

recht

3/20

www.recht.recht.ch

Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis

38. Jahrgang

Inhalt

- 141 *Sven Pinter*
Die Kontrolle ausländischer Direktinvestitionen in der EU
- 156 *Yannick Minnig*
Zum Verhältnis der Verarbeitung (Art. 726 Abs. 1 ZGB) zur Verbindung und Vermischung (Art. 727 Abs. 1 ZGB) – eine methodische Untersuchung
- 168 *Wolfgang Ernst*
Beschlussfassung im schriftlichen Verfahren
- 173 *Nathalie De Luca*
Gesetzesreform «zum verbesserten Schutz gewaltbetroffener Personen» aus strafrechtlicher Sicht
- 186 *Andrés Payer*
Zur Wahrnehmung berechtigter Interessen im Strafrecht
- 196 *Andreas R. Ziegler*
Ich werde Jurist. Was bedeutet das heute in der Schweiz eigentlich?
-

Im Fokus

- 213 *Niccolò Raselli*
Schweizerische Bundesanwaltschaft – Lieber ein Ende mit Schrecken als ein Schrecken ohne Ende



Impressum

Kontakt Verlag: Martin Imhof
Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1
Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 99, Fax 031 300 66 88
E-Mail: recht@staempfli.com

www.recht.recht.ch

Adressänderungen und Inserataufträge sind ausschliesslich an den Stämpfli Verlag AG, Postfach, 3001 Bern, zu richten. Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden. Die Zeitschrift erscheint viermal jährlich, im März, Juni, September und Dezember.

Abonnementspreise 2020

AboPlus

(Zeitschrift + Onlinezugang)

Schweiz: Normalpreis CHF 238.–,
für immatrikulierte Studenten CHF 182.–

Ausland: Europa CHF 250.–
Welt CHF 266.–

Onlineabo: CHF 208.–

Einzelheft: CHF 56.– (exkl. Porto)

Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% MWSt. Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

Abonnemente:

Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88,
zeitschriften@staempfli.com

Inserate:

Tel. 031 300 63 41, Fax: 031 300 63 90,
inserate@staempfli.com

© Stämpfli Verlag AG Bern 2020

Gesamtherstellung: Stämpfli AG, Bern

Printed in Switzerland

ISSN 0253-9810 (Print)

e-ISSN 2504-1487 (Online)

Herausgeber und Redaktion

Privatrecht

TANJA DOMEJ

Professorin für Zivilprozessrecht,
Privatrecht und Rechtsvergleichung,
Universität Zürich

SUSAN EMMENEGGER

Professorin für Privatrecht und
Bankrecht, Universität Bern

WOLFGANG ERNST

Professor für Römisches Recht
und Privatrecht, Universität Zürich

ROLAND FANKHAUSER

Professor für Zivilrecht und
Zivilprozessrecht, Universität Basel

ALEXANDRA JUNGO

Professorin für Zivilrecht,
Universität Freiburg

Wirtschaftsrecht

PETER JUNG

Professor für Privatrecht,
Universität Basel

PETER V. KUNZ

Professor für Wirtschaftsrecht
und Rechtsvergleichung,
Universität Bern

ROGER ZÄCH

Professor em. für Privat-,
Wirtschafts- und Europarecht,
Universität Zürich

Strafrecht

FELIX BOMMER

Ordinarius für Strafrecht, Straf-
prozessrecht und Internationales
Strafrecht, Universität Zürich

SABINE GLESS

Ordinaria für Strafrecht und Straf-
prozessrecht, Universität Basel

Öffentliches Recht

MARTINA CARONI

Ordinaria für Öffentliches Recht,
Völkerrecht und Rechtsverglei-
chung im öffentlichen Recht,
Universität Luzern

NICOLAS F. DIEBOLD

Ordinarius für Öffentliches Recht
und Wirtschaftsrecht,
Universität Luzern

BERNHARD RÜTSCHÉ

Ordinarius für Öffentliches Recht
und Rechtsphilosophie,
Universität Luzern

DANIELA THURNHERR

Professorin für Öffentliches Recht,
insb. Verwaltungsrecht und
öffentliches Prozessrecht,
Universität Basel

Yannick Minnig*

Zum Verhältnis der Verarbeitung (Art. 726 Abs. 1 ZGB) zur Verbindung und Vermischung (Art. 727 Abs. 1 ZGB) – eine methodische Untersuchung

Ein Sachverhalt kann sowohl den Tatbestand der Verarbeitung (Art. 726 Abs. 1 ZGB) wie auch denjenigen der Verbindung und Vermischung (Art. 727 Abs. 1 ZGB) verwirklichen. Die herrschende Lehre nimmt diesfalls an, dass Art. 726 Abs. 1 ZGB als lex specialis Art. 727 Abs. 1 ZGB vorgehe. Diese Ansicht wird im vorliegenden Beitrag mit einer Untersuchung der methodologischen Grundlagen des Lex-specialis-Grundsatzes widerlegt. Über eine teleologische Betrachtung wird sodann eine neue – von der herrschenden Lehre abweichende – Meinung erarbeitet, wonach sich die Normen unterschiedlich zu den Elementen «Arbeit» und «Sache» äussern, weshalb im Ergebnis von einer Stufenfolge auszugehen ist.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Meinungsstand
- III. Methodologische Grundlagen
 1. Der Lex-specialis-Grundsatz
 2. Spezialitätsverhältnis
- IV. Tatbestandliche Analyse
 1. Vorgehen
 2. Tatbestand der Verarbeitung
 3. Tatbestand der Verbindung und Vermischung
 4. Ergebnis
- V. Folgerungen und weiteres Vorgehen
 1. Fehlende Spezialität
 2. Überschneidungsverhältnis
- VI. Der Zweck von Art. 726 Abs. 1 ZGB und Art. 727 Abs. 1 ZGB
 1. Sache und Arbeit
 2. Art. 726 Abs. 1 ZGB
 3. Art. 727 Abs. 1 ZGB
 4. Ergebnis
- VII. Zusammenfassung in Thesen

I. Einleitung

Der Eigentumserwerb an beweglichen Sachen kann auf unterschiedliche Weise erfolgen (vgl. Art. 714 ff. ZGB). Das ZGB unterscheidet hierbei bekanntlich zwei Arten des Erwerbs von Fahrniseigentum: den derivativen und den originären Eigentumserwerb.¹ Zu letzterer Erwerbsart gehören namentlich der Tatbestand der Verarbeitung (Art. 726 ZGB) sowie derjenige der Verbindung und Vermischung (Art. 727 ZGB). Die Normen weisen

in ihrem jeweiligen ersten Absatz zweifelsohne auf der Tatbestandsebene gewisse Ähnlichkeiten auf; in ihrem dritten Absatz stimmen sie sogar wörtlich überein.² Dennoch unterscheiden sich ihre Rechtsfolgen in grundsätzlicher Weise. Während Art. 726 Abs. 1 ZGB zu einer alleinigen Rechtszuständigkeit entweder des Verarbeiters oder des Stoffeigentümers führt (Alleineigentum), sieht Art. 727 ZGB – zumindest in der Grundvariante von Abs. 1 – eine mehrfache Rechtszuständigkeit verschiedener Stoffeigentümer an der neuen Sache vor (Miteigentum).

Die vorliegende Untersuchung will mit Blick auf die verschiedenen Rechtsfolgen das Verhältnis der beiden Normen zueinander näher bestimmen. Gemeint sind hierbei diejenigen Fallkonstellationen, in denen sowohl die eine wie auch die andere Norm im Grunde zur Anwendung gelangen könnte. Beispielhaft sei etwa der abstrakte Fall genannt, bei dem ein oder mehrere Verarbeiter zwei Sachen verschiedener Eigentümer in einem Arbeitsprozess zu einer neuen Sache umgestalten. Oder konkreter: Ein Künstlerkollektiv schafft einerseits aus Metall und andererseits aus speziell bearbeitetem Holz zweier unterschiedlicher Eigentümer eine Skulptur, wobei die Eigentümer das Eigentum an den gelieferten Stoffen vorab nicht rechtsgeschäftlich auf das Künstlerkollektiv übertragen haben.

² Dass ein gewisser Zusammenhang zwischen den beiden Normen besteht, zeigt sich in Anbetracht der Gesetzgebungsgeschichte auch daran, dass *Eugen Huber* beide Tatbestände – dies im Unterschied zu den anderen Normen des Fahrniseigentumserwerbs – gemeinsam unter einem Titel erörtert hat («4. und 5. Die Verarbeitung, Art. 719, und die Verbindung und Vermischung, Art. 720»); siehe *Eugen Huber*, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, Bd. II: Sachenrecht und Text des Vorentwurfs vom 15. 11. 1900, 2. A., Bern 1914, S. 125.

* Dr. iur., Rechtsanwalt, Oberassistent am Zivilistischen Seminar der Universität Bern.

Der Verfasser dankt Mag.a iur. Sandra Viertler und Dr. iur. Martin Eggel, LL.M., Rechtsanwalt, für die kritische Durchsicht des Manuskripts und die wertvollen Hinweise.

¹ Statt aller *Jörg Schmid/Bettina Hürlimann-Kaup*, Sachenrecht, 5. A., Zürich 2017, N 1088.

Bisweilen mag die praktische Relevanz der beiden Normen *prima facie* zwar gering erscheinen.³ Doch ist zum einen zu beachten, dass sich die Aufgabe der Rechtswissenschaft nicht darin erschöpft, aktuelle Rechtsfragen zu untersuchen, sondern auch solche, denen eine geringere oder auch nur theoretische Relevanz zukommt.⁴ Zum anderen gibt es im täglichen Leben durchaus Fälle, bei denen Art. 726 Abs. 1 ZGB und Art. 727 Abs. 1 ZGB zur Anwendung gelangen, womit sich gleichsam die Frage nach dem Verhältnis der beiden Normen zueinander stellt.⁵

Die vorliegende Untersuchung analysiert im Folgenden nach Darlegung des derzeitigen Meinungsstandes,⁶ wonach Art. 726 Abs. 1 ZGB als *lex specialis* zu betrachten sei, zunächst die methodologischen Grundlagen dieser Ansicht.⁷ Zur Falsifizierung der herrschenden Auffassung erfolgt alsdann eine analytische Betrachtung der Tatbestandsmerkmale der zu untersuchenden Normen.⁸ Gestützt auf die daraus gewonnenen Ergebnisse soll abschliessend versucht werden, das Verhältnis von Art. 726 Abs. 1 ZGB und Art. 727 Abs. 1 ZGB abweichend von den bisherigen Meinungen zu bestimmen.⁹

II. Meinungsstand

Die Lehre beurteilt das Verhältnis der Verarbeitung zur Verbindung und Vermischung wie folgt: Bei gleichzeitiger Anwendbarkeit von Art. 726 Abs. 1 ZGB und Art. 727 Abs. 1 ZGB geht sie davon aus, dass erstere Norm gegenüber letzterer die be-

sondere oder speziellere darstelle und damit als *lex specialis* vorgehe.¹⁰ Dies bedeutet für das eingangs aufgezeigte Künstlerkollektivbeispiel, dass Art. 727 Abs. 1 ZGB verdrängt wird und sich die Rechtsträgerschaft ausschliesslich nach Art. 726 Abs. 1 ZGB bestimmt. Das Eigentum würde demnach entweder bei den Künstlern (Verarbeitern) oder bei den Holz- bzw. Metalleigentümern (Stoffeigentümern) liegen. Wie alsdann aber die Aufteilung unter den Künstlern bzw. den Stoffeigentümern vorzunehmen ist, beantworten die angeführten Autoren mehrheitlich nicht. Diesbezüglich wird nur vereinzelt angeführt, dass die Grundsätze von Art. 727 ZGB entsprechend Anwendung finden sollen, wenn die Verarbeitung mit Stoffen mehrerer Personen stattgefunden habe.¹¹ Dadurch wird allerdings weder das Verhältnis von Art. 726 Abs. 1 ZGB und Art. 727 Abs. 1 ZGB nachvollziehbar herausgearbeitet, noch wird klar, wie es sich im Falle mehrerer Verarbeiter verhält.

