

Unverkäuflicher Sonderdruck

KOMMENTAR
ZUM
SCHWEIZERISCHEN
PRIVATRECHT

Schweizerisches
Zivilgesetzbuch II

Art. 457 – 977 ZGB,
Art. 1 – 61 SchlT ZGB

Herausgeber

Heinrich Honsell Nedim Peter Vogt

Thomas Geiser

gebliebene Verjährungs- und Verwirkungsfristen von fünf oder mehr Jahren trotz dem Rechtswechsel einfach «weiterverjähren».

Schliesslich gelten für alle Verjährungs- und Verwirkungstatbestände, die nicht von der Regelung der Abs. 1 und 2 erfasst sind, «die Bestimmungen des neuen Rechts» (Abs. 3). Zu denken ist etwa an Fälle, in denen erst nach neuem Recht eine Verjährung, eine Verwirkung oder bestimmte damit zusammenhängende Voraussetzungen überhaupt eingeführt worden sind.

In den Fällen, in denen unter altem Recht verstrichene Zeit grundsätzlich angerechnet wird (o. N 6 und 8), richten sich Unterbrechung und Hemmung für die Zeit unter altem Recht nach altem Recht (sie sind sinngemäss wie «ein rechtlich geschützter Anspruch» des Gläubigers i.S.v. Art. 4 SchlT).

IV. Kasuistik

Rechtsprechung zu Art. 49 SchlT:

- betr. Behördenklagen gemäss den Bundesbeschlüssen über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland: BGE 111 II 191;
- betr. Verjährung von Schadenersatz- und Genugtuungsansprüchen gem. Art. 83 SVG: BGE 106 II 252 = Pra 1981, 75 ff.; BGE 90 II 330 = Pra 1965, 126 ff.;
- betr. Verjährung von vermögensrechtlichen Ansprüchen aus dem Bundesbeamtenverhältnis: BGE 87 I 413 m.H. auf BGE 82 I 57;
- betr. Verjährung von Ansprüchen aus dem Enteignungsgesetz: BGE 82 I 57;
- betr. Verjährung der Gründerhaftung im Genossenschaftsrecht: BGE 66 II 164;
- betr. Verwirkung der Klagefrist beim Scheidungsgrund des Art. 138 Abs. 2: BGE 38 II 29 = Pra 1992, 422 ff.

Art. 50 SchlT

G. Vertragsformen

Verträge, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes abgeschlossen worden sind, behalten ihre Gültigkeit, auch wenn ihre Form den Vorschriften des neuen Rechtes nicht entspricht.

G. Forme des contrats Les contrats conclus avant l'entrée en vigueur du code civil demeurent valables, même si les formes observées ne répondaient pas à celles de la loi nouvelle.

G. Forme dei contratti I contratti conclusi prima dell'entrata in vigore di questo codice rimangono validi anche se la loro forma non corrisponde alle prescrizioni della legge nuova.

Art. 50 SchlT verwirklicht den Grundsatz der Nichtrückwirkung des Art. 1 SchlT, indem er verhindert, dass neue Formvorschriften den Bestand von unter altem Recht formgültig abgeschlossenen Verträgen beeinträchtigen. Die rechtlichen Konsequenzen dieser

genügen, wären nicht zu verantworten. Art. 50 SchlT huldigt mithin dem alten Rechtsgrundsatz *tempus regit actum* (BK-MUTZNER, N 1). Aus Rücksicht auf die Rechtssicherheit erleidet dieser auch nicht dort eine Ausnahme, wo die Formvorschriften der öffentlichen Ordnung oder Sittlichkeit wegen geändert wurden (BGE 39 II 224 ff.). Aus der Rechtsprechung der Übergangszeit: ZBJV 1915, 361; SJZ 1914/5, 316; SJZ 1912/3, 258 f.

Zweiter Abschnitt: Einführungs- und Übergangsbestimmungen

A. Aufhebung des kantonalen Zivilrechtes Mit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes sind die zivilrechtlichen Bestimmungen der Kantone aufgehoben, soweit nicht bundesrechtlich etwas anderes vorgesehen ist.

A. Abrogation du droit civil cantonal Sauf disposition contraire du droit fédéral, toutes les lois civiles des cantons sont abrogées à partir de l'entrée en vigueur du présent code.

A. Abrogazione del diritto civile cantonale Con l'entrata in vigore di questo codice rimangono abrogate le disposizioni di diritto civile dei Cantoni, salvo diversa disposizione del diritto federale.

Literatur

GYGI, Zur bundesstaatlichen Rechtssetzungszuständigkeit im Gebiet des Obligationen- und Handelsrechts, ZSR 1984 I 1 ff.; HANGARTNER, Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, Bern 1974 (zit. Kompetenzverteilung); JAGMETTI, Vorbehaltenes kantonales Privatrecht, SPR I, Basel 1969, 239 ff.; KLEY-STRULLER, Kantonales Privatrecht, Veröffentlichungen des Schweiz. Instituts für Verwaltungskurse an der Hochschule St. Gallen, Bd. 37, St. Gallen 1992 (zit. KLEY, Privatrecht).

Der Bund erlangte 1898 die **Kompetenz zur Gesetzgebung** auf dem Gebiete des **gesamten Zivilrechtes** (Einfügung des Abs. 2 von Art. 64 BV in der Volksabstimmung vom 13.11.1898, AS 16 885; GYGI, ZSR 1984 I 3 f.). Die Inkraftsetzung des Zivilgesetzbuches auf den 1.1.1912 (Art. 61 SchlT N 1) vollzog die Privatrechtseinheit. Aufgrund des im Zivilgesetzbuch verwirklichten **Kodifikationsprinzips** verbleibt den Kantonen im Zivilrecht keine subsidiäre Rechtssetzungsbefugnis mehr. Materien, die im Bundesprivatrecht nicht geregelt sind, stellen echte Lücken dar, die gem. Art. 1 Abs. 2 ZGB vom Richter, nicht aber vom kant. Gesetzgeber auszufüllen sind (ZGB-SCHMID, Art. 5 N 6 m.H.).

Der **Vorrang des Bundesrechts** ergibt sich aus der Bundesstaatsklausel des Art. 3 BV; Art. 2 UeB BV wiederholt diesen bereits in Art. 3 BV enthaltenen Grundsatz (BVK-

rechtlichen Bestimmungen der Kantone aufgehoben sind, soweit das Bundesrecht nicht ausdrücklich etwas anderes vorsieht, wiederholt somit lediglich, was ohnehin von Bundesverfassung wegen gilt. Dadurch werden sämtliche kant. Privatrechtsnormen aufgehoben, unabhängig davon, ob sie sich in einem primär öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Erlass befinden (JAGMETTI, SPR I, 244).

Das dem *Bundeszivilrecht widersprechende kantonale Recht ist nichtig* oder ungültig (ZGB-SCHMID, Art. 5 N 12 m.H.); es darf in Verfahren nicht beachtet werden. Die Nichtigkeit stellt sich erst im Falle ihrer Feststellung ex nunc heraus (BVK-SALADIN, Art. 2 UeB N 42 ff.). Ein allfälliger Normwiderspruch zwischen Bundeszivilrecht und kant. Recht ist in den entsprechenden Rechtsschutzverfahren geltend zu machen.

Der Bundesgesetzgeber kann die ihm kraft Bundesverfassung zustehende Rechtssetzungskompetenz an die Kantone delegieren. Das Bundesprivatrecht regelt nicht alle Gebiete selber, sondern behält in einigen Materien **kantonales Privatrecht** vor (ZGB-SCHMID, Art. 5 N 18 ff.; im einzelnen KLEY, Privatrecht, 96 ff.; JAGMETTI, SPR I, 259 ff.). In allgemeiner Weise sieht dies Art. 5 Abs. 1 ZGB vor, wonach die Kantone befugt sind, zivilrechtliche Bestimmungen aufzustellen oder aufzuheben, soweit das Bundesrecht die Geltung kant. Rechtes vorbehalten.

B. Ergänzende kantonale Anordnungen I. Recht und Pflicht der Kantone ¹ Die Kantone treffen die zur Ergänzung dieses Gesetzes vorgesehenen Anordnungen, wie namentlich in bezug auf die Zuständigkeit der Behörden und die Einrichtung der Zivilstands-, Vormundschafts- und Grundbuchämter.

² Soweit das neue Recht zu seiner Ausführung notwendig der Ergänzung durch kantonale Anordnungen bedarf, sind die Kantone verpflichtet, solche aufzustellen, und können sie vorläufig auf dem Verordnungswege erlassen.

