter best. Voraussetzungen selber eine Zweckänderung verlangen (Art. 86a ZGB)
- Eine Zweckänderung in einer Verfügung von Tode wegen vorsehen

Merke: Das Recht auf Zweckänderung des Stifters ist ein absolut höchstpersönliches Recht (d.h. nicht vererb- oder übertragbar). Es gilt nicht für Stiftungen, welche vor dem 8.10.04 gegründet wurden!

Voraussetzungen:

- entsprechenden Vorbehalt in der Stiftungsurkunde
- Dauer von min. 10 Jahren seit der Errichtung der Stiftung oder der letzten vom Stifter verlangten Änderung
- Ursprünglich öffentliche oder gemeinnützige Stiftungszwecke können nur durch öffentlich oder gemeinnützige Stiftungszwecke ersetzt werden (Art. 86a Abs. 2 ZGB)

## 4. Zuständigkeit und Verfahren

Zuständig für die Organisations- oder Zweckänderung ist das Gemeinwesen.

- Beim Bund: i.d.R. EDI
- Bei Kantonen/Gemeinden: Zuständige Behörde wird nach kantonalem Einführungsgesetz bestimmt

Die massgebenden Stiftungsorgane können ein Gesuch an die Aufsichtsbehörde richten, welche ihrerseits einen Antrag an die Umwandlungsbehörde richten muss. Der Stiftungsrat ist zwar anzuhören aber seine Zustimmung ist nicht erforderlich (≠ Willensbildungsorgan sondern blosses Exekutivorgan).

Bei der Zweckänderung auf Antrag des Stifters oder seiner Verfügung von Todes wegen erfolgt die Änderung ohne weiteres, d.h. insb. ohne Anhörung der Stiftungsorgane, durch die Umwandlungsbehörde.

Merke: Bei mehreren Stiftern kann eine Änderung des Stiftungszwecks nur gemeinsam verlangt werden (Art. 86a Abs. 4 ZGB).

Abänderungsbeschlüsse der Umwandlungsbehörde bedürfen keiner öffentlichen Beurkundung, sind aber im HR einzutragen.

## VII. Aufhebung der Stiftung

### 1. Aufhebungsgründe

→ Grundsatz: Keine Selbstauflösung wie bei den Körperschaften, weil die Stiftung kein Willensbildungsorgan besitzt!

**Aufhebung von Gesetzes wegen** durch die zuständige kantonale bzw. Bundesbehörde:

- Unerreichbarkeit des Zwecks
  - o Insb.: dauernder Vermögensverlust, Überschuldung, Zahlungsunfähigkeit (Art. 88 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB)
  - o Merke:
    - Ist der Zweck von Anfang an unerreichbar, findet Art. 83d Abs. 2 ZGB Anwendung
    - Kann der Zweck durch eine Zweckänderung nach Art. 86 ZGB erreicht werden, kommt es nicht zur Auflösung
- Nachträgliche Widerrechtlichkeit und Unsittlichkeit des Zwecks

**Aufhebung durch den Stifterwillen:**

- ausdrückliche oder faktische Befristung (z.B. jährliche Ausschüttung eines begrenzten Kapitals)
- Anknüpfung an Resolutivbedingung
- Achtung: Kein Vermögensrückfall an den Stifter!

Merke: Familienstiftungen und kirchliche Stiftungen werden durch das Gericht aufgehoben

### 2. Fusion von Stiftungen

- Lediglich organisatorische Aufhebung der einen Stiftung, nachdem deren Vermögen im Rahmen einer andern Stiftung weiterhin nach Möglichkeit seinem urspr. Zweck dienen soll ≠ Liquidation
- Nur zulässig, wenn sie sachlich gerechtfertigt und insb. der Wahrung und Durchführung des Stiftungszwecks dient (Art. 78 Abs. 2 FusG)
- Fusionsvertrag: Durch Stiftungsräte abgeschlossen und von der Aufsichtsbehörde zu genehmigen (Art. 83 FusG)

- Analoge Anwendung von Art. 78 Abs. 2 FusG bei Vermögensübertragung von der Stiftung auf einen anderen Rechtsträger → zu beantragen bei der Aufsichtsbehörde durch die Stiftungsräte. Besonderheiten: Bei Familien- und kirchliche Stiftungen
- Besonderheiten betr. Fusion, Umwandlung und Vermögensübertragung: Bei Vorsorgeeinrichtungsstiftungen

### 3. Liquidation und Verwendung des Stiftungsvermögens

- Massgebend: Art. 58 ZGB mit Verweis auf das Genossenschaftsrecht
- Verfahren steht unter behördlicher Aufsicht
- Art. 57 ZGB: Bez. Vermögensverwendung
  - o Ohne statutarische Regelung: Vermögen geht an das Gemeinwesen, welches es nach dem Zweck zu verwenden hat.
  - o Ein Rückfall an den Stifter ist bei statutarischer Anordnung in engen Schranken zulässig

## VIII. Familienstiftung

### 1. Begriff

Verselbständigtes Vermögen, dass mit einer bestimmten Familie dadurch verbunden wird, dass es der Bestreitung der Kosten der Erziehung, der Ausstattung oder Unterstützung von Familienangehörigen oder ähnlichen Zwecken\*\* dient (Art. 335 Abs. 1 ZGB).