Soweit ersichtlich, wird diese Ansicht nicht näher begründet, und es wird auch nicht auf die methodologischen Grundlagen hingewiesen. Insoweit ist auch nicht zu erkennen, ob die Autoren von einer formellen oder von einer materiellen Spezial-

³ So hat bereits *Liver* konstatiert, dass Art. 726 ZGB und Art. 727 ZGB zwar von jeher ein bevorzugtes Thema der Wissenschaft gewesen seien, jedoch keine namhafte Gerichtspraxis dazu bestehe; vgl. *Peter Liver*, Schweizerisches Privatrecht, Bd. V/1: Das Eigentum, Basel/Stuttgart 1977, S. 371. Man kann in diesem Zusammenhang gleichsam von einem Auseinanderfallen der theoretischen und der praktischen Relevanz der Normen sprechen. In diesem Sinne findet sich denn auch in der jüngeren bundesgerichtlichen Rechtsprechung einzig BGer 5P.451/2001 vom 11. Februar 2002, der sich mit Art. 727 ZGB auseinandersetzt.

⁴ Ohne Zweifel ist die Rechtswissenschaft zwar eine sich an der Praxis orientierende Disziplin; siehe etwa *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. A., Berlin 1991, S. 234. Nichtsdestotrotz befasst sie sich nicht nur mit realen Sachverhalten, sondern auch mit «gedanklich [...] vorweggenommenen zwischenmenschlichen Situationen»; *Franz Bydlinki*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. A., Wien 1996, S. 9.

⁵ Die praktische Relevanz zeigt sich umso mehr darin, als Art. 726 ZGB und Art. 727 ZGB in jüngerer Zeit im Zusammenhang mit dem Eigentum an digitalen Daten immer wieder thematisiert werden; siehe *Martin Eckert*, Digitale Daten als Wirtschaftsgut: Besitz und Eigentum an digitalen Daten, SJZ 112/2016, S. 268, sowie *Martin Eggel*, Internet of Things – eine sachenrechtliche Auslegung, Zugleich ein Beitrag zur Frage nach der Sachqualität digitaler Daten, Jusletter vom 02. 12. 2019, N 30.

⁶ II. sogleich.

⁷ III. hienach.

⁸ IV. hienach.

⁹ V. und VI. hienach.

¹⁰ Vgl. *Dieter Zobl*, Zürcher Kommentar, Bd. IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, Art. 641–729 ZGB, 2. A., Zürich 1977, N 4 zu Art. 727 ZGB (zit. *ZK-Zobl*); *Paul-Henri Steinauer*, Les droits réels, Tome II: Propriété foncière, Propriété mobilière, Généralités sur les droits réels limités, Servitudes foncières, 4. A., Bern 2012, N 2117; *Flurina Hitz*, in: Peter Breitschmid/Alexandra Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641–977 ZGB, 3. A., Zürich 2016, N 1 zu Art. 727 ZGB; *Christian Rabl*, Eigentumsvorbehalt und Verarbeitung, Eine durch das ZGB inspirierte Neudeutung des österreichischen Rechts, in: Wolfgang Wiegand/Thomas Koller/Hans Peter Walter (Hrsg.), Tradition mit Weitsicht, Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag, S. 617; ferner *Delphine Pannatier Kessler*, in: Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx/Denis Piotet (Hrsg.), Commentaire romand, Code civil II, Art. 457–977 CC, Art. 1–61 Tit. fin. CC, Basel 2016, N 9 zu Art. 726 ZGB und N 5 zu Art. 727 ZGB (zit. *CR-Pannatier Kessler*). Vereinzelt wird in der Lehre nur darauf hingewiesen, dass Art. 726 Abs. 1 ZGB Art. 727 Abs. 1 ZGB – wahrscheinlich verdrängend – vorgehe, ohne ausdrücklich – wohl aber implizit – auf den *Lex-specialis*-Grundsatz hinzuweisen; siehe etwa *Hans Leemann*, Berner Kommentar, Bd. IV: Sachenrecht, 1. Abteilung, Art. 641–729 ZGB, 2. A., Bern 1920, N 3 zu Art. 726 ZGB und N 6 zu Art. 727 ZGB (zit. *BK-Leemann*); *Wilfried Kühne*, Der Eigentumserwerb durch Verbindung, Vermischung und Verarbeitung beweglicher Sachen im Schweizerischen Recht, Diss. Bern 1956, S. 32 und 59; *Carl Wieland*, Zürcher Kommentar, Bd. IV: Das Sachenrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuchs, Zürich 1909, N 4 zu Art. 727 ZGB (zit. *ZK-Wieland*); *Liver* [Fn. 3], S. 380. Im gleichen Sinne wird die Frage nach dem Verhältnis von Verarbeitung und Verbindung und Vermischung im deutschen Recht beantwortet; siehe *Jens Thomas Füller*, in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 8: Sachenrecht, §§ 854–1296, 8. A., München 2020, N 11 zu § 947 BGB, m. w. H. (zit. *MünchKomm-Füller*): «Der Vorrang des § 950 rechtfertigt sich aus der spezielleren Fassung dieses Tatbestandes, der gegenüber der Verbindung zusätzlich eine neue Sache und einen bestimmten Verarbeitungswert voraussetzt» (im Original teilweise in Fettschrift).

¹¹ So *BK-Leemann* [Fn. 10], N. 6 zu Art. 727 ZGB, und *ZK-Zobl* [Fn. 10], N. 33 zu Art. 726 ZGB, sowie ferner *ZK-Wieland* [Fn. 10], N. 4 zu Art. 727 ZGB.

tät ausgehen.¹² Desgleichen lassen sich in der Literatur keine Stimmen finden, die das so postulierte Verhältnis der beiden Normen infrage stellen oder wenigstens Zweifel daran äussern würden. Das Bundesgericht hat sich indes zu dieser Frage – wahrscheinlich mit Blick auf die praktische Relevanz von Art. 726 ZGB und Art. 727 ZGB¹³ – bislang nicht äussern müssen.

Auch wenn in der Lehre grundsätzlich Einigkeit über das Verhältnis der beiden Normen zueinander bestehen mag, so sollte dieser Auffassung nicht unbesehen gefolgt werden. Denn eine weitere Aufgabe der Rechtswissenschaft liegt im kritischen Überprüfen nicht eingehend begründeter, aber dennoch unbestrittener Ansichten. Dies gilt umso mehr, als sich mit der herrschenden Ansicht nicht die Frage beantworten lässt, wem das Eigentum bei mehreren Verarbeitern oder mehreren Stoffeigentümern zukommen soll. Infolgedessen ist eine einlässliche und namentlich methodische Untersuchung des Verhältnisses von Art. 726 Abs. 1 ZGB und Art. 727 Abs. 1 ZGB ohne Weiteres angezeigt.¹⁴

III. Methodologische Grundlagen

1. Der Lex-specialis-Grundsatz

a. Ausgangslage

Soweit die Doktrin Art. 726 Abs. 1 ZGB verkürzt als *lex specialis* im Verhältnis zu Art. 727 Abs. 1 ZGB betrachtet, beruft sie sich hierbei auf den althergebrachten – wenn auch nicht ganz unumstrittenen¹⁵ – Grundsatz «*lex specialis derogat legi generali*»^{16,17} Dieser ungeschriebene Grund-

satz¹⁸ wird von der Lehre und der Rechtsprechung in der Regel dann beigezogen, wenn ein Sachverhalt die Tatbestandsmerkmale von mehreren voneinander unabhängigen Normen erfüllt. Denn diesfalls liegt eine sog. Normenkonkurrenz¹⁹ vor, und es wird mittels des Lex-specialis-Grundsatzes versucht, die im Einzelfall anzuwendende Norm und mit ihr die einschlägigen Rechtsfolgen zu eruieren.²⁰

b. Einzelne Lösungen von Normenkonkurrenzen

Normenkonkurrenzen treten in unterschiedlichen Arten auf, womit für deren Lösung folglich auch verschiedene Regeln anwendbar sind.²¹ Gegenstand dieses Beitrages ist es nun aber nicht, sämtliche möglichen Regeln aufzuzeigen.²² Vielmehr wird nur auf zwei – für die zu behandelnde Thematik interessierende – Möglichkeiten der Lösung einer Normenkonkurrenz eingegangen.

Der im Verhältnis von Art. 726 Abs. 1 ZGB und Art. 727 Abs. 1 ZGB von der Lehre²³ angeführte Lex-specialis-Grundsatz wird zwar häufig zur Lösung einer Normenkonkurrenz beigezogen, um den Vorrang einer der Normen zu ermitteln; jedoch trifft dies nicht in jedem Fall zu. Ordnen die gleichzeitig anwendbaren – und insoweit konkurrierenden – Normen nämlich identische oder zumindest ähnlich gelagerte Rechtsfolgen an, so ergeben sich in

¹² Zu den Begriffen der formellen und materiellen Spezialität siehe Yves Mauchle, Normenkonkurrenzen im Obligationenrecht – zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, AJP 2012, S. 938 und 943. Siehe hierzu auch III.2. hienach.

¹³ Siehe dazu bereits die einleitenden Ausführungen unter I. soeben.

¹⁴ Zur Widerlegung von bestehenden Ansichten mittels einer methodischen Untersuchung auch Thomas M. J. Möllers, Juristische Methodenlehre, 2. A., München 2019, § 1 N 68.

¹⁵ Siehe dazu etwa Andrea Patricia Stäubli, Die Regelung über die vorvertragliche Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers nach Art. 4 ff. VVG und ihr Verhältnis zum allgemeinen Zivilrecht, Diss. Zürich 2019, N 564, m. v. H. Nachfolgend wird nicht näher auf die allgemeine Kritik am Lex-specialis-Grundsatz eingegangen. Denn Ziel des Beitrages ist nicht diesen Grundsatz umzustossen, sondern dessen Anwendbarkeit im Verhältnis von Art. 726 Abs. 1 ZGB und Art. 727 Abs. 1 ZGB zu analysieren.

¹⁶ Zu Deutsch: Die speziellere Norm hat Vorrang vor der allgemeineren. Statt aller Rolf Wank, Juristische Methodenlehre, Eine Anleitung für Wissenschaft und Praxis, München 2020, § 5 N 167.