³ Die kantonalen Anordnungen zum Verwandtschafts-, Vormundschafts- und Registerrecht sowie über die Errichtung öffentlicher Urkunden bedürfen der Genehmigung des Bundes.

⁴ Kantonale Anordnungen zu den übrigen Bestimmungen des Zivilgesetzbuches bedürfen nur dann einer Genehmigung, wenn sie im Anschluss an eine Änderung des Bundesrechts erlassen werden.

B. Règles complémentaires des cantons I. Droits et devoirs des cantons ¹ Les cantons établissent les règles complémentaires prévues pour l'application du code civil, notamment en ce qui concerne les compétences des autorités et l'organisation des offices de l'état civil, des tutelles et du registre foncier.

² Ils sont tenus de les établir, et ils peuvent le faire, à titre provisoire, dans des ordonnances

³ Les règles cantonales portant sur le droit de la filiation, de la tutelle et des registres, ainsi que celles qui touchent à la rédaction d'actes authentiques sont soumises à l'approbation de la Confédération.

⁴ Les règles cantonales relatives aux autres dispositions du code civil ne sont approuvées que si elles sont établies à la suite d'une modification du droit fédéral.

B. Leggi cantonali complementari
I. Diritti e doveri dei Cantoni

¹ I Cantoni emanano le disposizioni di complemento di questo codice, in specie a riguardo della competenza delle autorità, dell'organizzazione degli uffici di stato civile, di tutela e di registro fondiario.

² In quanto tali disposizioni complementari siano richieste per l'esecuzione della nuova legge, i Cantoni sono obbligati ad emanarle, e possono farlo provvisoriamente in via di regolamento.

³ Le disposizioni di complemento dei Cantoni in materia di parentela, tutela e registri, nonché quelle sull'allestimento di atti pubblici sottostanno all'approvazione della Confederazione.

⁴ Le disposizioni di complemento dei Cantoni relative alle altre disposizioni di questo codice sottostanno all'approvazione solo se sono state adottate in seguito ad una modificazione del diritto federale.

Literatur

Botschaft über ein zweites Paket von Massnahmen zur Neuverteilung der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen vom 25.5.1988, BBl 1988 II 1333; BURCKHARDT, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl. Bern 1931; HANGARTNER, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Bd. I: Organisation, Zürich 1980 (zit. I); ders., Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, Bern 1974 (zit. Kompetenzverteilung); HÄFELIN/HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 3. Aufl. Zürich 1993; JAGMETTI, Vorbehaltenes kantonales Privatrecht, SPR I, Basel 1969, 239 ff.; A. KLEY, Kantonales Privatrecht, Veröffentlichungen des Schweiz. Instituts für Verwaltungskurse an der Hochschule St. Gallen, Bd. 37, St. Gallen 1992 (zit. Privatrecht); Memorial zur Einführung des schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 24.7.1908, BBl 1908 V 505; G. MÜLLER, Darf der Bund die Rechtsform kantonaler Ausführungserlasse bestimmen?, ZBl 1974, 369 ff.; R. STAHELIN, Die systematische Darstellung der Behandlung der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1941.

I. Einsetzung kantonaler Behörden (Abs. 1)

Art. 64 Abs. 3 BV behält den Kantonen die **Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung** vor. Diese Verfassungsbestimmung betrifft demnach die streitige Gerichtsbarkeit. Die nichtstreitige, freiwillige Gerichtsbarkeit (Art. 54 SchlT N 1 ff.) wird davon nicht berührt. Der Bund ist vielmehr gestützt auf Art. 64 BV befugt, die nichtstreitige Gerichtsbarkeit zu ordnen (VPB 1982 Nr. 7, 49; BURCKHARDT, 589; STAHELIN, 18 f.). Denn diese dient der Privatrechtsordnung unmittelbar zu und könnte kompetenzmässig nicht davon abgetrennt werden. Der Bund überlässt den Kantonen aber vielfach die nähere Regelung der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit. Somit ist die

richtsbarkeit vorsehen, welche präventiv privatrechtliche Ansprüche sichert, wie etwa den administrativen Besitzschutz.

In allen Kantonen ist gemäss der üblichen rechtsstaatlichen Ordnung der *Grosse Rat das zur Gesetzgebung zuständige Organ*; das fakultative oder obligatorische Gesetzesreferendum bleibt jeweils vorbehalten. Das partikuläre kant. Privatrecht und das dem Privatrecht zudienende Organisationsrecht muss – wie das übrige Organisationsrecht – aus rechtsstaatlichen Gründen in einem **formellen Gesetz** geregelt sein.

Die meisten Kantone ordnen das erforderliche Organisationsrecht vornehmlich in den **Einführungsgesetzen zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**. Diese folgen in ihrem systematischen Aufbau dem «Memorial» des EJPD von 1908. Das Memorial zur Einführung des schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 24.7.1908 (BBl 1908 V 505) gab den Kantonen praktische Anleitung und Hilfe für den Erlass ihrer Einführungsgesetze zum ZGB. Daneben enthalten weitere Gesetze und Verordnungen, insb. die kant. Zivilprozessordnungen, vereinzelt Organisations- und Zuständigkeitsvorschriften.

Abs. 1 ist auf die «zur **Ergänzung dieses Gesetzes** vorgesehenen Anordnungen» beschränkt und nennt gleichzeitig die davon betroffenen Gebiete beispielhaft. In diesem Sinne wäre es zulässig, dass gewisse Erweiterungen der Informationsfunktion des Grundbuches auf dem Weg des Art. 52 SchlT vorgesehen werden. Dagegen kann das Grundbuch nicht mit einem weitreichenden Landinformationssystem ergänzt werden. Die damit verbundenen vielfältigen öffentlichen Zwecke stellen keine «Ergänzung dieses Gesetzes» dar (VPB 1980 Nr. 79, 358 f.).

II. Vorläufige Regelungen auf dem Ordnungswege (Abs. 2)

Nach Abs. 2 können die Kantone Anordnungen **vorläufig auf dem Ordnungswege** erlassen, soweit das *neue Bundeszivilrecht zu seiner Ausführung notwendig der Ergänzung durch das kant. Recht bedarf*. Diese Bestimmung soll «Gewähr dafür bieten, dass das eidgenössische Recht zu einem bestimmten Zeitpunkt, d.h. vom Tage des durch den Bundesgesetzgeber festgelegten Inkrafttretens an, in den Kantonen angewendet werden kann, was oft unmöglich wäre, wenn die notwendigen Ausführungsvorschriften auf dem Gesetzgebungsweg erlassen werden müssten» (BGE 108 Ia 178, 181). Derartige Kompetenzdelegationen finden sich in zahlreichen weiteren Bundesgesetzen (z.B. Art. 36 Abs. 2 RPG vom 22.6.1979; Art. 61 Abs. 2 Satz 3 des Nationalstrassengesetzes vom 8.3.1960, SR 725.11; die Schlussbestimmungen der Änderung vom 4.10.1985 des ELG, AS 1986 699; AUBERT, I, N 722 m.w.Bsp.). Sie werden in entsprechender Weise gerechtfertigt (BGE 111 Ia 292, 298; VPB 1975 Nr. 106 betr. Spitaltarife). Unter den «notwendigen» Bestimmungen gem. Abs. 2 versteht das BGer jene, «ohne deren Erlass das Bundesrecht in den Kantonen nicht angewendet werden kann. Es handelt sich namentlich um die Vorschriften über die Zuständigkeit der Behörden und das Verfahren sowie um die unerlässlichen Organisationsbestimmungen» (BGE 108 Ia 178, 182). Für die «notwendigen» Bestimmungen ist es hingegen nicht erforderlich, dass das Zivilgesetzbuch diese inhaltlich vorherbe-