\*\* Ausschliesslich solche, die den Familienmitgliedern in best. Lebenslagen jene materielle Hilfe gewähren, die unter den gegebenen Umständen als notwendig oder wünschbar erscheint.

Der Destinärkreis ist auf einen ganz bestimmten Familienverbund und dessen Angehörige beschränkt.

Grenzen:

- Keine reinen Unterhaltstiftungen
- Verbot der Errichtung von Familienfideikommissen (= Sondervermögen ohne eigene Rechtspersönlichkeit, z.B. „Landgut“)

### 2. Möglichkeit der Konversion einer nichtigen Stiftung

Ein nichtiges Rechtsgeschäft, welches den Erfordernissen eines anderen mit ähnlichem Zweck und Erfolg entspricht, wird in dieses umgedeutet, wenn angenommen werden darf, die handelnden Personen hätten dies bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt → ungeschriebener Rechtsatz

### 3. Gesetzliche Besonderheiten der Familienstiftung

- Keine Eintragungspflicht ins HR (freiwilliger Eintrag möglich; Ausnahme: Sofern ein kaufmännisches Gewerbe i.S. eines Nebenzwecks geführt wird, ist die Stiftung eintragungspflichtig!) → Eintrag in jedem Fall rein deklaratorisch, d.h. keine heilende Wirkung
- Keine Unterstellung unter die Aufsichtsbehörde → Destinatäre können den Richter anrufen
- Keine Verpflichtung zur Bezeichnung einer Revisionsstelle

## IX. Kirchliche Stiftung

### 1. Begriff

Stiftung mit kirchlicher\* Zwecksetzung und einer organischen\*\* Verbindung zu einer Religionsgemeinschaft. → Definition gemäss Lehre. Es gibt keine Legaldefinition!

\* d.h. mittelbar/unmittelbar „dem Glauben an Gott“ bzw. einer best. Glaubensdenomination dienend. Zu unterscheiden von „gewöhnlichen“ Stiftungen mit konfessionell beschränktem Destinatärkreis

\*\* d.h. mit einer tatsächlichen internen, autonomen Aufsicht durch eine Religionsgemeinschaft

Merke: Die kirchliche Stiftung ist keiner staatlichen Aufsicht unterstellt.

### 2. Gesetzliche Besonderheiten

- Keine Eintragungspflicht ins HR (freiwilliger Eintrag möglich; Ausnahme: Sofern ein kaufmännisches Gewerbe i.S. eines Nebenzwecks geführt wird, ist die Stiftung eintragungspflichtig!) → Eintrag in jedem Fall rein deklaratorisch, d.h. keine heilende Wirkung
- Keine Unterstellung unter die Aufsichtsbehörde → Die Kantone können sie jedoch einer Aufsicht unterstellen. Für Streitigkeiten ist der Richter zuständig.
- Keine Verpflichtung zur Bezeichnung einer Revisionsstelle

## X. Personalfürsorgestiftung

### 1. Begriff

Sie ist einem besonderen Zweck\* gewidmet und hat einen besonderen Destinatärenkreis\*\* → Keine Legaldefinition

\* d.h. bei besonders tief greifenden Wechselfällen des Lebens wie Tod, Krankheit, altersbedingtes Ausscheiden aus dem Erwerbsleben, Arbeitslosigkeit, Unfall und Invalidität Unterstützungsleistungen auszurichten.

\*\* d.h. arbeitsnehmendes Personal eines bestimmten Arbeitgebers, d.h. in erster Linie Arbeitnehmer aber auch deren Angehörige

### Drei-Säulen-Prinzip (Art. 111 BV)

1. Säule: Alters-, Hinterbliebenen- und Invalidenversicherung (AHV/IV)
2. Säule: Berufliche Vorsorgeeinrichtungen (BV) → Gemäss Art. 48 Abs. 2 BVG muss diese Vorsorgeeinrichtung die Rechtsform einer Genossenschaft oder einer Stiftung haben → Fast alle in der CH sind heute Stiftungen!
3. Säule: Freiwillige Vorsorge (Säule 3a)

### 3. Gesetzliche Besonderheiten

- Primär: Spezialerlasse für Personalfürsorgestiftungen, aber auch
- Art. 52-59 ZGB
- Art. 80-89 ZGB
- und nArt. 89a ZGB
  - o nArt. 89a Abs. 2 ZGB: Auskunftsrecht

## XI. Sammelvermögen

Öffentliche Sammlung von Geldern für wohltätige oder gemeinnützige Zwecke\*\*. Sie hat keine eigene Rechtspersönlichkeit, d.h. ist eine unselbständige Stiftung bzw. ein stiftungsähnliches Zweckvermögen.