¹⁷ Der Lex-specialis-Grundsatz wird innerhalb der Methodenlehre zumeist zur systematisch-logischen Auslegung gezählt; vgl. dazu Bydliński [Fn. 4], S. 465, sowie Ernst A. Kramer, Juristische Methodenlehre, 6. A., München/Wien/Bern 2019, S. 125.

¹⁸ Dazu Tristan Barczak, Normenkonkurrenz und Normenkollision, JuS 2015, S. 973 und 975.

¹⁹ Der Begriff der Normenkonkurrenz wird derweil nicht einheitlich verwendet. So setzt etwa Kramer [Fn. 17], S. 125, den Begriff der Normenkonkurrenz gleich mit denjenigen der Gesetzeskonkurrenz und der Normenkollision. Demgegenüber differenziert Barczak [Fn. 18], S. 970, mit Blick auf den lateinischen Wortstamm, zwischen Normenkonkurrenz als schlichtes Zusammenlaufen von Rechtsfolgen und Normenkollision als das Aufeinandertreffen sich widersprechender Regelungen. Sodann wollen Andreas von Tuhr/Hans Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. A., Zürich 1979, S. 42, von Gesetzeskonkurrenz sprechen, wenn die eine Norm von einer anderen verdrängt wird.

²⁰ Etwa Theo Mayer-Maly, Rangordnung von Normen innerhalb des Gesetzes, in: Christian Starck (Hrsg.), Rangordnung der Gesetze, 7. Symposium der Kommission «Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart» am 22. und 23. April 1994, Göttingen 1995, S. 139; Jens Prütting, Rechtsgebietsübergreifende Normenkollisionen – Ein Lösungsansatz am Beispiel der Schnittstelle von Zivil- und Sozialversicherungsrecht im Gesundheitswesen, Tübingen 2020, S. 113.

²¹ So bestehen neben dem Lex-specialis-Grundsatz noch weitere Grundsätze, die in Fällen von Normenkonkurrenzen – je nach Rechtslage – beigezogen werden, vorliegend aber nicht einschlägig sind. Genannt seien beispielsweise als weitere ungeschriebene Grundsätze: *lex posterior derogat legi priori* (die jüngere Norm geht der älteren vor) und *lex superior derogat legi inferiori* (die höherrangige Norm geht der niedrigeren vor); siehe Heinrich Honsell/Theo Mayer-Maly, Rechtswissenschaft: die Grundlagen des Rechts, 7. A., Bern/Baden-Baden/Wien 2017, S. 171, sowie Möllers [Fn. 14], § 4 N 130 ff.

²² Für eine Übersicht möglicher Regeln zur Lösung von Normenkonkurrenzen vgl. Barczak [Fn. 18], S. 972 ff.

²³ Siehe die Hinweise bei Fn. 10 hievore.

dieser Hinsicht in der Regel erst gar keine Probleme.²⁴ In solchen Fällen erscheint eine Normenkonkurrenz über andere – mithin geeignetere – Regeln lösbar, und ein Rückgriff auf den Lex-specialis-Grundsatz ist nicht angezeigt. Dies gilt beispielsweise für die Schadenersatzansprüche aus Vertrag (Art. 97 Abs. 1 OR) und Delikt (Art. 41 Abs. 1 OR). Es wird hier als Folge der Normenkonkurrenz nach herrschender Auffassung kein (exklusiver) Vorrang einer der Normen, sondern ein Nebeneinander derselben im Sinne einer Alternativität und den daraus folgenden Ansprüchen, mithin eine Anspruchskonkurrenz, angenommen.²⁵

Anders ist bisweilen zu entscheiden, falls die angeordneten Rechtsfolgen der konkurrierenden Normen zueinander im Widerspruch stehen und sich dadurch gegenseitig ausschliessen, mithin eine sog. Antinomie²⁶ vorliegt. Zwar ist ein Nebeneinander im Sinne der soeben erörterten Alternativenauswahl auch hier zumindest denkbar.²⁷ Jedoch muss in Fällen der Antinomie grundsätzlich einer der Normen der Vorrang eingeräumt werden, da «zwei einander widersprechende Rechtsfolgen [...] in derselben Rechtsordnung nicht gleichzeitig rechtens sein [können]»^{28, 29} Das heisst, dass diesfalls die Rechtswirkungen der einen Norm aufgrund der Anwendung der anderen nicht eintreten können.³⁰ Denn immerhin ist es der Anspruch einer jeden Rechtsordnung, eine in sich stimmige Einheit, ohne jegliche Widersprüche, zu bilden.³¹ Der bereits mehrfach erwähnte Lex-specialis-Grund-

satz dient in diesem Zusammenhang der Lösung einer solchen Normenkonkurrenz und der Herstellung eines widerspruchsfreien Rechtssystems.³²

c. *Anwendung auf das Verhältnis von Art. 726 Abs. 1 ZGB und Art. 727 Abs. 1 ZGB*

Bei gleichzeitiger Anwendbarkeit des Tatbestandes der Verarbeitung sowie desjenigen der Verbindung und Vermischung ist mit Blick auf das bisher Ausgeführte von einer Normenkonkurrenz auszugehen. Hierbei liegen nicht identische, sondern sich widersprechende Rechtsfolgen vor: Art. 726 Abs. 1 ZGB ordnet Alleineigentum an, Art. 727 Abs. 1 ZGB hingegen Miteigentum.³³

Eine Alternativität wie etwa bei Art. 97 Abs. 1 OR und Art. 41 Abs. 1 OR fällt in dieser Konstellation von vorneherein ausser Betracht. Denn im Rahmen von Art. 726 Abs. 1 ZGB und Art. 727 Abs. 1 ZGB besteht kein eigentliches Gläubiger-Schuldner-Verhältnis, in dem sich der Gläubiger für die Rechtsfolgen der einen oder anderen Norm entscheiden könnte. Vielmehr sind sowohl bei der Verarbeitung wie auch bei der Verbindung und Vermischung mehrere Beteiligte – Stoffeigentümer und/oder Verarbeiter – betroffen, die je nach anwendbarer Norm unterschiedlich an der neuen Sache berechtigt werden. Es fehlt mithin an einem Rechtssubjekt, das sich in Bezug auf sein Verhältnis zu einem anderen Rechtssubjekt einseitig auf eine der Rechtsfolgen festlegen kann. Entsprechend müssen auch Günstigkeitsüberlegungen – nämlich welche Rechtsfolge erscheint für den Gläubiger als günstiger und ist daher einschlägig – entfallen. In diesem Kontext ist sodann zu beachten, dass die Rechtsfolgen bei Art. 726 Abs. 1 ZGB und Art. 727 Abs. 1 ZGB unabhängig vom Willen der Beteiligten eintreten³⁴ und folglich – im Unterschied zu Art. 97 Abs. 1 OR und Art. 41 Abs. 1 OR – auch keiner Geltendmachung bedürfen bzw. eine solche gar nicht erst als möglich erscheint. Denn es fehlt bei Art. 726 Abs. 1 ZGB und Art. 727 Abs. 1 ZGB an einem eigentlichen Anspruchscharakter.³⁵

²⁴ Ebenso *Larenz* [Fn. 4], S. 266. Siehe hierzu auch *Karl Otfinger/Emil W. Stark*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Bd.: Allgemeiner Teil, 5. A., Zürich 1995, § 13 N 11, sowie ferner *Peter Huber*, Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, Eine Studie zur Konkurrenzfrage vor dem Hintergrund der internationalen Vereinheitlichung des Vertragsrechts, Tübingen 2001, S. 208, und *Reinhold Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 11. A., München 2012, S. 30.

²⁵ Statt vieler *Ingeborg Schwenger*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. A., Bern 2016, N 5.03; a. M. und Kumulation der Ansprüche annehmend *Peter Gauch/Walter R. Schluep/Susan Emmenegger*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. II, 10. A., Zürich/Basel/Genf 2014, N 2940.

²⁶ Zum Begriff *Bydliński* [Fn. 4], S. 463, sowie *Honsell/Mayer-Maly* [Fn. 20], S. 124.

²⁷ Als Beispiel sei hier etwa das Verhältnis von Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung angeführt. Bei gleichzeitiger Anwendbarkeit liegt eine Normenkonkurrenz vor (siehe dazu auch die Hinweise bei *Mauchle* [Fn. 12], passim) und die jeweiligen Rechtsbehelfe führen – jedenfalls in einem ersten Schritt – zu unterschiedlichen Rechtsfolgen: einerseits Aufhebung des Vertrages, andererseits Fortbestand des Vertrages. An sich sind diese Rechtsfolgen miteinander unverträglich. Nichtsdestotrotz hält das Bundesgericht daran fest (vgl. etwa BGE 127 III 83 E. 1.b, und BGE 145 III 383 E. 5.3.3), dass dem Gläubiger unabhängig von den an sich unverträglichen Rechtsfolgen ein Wahlrecht im Sinne der erwähnten Alternativität einzuräumen ist.

²⁸ *Bydliński* [Fn. 4], S. 463.

²⁹ Siehe *Larenz* [Fn. 4], S. 266; sowie *Heinrich Honsell*, Methode und Technik der Fallbearbeitung im Privatrecht, AJP 1992, S. 547. Vgl. ferner auch *Mayer-Maly* [Fn. 20], S. 139.

³⁰ *Susan Emmenegger*, Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe. Grundlinien einer Dogmatik der Verhältnisbestimmung zwischen Aufsichtsrecht und Aktienrecht, Habil. Bern 2004, S. 97.

³¹ *Barczak* [Fn. 18], S. 974.

³² Allgemein hierzu *Emmenegger* [Fn. 30], S. 98.

³³ Sie zu den verschiedenen Rechtsfolgen bei Art. 726 Abs. 1 ZGB und Art. 727 Abs. 1 ZGB bereits einleitend I. hievor.

³⁴ Vgl. *Heinz Rey*, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Bd. I., 3. A., Bern 2007, N 1898 und 1930, sowie auch *ZK-Zobl* [Fn. 10], N 17 zu Art. 726 ZGB und N 28 zu Art. 727 ZGB.

³⁵ Würde man der Ansicht von *Dieter Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 10. A., Heidelberg 2010, N 77, folgen, so könnte man diese Unterscheidung und den Ausschluss der Alternativität unter anderem auch damit begründen, dass es sich bei Art. 97 Abs. 1 OR und Art. 41 Abs. 1 OR um Anspruchs- oder Hauptnormen, bei Art. 726 Abs. 1 ZGB und Art. 727 Abs. 1 ZGB hingegen um Hilfsnormen handelt.

Folglich muss zur Lösung der Normenkonkurrenz unweigerlich einer der beiden Normen der Vorrang eingeräumt werden. Insoweit erscheint der von der Lehre verwendete Lex-specialis-Grundsatz für die Bestimmung des zu untersuchenden Verhältnisses zwischen Art. 726 Abs. 1 ZGB und Art. 727 Abs. 1 ZGB zumindest *a priori* durchaus als geeignet. Dies gilt freilich aber nur insofern, als die entsprechenden Voraussetzungen der Grundsatzanwendung erfüllt sind.

