

Unverkäuflicher Sonderdruck

Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt

Herausgeber

Denise Buser

Helbing Lichtenhahn Verlag

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Autorenverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XI
Moderne Akzente in der baselstädtischen Kantonsverfassung – im Vergleich mit anderen Kantonen	1
Denise Buser	
Staatsaufgaben	29
Gerhard Schmid	
Die Grundrechte der Kantonsverfassung Basel-Stadt	57
Markus Schärer/Andrea Ziegler	
Bürgerrecht und Volksrechte	127
Stephan Wülschleger	
Staat und Religionsgemeinschaften	185
Felix Hafner	
Kanton und Gemeinden	237
Urs W. Kamber	
Interkantonale Zusammenarbeit	275
David Jenny	
Die Zusammenarbeit des Kantons Basel-Stadt mit dem Bund und dem Ausland	305
Stephan Breitenmoser	
Grosser Rat, Regierungsrat, Verwaltung und Ombudsstelle	347
Denise Buser	
Die Basler Gerichtsorganisation	401
Andreas Freivogel	

Das verwaltungsinterne Rekursverfahren des Kantons Basel-Stadt Alexandra Schwank	435
Die Verwaltungsgerichtsbarkeit Marie-Louise Stamm	477
Finanzrecht Felix Uhlmann	523
Das öffentliche Beschaffungsrecht des Kantons Basel-Stadt Caspar Zellweger/Annalina Witz	559
Steuerrecht Christian Mathez	613
Staatspersonal Christoph Meyer	667
Staatshaftung Christoph Meyer	709
Neue Formen der Verwaltungsführung Urs Müller	737
Raumplanungs- und Baurecht Vera Feldges/Caroline Barthe	767
Wirtschaft und Umwelt Beatrice Wagner Pfeifer	833
Gesundheitswesen Regine Dubler-Baratta	873
Das kantonale Recht und seine Berührungspunkte mit dem Privatrecht Philipp Spitz	919
Baselstädtisches Gleichstellungsrecht Denise Buser	989
Bildung und Kultur Markus Schott	1033
Datenschutz und E-Government Beat Rudin	1083
Basel und das Rheinregime Peter Robert Reutlinger	1157
Sachregister	1201

Vorwort

«Neues Handbuch» heisst die Zweitaufgabe des Handbuchs des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, dessen Erstauflage von Prof. Dr. iur. Kurt Eichenberger et al. 1984 herausgegeben worden ist.

Der Anlass für die Neuauflage ist ein doppelter. Zum einen hat sich der Kanton Basel-Stadt eine neue Verfassung gegeben. Zum anderen feiert die Advokatenkammer Basel ihr 125-jähriges Jubiläum. Gründe genug, um die erste Auflage des Handbuchs zu aktualisieren. Die Herausgeberin und die Advokatenkammer Basel schätzen sich glücklich, dass es gelungen ist, die ursprünglich unabhängigen Projekte zu einem gemeinsamen Buchprojekt zu vereinen. Die Autorenschaft setzt sich aus Vertreterinnen und Vertretern der Wissenschaft, der Anwaltspraxis, der Verwaltung und der Gerichte zusammen.

Das «Neue Handbuch» zeichnet die zum Teil sehr weitgehenden Entwicklungen im baselstädtischen Recht seit 1984 nach, und zwar unter Berücksichtigung des stark gewandelten bundesrechtlichen und internationalen Umfeldes. So wurden zahlreiche Bereiche umfassend revidiert, wie etwa das Bau- und Raumplanungsrecht, die interkantonale Zusammenarbeit, das Finanzrecht, das Submissionsrecht, das Personalrecht und das Staatshaftungsrecht. Neue Rechtsthemen fanden Eingang in die Gesetzgebung. Zu nennen sind hier der Datenschutz, neuartige Formen des Verwaltungsmanagements und das Gleichstellungsrecht. Es ergaben sich auch neue Akzente in den klassischen Bereichen der Staatsaufgaben, der Grundrechte, der Volksrechte, beim Verhältnis zwischen Kanton und Gemeinden, Kanton und Ausland und zwischen Staat und Religionsgemeinschaften, bei der kantonalen Behörden- und Gerichtsorganisation, beim Verfahrensrecht und bei den materiellen Verwaltungsgebieten wie dem Gesundheitsrecht, dem Wirtschafts- und Umweltrecht sowie dem Bildungs- und Kulturrecht. Das Rheinschiffahrtsrecht und die Schnittstellen zwischen kantonalem Privatrecht und öffentlichem Recht gaben sodann Anlass zu eigenständigen Darstellungen.

Die rasche Sequenz in der Rechtssetzung stellt für solche Gesamtstellungsprojekte bei der publizistischen Realisierung keine geringe Herausforderung dar. An der Schnittstelle der Darstellung de lege lata und de lege ferenda verweisen die Aufsätze in die Zukunft, indem sie bei künftigen offenen Rechtsfragen dank der Kontinuität der wissenschaftlich fundierten Dokumentation Hinweise auf Lösungs- oder Auslegungsmöglichkeiten liefern können.

Mit der zum ersten Mal auf CD-ROM edierten neueren Entscheidungspraxis des Verwaltungsgerichts (1999–2006) soll die Gesamtdarstellung des baselstädtischen Rechts zusätzlich abgerundet werden.

Für die Herausgabe bildeten die Unterzeichneten ein Team, das in äusserst kompetenter und hilfsbereiter Art vom Helbing Lichtenhahn Verlag unterstützt wurde. Ein besonderer Dank gilt dabei Dr. iur. Men Haupt, Verlagsleiter und lic. phil. Irène Kalt, Verlagslektorin, die als geduldige Gesprächspartner immer zur Verfügung standen. Frau lic. iur. Claudia Fluor und Frau Stephanie Zellweger haben beim Lektorat massgebliche Arbeit geleistet, wofür wir ihnen sehr verbunden sind. Die grössten Verdienste haben sich die Autoren und Autorinnen mit ihren Beiträgen zum gemeinsamen Werk erworben. Sie haben seinerzeit auf die entsprechende Anfrage hin spontan und vorbehaltlos zugesagt, was in Anbetracht ihrer vielfältigen beruflichen und privaten Verpflichtungen durchaus nicht selbstverständlich war.

An dieser Stelle danken wir insbesondere auch allen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die bei der Erstellung der CD-ROM mitgewirkt haben. Gedankt sei auch der Berta Hess-Cohn Stiftung und dem Lotteriefonds Basel-Stadt für die grosszügige Unterstützung dieses Werks.

Im Buch sind Literatur und Materialien bis Dezember 2007 berücksichtigt. Auf der CD-ROM ist die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts Basel-Stadt von 1999 bis 2006 enthalten. Die Rechtsprechung ab 2007 wird auf «Swisslex» publiziert.

Denise Buser

Advokatenkammer Basel
Balthasar Bessenich, Präses
Caspar Zellweger, Statthalter

Basel, im Frühjahr 2008

Autorenverzeichnis

Caroline Barthe

Dr. iur., Advokatin, Leiterin Rechtsabteilung des Baudepartements Basel-Stadt

Stephan Breitenmoser

Prof. Dr. iur., Professor an der Universität Basel und Richter am Bundesverwaltungsgericht

Denise Buser

Prof. Dr. iur., Titularprofessorin an der Universität Basel

Regine Dubler-Baretta

Dr. iur., Leiterin des Bereichs Gesundheitsdienste, Gesundheitsdepartement Basel-Stadt (bis 2006)

Vera Feldges

Lic. iur., Advokatin, Rechtsabteilung des Baudepartements Basel-Stadt

Andreas Freivogel

Dr. iur., Präsident des Sozialversicherungsgerichts Basel-Stadt

Felix Hafner

Prof. Dr. iur., Professor an der Universität Basel

David Jenny

Dr. iur., LL.M., Advokat in Basel

Urs W. Kamber

Dr. iur. et lic. phil. I, Rechtsabteilung des Justizdepartements Basel-Stadt

Christian Mathez

Lic. iur., Advokat, Leiter Rechtsdienst der Steuerverwaltung Basel-Stadt

Christoph Meyer

Dr. iur., LL.M., Advokat in Basel und Lehrbeauftragter an der Universität Luzern

Urs Müller

Prof. Dr. rer. pol., Titularprofessor an der Universität Basel

Peter Robert Reutlinger

Dr. iur., Rechtskonsulent Schweizerische Rheinhöfen, Direktion Basel, und stv. Delegierter der Schweiz in der Zentralkommission für die Rheinschifffahrt, Strassburg

Beat Rudin

Dr. iur., Advokat, Geschäftsführer der Stiftung für Datenschutz und Informationssicherheit in Basel und Lehrbeauftragter an der Universität Basel

Markus Schreier

Prof. Dr. iur., LL.M., Professor an der Universität Basel

Gerhard Schmid

Prof. Dr. iur., Advokat in Basel und ausserordentlicher Professor an der Universität Basel

Markus Schott

Dr. iur., LL.M., Advokat, Oberassistent an der Universität Zürich

Alexandra Schwank

Dr. iur., Rechtsabteilung des Justizdepartements Basel-Stadt

Philippe Spitz

Dr. iur., LL.M., Advokat in Basel und Lehrbeauftragter an der Universität Basel

Marie-Louise Stamm

Dr. iur., Gerichtspräsidentin am Appellationsgericht Basel-Stadt

Felix Uhlmann

Prof. Dr. iur., LL.M., Advokat, Professor an der Universität Zürich

Beatrice Wagner Pfeifer

Prof. Dr. iur., Advokatin in Basel, Titularprofessorin an der Universität Basel

Annalina Wirz

Dr. iur., Advokatin, Rechtsabteilung des Baudepartements Basel-Stadt

Stephan Willschlegler

Dr. iur., Gerichtspräsident am Appellationsgericht Basel-Stadt

Casper Zellweger

Dr. iur., LL.M., Advokat in Basel

Andrea Ziegler

Lic. iur., wissenschaftliche Assistentin an der Universität Basel

Das kantonale Recht und seine Berührungspunkte mit dem Privatrecht

Philippe Spitz*

I	Einleitung	922
II	Übersicht über die Erscheinungsformen des kantonalen Privatrechts	923
1	Kompetenz zum Erlass des Privatrechts	923
a)	Bundskompetenz zum Erlass des Zivilrechts (Art. 122 Abs. 2 BV)	923
b)	Schwierigkeit und Notwendigkeit der Abgrenzung des Privatrechts vom öffentlichen Recht	923
c)	Kompetenz der Kantone zum Erlass genuinen (nicht vorbehaltenen) kantonalen Privatrechts?	924
2	Vorbehaltenes Privatrecht	926
a)	Kantonale rechtliche Befugnis zum Erlass von privatrechtlichen Normen (Art. 5 Abs. 1 ZGB)	926
b)	Altrechtliches kantonales Privatrecht (Übergangsrecht)	927
3	Kantonale rechtlich bestimmter Ortsgebrauch (Art. 5 Abs. 2 ZGB)	928
4	Berücksichtigung und Bedeutung kantonalen Verkehrsrechts und Anschauungen ausserhalb von Art. 5 Abs. 2 ZGB	929
III	Einwirkung des kantonalen öffentlichen Rechts auf Bundesprivatrecht	931
1	Grundsatz der expansiven Kraft des kantonalen öffentlichen Rechts (Art. 6 ZGB)	931
2	Übersicht über das Bundesprivatrecht ergänzende kantonale Regelungsbereiche	932
a)	Bundesrecht und kantonales Recht	932

* Herrn lic. iur. VALENTIN KRESSLER, Redaktor bei der Basler Zeitung/Journalist BR, sei gedankt für die Durchsicht des Manuskripts und für diverse Hinweise und Frau CORINA GUER für die tatkräftige Mithilfe bei der Überarbeitung des Manuskripts. Jahreszahlen ohne nähere Erläuterung beziehen sich auf das Jahr des Inkrafttretens der entsprechenden Erlasse. Internetadressen wurden allesamt am 15.10.2007 zuletzt abgerufen.

b) Übersicht über verbleibende Felder kantonomer Regulationsbefugnis	933
aa) Kantonale Regelungen zum Schutze der Polizeigüter	933
bb) Regelungen sozialpolitischer Natur	934
cc) Regelungen wirtschaftspolitischer Natur	934
c) Regelungen kultureller bzw. ideeller Natur	935
d) Regelungen im Zusammenhang mit vollständig dem kantonalen Recht zugeordneten Bereichen	935
e) Exkurs zu den Monopolen und Regalen im Kanton Basel-Stadt	935
IV Das Gemeinwesen als Privatrechtssubjekt: Gewerbliche Verrichtungen der Kantone und ihrer Anstalten und Körperschaften	939
V Übersicht über die Entwicklung der letzten Jahrzehnte	944
VI Rechtsgebietspezifische Betrachtung	
1 Personenrecht	946
a) Persönlichkeitsrecht: Persönlichkeitsschutz (Art. 28 ff. ZGB)	946
b) Juristische Personen des kantonalen Rechts (Art. 59 ZGB)	948
aa) Juristische Personen des kantonalen öffentlichen Rechts (Art. 59 Abs. 1 ZGB)	948
bb) Juristische Personen des kantonalen Privatrechts (Art. 59 Abs. 3 ZGB)	952
2 Familienrecht	953
a) Inkaasohilfe und Alimenterbervorschussung (Art. 131 und 290/293 ZGB)	953
b) Besondere fürsorgerische Massnahmen, insbesondere Freizeisenzug (Art. 397a ff. ZGB)	954
3 Erbrecht	955
a) Sicherungsregeln im Erbgang (Art. 551 ff. ZGB)	956
b) Amtliche Mitwirkung bei der Erbteilung (Art. 609 Abs. 2 ZGB)	957
4 Sachenrecht	957
a) Kantonalrechtliche Beschränkungen des Grundeigentums	958
b) Kantonalrechtliche Beschränkungen bei Tieren und Fahrmiseigentum	960
c) Nachbarrecht	961
d) Immissionschutz: Zusammenspiel und Verhältnis kantonales Nachbar- bzw. Baurecht – Immissionschutzrecht des Bundes	962
e) Dienstbarkeiten	965
f) Gesetzliche Grundpfandrechte und Grundlasten zur Sicherung öffentlich-rechtlicher Geldforderungen	965

5 Obligationenrecht	967
a) Privatrechtliche Rechtsfolgen bei Verletzung kantonal-rechtlicher Bestimmungen	968
aa) Vertragsrecht: (Teil-)Nichtigkeit bei Verstoß gegen die öffentliche Ordnung gemäss Art. 19/20 OR	968
bb) Schadenersatz bei Verletzung kantonomer Bestimmungen (Art. 41 OR)	969
b) Weitere Eingriffe in bzw. Beeinflussungen von Privatrechtsverhältnissen durch kantonales Recht im Bereich des OR AT	970
c) Kleinvertrieb alkoholischer Getränke und Wirtshauszeche (Art. 186 OR)	971
d) Freiwillige Gant (Art. 229 ff. bzw. 236 OR)	972
e) Mietrecht	973
f) Arbeitsrecht	975
aa) Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (Art. 356–358 OR)	975
bb) Normalarbeitsverträge (Art. 359–360 OR)	975
cc) Flankierende Massnahmen zu den Sektorischen Abkommen CH-EG (Art. 360a–360f OR)	976
dd) Ergänzende Bestimmungen im Bereich des öffentlichen Arbeitsrechts	977
g) Weitere Regelungen	978
6 (Privates) Wirtschaftsrecht	978
a) Wettbewerbsrecht (UWG)	980
b) Kartellrecht (KG)	981
7 Zivilprozess- und Vollstreckungsrecht	982
8 Beurkundungswesen	984
VI Schlussbemerkungen	986

I Einleitung

Das kantonale Recht weist *vielfältige Schnittstellen* mit dem Privatrecht auf. Diese sollen Thema des vorliegenden Beitrags sein, der damit die vorwiegend öffentlich-rechtlichen Beiträge in der vorliegenden Festgabe um eine privatrechtlich gefärbte Facette ergänzt. Art. 122 Abs. 1 BV weist die Materie des «Zivilrechts»¹ dem Bundesgesetzgeber zu. Gleichwohl bleibt Raum für die Kantone, im Bereich des Privatrechts gesetzgeberisch tätig zu werden oder aber im Rahmen des Erlasses und der Anwendung öffentlich-rechtlicher Bestimmungen Bundesprivatrecht zu ergänzen und damit privatrechtliche Rechtsverhältnisse entscheidend mitzugestalten oder zu beeinflussen.

Der vorliegende Beitrag hat zum Ziel, diese Schnittstellen des kantonalen öffentlichen Rechts mit dem Privatrecht ausfindig zu machen und vorzustellen.² Dabei soll die Präsentation kantonalen, *materiellrechtlicher* Bestimmungen im Vordergrund stehen. Nur am Rande behandelt werden sollen somit formellrechtliche Bestimmungen zu Fragen wie Zuständigkeit, Organisation (von Behörden oder der Gerichte) oder Verfahren.³ Ausgeklammert bleiben oder nur am Rande behandelt werden die Bereiche des Umweltschutzes, des Baurechts, der Staatshaftung und des kantonalen Beschaffungswesens, denen sich in der vorliegenden Festgabe andere Autorinnen und Autoren schwergewichtig widmen.

II Übersicht über die Erscheinungsformen des kantonalen Privatrechts

1 Kompetenz zum Erlass des Privatrechts

a) Bundeskompetenz zum Erlass des Zivilrechts (Art. 122 Abs. 2 BV)

Gemäss Art. 122 Abs. 1 BV ist die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts Sache des Bundes. Diese *umfassende Gesetzgebungskompetenz* erfasst nach h.L. das gesamte Gebiet des Privatrechts, also auch diejenige im Bereich des Handelsrechts oder der OR/ZGB ergänzenden Spezialgesetzgebung.⁴ Auf Gesetzesstufe erfährt diese Kompetenz mannigfaltige Einschränkungen. Die Auslegeordnung wird dabei weitgehend durch Art. 5 und 6 ZGB bestimmt, die die Bundeskompetenz relativieren und sie in Teilen wieder an die Kantone zurückgeben. Anzusprechen ist insbesondere die in Art. 5 Abs. 1 ZGB generell angesprochene Möglichkeit zur *Gesetzdelegation an die Kantone*, derer sich der Gesetzgeber im Rahmen des Erlasses und diverser Revisionen von ZGB und OR an diversen Stellen bedient hat. Gleichzeitig bestimmt Art. 6 Abs. 1 ZGB, dass «die Kantone (...) in ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen durch das Bundeszivilrecht nicht beschränkt» werden. Dies drückt zwar eine Selbstverständlichkeit aus, da eine Kompetenzverschiebung von den Kantonen zum Bund einer bundesverfassungsrechtlichen Kompetenzgrundlage bedürfte. Dem kantonalen öffentlichen Recht wird damit aber sog. *expansive Kraft* beigemessen, was den Erlass von Bestimmungen öffentlich-rechtlicher Natur erlaubt, die bundesprivatrechtliche Bestimmungen ergänzen und damit dem (Bundes-)Privatrecht unterstehende Rechtsverhältnisse mitgestalten oder sonst spürbar beeinflussen können.⁵

b) Schwierigkeit und Notwendigkeit der Abgrenzung des Privatrechts vom öffentlichen Recht

Die *Abgrenzung* von Privatrecht und öffentlichem Recht ist schwierig, aber vor dem Hintergrund der Kompetenzen von Bund und Kantonen *unumgänglich*, namentlich zur Bestimmung von Zuständigkeiten zur Rechtssetzung (Bund oder Kantone) oder zur Rechtsanwendung (Zivilerichte oder Verwaltungsbehörden) und der entsprechenden

¹ Die Begriffe Zivilrecht bzw. Bundeszivilrecht (vgl. Art. 6 Abs. 1 ZGB) und Privatrecht werden meist synonym verwendet (so z.B. FRIEDRICH, 729 und PETER, FORSMOSER, Einführung in das Recht, Zürich 2003, § 5 N 5 und 7). Dies ist insofern ungenau, als der Bundesgesetzgeber begrifflich vielerorts Zivil- und Handelsrecht unterscheidet (vgl. etwa HAUSMEIER, N 1 und FN 1 zu Art. 5 ZGB). Neben den Ergänzungserlassen zu ZGB und OR, die u.a. Erlasse des Haltungs- und des Versicherungsrechts sowie im Bereich der Gleichstellung, des Erwerbs von Grundstücken durch Personen im Ausland, des bürgerlichen Bodenrechts und des Konsumenschutzrechts einschliessen (aufgelistet bei SR 210 und 220) können auch Erlasse im Bereich des Handels- und Wirtschaftsrechts, namentlich des Immaterialgüter-, Wettbewerbs-, Kartell- und des Datenschutzrechts unter den weit verstandenen Begriff des Privatrechts gefasst werden. Letztere beide enthalten jedoch vorwiegend Bestimmungen öffentlich-rechtlicher Art, insbesondere, wenn auf die Art der Sanktionen und die zur Anwendung kommenden Rechtswege abgestellt wird. Vorliegend soll von diesem weit verstandenen Begriff des Privatrechts ausgegangen werden.

² Der Beitrag «Kantonales Zivilrecht» von HANS-PETER FRIEDRICH im kantonalen Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts aus dem Jahre 1984 (777 ff.) stellt eine in weiten Teilen noch immer brauchbare Quelle zur Erschliessung des kantonal-basisstädtischen Privatrechts dar.

³ Die Kantone sind im Bereich von ZGB und OR gemäss Art. 52 SchlT ZGB zum Erlass solcher Bestimmungen verpflichtet (dazu auch oben, II.2.a).

⁴ Dazu BSK-HANS SCHMID und ZK-MARTI, N 60 ff. zu Art. 6 ZGB sowie N 80 ff. in Vorbem. Art. 5 und 6 ZGB, N 3 ff. zu Art. 5 und 6 ZGB.

⁵ Vgl. dazu anstelle vieler BUSER, Rz. 163 ff. sowie zuletzt BGE 132 III 49, 51 (zu Immissionen von der Landwiese in der Stadt Zürich).

Verfahrenswege.⁶ Es wurden verschiedene Theorien zur Abgrenzung entwickelt, worunter vor allem die Subordinationstheorie, aber auch die Interessen-, Funktions- und die Fiskustheorie sowie die modale Theorie zu nennen sind.⁷ Das Bundesgericht prüft «in jedem Einzelfall, welches Abgrenzungskriterium den konkreten Gegebenheiten am besten gerecht wird».⁸ Es trägt damit dem Umstand Rechnung, dass der Unterscheidung je nach den Regelungsbedürfnissen und insbesondere den Rechtsfolgen verschiedene Funktionen zukommen, die im Einzelfall in Frage stehen. Das Ganze wird zudem von Art. 6 Ziff. 1 EMRK überlagert, der für Streitigkeiten über «civil rights» – die jedoch nicht mit dem gebräuchlichen Begriff des Privatrechts identisch sind – und in Fällen strafrechtlicher Anklage eine Reihe von Verfahrenssicherungen und namentlich die Garantie des Gerichtszugangs aufstellt.

c) **Kompetenz der Kantone zum Erlass genuinen (nicht vorbehaltenden) kantonalen Privatrechts?**

Fraglos deckt die Gesetzgebungskompetenz des Bundes in Art. 122 Abs. 1 BV denjenigen Bereich ab, der ZGB und OR sowie deren Ergänzungserlasse betrifft. Dass die entsprechende Gesetzgebungskompetenz ausgeschöpft wurde und daneben – abgesehen von relativ wenigen Vorbehalten zugunsten kantonalen Privatrechts – kein Raum für privatrechtliche Bestimmungen der Kantone besteht, ergibt sich aus Art. 5 Abs. 1 ZGB, der über Art. 7 ZGB auch im Bereich des OR gilt.

6 Auf die Abgrenzung stellen zudem die Bestimmungen zur Bundesrechtspflege im seit 2007 in Kraft stehenden Bundesgerichtsgesetz (BGG; SR 173.110) ab, die vom Begriff der «Zivilsachen» ausgehen und die Beschwerde in Zivilsachen von der Beschwerde im öffentlichen Recht bzw. dem Strafrecht unterscheiden. Gemäss Art. 72 Abs. 2 lit. b BGG unterliegen der Beschwerde in Zivilsachen auch «öffentlich-rechtliche Entscheide, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Zivilrecht stehen». Diese Bestimmung hat einen ähnlichen Gehalt wie die Regelung in Art. 44 aOG (Begriff der «Zivilrechtsspreitigkeit»). Wesentlich sind aber letztlich die Beschwerdegründe in Art. 95 BGG (aus der sich die «Kognition» gibt), die zur Anwendung kommen. Kantonales Recht, sei es vorbehaltene Privatrecht oder öffentliches Recht, kann nur auf die Vereinbarkeit mit Bundes- oder Völkerrecht oder mit kantonalen verfassungsmässigen Rechten, also im Wesentlichen nur auf Willkür (Art. 9 BV; «beschränkte Kognition») überprüft werden.

