

## **100 Jahre Schweizerisches Zivilgesetzbuch**

Schweizerischer Juristentag vom 21./22. September 2007 in Luzern

Unter ansehnlicher Beteiligung von Juristen aus der ganzen Schweiz fand vom 21. bis 22. September 2007 in Luzern im Hotel Schweizerhof unter der Leitung des Präsidenten Stephen Berti der vom Schweizerischen Juristenverein ausgerichtete Schweizerische Juristentag unter dem Thema „100 Jahre Schweizerisches Zivilgesetzbuch“ statt. Wie immer waren, angereichert durch ein ansprechendes Rahmenprogramm, zahlreiche, ausgezeichnete Referate ausgewiesener Fachleute zu hören.

Im ersten Vortrag „Der Text des Gesetzes: Genealogie und Evolution von Art. 1 ZGB“ untersuchte Prof. Marc Amstutz (Fribourg) die Entwicklung des 1. Artikels des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, aus welchem das Bestreben von Eugen Huber, mit dem ZGB ein volkstümliches und allgemein verständliches Gesetzesbuch zu schaffen, klar ersichtlich wird. Nach der Idee Hubers sollte das Recht nicht durch die Gesetzgebung geschaffen und damit den Mächtigen überlassen werden, sondern unter dem Einfluss der Gesellschaft stehen und allein ihre laufend sich wandelnden Bedürfnisse widerspiegeln. Ganz bewusst wurde der Gesetzestext darum offen gehalten, um dem Wandel der Auffassungen in der Gesellschaft bei der Anwendung des Gesetzes Rechnung zu tragen.

Freilich hat sich Hubers Auffassung in der Methodenlehre nicht durchsetzen können. Die Methodenlehre wurde zunehmend als Instrument der Gewaltenteilung zur Abgrenzung von Recht und Politik betrachtet, in welcher der Richter selber keine politische Wertungen vorzunehmen hatte, sondern allein die von der Politik bestimmten Wertungen auf den Einzelfall umzusetzen hatte. Die heute noch vorherrschende Rechtsmethodik von Arthur Meier-Hayoz, in welcher Impulse aus der Gesellschaft zur Gesetzesbildung eine völlig untergeordnete Rolle spielen, war schliesslich Höhepunkt dieser Entwicklung.

Um neue Wege zu beschreiten schlägt Professor Amstutz die Anwendung der modernen Texttheorie, insbesondere die Grammatologie von Jacques Derrida, vor. Gemäss Derrida ist der Gesetzestext nie konstant, sondern wandelt sich in seiner Bedeutung im Laufe der Zeit. Diese Überlegungen wiederum würden gemäss Professor Amstutz Anschluss an die ursprüngliche Idee des offenen Gesetzestextes von Eugen Huber erlauben.

Frau Professor Ariane Morin (Lausanne) befasste sich in Ihren Ausführungen mit zwei anderen Normen der Einleitungsartikel des ZGB, den Artikeln 2 ZGB, „Handeln nach Treu und Glauben“, und Art. 4 ZGB, „Richterliches Ermessen“, Bestimmungen, welche den Geist des Schweizerischen ZGB hervorragend zum Ausdruck bringen. Frau Professor Morin wies ebenfalls auf die Hubersche Konzeption des Schweizerischen ZGB als volksnahes und handliches Regelwerk hin. Um die daraus resultierende, letztlich gewollte, Unvollständigkeit des Gesetzes wettzumachen, gab der Gesetzgeber dem Richter die beiden genannten Artikel, für die Fälle zur Hand, in denen das Gesetz einen Sachverhalt nicht (Art. 2 ZGB) oder nur teilweise (Art. 4 ZGB) erfasst. Dabei bringt Art. 2 – in Abs. 1 positiv (gebotes Handeln nach Treu

und Glauben) und Abs. 2 (verbotener Rechtsmissbrauch) negativ formuliert – das Grundprinzip gegenseitiger Rücksichtnahme als Schlüssel und Grundlage eines harmonischen Rechtslebens zum Ausdruck.

Desgleichen ist auch die Anwendung von Art. 4 ZGB, welcher den Richter anhält, bei Ermessensfragen, Würdigung der Umstände oder wichtigen Umständen sein Entscheid nach Recht und Billigkeit zu treffen, Ausdruck des flexiblen und offenen Geistes des Regelwerkes.

Eine solche Unbestimmtheit birgt indes auch Gefahren. Um einen Missbrauch des Gesetzes zu verhindern, hat der Richter darum stets den wahren Sinn der in Frage stehenden Bestimmung festzustellen, wobei er hierbei nicht völlig frei ist, sondern diesen wiederum gemäss Art.1 Abs. 1 ZGB auf Grund des Wortlauts oder der Auslegung zu ermitteln.

Erst durch das Zusammenspiel dieser Artikel mit den übrigen Bestimmungen ergebe das ZGB ein in sich geschlossenes Ganzes.

