

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich von W. Ernst, M. T. Fögen †, M. Senn und A. Thier

Vanessa Duss

Gericht, Gesetz und Grundsatz

**Entstehung und Funktion von Prinzipien
des Rechts in der Rechtsprechung
des Schweizerischen Bundesgerichts vor
und nach Einführung der zivilrechtlichen
Kodifikationen (OR und ZGB)**

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	III
Inhaltsverzeichnis.....	V
Abkürzungsverzeichnis.....	XIII
Literatur- und Quellenverzeichnis.....	XVII
Literaturverzeichnis.....	XVII
Quellenverzeichnis.....	XXV
1 Einleitung.....	1
1.1 Fragestellung und Methode.....	2
1.2 Untersuchungsgegenstand.....	5
2 Prinzipien in der Theorie - Denkansätze.....	7
2.1 Definition von Prinzip.....	7
2.2 Rückblick über die Entwicklung der Theorien zur Unterscheidung von Prinzipien und Regeln.....	10
2.3 Arten von Prinzipien.....	16
2.4 Erkennbarkeit von Prinzipien.....	19
2.5 Übertragung der theoretischen Erkenntnisse auf die Generierung von Prinzipien in der Rechtsprechung des (Bundes-) Gerichts.....	22
2.6 Zusammenhang von Prinzipien und Evolution eines autopoietischen Systems.....	27
2.7 Definition von Prinzipien durch das Bundesgericht selbst.....	32
2.8 Zusammenfassung.....	34
2.9 Anmerkung zur Vorgehensweise.....	37

3	Prinzipien in den Materialien – der schweizerische Gesetzgeber	39
3.1	Prinzipien im Obligationenrecht (OR).....	39
3.1.1	Bundesrechtlich geregelte Rechtsbereiche vor Erlass des OR	39
3.1.2	Kompetenzen des Bundesgerichts	42
3.1.3	Leitmotive des Gesetzgebers bei der Ausarbeitung des OR im Allgemeinen.....	46
3.1.4	Bundesgesetze im Bereich des OR	52
3.1.4.1	Sonderfälle und ihre Behandlung	53
3.1.5	Persönliche Handlungsfähigkeit	57
3.1.5.1.	Das Handlungsfähigkeitsgesetz als lex specialis und Ergänzung durch Bestimmungen im OR	58
3.1.5.2.	Prinzipien im Handlungsfähigkeitsgesetz.....	62
3.1.6	Haftpflichtrecht	71
3.1.6.1	Eisenbahnhaftpflichtrecht	71
3.1.6.1.1	Das Eisenbahnhaftpflichtgesetz als lex specialis.....	71
3.1.6.1.2	Prinzipien im Eisenbahnhaftpflichtgesetz.....	73
3.1.6.2	Fabrikhaftpflichtrecht	80
3.1.6.2.1	Das Fabrikhaftpflichtgesetz als lex specialis	80
3.1.6.2.2	Prinzipien im Fabrikhaftpflichtgesetz	82
3.1.7	Immaterialgüterrecht.....	90
3.1.7.1	Das Markenschutzgesetz als lex specialis	92
3.1.7.2	Prinzipien im Markenschutzgesetz	93
3.2	Prinzipien im übrigen Zivilrecht (ZGB)	110
3.2.1	Bundesrechtlich geregelte Rechtsbereiche vor Erlass des ZGB	110
3.2.2	Kompetenzen des Bundesgerichts	118
3.2.3	Leitmotive des Gesetzgebers bei der Ausarbeitung des ZGB im Allgemeinen	121
3.2.4	Bundesgesetze im Bereich des ZGB	123
3.2.5	Handlungsfähigkeit	124