7 Dazu näher anstelle vieler Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 253 ff. und Christian Brückner, Die Trennung von Privatrecht und öffentlichem Recht – ein Beispiel für die Suggestivkraft von Begriffen, in: Juristische Fakultät der Universität Basel (Hrsg.), Privatrecht – Öffentliches Recht – Strafrecht, FG zum Schweizerischen Juristentag 1985, 35 ff. Die Interessen- und Funktionstheorie haben den «Nachteil», dass viele Regelungen nicht allein öffentlichen Interessen dienen oder öffentliche Funktionen innehaben, sondern gleichzeitig auch privaten Interessen oder Funktionen dienen bzw. innehaben, sei es haupt- oder nebensächlich. Bei der modalen Theorie besteht der Einwand, dass die Verletzung von öffentlichem Recht auch privatrechtliche Rechtsfolgen zeitigen kann, vgl. dazu näher unten, VI.5.a. Das Bundesgericht nimmt die Abgrenzung ohne Bevorzugung einer bestimmten Theorie vor, vgl. den Entscheid des Bundesgerichts 4C.382/1995 vom 27.9.1996 in ZBl 1997, 410, 410 f.

8 Zuletzt gemäss BGE 132 I 270, 273, ein Fall, in dem die Abgrenzung von öffentlich-rechtlichen zu privatrechtlichen Körperschaften (Alpengenossenschaften) des bündnerischen kantonalen Rechts im Sinne von Art. 59 Abs. 1 und 3 ZGB zu prüfen war.

Ob die Gesetzgebungskompetenz des Bundes in Art. 122 Abs. 1 BV auch Materien des Privatrechts *ausserhalb* von ZGB und OR, also etwa im Bereich des Immaterialgüter- oder des Wettbewerbs- und Kartellrechts abdeckt, bedarf näherer Prüfung und kann hier nicht weiter vertieft werden.⁹

Eine andere Frage ist, ob die entsprechenden Bundeskompetenzen zum Erlass von Privatrechtstexten ausgeschöpft wurden bzw. abschliessende Regelungen bestimmter Bereiche erfolgten oder ob daneben – bis zur (vollständigen) Ausschöpfung der entsprechenden Kompetenz durch den Bundesgesetzgeber – Raum für kantonale Bestimmungen besteht.¹⁰ Bei 122 Abs. 1 BV handelt es sich um eine *nachträglich derogatorische Bundeskompetenz*¹¹, weshalb die Kantone an sich in den nicht beanspruchten Bereichen weiterhin zur Regelung zuständig sind.¹² Aus historischer Sicht wurde sie denn auch «etappiert» wahrgenommen. So war es den Kantonen mindestens bis zum Inkrafttreten des ZGB 1912 gestattet, in den vom Bund (noch) nicht beanspruchten Bereichen privatrechtliche Bestimmungen zu erlassen.¹³ Zumindest im Bereich des

9

Vgl. zu diesem Thema etwa Fritz Gygis, Rechtssetzungszuständigkeit des Bundes auf dem Gebiete des Zivilrechts, Beiträge zum Verfassungs- und Verwaltungsrecht, Bern 1986, 47 ff. (Beitrag datiert aus dem Jahre 1976). An die Tatsache, dass in einem bestimmten Bereich vom Bundesgesetzgeber eine gesetzliche und allenfalls verfassungswidrige Regelung erlassen wurde, ist das Bundesgericht gemäss Art. 190 BV gebunden. Die Frage ist zudem dort missig, wo es um Bereiche geht, in denen sich die Bundeskompetenz auch auf andere Bestimmungen der BV stützen lässt. Zu nennen ist etwa die Kompetenz zum Erlass des UWG in Art. 96 Abs. 2 lit. b und Art. 97 BV und des KG in Art. 96 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a BV. Demgegenüber stützt sich die Kompetenz zum Erlass der Gesetzgebung auf dem Gebiet des Schutzes geistigen Eigentums sowie des Schuldbeitrags- und Konkurrenzs heute namentlich auf die Kompetenznormen des Bundes zum Erlass des «Zivilrechts» bzw. des Strafrechts (Art. 64 und 64^{ter} ABV bzw. Art. 122 und 123 BV). Eine explizite Erwähnung dieser Gebiete unterblieb, während früher von Art. 64 ABV Teilbereiche des Immaterialgüterrechts und das Schuldbeitrags- und Konkurrensrecht noch explizit erwähnt wurden. Ob im Bereich des Schuldbeitrags- und Konkurrensrechts eine genügende verfassungsmässige Grundlage besteht, ist fraglich, denn auch der anlässlich der Justizreform um das «Zivilprozessrecht» ergänzte Art. 122 Abs. 1 BV dürfte keine solche Grundlage abgeben. Eine Änderung der Kompetenzordnung im Bereich des Schuldbeitrags- und Konkurrensrechts war jedoch durch die Neuformulierung der (Privatrechts-)Kompetenzen nicht beabsichtigt.

10 Vorbehalte zugunsten kantonalen (materiellen Privat-)Rechts finden sich in den erwähnten Bereichen (u.a. Immaterialgüter-, Wettbewerbs- und Kartellrecht) soweit ersichtlich nicht. Vgl. aber etwa den in Art. 37 DSG enthaltenen «Vorbehalt» zugunsten kantonalen Datenschutzbestimmungen.

11 Vgl. zu den nachträglich derogatorischen Bundeskompetenzen Häfelin/Haller, Rz. 1092 ff. So wohl auch Gygis (FN 9), a.a.O. Eine andere Sicht der Dinge vertritt Casoni, 222, gemäss welchem die Ausschliesslichkeit der Bundeskompetenz zum Erlass des Zivilrechts (Art. 64 ABV, neu: Art. 122 Abs. 1 BV) auch Bereiche umfasse, die bisher noch ungeregelt sind. Die Kantone seien zu deren Regelung «fortan nicht mehr zuständig».

13

Für den Bereich des Obligationenrechts bestand die umfassende Zuständigkeit erst ab 1898, wobei aber schon in der BV von 1874 in Art. 64 Abs. 1 ABV eine Kompetenz zur Legiferierung in einem Teilbereich bestand (persönliche Handlungsfähigkeit, auf der Handel und Mobiliarkverkehr bezügliche Rechtsverhältnisse (Obligationenrecht, mit Inbegriff des Handels- und Wechselrechts), Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst, Betreibungsverfahren und Konkurrensrecht). Das Patentrecht kam 1887 und das Muster- und Modellrecht kam 1905 dazu, vgl. dazu Christoph Leuenberger, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, [St. Gallen] Kommentar, Zürich/Basel/Greif 2002, N 1 zu Art. 122 BV.

UWG erlassen die Kantone auch nach Inkrafttreten von OR und ZGB bis zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des (alten) UWG am 1. März 1945 Bestimmungen, die wohl auch aus heutiger Sicht zumindest teilweise als zivil- bzw. privatrechtlich zu bezeichnen wären, da bzw. soweit sie Art. 2 ZGB und Art. 48 aOR (alte wettbewerbsrechtliche Generalklausel) bzw. den heutigen Art. 2 UWG konkretisierten.¹⁴

Schliesslich können die Kantone selbst nach Ausschöpfung der Bundeskompetenz bzw. der entsprechenden Regelungsbereiche das Bundesprivatrecht *ergänzende Vorschriften* vorsehen, was sich namentlich aus Art. 6 ZGB ergibt. Dabei ist vorwiegend an Vorschriften öffentlich-rechtlicher Natur zu denken. Doch hat das Bundesgericht in älteren Entscheiden selbst im Bereich von ZGB und OR die Verwendung zivilrechtlicher Mittel bzw. Bestimmungen durch die Kantone für zulässig erklärt.¹⁵

2 Vorbehaltenes Privatrecht

a) Kantonalrechtliche Befugnis zum Erlass von privatrechtlichen Normen (Art. 5 Abs. 1 ZGB)

Nach Art. 5 Abs. 1 ZGB sind die Kantone befugt, ergänzende privatrechtliche Bestimmungen aufzustellen, soweit das Bundesrecht die Geltung kantonalen Rechts vorbehält. Solche Vorbehalte finden sich vor allem im Erb-, Sachen- und Obligationenrecht. Sie können zuteilender oder ermächtigender Natur sein.¹⁶ Von *zuteilenden* Vorbehalten kann gesprochen werden, wenn eine Einzelfrage oder ein Teilbereich den Kantonen vorbehalten wird. Ein *ermächtigender* Vorbehalt liegt vor, wenn der Bundesgesetzgeber die Kantone ermächtigt, vom Bundesrecht abweichende Regeln aufzustellen, ansonsten es bei letzteren sein Bewenden hat. Die *verpflichtenden* Vorbehalte, die Art. 52 SchT ZGB oder Art. 93 Abs. 1 ZGB aufstellen, betreffen demgegenüber die Pflicht der Kantone zum Erlass öffentlich-rechtlicher Vorschriften über die Zuständigkeit von kantonalen Behörden sowie Bestimmungen über Einrichtungen, deren Benutzung vom Bundesprivatrecht vorgeschrieben ist (sog. formelles Zivilrecht der Kantone).

¹⁴ Basel-Stadt verflügte etwa über ein «Gesetz betreffend den unlauteren Wettbewerb» vom 8.6.1916. Ausführlich zur Frage der verfassungsrechtlichen Grundlage des UWG und zu diversen kantonalen Wettbewerbsgesetzen OSCAR ADOLF GRAMANN, Vorarbeiten zur Eidg. Gewerbegesetzgebung, Basel 1927, 64 ff. sowie 68 ff. sowie die in Anlage 2 (235 ff.) enthaltene Auflistung von kantonalen Gesetzen, Verordnungen, Verfügungen und Beschlüssen im Bereich der «Förderung der Gewerbe». Vgl. auch BGE 125 I 369 ff. (dazu auch unten, VI.6.b).

¹⁵ BGE 85 I 17, 21 ff. unter Verweis auf BGE 73 I 228, 229 und BGE 76 I 321, 326, wo es um kantonale Eingriffe in das Arbeitsrecht ging (strabewehrte Bestimmungen zu Ferien- bzw. Ruhestandsregeln, die unmittelbar in privatrechtliche Arbeitsverträge hineinwirkten, indem sie eine Pflicht zur Lohnabzahlung nach sich zogen); vgl. auch die Hinweise bei BSK-ZGB I-HANS SCHMID, N 31 zu Art. 6 ZGB.

¹⁶ Vgl. dazu die hilfreiche Übersicht bei BSK-ZGB I-HANS SCHMID, N 26 f. zu Art. 5 ZGB.

b) Altrechtliches kantonales Privatrecht (Übergangsrecht)

Diverse übergangsrechtliche Bestimmungen sehen die (dauernde) Beibehaltung bisherigen kantonalen Rechts vor.¹⁷ Dies betrifft vorwiegend Vorschriften des *Grundbuchsrechts* und *alte kantonale dingliche Rechte*. Im Kanton Basel-Stadt sind diese Vorbehalte allerdings ohne grosse Bedeutung. So diente das Basler Grundbuch als Vorbild der Regelung im ZGB.¹⁸ Der Kanton Basel-Stadt kannte abgesehen von diversen Pfandrechten keine gesetzlich näher geregelten beschränkten dinglichen Rechte¹⁹ und so wurde – quasi als Folge davon – auch von der durch Art. 740 ZGB eingeräumten Gesetzgebungsbefugnis im Bereich der *Dienstbarkeiten* bisher kein Gebrauch gemacht.²⁰ Altes kantonales Stockwerkeigentum wurde zudem im Rahmen der Stockwerkeigentumsnovelle 1965 bedeutungslos, da Art. 20^{ter} SchT ZGB anordnet, dass auf sämtliches, also auch altrechtliches *Stockwerkeigentum*, die Regeln der Art. 712a ff. OR zur Anwendung kommen. Dies gilt auch dann, wenn es sich nicht um in sich abgeschlossene Stockwerke bzw. Teile davon handelt.²¹ Altrechtliche, vor 1912 errichtete *Familienfideikommisse*

¹⁷ Vgl. z.B. Art. 17 ff., 46 und 48 SchT ZGB.

¹⁸ Vgl. EUGEN HUBER, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, Bd. 3, Basel 1889, 87 ff. Vgl. auch § 228 Abs. 1 EG, wonach der Kanton Basel-Stadt von der Ermächtigung in Art. 46 SchT ZGB Gebrauch machte, das kantonale Grundbuch dem Grundbuch des ZGB gleichzustellen bzw. es an seine Stelle treten zu lassen. Dies bedeutete auch die Fortführung der alten baselstädtischen Protokolle. Vgl. auch den Bericht des Bundesrates in ZBGR 1980, 186.

¹⁹ Vgl. EDUARD HES, Geschichte des Basler Grundbuchs, ZBI 16 (1915), 68 ff. und 77 ff.

²⁰ Dazu FRIEDRICH, 745 und 751. Allerdings hat der Regierungsrat von der in § 204 Ziff. 2 EG ZGB enthaltenen Kompetenz zum Erlass von Vorschriften über Eintragungen der kantonalen Recht

unterstellen dinglichen Rechte an Grundstücken im Rahmen des Erlasses der Verordnung über das Grundbuch (VOGB; SG 214.310) Gebrauch gemacht. Erwähnenswert sind aus altrechtlicher Sicht die sog. *roten Einträge*, die aufgrund einer Weisung des Justizkollegiums vom 3.3.1868 Eigentumsrechte hinsichtlich überragender Bauteile (Überbaurechte und Rechte an selbständigen Teilen benachbarter Liegenschaften) bezeichneten. Sie wurden mit roter Tinte im Lagerbuch (heutiges Hauptbuch) eingetragen und als Grundeigentum behandelt; vgl. dazu näher FRIEDRICH, 745 m.w.H. und ADALBERT PANCHAUD/KARL SUTER, Rechtsgrundsätze aus der Basler Notariats- und Grundbuchpraxis, Basel 1968, 116, Bemerkung a) und b). Das Grundbuchamt ist daran, diese Einträge – soweit dies möglich ist – zu bereinigen, wenn die betroffenen Grundstücke (z.B. entlang des neuen unterirdisch geführten Brisigs) aufgrund eines aktuellen Geschäfts zur Sprache kommen (Eintragung als Anmerkung oder auch als Dienstbarkeit; vgl. § 22 VOGB sowie § 229 EG ZGB). Oft waren bauliche Massnahmen nötig, da es vielfach um nicht in sich geschlossene Liegenschaftsteile, z.B. Gänge geht; zudem ist die Einordnung in die heute gängigen Kategorien Dienstbarkeiten, Baurechte und Überbaurechte schwierig, weshalb in den meisten Fällen Anmerkungen erfolgen; vgl. § 22 VOGB.

²¹ Vgl. dazu FRIEDRICH, 745 sowie PANCHAUD/SUTER (FN 20), 116, Bemerkung c) zu roten Einträgen bei altem Stockwerkeigentum.

können hingegen bestehen bleiben,²² während Stiftungen von Bundesrechts wegen nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sind (Art. 335 ZGB).²³

3 Kantonalrecht bestimmter Ortsgebrauch (Art. 5 Abs. 2 ZGB)

Art. 5 Abs. 2 ZGB bestimmt, dass wo das Gesetz auf die Übung oder den Ortsgebrauch verweist,²⁴ das *bisherige kantonale Recht* als deren Ausdruck gilt, solange nicht eine abweichende Übung nachgewiesen ist. Deren Berücksichtigung ist somit nicht im Sinne übergangsrechtlicher Vorbehalte zu verstehen (dazu oben, 2.b), da Übung und Ortsgebrauch lediglich eine Aussage über Tatsachen ermöglichen und insofern keine weitergehenden Rechtswirkungen entfalten können. Insofern kann das bisherige kantonale Recht bloss Erkenntnis- und nicht mehr Geltungsquelle sein.²⁵

Auch *neues*, nach Inkrafttreten des ZGB erlassenes kantonales Recht kann Ausdruck von Ortsgebrauch sein.²⁶ Allerdings kann ein im kantonalen Recht festgehal-

²² Diese verfügen über keine eigene Rechtspersönlichkeit, sondern stellen ein Sondervermögen dar, das ein Familienmitglied voraussetzungslos geniessen kann. Im Kanton Basel-Stadt bestehen soweit ersichtlich noch 6 Familienfideikommiss. Sie werden (zivil- und steuerrechtlich) in der Regel beim wirtschaftlich Berechtigten erfasst. Vgl. zum Ganzen ERWIN STEIGER, Die Familienfideikommiss in der Schweiz, Diss. Zürich 1986, 39 ff.

²³ Familienstiftungen sind im Kanton Basel-Stadt der Stiftungsaufsicht *nicht* unterstellt, vgl. § 1 Abs. 2 der V über die Stiftungsaufsicht (SG 212.900) i.V.m. Art. 87 Abs. 1 ZGB; sie unterliegen auch nicht der seit 1.1.2006 geltenden allgemeinen Pflicht zur Revision (Art. 87 Abs. 1 ZGB). Vgl. zu den Familienstiftungen näher CHRISTIAN BRÜCKNER, Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000, N 1456 ff., BSK-ZGB I-HAROLD GÄRTNER, N 14 ff. zu Art. 335 ZGB sowie BK-RIEMER, Die Stiftungen, ST, N 182 ff., je m.w.H. Insbesondere unzulässig ist die voraussetzungslose Gewährung von (Geld-)Leistungen an bestimmte Personen (BGE 108 II 393, 394; Verbot von Unterhalts- und Genussstiftungen), was im Zusammenhang mit dem Verbot der mehrfachen Nachebenanstellung in Art. 488 Abs. 2 ZGB und dem dem Stiftungsrecht inhärenten Gemeinnützigkeitsgedanken zu sehen ist – ganz im Unterschied etwa zum Stiftungsrecht des Fürstentums Liechtenstein, wo Stiftungen mit breiterer Zweckrichtung zulässig sind.

²⁴ Im Folgenden soll im Rahmen der Erwähnung des Ortsgebrauchs auch die Übung mitgemeint sein. Auch sie kann örtlich differenziertes Recht darstellen. In der Marginalie zu Art. 5 ZGB findet sich zudem der Begriff der «Ortsübung». Interessanterweise verweist das Mietrecht an diversen Stellen (dazu unten, VI.5.b) nur auf den Ortsgebrauch, nicht aber auf die Übung. Als Oberbegriff könnte der Begriff der Verkehrssitte dienen, wie dies etwa HAUSMEIER, N 40 ff. zu Art. 5 ZGB, tut.

²⁵ CARONI, 139.

²⁶ Während die Lehre dies praktisch einhellig bejaht (dazu anstelle vieler HAUSMEIER, N 48 zu Art. 5 ZGB), schwankt die bundesgerichtliche Rechtsprechung, vgl. BGE 54 II 115, 117 f. (Zugehörseigenschaft von Kesselwagen im Kanton Zürich; Frage offengelassen), BGE 58 I 173, 179 f. (Recht zum Sammeln wildwachsender Beeren nach Art. 699 ZGB im Kanton Uri; Frage verneint) und 70 I 223, 226 f. (Bewilligungspflicht für den Handel mit Schuldbriefen und Gültchen im Kanton Luzern; Frage verneint bzw. Möglichkeit der Rechtfertigung aus polizeilichen Gründen). Ob der Gesetzgeber die Unterscheidung zwischen (Verweis auf den) Ortsgebrauch und Vorbehalt (kantonales Recht) immer strikt durchgehalten hat, scheint fraglich. Bei den Kündigungsterminen im Mietrecht (Art. 266b ff. OR) dürfte der Gesetzgeber davon ausgegangen sein, den Kantonen die Möglichkeit zu eröffnen, diese positiv-rechtlich zu regeln, was die Möglichkeit einschliesst, die einmal getroffene Regelung abzuändern und so neuen und verbindlichen Ortsgebrauch festzulegen.

ner Ortsgebrauch «ausser Gebrauch» kommen oder durch neue Gebräuche abgelagert werden. Das Faktische geht somit zwar dem Normativen vor. Allerdings wirkt das Normative als Vermutung, weil die Beweispflicht für neuen, vom normativ festgehaltenen abweichenden Ortsgebrauch beim Behauptenden liegt (Art. 8 ZGB).²⁷

Verweise auf den Ortsgebrauch finden sich vorwiegend im Sachen- und im Mietrecht. In den Ergänzungserlassen zu ZGB und OR und im übrigen Bundesprivatrecht finden sich kaum Verweise auf den Ortsgebrauch, abgesehen von Verweisen im Bereich des Haftungs- und Versicherungsrechts, die der Konkretisierung von Sorgfaltspflichten und Versicherungsbedingungen dienen.²⁸

Der in Art. 5 Abs. 2 ZGB erwähnte Ortsgebrauch ist von eigentlichen Vorbehalten gemäss Art. 5 Abs. 1 ZGB²⁹, von Handelsbräuchen bzw. Usancen³⁰, vom – nur selten vorzufindenden – Gewohnheitsrecht gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB³¹ und von der (Gerichts-)Notorität³² zu unterscheiden. Entsprechender Ortsgebrauch ist vom Richter von Amtes wegen festzustellen und anzuwenden, unabhängig von der Kenntnis der Parteien vom entsprechenden Ortsgebrauch.

4 Berücksichtigung und Bedeutung kantonalen Verkehrssitten und Anschauungen ausserhalb von Art. 5 Abs. 2 ZGB

Das zuvor Dargelegte soll nicht darüber hinwegtäuschen, dass kantonale Behörden und Gerichte im Rahmen der alltäglichen Rechtsanwendung – also unabhängig von einem konkreten Verweis des Gesetzgebers auf den Ortsgebrauch, wie er Art. 5 Abs. 2 ZGB voraussetzt – lokale Verkehrssitten oder Anschauungen unweigerlich direkt oder indirekt mitberücksichtigen und in die *Auslegung* einfließen lassen können. Dies ist nicht nur bei Verweis auf Handelsbräuche, die Umstände des Einzelfalls oder im Rahmen der Anwendung von Generalklauseln der Fall. Auch im Rahmen der Auslegung gewöhnlicher Begriffe geht jeder Richter mit seinem eigenen (Vor-)Verständnis an die Anwendung bzw. Auslegung von Rechtsnormen heran, was den «Anwendungsbereich» kantonalen Verkehrssitten und Anschauungen eher ausweitet denn einschränkt – mindestens soweit solche in der heutigen globalisierten Welt überhaupt noch existieren. Dazu kommt, dass das Bundesgericht bei Tatsachenfeststellungen auf die Feststellungen der Vorinstanz abstellen muss (bzw. diese nur auf Willkür bzw. offensichtliche Unrichtigkeit prüfen kann)³³ oder sich aber bei der Beurteilung lokaler Verhältnisse

²⁷ Vgl. CARONI, 139.

²⁸ Dazu ZK-MARTI, N 79 zu Art. 6 ZGB.

²⁹ Übung und Ortsgebrauch ermöglichen lediglich eine Aussage über Tatsachen und können insofern keine weitergehenden Rechtswirkungen entfalten.

³⁰ Dazu BSK-ZGB I-HANS SCHMID, N 35 zu Art. 5 ZGB; vgl. etwa AGE vom 27.1.2005 zur Verkehrsüblichkeit i.S.v. Art. 14 Abs. 2 OR in BfM 2005, 311 ff. (in casu verneint bei Faksimile-Unterchriften auf Mietzinsenthöhungsformularen).

³¹ Dazu BSK-ZGB I-HEINRICH HONSEL, N 24 zu Art. 1 ZGB sowie sogleich unten, 4.

³² Sie stellt eine Milderung der Verhandlungsmaxime dar.

³³ Art. 97 BGG.

Zurückhaltung auferlegt.³⁴ Wie ein Sachverhalt von kantonalen Organen beurteilt wird, kann demnach in vielen Fällen entscheidend sein, wobei auf diese Art oft «Partikularismen» berücksichtigt werden.