2. Spezialitätsverhältnis

Dass der Lex-specialis-Grundsatz nur zur Anwendung gelangen kann, wenn ein Spezialitätsverhältnis vorliegt,³⁶ erscheint selbsterklärend. Die speziellere Norm kann nämlich nur dann einer allgemeineren Norm vorgehen, wenn diese gegenüber jener überhaupt erst in irgendeiner Weise als besonders erscheint. Man kann gleichsam von der entscheidenden Anwendungsvoraussetzung sprechen.

Ein Spezialitätsverhältnis liegt nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis vor, wenn sämtliche möglichen Sachverhalte, die den Tatbestand der spezielleren Norm erfüllen, auch denjenigen der allgemeineren Norm verwirklichen. Umgekehrt ist die speziellere Norm aber nicht auf all diejenigen Fälle anwendbar, die unter die allgemeinere Norm subsumiert werden können.³⁷ Mit anderen Worten geht der Anwendungsbereich der allgemeineren Norm über denjenigen der spezielleren Norm hinaus.³⁸ Sonach lässt sich festhalten, dass sich das Spezialitätsverhältnis mit Blick auf die Anwendungsbereiche zweier Normen bestimmt. Die jeweiligen Anwendungsbereiche ergeben sich wiederum aus den Tatbestandsmerkmalen der konkurrierenden Normen,³⁹ wobei der spezielleren Norm im Vergleich zur allgemeineren mindestens

ein zusätzliches Merkmal zukommt.⁴⁰ Während die allgemeinere Norm beispielsweise die Tatbestandsmerkmale a+b enthält, finden sich bei der spezielleren Norm die Merkmale a+b+c.⁴¹ Weist ein Sachverhalt nun die Merkmale a+b auf, gelangt nur die allgemeinere Norm zur Anwendung, für die speziellere fehlt es am Merkmal c. Finden sich im zu beurteilenden Sachverhalt hingegen die Merkmale a+b+c, ist neben der spezielleren Norm – Konkurrenzregeln vorerst ausgeblendet – auch die allgemeinere anwendbar. Denn betrachtet man die allgemeinere Norm isoliert, so ist für ihre Anwendung vollkommen irrelevant, ob das Merkmal c verwirklicht wird oder aber nicht.⁴²

Wie soeben festgehalten wurde, bestimmt sich das Spezialitätsverhältnis zweier Normen über ihre jeweiligen Tatbestände, oder genauer, über ihre Tatbestandsmerkmale. Damit die herrschende Ansicht in Bezug auf das Lex-specialis-Verhältnis der beiden Normen überprüft werden kann, hat nachfolgend zunächst eine tatbestandliche Analyse zu erfolgen.

Ergänzend sei allerdings festgehalten, dass zuweilen eine rein «mechanische» Anwendung des Lex-specialis-Grundsatzes – also eine formelle Spezialität – abgelehnt wird.⁴³ Die Vertreter dieser Auffassung verlangen dabei neben dem typischen Spezialitätsverhältnis eine wertungsorientierte Betrachtung (sog. materielle Spezialität⁴⁴). Für den vorliegenden Beitrag erscheint diese Streitfrage allerdings insoweit als irrelevant, als so oder anders – bei formeller und materieller Spezialität – ein Spezialitätsverhältnis vorliegen muss.⁴⁵ Wenn also nachfolgend das Spezialitätsverhältnis von Art. 726 Abs. 1 ZGB und Art. 727 Abs. 1 ZGB verneint wird, so entfallen gleichsam diesbezügliche wertende Überlegungen.

IV. Tatbestandliche Analyse

1. Vorgehen

Es wurde zuvor aufgezeigt, dass Spezialität nur vorliegen kann, wenn ein Tatbestand im anderen vollkommen enthalten ist.⁴⁶ In Bezug auf die von der Lehre vertretene Auffassung, wonach Art. 726

³⁶ Wie hier wohl auch *Kramer* [Fn. 17], S. 126, und *Mauchle* [Fn. 12], S. 938.

³⁷ Siehe *Huber* [Fn. 24], S. 203; *Kramer* [Fn. 17], S. 126, m. H. auf *Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. A., Berlin 1999, S. 88; diesem folgend *Bruno Huwiler*, Privatrecht und Methode, Bemerkungen aus Anlass des Buches von Ernst A. Kramer über juristische Methodenlehre, recht 1999 (Sonderheft), S. 6.

³⁸ *Kramer* [Fn. 17], S. 126; ferner *Huwiler* [Fn. 37], S. 6. Man spricht hierbei bildlich auch von zwei ineinander liegenden Kreisen; siehe *Emmenegger* [Fn. 30], S. 163, und *Barczak* [Fn. 18], S. 973. Vgl. diesbezüglich auch die allgemeine Darstellung bei *Wank* [Fn. 16], § 5 N 172, sowie die besondere im Zusammenhang mit der Irrtumsanfechtung und der Sachmängelhaftung bei *Heinrich Honsell*, Die Konkurrenz von Sachmängelhaftung und Irrtumsanfechtung – Irrungen und Wirrungen, SJZ 2007, S. 138.

³⁹ In diesem Zusammenhang immer noch grundlegend *Andreas von Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II: Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft, 1. Hälfte, München/Leipzig 1914, S. 4 ff.

⁴⁰ Siehe dazu *Larenz* [Fn. 4], S. 267; *Bydlinski* [Fn. 4], S. 465; *Wank* [Fn. 16], § 16 N 183; *Prütting* [Fn. 20], S. 113 f.; *Huber* [Fn. 24], S. 203; *Barczak*, [Fn. 18], S. 973; *Emmenegger* [Fn. 30], S. 163; *Mauchle* [Fn. 12], S. 938.

⁴¹ So *Wank* [Fn. 16], § 16 N 183; *Huber* [Fn. 24], S. 204; *Mauchle* [Fn. 12], S. 938. Siehe ferner auch *Zippelius* [Fn. 24], S. 31.

⁴² Wohl implizit auch *Prütting* [Fn. 20], S. 113 f.

⁴³ Etwa *Kramer* [Fn. 17], S. 127; *Huber* [Fn. 24], S. 216; *Mauchle* [Fn. 12], S. 941. Ferner auch *Larenz/Canaris* [Fn. 37], S. 88, sowie *Emmenegger* [Fn. 30], S. 90 f.

⁴⁴ Vgl. dazu auch den Hinweis bei Fn. 12 hievor.

⁴⁵ So wohl auch *Huber* [Fn. 24], S. 217.

⁴⁶ Vgl. III.2. soeben.

Abs. 1 ZGB *lex specialis* gegenüber Art. 727 Abs. 1 ZGB darstelle, würde dies bedeuten, dass der Tatbestand der Verarbeitung in demjenigen der Verbindung und Vermischung enthalten ist, der Anwendungsbereich des letzteren aber über denjenigen des ersteren hinausgeht. Entsprechend müsste der Tatbestand von Art. 726 Abs. 1 ZGB im Vergleich zu demjenigen von Art. 727 Abs. 1 ZGB auch ein zusätzliches Merkmal aufweisen. Ob dies zutreffend und damit die Anwendung des *Lex specialis*-Grundsatzes angezeigt ist, kann nur – wie bereits angedeutet – gestützt auf eine analytische Betrachtung der Tatbestandsmerkmale der beiden Normen beurteilt werden.⁴⁷

2. Tatbestand der Verarbeitung

Sofern jemand eine fremde Sache verarbeitet oder umgebildet hat, gehört die neue Sache gemäss Art. 726 Abs. 1 ZGB dem Verarbeiter, wenn die Arbeit kostbarer ist als der Stoff, andernfalls gehört sie dem Eigentümer des Stoffes. Im Einzelnen kann hier für die vorliegende Untersuchung Folgendes näher ausgeführt werden:

Der Tatbestand der Verarbeitung verlangt als erstes Tatbestandsmerkmal zunächst ein Ausgangsprodukt in der Gestalt einer fremden⁴⁸ beweglichen Sache. Zwar verwendet Art. 726 Abs. 1 ZGB in grammatikalischer Hinsicht nur die Singularform («eine fremde Sache»). Jedoch kann es sich dabei – nach hier vertretenem Verständnis – ohne Weiteres auch um mehrere Sachen handeln, die zu einer neuen Sache verarbeitet werden.⁴⁹

Weiter bedarf es – als zweites Tatbestandsmerkmal – einer Verarbeitungshandlung. Die bewegliche Sache als Ausgangsprodukt muss zwingend einem menschlichen Arbeitsprozess unterworfen werden.⁵⁰ Lediglich auf natürliche Weise – wie etwa durch Naturkräfte – bewirkte Veränderungen vermögen den Tatbestand nicht zu

erfüllen.⁵¹ Die geforderte Verarbeitungshandlung ist sodann nicht als eine Rechtshandlung⁵² zu qualifizieren, sondern als eine Tathandlung (Realakt).⁵³

Die Verarbeitungshandlung hat letztlich zu einem Ergebnis zu führen, nämlich zu einer neuen Sache.⁵⁴ Denn nur das Vorliegen einer vom Ausgangsprodukt abweichenden (neuen) Sache rechtfertigt überhaupt Überlegungen zur Eigentumszuweisung. Irrelevant ist hierbei aber, ob die neue Sache in den vorherigen Zustand rückversetzt werden kann oder nicht.⁵⁵

Bisweilen verlangt die Doktrin im Sinne eines weiteren Tatbestandsmerkmals, dass die Arbeit wertvoller⁵⁶ sein müsse als das Ausgangsprodukt.⁵⁷ Diese Ansicht ist allerdings unpräzise.⁵⁸ Denn Art. 726 Abs. 1 ZGB regelt im Grunde zwei Lebenssachverhalte und ordnet damit gleichsam nicht nur eine, sondern zwei mögliche Rechtsfolgen an: einerseits das Eigentum des Verarbeiters, andererseits das Eigentum des Stoffeigentümers.⁵⁹ Diese Zweiteilung zeigt sich namentlich dadurch, dass im Falle der Verarbeitung das Eigentum am Ausgangsprodukt so oder anders und unabhängig vom jeweiligen Wert untergeht und entweder der Verarbeiter oder der Stoffeigentümer originär Eigentum an der neuen Sache erwirbt.⁶⁰ Somit ist die wertvollere Arbeit nur für die qualifizierte Verarbeitung und mithin für die Rechtsfolge des Eigentums des Verarbeiters ein Tatbestandsmerkmal. Ist dieses Merkmal nicht gegeben, so liegt im Umkehrschluss das Merkmal des wertvolleren Stoffes vor, und die Rechtsfolge lautet auf

⁴⁷ Dazu statt vieler ZK-Zobl [Fn. 10], N 16 zu Art. 726 ZGB, sowie BK-Leemann [Fn. 10], N 5 zu Art. 726 ZGB.

⁴⁸ Zu den Rechtshandlungen im Allgemeinen von Tuhr/Peter [Fn. 19], S. 174 ff.

⁴⁹ Etwa Liver [Fn. 3], S. 374; Sutter-Somm [Fn. 48], N 1092; ZK-Zobl [Fn. 10], N 17 zu Art. 726 ZGB; Steinauer [Fn. 10], N 2104d; Kühne [Fn. 10], S. 68.