\*\* Analoge Anwendung von Art. 60 Abs. 1 ZGB

nArt. 89b f. ZGB stellt eine bundesrechtliche Minimalvorschrift zur Kontrolle öffentlicher Sammlungen für gemeinnützige Zwecke:

- Abs. 1: Die zuständige Behörde muss im Falle fehlender Verwaltung oder Verwendung des Vermögens das Erforderliche anordnen.
- Abs. 2: Auflistung von Massnahmen (z.B. Ernennung eines Sachwalters, Zuwendung des Vermögens an einen Verein/Stiftung mit möglichst gleichartigem Zweck)

## XII. Unternehmensstiftung

### 1. Begriff

Bei dieser Stiftung besteht das gewidmete Vermögen ganz oder zum grossen Teil aus einem Unternehmen oder einer massgebenden Beteiligung an einem Unternehmen.

→ Nicht im Gesetz vorgesehen, aber auch nicht ausdrücklich untersagt → Erscheinung der Rechtswirklichkeit.

Besonderheit: Unternehmerische Betätigung, d.h. sie nähern sich insofern den Handelsgesellschaften an, ohne jedoch zu diesen zu gehören → Problem bez. staatlicher Aufsicht. Zudem sollten sie für die unternehmerische Tätigkeit an und für sich Organe mit Entscheidungsfreiheiten haben.

### 2. Die zwei Formen:

- Unternehmensträgerstiftung: Die Stiftung führt direkt selber eine wirtschaftliche Unternehmung.  
D.h. Stiftung und Unternehmen sind identisch. z.B. Stiftung Berner Inselspital und Kantons- und Universitätsspital.
- Holdingstiftung: Stiftungszweck ist die massgebliche Beteiligung an einem (oder mehreren) Unternehmen.  
D.h. die Aktien der Unternehmen gehören teilweise oder ganz der Stiftung. Die Stiftung kann durch ihr Mehrheitsrecht bei der GV mitbestimmen, wer die AG(s) führt. Der Gewinn geht auch wieder in Form von Dividenden an die Stiftung zurück. Z.B. Kuoni Reisen Holding AG gehört der Hugentobler-Stiftung.

### 3. Die zwei vers. Erscheinungsarten:

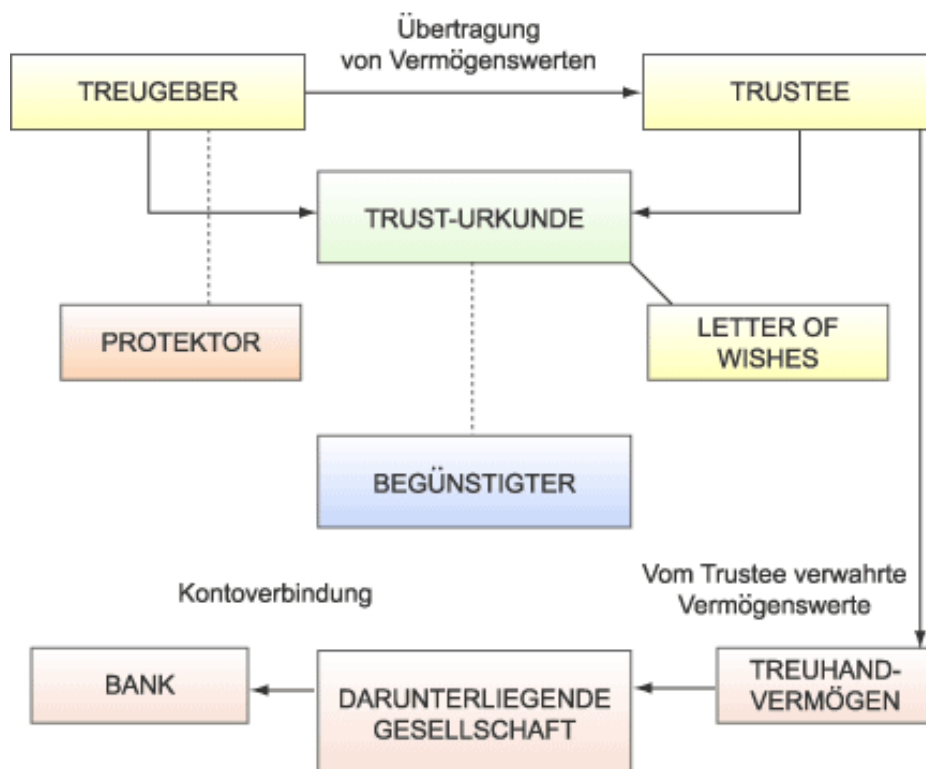
- Verfolgung eines **wirtschaftlichen (Haupt-) Zwecks**  
z.B. Kuno und Hugentobler-Stiftung, die bezweckt, „den Konzern „Kuoni Reisen Holding AG“, in ZH, unter Aufrechterhaltung des bisherigen Gesellschaftszweckes auf solider Grundlage dauernd zu erhalten.“  
Voraussetzungen: Die Gewinne des betriebenen Unternehmens dienen ausschliesslich der Vermehrung des Stiftungsvermögens und das Unternehmen verfolgt nicht selber einem öffentlichen oder ideellen Zweck.
- Unternehmung dient als blosses **Substrat** der Stiftung, d.h. wird von der Stiftung genutzt, um deren (wirtschaftlichen oder ideellen) Zweck zu verfolgen  
z.B. Stiftung Berner Inselspital, die namentlich die „Führung des Kantons- und Universitätsspitals“ bezweckt.