Im Rahmen der *Lückenfüllung* kann der Richter gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB *Gewohnheitsrecht* zur Anwendung bringen. Ob dabei auch der Rückgriff auf kantonales privates *Gewohnheitsrecht* möglich ist, ist zunächst nur im Bereich der zuteilenden oder auch der ermächtigenden Vorbehalte zu bejahen. Zur Anerkennung als *Gewohnheitsrecht* bedarf es (nebst einer Lücke) der lang andauernden, auf der Überzeugung der Rechtsunterworfenen beruhenden Übung.³⁵ Dies bedeutet, dass auch eine langandauernde und auf der Überzeugung der «Rechtsgenossen» beruhende, aber lediglich räumlich auf den Kanton Basel-Stadt oder die angrenzende Region beschränkte Übung noch nicht ausreicht, um als *Gewohnheitsrecht* im Sinne von Art. 1 Abs. 2 ZGB anerkannt zu werden.³⁶ Ob lokale Gebräuche in rechtlich genügender Weise *Gewohnheitsrecht* zu schaffen vermögen, muss deshalb eher verneint werden. Ohnehin handelt es sich angesichts der Seitenheit von *Gewohnheitsrecht* um eine eher theoretische Frage. Trotzdem können lokale Gebräuche von den kantonalen Behörden als richterliche Rechtsregel berücksichtigt werden und so in die Rechtsanwendung einfließen.³⁷

III Einwirkung des kantonalen öffentlichen Rechts auf Bundesprivatrecht

Neben eigentlichem kantonalem (materiellem) Privatrecht kann kantonales öffentliches Recht auf Bundesprivatrecht und damit auf privatrechtliche Rechtsverhältnisse, insbesondere die Vertragsfreiheit, ergänzend einwirken bzw. diese beeinflussen.

1 Grundsatz der expansiven Kraft des kantonalen öffentlichen Rechts (Art. 6 ZGB)

Die Kantone können grundsätzlich in denjenigen Bereichen gesetzgeberisch tätig sein, für die keine originäre oder nachträglich derogatorische (und gleichzeitig bereits umfassend ausgeschöpft) Bundeskompetenz besteht. Sie dürfen also insbesondere nicht der derogatorischen Kraft des Bundesrechts widersprechen (vgl. Art. 49 Abs. 1 BV). Kantonale grundrechtsrelevante Einschränkungen bedürfen sodann unabhängig vom Regelungsbereich – entsprechend den allgemeinen Kautelen, die für *Grundrechtseinschränkungen* gelten – einer genügenden gesetzlichen Grundlage und eines öffentlichen Interesses. Sie müssen ferner dem Verhältnismässigkeitsprinzip entsprechen.³⁸ Schliesslich müssen sie bei Einschränkungen der *Wirtschaftsfreiheit* (Art. 27 und 36 BV) zusätzlich dem Grundsatz der Gleichbehandlung der direkten Konkurrenten («Gewerbenossen») entsprechen und grundsatzkonform sein. Den Kantonen sind protektionistische Massnahmen aufgrund von Art. 196 Ziff. 7 BV und dem Binnenmarkgesetz (BGBM) unterstellt. Ausnahmen bestehen lediglich im Bereich des Gastgewerbes³⁹ und im Bereich der alten Monopole und Regale der Kantone, die in Art. 94 Abs. 4 BV vorbehalten werden.⁴⁰ Die Wirtschaftsfreiheit geniesst – ähnlich wie die Eigentumsgarantie in Art. 26 Abs. 1 BV im Bereich des Sachenrechts – im Verhältnis zum Privatrecht, namentlich dem Obligationenrecht eine Spezialstellung, weil sie mit dem Institut der Vertragsfreiheit in engem Zusammenhang steht.⁴¹

Den vorliegend besonders interessierenden Spezialfall des Verhältnisses zum bzw. der Kollision mit Bundesprivatrecht hat Art. 6 ZGB und die dazu entwickelte reichhaltige bundesgerichtliche Rechtsprechung vor Augen, wobei eine Grundrechtsrelevanz im zu vor dargelegten Sinn nicht zwingend vorausgesetzt ist, aber oft hinzutritt. Gemäss ständiger Praxis des Bundesgerichts, die die zuvor genannten allgemeinen Kautelen zur Gesetzgebungstätigkeit der Kantone ergänzt und präzisiert, können die

³⁴ Vgl. BGE 131 II 680, 683 und zuletzt (anstelle vieler) den Entscheid des Bundesgerichts 5P.463/2005 vom 20.3.2006, nach st. Rspr. kann trotz an sich «freier Kognition» eine zurückhaltende Überprüfung durch die Rechtsmittelbehörde geboten und damit zulässig sein, wenn etwa *Grille*, persönliche oder technische Verhältnisse zu beurteilen sind, die die Erstinstanz auf Grund ihrer Nähe zur Sache und ihrer Fachkenntnis in der Regel besser kennt und überblickt (z.B. im Bereich des Denkmalschutzes, auch wenn ein bundesgerichtlicher Augenschein durchgeführt wurde; vgl. den Entscheid 1P.79/2005 vom 13.9.2005, E. 4.1 [Fuglistaller]). Die Rechtsmittelbehörde darf der Erstinstanz in diesen Bereichen einen gewissen Beurteilungsspielraum zugestehen und sich darauf beschränken, in derartige Ermessensscheiden nur einzugreifen, wenn dazu hinreichender Anlass besteht (sog. «Ohne-Not-Praxis»).

³⁵ Vgl. anstelle vieler BSK-ZGB I-HEINRICH HONSEL, N 20 ff. zu Art. 1 ZGB. Vgl. zum kantonalen *Gewohnheitsrecht* JAGMERT 256 f. und zu dessen Bedeutung bei der Abgrenzung von (kantonalem) Privatrecht und öffentlichem Recht BGE 132 I 270, 273.

³⁶ Vgl. zu dieser Frage näher PETER LIVER, in: Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, Art. 1–10 ZGB, Bern 1962, N 109 f. zu Art. 5 ZGB.

³⁷ Zu nennen ist etwa die «Basler Skala» beim arbeitsvertraglichen Lohnfortzahlungsanspruch in überjährigen Arbeitsverhältnissen gemäss Art. 324a OR, die vom Gewerblichen Schiedsgericht entwickelt wurde; vgl. etwa BSK-OR I-MAXFRED REHNER, N 10 und 14 zu Art. 324a OR, ADRIAN STAEHELIN, in: Peter Gauch/Jörg Schmid (Hrsg.), [Zürcher] Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Teilband V 2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–350a OR, 4. Aufl., Zürich 2006, N 32 ff. zu Art. 324a OR und BJM 1973, 280; vgl. auch den Bereich der Rechtsöffnung, in der eine Basler (und sonstige kantonale) Praxis zur Rechtsöffnung gemäss Art. 80–82 SchKG besteht. Diese ist aber nicht Ausdruck kantonaler Gebräuche etc., sondern stellt die gerichtsspezifische Konkretisierung von Bundesnormen dar, die aufgrund des spezifischen Rechtsmittelverfahrens im Bereich des SchKG der freien Überprüfung durch das BGE entzogen ist (zur Rechtsöffnungspraxis näher BSK-SchKG D. STAEHELIN, N 3 ff. zu Art. 80, N 4 ff. zu Art. 81 SchKG und N 5 ff. zu Art. 82 SchKG m.w.H.).

³⁸ Vgl. anstelle vieler HÄFELIN/HALLER, Rz. 668 ff.

³⁹ Längstens bis Ende 2009, vgl. Art. 196 Ziff. 7 BV.

⁴⁰ Vgl. zur Wirtschaftsfreiheit und zu den verbleibenden Kompetenzen der Kantone HÄFELIN/HALLER, Rz. 657 ff. und 719 ff.

⁴¹ Vgl. dazu 113 Ia 126, 139 («Armengol»).

Kantone Vorschriften aufstellen, die die bundesprivatrechtliche Ordnung ergänzen, sofern der Bundesgesetzgeber nicht eine abschliessende Ordnung geschaffen hat, wenn sie einem schutzwürdigen öffentlichen Interesse entsprechen und nicht gegen den Sinn und Geist des Bundeszivilrechts verstossen bzw. dieses nicht verletzen.⁴² Das Bundesgesetz scheint in seinen Entscheidungen vor allem vom Merkmal des öffentlichen Interesses geleitet zu sein.

Der regelmässig privatrechtsrelevante Bereich der *privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit* und diesbezügliche Einschränkungen der *Vertragsfreiheit* sind in weitem Masse Sache des Bundes. Dieser ist gemäss Art. 95 Abs. 1 BV befugt, Vorschriften über die Ausübung der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit zu erlassen. Diese Kompetenz hat er jedoch (noch) nicht erschöpfend wahrgenommen, sodass den Kantonen insbesondere im Bereich polizeilicher Massnahmen noch ein relativ weites Feld zur Regelung überlassen verbleibt. Demgegenüber wird der Bereich der Sozialpolitik stark durch ausführliche bundesgesetzliche Regelungen eingeschränkt, namentlich durch entsprechende Regelungen im privaten und öffentlichen Arbeitsrecht in OR und ARG.⁴³

2 Übersicht über das Bundesprivatrecht ergänzende kantonale Regelungsbereiche

a) Bundesrecht und kantonales Recht

Es handelt sich bei vielen der zuvor erwähnten polizeilichen oder sozialpolitischen Massnahmen⁴⁴ um Gebiete, für die *vorbestehende* Bundeskompetenzen als Grund-

⁴² Anstelle vieler BGE 131 I 333, 335 f. und BSK-HANS SCHMID, N 10 zu Art. 6 ZGB. Ob sich die Kantone dabei «öffentlich-rechtlicher Methoden» bedienen müssen, ist unklar (vgl. dazu BSK-HANS SCHMID, N 30 f. zu Art. 6 ZGB m.w.H.). Soweit *vorbestehendes* kantonales Recht *nicht* Inkrafttreten der entsprechenden Bundesgesetzgebung nicht formell aufgehoben wird, wird es nichtig bzw. obsolet. Darauf gestützte Anwendungsakte sind jedoch bloss anfechtbar (dazu HÄFELIN/HALLER, Rz. 117 f., insbes. Rz. 119a), kantonales Recht kann aber insoweit Weitergeltung bei unbeschädigter Bedeutung beanspruchen, als es das entsprechende Bundesrecht nicht derogiert bzw. keine abschliessende bundesrechtliche Regelung besteht, einem schutzwürdigen öffentlichen Interesse entspricht und nicht Sinn und Geist des Bundeszivilrechts widerspricht (vgl. BGE 110 Ia 111, 113 sowie HÄFELIN/HALLER, Rz. 1183 ff.). Vgl. aus baselschweizerischer Sicht BGE 117 Ia 472, 473 ff. (Sozialdemokratische Partei Basel-Stadt), der das im kantonalen Übertretungsstrafgesetz enthaltene Verbot der Demonstrationen betraf (abschliessende Regelung im StGB verneint), und BGE 130 I 279, 283 ff. (Gewerbeverband Basel-Stadt), in welchem es um eine kantonale Ladenschlussvorschrift ging, wonach verlängerte Öffnungszeiten nur bei Beachtung eines Gesamtarbeitsvertrages in Anspruch genommen werden dürfen (Vereinbarkeit mit Bundesrecht verneint).

⁴³ Anstelle vieler HÄFELIN/HALLER, Rz. 667 ff.

⁴⁴ Bei solchen Massnahmen ist zu denken an die Statuierung von Verboten, die Einführung von Bewilligungspflichten bzw. die Erteilung von Konzessionen (bei Monopolen) und an befristete Bewilligungen oder Bewilligungen unter Auflage. Vgl. zur Nichtigkeitssanktion im Sinne von Art. 19/20 OR bei Verstössen gegen derartige Verbote und Vorschriften unten, VI.5.a) aa).

lage dienten oder für die *neu verankerte* Bundeskompetenzen geschaffen wurden. Zu nennen sind – um einige wichtige Bereiche bzw. Erlasse zu nennen, die in letzter Zeit eine Regelung auf Bundesebene erfüllen – das Umweltschutzrecht (USG, das namentlich auch den Immissionschutz zum Ziel hat; 1988)⁴⁵, das Recht der Konsumenteninformation und Deklaration (KIG; 1992) und diverse Erlasse der Konsumtionsvorschriften, Börsen und Effektenhandel (BEHG; 1997), das Waffenrecht (WaffenG; 1999), Glücksspiel/Spielbanken (SBG; 2000), Anwaltsrecht (BGFA; 2002), das Heilmittelrecht (HMG; 2002), Kulturgüterschutz (KGTG; 2005) und last but not least diverse Erlasse im Bereich des Gesundheitsschutzes, namentlich im Bereich Humanmedizin (vgl. Art. 118 ff. BV und die darauf bestehende, teilweise bereits bestehende Gesetzgebung⁴⁶). In gewissen Gebieten besteht eine Art Kompetenzkumulation, sowohl von der Regelungs- wie von der Vollzugskompetenz her, namentlich im Bereich des Gesundheitsschutzes und der Gewerbeполиizei. Zu nennen sind die Bereiche Lebensmittelrecht, Gift- und Chemikalienrecht.⁴⁷ Dies erklärt sich auch aus der teilweise unterschiedlichen Schutzrichtung der entsprechenden Bestimmungen von Bund und Kantonen und der (immer noch oft vorherrschenden) Zurückhaltung des Bundes bei der vollständigen Verdrängung kantonaler Kompetenzen (föderalistisches Prinzip bzw. «Kantönigeist»).

b) Übersicht über verbleibende Felder kantonaler Regelungsbefugnis

aa) Kantonale Regelungen zum Schutze der Polizeigewalt⁴⁸

Darunter zu zählen sind gesundheitspolizeilich motivierte Regelungen im Bereich der medizinischen Tätigkeit und des Umgangs bzw. der Abgabe von Heilmitteln,⁴⁹ der Lebensmittelsicherheit, Regeln im Bereich des Konsums, der Abgabe von Alkohol und Tabak und der diesbezüglichen Werbung sowie auf Ruhe und Ordnung ausgerichtete ergänzende arbeitsrechtliche Regeln (Familienbetriebe, Gastgewerbe, kantonale Anstalten und Betriebe, insbesondere Spitäler). Zu nennen sind auch sicherheitsbezogene Einschränkungen, wobei an gefährliche Gegenstände (ausserhalb des Waffengesetzes) oder die Regelung sicherheitsrelevanter Berufe (Wachpersonal, Detektive) zu denken ist. Zu erwähnen sind sodann Bestimmungen des kantonalen Strafrechts, insbesondere des Übertretungsstrafrechts und weitere Bestimmungen im Bereich des Schutzes der öffentlichen Sittlichkeit oder von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr, etwa im Bereich des Taxigewerbes, der Treuhänder und Immobilienhändler, der Hausinstallation und für Bergführer und Skilehrer. Die interkantonale Personenzfreizügigkeit wurde

⁴⁵ Vgl. VGE vom 21.5.1999, BJM 2000, 300 f. zum Verhältnis des USG zum kantonalen Umweltschutzgesetz (SG 780.100).

⁴⁶ Vgl. dazu auch unten, VI.1.a).

⁴⁷ Vgl. etwa BGE 124 II 398 ff. (kantonale Herkunftsbezeichnung «Goron») oder 125 II 629 ff. (kantonale lebensmittelpolizeiliche Anordnungen betreffend importierte Güter).

⁴⁸ Vgl. dazu anstelle vieler HÄFELIN/HALLER, Rz. 672 ff.

⁴⁹ Vgl. zu sog. Internetaepotheken den Beitrag «Gesundheitswesen» von REGINE DUBLER in diesem Handbuch.

namentlich mit Erlass des BGBM stark erweitert und der (Einschränkungs-)Spielraum der Kantone entsprechend verkleinert. Personen mit einer wissenschaftlichen Ausbildung oder einem eidgenössischen, kantonalen oder kantonal anerkannten Ausbildungsschluss geniessen gemäss Art. 2 BGBM grundsätzlich diskriminierungsfreien Marktzugang (Binnenmarktedanke). Ähnliches gilt bei kantonalen oder kantonal anerkannten Fähigkeitsausweisen und im Beschaffungswesen.⁵⁰

bb) Regelungen sozialpolitischer Natur⁵¹

Darunter zu zählen sind Beschränkungen des Grundeigentums in Fällen akuter Wohnungsnot, worunter etwa die Zwangsrequisition und -vermietung leerstehender Wohnungen, spezielle Vorschriften betreffend Abbruch oder Umbau von Wohnraum, Mietzinskontrollen bei renovierten Wohnungen fallen können. Auch der Bereich der Alimentenbevorschussungen und der Sozialhilfe (inklusive Subventionen) fällt darunter.

cc) Regelungen wirtschaftspolitischer Natur⁵²

Ausserhalb der «alten» kantonalen, dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit widersprechenden Monopole kommt nur noch der Bereich des Gastgewerbes in Frage, wobei eine Übergangsfrist bis Ende 2009⁵³ besteht. Der Kanton Basel-Stadt hat die «Liberalisierung» im Bereich des Gastgewerbes schon im Rahmen der Revision des Gastgewerbegesetzes (2005) durchgeführt und dabei die Bedürfnisklausel abgeschafft.⁵⁴ Soweit Eingriffe in anderen Bereichen mit gewerbspolizeilicher oder sozialpolitischer Natur gleichzeitig auch wirtschaftspolitischen Charakter bzw. entsprechende Auswirkungen haben, sind sie zulässig. Allerdings ist das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten, was doppelrelevante Eingriffe oft unmöglich machen dürfte. Denkbar ist, dass zur Erteilung einer Bewilligung an einen Fähigkeitsausweis und Berufserfahrung angeknüpft wird oder dass etwa aus polizeilichen oder ökologischen Gründen oder der «Natur der Sache» (etwa im Zusammenhang mit der Nutzung von öffentlichem Grund) nur eine beschränkte Anzahl Bewilligungen vergeben werden können, was sich de facto wie eine Bedürfnisklausel auswirken kann.⁵⁵

c) Regelungen kultureller bzw. ideeller Natur⁵⁶

Zu denken ist namentlich an Bestimmungen des Denkmal- und Heimatschutzes, die zu Unterschutzstellungen von Gebäuden bzw. Teilen davon führen können.⁵⁷ Der Bereich beweglicher Kulturgüter ist mittlerweile weitgehend vom Kulturgüterschutzgesetz des Bundes abgedeckt. Erwähnt werden können – im Kanton Basel-Stadt allerdings weniger im Vordergrund stehend – auch Eingriffe im Bereich des Sprachenschutzes, deren Charakter wohl auch als polizeilich bezeichnet werden kann.

d) Regelungen im Zusammenhang mit vollständig dem kantonalen Recht zugeordneten Bereichen

Erwähnenswert sind sodann – neben entsprechenden bundesverfassungsmässig vorgesehenen bundesrechtlichen Bestimmungen – öffentlich-rechtliche Bestimmungen der Kantone in denjenigen Bereichen, die den Kantonen zur alleinigen und umfassenden Regelung zugeordnet bleiben, worunter namentlich das kantonale Steuerrecht, das kantonale Enteignungsrecht, das kantonale Personalrecht, das Recht der kantonalen (öffentlich-rechtlich konstituierten) juristischen Personen, das öffentliche Baurecht und der Bereich der kantonalen Monopole fallen.⁵⁸ In diesen Bereichen kann sich aber die Frage stellen, ob bestimmte Vorschriften nicht Sinn und Geist des Bundeszivilrechts widersprechen.⁵⁹

e) Exkurs zu den Monopolen und Regalen im Kanton Basel-Stadt

Die Freiheit der Privatrechtssubjekte, sich wirtschaftlich zu entfalten (u.a. Vertragsfreiheit), ist nicht schrankenlos. Wirtschaftliche Tätigkeiten können unter bestimmten Voraussetzungen vom Staat nicht nur beschränkt, sondern auch monopolisiert werden. Zunächst sind die dem Bund vorbehaltenen Monopole zu nennen.⁶⁰ Gemäss Art. 94 Abs. 4 BV gewährleistet der Bund in Abweichung von der in Art. 94 Abs. 1 BV verankerten Wirtschaftsfreiheit, d.h. zu fiskalischen Zwecken, gewisse *kantonale Monopol- und Regalrechte*. Dabei handelt es sich um eine Art Vorbehalt der alten kantonalen Monopole und Regale, die vor dem Inkrafttreten der alten Bundesverfassung von 1874 bestanden. Im Kanton Basel-Stadt behält § 38 KV dem Kanton die

⁵⁰ Vgl. zur Freizügigkeit von Psychotherapeuten und zu den Anerkennungskriterien der Psychotherapeutenverordnung (SG 310.400) den VGE vom 1.9.2006 i.S. TV. (649-2006).

⁵¹ Vgl. dazu anstelle vieler HÄFELIN/HALLER, Rz. 687 ff.

⁵² Vgl. dazu anstelle vieler HÄFELIN/HALLER, Rz. 661 ff.

⁵³ Art. 196 Ziff. 7 BV.

⁵⁴ SG 563.100; das Gastgewerbegesetz wurde vom Basler Stimmvolk 2005 in einem Referendum angenommen.

⁵⁵ Vgl. die Hinweise zur Benutzung öffentlicher Sachen («Alimenta») durch Private unten, FN 148.

⁵⁶ Vgl. dazu anstelle vieler HÄFELIN/MÜLLER/ULMANN, Rz. 689 ff.

⁵⁷ Dabei handelt es sich auch (wohl vorwiegend) um eine Beschränkung der in Art. 26 Abs. 1 BV garantierten Eigentumsfreiheit.

⁵⁸ Vgl. zu die Wirtschaftsfreiheit beschränkenden Monopolen anstelle vieler näher HÄFELIN/HALLER, Rz. 709 ff., insbes. Rz. 719 ff.

⁵⁹ Vgl. BGE 122 I 139 ff. (Solidarhaftung für Steuern des Ehegatten).

⁶⁰ Bspw. Eisenbahnen, Seilbahnen, Schiff-, Luft- und Raumfahrt, Kernenergie, Rohleitungsanlagen, Post- und Fernmeldewesen, Radio und Fernsehen; dazu anstelle vieler HÄFELIN/HALLER, Rz. 709 ff.

ausschliessliche Nutzung der Bodenschätze, der Erdwärme und des Salzverkaufs vor.⁶¹ Den Gemeinden steht das Jagd- und Fischereiregal zu, während bestehende Privatrechte vorbehalten bleiben.⁶² Interessant ist die ergänzende Einfügung von *Erdwärme* beim Bodenschatzregal, die wohl eher als Präzisierung denn als Erweiterung des bestehenden (alten) Regals und demnach nicht als neues Monopol zu bezeichnen ist. Sie hat überdies in § EG 158 ZGB eine präzisierende Beschränkung erfahren.⁶³

Weitere Monopole, die *nicht oder nicht vorwiegend fiskalischen* Zwecken dienen und damit in Konformität mit dem Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit stehen, sind die polizeilich oder sozialpolitisch motivierten Monopole in den Bereichen Kehrichtabfuhr/Entsorgung, des Schlachthauswesens, des Friedhofswesens, des Hebammenwesens, der Hausinstallation (Bewilligungspflicht) sowie des Plakatschlagsmonopols auf öffentlichem Grund.⁶⁴ Das Kamnfegewesen wurde mit Erlass der Brandschutzverordnung 2004 liberalisiert, indem die Zuteilung fester Gebiete aufgehoben wurde, sodass auf dem Markt freier Wettbewerb herrscht.⁶⁵ Eine spezielle Stellung nehmen

das Gebäudeversicherungsmonopol⁶⁶ und das Monopol im Bereich der Nutzarmachung der Wasserkräfte⁶⁷ ein, die beide nicht (nur) als eigentliche Polizeimonopole bezeichnet werden können, da sie in gewisser Art auch fiskalischer Natur sind, aber auch schon sehr lange bestehen.⁶⁸ Das öffentliche Interesse an einer niedrigen Kostenstruktur – insbesondere durch die Einsparung von Marketing und Werbekosten – vermag eine Monopolisierung zu rechtfertigen. Dies gilt insbesondere dann, wenn die erzielten Kostenvorteile auf irgendeine Art an die Bezüger weitergegeben werden oder sonst im öffentlichen Interesse verwendet werden.

Ferner bestehen *faktische* Monopole im Bereich der mit Grund und Boden verbundenen Infrastrukturdienste, namentlich der Leitungen (Netze) für Energie und Trinkwasser und dem öffentlichen Nahverkehr, die sich aber auch aus der Herrschaft des Kantons bzw. seiner Gemeinden über Grund und Boden (Hoheitsrecht über öffentliche Sachen) ergeben.⁶⁹ Speziell interessant ist die Regelung des Bereiches des Glasfaser-Kabelnetzes.⁷⁰

In den genannten Bereichen wird das Monopol entweder vom Gemeinwesen oder durch konzessionierte Private ausgeübt. Die Monopole sind als wirtschaftliche Tätigkeiten von den *originären Staatsaufgaben* zu unterscheiden, wobei Übergänge fließend sind.⁷¹ Ein davon zu unterscheidendes Thema ist die Ausdehnung der privatwirtschaftlichen Tätigkeit des Gemeinwesens, im Rahmen derer sich dieses den Mitbewerbern gleichgeordnet auf dem Boden des Privatrechts bewegt. Die Tätigkeit tritt dabei nicht

61 Vgl. dazu anstelle vieler Karin SUTTER-SOMM, Das Monopol im schweizerischen Verwaltungs- und Verfassungsrecht, Basel 1989, 123 ff.