⁵⁰ Vgl. auch CR-Pannatier Kessler [Fn. 10], N. 7 zu Art. 726 ZGB.

⁵¹ Siehe Ivo Schwander, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 6. A., Basel 2019, N 3 zu Art. 726 ZGB (zit. BSK-Schwander); BK-Leemann [Fn. 10], N 1 zu Art. 727 ZGB; ZK-Zobl [Fn. 10], N 20 zu Art. 726 ZGB.

Zur Veranschaulichung der Verarbeitung diene das oft angeführte Beispiel des Hauens einer Skulptur aus einem Marmorsteinblock. Sodann fällt etwa auch die Verarbeitung von Milch zu Käse unter die Norm von Art. 726 Abs. 1 ZGB. Siehe für weitere Beispiele auch BSK-Schwander [Fn. 55], N 3 zu Art. 726 ZGB.

⁵² *Pro memoria*: Die Bestimmung des Wertes der Arbeit erfolgt über einen Vergleich des objektiven Verkehrswertes der neuen Sache einerseits und desjenigen des Ausgangsprodukts andererseits. Vgl. statt aller nur Steinauer [Fn. 10], N 2104f.

⁵³ So etwa BSK-Schwander [Fn. 55], N 4 zu Art. 726 ZGB; ZK-Zobl [Fn. 10], N 11 zu Art. 726 ZGB; wohl auch Steinauer [Fn. 10], N 2104f., sowie Sutter-Somm [Fn. 48], N 1095.

⁵⁴ Siehe dazu etwa auch den Hinweis bei Kühne [Fn. 10], S. 62 mit Fn. 32.

⁵⁵ Beim höheren Wert der Arbeit (Eigentum des Verarbeiters) spricht man auch von qualifizierter Verarbeitung, bei höherem Wert des Stoffes (Eigentum des Stoffeigentümers) von einfacher Verarbeitung. Vgl. hierzu Kurt Helbling, Verarbeitung nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1957, S. 23.

⁵⁶ Helbling [Fn. 59], S. 30 f.; Liver [Fn. 3], S. 374; unklar demgegenüber Rey [Fn. 34], N 1897.

⁴⁷ In diesem Sinne wohl auch Mauchle [Fn. 12], S. 938 f.

⁴⁸ Eine Sache ist fremd, wenn sie einem anderen abhanden gekommen ist, gestohlen oder gefunden wurde und wenn sie anvertraut wurde; siehe etwa Steinauer [Fn. 10], N 2104b, und Thomas Sutter-Somm, Schweizerisches Privatrecht, Bd. V/1: Eigentum und Besitz, 2. A., Basel 2014, N 1091. Folglich fallen all diejenigen Konstellationen ausser Betracht, in denen der Verarbeiter die zu verarbeitenden Stoffe rechtsgeschäftlich zu Eigentum erworben hat.

⁴⁹ So implizit auch ZK-Zobl [Fn. 10], N 33 zu Art. 726 ZGB; Liver [Fn. 3], S. 375; Sutter-Somm [Fn. 48], N 1091; Rey [Fn. 34], N 1901; Kühne [Fn. 10], S. 71 f. Klarer ist diesbezüglich das deutsche BGB formuliert: «Wer durch Verarbeitung oder Umbildung eines oder mehrerer Stoffe eine neue bewegliche Sache herstellt [...]» (§ 950 Abs. 1 BGB); sowie das österreichische ABGB: «Wer fremde Sachen verarbeitet [...]» (§ 414 ABGB).

⁵⁰ Siehe bereits BK-Leemann [Fn. 10], N 5 zu Art. 726 ZGB, der in diesem Zusammenhang anschaulich auch von der «schaffende[n] Kraft menschlicher Arbeit» spricht.

Eigentum des Stoffeigentümers. Folglich sind der höhere Wert der Arbeit und derjenige des Stoffes im Rahmen von Art. 726 Abs. 1 ZGB zwar durchaus Tatbestandsmerkmale, ihr Verhältnis zueinander ist aber als ausschliessend disjunktiv⁶¹ zu qualifizieren.⁶²

3. Tatbestand der Verbindung und Vermischung

Werden bewegliche Sachen verschiedener Eigentümer so miteinander vermischt oder verbunden, dass sie ohne wesentliche Beschädigung oder unverhältnismässige Arbeit und Auslagen nicht mehr getrennt werden können, so entsteht gemäss Art. 727 Abs. 1 ZGB für die Beteiligten Miteigentum an der neuen Sache, und zwar nach dem Wert, den die einzelnen Teile zur Zeit der Verbindung haben.⁶³

Somit verlangt auch der Tatbestand der Verbindung und Vermischung gleich wie derjenige bei der Verarbeitung zunächst nach einer beweglichen Sache. In quantitativer Hinsicht besteht der Unterschied der beiden Normen indes darin, dass Art. 727 Abs. 1 ZGB zwingend mindestens zwei bewegliche Sachen als Ausgangsprodukte bedingt.⁶⁴ Eine Verbindung oder Vermischung in Bezug auf nur eine einzige Sache wäre denn auch schlicht nicht vorstellbar. Überdies müssen die zu verbindenden oder vermischenden Sachen unterschiedlichen Eigentümern gehören; im Verhältnis zueinander also – ähnlich wie bei Art. 726 Abs. 1 ZGB – fremd sein.

Als weiteres Tatbestandsmerkmal fordert Art. 727 Abs. 1 ZGB wie schon Art. 726 Abs. 1 ZGB einen (Verbindungs- oder Vermischungs-)Prozess. Es kann sich dabei wie bei der Verarbeitung um einen menschlichen Arbeitsprozess handeln. Jedoch ist die Verbindung oder Vermischung darüber hinaus – und im Unterschied zur Verarbeitung – auch auf natürlichem Weg möglich.⁶⁵ Rich-

tigerweise spricht man deshalb nicht von Verbindungshandlung, sondern von Verbindungsakt (bzw. Vermischungsakt).⁶⁶ Rechtlich wird dieser Akt gemeinhin ebenso wie bei Art. 726 Abs. 1 ZGB als Tathandlung (Realakt) qualifiziert.⁶⁷

Schliesslich muss auch das Ergebnis der Verbindung und Vermischung in einer neuen Sache bestehen.⁶⁸ Nach dem Gesetzeswortlaut ist Art. 727 Abs. 1 ZGB – im Unterschied zu Art. 726 Abs. 1 ZGB – allerdings nur dann anwendbar, wenn die Sachen so miteinander vermischt oder verbunden wurden, dass sie ohne wesentliche Beschädigung oder unverhältnismässige Arbeit und Auslagen nicht mehr getrennt werden können.⁶⁹

4. Ergebnis

Der Vergleich der beiden Tatbestände und ihrer jeweiligen Merkmale ergibt zunächst, dass jedenfalls das Ergebnis des Zusammenführens – sei dies durch Verarbeitung oder durch Verbindung bzw. Vermischung – identisch ist: Verlangt wird das Vorliegen einer neuen beweglichen Sache.⁷⁰ Insoweit liegt im Verhältnis von Art. 726 Abs. 1 ZGB und Art. 727 Abs. 1 ZGB ein gemeinsames übereinstimmendes Tatbestandsmerkmal vor,⁷¹ wie es bei Spezialitätsverhältnissen denn auch notwendig ist.

In Bezug auf das Ausgangsprodukt ergeben sich indessen erste Unterschiede. Während bei der Verarbeitung eine oder mehrere Sachen als Ausgangsprodukt/e verlangt werden, ist der Tatbestand der Verbindung und Vermischung hier enger ausgestaltet, zumal eine Sache allein nicht ausreicht. Mit Blick hierauf erscheint bei Art. 727 Abs. 1 ZGB ein zusätzliches – oder ein strengeres – Tatbestandsmerkmal vorzuliegen, womit entgegen der eingangs aufgezeigten Ansicht⁷² die Norm von Art. 727 Abs. 1 ZGB – bei isolierter Be-

⁶⁶ So ZK-Zobl [Fn. 10], N 28 zu Art. 727 ZGB.

⁶⁷ Kühne [Fn. 10], S. 28; Sutter-Somm [Fn. 48], N 1105; ZK-Zobl [Fn. 10], N 28 zu Art. 727 ZGB; BSK-Schwander [Fn. 55], N 2 zu Art. 727 ZGB. Immerhin sei angemerkt, dass der Begriff Tathandlung insoweit irreführend ist, als bei einem natürlichen Verbindungs- oder Vermischungsprozess gar keine Handlung vorliegen kann; siehe auch den Hinweis bei von Tuhr/Peter [Fn. 19], S. 175 mit Fn. 14.

⁶⁸ Zur Frage wie sich das Tatbestandsmerkmal der neuen Sache bei Art. 727 Abs. 1 ZGB zu demjenigen bei Art. 726 Abs. 1 ZGB verhält, siehe Rey [Fn. 34], N 1941 f. Die diesbezüglich geführte Diskussion ist für die vorliegende Untersuchung indes ohne weitere Relevanz.

⁶⁹ Beispielfür die Verbindung wird etwa das Zusammenschrauben, Schweißen und Löten von Rohmaterial zu einer Maschine genannt; als Vermischung etwa das Zusammengiesen verschiedener Weinsorten. Siehe dazu statt vieler Liver [Fn. 3], S. 377.

⁷⁰ Ebenso Kühne [Fn. 10], S. 62. Ähnlich auch für das deutsche Recht Jan Wilhelm, Sachenrecht, 6. A., Berlin 2019, S. 642.

⁷¹ Um es mit dem zuvor dargelegten Beispiel auszudrücken: Die neue Sache ist ein Tatbestandsmerkmal im Sinne von a oder b. Siehe dazu III.2. hievorum.

⁷² Siehe II. hievorum.

⁶¹ Man könnte auch von kontravalenten Tatbestandsmerkmalen reden; siehe etwa Kramer [Fn. 17], Fn. 150.

⁶² Oder anders gewendet: $a+b+c+d1$ =Eigentum des Verarbeiters; $a+b+c+d2$ =Eigentum des Stoffeigentümers (a=fremde bewegliche Sache; b=Verarbeitungshandlung; c=neue Sache; d1=höherer Wert der Arbeit; d2=höherer Wert des Stoffes; wobei aber entweder d1 oder d2 vorliegen kann, nie aber beide zusammen).

⁶³ Vom Tatbestand der Vermischung wird – obschon sich dies nicht aus dem Gesetzeswortlaut ergibt – auch die Vermengung erfasst; hierzu etwa mit Beispielen Sutter-Somm [Fn. 48], N 1106.

⁶⁴ Siehe auch ZK-Zobl [Fn. 10], N 25 zu Art. 727 ZGB; CR-Pannatier Kessler [Fn. 10], N 6 und 8 zu Art. 727 ZGB. Etwas ungenau demgegenüber BSK-Schwander [Fn. 55], N 2 zu Art. 727 ZGB, der bei der Verbindung von «zwei beweglichen Sachen» spricht.