- 6 Abs. 2 stellt nach einer verbreiteten Lehrmeinung einen *ungerechtfertigten Eingriff in die kant. Organisationsautonomie* dar, da keine zeitliche Dringlichkeit gegeben war bzw. ist (AUBERT, I, N 722; MÜLLER, ZBl 1974, 369 ff.; ZK-CURTI-FORRER, N 10; VPB 1980 Nr. 79, 358 Anm. 52 m.H.; BVK-SALADIN, Art. 3 BV N 250; HANGARTNER, Kompetenzverteilung, 156 ff., 165 f.). Nach einer älteren, gegenteiligen Minderheitsmeinung wird die Zulässigkeit von Abs. 2 bejaht (BK-BECK, N 5; ZK-REICHEL, N 4). Nach dem ursprünglichen Text von Abs. 2 war es zulässig, dass die Kantonsregierung zeitlich unbefristete, dauerhafte Verordnungsbestimmungen erliess (BGE 108 Ia 178, 183). Auf Veranlassung des Ständerates sind im BG vom 15.12.1989 über die Genehmigung kant. Erlasse durch den Bund (AS 1991, 362 Ziff. II 21) neu die Worte «vorläufig» bzw. «à titre provisoire» bzw. «provisoriamente» eingefügt worden (AmtlBull StR 1988, 930, 931; NR 1989, 1880, 1882). Damit hat der Ständerat klargestellt, dass der Ordnungsweg gem. Abs. 2 nur ausnahmsweise beschritten werden darf. Diese **Verordnungen** dürfen ferner nur **befristet gelten**. Die nach kant. Staatsrecht erforderliche Rechtssetzungsform muss sie ablösen. Damit wurde das rechtsstaatliche Problem um die Zulässigkeit von Abs. 2 wesentlich entschärft. Abs. 2 war in seiner ursprünglichen Form ein unverhältnismässiger Eingriff in die kant. Organisationsautonomie. Denn das kant. Staatsrecht sorgt grundsätzlich selbst dafür, dass in dringlichen Fällen eine «vorläufige» Rechtssetzung möglich ist. In allen Kantonen besteht ein Dringlichkeitsrecht, welches die sofortige Inkraftsetzung von Gesetzen erlaubt. Zum Teil steht ferner ein Notverordnungsrecht von Parlament oder Regierung zur Verfügung.
- 7 Die Kantone machen vom *Verordnungsrecht gem. Abs. 2 unterschiedlich Gebrauch*. Die **regierungsrätlichen Verordnungen** stützen sich teilweise auch auf kant. Delegationsnormen in den Einführungsgesetzen zum ZGB oder in den Zivilprozessordnungen. Zum Teil haben die Kantonsregierungen indessen den fragwürdigen Abs. 2 angerufen (KLEY, Privatrecht, 39).

III. Genehmigung der kantonalen Regelungen durch den Bund (Abs. 3)

- 8 Nach Abs. 3 bedürfen die kant. Anordnungen zum Verwandtschafts-, Vormundschafts- und Registerrecht sowie über die Errichtung öffentlicher Urkunden der **Genehmigung des Bundes**. Eine Genehmigung ist ferner über die personenrechtlichen Vorschriften (Art. 40 Abs. 2), über die Mitwirkung der vormundschaftlichen Behörden (Art. 425 Abs. 3) und die grundbuchrechtlichen Vorschriften (Art. 953 Abs. 2) erforderlich. Diese Bestimmungen sind durch das BG vom 15.12.1989 über die Genehmigung kant. Erlasse durch den Bund (AS 1991, 362, reines Änderungsgesetz, Ziff. II 21) eingefügt worden. Der bisherige Abs. 3 enthielt einen blossen Genehmigungsvorbehalt ohne Nennung der davon betroffenen Materien, was in der Praxis zu Unsicherheiten über den Umfang der Genehmigungspflicht führte (VPB 1976 Nr. 29). Der neue **Abs. 3 führt die genehmigungspflichtigen Sachbereiche ausdrücklich auf**, dazu gehört – wie schon nach bisherigem Recht (VPB 1982 Nr. 7, 48 ff.) – die öffentliche Beurkundung. Diese Neuregelung führte die notwendige Klarheit über die Tragweite und die Wirkung der Genehmigung herbei (AmtlBull StR 1988, 930).

Der Genehmigungsvorbehalt des Abs. 3 hängt nicht davon ab, ob die kant. Norm in eine privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Bestimmung gekleidet ist (VPB 1976 Nr. 29, 15 f.). Enthält ein kant. Erlass notwendige und nicht notwendige Bestimmungen, so genehmigt der Bundesrat, soweit der Erlass der Genehmigung bedarf. Die notwendigen Bestimmungen werden im Genehmigungsentscheid nicht mehr einzeln aufgeführt (VPB 1986 Nr. 37, 232). Kantonale Erlasse oder deren Änderungen, die überhaupt keine notwendigen Bestimmungen enthalten, bedürfen keiner Genehmigung mehr (VPB 1986 Nr. 37, 232). *Die Genehmigung ist Gültigkeitsvoraussetzung*; sie hat demzufolge eine **konstitutive Wirkung**. Das kant. Recht kann in den von Abs. 3 erwähnten Materien nur dann in Kraft treten, wenn es von den Bundesbehörden genehmigt worden ist. Diese nunmehr einheitliche und klare Regelung war im Interesse der Rechtssicherheit und des Rechtsschutzes eingeführt worden (Botschaft, BBl 1988 II 1359; AmtlBull StR 1988, 930; NR 1989, 1881).

Die **Genehmigung** wird in den unproblematischen Fällen vom **Departement erteilt** (in den Materien des ZGB vom EJPD). Der Bundesrat entscheidet hingegen über die **Verweigerung der Genehmigung**. In strittigen Fällen entscheidet ebenfalls der Bundesrat über die Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung, und er erteilt die Genehmigung mit Vorbehalt (Art. 7a Abs. 2 und 3 des BG vom 19.9.1978 über die Organisation und die Geschäftsführung des Bundesrates und der Bundesverwaltung [Verwaltungsorganisationsgesetz, VwOG], SR 172.010 und dazu die Verordnung vom 30.1.1991 über die Genehmigung kant. Erlasse durch den Bund, SR 172.068). Diese Regelung war – ohne den selbstverständlichen Art. 7a Abs. 4 VwOG – wörtlich in Art. 69 des vom Volk am 9.6.1996 abgelehnten (BBl 1996 III 917) Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 6.10.1995 enthalten (BBl 1995 IV 451, 464). Sie ist wiederum in die Neuauflage des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes übernommen worden (Art. 62 des Entwurfes, BBl 1996 V 1, 51), das zur parlamentarischen Beratung ansteht.

Das Departement bzw. der Bundesrat prüfen die genehmigungspflichtigen kant. Vorschriften mit einer gewissen **Zurückhaltung**. *Die Genehmigung wird nur dann verweigert, wenn die fragliche Norm überhaupt keiner bundesrechtskonformen Auslegung zugänglich ist*. (VPB 1986 Nr. 36, 230). Ist hingegen eine bundesrechtskonforme Auslegung möglich, so wird die Genehmigung erteilt. Diese Praxis beruht auf folgender Überlegung. Erfolgt in einem Fall eine bundesrechtswidrige Anwendung dieser kant. Vorschriften, so steht stets der Rechtsweg an die Gerichte offen, welche die Bundesrechtsverletzung beseitigen können (VPB 1986 Nr. 36, 230). Die Genehmigung vermag also die Gerichte nicht zu binden. Es handelt sich lediglich um die Feststellung, «dass das kantonale Recht dem Bundesrecht nicht prima facie widerspricht» (BVK-KNAPP, Art. 64 BV N 82).

IV. Keine Genehmigung der übrigen kantonalen Anordnungen durch den Bund (Abs. 4)

Kantonale Anordnungen zu den übrigen Bestimmungen des Zivilgesetzbuches bedürfen grundsätzlich keiner Genehmigung. Wurden sie im Anschluss an eine Änderung des Bundesrechts erlassen, so ist ebenfalls eine konstitutiv wirkende Genehmigung der Bundesbehörden einzuholen. Der Gesetzesvorschlag des Bundesrates wollte auch die Ablösung der kant. Verordnungen (gem. Abs. 2) durch formelle Gesetze der Genehmigungspflicht

unterwerfen. Das Parlament hat diese Klausel zu Recht gestrichen (AmtlBull StR 1988, 930, 931; NR 1989, 1880, 1882).

Abs. 4 macht deutlich, was schon nach bundesgerichtlicher Auslegung im bisherigen Art. 52 SchlT galt (BGE 108 Ia 178, 181), nämlich dass sich Art. 52 sowohl auf den **Erllass des Zivilgesetzbuches** auf den 1.1.1912 als auch auf jede **spätere Gesetzesänderung** bezieht. Denn es kann auch in diesem Fall vorkommen, «dass es den Kantonen nicht möglich ist, auf dem Gesetzgebungsweg die nötigen Vorschriften für die Anwendung der revidierten eidg. Bestimmungen fristgemäss zu erlassen» (BGE 108 Ia 178, 181 f.).