62 Zum Jagd- und Fischereimonopol SUTTER-SOMM (FN 61), 131 ff. Unter die erwähnten Privatrechte fallen etwa «eheliche Rechte wie Fischereirechte», dazu näher der Kommentar zum Verfassungsentwurf vom 15.10.2003, 39 (abrufbar unter <<http://www.bsch.vr-vernehmlassung-volk-kommentar.pdf>>). Vgl. zu den diversen kantonal-basisständischen Regalen auch schon KOLLER, 531 ff. (die heutige Rechtslage hat sich im Vergleich zu 1984 soweit ersichtlich nicht wesentlich verändert).

63 § 158 EG ZGB klammert vom Monopol Erdwärme aus, die «durch kürzere Erdschichten» gewonnen wird und dem Eigengebrauch dient. Dazu näher der Kommentar zum Verfassungsentwurf vom 15.10.2003, 38 f., wonach die Ordnung des Bergrechts auch die Erdwärmege Gewinnung umfasse, die «sowohl in öffentlich-rechtlicher als auch in privatrechtlicher Hinsicht Sache des kantonalen Rechts» ist (abrufbar unter <<http://www.bsch.vr-vernehmlassung-volk-kommentar.pdf>>).

64 Vgl. zum Kehricht-/Entsorgungsmonopol Art. 31b USG, der ein Monopol der Kantone zur Entsorgung der Stiedlungsabfälle, von Abfällen aus öffentlichem Strassenunterhalt und aus der öffentlichen Abwasserreinigung sowie der Abfälle, deren Inhaber nicht ermittelt werden kann oder zahlungsunfähig ist, vorsieht und §§ 23 f. des Umweltschutzgesetzes Basel-Stadt (SG 780.100), der vorsieht, dass der Kanton bzw. die IWB für die Sammlung und die Beseitigung der nicht wieder verwertbaren Stiedlungsabfälle sorgt. Das Plakatschlagsmonopol wurde vom Kanton der Allgem. Plakat-Gesellschaft (APG) als einziger Konzessionsführer übertragen. In anderen Kantonen existieren weitere Monopole (z.B. Unfallversicherungsmonopole), vgl. zum Ganzen HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2561 ff. Zu den Grenzen des Plakatschlagsmonopols vgl. insbesondere BGE 125 I 209 (Genf, öffentlicher Grund, BGE 128 I 3 ff. (Gemeinde Arosa, Privatgrund) und BGE 128 I 295 (Genf, öffentlicher Grund und Privatgrund). Vgl. KOLLER, 528 ff., der die diversen kanton-basisständischen Bereiche aufzählt und viele interessante Details schildert (die heutige Rechtslage hat sich im Vergleich zu 1984 soweit ersichtlich nicht wesentlich verändert); das Schlechthofmonopol basiert neu auf Art. 17 des Lebensmittelgesetzes des Bundes (SR 817.0) und auf § 6 der VV zum eidg. Lebensmittelgesetz (SG 351.100) und die Bewilligungspflicht für Hausinstallationen wurde in §§ 44 ff. IWB-Gesetz (SG 772.300) integriert). Vgl. zu den erwähnten Monopolen auch SUTTER-SOMM (FN 53), 144 ff.

65 Vgl. dazu § 12 Brandschutzverordnung (775.200).

66 Vgl. § 3 Abs. 1 Gebäudeversicherungsgesetz (SG 695.100) sowie die Grundlage in § 45 KV, dieses sieht eine Versicherungspflicht vor, wobei die Versicherung bei der Gebäudeversicherung des Kantons Basel-Stadt abzuschliessen ist und die in §§ 17 und 18 des Gesetzes genannten Gefahren «nicht anderweitig versichert werden dürfen» (!). Vgl. zum Gebäudeversicherungsmonopol und zum Thema des fiskalischen Nebenzwecks BGE 124 I 11, 17 ff. sowie K. SUTTER-SOMM (FN 62), 166 ff.

67 Vgl. § 1 des Gesetzes zur Einführung des BG über die Nutzarmachung der Wasserkraft (SG 771.300).

68 Vgl. dazu auch KOLLER, 532 f. (die heutige Rechtslage hat sich im Vergleich zu 1984 soweit ersichtlich nicht wesentlich verändert).

69 Vgl. auch § 5 Abs. 1 IWB-Gesetz (SG 772.300), der als rechtliche Grundlage des Monopols der IWB verstanden werden kann sowie KOLLER, 529 und K. SUTTER-SOMM (FN 62), 152 ff. Im Bereich des gewerbmässigen Personentransports verfügt die BVB über eine Konzession des Bundes, die auf dem Personenbeförderungsgesetz (PBGG, SR 744.10) und dem Eisenbahngesetz (EBGG, SR 742.101) beruht. Es ist gemäss einer 1998 zwischen der Balcab AG und der Stiftung Kabelnetz geschlossenen Vereinbarung vorgesehen, dass das Eigentum der Stiftung am Kabelnetz in Basel, Allschwil und Schönenbuch zunächst an die Stiftung Kabelnetz übergeht und ab 2021 an die Balcab AG fällt. Deren Rechtsnachfolgerin ist die (privat gehaltene) Cablecom GmbH. Bemerkenswert ist, dass das Kabelnetz seine Anfangs- und Endpunkte bei den IWB hat. Zum Kabelnetz auch HANS MARTIN TESSERUD, Besonderheiten des Empfangs elektronischer Massenmedien in Basel, BJM 1992, 170 ff. Vgl. dazu HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2557 f. und K. SUTTER-SOMM (FN 62), 10. Vgl. zum *Vollzug von Staatsaufgaben durch Private* die bspw. in § 28 Energiegesetz (SG 772.100), in § 47 des IWB-Gesetzes (SG 772.300; vgl. allerdings die übergeordnete und im IWB-Gesetz [noch] nicht berücksichtigte Einschränkung in § 39 Abs. 1 KV, wonach «die Versorgung mit Wasser [...] nicht an Unternehmen übertragen werden kann, an denen Private gewinnbeteiligt sind») und (eingeschränkt) in § 68 Polizeigesetz (SG 510.100) vorbehaltenen Delegationsmöglichkeiten. Ein klassisches Beispiel ist zudem das Privatnautariat. Ferner fördert der Kanton im Sozialbereich private Trägerschaften (z.B. für Betreuungsaufgaben).

71

anstelle, sondern *neben* die Tätigkeit privater Anbieter. Zu erwähnen sind etwa die Tätigkeiten der IWB im Bereich der Energie- und Telekommunikation. Zu unterscheiden ist ferner die Aufgabenübertragung auf Private von der Aufgabenprivatisierung. Während bei ersterer der private Verwaltungsträger unmittelbare Staats- bzw. Verwaltungsaufgaben erfüllt und deshalb – auch wenn er in privatrechtlicher Form handelt – an die Grundrechte gebunden und dem Gemeinwohl verpflichtet ist⁷² – was namentlich Kontrahierungspflichten und ein Diskriminierungsverbot zur Folge hat –, ist die Frage der Grundrechtsbindung bzw. der Gemeinwohlverpflichtung bei Aufgabenprivatisierungen kontrovers. Im Vordergrund stehen die Beachtung allfälliger gesetzlicher Leitlinien im Privatisierungserlass selbst⁷³ und Art. 35 Abs. 2 und 3 BV. «Nur» bewilligungspflichtig ist etwa die Errichtung von Schulen oder Erziehungsanstalten für allgemeine Bildung oder Berufsbildung. Ein «Volksschulmonopol» besteht demnach im Kanton Basel-Stadt nicht.⁷⁴ Zu erwähnen ist sodann die in § 39 Abs. 1 KV enthaltene Beschränkung, wonach «die Versorgung mit Wasser (...) nicht an Unternehmen übertragen werden kann, an denen Private gewinnbeteiligt sind».

Die Errichtung *neuer Monopole* oder Regale wird in § 38 Abs. 5 KV ausdrücklich vorbehalten. Es handelt sich um ein relativ brisantes Thema, wobei sich aus juristischer Sicht oft die Frage nach dem genügenden öffentlichen Interesse aktualisieren wird, das zeitlich wandelbar ist und dessen Vorliegen zunehmend zurückhaltender angenommen wird.⁷⁵ Umgekehrt ist die Thematik von durch Liberalisierung bzw. Privatisierung geöffneten Märkten und entsprechend verschärften Wettbewerbs sowie der damit in der Regel notwendigen «Re-Regulierung» ein politisch stark diskutiertes Thema (Stichwort «service public»), was sich am aktuellen Beispiel der Strommarktköffnung zeigt. Dies zeigte sich im Kanton Basel-Stadt im Rahmen der – nach Durchführung eines Referendums – 2005 erfolgten Vorselektierung (nicht: Privatisierung) der BVB und der Diskussion um die Öffnung des Marktes für Gebäudeversicherungen in den 1990er Jahren. Die ganze Thematik geht oft auch mit der Sorge um den Erhalt relativ gut bezahlter Arbeitsplätze einher.⁷⁶

⁷² Anstelle vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1530 f. sowie BGE 127 I 84, 90 (APG Luzern). Vgl. zum Ganzen näher MARKUS SCHNEPP, Grundrechtliche Schutzpflichten und die Auslagerung staatlicher Aufgaben, AJP 2002, 1131 ff.; ISABELLE HÄNER, Grundrechtsschutzzugänge bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch Private, AJP 2002, 1144 ff.; PIERRE TOSCHANNEN/ULRICH ZIMMERMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2005, § 10 N 4 f. sowie § 11 Rz. 11 ff. sowie allgemein zur Zulässigkeit gewinnorientierten Staatshandels FELIX UHLMANN, Gewinnorientiertes Staatshandeln, Diss. Basel 1997, 168 ff.

⁷⁴ Eine andere Frage betrifft die politisch brisante Problematik der Subventionierung von Privatschulen (Stichwort «Bildungsgutschein») bzw. nach der steuerlichen Abzugsfähigkeit der Kosten des Besuchs von Privatschulen.

⁷⁵ Vgl. dazu HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2577 ff. sowie BGE 128 I 3 ff. (Plakatschlag auf Privatgrund in Arosa). In BGE 129 II 497, 533 ff. hat es das Bundesgericht offengelassen, ob es für Stromlieferungen gemäss Art. 27 und 36 BV zulässig wäre, ein einziges Unternehmen vorzusehen und angedeutet, dass ein entsprechendes öffentliches Interesse wohl nur schwierig zu begründen wäre. Zur Thematik neuer kantonomer Monopole statt vieler HÄFELIN/HÄLLER, Rz. 720 ff.

⁷⁶ Dies zeigt etwa das Beispiel der Privatisierung der Zentralwäscherei Basel (heutige Zeba AG) im Jahre 1995.

IV Das Gemeinwesen als Privatrechtssubjekt: Gewerbliche Einrichtungen der Kantone und ihrer Anstalten und Körperschaften

Anknüpfend an die Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht stellt sich die Frage, welchem Recht ein Rechtsverhältnis untersteht, bei dem das Gemeinwesen⁷⁷ einer Privatperson gegenübersteht. In solchen Fällen kommt Privatrecht bei *gewerblichen Einrichtungen* zur Anwendung, was etwa mit Bezug auf den Bereich der ausservertraglichen Haftung Art. 61 Abs. 2 OR zu entnehmen ist. Von solchen kann gesprochen werden, wenn es sich nicht um ein hoheitliches Auftreten des Gemeinwesens handelt und sich das Gemeinwesen auf den Boden des Privatrechts begibt. Dabei handelt der Staat nicht in Ausübung von Hoheitsrechten. Vielmehr tritt er als koordiniertes und gleichgeordnetes Rechtssubjekt gegenüber den einzelnen Bürgern auf und hat sich dabei wie eine Privatperson dem allgemeinen Privatrecht zu unterziehen.⁷⁸ Ein unausgeglichenes, aber früher gebräuchliches Abgrenzungskriterium war die Gewinnstrebigkeit. Liegt sie nicht vor, schliesst das eine gewerbliche Einrichtung nicht ohne weiteres aus. Liegt sie aber vor, ist grundsätzlich von einer gewerblichen Einrichtung auszugehen.⁷⁹

In gewissen Grenzen stellt es dabei den Kantonen und ihren Anstalten und Körperschaften *offen*, im Verkehr mit Privatpersonen Privatrecht oder öffentliches Recht zur Anwendung zu bringen.⁸⁰ Soweit öffentliche Aufgaben wahrgenommen werden, die Regelung der Rechte und Pflichten einseitig durch das Gemeinwesen erfolgt bzw. kein oder nur wenig Spielraum bei der Ausgestaltung der gegenseitigen Beziehungen besteht, untersteht das Benützungsverhältnis tendenziell dem öffentlichen Recht und

⁷⁷ Darunter zählen im Rahmen des vorliegenden Beitrags der Kanton, seine Einwohner- und Bürgergemeinden und seine öffentlich-rechtlichen juristischen Personen (Anstalten und Körperschaften).

⁷⁸ Vgl. anstelle vieler BSK-OR I-SCHNYDER, N 9 f. zu Art. 61 OR, wobei Art. 61 OR gemäss h.L. nicht nur auf das Staatspersonal, sondern auch auf das Gemeinwesen als Betriebsinhaberin Anwendung finden sollte.

⁷⁹ Vgl. dazu anstelle vieler BGE 113 II 424, 426 (= Pra 1988 Nr. 109, E. 1a; Betrieb eines Schwimmbads als gewerbliche Einrichtung).

⁸⁰ Vgl. dazu näher HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1057 ff.; KURT EICHENBERGER, Verwaltungsprivatrecht, Verfügung, Verwaltungsvertrag und privatrechtlicher Vertrag, in: Privatrecht, Öffentliches Recht, Strafrecht, Grenzen und Grenzüberschreitungen, FG zum Schweizerischen Juristentag 1985, Basel/Frankfurt a.M. 1985, 295 ff., 75 ff. und RENÉ A. RINOW, Verfügung, Verwaltungsvertrag und privatrechtlicher Vertrag, in: Privatrecht, Öffentliches Recht, Strafrecht, Grenzen und Grenzüberschreitungen, FG zum Schweizerischen Juristentag 1985, Basel/Frankfurt a.M. 1985, 297 f. In BGE 105 II 234, 236, wird davon ausgegangen, dass ein Vertrag dem Privatrecht untersteht, wenn er nur mittelbar öffentliche Interessen verfolgt und eine freie Bestimmbarkeit der gegenseitigen Beziehungen auf dem Boden der Gleichberechtigung vorliegt. Zum schwierigen Problem der Qualifikation des Rechtsverhältnisses zu Benützern einer öffentlich-rechtlichen Anstalt HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1327 ff. m.w.H.

gilt entsprechend das Publikationserfordernis.⁸¹ *Privatrechtlich* geregelt ist das Benutzungsverhältnis vor allem dort, wo sich Gemeinwesen und Private mehr oder weniger gleichberechtigt gegenüberstehen und eine eigentliche Aushandlung des Vertragsinhalts stattfinden kann.⁸² Dies ist namentlich dort der Fall, wo das Gemeinwesen mit Privaten konkurriert bzw. ähnliche Leistungen wie Private erbringt (staatliche Wettbewerbswirtschaft) oder wo es die Mittel für die Ausübung der staatlichen Tätigkeit auf dem Markt beschafft.⁸³

Manchmal ist *gesetzlich vorgeschrieben*, welches Recht anzuwenden ist. Dies ist im Kanton Basel-Stadt etwa im Bereich des Bezugs von Trinkwasser und Energie (Strom, Gas und Fernwärme) durch die IWB der Fall. So ist das Verhältnis zwischen Benutzer und IWB (Kanton) gemäss IWB-Gesetz öffentlich-rechtlich.⁸⁴ Dasselbe gilt für die Ausgestaltung des Personalrechts des Kantons.⁸⁵ Auch dem Gebäudeversicherungsgesetz lässt sich (nur) bei den Bestimmungen über den Rechtsschutz entnehmen, dass es sich hierbei um kantonales, öffentlich-rechtliches Versicherungsrecht handelt – lediglich für Regressfragen ist das Zivilgericht zuständig.⁸⁶

⁸¹ Vgl. BGE 105 II 234, 236 ff.

⁸² Dies wird etwa bei «Verabbarungen mit der Besitzerschaft» zur Sicherstellung von Landschaften und Naturobjekten, die § 8 lit. c des Gesetzes über den Natur- und Landschaftsschutz (SG 789.100) vorsieht, oder bei «Umsargungen» durch Private i.S.v. § 11 Abs. 7 der Friedhofordnung (SG 390.110) der Fall sein. Bei der Übertragung von Vollzugsaufgaben auf Private (dazu FN 64) dürfte hingegen von der Anwendbarkeit öffentlichen Rechts auszugehen sein (geringer Spielraum, hoheitlicher Charakter der Vollzugsaufgabe; dem entspricht auch die Anwendung des kantonalen Datenschutzrechts auf solche Privatpersonen, vgl. § 2 Abs. 5 Datenschutzgesetz [SG 153.260]). Vgl. zum Ganzen VGE vom 5.1.1990, BJM 1990, 261, 262 f., worin «erhebliche Zweifel» daran geäußert wurden, dass eine Forderung des Baudepartements (in casu eine Rechnung des Gewässerschutzamts für Kanalisationsanschlussarbeiten) privatrechtlicher Natur ist. Es «kann ein Über- respektive Unterordnungsverhältnis nicht klarerweise verneint werden (...)». Es fällt auch auf, dass das Gewässerschutzamt seine Forderung (...) nicht im Zivilprozess, sondern auf dem Verwaltungsrechtsweg durchgesetzt hat, was als Indiz für die Anwendbarkeit von Art. 43 SchKG zu werten ist».

⁸³ Vgl. dazu näher HAFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1332 ff. m.w.H. Vgl. auch die Unterscheidung öffentlichen Recht und Privatrecht anhand der kumulativ angewandten Kriterien *Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb* und *nicht-hoheitliches Handeln* in § 3 Abs. 2, § 2 Abs. 5 Datenschutzgesetz (SG 153.260).

⁸⁴ § 25 Abs. 1 ff. IWB-Gesetz (SG 772.300), vgl. dazu VGE vom 15.8.2006 i.S.H.B. (657-2006), § 21 ff. sehen sodann eine detaillierte Regelung über Modalitäten des Bezugs von Leistungen und insbesondere ein Regime für Leistungsstörungen, also ein eigentliches «öffentliches Obligationenrecht» vor (vgl. zum Begriff POTT, Rz. 988).

⁸⁵ § 4 des Personalgesetzes (SG 162.100) sieht vor, dass auf das Arbeitsverhältnis grundsätzlich Art. 319-362 OR als kantonales öffentliches Recht zur Anwendung kommen, sofern sich dem kantonalen Recht keine Bestimmungen entnehmen lassen. Vgl. dazu VGE vom 27.2.2002, BJM 2003, 100, 103 ff. sowie zur Frage, welchem Recht Praktikanten unterstehen, AGE vom 18.12.1996, BJM 1998, 289 ff. (noch unter allem staatlichem Personalrecht), Ausführliche Regelungen finden sich namentlich im Bereich des Vorgehens bei Kündigungen.

⁸⁶ § 34 sowie § 26 Abs. 1 des Gebäudeversicherungsgesetzes (SG 695.100). Auch in anderen kantonalen Gesetzen finden sich Bestimmungen zum Regress bzw. zur Solidarität, die über Art. 51 OR zur Anwendung kommen.

Schwierige und praktisch bedeutsame Fragen stellen sich namentlich im Rahmen der *Tätigkeit von Ärzten in öffentlichen Spitälern*. Soweit die Behandlung von Patienten durch Ärzte in amtlicher Eigenschaft erfolgt, ist von einer hoheitlichen Tätigkeit auszugehen und kommen die Bestimmungen über die Staatshaftung des entsprechenden Gemeinwesens zur Anwendung.⁸⁷ Schwieriger zu beurteilen ist die Haftung für Behandlungsfehler bei Privatpatienten in öffentlichen (d.h. vom Gemeinwesen betriebenen) Spitälern.⁸⁸

Für die Haftung für Schäden aufgrund von *Mängeln an öffentlichen Werken*, namentlich Strassen, Gebäuden und weiteren Anlagen, besteht eine Fülle von Präjudizien.⁸⁹ Hier kommt Art. 58 OR zur Anwendung, auch wenn das Gemeinwesen Eigentümer des Werks ist und Staatshaftungsbestimmungen existieren. Insofern geht Art. 58 OR dem kantonalen (Staatshaftungs-)Recht vor.⁹⁰ Haftpflichtig ist bei öffentlichen Strassen, Trottoirs und Wegen, wer die Anlage als Ganzes erstellt hat, sie benutzt und tatsächlich über sie verfügt, folglich auch für ihren Unterhalt zu sorgen hat und die erforderlichen Massnahmen treffen kann, was in der Regel für eine Passivlegitimation des Gemeinwesens spricht.⁹¹ Diese wird namentlich auch dann bejaht, wenn kein Eigentumsverhältnis besteht, sondern nur Dienstbarkeiten (Wegservitute) oder gar

⁸⁷ Vgl. § 3 Abs. 1 Haftungsgesetz (HG; SG 161.100; dieses trat 2000 an Stelle des Beamtengesetzes), der eine originäre und ausschliessliche Kausalhaftung des Kantons für widerrechtliches Verhalten seines Personals statuiert, wobei gegenüber dem Personal des Kantons kein Anspruch zusteht (§ 3 Abs. 2 HG), vgl. diesbezüglich den Entscheid des Bundesgerichts 4C.378/1999 vom 23.11.2004, der sich mit der Frage befasst, ob es im Rahmen von operativen Eingriffen am Kantonsspital (heute: Universitätsklinik) Basel zu einem ärztlichen Behandlungsfehler gekommen war. Vgl. zur Thematik auch anstelle vieler BGE 115 Ib 175, 179 f. sowie den Entscheid des Bundesgerichts 4C.178/2005 vom 20.12.2005, E. 2.2 (in BGE 132 III 359 ff. nicht amtl. publ. Erwägung). Beide Entscheide betreffen die spitalärztliche Tätigkeit, wobei in beiden von einer Staatshaftung ausgegangen wurde. Soweit keine spezifischen kantonalen Vorschriften bestehen, kann analoge Weise auf obligationenrechtliche Betrachtungsweisen zurückgegriffen werden, wobei diese dann als kantonales Recht zur Anwendung kommen. Vgl. zum Ganzen auch die Beiträge «Staatspersonal» und «Staatshaftung» von CHRISTOPH MEIER in diesem Handbuch.

⁸⁸ Vgl. dazu näher BSK-OR I-A-K. SCHNYDER, N 8 zu Art. 61 OR. Gemäss BGE 122 III 101, 104 f. kommt es auf das kantonale Recht an, ob von einer hoheitlichen Tätigkeit gesprochen werden kann. Bei Bezug von Ober- oder Assistenzärzten und weiterem Personal ist tendenziell von einer hoheitlichen Tätigkeit auszugehen (BGE 111 II 149, 154 f.). Im Kanton Basel-Stadt findet sich keine Bestimmung, die die Behandlung von Privatpatienten in öffentlichen Spitälern explizit als hoheitliche Tätigkeit definiert; § 5 SpitalG erwähnt die privatärztliche Tätigkeit lediglich und unterstellt sie einer Bewilligungspflicht.

⁸⁹ Vgl. das Beispiel der Haftung des Gemeinwesens aus Art. 58 OR für die Haftung für einen Mangel an einem Gebäude (in casu Sprungtum) BGE 123 III 306 ff. (= Pra 1988 Nr. 109, E. 1a) oder für einen vom Gemeinwesen ungenügend abgesicherten Webereikanal BGE 130 III 736 ff. (Werkmangel in casu verneint).

⁹⁰ Die in der Regel strengeren Staatshaftungsnormen des Gemeinwesens (Kausalhaftung ohne Entlastungsbeweis) werden also verdrängt, was z.T. kritisiert wird (dazu näher BSK-OR I-A-K. SCHNYDER, N 22 m.w.H.).