⁶⁵ Vgl. hierzu Kühne [Fn. 10], S. 29; Liver [Fn. 3], S. 377; Sutter-Somm [Fn. 48], N 1106; ZK-Zobl [Fn. 10], N 28 zu Art. 727 ZGB; Stephanie Hrubesch-Millauer/Barbara Graham-Siegenthaler/Vito Roberto, Sachenrecht, 5. A., Bern 2017, N 05.150.

trachtung dieses Merkmals – derjenigen von Art. 726 Abs. 1 ZGB als speziellere vorgehen müsste. Immerhin muss das Ausgangsprodukt hier wie dort in gewisser Hinsicht fremd sein, was in diesem Kontext allerdings zu keinem anderen Schluss führt.

Desgleichen gilt für das Kriterium der Unmöglichkeit oder Unverhältnismässigkeit der Rückversetzung der neuen Sache in ihre Ausgangsprodukte. Art. 727 Abs. 1 ZGB weist hierbei wiederum ein zusätzliches und auch strengeres Tatbestandsmerkmal im Vergleich zu Art. 726 Abs. 1 ZGB auf. Sonach müsste Art. 727 Abs. 1 ZGB auch unter Bezugnahme auf dieses Element Art. 726 Abs. 1 ZGB – wiederum isoliert betrachtet – als *lex specialis* vorgehen.

Anders ist aber unter Berücksichtigung des Prozesses der Zusammenführung zu entscheiden. Bei der Verbindung und Vermischung kann der Prozess in einem menschlichen oder einem natürlichen Vorgang begründet sein. Der Tatbestand der Verarbeitung ist hier deutlich enger: Es braucht zwingend einen menschlichen Arbeitsprozess. Eine auf natürlichem Wege herbeigeführte Verarbeitung ist weder vorgesehen noch vorstellbar. Folglich wäre so der Tatbestand der Verarbeitung im Verhältnis zu demjenigen der Verbindung und Vermischung der speziellere und müsste insofern vorgehen.

V. Folgerungen und weiteres Vorgehen

1. Fehlende Spezialität

Nach dem soeben Ausgeführten kann bezüglich einzelner Tatbestandsmerkmale Art. 727 Abs. 1 ZGB als speziellere Norm angesehen werden, in Bezug auf ein anderes hingegen Art. 726 Abs. 1 ZGB. Insgesamt erscheint jedenfalls keine der beiden Normen als die speziellere. Mithin fehlt es an dem geforderten Spezialitätsverhältnis.⁷³ Die Normen können zwar auf den gleichen Sachverhalt anwendbar sein, jedoch kommt auch jeder von ihnen ein eigener Anwendungsbereich zu, von dem die jeweilig andere Norm vollends ausgeschlossen ist. Entsprechend kann auch der Lex-specialis-Grundsatz nicht zur Lösung der Normenkonkurrenz beigezogen werden. Desgleichen müssen daher die an anderer Stelle bereits erwähnten⁷⁴ wertenden Betrachtungen in diesem Zusammenhang entfallen.

⁷³ Siehe zur Notwendigkeit des Spezialitätsverhältnisses III.2. hievori.

⁷⁴ Vgl. III.2. in fine.

Die Feststellung, dass der Lex-specialis-Grundsatz eigentlich nicht zur Anwendung gelangen kann, widerlegt zwar die in der Lehre vertretene Ansicht. Allerdings trägt dieses Zwischenergebnis noch nichts zur Klärung des Verhältnisses von Art. 726 Abs. 1 ZGB und Art. 727 Abs. 1 ZGB bei. Denn die Normenkonkurrenz – und mit ihr die sich widersprechenden Rechtsfolgen – besteht weiterhin.

2. Überschneidungsverhältnis

Das weitere Vorgehen bestimmt sich nun vornehmlich unter Berücksichtigung der rechtlichen Einordnung des Zwischenergebnisses: Die Untersuchung hat bisher aufgezeigt, dass zwei Normen bestehen, die sowohl einen gemeinsamen wie aber auch je einen eigenen Anwendungsbereich haben. Das heisst im Einzelnen, dass bei einem Tatbestand die Merkmale a+b+c+d verlangt werden, beim anderen die Merkmale b+c+e+f.⁷⁵ Man spricht diesbezüglich in der Methodenlehre auch von einem partiellen Überschneidungsverhältnis.⁷⁶ Wie ein solches Überschneidungsverhältnis methodisch zu lösen ist, wird allerdings unterschiedlich beantwortet.⁷⁷ Für den vorliegenden Beitrag können namentlich zwei – häufig vertretene – Möglichkeiten näher thematisiert werden:

Denkbar ist zunächst, dass beim Vorliegen eines Überschneidungsverhältnisses eine alternative Anwendung der Normen angenommen wird.⁷⁸ Dies würde bedeuten, dass sich eine der beteiligten Personen für eine Rechtsfolge entscheiden könnte. Allerdings wurde bereits an anderer Stelle gezeigt, dass eine solche Alternativität von Art. 726 Abs. 1 ZGB und Art. 727 Abs. 1 ZGB gerade als nicht möglich erscheint, zumal kein eigentliches

⁷⁵ Dazu auch *Wank* [Fn. 16], § 16 N 184; *Huber* [Fn. 24], S. 221.

⁷⁶ Vgl. *Kramer* [Fn. 17], S. 126, und *Stäubli* [Fn. 15], N 560. Siehe ferner auch *Mauchle* [Fn. 12], S. 936, und *Emmenegger* [Fn. 30], S. 163, sowie *Huber* [Fn. 24], S. 221. Derweil wird trotz dem Vorliegen eines Überschneidungsverhältnisses häufig – wie etwa auch in Bezug auf das Verhältnis von Art. 726 ZGB zu Art. 727 ZGB – von einem Spezialitätsverhältnis ausgegangen, was alsdann zum methodisch falschen Schluss der Anwendung des Lex-specialis-Grundsatzes führt; siehe hierzu auch den Hinweis bei *Huwiler* [Fn. 37], S. 6.

Will man auch beim Überschneidungsverhältnis – wie bei der Spezialität (hierzu Fn. 38 hievori) – bildlich sprechen, so liegen hier zwei sich überschneidende Kreise vor. Vgl. hierzu die Darstellung bei *Wank* [Fn. 16], § 16 N 184.

⁷⁷ Siehe dazu auch die Hinweise bei *Stäubli* [Fn. 15], N 561 mit Fn. 1693.

⁷⁸ In BGE 114 II 131 E. 1.b wird gar eine entsprechende Alternativenvermutung postuliert: «Sieht das Gesetz für gleiche Tatbestände mehrere Rechtsbehelfe mit unterschiedlichen Rechtsfolgen vor, so sind seine Normen vermutungsweise alternativ anwendbar, wenn ihre Auslegung nicht ergibt, dass die eine als Sonderbestimmung den andern vorgeht.» Diese Rechtsprechung wurde namentlich bestätigt in BGE 115 II 237 E. 2.a und BGE 117 II 394 E. 3.b.

Gläubiger-Schuldner-Verhältnis besteht.⁷⁹ Das Überschneidungsverhältnis kann sonach in der vorliegenden Konstellation nicht über eine Alternativitätsbegründung gelöst werden.

Sodann wäre vertretbar, trotz fehlendem Spezialitätsverhältnis – namentlich aus Gründen der Verhinderung einer Zweckvereitelung – dennoch einer Norm den Vorrang gegenüber der anderen einzuräumen.⁸⁰ Ähnliches kann sich mit Blick auf die Sicherung des Anwendungsbereichs einer der Normen ergeben.⁸¹ Mangels des eigentlichen Spezialitätsverhältnisses könnte man diesfalls auch von einer fingierten Spezialisierung sprechen.⁸² Indes vermag aber ein solches Vorgehen bei der Lösung des Überschneidungsverhältnisses – jedenfalls im vorliegenden Kontext – nicht vollends zu überzeugen. Denn wie sich gezeigt hat, kann nach einer Analyse der einzelnen Tatbestandsmerkmale je nach Ausgestaltung sowohl der einen wie aber auch der anderen Norm «etwas Spezielles» zukommen.⁸³ Im gleichen Sinne ist auch jeder Tatbestand im Vergleich zum anderen auf seine Weise einschränkender ausgestaltet, womit ebenfalls ein sog. Günstigkeitsvergleich der Tatbestandsmerkmale⁸⁴ – welche Norm sieht ungünstigere Voraussetzungen vor und gelangt deshalb zur Anwendung – entfallen muss bzw. zu keinem Ergebnis führen kann. Es erscheint in Anbetracht dessen geradezu als unmöglich und damit als nicht sachgerecht, einer der beiden Normen im Allgemeinen den Vorrang einzuräumen.

Wenn nun aber einerseits die Normen nicht alternativ anwendbar sein können und andererseits auch keiner von ihnen eine generelle Vorrangstellung zukommt, so fragt sich, wie sich das Verhältnis von Art. 726 Abs. 1 ZGB und Art. 727 Abs. 1 ZGB sonst gestalten soll. Für die vorliegende Untersuchung wird nun im Ergebnis eine Auffassung vertreten, die für das Verhältnis der beiden Normen zueinander nicht den klassischen Ansichten folgt, sondern – wie sogleich zu zeigen sein wird⁸⁵ – von einer Stufenfolge ausgeht. Zu einem solchen Ergebnis gelangt man, wenn der Zweck, der den beiden Normen innewohnt, näher betrachtet

wird.⁸⁶ Mithin wird das Verhältnis von Art. 726 Abs. 1 ZGB und Art. 727 Abs. 1 ZGB vornehmlich über das teleologische Auslegungselement ermittelt.⁸⁷ Ein solches Vorgehen widerspricht zwar dem vom Bundesgericht praktizierten pragmatischen Methodenpluralismus.⁸⁸ Jedoch erscheinen die anderen Auslegungselemente *a priori* für die vorliegende Untersuchung als nicht geeignet. So lässt sich weder aus der Grammatik noch aus der Entstehungsgeschichte oder der Systematik der Normen irgendetwas zu deren Verhältnis entnehmen. Immerhin sind nachfolgend innerhalb des teleologischen Auslegungselements die Materialien – als Teil des historischen Auslegungselements⁸⁹ – vereinzelt zu berücksichtigen.⁹⁰

VI. Der Zweck von Art. 726 Abs. 1 ZGB und Art. 727 Abs. 1 ZGB

1. Sache und Arbeit

Für die vorliegende Untersuchung wird der jeweilige Zweck hinter Art. 726 Abs. 1 ZGB und Art. 727 Abs. 1 ZGB im Verhältnis zweier Elemente zueinander gesucht: des bzw. der Ausgangsprodukts/e

⁸⁶ Zu einem solchen Vorgehen *Larenz* [Fn. 4], S. 268, wie auch *Larenz/Canaris* [Fn. 37], S. 89, die allerdings von «Sinn und Zweck der in Frage stehenden Regeln und die hinter ihnen stehenden Wertungen» sprechen. Vgl. auch den Hinweis – jedoch in anderem Zusammenhang – bei *Stäubli* [Fn. 15], N 570. Siehe aber zur Kritik an der Wendung «Sinn und Zweck» *Kramer* [Fn. 17], S. 178. Im Ergebnis wohl ebenso *Bydlinski* [Fn. 4], S. 464, sowie *Mauchle* [Fn. 12], S. 941, mit Hinweis auf *Hans Merz*, Sachgewährleistung und Irrtumsanfechtung, Festschrift für Theo Guhl, Zürich 1950, S. 90: «Schon daraus folgt, dass das Verhältnis von verschiedenen Normen grundsätzlich nicht ermittelt werden kann, ohne dass vorher die gesetzgeberischen Zwecke erkannt und gewürdigt worden wären».