3.2.5.1	Das Handlungsfähigkeitsgesetz	124
3.2.5.2	Gesetzgeberische Leitmotive bei der Ausgestaltung des Personenrechts des ZGB	124
3.2.6	Eherecht	129
3.2.6.1	Das Zivilstands- und Eherechtsgesetz als lex specialis.....	129
3.2.6.2	Prinzipien im Zivilstands- und Eherechtsgesetz.....	134
3.2.6.3	Gesetzgeberische Leitmotive bei der Gestaltung des Eherechts des ZGB	139
4	Prinzipien in der Rechtsprechung – das schweizerische Bundesgericht.....	147
4.1.	Rechtsprechungsprinzipien im Bereich des Obligationenrecht (OR).....	147
4.1.1	Persönliche Handlungsfähigkeit	147
4.1.1.1	Handlungsfähigkeit (HFG 1).....	148
4.1.1.2	Jahrgebung (HFG 2)	150
4.1.1.3	Beschränkung der Handlungsfähigkeit im allgemeinen (HFG 5).....	150
4.1.1.4	Beschränkung der Handlungsfähigkeit der Ehefrauen (HFG 7, OR 35).....	153
4.1.1.5	Erwerbsfähigkeit und Verpflichtungsunfähigkeit vertragsunfähiger Volljähriger (OR 30).....	155
4.1.1.6	Vertragsunfähigkeit Willensunfähiger (OR 31).....	156
4.1.1.7	Geltungsbereich (HFG 10).....	156
4.1.2	Fazit	157
4.1.2.1	Das Prinzip der Verkehrssicherheit.....	157
4.1.2.2	Das Prinzip der Einheit des Rechts.....	159
4.1.2.3	Das Prinzip der Einfachheit des Rechts	160
4.1.2.4	Massstab für Handlungsunfähigkeit.....	160
4.1.2.5	Grundsatz der Gleichstellung der Geschlechter	161
4.1.2.6	Grundsatz des Schutzes der schwächeren Vertragspartei	162
4.1.2.7	Grundsatz des Schutzes von Treu und Glauben.....	162

4.1.2.8 Nationalitätsprinzip.....	163
4.1.2.9 Zusammenfassung	163
4.1.3 Eisenbahnhaftpflichtrecht	165
4.1.3.1 Beim Betrieb (aEHG 2)	165
4.1.3.2 Verschulden (aEHG 2).....	167
4.1.3.3 Sorgfaltsmassstab (aEHG 2, EHG 7)	167
4.1.3.4 Geltungsbereich (aEHG 1).....	168
4.1.3.5 Schadensberechnung (aEHG 5).....	168
4.1.3.6 Grundsatz der Angemessenheit der Schadenersatzleistung	169
4.1.3.7 Richterliche Unabhängigkeit (aEHG 11).....	169
4.1.3.8 Vorbehalt späterer Urteilsrektifikation (aEHG 6 Abs. 2).....	169
4.1.4 Fazit	169
4.1.4.1 Das Prinzip des weitest möglichen Schutzes des Publikums vor den Gefahren des Eisenbahnbaus und -betriebs.....	169
4.1.4.2 Das Prinzip der Haftungsvermutung der Transportgesellschaft	172
4.1.4.3 Der Sorgfaltsmassstab.....	174
4.1.4.4 Das Mitverschulden als Reduktionsgrund	175
4.1.4.5 Die Schadensbemessung	176
4.1.4.6 Zusammenfassung	177
4.1.5 Fabrikhaftpflichtrecht	178
4.1.5.1 Beim Betrieb (FG 5 Abs. 2 lit. b und FHG 2)	179
4.1.5.2 Kausalzusammenhang	179
4.1.5.3 Selbstverschulden (FG 5 Abs. 2 lit. b und FHG 2).....	181
4.1.5.4 Reduktion des Schadenersatzes (FG 5 Abs. 2 lit. b und FHG 5 lit. a bis c)	182
4.1.5.5 Schadenersatzmaximum (FG 5 Abs. 3 und FHG 6 Abs. 2)	184
4.1.5.6 Ersatzpflichtiger Schaden (FG 5 Abs. 2 lit. b und FHG 2)	184
4.1.6 Fazit	185

4.1.6.1	Das Prinzip des weitest möglichen Schutzes der Fabrikangestellten vor den Gefahren der Fabrikarbeit.....	185
4.1.6.2	Das Prinzip der Haftungsvermutung des Fabrikanten....	188
4.1.6.3	Der Sorgfaltsmassstab.....	190
4.1.6.4	Das Mitverschulden als Reduktionsgrund.....	191
4.1.6.5	Die Schadensbemessung.....	192
4.1.6.6	Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit.....	193
4.1.6.7	Zusammenfassung.....	194
4.1.7	Markenschutzrecht.....	195
4.1.7.1	Wesentliche Unterscheidung zweier Marken und rechtswidrige Aneignung (aMSchG 6, 18 und 19).....	197
4.1.7.2	Klageberechtigung (aMSchG 20).....	198
4.1.7.3	Berechtigung zur Hinterlegung (aMSchG 7).....	200
4.1.7.4	Ausschluss des Schutzes bestimmter Marken (aMSchG 4).....	201
4.1.7.5	Eintragung „alter“ Marken (aMSchG Übergangsbestimmungen 27, 28).....	202
4.1.8	Fazit.....	202
4.1.8.1	Das Prinzip der Gebrauchspriorität.....	202
4.1.8.2	Das Prinzip der Vermutung der wahren Berechtigung des ersten Hinterlegers.....	205
4.1.8.3	Das Prinzip der Redlichkeit.....	205
4.1.8.4	Das Prinzip der Reziprozität.....	206
4.1.8.5	Das Prinzip der Unterscheidbarkeit zweier Marken in den wesentlichen Merkmalen.....	207
4.1.8.6	Der Sorgfaltsmassstab.....	208
4.1.8.7	Zusammenfassung.....	209
4.2	Rechtsprechungsprinzipien im Bereich des übrigen Zivilrechts (ZGB).....	214
4.2.1	Handlungsfähigkeit.....	214
4.2.2	Eherecht.....	214
4.2.2.1	Tiefe Zerrüttung (ZEG 47 und ZGB 142).....	215
4.2.2.1.1	Die tiefe Zerrüttung 1907-1911.....	215