⁹¹ BGE 106 II 201, 204 sowie BGE 121 III 448, 449 ff.

nur vertragliche (Benutzungs-)Rechte zu seinen Gunsten vorliegen.⁹² Wenn hingegen dem privaten Grundeigentümer nach dem örtlich anwendbaren öffentlichen Recht die Pflege der Liegenschaftszugänge bzw. die Freihaltung des Trottoirs obliegt, ist (nur) er passivlegitimiert, selbst wenn sein Grundstück servitutbelastet ist (Wegervirtut des Gemeinwesens).⁹³ Im Rahmen der Prüfung der Zumutbarkeit im Bereich des Unterhalts in zeitlicher, technischer und finanzieller Hinsicht wird indizeweise auf kantonales öffentliches Recht abgestellt. Bei Verletzung verwaltungsrechtlicher Vorschriften zu Anlage oder Unterhalt der Strasse ist ein Werkmangel in der Regel zu bejahen.⁹⁴ Demgegenüber kann bei Befolgung des anwendbaren kantonalen Rechts von Bundesrechts wegen (nur) bei Vernachlässigung elementarer Massnahmen von einem Unterhaltsmangel gesprochen werden, wobei der finanziellen Belastbarkeit des Gemeinseins ein besonderes Gewicht beigemessen wird.⁹⁵

Soweit nach dem Gesagten auf ein Rechtsverhältnis öffentliches Recht anzuwenden ist, können jedoch wiederum *privatrechtliche Grundsätze analoge Weise zur Anwendung* kommen, wenn sich bei einer Regelungslücke dem (übrigen) kantonalen Recht keine passende Lösung entnehmen lässt.⁹⁶ Das analog angewendete Bundesprivatrecht gilt in einem solchen Fall als lückenfüllendes kantonales öffentliches Recht, was bei den Rechtsschutzmöglichkeiten zu berücksichtigen ist.⁹⁷

⁹² Vgl. die Bestätigung dieser (kritisierten) Praxis in BGE 121 III 448, 451 f., die damit begründet wird, dass das Gemeinwesen aufgrund seiner – ganz oder teilweise – im öffentlichen Recht begründeten Sachherrschaft im Rahmen von Art. 58 OR einem privatrechtlichen Werkigentümer gleichzustellen ist, wenn es aufgrund seiner besonderen Rechtsstellung eine mit privatem Sacheigentum vergleichbare Herrschaft über ein Werk ausübt.

⁹³ Vgl. dazu BGE 118 II 36, 37 ff. (zuletzt des beklagten Grundeigentümers war ein öffentliches Fusswegrecht der Gemeinde Liestal eingetragen). Vgl. dazu § 103 BPrV, der einen von den Grundstückseigentümern bzw. ihren Beauftragten durchzuführenden «Winterdienst für den Fussgängerverkehr» vorsieht, der die Begehrhaltung von Wegen und Strassen zum Zwecke hat.

⁹⁴ Entscheid des Bundesgerichts 4C.45/2005 vom 18.5.2005, E. 2.3.

⁹⁵ Vgl. dazu BGE 130 III 736, 743 sowie den Entscheid des Bundesgerichts 4C.45/2005 vom 18.5.2005, E. 2.3, sowie anstelle vieler BSK-OR I-Anton K. Sonnyder, N 22 f. zu Art. 58 OR m.w.H.

⁹⁶ Zur Frage der analogen Anwendung der Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung in Art. 62 ff. OR im kantonalen Personalrecht VGE vom 9.6.2000, BJM 2003, 93, 96 ff. sowie allgemein zum Ganzen Häpelin/Müller/Uhlmann, Rz. 245 ff. Unklar ist, ob dabei die Analoganwendung von öffentlichem Recht des Bundes Vorrang genießt vor dem Bundesprivatrecht – was wohl dann zu bejahen ist, wenn die öffentlich-rechtliche Regelung den Analogieschluss besser rechtfertigt als die Regelung im Bundesprivatrecht.

⁹⁷ Vgl. etwa § 4 des Personalgesetzes (SG 162.100), dazu oben in FN 85, oder § 21 VRPG, der auf die Regeln zur Kostenverteilung im Zivilprozessrecht verweist. Auf Ebene des Bundesgerichts steht nur die Möglichkeit der Willkürprüfung bzw. der Verletzung kantonalen verfassungsmässiger Rechte offen, die «gewöhnliche» Verletzung von kantonalen Entlassen unterhalb der Verfassung kann nicht gerügt werden (vgl. Art. 95 BGG). Soweit sich im kantonalen öffentlichen Recht (z.B. Steuerrecht) für Ansprüche keine speziellen Verfallungsregeln finden, kommt die zehnjährige Verjährungsfrist des § 212 Abs. 1 EG ZGB zur Anwendung (vgl. Friedrich, 740 sowie Alessandrà, Carosori). Die Verjährung öffentlich-rechtlicher Forderungen nach baselsstädtischem Recht, BJM 1992, 281 ff. sowie VGE vom 9.6.2000, BJM 2003, 93, 94 ff. m.w.H. und VGE vom 23.8.2006; S. B [768-2005], 5). Der Verweis auf die Verjährung gemäss Art. 127 oder 128 OR («Art. 127 f. OR») in § 212 Abs. 2 EG ZGB betrifft gemäss uneinheitlicher Praxis des Appellationsgerichts nicht die (schon in § 212 Abs. 1 EG ZGB statuierte) Frist, sondern die Modalitäten der Verjährung, was

Bei *Submissionen* (Vergabungen), *Subventionen* und im Rahmen von *Konzessionen* hat sich die sog. *Zweistufen-Theorie* durchgesetzt. Das dem Zuschlag (bzw. der Zuerkennung oder Übertragung) folgende Rechtsgeschäft (Vertrag) mit den Benutzern oder den Bezüglern, dem eine nach öffentlich-rechtlichen Regeln ablaufende Willensbildungs- und Entscheidungsphase – oft verbunden mit dem Erlass einer Verfügung oder dem Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags⁹⁸ – vorangeht, untersteht in der Regel dem Privatrecht.⁹⁹ Dasselbe dürfte auch bei der anderweitigen Übertragung von Vollzugsaufgaben an Private der Fall sein.¹⁰⁰

⁹⁸ jedoch fraglich erscheint, da diesfalls auf die Art. 129 ff. (oder jedenfalls auf die Art. 127 ff. OR) hätte verwiesen werden müssen. Im heutigen Steuergesetz (StG; SG 640.100) finden sich jedoch in §§ 148 und 199 explizite Bestimmungen zur Veranlagungs- bzw. zur Bezugsverföhrung.

⁹⁹ Vgl. etwa § 4 Subventionsgesetz (SG 610.500). Vgl. zum Ganzen den Beitrag von Caspar Zellweger/Annalina Witz mit dem Titel «Öffentliches Beschaffungswesen des Kantons Basel-Stadt» in diesem Handbuch.

¹⁰⁰ Z.B. Verträge betreffend Beschaffung (Kauf) von Material oder die Erstellung von Werken (Werkvertrag).

¹⁰⁰ Diese ist etwa im IWB-Gesetz, im Energiegesetz und unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen im Polizeigesetz vorgesehen.

V Übersicht über die Entwicklung der letzten Jahrzehnte

Bevor sich der vorliegende Beitrag dem kantonalen Privatrecht und den Auswirkungen des kantonalen öffentlichen Rechts auf privatrechtliche Rechtsverhältnisse im Detail zuwendet, sollen nachfolgend – als Einstieg und in Anknüpfung an den Beitrag von Hans-Peter Friedrich zum kantonalen Privatrecht in der Vorauflage des vorliegenden Handbuchs aus dem Jahr 1984 – kurz die «*grandes lignes*» der *Entwicklung der letzten Jahrzehnte*, d.h. insbesondere seit 1984, nachgezeichnet werden.

Während die Bereiche, in denen die Kantone privatrechtlich legitimieren können, vom Verfassungs- oder Gesetzgeber seit Inkrafttreten von ZGB und OR im Jahre 1912 praktisch unverändert gelassen wurden,¹⁰¹ hat der Gesetzgeber in Bund und Kanton durch Erlass von neuen Gesetzen oder infolge von Gesetzesänderungen für Anpassungsbedarf in verschiedenen Bereichen des Privatrechts gesorgt oder privatrechtliche Rechtsverhältnisse auf andere Weise beeinflusst. So hält die *Tendenz* des Bundes an, seinen Kompetenzbereich zu *erweitern* bzw. ihn *auszuschöpfen*. Betroffen sind auch Gebiete, die zwar öffentlich-rechtliche Regelungen aufweisen, deren Privatrechtsrelevanz (namentlich die Auswirkungen auf die Vertragsfreiheit) aber hoch ist. Zu verweisen ist auf die in III.2.a) oben genannten Bereiche, wobei speziell im Bereich des Gesundheitsschutzes bzw. der Humanmedizin eine markante Verlagerung auf den Bund stattand.

Gleichzeitig hat der *kantonal-baselschweizerische* Gesetzgeber in vielen Bereichen *öffentlich-rechtliche* Bestimmungen erlassen, die in Einklang mit Art. 6 ZGB das Bundesprivatrecht und damit privatrechtliche Rechtsverhältnisse *ergänzen*. Zu erwähnen sind insbesondere verschiedene Ergänzungen im Bereich des Patientenrechts bzw. der Humanmedizin, der Erlass des Psychiatriegesetzes (1997¹⁰²), des kantonalen Datenschutzgesetzes (1992), des Beschaffungsgesetzes (2000; in Ausführung des entsprechenden interkantonalen Konkordates),¹⁰³ der Verordnung über die Zuteilung von Standplätzen im Bereich Messen und Märkte (2000), des Gastgewerbegesetzes (2005) und des Gesetzes über öffentliche Ruhetage und Ladenöffnung (2005) sowie die Revision des Advokaturgesetzes (2002; in Ergänzung bzw. Ausführung des BGFA von 2002).

Im eigentlichen, gemäss Art. 5 Abs. 1 ZGB *vorbehaltene kantonalen Privatrecht* sind auf Ebene der kantonalen Gesetz- oder Verordnungsgebung kaum inhaltliche Än-

derungen zu vermeiden. Insbesondere ist die Tendenz der zunehmend öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung des Bau- und Nachbarschaftsrechts weiter vorangeschritten und hat im Erlass des kantonalen Bau- und Planungsgesetzes mitsamt Verordnung (2001) gegipfelt, die an die Stelle des alten Hochbautengesetzes und weiterer Erlasse getreten sind. In diesem Zusammenhang sind Änderungen im öffentlichen Baurecht¹⁰⁴ sowie erweiterte Beschränkungen des Grundeigentums (Bergbauregal/Erdräume) und Er-gänzungen im Bereich der Bodenverbesserungen bzw. -verschiebungen erfolgt.

Schliesslich sind in Gebieten kantonalen (*formell-privatrechtlicher*) Zuständigkeit Umgestaltungen zu verzeichnen. Dies betrifft namentlich die Neuordnung der Inkasso-hilfe und der Alimentenbervorschussung im Bereich des Scheidungs- bzw. Kindschafts-rechts (2002) und das totalrevidierte Notariatsgesetz (2008). Weitere Änderungen bzw. Ergänzungen betreffen solche weitgehend formeller Natur im EG ZGB und in der entsprechenden Verordnung, die aufgrund von Änderungen von bundesprivatrech-tlichen Erlassen, insbesondere des ZGB und des OR, notwendig wurden und praktisch ausschliesslich den Erlass oder die Neuformulierung von Zuständigkeits-, Organi-sations- und Verfahrensregeln betrafen.¹⁰⁵ Dabei ist im Bund eine seit Mitte/Ende der 1980er Jahre – auch im Zuge rascher gesellschaftlicher Veränderungen und im Zusam-menhang mit immer grösseren Verflechtungen auf internationaler Ebene, insbesonde-re mit der EU und der Umsetzung entsprechender Verpflichtungen – stetig anschwe-lende Gesetzgebungstätigkeit (auch im Privatrecht zu konstatieren.¹⁰⁶ In diesem Zusammenhang von Bedeutung sind insbesondere die Ehegüterrechtsnovelle (1988), die Neufassung des Mietrechts (1990), Änderungen im Aktien- und im sonstigen Ge-sellschaftsrecht (v.a. 1992), das neue Zivilstands- und Ehescheidungsrecht (2000),¹⁰⁷ die Neufassung des Konsumkreditrechts (2003), Vorschriften zu flankierenden Massnah-men im Bereich der Personalfreizügigkeit Schweiz-EG (2004), die Möglichkeit der Einführung eines «mittels Informatik geführten Grundbuchs» (2005) und das Partner-schaftsgesetz (2007).¹⁰⁸ Diese Novellen zogen für die Kantone namentlich die Pflicht zum Erlass von Zuständigkeitsregeln nach sich.

¹⁰⁴ Dazu der Beitrag von VERA FELDGES/CAROLINE BARTHE in diesem Handbuch.

¹⁰⁵ Vollzug von Bundesrecht gemäss Art. 52 SchlT ZGB.

¹⁰⁶ «Atomisierung des Privatrechts», «Dekodifikation» und «Sonderprivatrecht» dienen als diesbe-züglige Stichworte.

¹⁰⁷ In dessen Rahmen wurde die Ausgestaltung der Anhörung der Kinder in §§ 28a–28d EG ZGB (2000) ausführlich geregelt und führte nach Revision der entsprechenden Verordnung des Bun-desrates (2004) zum Erlass der revidierten kantonalen Zivilstandsverordnung (2005).

¹⁰⁸ Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass auch die SchKG-Revision (1997) und die Herab-setzung des Mündigkeitsalters von 20 auf 18 mit der gleichzeitig erfolgten Streichung des Ehever-klundungsverfahrens im Jahre 1996 sowie die neuen Bestimmungen zur Revision (namentlich im Stiftungsaufsichtsrecht) für (marginalen) Anpassungsbedarf im formell-privatrechtlichen Bereich gesorgt haben.

¹⁰¹ Zu nennen aber sind Art. 360a–f OR, die den Kantonen die Kompetenz vorbehalten, im Rahmen

der flankierenden Massnahmen zu den Sektorellen Abkommen Schweiz-EG Mindestlohnvor-schriften in Form kantonalen Privatrechts zu erlassen. Dazu näher unten, VI.5.f.c.

¹⁰² Die Jahreszahlen beziehen sich jeweils auf das Datum des Inkrafttretens der entsprechenden Erlasse.

¹⁰³ Vgl. dazu den Beitrag von CASPAR ZELINGER/ANNATINA WIRZ mit dem Titel «Das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Basel-Stadt» in diesem Handbuch.

VI Rechtsgebietsspezifische Betrachtung

Im Folgenden soll eine nach Rechtsgebieten gegliederte übersichtsmässige Betrachtung des kantonalen Rechts erfolgen, soweit es privatrechtlicher Natur ist oder aber durch Art oder Zweck der Regelung Bundesprivatrecht ergänzt bzw. mit ihm in engem Zusammenhang steht und auf diese Weise privatrechtliche Rechtsverhältnisse mitgestaltet oder beeinflusst. Es erfolgt eine Beschränkung auf ausgewählte Bereiche *materiellprivatrechtlicher* Regelungen, weshalb kein Anspruch auf Vollständigkeit erhoben werden kann.

1 Personenrecht

Im Bereich des Personenrechts wird *materielles* kantonales Privatrecht – mit Ausnahme des Vorbehalts von «Allmendgenossenschaften und ähnlichen Körperschaften» in Art. 59 Abs. 3 ZGB – von den Bestimmungen des ZGB nicht ausdrücklich vorbehalten. *Formell-privatrechtliche* Bestimmungen bleiben den Kantonen namentlich im Bereich des (2000 bzw. 2004/2005 weitgehend revidierten) Zivilstandsrechts und der Stiftungsaufsicht vorbehalten. Bestimmungen des kantonalen öffentlichen Rechts ergänzen die personenrechtlichen Bestimmungen im ZGB aber in wichtigen Bereichen, die nachfolgend vorgestellt werden. Zu nennen sind der Persönlichkeitsschutz und der Bereich der juristischen Personen.

a) Persönlichkeitsschutz: Persönlichkeitsschutz (Art. 28 ff. ZGB)

Der Schutz der Persönlichkeit wird von den Art. 28 ff. ZGB bezweckt und damit vor allem durch das Bundeszivilrecht wahrgenommen. Allerdings verstärken ergänzende Bestimmungen des öffentlichen Rechts des Bundes und der Kantone den Schutz der Persönlichkeit um wichtige Facetten.¹⁰⁹

Zu nennen ist insbesondere der Bereich der *Humannmedizin* bzw. des *Patientenrechts*, der bis vor wenigen Jahren noch praktisch vollständig den Kantonen überlassen war. Mit Schaffung der entsprechenden bundesverfassungsrechtlichen Kompetenzgrundlagen in den Bereichen Fortpflanzungs- und Transplantationsmedizin sowie im Bereich der Gentechnologie (Art. 119 und 119a BV) konnte und kann die entsprechende Bundesgesetzgebung erlassen werden. Solange die bundesrechtlichen Regeln

noch nicht in Kraft stehen, besteht Raum für entsprechendes kantonales Recht. Bereits in Kraft stehend im Bund das Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG; 2001), das Stammzellenforschungsgesetz (StFG; 2005), das Sterilisationsgesetz (StG; 2005) und das Transplantationsgesetz (TPG; 2007). Alle haben soweit ersichtlich den Anspruch, in ihrem jeweiligen Anwendungsbereich eine abschliessende Regelung zu treffen.¹¹⁰ Bei Redaktionsschluss im Entwurfsstadium stehen das Humanforschungsgesetz (HFG) und die Verordnung über genetische Untersuchungen beim Menschen.

Das kantonale *Spitalgesetz* regelt in § 11 Rechte und Pflichten von Patienten, wobei insbesondere die Informationsrechte in § 11 Abs. 1 SpitalG hervorzuheben sind. Sie bezwecken die Aufklärung der Patienten und führen so zur (rechtfertigenden) Einwilligung von ärztlichen Heileingriffen. § 12 SpitalG regelt die Voraussetzungen der Organtransplantation im Sinne der sog. Widerspruchslösung. Das am 1. Juli 2007 in Kraft getretene Transplantationsgesetz sieht demgegenüber die Zustimmungslösung vor.¹¹¹ Bis zum Erlass bzw. zum Inkrafttreten des Humanforschungsgesetzes (geplant 2010) ist der Bereich der Humanforschung inkl. Biobanken im Kanton Basel-Stadt mangels gesetzlicher Regelung im Spitalgesetz vor allem durch allgemeines Bundesrecht (Zivil- und Strafrecht) geregelt sowie durch Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) abgedeckt, auf die auch in anderen Bereichen abgestellt wird, soweit gesetzliche Regelungen fehlen. Ferner wurde eine Ethikkommission beider Basel eingesetzt, die für die ethische Beurteilung klinischer Versuche am Menschen zuständig ist und die für sie notwendige Zustimmung erteilt.¹¹² Die Spitäler können im Übrigen interne Richtlinien erlassen und damit im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben auf Bundesebene (StGB und ZGB) regelungsbedürftige Bereiche abdecken (Patientenverfügungen, Sterbehilfe), wobei sie sich dabei in der Regel an einschlägige Richtlinien der SAMW anlehnen. Respektmässigkeiten der Kantone verbleiben im Bereich des Obduktionsrechts¹¹³ und des Bestattungswezens.¹¹⁴ Ferner präzisiert das kantonale Recht den Angehörigenbegriff, was erhebliche praktische Bedeutung im Bereich der Transplantation und der Obduktion aufweist.¹¹⁵

Im Bereich der informationellen Selbstbestimmung – einer im Zuge der technischen Entwicklungen und Möglichkeiten in letzter Zeit immer bedeutender gewordenen

¹¹⁰ Das FMedG verdrängt das (formell noch immer in Kraft stehende) Gesetz betreffend die Reproduktionsmedizin beim Menschen (SG 300.200). Es dürfte dem FMedG jedoch nicht widersprechen.

¹¹¹ Die Handhabung der laut Spitalgesetz bis 1.7.2007 geltenden Widerspruchslösung als Informationslösung (Anfrage durch Spital bei Angehörigen) führte dazu, dass faktisch schon unter dem alten Regime die Zustimmungslösung zur Anwendung kam.

¹¹² Vgl. die Vereinbarung Ethikkommission beider Basel (SG 300.400).

¹¹³ § 13 SpitalG (SG 330.100) sowie § 22 Abs. 3 des Gesetzes betreffend die Bestattungen (SG 390.100).

¹¹⁴ Vgl. § 5 des Gesetzes betreffend die Bestattungen (SG 390.100), der die Wahl der Bestattungsart vorsteht, sowie §§ 21 f. desselben Gesetzes zur Leichenschau und zur amtärztlichen Kontrolle.

¹¹⁵ Vgl. § 19 VO zum Spitalgesetz (SG 330.110), wonach weder Konkubinatpaare noch (gleichgeschlechtliche) Partner gemäss Partnerschaftsgesetz des Bundes als Angehörige gelten, wobei die Einfügung der Partner im Rahmen der Ergänzung des kantonalen Rechts (vgl. z.B. die revidierten §§ 21, 25 und 25a EG ZGB) wohl bisher versehentlich unterblieben.

Vgl. dazu näher PROYER, Rz. 163 ff. Vgl. zu (in letzter Zeit in den Kantonen viel diskutierten) Verboten im Bereich Tabak und Alkohol unten, VI.7.b. Für wertvolle Hinweise bin ich Frau Dr. Patricia Schmid, Universitätsspital Basel, zu Dank verpflichtet.

denen Facette des Persönlichkeitsschutzes – muss sodann der *Datenschutz* erwähnt werden.¹¹⁶ Die Kantone sind nur berechtigt, den Datenschutz innerhalb der kantonalen Behörden zu regeln (Art. 37 DSG Bund e contrario), während der Bund kompetent ist für den Schutz von Daten, die durch private Personen und Bundesorgane bearbeitet werden (Art. 2 Abs. 1 DSG Bund). Insofern ist auf das kantonale Datenschutzgesetz, aber auch auf andere kantonale Bestimmungen¹¹⁷ zu verweisen.¹¹⁸

b) Juristische Personen des kantonalen Rechts (Art. 59 ZGB)

aa) *Juristische Personen des kantonalen öffentlichen Rechts* (Art. 59 Abs. 1 ZGB) Art. 59 Abs. 1 ZGB¹¹⁹ behält – vor dem Hintergrund von Art. 6 Abs. 1 ZGB als unechter bzw. bloss präzifizierender Vorbehalt – *öffentlich-rechtliche Körperschaften und Anstalten* des Kantons (und der Gemeinden) vor. Dies wird in Art. 52 Abs. 2 ZGB im Hinblick auf die Erlangung der Rechtspersönlichkeit präzisiert.

Zu den kantonal-baselstädtischen öffentlich-rechtlichen Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit¹²⁰ zählen etwa die Basler Kantonalbank (BKB)¹²¹, die Öffentliche Krankenkasse Basel (OeKK)¹²², die Basler Verkehrsbetriebe (BVB)¹²³, die

¹¹⁶ Vgl. etwa zur Einordnung des Datenschutzes und zu seinem Verhältnis zum Persönlichkeitsschutz des ZGB Christian Brückner (FN 21), Rz. 502 ff., insbes. 512 f. Gemäss BGE 127 III 481, 492 ff. besteht zwischen DSG und dem durch Art. 28 ff. ZGB gewährten Persönlichkeitsschutz in privatrechtlicher Sicht *Alternativität*, dazu kritisch BSK-ZGB I-Andreas Meili, N 10 zu Art. 28 ZGB. Bspw. die Bestimmungen zu Auskunften und zur Einsicht in die Krankengeschichte und medizinisch-technische Unterlagen bei staatlichen Spielern und Privatspielern in §§ 15–17 der Verordnung zum Spitzgesetz (SG 330.110) oder die Bestimmungen zu Personendaten in §§ 57 ff. Polizeigesetz (SG 510.100).

¹¹⁷ Für die Thematik des Datenschutzes sei auf die Ausführungen zu «Datenschutz und E-Governments» von Beat Rüdin in diesem Handbuch verwiesen.

¹¹⁸ Vgl. auch Art. 829 OR für öffentlich-rechtliche Personenverbände.

¹¹⁹ Zur Frage, ob für Rechtsverhältnisse der juristischen Personen des kantonalen Rechts mit Privatrecht für die Benutzung von Einrichtungen bzw. den Bezug von Produkten oder Dienstleistungen öffentliches Recht oder Privatrecht zur Anwendung kommt, siehe oben, III.