⁸⁷ Ebenso wie hier – allerdings verallgemeinernd – *Zippelius* [Fn. 24], S. 32. Für dieses Vorgehen spricht wohl auch die von *Heinrich Honsell*, in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I*, Art. 1–456 ZGB, 6. A., Basel 2018, N 10 zu Art. 1 ZGB, angeführte Ansicht, wonach man heute den Vorrang der teleologischen Interpretation anerkennen sollte. Oder auch *Möllers* [Fn. 14], § 5 N 1: «Die teleologische Auslegung [...] gehört zu den wichtigsten Argumentationsfiguren.»

Ob allerdings mit dem teleologischen Auslegungselement letztlich (ausschliesslich) die *ratio legis* bestimmt wird (so etwa *Möllers* [Fn. 14], § 5 N 2) oder ob die *ratio legis* das Ergebnis aller inhaltstragenden Auslegungsaspekte ist (so *Susan Emmenegger/Axel Tschentscher*, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter [Hrsg.], *Berner Kommentar, Bd. I: Einleitung und Personenrecht*, 1. Abteilung: Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012, N 195 zu Art. 1 ZGB [zit. *BK-Emmenegger/Tschentscher*]), wird derweil unterschiedlich beantwortet.

⁸⁸ Zum Methodenpluralismus aus der jüngeren Rechtsprechung etwa BGE 145 III 63 E. 2.1; BGE 144 III 100 E. 5.2; BGE 143 III 453 E. 3.1; BGE 143 III 646 E. 3.

⁸⁹ Hierzu statt vieler BGE 116 II 525 E. 2.b und BGE 140 III 206 E. 3.5.3.

⁹⁰ Zur Berücksichtigung historischer Aspekte beim teleologischen Auslegungselement vgl. *BK-Emmenegger/Tschentscher* [Fn. 87], N 295 zu Art. 1 ZGB, sowie *Arthur Meier-Hayoz*, in: Hans Becker (Hrsg.), *Berner Kommentar, Bd. I: Einleitung und Personenrecht*, 1. Abteilung: Einleitung, Art. 1–10 ZGB, Bern 1962, N 208 zu Art. 1 ZGB.

⁷⁹ Siehe III.1.c hievov.

⁸⁰ Vgl. hierzu *Wank* [Fn. 16], § 5 N 180; *Larenz/Canaris* [Fn. 37], S. 89.

⁸¹ Siehe *Huber* [Fn. 24], S. 222, und *Mauchle* [Fn. 12], S. 943, die hierbei jeweils auf die Meinungen von *Rolf Dietz*, *Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt*, Bonn 1934, S. 55 ff., und *Rudolf Schmidt*, *Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht*, München 1915, S. 83, hinweisen.

⁸² Dazu in anderem Zusammenhang *Emmenegger* [Fn. 30], S. 163 f.

⁸³ Siehe IV.4. hievov.

⁸⁴ Hierzu *Kramer* [Fn. 17], S. 128.

⁸⁵ Vgl. sogleich.

(bewegliche Sachen) einerseits und der aufgewendeten Arbeit andererseits. Denn es sind diese zwei Elemente, die die beteiligten Personen zum Zusammenführungsprozess beisteuern. Desgleichen bestimmt sich letztlich auch die Rechtsfolge bei den beiden Normen – wer wird Alleineigentümer (Art. 726 Abs. 1 ZGB) bzw. zu welchen Quoten entsteht Miteigentum (Art. 727 Abs. 1 ZGB) – über den jeweiligen Wert der Elemente «Sache» und «Arbeit».⁹¹

2. Art. 726 Abs. 1 ZGB

Der Verarbeitung liegt die Überlegung zugrunde, dass soweit ein Verarbeiter Arbeit leistet, die den Wert des Ausgangsprodukts übersteigt, das Eigentum beim Stoffeigentümer untergeht (vgl. auch Art. 729 ZGB) und der Verarbeiter originär Eigentum erwerben soll.⁹² Ist demgegenüber das Ausgangsprodukt wertvoller, so soll der Status quo⁹³ – nämlich das Eigentum des Stoffeigentümers – beibehalten werden.

Stoff und Arbeit sind zwar naturgemäss ungleichartig, dennoch erscheinen sie nach dem gesetzgeberischen Willen im Kontext von Art. 726 Abs. 1 ZGB grundsätzlich als gleichwertig⁹⁴ nebeneinanderstehend.⁹⁵ Ein solches Verständnis ist durchaus gerechtfertigt, denn es kommt sowohl dem Stoff wie auch der Arbeit je ein wirtschaftlicher Wert zu.⁹⁶ Folgerichtig kann auch für die Bestimmung der Rechtsfolge einzig der Wert des jeweiligen Elements ausschlaggebend sein. Oder anders formuliert: «Das Wertvollere trägt den Sieg

davon [...]»⁹⁷ Der Gesetzgeber hat sich für ein Entweder-oder-Prinzip entschieden⁹⁸; das Alleineigentum liegt entweder beim Verarbeiter oder beim Stoffeigentümer. Im Umkehrschluss hat er sich so im Rahmen ungleichartiger, aber gleichwertiger Elemente gleichsam gegen eine anteilmässige Beteiligung des Verarbeiters⁹⁹ bzw. des Stoffeigentümers entsprechend ihrem jeweiligen wertmässigen Beitrag – in Arbeit und Stoff – ausgesprochen.

Die Gleichstellung von «Arbeit» und «Sache» – als ungleichartige aber gleichwertige Elemente – zeigt sich in eindrucksvoller Weise auch darin, dass der Verarbeiter selbst dann Alleineigentümer werden kann, wenn er bösgläubig gehandelt hat.¹⁰⁰ Denn Art. 726 Abs. 2 ZGB ist lediglich als Kann-Vorschrift ausgestaltet, und es liegt im Ermessen des zuständigen Richters, wer Eigentümer werden soll. Soweit dabei die geleistete Arbeit eindeutig wertvoller als das Ausgangsprodukt zu qualifizieren ist, wird wohl meistens das Eigentum dem bösgläubigen Verarbeiter zuzusprechen sein.¹⁰¹ Der Wert der Arbeit erscheint dementsprechend sogar als höher gewertet als der gute Glaube. Immerhin sei angemerkt, dass der gute bzw. der böse Glaube bei der Bestimmung der Ausgleichsansprüche zu berücksichtigen ist.¹⁰²

3. Art. 727 Abs. 1 ZGB

Im Unterschied zu Art. 726 Abs. 1 ZGB wurde bei Art. 727 Abs. 1 ZGB die Rechtsfolge des Miteigentums vom Gesetzgeber als «einzig richtige Lösung»¹⁰³ empfunden. Bei der Verbindung und Vermischung handelt es sich bei den Ausgangsprodukten denn auch stets um (mehrere¹⁰⁴) bewegliche Sachen verschiedener Eigentümer, die unter sich ohne Zweifel gleichartig sind. Folglich hat sich der Gesetzgeber im Rahmen gleichartiger Elemente gegen die Rechtsfolge des Alleineigentums desjenigen entschieden, dessen Ausgangsprodukt der höhere Wert zugekommen wäre. Der Wert der Ausgangsprodukte ist nur für die Bestimmung der Miteigentumsquote relevant. Einzig für

⁹¹ Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang, dass zwar sowohl Sachen wie auch Arbeit im Rechtsverkehr ein wirtschaftlicher Wert zukommt, allerdings nur Sachen – oder genauer: das Eigentumsrecht an ihnen – zum Vermögen im juristischen Sinn gehören; grundlegend dazu bereits *Andreas von Tuhr*, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I: Allgemeine Lehre und Personenrecht, Leipzig 1910, S. 319. Für den hier zugrunde gelegten Vermögensbegriff («Gesamtheit aller grundsätzlich verfügbaren subjektiven Rechte, Pflichten und Rechtsverhältnisse einer Person») siehe *Dominik Schmid*, Rechtliche Grundlagen der Vermögensverwaltung, Eine Untersuchung zur Bedeutung der Begriffe «Verwaltung» und «Vermögen» im schweizerischen Privatrecht, Diss. Bern 2012, N 2.71.

⁹² *Rey* [Fn. 34], 1897, spricht in diesem Kontext auch von «Anerkennung wertvoller Arbeit als möglicher Eigentumserwerbsgrund».

⁹³ Der Status quo bedeutet aber nicht, dass der Stoffeigentümer das Eigentum am Ausgangsprodukt unverändert behält. Vielmehr geht sein Eigentumsrecht am Ausgangsprodukt unter, und er erwirbt originär Eigentum an der neuen Sache; siehe dazu auch IV.2. hievior.

⁹⁴ Gleichwertig meint in diesem Kontext allerdings nicht einen übereinstimmenden wirtschaftlichen Wert beider Elemente.

⁹⁵ Ähnlich wie hier auch *ZK-Zobl* [Fn. 10], N 27 zu Art. 726 ZGB, sowie *Helbling* [Fn. 60], S. 23. Vgl. ferner auch noch *Liver* [Fn. 3], S. 371.

Für eine historische Darstellung der Entwicklung der Verarbeitung siehe *Gero Dolezalek*, Plädoyer für Einschränkung des § 950 BGB (Verarbeitung) – mit Bemerkungen auch zu §§ 93, 947, 948 BGB, AcP 195 (1995), S. 394 ff.

⁹⁶ Siehe dazu auch Fn. 91 hievior.

⁹⁷ *Huber* [Fn. 2], S. 125.

⁹⁸ Treffend wäre auch das «Alles-oder-nichts-Prinzip». Ferner wird in diesem Zusammenhang auch von der sog. Mehrwerttheorie gesprochen; siehe hierzu *Hrubesch-Millauer/Graham-Siegenthaler/Roberto* [Fn. 65], N 05.136.

⁹⁹ Hierzu in anderem Zusammenhang auch *CR-Pannatier Kessler* [Fn. 10], N 9 zu Art. 726 ZGB.

¹⁰⁰ *Schmid/Hürlimann-Kaup* [Fn. 1], N 1126, erachten diese gesetzgeberische Entscheidung gar als ungewöhnlich im System des ZGB.

¹⁰¹ In diesem Sinne wohl die herrschende Lehre, vgl. etwa *BSK-Schwander* [Fn. 55], N 8 zu Art. 726 ZGB; *Liver* [Fn. 3], S. 375; *Sutter-Somm* [Fn. 48], N 1100; *ZK-Zobl* [Fn. 10], N 75 zu Art. 726 ZGB; *Rey* [Fn. 34], N 1916, alle jeweils e contrario.

¹⁰² Dazu etwa *Liver* [Fn. 3], S. 376.