Art. 53 SchlT

II. Ersatzverordnungen des Bundes ¹ **Hat ein Kanton die notwendigen Anordnungen nicht rechtzeitig getroffen, so erlässt der Bundesrat vorläufig die erforderlichen Verordnungen an Stelle des Kantons unter Anzeige an die Bundesversammlung.**

² **Macht ein Kanton in einer Sache, die einer ergänzenden Verordnung nicht notwendig bedarf, von seiner Befugnis keinen Gebrauch, so verbleibt es bei den Vorschriften dieses Gesetzes.**

II. Règles établies par le pouvoir fédéral à défaut des cantons ¹ Si un canton ne reprend pas en temps utile les dispositions complémentaires indispensables, le Conseil fédéral rend provisoirement, en son lieu et place, les ordonnances nécessaires et porte le fait à la connaissance de l'Assemblée fédérale.

² Le code civil fait loi, si un canton n'exerce pas son droit d'établir des règles complémentaires qui ne sont pas indispensables.

II. Disposizioni della Confederazione in luogo dei Cantoni ¹ Se un Cantone non adempie in tempo debito all'obbligo di emanare le complementari disposizioni necessarie, il Consiglio federale le emana provvisoriamente in sua vece, dandone avviso all'Assemblea federale.

² Se un Cantone non fa uso della facoltà di emanare disposizioni complementari in una materia nella quale non sono necessarie si applicheranno semplicemente le disposizioni di questo codice.

Literatur

Vgl. die Literaturhinweise zu Art. 52 SchlT.

I. Ersatzverordnungen durch Bundesrat (Abs. 1)

Bei den von Abs. 1 vorgesehenen **Ersatzverordnungen** des Bundesrates handelt es sich um ein Mittel der **Bundesexekution**, welches sich stets gegen säumige oder widerspenstige kant. Behörden richtet. Nach Art. 85 Ziff. 8 BV ist die Bundesversammlung zur Anordnung der Bundesexekution zuständig: die Vollstreckung liegt gem. Art. 102 Ziff. 5 BV beim

Bundesgesetzen geregelt, beispielsweise in Art. 401 Abs. 2 StGB oder eben in Art. 53 SchlT Abs. 1. Diese Regelung ermöglicht es, im Unterschied zur Regelung in der Bundesverfassung, dass der Bundesrat ohne vorherigen Beschluss der Bundesversammlung tätig werden darf (HANGARTNER, I, 89). Der Bund hat im Falle einer Ersatzverordnung den betroffenen Kanton vorgängig zu mahnen und die in Aussicht genommene Regelung zunächst anzudrohen (VPB 1986 Nr. 62, 406). Nach der erfolgten Ersatzverordnung muss der Bundesrat die Bundesversammlung nachträglich orientieren.

Der Bundesrat hat bisher **noch nie Ersatzverordnungen gegen säumige Kantone erlassen** (HÄFELIN/HALLER, N 430a); einzig im Falle der kant. Behörden- und Verfahrensbestimmungen anlässlich der Inkraftsetzung des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes erwog der Bundesrat den Erlass von Ersatzverordnungen (BB1 1891 IV 22-29). Diese Regelung hat sich somit in der Praxis als entbehrlich erwiesen, zumal die Möglichkeit der Bundesexekution schon von Bundesverfassungen wegen besteht (AUBERT, I, 807).

II. Verzicht auf kantonale Anordnungen (Abs. 2)

Verzichtet der Kanton in einer Sache, die einer ergänzenden Anordnung nicht notwendig bedarf, auf eine Regelung in seinem geschriebenen Recht, so bleibt es bei den Regelungen des Zivilgesetzbuchs. Typisch dafür ist etwa Art. 795 Abs. 2, welcher es den Kantonen gestattet, für Grundpfandförderungen maximale Zinssätze zu bestimmen. In der Praxis hat sich die Frage gestellt, ob allenfalls **kantonales Wohnheitsrecht** (BGE 90 I 137, 141; 103 Ia 369, 379; 104 Ia 305, 313; 105 Ia 80, 84; TUOR/SCHNYER/SCHMID, 38 ff.) in solchen Fällen als ergänzende Regelung dienen kann. Soweit allerdings die konstitutive Genehmigung des Bundes erforderlich ist, kann Wohnheitsrecht nicht entstehen. In jenen Bereichen, wo das Bundesrecht selbst eine subsidiäre privatrechtliche Regel aufstellt und den Kantonen gestattet, diese einzuschränken oder auszudehnen (z.B. Art. 844 Abs. 2, Kündigung der Schuldbriefe), kann ebenfalls kein kant. Wohnheitsrecht entstehen. Die subsidiäre bundesrechtliche Regelung geht vor. So stellt denn auch Abs. 2 fest, dass es bei den Vorschriften des Zivilgesetzbuches bleibt, wenn ein Kanton von seiner Befugnis keinen (gesetzgeberischen) Gebrauch macht. Der Spielraum für ergänzendes kant. Wohnheitsrecht erscheint daher äusserst eng (JAGMETTI, SPR I, 257 f.).

Wohnheitsrecht als Quelle kant. Privatrechts ist etwa bei Art. 740 (Inhalt einzelner Dienstbarkeiten) vorstellbar. Es sind weitere theoretisch mögliche Materien denkbar, nämlich Art. 59 Abs. 3, 686, 688, 695, 709, wo kant. Wohnheitsrecht entstehen könnte (JAGMETTI, SPR I, 256). In der Gerichtspraxis gibt es kaum Fälle zu kant. Wohnheitsrecht, das sozusagen die nicht erlassenen Regelungen i.S.v. Abs. 2 ersetzen könnte.

C. Bezeichnung der zuständigen Behörden

1 Wo dieses Gesetz von einer zuständigen Behörde spricht, bestimmen die Kantone, welche bereits vorhandene oder erst zu schaffende Behörde zuständig sein soll.

2 Wo das Gesetz nicht ausdrücklich entweder vom Richter oder von einer Verwaltungsbehörde spricht, können die Kantone entweder eine richterliche oder eine Verwaltungsbehörde als zuständig bezeichnen.

3 Das Verfahren vor der zuständigen Behörde ordnen die Kantone.

C. Désignation des autorités compétentes

1 Lorsque le code civil fait mention de l'autorité compétente, les cantons la désignent parmi les autorités existantes ou parmi celles qu'ils jugent à propos d'instituer.

2 Si la loi ne fait pas mention expresse soit du juge, soit d'une autorité administrative, les cantons ont la faculté de désigner comme compétente, à leur choix, une autorité de l'ordre administratif ou judiciaire.

3 Les cantons règlent la procédure à suivre devant l'autorité compétente.

C. Designazione delle autorità competenti

1 Dove questo codice parla di un'autorità competente, i Cantoni stabiliscono quale essa sia fra le autorità costituite o da costituirsi.

2 Se non parla espressamente del giudice o dell'autorità amministrativa, i Cantoni possono dichiarare competente una autorità dell'ordine amministrativo o giudiziario.

3 La procedura avanti l'autorità competente è stabilita dai Cantoni.

Literatur

PROWEIN/PEUKERT, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 2. Aufl. Kehl usw. 1996; GEISER, Die Aufsicht im Vormundschaftswesen, ZVW 1993, 201 ff.; GERWIG, Über Wesen und Begriff der freiwilligen Gerichtsbarkeit, BJM 1956, 197 ff.; GULDENER, Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz, Zürich 1954 (zit. Grundzüge); KLEY-STRULLER, Der richterliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung, Zürich 1995 (zit. KLEY, Rechtsschutz); ders., Art. 6 EMRK als Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt, Zürich 1993 (zit. KLEY, Rechtsschutzgarantie); MESSMER/IMBODEN, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992; R. STAEHELIN, Die systematische Darstellung der Behandlung der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1941; vgl. ferner die Literaturhinweise zu Art. 52 SchIT.

I. Vorbemerkungen: Streitige und freiwillige Gerichtsbarkeit

Das Zivilgesetzbuch spricht vielfach vom «Richter» (z.B. Art. 35 Abs. 2, Art. 103 Abs. 3) oder von der «zuständigen Behörde» (z.B. Art. 268 Abs. 1, Art. 368 Abs. 2). Dabei kann sich die Behörde – je nach Verfahrensgegenstand – der Sache in einem echten Zweiparteienverfahren (streitige Gerichtsbarkeit) annehmen oder aber es kann sich um ein Verfahren

Der Begriff **streitige Gerichtsbarkeit** bedeutet ein kontradiktorisches Verfahren zwischen zwei Personen oder zwischen Personen und einer nach Bundesrecht Parteistellung besitzenden Behörde. Das Verfahren bezweckt die endgültige, dauernde Regelung zivilrechtlicher Verhältnisse durch einen hoheitlichen Entscheid (BGE 98 II 168, 170 f. m.w.H.; 104 II 163, 164 = Pra 1979, 57 f.; BGE 107 II 504, 505; GULDENER, Grundzüge, 41; GERWIG, BJM 1956, 199). Die Bezeichnung der Gerichtsbarkeit als streitige rührt daher, dass sich die Parteien meist, aber nicht notwendigerweise immer, im Widerstreit befinden (BGE 98 II 168, 172; GULDENER, Grundzüge, 41; GERWIG, BJM 1956, 198 f.).