¹²⁰ § 1 Abs. 2 des Gesetzes über die Basler Kantonalbank (SG 915.200). Ihr Personal ist zivilrechtlich angestellt. Sie verfügt über eine Mehrheitsbeteiligung an der Bank Coop und untersteht (vgl. dazu § 22 Abs. 1) bzw. dem Bankengesetz (vgl. § 17 Abs. 1, wobei auch dem Regierungsrat Aufsichtsbefugnisse zustehen) und der übrigen Finanzmarktgesetzgebung des Bundes. Dabei können aufgrund der Staatsgarantie (§ 2 Abs. 1) leicht abgeänderte Regeln zur Anwendung kommen.

¹²¹ Vgl. § 28 des Gesetzes über die Krankerversicherung im Kanton Basel-Stadt (GKV; SG 834.400). Die Umwandlung in eine private AG wird derzeit geprüft (Stand Oktober 2007). Im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit untersteht sie wie andere privatrechtlich organisierte Versicherungsgesellschaften dem entsprechenden anwendbaren Bundesrecht (u.a. KVG/LVG/VVG/OR; § 30 GKV). Vgl. zur Regelung der Haftung der OeKK § 38 GKV. Das Personal der OeKK ist privatrechtlich angestellt (§ 45 Abs. 1 GKV).

¹²² Seit dem 1.1.2006, vgl. § 1 des Organisationsgesetzes der Basler Verkehrs-Betriebe (BVB-OG; SG 953.100). Das Anstellungsverhältnis ist dem der Staatsangestellten gleichgestellt, d.h. öffentlich-rechtlich (wobei auch ein GAV mit abweichenden Bestimmungen abgeschlossen werden kann, § 13 BVB-OG).

Pensionskasse Basel-Stadt¹²⁴, die Ausgleichskasse Basel-Stadt¹²⁵, die IV-Stelle Basel-Stadt¹²⁶, die Gebäudeversicherung des Kantons Basel-Stadt¹²⁷, das Schweizerische Tropeninstitut (STI)¹²⁸ und die vom Kanton anerkannten Kirchen (die Evangelisch-reformierte, Römisch-Katholische und die Christkatholische Kirche sowie die Israelitische Gemeinde).¹²⁹ Die im Kanton Basel-Stadt geschichtlich, ideell-kulturell und finanziell bedeutsame Christoph Merian Stiftung ist eine selbständige öffentlich-rechtliche Stiftung, die der Oberaufsicht der Bürgergemeinde der Stadt Basel untersteht.¹³⁰ Die zwanzig Zünfte der Stadt, die drei (Ehren-)Gesellschaften Kleinbasels («der Kleinen Stadt»), die fünf Vorstadtgemeinschaften Grossbasels («der Grossen Stadt») und die Bürgerkorporation Kleinbühningen sind allesamt Körperschaften öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit, die hinsichtlich der Vermögensverwaltung der Bürgergemeinde unterstellt sind.¹³¹ Sie nehmen nebst geselligen und repräsentativen

¹²⁴ Vgl. § 1 Abs. 1 Pensionskassengesetz (SG 166.100). Der PK BS können sich auch öffentliche oder private Institutionen anschliessen, die Aufgaben im öffentlichen Interesse des Kantons wahrnehmen (§ 2 Abs. 1 PKG). Im Bereich der obligatorischen Vorsorge untersteht sie dem BVG und der entsprechenden Bundesgesetzgebung (§ 1 Abs. 3 PKG).

¹²⁵ Vgl. § 1 Abs. 1 EG AHVG (SG 832.200); vgl. zur Regelung der Haftung § 1 Abs. 2 EG AHVG.

¹²⁶ § 2 Abs. 1 EG IVG zur Errichtung für eine IV-Stelle Basel-Stadt (SG 832.500).

¹²⁷ § 1 Gebäudeversicherungsgesetz (SG 695.100).

¹²⁸ Vgl. § 1 Abs. 1 der Verordnung über die Organisation und Tätigkeit des Schweizerischen Tropeninstituts in Basel (STI; SG 447.620).

¹²⁹ Sie regeln ihre Verhältnisse – unter Vorbehalt der Genehmigung durch den Regierungsrat – selbstständig (§ 126 f. KV), vgl. dazu den Beitrag von Felix Hanner zu «Staat und Religionsgemeinschaften» in diesem Handbuch.

¹³⁰ Vgl. zur rechtlichen Stellung und zur Bedeutung der seit 1886 tätigen Christoph Merian Stiftung u.a. das Testament des Christoph Merian (Bab 172.900), das Reglement zur Aufsicht über die Christoph Merian Stiftung (Bab 172.200; insbes. § 1) und den Ausschlussvertrag (über die Eigentumsverhältnisse an dem bisherigen städtischen Vermögen und den Bürger-, Korporations- und Stiftungsgütern von 1876, SG 172.200). Das Stiftungsvermögen besteht aus 900 Hektaren Land in fünf Kantonen (u.a. 25 ha auf dem Dreispitz, 43 ha in der Brüglinger Ebene, 32 ha beim Urterren Grueth in Münchenstein und 120 ha beim Schlachhof in Reinach), rund 1500 Mietobjekten sowie einem Wertschriftenportfolio mit einer Bilanzsumme von rund Fr. 290 Mio. Die Stiftung erwirtschaftet mit den Einnahmen aus Mietliegenschaften, Baurechten und Wertschriften einen Reinertrag von jährlich rund 10 Mio. Franken. 10% des Reinertrags fliessen in den stiftungseigenen Landwerbs- und Baulfonds. Der Rest steht je zur Hälfte der Bürgergemeinde und der Einwohnergemeinde der Stadt Basel zu. Dies bedeutet, dass nahezu alle Projekte der Stiftung von politischen Gremien (Bürgerrat, Bürgergemeinderat, Regierungsrat) bewilligt werden müssen (vgl. die Website der Stiftung auf <www.merianstiftung.ch>).

¹³¹ Vgl. § 5 Ausschlussungsvertrag (über die Eigentumsverhältnisse an dem bisherigen städtischen Vermögen und den Bürger-, Korporations- und Stiftungsgütern von 1876, SG 172.200) sowie die in § 2 Abs. 5 Datenschutzgesetz erwähnte Liste (SG 153.260). Die Zünfte und Eitengemeinschaften sind als öffentlich-rechtliche Körperschaften zu bezeichnen, auch wenn ihr Status nirgends klar deklariert wird und sie nach aussen (und gegenüber ihren Mitgliedern) soweit ersichtlich nicht hoheitlich auftreten und (teilweise noch) über Grundbesitz verfügen und diesen selbst nutzen bzw. die Nutzung (oft im Baurecht) weitergeben. Dem öffentlich-rechtlichen Status entspricht auch, dass für Beschwerden gegen Beschlüsse der Zünfte bzw. ihrer Vorstände sowie derjenigen der Ehren- und Vorstandsgemeinschaften und der Bürgerkorporation Kleinbühningen nicht das Zivilgericht, sondern der Bürgerrat zuständig ist und die Rechte und Pflichten der Mitglieder in den entsprechenden Reglementen der Bürgergemeinde eine ausführliche Regelung erfahren.

Zwecken auch gemeinnützige Aufgaben wahr, namentlich durch Vergabungen, für die die Vermögenserträge verwendet werden. Die Zutftvermögen stehen unter der Aufsicht des Bürgerrats der Bürgergemeinde Basel und dürfen nicht geschmälert werden. Für die Ehren- und Vorstadgesellschaften und die Bürgerkorporation Kleinhünigen gilt ähnliches.

Bei diversen anderen, mit öffentlich-rechtlicher juristischer Persönlichkeit ausgestalteten Anstalten und Körperschaften liegen *kantonsübergreifende Trägerschaften* vor. Diesbezüglich nimmt der Flughafen Basel-Mulhouse («EuroAirport») eine Spezialstellung ein. Er ist eine französisch-schweizerische Unternehmung des öffentlichen Rechts, deren Aufgaben im Wesentlichen in zwei Staatsverträgen von 1949 und 1970 geregelt sind. Er verfügt über eigene Statuten und Pflichtenhefte. Für das gesamte Gebiet des Flughafens gilt das französische Recht, soweit nicht staatsvertraglich eine andere Regelung vorgesehen ist. Auf Güter im Flughafen kommt schweizerisches Recht vom Zeitpunkt an zur Anwendung, wo sie – in einem genau abgegrenzten Gebiet – beim Schweizer Zoll unter Kontrolle stehen bzw. vom Zeitpunkt an, wo versucht wird, diese zu umgehen.¹³² Speziell zu nennen ist ferner die Universität beider Basel, die 2006/2007 aus der Taufe gehoben wurde und eine öffentlich-rechtliche Körperschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit darstellt.¹³³ Daneben existieren weitere interkantonale juristische Personen des öffentlichen Rechts.¹³⁴

Anderer kantonale Anstalten bzw. Institutionen wie namentlich die 1978 gegründeten Industriellen Werke Basel (IWB) verfügen über *keine eigene Rechtspersönlichkeit*, auch wenn sie z.T. über eine eigene Verwaltung (Selbstverwaltungsrecht) verfügen und nach unternehmerischen Grundsätzen zu führen sind. So untersteht die IWB organisatorisch dem Baudepartement. Dasselbe trifft auf die Viehver sicherungskasse Basel-Stadt und die «Baselstädtischen Rheinhafenanlagen» (Rheinhafen Basel-St. Johann und Anlagen Kleinhünigen und Klybeckquai) zu, die bisher als «selbständige, dem Kanton Basel-Stadt gehörende Unternehmungen» vom Wirtschafts- und Sozialdepartement unter Aufsicht des Regierungsrates verwaltet werden.¹³⁵ Die Rheinschiffahrtsdirektion Basel und die Rheinhafenanlagen in Kleinhünigen, in Birs-

feiden und der Auhafen in Muttenz werden ab 1. Januar 2008 in die «Schweizerische Rheinhafen» (SRH) eingebracht, die aufgrund des im Juni 2006 von den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft unterzeichneten Rheinhafen-Vertrags als bikantonale öffentlich-rechtliche Anstalt mit Sitz in Birsfelden betrieben werden.¹³⁶ Sie werden nach unternehmerischen Grundsätzen geführt und bezwecken die Hafenbewirtschaftung und die Wahrnehmung von Aufgaben als Schiffsahrtspolizei- und Hafenpolizeibehörde. Die vom Kanton betriebenen Spitäler (Universitätsspital, Felix-Platter-Spital und die Universitären Psychiatrischen Kliniken Basel¹³⁷) sowie Alters- und Pflegeheime sind Teil des Gesundheitsdepartements und das Bürgerspital ist der Basler Bürgergemeinde zugeordnet.¹³⁸ Die 1867 gegründete Musikakademie sowie die staatlichen Museen (Antikenmuseum, historisches Museum, Museum der Kulturen, Naturhistorisches Museum und Kunstmuseum) gehören zum Erziehungsdepartement.

Auf die privatrechtlich konstituierten und vom Kanton subventionierten *Privat-spitäler* (wie Bethesda-Spital, das St. Clara-Spital, das Merian-Iselin-Spital) kommt in weiten Teilen Privatrecht zur Anwendung, ebenso auf die von privaten Institutionen getragenen Alters- und Pflegeheime. Ihre Tätigkeit kann qua Leistungs- bzw. Subventionsvereinbarung reguliert bzw. gelenkt sein und namentlich auch den Bestimmungen des KVG unterstehen.¹³⁹

Private Trägerschaften (insbesondere privatrechtlich konstituierte Vereine, Stiftungen und Genossenschaften) spielen eine wichtige Rolle im Rahmen von Aufgaben und Tätigkeiten im öffentlichen Interesse, namentlich im Erziehungs-, Kultur- und Sozialbereich. Zu erwähnen ist das als Genossenschaft gemäss OR konstituierte Stadttheater (Theatergenossenschaft Basel). Mit ihnen werden auf der Basis des kantonalen *Subventionsgesetzes* (oder von Erlassen des Bundes) Leistungsvereinbarungen geschlossen.¹⁴⁰ Ansonsten bewegen sich diese Trägerschaften auf dem Boden des Privatrechts.¹⁴¹

¹³² Vgl. Art. 8 ff. des Französisch-schweizerischen Staatsvertrags vom 4.7.1949 über den Bau und Betrieb des Flughafens Basel-Mulhouse in Birsfelden (SG 956.200). Eine Zusammenarbeitsgenossenschaft vom 25.11.1997/14.1.1998 regelt die Zusammenarbeit und die Abgrenzung der Zuständigkeiten (vgl. SG 956.400).

¹³³ Vgl. den GRB betreffend den Staatsvertrag zwischen den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft über die gemeinsame Trägerschaft der Universität vom 13.12.2006 (SG 442.400).

¹³⁴ Zu erwähnen sind etwa das Universitäts-Kinderspital beider Basel mit Sitz in Liestal, die Motorfahrzeugprüfung beider Basel in Münchenstein, die Fachhochschule Nordwestschweiz (FHNW) mit Sitz in Windisch, das (TSM) Schulzentrum für Kinder und Jugendliche mit Behinderungen in Münchenstein, die Schweizerische Hochschule für Landwirtschaft in Zollikofen/Bern, die interkantonale Polizeihochschule Hitzkirch (IPH) und die Strafanstalt Bösadael (ZG).

¹³⁵ Vgl. § 1 des Gesetzes über die Verwaltung der baselstädtischen Rheinhafenanlage (SG 955.400). Die Hafenordnung für die Rheinhafen beider Basel (SG 955.460) regelt die Befugnisse der Rheinhafenverwaltung und die Abläufe beim Umschlag. Vgl. zum Ganzen den Beitrag «Basel und das Rheinregime» von Peter Reutlinger in diesem Handbuch.

¹³⁶ § 1 Abs. 1 und 2 Rheinhafenvertrag (noch ohne SG-Zuordnung). Die Direktion der SRH befindet sich in Basel. Der Vertrag listet die Tätigkeitsgebiete auf, in denen die SRH hoheitlich auftritt und ermächtigt die SRH zum Erlass einer Hafenordnung. Die heutigen Hafenanlagen, deren Infrastruktur, Anlagen und Hochbauten werden der SRH gemäss § 2 Abs. 3 Rheinhafen-Vertrag namentlich in selbständigem und «dauerndem» Baurecht überlassen. Die Dienstverhältnisse mit dem Personal sind öffentlich-rechtlicher Natur und richten sich nach den personalrechtlichen Bestimmungen für das basellandschaftliche Staatspersonal (§ 19 Rheinhafen-Vertrag). Das Gebiet des Rheinhafens St. Johann wird neu genutzt (Vorhaben «Novartis Campus Pius») und ist nicht Gegenstand des Rheinhafen-Vertrags. Vgl. zum Ganzen den Beitrag «Basel und das Rheinregime» von Peter Reutlinger in diesem Handbuch.

¹³⁷ Vgl. § 3 der Verordnung zum Spitalgesetz (SG 330.110).

¹³⁸ Das Bürgerspital nimmt eine Spezialstellung ein, da es von der Bürgergemeinde der Stadt Basel betrieben wird und auf seinen Betrieb deshalb besondere Vorschriften zur Anwendung kommen.

¹³⁹ Ferner ist das Gemeindespital Riehen zu erwähnen.

¹⁴⁰ Vgl. § 3 Abs. 3 SpitalG («Nichtstaatliche Spitäler») sowie die näheren Angaben zu Trägerschaft, Finanzierung und Leistungsauftrag gemäss KVG im RRB zur Spitalliste BS und BL (SG 330.500).
¹⁴¹ Denkbar ist, dass dem Gemeinwesen das in Art. 763 OR oder Art. 926 OR vorgesehene Recht zusteht, in den Verwaltungsrat bzw. die Verwaltung oder in die Revisionsstelle Einsitz zu nehmen. Zudem ist auf sie das Archivgesetz (SG 153.600) anwendbar.

Eine Reihe weiterer bekannter öffentlich zugänglicher bzw. in öffentlichem Interesse betriebener Einrichtungen ist *privatrechtlich konstituiert*, wobei der Kanton Basel-Stadt über Minderheits- oder Mehrheitsbeteiligung bzw. teilweise über Art. 762 bzw. Art. 926 OR über Minderheitsrechte (Einsitznahme im Verwaltungsrat bzw. Verwaltung oder in die Revisionsstelle) verfügt.¹⁴²

bb) Juristische Personen des kantonalen Privatrechts (Art. 59 Abs. 3 ZGB)

Art. 59 Abs. 3 ZGB erlaubt den Kantonen, *privatrechtliche Korporationen* zuzulassen und dabei von einem Eintrag in das Handelsregister abzusehen. Er bezieht sich jedoch nur auf Korporationen, die mit der Nutzung von Grund und Boden zusammenhängen und deshalb auf ein gewisses räumliches Gebiet und einen dadurch begrenzten

Personenkreis beschränkt bleiben.¹⁴³ Soweit ersichtlich existieren im Kanton Basel-Stadt keine derartigen Körperschaften.¹⁴⁴

2 Familienrecht

Im Bereich des Familienrechts finden sich keine eigentlichen Vorbehalte zugunsten kantonalen Privatrechts. Einige wichtige Bereiche erfahren jedoch eine *ergänzende* Ausgestaltung durch kantonales öffentliches Recht. Kurz eingegangen werden soll auf die Vorschriften zur Inkassohilfe und Alimentenbevorschussung und zur Ergänzung des Rechts der fürsorglichen Freiheitsentziehung durch das kantonale Psychiatriengesetz.¹⁴⁵

a) Inkassohilfe und Alimentenbevorschussung (Art. 131 und 290/293 ZGB)

Ein in der Praxis wichtiger (unechter) Vorbehalt des kantonalen Rechts, der das kantonale öffentliche Recht betrifft und gleichzeitig Minimalvorgaben aufweist, findet sich im Bereich der Inkassohilfe für Unterhaltsbeiträge und der Alimentenbevorschussung

¹⁴³ Darunter fallen etwa Alpengenossenschaften, Rechsamgemeinden, Bäueren, Schwellen-, Brunnen-, Quell-, Weg-, Torf-, Steinbruch-, Wald-, Weinberg-, Wuh- und Flurgensenschaften, vgl. BSK-ZGB I-CLAUDE HUGUENIN, N 21 zu Art. 59 ZGB m.w.H. sowie KLEY, 103 ff. Vgl. auch Art. 44 Abs. 1 EGG ZGB SG: «Geschlechter, Hofstatt- und andere Korporationen».

¹⁴⁴ Vgl. FRIEDRICH, 731 f. und PROTTER, Rz. 310, wonach neben Basel-Stadt nur noch Neuenburg keine kantonale rechtlichen Korporationen im Sinne von Art. 59 Abs. 3 ZGB kennt. Früher existierten im Kleinbasel und am St. Albantisch sog. Teichkorporationen, die noch in § 2 Ziff. 3 der VO betreffend die Wasserverhältnisse am Rietentleich (SG 771.920) erwähnt sind, dazu BGE 44 II 444 f. (Korporation der Lebens- und Gewerbetreibenden am St. Albantisch) sowie HANS MICHAEL RIEMER, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. I, Einleitung und Personrecht, 3. Ableitung, Die juristische Personen, Zweiter Teilband, Die Vereine, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 60–79 ZGB zu den Juristischen Personen, Bern 1990, Anhang, 212 und August VITTLUMMER, Die Aufhebung der Kleinbasler Teiche 1904–1923 und das Ende der Kleinbasler Teichkorporation 1906, Basel 1925. Im Rahmen der Bodenverbesserungsbestimmungen im Bau- und Planungsgesetz von 1999 ist in § 132 BPG die Entstehung einer Umliegungsgenossenschaft vorgesehen, die durch die Genehmigung des Gebietsabgrenzungsplans gemäss § 130 BPG die Beteiligten zu einer Genossenschaft zusammenschliesst, die jedoch dem öffentlichen Recht unterstellt ist. Die Bildung privatrechtlicher juristischer Personen sieht das BPG und auch das übrige kantonale Recht soweit ersichtlich nicht vor. Demgegenüber blieben im Kanton Basel-Landschaft solche Körperschaften auf Grund von Gewohnheitsrecht bestehen, dazu näher JAGGOTT, 267. Vgl. BGE 132 I 270 ff. (Alpengenossenschaft Drusa im Kanton Graubünden) sowie KLEY, 100 f. zur Abgrenzung von kantonalen Korporationen des Privatrechts von solchen des öffentlichen Rechts.

¹⁴⁵ Auf das Kinderschutzrecht, das in Art. 317 ZGB die an die Kantone gerichtete Aufzuchtspflicht enthält, für einen zweckmässige Zusammenarbeit der Zivil-, Straf- und Verwaltungsbehörden im Bereich der Jugendhilfe besorgt zu sein (vgl. dazu PROTTER, Rz. 384 ff. m.w.H.) und die detaillierten Regeln des Vormundschaftsrechts (vgl. dazu näher PROTTER, Rz. 418 ff.), die beide weitgehend formelprivatrechtlicher bzw. öffentlich-rechtlicher Natur sind und vornehmlich Fragen der Zuständigkeit, Organisation und Verfahren regeln, soll an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden.

für unterhaltsberechtigzte Personen (Art. 131 sowie Art. 290/293 ZGB). Inkassohilfe und Bevorschussung kommen im baselstädtischen Recht nur für *unmündige* Kinder (Kinder unter 18 Jahren) in Frage, nicht aber für mündige Kinder in Ausbildung.¹⁴⁶ Bei *mündigen* Kindern, die gemäss Art. 277 Abs. 2 ZGB bei Absolvierung ihrer (Ers-)Ausbildung auch über das Erreichen des Mündigkeitsalters von 18 Jahren hinaus unterhaltsberechtigzt sind, ist weder eine Alimentenbevorschussung noch Inkassohilfe vorgesehen.¹⁴⁷ Dass nicht einmal eine Inkassohilfe vorgesehen ist, erstant und erscheint als wenig sinnvoll. Für Unterhaltsforderungen von geschiedenen und getrennt lebenden Ehegatten wird ferner nur Inkassohilfe, jedoch keine Alimentenbevorschussung gewährt (§ 2 e contrario Alimentenbevorschussungsverordnung).¹⁴⁸

Zuständig zur Inkassohilfe und zur Alimentenbevorschussung bei Kindern ist die Vormundschaftsbehörde bzw. die Sozialfürsorge/Sozialhilfe.¹⁴⁹ Details regeln §§ 47–49 EG ZGB sowie die Bestimmungen der 2002 erlassenen Alimentenbevorschussungsverordnung.¹⁵⁰

b) Besondere fürsorgerrische Massnahmen, insbesondere Freiheitsentzug (Art. 397a ff. ZGB)

Die seit 1981 in Kraft stehenden Bestimmungen zur fürsorgerrischen Freiheitsentziehung («FFE») der entsprechenden ZGB-Revision von 1978 stellen einen «*Vormarsch des «materiellen» öffentlichen Bundesrechts (oder des formellen Privatrechts) in einen überlappenden vom kantonalen öffentlichen Recht geregelten Bereich*» dar.¹⁵¹ Die Ver-

¹⁴⁶ Namentlich die Kantone der Romandie gewähren eine Bevorschussung auch für erwachsene Unterhaltsberechtigzte, vgl. dazu die Hinweise bei PLOTET, Rz. 352 ff.

¹⁴⁷ § 1 lit. b der Alimentenbevorschussungsverordnung verweist diesbezüglich auf § 47 Ziff. 4 EG ZGB, der jedoch nur eine Übergangsregelung (für vor dem 1.1.1996 festgelegte Unterhaltspflichtungen bis zur Mündigkeit) vorsieht, die zudem nur bis zum Erreichen des 20. Altersjahres (früheres Mündigkeitsalter) reicht.

¹⁴⁸ § 4 der Verordnung stellt aber klar, dass eine Inkassohilfe auch für Ansprüche für sich in einem Scheidungs- bzw. Trennungsverfahren befindliche Personen in Frage kommt, soweit entsprechende vorsorgliche Verfügungen vorliegen. Soweit keine richterlichen Anordnungen zur Unterhaltszahlung vorliegen, muss eine von der Vormundschaftsbehörde genehmigte Vereinbarung über die Unterhaltspflicht vorliegen.

¹⁴⁹ In der Stadt Basel ist eine Abteilung der Bürgergemeinde zuständig. Vgl. zur Zuständigkeit der Sozialhilfe zur Bevorschussung von Kinderalimenten insbesondere auch § 6 Sozialhilfegesetz (SG 890.100).