¹⁰³ *Huber* [Fn. 2], S. 126.

¹⁰⁴ Dazu IV.3. hievior.

den Fall, dass nach der Verbindung oder Vermischung die eine Sache als Bestandteil der anderen erscheint, ist Alleineigentum des Eigentümers des Hauptbestandteils vorgesehen (vgl. Art. 727 Abs. 2 ZGB).

Im Unterschied zu Art. 726 Abs. 2 ZGB (bei ungleichartigen Elementen) kommt der Bösgläubigkeit einer Partei im Anwendungsbereich von Art. 727 ZGB und damit bei gleichartigen Elementen noch weniger Bedeutung zu. Eine Zusprechungsmöglichkeit des Richters nach Ermessen besteht mithin nicht; einzig bei der Bestimmung der Ausgleichsansprüche fällt die Gut- bzw. die Bösgläubigkeit wiederum ins Gewicht.¹⁰⁵

4. Ergebnis

a. Erkenntnisse

Bei der Verarbeitung stehen sich stets und notwendigerweise die beiden Elemente «Arbeit» und «Sache» gegenüber. Hingegen ist bei der Verbindung und Vermischung zwar immer das Element «Sache» zu verlangen, nicht aber das Element «Arbeit»; dieses kann im Einzelfall jedoch ebenfalls gegeben sein.¹⁰⁶

In einer wertenden Betrachtung ist Art. 726 Abs. 1 ZGB sonach auf die Bestimmung der Rechtszuständigkeit bei ungleichartigen (aber gleichwertigen) Elementen ausgerichtet. Die Norm ordnet die neue Sache mithin entweder den Beteiligten am Element «Arbeit» oder denjenigen am Element «Sache» zu (Entweder-oder-Prinzip¹⁰⁷), womit ungleichartige Elemente auseinanderdividiert werden. Eine mehrfache Rechtszuständigkeit ist bei ungleichartigen Elementen nach dem Willen des Gesetzgebers derweil ausgeschlossen. Das heisst, ein Element muss im Rahmen von Art. 726 Abs. 1 ZGB notwendigerweise als das massgebende («obsiegende») qualifiziert werden.

Abweichend ist in Bezug auf Art. 727 Abs. 1 ZGB zu urteilen, zumal hier ein anderer Zweck verfolgt wird. Da die Norm vornehmlich vom Eigentum an den Ausgangsprodukten und vom anschliessenden Miteigentum an der neuen Sache spricht, regelt Art. 727 Abs. 1 ZGB in erster Linie die Rechtszuständigkeit an der neuen Sache bei gleichartigen Elementen (z. B. «Sache» und «Sache»). Vom Wortlaut der Norm her befasst sie sich zwar offenbar nur mit dem Element «Sache». Indes er-

scheint es aber nach hier vertretener Auffassung als angebracht, den Zweck hinter Art. 727 Abs. 1 ZGB zu verallgemeinern und auch auf das Element «Arbeit» anzuwenden. Das heisst, dass sich die Rechtsfolgen bei mehreren Verarbeitern ebenfalls nach Art. 727 Abs. 1 ZGB richten und diese Miteigentümer entsprechend dem Wert ihrer jeweiligen Arbeit werden.¹⁰⁸

b. Folgerungen

Es wurde bereits aufgezeigt, dass zwischen Art. 726 Abs. 1 ZGB und Art. 727 Abs. 1 ZGB kein Spezialitätsverhältnis bestehen kann, wohl aber ein Überschneidungsverhältnis.¹⁰⁹ Die Qualifizierung als Überschneidungsverhältnis konnte zwar nicht zur Lösung der Normenkonkurrenz beitragen, wohl aber der nun eruierte Zweck. Entsprechend diesem Zweck, wonach sich die Bestimmungen in unterschiedlicher Weise zu den Elementen «Arbeit» und «Sache» aussprechen, kann bei gleichzeitiger Anwendbarkeit der Normen – nach hier vertretener Ansicht – von einer Stufenfolge ausgegangen werden: Art. 726 Abs. 1 ZGB weist demnach die Rechtszuständigkeit an der neuen Sache zunächst in einem ersten Schritt den beteiligten Personen des wertmässig grösseren Elements zu, egal ob es sich dabei um das Element «Arbeit» oder das Element «Sache» handelt. Die ungleichartigen Elemente werden dadurch voneinander getrennt. In einem zweiten Schritt erfolgt innerhalb dieses berechtigten Personenkreises die Zuteilung der Miteigentumsanteile an der neuen Sache entsprechend Art. 727 Abs. 1 ZGB, also nach dem individuell beigetragenen Wert des gelieferten Stoffes bzw. der geleisteten Arbeit. Diese Vorgehensweise rechtfertigt sich namentlich deshalb, weil es nur so als möglich erscheint, die ungleichartigen Elemente «Arbeit» und «Sache» – die gerade nicht zu einer mehrfachen Rechtszuständigkeit führen können – auseinanderzudividieren und die Rechtszuständigkeit alsdann innerhalb der massgebenden gleichartigen Elemente auf mehrere Beteiligte zu verteilen.

Freilich kann man in Anbetracht dieser Folgerungen auch die Ansicht vertreten, Art. 726 Abs. 1 ZGB gehe Art. 727 Abs. 1 ZGB vor.¹¹⁰ Jedoch ist dies nur insoweit richtig, als damit ein zeitliches

¹⁰⁵ Siehe Kühne [Fn. 10], S. 29.

¹⁰⁶ Zum Arbeitsprozess im Rahmen von Art. 727 Abs. 1 ZGB siehe die Ausführungen bei IV.3. hievior.

¹⁰⁷ Zum Entweder-oder-Prinzip vgl. VI.2. hievior.

¹⁰⁸ Diese Auffassung wird zuweilen auch in der Lehre vertreten, allerdings ohne Bezugnahme auf Art. 727 Abs. 1 ZGB. Siehe etwa Kühne [Fn. 10], S. 71; Rey [Fn. 34], N 1914; Sutter-Somm [Fn. 48], N 1098; Hrubesch-Millauer/Graham-Siegenthaler/Roberto [Fn. 65], N 05.140; unklar demgegenüber Liver [Fn. 3], S. 375.

¹⁰⁹ Siehe V. hievior.

¹¹⁰ Ein Teil der Lehre führt denn auch ohne – ausdrücklichen – Hinweis auf den Lex-specialis-Grundsatz aus, die eine Norm gehe der anderen vor. Siehe hierzu Fn. 10 hievior.

und nicht ein verdrängendes oder ausschliessendes «Vorgehen» gemeint ist. Denn letzteres würde wiederum ein Spezialitätsverhältnis implizieren und die Anwendung von Art. 727 Abs. 1 ZGB bei gleichzeitiger Verwirklichung der Merkmale von Art. 726 Abs. 1 ZGB verneinen.

Dieses Ergebnis lässt sich nun auf das eingangs dargelegte Beispiel vom Künstlerkollektiv und den Metall- bzw. Holzeigentümern anwenden, woraus sich folgende Schlüsse ziehen lassen: Im Beispielfall sind sowohl der Tatbestand der Verarbeitung (Art. 726 Abs. 1 ZGB) wie auch derjenige der Verbindung und Vermischung (Art. 727 Abs. 1 ZGB) erfüllt. Folglich sind in einem ersten Schritt die beiden Elemente «Sache» und «Arbeit» einander gegenüberzustellen. Gleichartige Elemente sind dabei wertmässig zusammenzurechnen, unabhängig davon, ob sie von einem Stoffeigentümer oder von einem Verarbeiter stammen. Das heisst, einerseits ist der Wert sämtlicher Ausgangsprodukte (hier Metall und Holz) zu addieren,¹¹¹ andererseits der Wert mehrerer Arbeitsprozesse durch verschiedene Verarbeiter (hier der Wert der Arbeit des jeweiligen Künstlers des Kollektivs). Überwiegt der Wert der Arbeit, so gelangt gemäss der hier vertretenen Stufenfolge zunächst Art. 726 Abs. 1 ZGB in der Weise zur Anwendung, als das Eigentum an der neuen Sache dem Verarbeiter bzw. den Verarbeitern – also dem Künstlerkollektiv – zukommt. Erweist sich demgegenüber der Wert der Ausgangsprodukte als höher, so ist das Eigentum den Stoffeigentümern zuzusprechen. Innerhalb des «obsiegenden» Elements bestimmt sich die Rechtszuständigkeit mehrerer Stoffeigentümer bzw. mehrerer Verarbeiter alsdann in einem zweiten Schritt gemäss Art. 727 ZGB: Es entsteht zwischen diesen – grundsätzlich¹¹² – Miteigentum entsprechend ihrem geleisteten Beitrag.

VII. Zusammenfassung in Thesen

1. Die herrschende Lehre erachtet Art. 726 Abs. 1 ZGB – ohne nähere Begründung – als *lex specialis* gegenüber Art. 727 Abs. 1 ZGB.
2. Eine tatbestandliche Analyse zeigt indes, dass zwischen Art. 726 Abs. 1 ZGB und Art. 727 Abs. 1 ZGB kein Spezialitätsverhältnis besteht, weshalb dieser Auffassung nicht gefolgt werden kann.
3. Weil in Bezug auf Art. 726 Abs. 1 ZGB und Art. 727 Abs. 1 ZGB ein partielles Überschneidungsverhältnis vorliegt, hat die weitere Bestimmung des Verhältnisses der beiden Normen zueinander – jedenfalls im vorliegenden Kontext – vornehmlich über eine teleologische Auslegung und eine wertende Betrachtung zu erfolgen.
4. Diese Betrachtung zeigt, dass das Verhältnis der beiden Normen zueinander – und damit auch die Rechtsfolgenbestimmung – über die beiden Elemente «Sache» und «Arbeit» bzw. die Gleichartigkeit und Ungleichartigkeit der gleichwertigen Elemente zu erfolgen hat.
5. Sind sowohl Art. 726 Abs. 1 ZGB wie auch Art. 727 Abs. 1 ZGB anwendbar und folglich die beiden Elemente «Sache» und «Arbeit» betroffen, so erfolgt eine Zusprennung des Eigentums an der neuen Sache in einem ersten Schritt an diejenigen Personen, deren Element in objektiver Hinsicht als wertvoller einzustufen ist. Ziel ist es hierbei, ungleichartige Elemente auseinanderzuidividieren.
6. Unter mehreren Berechtigten innerhalb gleichartiger Elemente erfolgt die Eigentumszuteilung in einem zweiten Schritt entsprechend Art. 727 ZGB, und es entsteht – grundsätzlich – Miteigentum.

¹¹¹ Ähnlich wie hier ZK-Zobl [Fn. 10], N 33 zu Art. 726 ZGB. Siehe zum deutschen Recht auch MünchKomm-Füller [Fn. 10], N 11 zu § 950 BGB.

¹¹² Auch nach dieser Stufenfolge ist es freilich denkbar, dass bei der Zuteilung innerhalb des obsiegenden Elements nicht Art. 727 Abs. 1 ZGB, sondern Art. 727 Abs. 2 ZGB zur Anwendung gelangt und letztlich Alleineigentum entsteht.