Merke: Als atypische Unternehmensstiftungen gelten Stiftungen, welche im Zusammenhang mit reinen Handelsunternehmen, Industrien oder Banken in Erscheinung treten. Hier stellt sich ernsthaft die Frage nach deren Zulässigkeit!

## XIII. Trust

### 1. Überblick

- Trust = Rechtsinstitut, welches keine j.P. ist, d.h. keine Rechtspersönlichkeit hat und somit nicht vermögensfähig ist aber Ähnlichkeiten mit der Stiftung aufweist und ähnliche Funktionen wahrnehmen kann. Er kann unter Lebenden oder durch Testament errichtet werden.
- Settlor = Begründer, Treugeber. Er kann ein Widerrufsrecht in der Trusturkunde vorbehalten, d.h. den Trust zu einem späteren Zeitpunkt auflösen und das verbleibende Vermögen an sich ziehen.
- Trustee(s) = Eine oder mehrere Personen, welche das Geld verwalten und für einen vom Settlor vorgegebenen Zweck verwenden. Dieser Zweck kann allg. Natur sein oder in der Begünstigung bestimmter Personen – den Beneficiaries – liegen. Der Trustee hat das Eigentum am Zweckvermögen, d.h. alle Verpflichtungen und Rechte des Trusts beziehen sich formell auf den Trustee.
- Beneficiaries = Begünstigte → Merke: Der Settlor und die Trustees können zugleich Beneficiaries sein!  
Ihnen kommt eine Art Organstellung zu und sie haben gewisse Kontroll- und Aufsichtsbefugnisse.
- Trustvermögen = Sondervermögen, welches vom Privatvermögen des Trustees zu trennen ist



### 2. Funktion/Zweck

- Nachlassplanung
- Strukturierung geschäftlicher Interessen
- Vermögensverwaltung

### 3. Anerkennung von Trusts in der CH

Die Frage der Anerkennung betrifft das internationale Privatrecht (IPRG).

Das Haager Trust-Übereinkommen (HTÜ) regelt das anwendbare Recht. Dem Settlor steht die freie Rechtswahl offen, sofern die gewählte Rechtsordnung das Institut des Trusts kennt. Es dürfte grundsätzlich zulässig sein, in der CH eine Trust ohne jeglichen – von der Rechtswahl abgesehene – Auslandsbezug zu errichten. Die Schweiz kennt aber keine materiell-rechtliche Verankerung des Trusts, somit untersteht ein Trust zwingend immer ausländischen Recht.

### 4. Besonderheiten und problematische Aspekte

- Keine öffentliche Beurkundung bei der Errichtung eines Trusts unter Lebenden
- Kein obligatorischer HR-Eintrag
- Keine Revisionspflicht
- Keine behördliche Aufsicht
- Beschränktes Haftungssubstrat des Trusts aufgrund der Selbständigkeit des Trustvermögens  
→ es kann nicht auf die dahinterstehenden Privatpersonen zurückgegriffen werden.
- Das Trustrecht sieht kein Verbot für sog. Familienunterhaltstiftungen und Familienfideikomissen vor

Merke: Im Ausland gültig errichtete Familienstiftungen werden in der CH auch dann anerkannt, wenn sie sich nicht auf die gemäss Art. 335 Abs. 1 ZGB zulässigen Zwecke beschränken!