Andere, weniger juristische denn gesellschaftliche Aspekte brachte Professor Olivier Guillod (Neuchâtel) mit seinem Rückblick auf die 100-jährige Entwicklung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches mit seinem Referat ein, indem er die durch Beispiele aus dem Alltag der Menschen von 1907 auf die vollkommen unterschiedlichen Lebensumstände der damaligen Zeit im Vergleich zu heute aufmerksam machte. Nebst interessanten, allgemeinen Informationen, wie zum Beispiel, dass 1907 der Kubismus die Kunstwelt teilte, in Zürich das erste Kino seine Tore öffnete und Albert Einstein beim bernischen Patentamt arbeitete, wies er unter anderem darauf hin, dass bei der Beschliessung des Schweizerischen ZGB die Schweiz 3.5 Millionen Einwohner (davon 40% Bauern) zählte, welche im Durchschnitt weniger als 50 Jahre alt wurden, die Scheidungsrate weniger als 5% betrug und die Behörden bei Vaterschaftsnachweisen ohne DNA Tests auskommen mussten. Dass dieses Regelwerk heute noch zu 60% aus den originalen Artikeln bestehe, ist nach Auffassung von Professor Guillod ein beeindruckendes Zeugnis der wohlgedachten Konzeption Eugen Hubers. Die vor hundert Jahren im ZGB verankerten und von den Ideen des Liberalismus massgeblich beeinflussten juristischen Grundwerte, wie Respekt vor dem Einzelnen, Freiheit, Gleichheit und das Handeln nach Treu und Glauben konnten bis heute bewahrt werden und haben nebenbei auch auf die Weiterentwicklung der Grund- und Freiheitsrechte eingewirkt.

Professor Breitschmid (Zürich) machte in seinem Referat unter dem Titel „100 Jahre ZGB: Bewährung – Bewahrung – Entwicklung“ ebenfalls allgemeine Überlegungen zum heutigen ZGB und seiner Entwicklung. Einleitend macht Herr Breitschmid darauf aufmerksam, dass die 100 Jahr Feier des Schweizerischen ZGB just in Phase fällt, da eine Annäherung nationaler Privatrechtskodifikationen auf internationaler und insbesondere europäischer Ebene stattfindet und erinnerte daran, wie seinerzeit ausgerechnet im traditionell schwierig zu harmonisierenden Bereich des Familien- und Erbrechts durch Export des Schweizerischen ZGB in die Türkei das dortige Recht harmonisiert und modernisiert werden konnte.

Wie sieht der heutige Trend zur Harmonisierung aus? Mit Seitenblick auf das Deutsche BGB wies er auf die stärker auf den einzelnen Menschen und seine Bedürfnisse eingehende Systematik des eher offen gehaltenen Wortlautes des ZGB im Gegensatz zum streng systematischen BGB hin. Zudem habe die Grundstruktur

des schweizerischen Gesetzes etwas Beruhigendes: Wie im richtigen Leben komme auch in der Systematik des ZGB das Erbrecht am Schluss....

Gerade die offene Formulierung des ZGB erlaube im Rahmen der Rechtsanwendung ein auf den Einzelfall bezogenes und dem Gerechtigkeitsgefühl einigermaßen gerecht werdendes Ergebnis, auch wenn der jeweilige Rechtsanwender oftmals durchaus froh wäre, der Gesetzgeber hätte diese Frage bereits in einer generell-abstrakten Norm verbindlich geregelt.

Gemäss Herrn Breitschmid ist jedoch fraglich, ob beim gegenwärtigen Trend zur Individualisierung die offene Haltung des ZGB Bestand haben kann, seien doch Gesetzgeber und Rechtsanwender heute viel mehr als früher mit einer Fülle von Detailproblemen konfrontiert, welche ihren Niederschlag in der Kodifikation finden. Sollte dem Drang nach individualisierten Gestaltungsmöglichkeiten nachgegeben werden und zum Beispiel zwecks restloser Individualisierung stattfinden, das Pflichtteilsrecht gänzlich aufgehoben werden?

Professor Vito Roberto (Sankt Gallen) warf einen Blick zurück auf 100 Jahre Persönlichkeitsschutz im ZGB. Der von Eugen Huber im Sinne einer Generalklausel ausgestaltete Artikel 28 ZGB musste in der zweiten Hälfte des letzten Jahrhundert auf Grund häufiger auftretender Persönlichkeitsverletzungen durch die Medien sowie neuer technischer Möglichkeiten schrittweise ergänzt werden, einerseits durch Einführung des strafrechtlichen Persönlichkeitsschutzes 1985 und andererseits die Einführung des Gegendarstellungsrechts. Praxis und Lehre begannen mit der Ausarbeitung von Kategorisierungen wie der absoluten und relativen Personen der Zeitgeschichte oder von Gemein-, Privat- und Geheimsphäre wie auch einzelne Persönlichkeitsgüter wie das Recht am eigenen Bild, das Recht auf die eigene Privatsphäre oder das Recht auf Vergessen herausgearbeitet wurden. Gemäss Herrn Roberto sollte das Augenmerk jedoch eher auf die Wirksamkeit der bereit gestellten Rechtsbehelfe gerichtet werden, würden die Betroffenen doch häufig auf die Durchsetzung ihrer Rechte verzichten. So bringe das Erstreiten und Publizieren eines Feststellungsurteils oder eines Gegendarstellungsrechts (wobei bei letzterem dank einem Urteil des Bundesgerichtes die Redaktion ohnehin an ihrer Darstellung festhalten darf) meist mehr Nach- als Vorteile. Grundsätzlich gelten diese Vorbehalte angesichts der bescheidenen Summen oder der häufigen Schwierigkeit, einen konkreten Vermögensschaden nachzuweisen auch in Bezug auf die vorhandenen Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche. Das vom Bundesgericht in einem kürzlich ergangenen Entscheid anerkannte Recht eines Medienopfers (i.c. eine international bekannte, noch aktive Schweizer Tennisspielerin) auf Abschöpfung des Gewinnes des beklagten, bösgläubigen Medienunternehmens ohne konkreten Nachweis einer durch die Persönlichkeitsverletzung erzielten Umsatzsteigerung eröffnet gemäss Roberto jedoch interessante Perspektiven. Herr Roberto fordert indessen, dass dem Medienunternehmen in solchen Fällen ein schweres Verschulden, d.h. mindestens Eventualvorsatz, nachzuweisen sein muss.