Die **freiwillige oder nichtstreitige Gerichtsbarkeit** dient ebenfalls der Rechtsverwirklichung im Zivilrecht. Im Gegensatz zum kontradiktorischen Zweiparteienverfahren stellt hier aber nur eine Person oder Personengruppe einen gleichgerichteten Antrag und auch nur diese Verfahrensbeteiligten sind von der zuständigen Behörde anzuhören (VOGEL, ZPR, 41; GULDENER, Grundzüge, 42; R. STAEHELIN, 14). Die **Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehören nach ihrer Natur eigentlich zum Verwaltungsrecht**. Die zuständige Behörde tritt meist hoheitlich auf; deren Akte sind aber auf die Verwirklichung der Privatrechtsordnung gerichtet. Der Staat sorgt präventiv für die Sicherung und Gewährleistung der privatrechtlichen Ansprüche der einzelnen (GERWIG, BJM 1956, 199, 203; MESSMER/IMBODEN, 73 f.). Anschaulicher wäre der Begriff der **vorsorgenden Zivilrechtspflege**. Folgende Angelegenheiten zählen zur freiwilligen Gerichtsbarkeit (R. STAEHELIN, 18 f.):

- Namensänderung (Art. 30 Abs. 1);
- Verschollenenerklärung einer Person (Art. 35);
- Abkürzung der Wartefrist nach Auflösung einer Ehe (Art. 103);
- Öffentliche Beurkundung privater Rechtsgeschäfte (Art. 55 SchIT);
- Eröffnung der letztwilligen Verfügung des Erblassers (Art. 556 ff.); Entgegennahme der Ausschlagungserklärung der Erben (Art. 570); Anordnung eines öffentlichen Inventars (Art. 580) und der amtlichen Erbschaftsliquidation (Art. 595);
- Führung öffentlicher Register (Zivilstandsregister, Art. 39 ff. oder Handelsregister, Art. 927 ff. OR oder Grundbuch, Art. 942 ff.);
- Entmündigung, Anordnung einer Beiratschaft oder Beistandschaft (Art. 368 ff. und 392 ff.);
- Fürsorgerische Freiheitsentziehung (Art. 397a ff.);
- Massnahmen des Kindesschutzes (Art. 307 ff.);
- punktuelle, kantonrechtliche Regelungen über die freiwillige Gerichtsbarkeit (z.B. administrativer Besitzerschutz).

Die **Unterscheidung zwischen streitiger und nichtstreitiger Gerichtsbarkeit** ist allerdings nicht immer einfach. Die erstere will einen Zweiparteienstreit um bestehende Rechte, Ansprüche, Pflichten oder Rechtsverhältnisse durch ein Urteil beenden. Die nichtstreitige Gerichtsbarkeit ist staatliche Fürsorge für den Bestand, die Wirksamkeit und Eindeutigkeit des Privatrechts (GERWIG, BJM 1956, 203; MESSMER/IMBODEN, 73).

Die **Instanz**, vor der sich ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit abspielt und die Prozessformenbezeichnung (Zivilprozess, Verwaltungsprozess), ist nur ein unsicheres Indiz für die Unterscheidung. So spielen sich gewisse Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit vor dem

(etwa dem zu Entmündigenden) wird deshalb eine scheinbare «Gegenpartei» gegenübergestellt, damit der Tatsachenstoff besser beschafft und das öffentliche Interesse optimal gewahrt werden kann (GERWIG, BJM 1956, 201). Die äussere Form, etwa der Zivilprozess, sagt also letztlich nichts über den Unterschied zwischen freiwilliger und streitiger Gerichtsbarkeit aus (R. STABHELIN, 31).

Werden **Zivilstreitigkeiten**, die eigentlich im Zweiparteienverfahren zu erledigen wären, in das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gewiesen (GULDENER, Grundzüge, 45), so beeinträchtigt dieses «falsche» Verfahren die Verfahrensrechte der nicht berücksichtigten Partei, namentlich das rechtliche Gehör, wie das folgende Beispiel zeigt. Die VormBehörde Wil hatte nach einem erfolgten Entzug der elterlichen Gewalt die vom Vater zu leistenden Unterhaltsbeiträge an die Kinder autoritativ festgesetzt. Dem Vater stand in diesem Verfahren keine Partei gegenüber. Den erhobenen Rekurs wies der Regierungsrat des Kantons SG ab. Auf die dagegen vom Vater eingereichte Berufung trat das BGer nicht ein, weil der Entscheid des Regierungsrates nicht in einem Zweiparteienverfahren ergangen war (nach der aktuellen Rechtsprechung würde das BGer darauf eintreten, weil es für die berufungsfähige Zivilstreitigkeit keine Rolle spielt, wie das Verfahren tatsächlich geführt wurde, sondern wie es der Sache nach richtig zu führen gewesen wäre (BGE 102 II 176, 178 f.; MESSMER/IMBODEN, 73). In einem obiter dictum stellte das BGer jedoch fest, dass die VormBehörde Wil und der Regierungsrat eigentlich unzuständig gewesen waren, in einem Einparteienverfahren zu entscheiden. Richtigerweise hätte der Entscheid im Zweiparteienverfahren ergehen müssen (BGE 98 II 168).

II. Bestimmung der zuständigen Behörden (Abs. 1)

Bei der «zuständigen Behörde» können die Kantone allein bestimmen, ob es sich dabei um eine bereits bestehende oder eine neu zu schaffende Behörde handeln soll. Die «Behörde» kann entweder der Verwaltung oder der Gerichtsbarkeit angehören. Dieser Grundsatz der freien Bestimmung der Behördenzuständigkeit ist freilich in erheblicher Weise eingeschränkt worden (N 9 ff.).

III. Richterliche oder verwaltungsbehördliche Instanz (Abs. 2)

1. Festlegung der Zuständigkeiten im Zivilgesetzbuch

Die **Zweiparteienverfahren** spielen sich in aller Regel vor Gerichten ab. Diese sind durch richterliche Unabhängigkeit charakterisiert. Der Richter ist in der Rechtsprechung unabhängig und nur an das Recht gebunden (GULDENER, Grundzüge, 2 f.; VOGEL, ZPR, 71 ff.). Es ist allerdings vom Zivilgesetzbuch nicht ausgeschlossen, dass auch Verwaltungsbehörden zivilrechtliche Streitigkeiten entscheiden, sofern nicht das Bundeszivilrecht selber den «Richter» zuständig erklärt (vgl. BRODTBECK, Das kantonale Einführungsrecht zum Zivilgesetzbuch, Zürich 1912, 6; Memorial, BBl 1908 IV 506). Zum Teil schreibt das Bundesprivatrecht selbst eine richterliche Behörde vor, so etwa bei der Verschleppenerklärung

vielen Deutschschweizer Kantonen haben sich Rechtsprechungskompetenzen in streitigen und nichtstreitigen Zivilsachen bis in die jüngste Zeit erhalten. Diese haben sich, soweit anschliessend nicht eine genügende (N 10) Gerichtskontrolle erfolgt, vor dem Hintergrund des Art. 6 EMRK als unzulässig erwiesen (N 9 ff.). Die Europäische Menschenrechtskonvention setzt nach der Auslegung der Strassburger Organe der administrativen Zuständigkeit in zivilrechtlichen Angelegenheiten erhebliche Schranken.

2. Art. 6 Abs. 1 EMRK und die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden

Nach Art. 6 Abs. 1 EMRK hat jedermann «Anspruch darauf, dass seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird und zwar von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht». Diese wichtige Bestimmung gewährleistet neben bestimmten Verfahrensrechten auch ein **Recht auf Zugang zu einem Gericht** (sog. Rechtsweggarantie, FROWEIN/PEUKERT, Art. 6 EMRK N 53; KLEY, Rechtsschutzgarantie, 1), wenn es sich um «**zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen**» oder um «die Stichhaltigkeit der ... erhobenen strafrechtlichen Anklage» handelt.