4.2.2.1.2 Die tiefe Zerrüttung 1912-1917	216
4.2.2.2 Gemeinsames Scheidungsbegehren (ZEG 45 und ZGB 142)	218
4.2.2.2.1 Das gemeinsame Scheidungsbegehren 1907-1911	218
4.2.2.2.2 Das gemeinsame Scheidungsbegehren 1912-1917	218
4.2.2.3 Die speziellen Scheidungsgründe (ZEG 46 lit. a-e und ZGB 137-141)	219
4.2.2.3.1 Die speziellen Scheidungsgründe 1907-1911	219
4.2.2.3.2 Die speziellen Scheidungsgründe 1912-1917	220
4.2.2.4 Der Eheinsprachegrund des Blödsinns (ZEG 28 Ziff. 3) und der Ehenichtigkeitsgrund der Geisteskrankheit (ZGB 120 Ziff. 2)	220
4.2.2.4.1 Der Eheinsprachegrund des Blödsinns 1907-1911	220
4.2.2.4.2 Der Ehenichtigkeitsgrund der Geisteskrankheit 1912-1917	221
4.2.2.5 Die Elternrechte (ZGB 156)	221
4.2.2.6 Entschädigung und Genugtuung an den schuldlosen Ehegatten bei Scheidung (ZGB 151)	222
4.2.2.7 Die güterrechtliche Auseinandersetzung bei Scheidung (ZGB 154)	222
4.2.2.8 Übrige Urteile nach ZGB im Bereich der Scheidung ...	223
4.2.3 Fazit	225
4.2.3.1 Die Prinzipien der tiefen Zerrüttung und des Verschuldens	225
4.2.3.2 Die speziellen Scheidungsgründe und der Ehenichtigkeitsgrund des Blödsinns bzw. der Geisteskrankheit	225
4.2.3.3 Das Prinzip, dass nur der (überwiegend) unschuldige Ehegatte die Scheidung verlangen darf	226
4.2.3.4 Das Prinzip des Kindeswohls	226

- 4.2.3.5 Das Prinzip der Schuldlosigkeit als Voraussetzung für Entschädigung und Genugtuung bei Scheidung.... 227
- 4.2.3.6 Das Prinzip der Rückentrichtung des Frauengutes an die Ehefrau bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung 227
- 4.2.3.7 Prinzip, dass die Weigerung der Wiederaufnahme des ehelichen Zusammenlebens als Verschulden gilt 228
- 4.2.3.8 Prinzip der Officialmaxime im Scheidungsverfahren ... 228
- 4.2.3.9 Zusammenfassung 229

- 5 Schlussfolgerungen 231
 - 5.1. Gesetz 231
 - 5.1.1. Das Verhältnis von Gesetz und Gesetz – „Vorwirkungen“ 232
 - 5.1.2. Das Verhältnis von Gesetz und Gesetzgeber – „Vorwirkungen“ 237
 - 5.2. Gericht 238
 - 5.2.1. Das Verhältnis von Gericht und Gesetzgeber – „Vorwirkungen“ 239
 - 5.2.2. Das Verhältnis von Gericht und Gesetz – „Vorwirkungen“ 240
 - 5.3. Grundsatz 241
 - 5.3.1. Das Verhältnis von Grundsatz und Gesetz – „Vorwirkungen“ 242
 - 5.3.2. Das Verhältnis von Grundsatz und Gericht – „Vorwirkungen“ 243
 - 5.4. Zusammenfassung 244
 - 5.5. These: Evolution durch Prinzipien 247
 - 5.6. Ausblick: Gerechtigkeit 248