Frau Dr. Caterina Nägeli (Zürich) verschaffte in ihrem Referat über das Familienrecht des ZGB eine Übersicht über die Entwicklung der verschiedenen, gesetzlich erfassten Formen ehelicher und eheähnlicher Gemeinschaften und beleuchtete insbesondere die neu in der Schweiz zugelassene „eingetragene Partnerschaft“, welche für einige Zuhörer juristisches Neuland gewesen sein dürfte. Die

Eheähnlichkeit der eingetragenen Partnerschaft, von welcher bis heute in der Schweiz 1000 registriert worden seien, zeige sich vorab hinsichtlich einer dem Eherecht nachempfundenen Beistandspflicht sowie in der geregelten vermögensrechtlichen Auseinandersetzung, welche faktisch derjenigen der Gütertrennung entspreche. Jedoch sei auch der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung vertraglich vereinbar. Frau Nägeli stellte in der Folge grundsätzliche Überlegungen auf, wie beispielsweise, ob die Ehe ein Auslaufmodell darstelle oder ob nicht allen Paaren, also auch gleichgeschlechtlichen, die Ehe zugänglich gemacht werden sollte, dabei jedoch stets der Zivilstand der Gütertrennung gelten sollte. In einer solchen Ordnung würden Scheidungs- und Eheschutzverfahren nur noch dann vor Gericht behandelt werden, wenn Kinder vorhanden sind und würde andernfalls ein Standesbeamter die Scheidung aussprechen können.

Eine überraschende Wendung nahm der Schweizerische Juristentag anlässlich der engagiert geführten Diskussion nach dem Vortrag von Herrn Professor Bénédicte Foëx (Genf). Herr Foëx referierte zum Thema Mobiliarsicherungsrecht und präsentierte dabei einige Reformvorschläge. Die heutigen Mobiliarsicherungsrechte (Faustpfand, Eigentumsvorbehalt, Forderungspfandrecht etc.) seien längst nicht mehr ausreichende. Seit über zwanzig Jahren mache die Lehre bereits auf den Mangel einer Mobiliarhypothek aufmerksam. Im Folgenden erläuterte Herr Foëx die Grundzüge eines solchen Rechtsinstituts, welches sich dadurch auszeichnen würde, dass diese Hypothek nicht durch Besitzübertragung sondern durch einen Eintrag in einem zentralen, elektronischen Register entstehen würde. Dieses Register wäre rund um die Uhr via Internet zugänglich und die Einträge erfolgten ohne behördliche Kontrolle direkt durch die Vertragsparteien.

Das Auditorium nahm umgehend den Aufruf von Herrn Foëx auf und nach einer engagiert geführten Diskussion und anschliessenden Abstimmung erliess der Schweizerische Juristenverein eine Resolution mit folgendem Wortlaut:

- „1. Das Mobiliarsicherungsrecht im ZGB ist reformbedürftig.
2. Der Gesetzgeber wird eingeladen, die Einführung einer allgemeinen Mobiliarhypothek im ZGB zu prüfen.“

Nach der Verleihung des diesjährigen Vontobel-Preises an die in Gleichstellungs- und Frauenfragen engagierte Rechtsanwältin Frau Elisabeth Freivogel welche für einige sehr interessante und wegweisende höchstrichterliche Urteile verantwortlich zeichnet, hielt Herr Dr. Franz Wicki, Ständerat aus dem Gastgeberkanton Luzern und Präsident der ständerätlichen Rechtskommission die Schlussansprache. Herr Wicki ging in seiner Rede vornehmlich auf die, aus schweizerischer Sicht wegweisenden Jahrhundertwerke „Eidgenössische Zivil-“, und „Eidgenössische Strafprozessordnung“ ein. Mit dem Inkrafttreten dieser letzten grossen Bausteine 2009 (StPO) und 2010 (ZPO) habe die schweizerische Rechtsvereinheitlichung, welche 1907 mit dem ZGB ihren Anfang genommen habe, damit nach über hundert Jahren ihren Abschluss gefunden.