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) **erfasst die Garantie des Art. 6 Abs. 1 EMRK** nicht nur das Zivil- und Strafrecht, sondern auch bedeutende **Teile des Verwaltungsrechts und v.a. der freiwilligen Gerichtsbarkeit** (z.B. Urteil Winterwerp, Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, Série A, vol. 33, § 73 = EuGRZ 1979, 650; Urteil Olsson N° 2, Publications, a.a.O., Série A, vol. 250, § 95 = ÖJZ 1993, 353; FROWEIN/PEUKERT, Art. 6 EMRK N 51; KLEY, Rechtsschutz, 113 ff. m.w.H.; ders., Rechtsschutzgarantie, 25 f. m.w.H.). Art. 6 Abs. 1 EMRK hat daher für Kantone mit einer traditionellen Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden in zivil- und verwaltungsrechtlichen Materien eine erhebliche Relevanz. Im Bereich der administrativen Anwendung des Zivilgesetzbuches ist der Weg an das Gericht dann wirklich offen, wenn das Gericht *die Rechtmässigkeit der angegriffenen Verwaltungsentscheidung sowie den Sachverhalt überprüfen* kann. Dagegen muss sich die Überprüfungscompetenz *nicht auf Ermessensfragen* beziehen (FROWEIN/PEUKERT, Art. 6 EMRK N 56; ZR 1997 Nr. 34, 98).

Bis 1988 (bzw. 1990) hatte sich die Schweiz mit einer auslegenden Erklärung (bzw. einem Vorbehalt) zu Art. 6 Abs. 1 EMRK vor den weitreichenden Konsequenzen dieser Garantie zu schützen vermocht (s. den Vorbehalt bzw. die auslegende Erklärung anlässlich des Beitritts der Schweiz zur EMRK, AS 1974, 2173).

Im **Urteil Belilos** vom 29.4.1988 kam der EGMR zum Schluss, dass die von der Schweiz **angebrachte auslegende Erklärung zu Art. 6 Abs. 1 EMRK unwirksam sei, weil sie einem nach Art. 64 EMRK unzulässigen Vorbehalt gleichkomme**. Die auslegende Erklärung sei zu allgemein gehalten und führe das vorbehaltene interne Recht nicht auf (Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, Série A, vol. 132 = EuGRZ 1989, 21 ff. = VPB 1988 Nr. 65, 84-86 und 1989 Nr. 64 D). Im **Urteil Weber** vom 22.5.1990 kam der EGMR zum Ergebnis, dass der **Vorbehalt zu Art. 6 Abs. 1 EMRK, wonach der Grundsatz der Öffentlichkeit der Verhandlung weitestgehend keine Anwendung findet, ebenfalls un-**

9

10

11

Bundesrat mit sofortiger Wirkung die bisherige auslegende Erklärung zu Art. 6 Abs. 1 EMRK präzisiert (AS 1988, 1264 und KLEY, Privatrecht, 47 ff., 285 ff.). Zusätzlich teilte der Bundesrat später dem Europarat diejenigen Bestimmungen des Bundes- und kant. Rechts mit, die von der präzisierten auslegenden Erklärung der Schweiz erfasst werden sollten (teilweise Publikation: AS 1989, 276 und KLEY, Privatrecht, 285 ff.).

Die nachträgliche, präzisierende auslegende Erklärung hat das BGer in BGE 118 Ia 473 (= ZVW 1993, 28 ff.) in einer Vormundschaftssache als unwirksam beurteilt und faktisch ungültig erklärt. Seither findet Art. 6 Abs. 1 EMRK auf alle zivilrechtlichen Streitsachen und die Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit Anwendung (BGer, II. Zivilabteilung vom 20.1.1993, E. 5a, ZVW 1993, 147 ff. [154 f.]; GEISER, ZVW 1993, 207 f.; REUSSER, Die Revision des Scheidungsrechts, ZVW 1993, 47 ff. [60-63]). Die von Abs. 2 ermöglichte Wahlfreiheit der Kantone in der Bezeichnung einer gerichtlichen oder Verwaltungsbehörde wird somit zurückgenommen. Die Ratifikation der EMRK durch die Schweiz 1974 hat – wie sich nun nachträglich herausstellt – die Kantone in der Wahl der zuständigen Behörde auf die gerichtliche Zuständigkeit eingeschränkt, obwohl Abs. 2 den Kantonen die Wahl zwischen Gerichten oder Verwaltungsbehörden ermöglichen wollte. Im Entscheid Garcia gegen die Schweiz vom 14.3.1985 hatte die Europäische Kommission für Menschenrechte diese Überlegung bereits erwogen: «Toutefois, la Commission relève qu'en raison même du fait que le Code civil laisse expressément ouverte la question du choix par les cantons de l'autorité compétente aux termes de l'article 275, 1er alinéa CC, il eût été possible d'argumenter que l'article 6, § 1 CEDH apporte une limitation implicite à la liberté des cantons en matière de détermination de l'autorité compétente pour trancher une contestation sur un droit ou une obligation de caractère civil» (Zulässigkeitsentscheid der Europäischen Kommission für Menschenrechte vom 14.3.1985 im Falle Garcia gegen die Schweiz, VPB 1985 Nr. 89, 477).

Art. 6 Abs. 1 EMRK verpflichtet die Kantone, stets eine richterliche Behörde als zuständig zu erklären oder im Fall einer zuständigen Verwaltungsbehörde für eine genügende gerichtliche Nachkontrolle zu sorgen. Abs. 2 muss in diesem Sinne konventionskonform ausgelegt werden.

III. Kantonale Verfahrensbestimmungen (Abs. 3)

Der Grundsatz des Abs. 3, wonach die Kantone das Verfahren ordnen, ist ebenfalls in einem erheblichen Umfang zurückgenommen worden. Zunächst enthält das Zivilgesetzbuch selbst punktuelle Verfahrensbestimmungen, so namentlich etwa bei der fürsorglichen Freiheitsentziehung (Art. 397e und 397f), beim Verfahren der Ehescheidung (Art. 158) oder beim Verfahren zur Feststellung und Anfechtung des Kindesverhältnisses (Art. 254). Umgekehrt wird die Bestimmung des Abs. 3 zum Teil im Zivilgesetzbuch wiederholt, so etwa in Art. 434 Abs. 1 über die Beendigung der Vormundschaft. Trotz ihrer Verfahrenshoheit müssen die Kantone die rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien, die aus Art. 4 Abs. 1 BV abgeleitet werden und die zusätzlich durch Art. 6 Abs. 1 EMRK gelten, auf jeden Fall in ihrer Verfahrensgesetzgebung berücksichtigen (GEISER, ZVW 1993, 207 f.).

rensgarantien engt den Spielraum kant. Verfahrenshoheit zunehmend ein (KLEY, Rechtsschutz, 31 f.; ders., Besprechung von BGE 120 IV 242 in AJP 1994, 1476 f. m.H.). Die schon vielfach aufgeworfene Frage nach einer gesamtschweizerischen Vereinheitlichung des Prozessrechts stellt sich daher immer drängender (VOGEL, ZPR, 76 f.; ders., Europa und das schweizerische Zivilprozessrecht, AJP 1992, 317 ff.).

Art. 55 SchlT

D. Öffentliche Beurkundung ¹ Die Kantone bestimmen, in welcher Weise auf ihrem Gebiete die öffentliche Beurkundung hergestellt wird.

² Sie haben für die Errichtung von öffentlichen Urkunden in fremder Sprache ordnende Bestimmungen aufzustellen.

D. Forme authentique ¹ Les cantons déterminent pour leur territoire les modalités de la forme authentique. ² Ils établissent également les règles à suivre pour la rédaction des actes authentiques dans une langue étrangère.

D. Atti pubblici ¹ I Cantoni possono stabilire per il loro territorio le norme relative alla celebrazione degli atti pubblici. ² Stabiliscono pure le norme relative alla celebrazione degli atti pubblici in lingua straniera.