¹⁵⁰ SG 212.200. Eine rückwirkende Bevorschussung ist nicht möglich. Eine Bevorschussung findet nur gegen Abtretung der Forderung an den Staat und bei Vorliegen einer Ermächtigung, richterliche Massnahmen gemäss Art. 291 f. ZGB sowie Strafantrag im Sinne von Art. 217 StGB zu stellen, statt. Sie ist zudem subsidiärer Natur und es besteht nur ein Anspruch, soweit Leistungen Dritter nicht erhalten sind oder es der unterhaltsberechtigzten bzw. der geschiedenen Person (Eltern- bzw. Stiefeltern) nicht zumutbar ist, den Unterhalt aus eigenen Mitteln oder eigener Arbeit zu bestreiten (vgl. die vertiefte Betrachtung der Subrogation bzw. Abtretung im Rahmen von Art. 131 Abs. 3 und 293 Abs. 2 ZGB bei PLOTET, Rz. 353 ff. und 378 ff. sowie die Behandlung der Abtretungsfrage im Fürsorgerrrecht in VGE vom 10.8.2001, BJM 2002, 266 ff.).

¹⁵¹ PLOTET, Rz. 469.

zahnung und wechselseitige Beeinflussung von Bundesprivatrecht und (vorwiegend kantonalen) öffentlichem Recht zeigt sich in diesem Bereich besonders deutlich.

Eine wichtige Ergänzung erfährt das Vormundschaftsrecht mit dem 1996 erlassenen kantonalen *Psychiatriegesetz*.¹⁵² Dieses ist als öffentlich-rechtlicher Erlass zu betrachten und regelt die Voraussetzungen, unter denen psychisch kranke Personen ambulant oder stationär psychiatrisch behandelt und in eine Behandlungsinstitution eingewiesen werden, insbesondere die fürsorgerrische Freiheitsentziehung gemäss Art. 397b Abs. 2 ZGB.¹⁵³ Es sieht aber – wenn die Gesundheit der betroffenen Person auf dem Spiel steht – über Art. 397a ff. OR hinaus auch dann die Möglichkeit einer Freiheitsentziehung vor, wenn nur (oder auch) eine ernstliche Gefährdung Dritter an Leib und Leben oder eine schwere und unmittelbare Bedrohung der öffentlichen Ordnung vorliegt (§ 6 Abs. 2, vgl. auch § 21 Abs. 1 Psychiatriegesetz). Das Psychiatriegesetz bezweckt, eine angemessene Therapie oder Pflege unter Achtung der persönlichen Freiheit und Würde zu ermöglichen und dabei die Rechte der Betroffenen zu schützen. Ferner sind Bestimmungen zu den Patientenrechten enthalten, namentlich das Recht zur Aufklärung über Krankheit und Behandlung, zur Einwilligung in Rehabilitations- und Pflegemassnahmen, zur Einsicht in Unterlagen, zum Einbezug in Forschungsprojekte und zum Aufenthalt in der Behandlungsinstitution. Die Frage der *Zwangshandlung* erfährt in §§ 21 ff. eine ausführliche Regelung. Das Wohl der betroffenen Person ist im Mittelpunkt und Zwang findet nur als ultima ratio Verwendung. Gegen die Durchführung einer Behandlung besteht eine Rekursmöglichkeit an die Psychiatriekommission. Ferner finden sich weitere Rechtsschutzbestimmungen. Dieser verstärkte Rechtsschutz ist Ausdruck der in Art. 6 Ziff. 1 EMRK (civil rights) enthaltenen Verfahrensgarantien, insbesondere des Rechts auf eine gerichtliche Überprüfbarkeit. Der entsprechenden Beschwerde kommt jedoch nur auf entsprechende Anordnung des Vorsitzenden hin aufhebende Wirkung zu (§ 22 Abs. 2 Psychiatriegesetz). Die betreffend physischen Zwang und Isolation zu erstellenden Reglemente sind vom Gesundheitsdepartement zu genehmigen.

3 Erbrecht

Die Vorbehalte kantonalen Privatrechts im Erbrecht sind nebst denjenigen im Sachen- und Obligationenrecht die wohl bedeutsamsten. Im Vordergrund stehen die Zuständigkeit der Kantone zur Regelung von Sicherungsmassregeln im Erbgang (Art. 551 ff. ZGB) und die Möglichkeit, die amtliche Mitwirkung bei der Erbteilung vorzusehen (Art. 609 Abs. 2 ZGB). Vor 1988 war es den Kantonen gemäss

¹⁵² SG 323.100. Für Fragen der Zuständigkeit, der Organisation und des Verfahrens sei zudem auf die Verordnung betreffend Einführung des Bundesgesetzes vom 6.10.1978 über die fürsorgerrische Freiheitsentziehung (SG 212.350) verwiesen.

¹⁵³ Für andere Fälle fürsorgerrischer, vormundschaftlicher, strafrechtlicher oder polizeilicher Freiheitsentziehung bleiben die entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen des Kantons und des Bundes vorbehalten.

Art. 471 Ziff. 3 aZGB möglich, das Pflichtteilsrecht für Geschwister aufzuheben, wovon der Kanton Basel-Stadt in § 125 aEG ZGB Gebrauch machte.¹⁵⁴ Vom in Art. 466 ZGB vorbehaltenen Recht der Kantone, die Gemeinde zu bestimmen, an die die Erbschaft bei Fehlen von Erben fallen soll, hat der Kanton Basel-Stadt keinen Gebrauch gemacht.¹⁵⁵

a) Sicherungsmassregeln im Erbgang (Art. 551 ff. ZGB)

Dem kantonalen Recht ist es anheim gestellt, die Fälle vorzusehen, in denen eine Inventarisierung und Siegelung Anwendung findet. Aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen in Bund und Kanton findet bei jedem Todesfall eine *Inventarisierung* des Nachlasses statt, und zwar von Aktiven *und* Passiven.¹⁵⁶ § 134 EG ZGB sieht ferner diesbezüglich vor, dass die *Siegelung* der Erbschaft von Amtes wegen vom Vorsteher des Erbschaftsamts oder auf Begehren eines Erben anzuordnen ist.¹⁵⁷ Je nach Sachlage dürfen auch Dritte, insbesondere Nachlassgläubiger und Legatäre (Vermächtnisnehmer) ein berechtigtes Interesse daran haben, dem Vorsteher die Durchführung einer Siegelung naheulegen. Eine Inventur (Inventaraufnahme) erfolgt – wie in vielen anderen Kantonen auch – in allen Fällen von Amtes wegen, und zwar durch einen Inventurbeamten des Erbschaftsamts oder – auf Gesuch und mit Genehmigung durch das Finanzdepartement – durch einen Notar.¹⁵⁸ Alle Personen, die über die Vermögensverhältnisse des Verstorbenen Auskunft geben können oder Vermögensstücke desselben in Händen haben, sind gemäss § 137 EG ZGB zur wahrheitsgemässen Auskunft und zur Auslieferung der Nachlassaktiva verpflichtet, was sich namentlich für Erben auch aus Art. 581 Abs. 3 ZGB ergibt und somit vorwiegend für Dritte bedeutsam ist.¹⁵⁹ Einzelheiten zum Inhalt des Inventars regelt § 138 EG ZGB. Das so erstellte Inventar gilt gleichzeitig als für die Steuerbehörden verbindliches Inventar.¹⁶⁰ Einzelheiten über das öffentliche Inventar, das bei Annahme einer Erbschaft unter öffentlichem Inventar gemäss Art. 580 ff. ZGB erstellt werden muss, regeln §§ 143 ff. EG ZGB.

¹⁵⁴ Dazu BSK-ZGB II-DANIEL STÄHELIN, N 7 f. m.w.H.

¹⁵⁵ Es ist deshalb davon auszugehen, dass Erbschaften ohne Erben bzw. nicht überschuldete, ausgeschlagene Erbschaften an den Kanton fallen (so auch JAKOBI, 278). Anders die Regelung im Kanton Basel-Landschaft, wo auf den Kanton ¾ und auf die Gemeinde des letzten Erblasserwohnsitzes ¼ fallen (§ 71 EG ZGB BL). Vgl. dazu auch die Übersicht bei PÖRTER, Rz. 510 f.

¹⁵⁶ Vgl. § 136 bzw. 138 EG ZGB und §§ 180 ff. Steuergesetz (SG 640.100) sowie Art. 154 ff. DBG.

¹⁵⁷ Vgl. näher zur Siegelung im Allgemeinen PÖRTER, Rz. 532 ff. sowie zur Siegelung im Kanton Basel-Stadt FRIEDRICH, 737. Auch eine Kontensperre erfolgt nur auf Antrag eines dazu Berechtigten.

¹⁵⁸ Vgl. näher zur Inventur und insbesondere der Frage der (zivilrechtlichen) Verbindlichkeit der im Rahmen der Sicherungsinventur erfolgenden (vorwiegend öffentlich-rechtlich motivierten) Schätzungen PÖRTER, Rz. 544 ff. und BGE 62 II 129, 131.

¹⁵⁹ Vgl. zum Bankgeheimnis (namentlich in Bezug auf lebzeitige Vorgänge) BSK-ZGB II-KURT WISSMANN, N 21 zu Art. 581 ZGB m.w.H. sowie CHRISTIAN BRÜCKNER/THOMAS WEIBEL, Die erbrechtlichen Klagen, 2. Aufl., Zürich 2006, 41 ff. Ob Dritte den Behörden (Erbschaftsamt, Steuerverwaltung) Auskunft geben müssen, ist dabei wohl eher als Aspekt des öffentlichen Rechts zu qualifizieren.

¹⁶⁰ § 180 ff. StG sowie Art. 154 ff. DBG.

b) Amtliche Mitwirkung bei der Erbteilung (Art. 609 Abs. 2 ZGB)

Das *Erbschaftsamt* hat gemäss § 151 EG ZGB – in Anlehnung an alle germanische Rechte¹⁶¹ – ausser in den Art. 609 Abs. 1 ZGB geregelten Fällen (Gläubigerschutz) an Stelle eines handlungsunfähigen und nicht gesetzlich vertretenen Erben oder eines nicht vertretenen, abwesenden Erben oder auf Begehren eines Erben an einer Erbteilung *mitzuwirken*. Unzulässigerweise ohne amtliche Mitwirkung durchgeführte Erbteilungen sind aber nicht etwa ungültig oder sonst ungültig, da die Vorschrift des § 152 EG ZGB als reine Ordnungsvorschrift aufzufassen ist.¹⁶² Das Erbschaftsamt kann im Rahmen der Mitwirkung bei einer Erbteilung nicht an der Abklärung allfälliger Ansprüche Dritter mitwirken.¹⁶³

Die Losbildung und die Zuweisung oder der Verkauf einzelner Sachen (inkl. zusammengehörende Sachen, Familienbilder etc.), für die gemäss Art. 611 Abs. 2 und Art. 613 Abs. 3 ZGB der Ortsgebrauch zu berücksichtigen ist, erfolgt – soweit kein Willensvollstrecker amtiert – auf Begehren eines Erben durch das Erbschaftsamt, unter Vorbehalt der richterlichen Erteilung der Streipunkte (§ 152 EG ZGB). Soweit bei Grundstücken der Anrechnungswert durch amtliche Schätzung bestimmt werden muss und sich die Erben über den Schätzungsexperten nicht einig sein können, muss das Erbschaftsamt in erster Linie eines oder mehrere Mitglieder der Kommission mit der Schätzung beauftragen, die für die Schätzung von Gütern (§ 195 EG ZGB) zuständig ist (§ 153 Abs. 1 EG ZGB). Eine verbindliche Zuweisung kann jedoch nur vom Richter vorgenommen werden, wenn er im Rahmen einer Erbteilungsklage angerufen wird.¹⁶⁴

4 Sachenrecht

Im Sachenrecht finden sich die *bedeutsamsten* Vorbehalte zugunsten des kantonalen Privatrechts. Auch ist es den Kantonen gemäss Art. 6 ZGB namentlich im Bereich der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen in nicht unbeträchtlichem Masse erlaubt, die bundesprivatrechtliche Eigentumsordnung zu ergänzen bzw. mitzugestalten.

Nicht näher behandelt werden soll die Einordnung und Ausgestaltung der «öffentlichen Sachen» (kantonale öffentliche dingliche Rechte), deren Darstellung den

¹⁶¹ Dazu näher PÖRTER, Rz. 559 (m.w.H. in FN 117).

¹⁶² Vgl. die Hinweise bei PÖRTER, Rz. 564.

¹⁶³ AGE vom 21.11.1961 in BIm 1961, 316.

¹⁶⁴ Vgl. den Entscheid der Aufsichtsbehörde über das Erbschaftsamt vom 4.7.1967, BIm 1968, 27 zu den Belangen des Willensvollstreckers nach Basler Praxis, den Erben nach Vorlage des Teilungsplans eine Frist zu setzen, innert derer Annahme des Teilungsplans oder klageweise Anfechtung desselben vorzunehmen ist und bei ungenutztem Fristablauf den Plan zu vollziehen; dazu auch BSK-ZGB II-MARTIN KARRER, N 63 ff. zu Art. 518 ZGB m.w.H. und MARTHA STEIN-WIGGER, Verbindlichkeit und Durchsetzbarkeit erblasserischer Teilungsvorschriften, AJP 2001, 1145 (kein Ausschluss der Teilungsklage).

vorliegenden Rahmen sprengen würde¹⁶⁵ und das dem formellen Privatrecht zuzuordnende Grundbuchrecht. Letzteres hat – was nicht unerwähnt bleiben soll – namentlich in der seit 2004 in Kraft stehenden Verordnung über das Grundbuch¹⁶⁶ eine detaillierte Regelung erfahren, wobei die bisherigen kantonalen Eintragungsformen bzw. die Führung des Grundbuchs auf Papier ab dem 1. Januar 2000 durch das sog. *EDY-Grundbuch* ersetzt wurden.¹⁶⁷

a) Kantonalrechtliche Beschränkungen des Grundeigentums

Kantonalrechtliche *Konkretisierungen des Grundeigentums* finden sich im Bereich der Monopole (Bodenschätze, Bergbau, Salz, Erdwärme, Jagd und Fischerei), aber auch im Bereich des Fundrechts – soweit die Funde die Ausübung des Grundeigentums einschränken.¹⁶⁸

Beschränkungen, die in Art. 702 ZGB (unecht) vorbehalten werden, listet § 175 EG ZGB auf, der Vorschriften über die Bau-, Feuer- und Gesundheitspolizei, das Forst- und das Strassenwesen enthält. Im Vordergrund stehen baurechtliche Bestimmungen¹⁶⁹, Duldungspflichten, die namentlich der Wahrnehmung der Staatsaufgaben bzw. der Sicherung der Infrastrukturen des Gemeinwesens dienen, Anschlusspflichten an die Infrastruktur (Kanalisation, Strassen) oder Sicherungspflichten (Selbstschutz, Schutz der Gesellschaft). Diese Einschränkungen des Grundeigentums sind in der

Regel entschädigungslos zu dulden.¹⁷⁰ Eine grosse Rolle spielen sodann Vorschriften des Denkmalschutzes¹⁷¹ und des Natur- und Landschaftsschutzes.¹⁷² Speziell zu erwähnen ist der Schutz von preisgünstigem Wohnraum, der durch das Gesetz über den Abbruch und die Zweckerfremdung von Wohnraum bezweckt wird (GAZW).¹⁷³ Ferner zu erwähnen ist der Bereich der Wohnhygiene.¹⁷⁴

¹⁷⁰ Vgl. etwa die Verweigerung der Bewilligung einer Werbefläche wegen Verstoßes gegen das Verunstaltungsverbot; bzw. die Ästhetikgeneralklausel gestützt auf § 58 Abs. 1 BPG sowie § 18 BPV sowie VGE vom 23.6.2004, BJM 2006, 149 ff., VGE vom 18.1.2006 i.S. I. AG (668-2004; insbesondere zum Bestandesschutz gemäss § 77 BPG), VGE vom 12.5.2006 i.S. P. AG (692-2005; zur Vereinbarkeit mit der Wirtschaftsfreiheit, insbesondere der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe), VGE vom 15.2.2006 i.S. BLV (754-2005; zur Grossreklame am Turmhaus; beleuchtetes Reklameband am Marktplatz 11, Basel), und VGE vom 25.1.2006 i.S. C.L. und D.V. (697-2005; Anbau eines Balkons, Lerchenstrasse X, Basel). Vgl. auch die alle, auf § 47 Ziff. 2 VO EG ZGB basierende grosszügigere Rspr. bspw. in VGE vom 25.4.2001, BJM 2001, 316 ff., VGE vom 14.8.1992, BJM 1994, 268 ff., VGE vom 8.3.1991, BJM 1994, 273 ff. sowie VGE vom 30.11.1990, BJM 1992, 209 ff. Vgl. zu § 58 BPG auch den Beitrag von VERA FELDGES/CAROLINE BARTHE zum «Raumplanungs- und Baurecht» (III.4.e) und zur Problematik bei Parabolspiegeln näher HANS MARTIN TSCHEUD, Besonderheiten des Empfangs elektronischer Massensenden in Basel, BJM 1992, 175 ff. (wohl überholt).

¹⁷¹ Vgl. zum Denkmalschutzrecht PETER GYR, Materielle Enteignung durch Eigentumsbeschränkungen, die dem Denkmal-, Altsiedel- oder Heimatschutz dienen?, BJM 1994, 1 ff. sowie zur baurechtlichen Praxis die Entschiede des Bundesgerichts 1P384/2006 vom 9.11.2006 (Erweiterung und Ausdehnung des Museums für Kulturen), 1P79/2005 vom 13.9.2005 (Fügljstaller), BGE 120 Ia 270 ff. (Badischer Bahnhof), BGE 118 Ia 384 ff. (Kino Kuchlin), BGE 111 Ib 257 ff. (Angensteinerstrasse 28 und 30) und BGE 102 Ia 243 ff. (Angensteinerstrasse 28 und 30), VGE vom 13.6.2006 i.S. BHS und FBD (683/685-2005; Eintragung Liegenschaft Sandeuterweg X, Riehen), VGE vom 15.9.2006 i.S. R.E. (757-2005; Abschluss Treppenhaus im Erdgeschoss Aeschenvorstadt X, Basel) und VGE vom 24.2.2006 i.S. T.H. (636-2005; Um-, An-/Aufbau in «Schutzzone» am Nadelberg X, Basel), VGE vom 23.12.1997, BJM 1999, 159 ff. (Basler Mission), VGE vom 21.6.1995, BJM 1997, 152 ff. (Wolgottsecker) sowie allgemein BGE 120 Ia 270, 276 ff. und BGE 115 Ia 27, 29 f.

¹⁷² Vgl. dazu das Gesetz über den Natur- und Landschaftsschutz (SG 789:100), das etwa auch dem Ortschaftsschutz dient und sogar das Mittel der Enteignung vorsieht.

¹⁷³ SG 861:500; vgl. zur Prüfung eines Abbruchgesuchs VGE vom 2.11.1990, BJM 1991, 154 ff., das GAZW wurde 1975 aufgrund einer Volksinitiative erlassen und 1991 ergänzt. Seine Verfassungsmässigkeit (u.a. Vereinbarkeit mit der Eigentumsgarantie) wurde in BGE 99 Ia 35 vom Bundesgericht geprüft und bejaht; in diesem Zusammenhang ist namentlich auch auf die strenge Gender-Gesetzgebung hinzuweisen (dazu näher HAFELIN/MÜLLER/UHMANN, Rz. 2157 ff.). In BGE 119 Ia 348, 355 f. wurde die im Kanton Genf vorgesehene Requisition (Enteignung der Nutzung) von missbräuchlich leer gelassenen Wohnungen bei Wohnungsknappheit (Leerwohnungsbestand unter 2%) als verfassungsgemäss beurteilt. Solche Beschränkungen des Eigentums sind Ausdruck der Sozialpflichtigkeit des Eigentums, wobei dem Grundeigentum aufgrund seiner beschränkten Verfügbarkheit und seiner elementaren Wichtigkeit für das Leben der Bürgerinnen und Bürger eine herausragende Stellung zukommt; die Sensibilität des Themas kommt auch in einer 2002 vom Basler Stimmvolk angenommenen Volksinitiative zum Schutz der «Rosenhof-Häuser» hinter dem Messeturm zum Ausdruck. Zurzeit steht eine Anpassung des GAZW in Diskussion (Stand Oktober 2007). Vgl. zum Ganzen auch PETER SCHWABER, Die kantonalen Wohnraumerhaltungssetze, Diss. Basel 1990 und PAUL RÜT, Das rechtliche Instrumentarium zum Schutz der Wohnlichkeit im Kanton Basel-Stadt, Diss. Basel, Dissenshofen 1983 sowie zur Rekursbefugnis des Mieters als Drittkorrent in Abbruchfällen HEINER WOLFFMART, Die Rekursbefugnis im baurechtlichen Verwaltungsprozess, BJM 1993, 134 ff., sowie zur Rekursbefugnis des Mieterverbands VGE vom 15.1.1993, BJM 1993, 325 ff.

¹⁷⁴ Vgl. die antiquierten den Hauch des Begriffs des 20. Jahrhunderts almernden Bestimmungen des Wohnungsgesetzes von 1907 (SG 370:100).

¹⁶⁵ Vgl. dazu § 152 EG ZGB und PETER, Rz. 579 ff., BSK-ZGB II-WOLFGANG WIEGAND, N 87 ff. zu Art. 641 ZGB, HAFELIN/MÜLLER/UHMANN, Rz. 2326 ff., ALEXANDER RUCH, Bau- und Raumplanungsrecht, in: Kurt Eichenberger et al. (Hrsg.), Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 1984, 577 ff., sowie die Hinweise zu § 204 Ziff. 1 EG ZGB bei FRIEDRICH, 742. Vgl. mit Bezug auf die Benutzung von öffentlichem Grund durch Private das Gesetz über die Inanspruchnahme der Allmend durch die Verwaltung und durch Private (SG 724:100; Allmendgesetz) und die Verordnung über die Zuteilung von Standplätzen im Bereich Messen und Märkte (SG 562:350) und den dazu erfolgten VGE vom 3.5.2005 in BJM 2005, 265 ff. Es ist geplant, das Allmendgesetz einer Totalrevision zu unterziehen (Stand Mai 2007), da es den heutigen Bedürfnissen teilweise nicht mehr entspricht und namentlich Bereiche wie gewerbliche Verrichtungen und bewegliche Marktstände (bspw. Warenauflagen auf der Allmend, Boulevardrestauratione) ausklammert. Vgl. auch den VGE vom 10.7.1996, BJM 1998, 44 ff., zur Zuteilung von Standplätzen an der Basler Herbstmesse, § 190 EG ZGB steht zudem in Ausführung des in Art. 796 Abs. 2 ZGB zugunsten der Kantone vorgesehenen Vorbehalts vor, dass Grundstücke des Kantons bzw. der Einwohner- und Bürgergemeinden, die nicht als Finanzvermögen gelten, unverpfändbar sind.

¹⁶⁶ VOGB (SGS 214:310).

¹⁶⁷ Diesem kommt volle Grundbuchwirkung zu; vgl. § 13 VOGB sowie Art. 942 Abs. 3 ZGB, der seit 2005 die Schaffung eines «mittels Informatik» geführten Grundbuchs durch die Kantone vorsieht. Vgl. zum kantonal-baselschweizerischen Grundbuchrecht, auch FRIEDRICH, 743 ff. sowie aus historischer Sicht DIETER SCHWABER, Zur Geschichte des Basler Notariats, BJM 1981, 169 ff.

¹⁶⁸ Vgl. Art. 724 ZGB sowie die Bestimmungen der kantonalen Denkmalschutzgesetzgebung.

¹⁶⁹ Namentlich im 2000 in Kraft getretenen Bau- und Planungsgesetz (SG 730:100) und der dazugehörigen Verordnung (BPV; SG 730:110). Dazu näher der Beitrag von VERA FELDGES/CAROLINE BARTHE zum «Raumplanungs- und Baurecht» in diesem Handbuch.