Literatur

BALBI, Das Recht der öffentlichen Beurkundung in Nidwalden, Stans 1981; BLUMENSTEIN, Zur Frage der örtlichen Zuständigkeit des bernischen Notariates, MBVR 1913, 241; BOCHUD, Notar und Steuern, ZBGR 1995, 1; BOLLA, L'acte authentique cantonal comme titre pour les inscriptions au Registre Foncier, ZBGR 1951, 241; BOURGNON, La légalisation des signatures en droit suisse et international, ZBGR 1987, 73; BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993 (zit. Beurkundungsrecht); ders., Sorgfaltpflicht der Urkundsperson und Prüfungspflicht des Grundbuchverwalters, ZBGR 1983, 65 (zit. Sorgfaltpflicht); CANNATA, Aperçu historique du notariat européen, ZBGR 1986, 193; CARLEN, Notariatsrecht der Schweiz, Zürich 1976; CLAVADETSCHER, Zum Notariat im mittelalterlichen Rätien, in: FS für F. Hausmann, 1977, 81; CORNUT, Der Grundstückskauf im IPR, Basel 1987; FELLMANN, Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Notars, ZBGR 1986, 129; FLÜCKIGER, Das Verurkundungsverfahren, Notar und Recht, Bern 1953, 45; GROSSEN, L'acte authentique, notion du droit fédéral, ZBGR 1967, 321; GULDENER, Müssen bei öffentlicher Beurkundung von Verträgen die Kontrahenten gleichzeitig anwesend sein?, ZBGR 1957, 347 (zit. Gleichzeitigkeit); ders., Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz, Zürich 1954 (zit. Grundzüge); H. HUBER, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechts, (zitiert wird der ergänzende Zweitabdruck in ZBGR 1988, 228 mit: Begriff); ders., Das zürcherische Notariats- und Grundbuchwesen, SJZ 1961, 277; JAMETTI GREINER, Die vollstreckbare öffentliche Urkunde, BN 1993, 37; JEANPRETRE, Le sottisier des notaires, ZBGR 1979, 265; KELLERHALS, Vollstreckbare öffentliche Urkunden aus schweizerischer Sicht, BN 1993, 1; J. KRATZER, L'acte authentique en droit suisse, Diss. Lausanne 1930; KÜNG, Urabstimmung und öffentliche Beurkundung, BN 1997, 1; LANZ, Zur

Art. 55 SchlT

ders., Die ersten Notare im Bernbiet, BN 1985, 149; ders., Bernisches Notariatsrecht, Bern 1983 (zit. Notariatsrecht); ders., Das Hauptverfahren im schweizerischen Notariatsprozess, ZBGR 1983, 321 (zit. Hauptverfahren); ders., Eidgenössisches und kantonales Beurkundungsrecht, BN 1955, 61; W. MEIER, Wahrheitssuche und Wahrheitstreue bei der Beurkundung von Willenserklärungen, ZBGR 1984, 1; MUTZNER, Die öffentliche Beurkundung im schweizerischen Privatrecht, ZSR 1921, 103a; NOTTER, Vollstreckbare öffentliche Urkunden, ZBGR 1993, 84; D. PIOTET, La responsabilité patrimoniale des notaires et autres officiers publics, Diss. Zürich 1981; RUF, Notariatsrecht (Skriptum), Langenthal 1995; A. SANTSCHI, Die Ausstandspflicht des Notars, Diss. Bern 1991 (zit. Diss.); ders., Die Rechtsberatung durch den Notar, ZBGR 1968, 1 (zit. Rechtsberatung); A. SCHELLENBERG, Öffentliche Beurkundung von Rechtsgeschäften, insbesondere nach zürcherischem Recht, Diss. Zürich 1930; SCHLUMPF, Zur Geschichte des Basler Notariats, BJM 1981, 169; JÖRG SCHMID, Thesen zur öffentlichen Beurkundung, ZBGR 1993, 1 (zit. Thesen); ders., Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Diss. Freiburg i.Ü. 1988 (zit. Diss.); ders., Zur interkantonalen Freizügigkeit öffentlicher Urkunden bei Verträgen über dingliche Rechte an Grundstücken, ZBGR 1989, 265 (zit. Freizügigkeit); SIDLER, Kurzkommentar zum luzernischen Beurkundungsgesetz, Luzern 1975; STEINER, Die Feststellung der Identität bei der Unterschriftsbeglaubigung, ZBGR 1950, 305; R. ULRICH, Die Organisation des solothurnischen Notariates, Diss. Zürich 1966; WALDER, Strafrecht im Notariatswesen, ZBGR 1962, 129; K.E. WEBER, Locus regit actum und seine Bedeutung für die öffentliche Beurkundung, ZBGR 1940, 1; WILD, Kantonale Beurkundung und Grundbuchführung, ZBGR 1951, 301.

Inhaltsübersicht

I. Allgemeines	1
II. Öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechts	4
III. Zweck der öffentlichen Beurkundung	8
IV. Beurkundungsverfahren	14
1. Allgemeines	14
2. Vorverfahren	15
a) Allgemeines	15
b) Örtliche Zuständigkeit	18
c) Sachliche Zuständigkeit	20
d) Beratungs- und Belehrungspflicht	25
e) Wahrheitspflicht	27
f) Unabhängigkeit und Vertrauenswürdigkeit	30
g) Abschluss des Vorverfahrens	32
3. Hauptverfahren	33
a) Kenntnisnahme des Urkundenentwurfs	33
b) Genehmigung und Unterzeichnung durch die Parteien	36
c) Vollzug der Beurkundung durch die Urkundsperson	39
d) Einheit des Beurkundungsaktes	43
e) Nachverfahren	45
V. Öffentliche Beurkundung in einer fremden Sprache	47
VI. Gegenstand der öffentlichen Beurkundung	49
VII. Genehmigungsbedürftigkeit kantonaler Vorschriften	54
VIII. Internationales Privatrecht	55

Entsprechend der sog. dualistischen Theorie findet auf derartige Objekte sowohl öffentliches als auch Privatrecht Anwendung. Dabei bestimmt das Privatrecht Begriff und Inhalt des Eigentums und der dinglichen und obligatorischen Rechte an derartigen öffentlichen Sachen sowie, was für die Wasserrechtsverleihung besonders bedeutsam ist, die Formen der Begründung und Übertragung derselben (Art. 664 N 29). Somit richten sich **Begründung und Übertragung** der durch eine Wasserrechtsverleihung eingeräumten **dinglichen Rechtsposition** an einem öffentlichen Gewässer nach den immobiliarsachenrechtlichen Grundsätzen des ZGB. Dieses sieht dafür die Form des selbständigen (somit übertragbaren) und dauernden (auf mindestens 30 Jahre zu begründenden) Rechts vor, welches durch eine entsprechende Blätteröffnung als **Grundstück** im Grundbuch aufgenommen werden kann (Art. 655 Abs. 1 Ziff. 2, Art. 943 Abs. 1 Ziff. 2; Art. 8 GBV). Dies ist denn auch in Art. 56 SchlT sowie in Art. 59 WRG ausdrücklich vorgesehen.

Art. 57 SchlT

F.-H. [...]

Diese Bestimmung behielt die bisherigen kant. Regelungen des **Sparkassawesens** hinsichtlich eines gesetzlichen Pfandrechts zugunsten der Einleger bis zum Erlass einer neuen bundesrechtlichen Ordnung vor. Art. 57 wurde inhaltlich in Art. 16 BankG überführt und konnte deshalb von Art. 53 BankG (SR 952.0) aufgehoben werden. Diese Bestimmung des Art. 16 BankG, die nur von wenigen Kantonen benutzt wird, erinnert an die frühere kant. Sparkassengesetzgebung (vgl. BODMER, Kommentar zum BankG, Zürich 1976 ff., Art. 16 N 1).

Art. 58 SchlT

J. Schuldbetreibung und Konkurs **Das Bundesgesetz vom 11. April 1989 über Schuldbetreibung und Konkurs wird mit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes abgeändert wie folgt: ...**

J. Poursuite pour dettes et faillite	La loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite est modifiée comme suit à partir de l'entrée en vigueur du présent code: ...
--------------------------------------	---

J. Modificazioni della legge sull'esecuzione e sul fallimento	La legge federale dell'11 aprile 1889 sulla esecuzione e sul fallimento rimarrà modificata come segue dall'entrata in vigore del presente codice:
---	---

Die Inkraftsetzung des Zivilgesetzbuches hatte die Änderung bzw. Einfügung folgender Bestimmungen des **Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes** bedingt: Art. 37, 45, 46 Abs. 3, 47 Abs. 3, 49, 59 Abs. 2, 65 Abs. 3, 67 Ziff. 2, 94 Abs. 3, 96 Abs. 2, 101, 102, 107 Abs. 5, 111 Abs. 1, 132^{bis}, 135 Abs. 1, 136^{bis}, 137, 138 Abs. 3, 141 Abs. 3 (später 142), 143^{bis}, 150 Abs. 1, 152 Abs. 2, 153 Abs. 3, 158 Abs. 2, 176, 193 Abs. 2, 208 Abs. 1, 219 Abs. 3, 258 Abs. 4, 259, 260^{bis}, 296, 308 Abs. 1 des SchKG. Diese Bestimmungen sind in der Zwischenzeit durch die umfangreiche Revision des SchKG durch das Bundesgesetz vom 16.12.1994, in Kraft seit 1.1.1997 (AS 1995, 1227), meist wieder geändert oder aufgehoben worden.

Die Art. 58-61 SchlT sind neu numeriert worden, da die ursprünglichen Art. 58 und 59 durch Ziff. I der Übergangsbestimmungen zum BG über das Obligationenrecht vom 30.3.1911 aufgehoben worden waren. Das «neue» Obligationenrecht war nach dem Zivilgesetzbuch, aber noch vor dessen Inkrafttreten auf den 1.1.1912 beschlossen worden.

K. Anwendung schweizerischen und fremden Rechtes

¹ Das Bundesgesetz vom 25. Juni 1891 betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter bleibt für die Rechtsverhältnisse der Schweizer im Auslande und der Ausländer in der Schweiz, und soweit kantonale verschiedenes Recht zur Anwendung kommt, in Kraft.

² ...

³ Das Bundesgesetz vom 25. Juni 1891 erhält folgende Einfügung: Art. 7a-7i ...

K. Application du droit suisse et du droit étranger

¹ La loi fédérale du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour continue à régir les suisses à l'étranger et les étrangers en Suisse, ainsi que les conflits de lois cantonales.

² ...

³ La loi fédérale du 25 juin 1891 est complétée comme suit: Art. 7a à 7i ...

K. Applicazione del diritto svizzero e straniero

¹ La legge federale del 25 giugno 1891 sui rapporti di diritto civile dei domiciliati e dei dimoranti rimane in vigore per ciò che riguarda i rapporti giuridici degli svizzeri all'estero e degli stranieri nella Svizzera e per i casi di conflitto di leggi cantonali.

² ...

³ La stessa legge è completata come segue: art. 7a a 7i ...

Das von Abs. 1 erwähnte Bundesgesetz über die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter ist vom Bundesgesetz vom 18.12.1987 über das **Internationale Privatrecht** abgelöst worden (SR 291). Abs. 1 behält das internationale Privatrecht

gen vor. Es handelt sich gewissermassen um Kollisionsrecht in Form «**interkantonalen Privatrechts**». Angesichts des nur noch marginalen kant. Privatrechts sind derartige Konflikte äusserst selten. Das BGER hatte sich einmal mit einer interkantonalen Grenzabstandsstreitigkeit für Anpflanzungen zu befassen. Die Grundstücksgrenze bildete gleichzeitig die Kantonsgrenze. Auf Willkürbeschwerde hin hob das BGER die Anwendung der kant. Abstandsvorschriften über das Kantonsgebiet hinaus auf und kassierte den richterlichen Entscheid (unveröff. Urteil des BGER, II. Zivilabteilung vom 2.5.1986, P 3257/85, auszugsweise wiedergegeben bei LINDENMANN, Bäume und Sträucher im Nachbarrecht, 4. Aufl. Zürich 1988, 20 f.). Abs. 1 legt für diesen Fall die sinngemässe Anwendung der Regelungen über das internationale Privatrecht nahe.

L. Aufhebung ¹ Mit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes sind die damit im Widerspruch stehenden zivilrechtlichen Bestimmungen des Bundes aufgehoben.

² Insbesondere sind aufgehoben:
das Bundesgesetz vom 24. Dezember 1874 betreffend Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes und die Ehe;
das Bundesgesetz vom 22. Juni 1881 betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit;
das Bundesgesetz vom 14. Juni 1881 über das Obligationenrecht.

³ In Geltung bleiben die Spezialgesetze betreffend das Eisenbahn-, Dampfschiff-, Post-, Telegraphen- und Telephonrecht, die Verpfändung und Zwangsliquidation der Eisenbahnen, diejenigen betreffend die Fabrikarbeit und die Haftbarkeit aus Fabrikbetrieb und aus andern Unternehmungen sowie alle Bundesgesetze über Gegenstände des Obligationenrechts, die neben dem Bundesgesetz vom 14. Juni 1881 über das Obligationenrecht erlassen worden sind.

L. Droit civil fédéral abrogé

¹ Sont abrogées, à partir de l'entrée en vigueur du présent code, toutes les dispositions contraires des lois civiles fédérales.

² Sont notamment abrogés:
La loi fédérale du 24 décembre 1874 concernant l'état civil, la tenue des registres qui s'y rapportent et le mariage;
La loi fédérale du 22 juin 1881 sur la capacité civile;
Le code fédéral des obligations du 14 juin 1881.

³ Demeurent en vigueur les lois spéciales concernant les chemins de fer, les postes, les télégraphes et téléphones, l'hypothèque et la liquidation forcée des chemins de fer, le travail dans les fabriques, la responsabilité civile des fabricants et autres chefs d'industrie, de même que toutes les lois en rapportant au droit des obligations.

Der Bundesgesetzgeber hatte das **Inkrafttreten** selbst auf den 1.1.1912 festgesetzt (Abs. 1). Aus diesem Grund wäre eine vorzeitige Inkraftsetzung von einzelnen Bestimmungen nur durch Zustimmung der Bundesversammlung möglich gewesen (Abs. 2). Die Modalitäten des Inkrafttretens werden durch die Art. 1 ff. SchlT festgesetzt. So ist in bestimmten Bereichen, z.B. im Grundbuchrecht, die Übergangszeit vom alten zum neuen Recht noch immer nicht abgelaufen (KLEY, Privatrecht, 228 ff.). Der Bundesgesetzgeber überlässt heute die Inkraftsetzung seiner Erlasse meist dem Bundesrat (HÄFELIN/HALLER, N 856), da ein Erlass erst nach Ausarbeitung der Vollziehungsverordnung vernünftigerweise in Kraft gesetzt werden kann. Diese Praxis gilt namentlich auch für die Änderungsgesetze zum Zivilgesetzbuch (z.B. AS 1996, 3070; 1995, 4882 f.; 1995, 1126; 1993, 1442; 1993, 1409). *Abs. 2 ist somit durch Zeitablauf und die neue Praxis gänzlich überholt worden und kann für Nachtrags- oder Änderungsgesetze zum ZGB faktisch keine Wirksamkeit mehr entfalten.*

Art. 61 SchlT

L. Abrogazione di leggi federali ¹ Colla entrata in vigore di questa legge rimangono abrogate le disposizioni di diritto civile federale incompatibili colla medesima.

² Sono abrogate in particolare:
La legge federale del 24 dicembre 1874 sugli atti dello stato civile et sul matrimonio.
La legge federale del 22 giugno 1881 sulla capacità civile.
Il Codice federale delle obbligazioni del 14 giugno 1881.

³ Rimangono in vigore le leggi speciali sul diritto delle strade ferrate, dei battelli a vapore, delle poste, dei telefoni e dei telegrafi, sulla costituzione d'ipoteca e la liquidazione forzata delle ferrovie, quelle relative al lavoro delle fabbriche e alla responsabilità civile dei padroni di fabbrica e di altre imprese, nonché tutte le leggi federali sopra materie del diritto delle obbligazioni, che furono emanate allato della legge federale sul diritto delle obbligazioni.

*Die frühere, partielle privatrechtliche Gesetzgebung des Bundes ist durch den Erlass der privatrechtlichen Kodifikation hinfällig geworden. Die Abs. 1 und 2 hoben diese Teile der privatrechtlichen Gesetzgebung des Bundes auf. Diese ist materiell Bestandteil des Zivilgesetzbuches geworden. Weiterhin in Kraft bleibt die privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche **Spezialgesetzgebung**. Dazu gehören insb. die Spezialgesetze, welche eine Kausalhaftung für gefahrgeneigte Tätigkeiten vorsehen. Diese Spezialgesetze sind mittlerweile ebenfalls durch neuere Gesetze abgelöst worden. Zum Teil wurden weitere derartige Gesetze erlassen, wie etwa das Kernenergiehaftpflichtgesetz vom 18.3.1983 (SR 732.44) oder das PrHG vom 18.6.1993 (SR 221.112.944).*

Art. 61 SchlT

M. Schlussbestimmung ¹ **Dieses Gesetz tritt mit dem 1. Januar 1912 in Kraft.**
² **Der Bundesrat ist unter Zustimmung der Bundesversammlung befugt, einzelne Bestimmungen schon früher in Kraft zu setzen.**

M. Dispositions finales ¹ Le code civil entrera en vigueur le 1^{er} janvier 1912.
² Le Conseil fédéral peut, avec l'autorisation de l'Assemblée fédérale, mettre en vigueur avant cette date l'une ou l'autre des dispositions du présent code.

M. Disposizioni finali ¹ La presente legge entrerà in vigore col 1° gennaio 1912.
² Il Consiglio federale potrà, con l'autorizzazione dell'Assemblea federale, anticipare l'entrata in vigore di singole disposizioni.