Nicht unerwähnt bleiben sollen die Institute der materiellen oder der formellen *Enteignung*. Während eine formelle Enteignung gemäss kantonalem Enteignungsgesetz durchzuführen ist und zur Entschädigungspflicht führt,¹⁷⁵ kann eine (entschädigungspflichtige) materielle Enteignung namentlich durch planerische Massnahmen erfolgen (Umzonungen, Senkung der Geschosshöhen oder der Ausnutzungsziffer etc.).¹⁷⁶ Namentlich bei übermässigen Einwirkungen infolge von Bauarbeiten ist eine Entschädigungspflicht denkbar.¹⁷⁷

b) Kantonalrechtliche Beschränkungen bei Tieren und Fahrnisigentum

Im Bereich der *Fahrnis* ist an Vorschriften im Bereich Tierhaltung und -schutz¹⁷⁸ und im kantonalen Fundrecht,¹⁷⁹ das seit 2002 teilweise vom Kulturgüterschutzgesetz des Bundes abgelöst wird, zu denken. Auch das Denkmalschutzgesetz ist auf gewisse Fahrnisgegenstände anwendbar (Funde und «Zubehör» wie beispielsweise Bänke, «Geschützte», Ofen, Wappen oder Schilder).¹⁸⁰ Sicherheitsbezogene bzw. gesundheitspolitische Beschränkungen sind denkbar im Bereich Waffen (soweit nicht das Waffengesetz des Bundes anwendbar ist). Nach Ablauf einer Übergangsfrist von fünf Jahren nach Inkrafttreten des Spielbankengesetzes (SBG; SR 935.52) ist ab 1. April 2005 der Betrieb von Glücksspielautomaten (ausserhalb von bewilligten Grand Casinos und Kursälen) in Restaurants und anderen Lokalen von Bundesrechts wegen verboten. Geschicklichkeitsspiele sind weiterhin erlaubt.¹⁸¹

- ¹⁷⁵ Zu erwähnen ist auch die Möglichkeit der Enteignung von Nachbarrechten in Fällen, in denen eine Immission zu duden ist, vgl. dazu BGE 131 II 137 ff. (= Pra 2006 Nr. 3; Flughafen Genève-Cointrin).
- ¹⁷⁶ Vgl. dazu §§ 125 f. BPG, dazu näher ALEXANDER RUCH, Neuerungen im Bau- und Planungsrecht der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft, BJM 2005, 30 f.
- ¹⁷⁷ Vgl. BGE 132 II 427 ff. (Pra 2007 Nr. 76), der aber nach dem Enteignungsrecht des Bundes beurteilt wurde. Es wurde eine übermässige Einwirkung gemäss Art. 684 ZGB (und Art. 5 EnG) bejaht, obwohl alle Massnahmen gemäss Plangenehmigungsentscheid und Richtlinien zu Baulärm und Luftreinhaltung ergriffen wurden. Vgl. auch die Vorschriften zu Baulärm in §§ 8 ff. der Lärm-schutzverordnung des Kantons Basel-Stadt (SG 782.100).
- ¹⁷⁸ Vgl. z.B. die Vorschriften im Hundegesetz (SG 365.100), in dessen §§ 8 ff. sich eine Bewilligungspflicht für die Haltung potentiell gefährlicher Hund(-rassen) findet. Die Nordwestschweizer Kantone wollen ihre Hundegesetzgebung koordinieren, während sich auf Bundesebene eine Verschärfung des Tierschutzgesetzgebung und/oder der Tierhalterhaftung in Art. 56 OR in Ausarbeitung befindet.
- ¹⁷⁹ Vgl. die Bestimmungen zum Fundrecht in Art. 720 ff. ZGB, § 185 EG ZGB und in §§ 17 ff. der Verordnung zum Gesetz über den Denkmalschutz (SG 497.110).
- ¹⁸⁰ Vgl. § 5 Abs. 2 Ziff. 5–7 Denkmalschutzgesetz (SG 497.100) sowie BGE 113 Ia 368 ff. zur Unterschutzstellung einer archäologischen Sammlung in Anwendung eines kantonalen Denkmalschutzgesetzes (TT).
- ¹⁸¹ Vgl. zur Abgrenzung Art. 3 SBG sowie Art. 60 ff. der Spielbankenverordnung (VSBG; SR 935.521) sowie BGE 131 II 680, 686 ff.

c) Nachbarrecht

Im Nachbarrecht des ZGB (Art. 684 ff. ZGB) finden sich die *am weitesten reichenden* Vorbehalte zugunsten des *kantonalen Privatrechts*. Sie beinhalten Abstands Vorschriften betreffend Bauten und Pflanzen, Vorschriften zu Grabungen und Pflanzen, Grenz- bzw. Brandmauern, Abschränkungen und Vorschriften zur Maximalhöhe von Grenzpfählen. Ferner können die Kantone das Kaprecht gemäss Art. 687 ZGB beschränken oder das Annesrecht regeln oder aufheben (Art. 688 ZGB). In diesen Bereichen können die Kantone eigene Rechtsfolgen und eigene Verwirkungs- bzw. Verjährungsfristen vorsehen.¹⁸² Die sich namentlich aus Art. 684 i.V.m. Art. 679 GB ergebenden bündesrechtlichen Minimalvorschriften können jedoch nicht vereitelt werden. Kantonale und bündesrechtliche Vorschriften können kumulativ zur Anwendung kommen. Angesichts der engen Beziehungen zwischen dem (privatrechtlichen) Nachbarrecht und dem öffentlichen Baurecht ist es dabei den Kantonen überlassen, ob sie das Nachbarrecht privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich ausgestalten. Im Sinne eines unechten Vorbehalts werden ferner in Art. 702 ZGB *öffentlich-rechtliche* Beschränkungen des Grundeigentums «zum allgemeinen Wohl» vorbehalten. Schon bisher war das Nachbarrecht im Kanton Basel-Stadt weitgehend im Baurecht, d.h. seit 2000 im Bau- und Planungsrecht (BPG¹⁸³) zu finden, einem Erlass des öffentlichen Rechts.¹⁸⁴ Mit Erlass des BPG (2000) wurden die Bestimmungen der §§ 162 ff. und § 172 aEG ZGB zur Benutzung von Nachbargrundstücken in §§ 47 ff. BPG übernommen.¹⁸⁵ Streitigkeiten unterstehen jedoch gemäss § 51 BPG weiterhin der Zivilgerichtsbarkeit, sodass die erwähnten Bestimmungen im BPG wohl als *zivilrechtlich* zu qualifizieren sind.¹⁸⁶ Auch Bestimmungen zu Einfriedungen und zum Schutz des Orts- und Landschaftsbilds wurden von §§ 173 und 176 EG ZGB in §§ 57 und 58 BPG übernommen. Im EG ZGB verblieben sind in der Praxis eher unbedeutende Vorschriften zur Sicherung

- ¹⁸² Vgl. dazu BGE 126 III 452, 459 I. und BSK-REV, N 24 ff. zu Art. 685/686 ZGB sowie N 31 und 36 f. zu Art. 687/688 ZGB.
- ¹⁸³ SG 730.100.
- ¹⁸⁴ Zu erwähnen sind namentlich die (Grenz-)Abstands- bzw. Baulinienvorschriften im BPG, dazu näher der Beitrag von VERA FERDINANDS-CAROLINE BAKKE zum «Raumplanungs- und Baurecht» (III 4).
- ¹⁸⁵ Zu erwähnen ist namentlich das sog. *Recht der halben Hofstatt*, das ein Recht auf Errichtung oder Benutzung von Gebäude- bzw. Brandmauern auf der Grundstücksgrenze einräumt und bei späterer Mitbenutzung eine Einkaufssumme vorsieht und das in §§ 162–165 aEG ZGB eine detaillierte Regelung erfahren hat (dazu näher FRIEDRICH, 748 ff., SIMONIS/SUTTER, § 13 N 56, JAGGI, 305 und PLOTZ, Rz. 830 ff. sowie die Ausführungen im Ratschlag und Entwurf zu einem Baugesetz vom 7.11.1995 [Gesetzst. 8637], 68 L), jedoch – nach Auskunft der Grundbuchverwaltung – ohne grosse praktische Bedeutung ist.
- ¹⁸⁶ Als *Doppelnormen* kommen sie wohl nicht in Frage, da die Behörden diese Vorschriften nicht ex officio auf dem Verwaltungsweg durchsetzen können und auch keine spezifischen Bewilligungspflichten bestehen, vgl. § 85 Abs. 2 BPG und § 28 BPV und zu Doppelnormen SIMONIS/SUTTER, § 13 N 20 ff. m. w. H.

von Gruben,¹⁸⁷ zur Erstellung von Stützmauern, zu Öffnungen in Scheidemauern (Giebellichter) und Hinterfassaden (die sich nur auf Bauten beziehen, die vor 1864 bzw. 1881 errichtet wurden), zum Pflanzenschutz¹⁸⁸ und zu Durchleitungen und Wegerechten. Diese Bestimmungen sind weitgehend von öffentlich-rechtlichen Bestimmungen im Bund und Kantonen überlagert.¹⁸⁹

d) Immissionschutz: Zusammenspiel und Verhältnis kantonales Nachbar- bzw. Baurecht – Immissionschutzrecht des Bundes

Im Zuge des Erlasses und der Weiterentwicklung der Umweltschutzgesetzgebung des Bundes, namentlich der Lärmschutzverordnung (LSV), aber auch anderer Erlasse in den Bereichen Gewässerschutz, Strahlenschutz, Lufthygiene und Abfälle hat der Bund eine ihm seit 1971 zustehende Kompetenz mehr und mehr ausgeschöpft. Damit wird die *Bedeutung kantonalen Rechts* in diesem praktisch wichtigen Bereich *zurückgeswift*, wenn nicht teilweise obsolet. Zudem ist eine *Verlagerung* vom Privatrecht weg *zum öffentlichen Recht* zu beobachten. Während früher die meisten Kantone gestützt auf den Rechtesatzungsvorbehalt in Art. 686 ZGB kantonales Privatrecht erlassen haben, gelangt heute fast ausschliesslich kantonales öffentliches Recht zur Anwendung. Auch im Kanton Basel-Stadt ist die Tendenz hin zum öffentliches Recht zu konstatieren, was sich namentlich im Rahmen des Erlasses des BPG 2000 zeigte (dazu schon oben, c). Für den Bereich des Immissionschutzes ist namentlich die Lärmschutzverordnung Basel-

Stadt und das Übertretungsstrafgesetz zu nennen.¹⁹⁰ Ferner wurde 2003 ein Lärmempfindlichkeitsurteilplan (LESP) erlassen, der das Kantonsgebiet in Lärmschutzzonen einteilt, und wurden Lärmkataster erstellt.¹⁹¹

In den letzten Jahren erlebte das Gebiet des *Immissionschutzes* schweizweit eine Art *«Renaissance»*, was sich nicht zuletzt in einer gestiegenen Anzahl von Bundesgerichtsentscheidungen niederschlug.¹⁹² In besonderen Masse betraf dies immisionsträchtige Veranstaltungen, Glockengeläut und Abend- bzw. Nachtlärm.¹⁹³ Auch sog. negative Immissionen (Entzug von Sonnenlicht, Tageslicht, Luft, Wasser, Aussicht oder Fernsicht) waren in letzter Zeit vermehrt Gegenstand von Gerichtsfällen.¹⁹⁴ Soweit die entsprechenden Nutzungen bzw. Bauvorhaben den massgeblichen kantonalen (öffentlich-rechtlichen) Normen entsprechen und letztere im Rahmen einer detaillierten, den Zielen und Planungsgrundsätzen des Raumplanungsrechts entsprechenden Bau- und Zonenordnung erlassen wurden, bedeutet dies in aller Regel keine Verletzung bzw. Verletzung von Bundesrecht.¹⁹⁵ Das betreffende kantonale Recht wird einerseits als Indiz für den Ortsgebrauch betrachtet, andererseits ist es bei der Anwendung von Art. 684 ZGB insoweit mitzubedenken, als die Einheit der Rechtsordnung ein beziehungsloses Nebeneinander der beiden Rechtsordnungen verbietet.¹⁹⁶ Dies betrifft namentlich Baubaustands- und andere Bauvorschriften.

Einschränkungen der Anwendbarkeit von Bundeszivilrecht ergeben sich im Rahmen der Beurteilung von Nutzungen und Einwirkungen von *öffentlichem Grund und Sachen*, d.h. Sachen im Verwaltungsvermögen eines Gemeinwesens und von Sachen im Gemeindegebrauch, namentlich auch des Strassen- und Schienenverkehrs.¹⁹⁷ Das Bundeszivilrecht darf die Zweckbestimmung dieser Sachen nicht vereiteln oder erschweren. Aber auch das öffentliche Recht des Bundes hat die Zweckbestimmung der kompetenzgemäss geregelten kantonalen (und kommunalen) Sachen des Verwaltungsvermögens sowie der Sachen des Gemeindegebrauchs zu beachten. Soweit über-

¹⁸⁷ Wie schon Friedmann, 747, ausführte, ist der in § 159 Abs. 1 EG ZGB vorgesehene Mindestabstand von einem Meter für gewisse Grabungen («Grubens») nicht nur ungenügend, sondern wohl auch von Vorschriften im Bereich des öffentlichen (Bau-)Rechts überholt.

¹⁸⁸ Vgl. zum relativ bedeutsamen und weiterhin vorwiegend kantonalrechtlich geregelten Pflanzenschutz näher ZGE P 2000 150 vom 20.6.2001, der sich mit der Frage der übermässigen Einwirkung durch Schwarzföhren (Entzug von Sonnenlicht), der unzulässigen Kapputz und des Verhältnisses zum Baumschutzgesetz befasst (übermässige Einwirkung in casu verneint) und ZGE P 1999 362 vom 25.10.2001 zur Beurteilung der Frage, ob Bäume als «Einfriedung» im Sinne von § 173 aEG ZGB bzw. § 57 Abs. 1 BPG und § 8 Abs. 1 BPV gelten und zur übermässigen Einwirkung durch Bäume (Eibrennen von Sonnenlicht); es wurde festgehalten, dass keine näheren kantonalen Vorschriften bestehen und deshalb die bundesrechtlichen Minimalstandards gemäss Art. 679/684 ZGB gelten (dazu BGE 126 III 452, 454), deren Einhaltung in casu bejaht wurde. Vgl. zum Kapputz BGE 131 III 505, 508 f. Zu bemerken ist, dass § 168 EG ZGB nur das (wohl unbedeutende) Kapputzrecht eines *landwirtschaftlich* benutzten Grundstücks regelt, sodass bei anders genutzten Grundstücken die bundesrechtliche Regelung in Art. 687 ZGB zur Anwendung kommt, vgl. JAGMETTI, 311.

¹⁸⁹ Im Rahmen des Pflanzenschutzes ist namentlich das Waldgesetz (WaG; SR 921.0) zu erwähnen, das aber nicht auf isolierte Baum- und Strauchgruppen anwendbar ist. Zur Anwendung kommen im Pflanzenschutz diverse baseidische Erlasse, so das (in Vollzug des WaG erlassene) Waldgesetz Basel-Stadt (SG 911.600), das Baumgesetz (SG 789.700), die Baumschutzverordnung (BSV; SG 789.710), das Gesetz und die Verordnung über den Natur- und Landschaftsschutz (SG 789.100 bzw. 789.110) sowie § 41 der Verordnung zum EG ZGB (SG 211.110). Detaillierte Bestimmungen, die Grenzabstände und die Höhe von Pflanzen regeln, fehlen jedoch. Andere Kantone sehen diesbezüglich umfassende Vorschriften vor (z.B. §§ 130–134 EG ZGB BL, §§ 169–174 EG ZGB ZH und §§ 88–90 EG ZGB AG).

¹⁹⁰ SG 762.100 sowie SG 253.100 (ÜStG; vgl. insbesondere die in §§ 29 ff. ÜStG enthaltenen Straftatbestände zum Schutz der Ruhe, der Immissionen, vor ungebührlichem Lärm und grobem Unfug und vor unbewilligten Lautsprecheranlagen sowie lärmenden Tätigkeiten während der Nacht).

¹⁹¹ Vgl. die entsprechenden Hinweise des Amts für Umwelt und Energie, abrufbar unter <www.aue.bs.ch>.

¹⁹² Vgl. etwa BGE 132 III 49 ff., 132 III 6 ff., 131 III 505 ff. und 129 III 161 ff.

¹⁹³ Vgl. die Übersicht bei ROLAND PRÄTZEL, Die Kirchenglocken und andere Lärmimmissionen, Jusletter vom 24.4.2006 (abrufbar unter <www.welaw.ch>).

¹⁹⁴ Vgl. anstelle vieler BGE 126 III 452, 454 ff., wonach Art. 684/679 ZGB auch im Bereich der negativen Immissionen unabhängig vom kantonalen Recht einen bundesrechtlichen Minimalschutz gewährleisten, sowie ZGE P 1999 362 vom 25.10.2001 (dazu auch schon oben, FN 188). Dies ist in der Lehre jedoch umstritten (vgl. dazu anstelle vieler [bejahend] SIXONIS/UTTER, § 13 N 38 m.w.H.). Negative Immissionen sollen im Rahmen einer Revision des Sachenrechts im Sinne einer Klärstellung neu ausdrücklich in Art. 684 Abs. 2 ZGB erwähnt werden (vgl. die Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs [Register-Schuldrecht und weitere Änderungen im Sachenrecht] vom 27.6.2007, BBl 2007, 5307 und 5349).

¹⁹⁵ BGE 132 III 49, 52 und BGE 129 III 161, 165 f.

¹⁹⁶ BGE 132 III 49, 51 f.

¹⁹⁷ BGE 132 III 49, 52 f.

mässige Einwirkungen zu dulden sind, ist die Frage einer allfälligen Entschädigung oder von Schutzvorkahrungen nach dem entsprechend anwendbaren Enteignungsrecht zu beurteilen.¹⁹⁸

In diesem Zusammenhang ist etwa auch eine in den letzten Jahren zunehmende Regulierung im Bereich von *Grossveranstaltungen* auf öffentlichem Grund zu beobachten. Zu erwähnen sind Novellen im Hausier- und im Polizeigesetz, die insbesondere die Möglichkeit der Abwälzung der bei der öffentlichen Hand anfallenden Kosten für Massnahmen in Bezug auf Sicherheit und Verkehr auf die Veranstalter vorsehen.¹⁹⁹ Deren Vereinbarkeit mit dem Auftrag der Polizei und dem Gleichbehandlungsgrundsatz dürfte zwar fraglich sein. Diese Bestimmungen sind aber im Gesetz ausdrücklich vorgegeben, was auch vom Bundesgericht bestätigt wurde, indem gewisse Schematisierungen geschützt wurden.²⁰⁰ Zu erwähnen ist ferner auch das 2005 erlassene *Gastgewerbegesetz*, das u.a. die «Polizeistunde» abschafft bzw. zeitlich nach hinten²⁰¹ verlegt. In ihm finden sich ebenfalls spezifische Immissionsschutzbestimmungen.²⁰² Die Bewilligungspraxis orientiert sich zudem an den gemäss Art. 11 USG vom Kanton auszuscheidenden Lärmempfindlichkeitszonen.²⁰³ Dem Interessensausgleich zwischen Gastronomie und dem Ruhebedürfnis von Anwohnern dient sodann seit kurzem ein «Boulevardplan Innenstadt», der die Bewilligungspraxis für Boulevardbetriebe vereinfachen soll und dabei je nach Gebiet unterschiedliche Öffnungszeiten vorsieht.²⁰⁴

198 BGE 119 II 411, 414 f.

199 Vgl. § 25a Hausiergesetz (SG 562.520; Erreichbarkeit mit dem öffentlichen Verkehr) und die darauf beruhende Ausführungsvorschrift in § 48 f. der Hausierverordnung (SG 562.530), § 71 Abs. 2 PolG (SG 510.100) sowie § 18 Ziff. 7 PolV (SG 510.110; Regelung des Kostenersatzes).

200 Entscheid des Bundesgerichts 2P87/2006 vom 14.2.2007, insbes. E. 3.4 f. sowie E. 4.2 ff., insbesondere auch zur Zulässigkeit schematisierter Betrachtungsweise, d.h. des Abstellens auf Zuschauererhalten statt auf die effektiven Kosten und die Zulässigkeit gebührender Differenzierungen.

201 In einem ersten Schritt wurde die «Polizeistunde» zunächst 1996 abgeschafft und 2006 wieder eingeführt, da es in Wohnzonen zu Konflikten kam. Gemäss § 36 f. Gastgewerbegesetz (SG 563.100) können die dem Gesetz unterstellten Betriebe grundsätzlich bis 01.00 Uhr, am Samstag- und Sonntagmorgen bis um 02.00 Uhr geöffnet sein. Ausnahmen können gemäss § 37 Gastgewerbegesetz im Rahmen eines Baubewilligungsverfahrens (!) bewilligt werden. Das Nähere wird durch die Verordnung zum Gastgewerbegesetz (SG 563.110) geregelt.

202 § 9 Gastgewerbegesetz (SG 563.100) regelt den Immissionsschutz und schreibt in Abs. 2 vor, dass die Bewilligungsinhaber dafür zu sorgen haben, dass «durch ihren Betrieb und durch ihre Gäste die Nachbarschaft nicht erheblich gestört oder belästigt wird». Gemäss Abs. 3 der zitierten Bestimmung sind begründete Lärmrequisiten der Fachstelle für Umweltschutzfragen zur Beurteilung zu überweisen. Vgl. VGE vom 1.11.2006 i.S. R.R. (639-2006) zum behördlichen Vorgehen und der Kostenregelung bei Lärmklamationen gemäss § 6 Abs. 1 der Lärmschutzverordnung Basel-Stadt (SG 782.100).

203 Das Kantonsgebiet wurde 2003 den gemäss USG bzw. Art. 43 der Lärmschutzverordnung des Bundes (SR 814.41) vorgesehenen vier Lärmempfindlichkeitsstufen zugewiesen (vgl. den Lärmempfindlichkeitsstufenplan des Grossen Raas vom 22.10.2003).

204 Vgl. den Bericht in der Basler Zeitung vom 19.4.2007, 13.

e) Dienstbarkeiten

Art. 740 ZGB behält kantonale Bestimmungen zu Dienstbarkeiten vor. Im kantonal-baselschweizerischen Recht finden sich dazu in § 10 ff. der Verordnung über das Grundbuch (VOGB)²⁰⁵ nähere Bestimmungen. Gemäss § 10 VOGB werden Dienstbarkeiten (und Grundlasten) mit einem Stichwort im Hauptbuch eingetragen. Ebenfalls als Hauptbucheintrag gilt die sog. «*wörtliche Fassung*», die den von den Parteien festgesetzten, dinglichen (und damit erga omnes wirkenden) Teil der Eintragung umfasst.²⁰⁶ Es handelt sich hierbei um eine Besonderheit, die in dieser Form derzeit nur das baselschweizerische Grundbucheintragrecht kennt und die der Klarheit dient sowie die Durchführung der Grundbuchverwaltung erleichtert. In der kantonalen Praxis insbesondere gebräuchlich sind Baubeschränkungen aller Art sowie Wegrechte und Parkplatzservitute.²⁰⁷ Landwirtschaftlich geprägte Servitute (z.B. Tret-, Tränk-, und Weidrechte) entfallen dagegen weitgehend.²⁰⁸

f) Gesetzliche Grundpfandrechte und Grundlasten zur Sicherung öffentlich-rechtlicher Geldforderungen²⁰⁹

Art. 784 und Art. 836 ZGB sehen zur Sicherung öffentlich-rechtlicher Forderungen gesetzliche Grundpfandrechte und Grundlasten vor.²¹⁰ Der Kanton Basel-Stadt bedient sich dabei lediglich der *Grundlast*. Dies bedeutet, dass immer nur der jeweilige Eigentümer des belasteten Grundstücks (d.h. neben Liegenschaften auch Baurechte sowie Miteigentums- bzw. StWE-Anteile) für die Forderung (nur) bis zum Wert des Grundstücks haftet (Art. 782 Abs. 1 ZGB). § 188 EG ZGB steht sodann vor, dass für abschliessend aufgelistete Forderungen die Grundlast auch *ohne Eintrag im Grundbuch* entsteht («*kokkulte*» Grundlast). Die in § 188 EG ZGB aufgelisteten Grundlasten umfassen oft auch Verzugszinsen und Betreibungskosten. Gemäss § 187 aEG ZGB, der bis Ende 2000 galt, gingen die öffentlich-rechtlichen Grundlasten allen anderen Pfand-

205 SG 214.310.

206 Auf eine nähere Typisierung von Dienstbarkeiten (wie z.B. in §§ 184 ff. EG ZGB ZH oder in § 85 f. EG ZGB BL) wird jedoch verzichtet. Vgl. aber §§ 169 ff. zu gewissen bundesrechtlich vorgesehenen Dienstbarkeiten in Art. 694 ff. ZGB (Noiweg- und Streck- oder Treurechte).

207 Demgegenüber werden schuldrechtliche Vereinbarungen unter den Parteien (z.B. Entschädigungen, spezielle Modalitäten der Ausübung), denen nur inter partes-Wirkung zukommt, nicht als Hauptbucheintrag aufgenommen. Bei Verfügungen über Grundstücke verpflichtet bzw. berechtigt dingliche Teil ohne weiteres auch den bzw. die Rechtsnachfolger, während die schuldrechtlichen Teile entfallen, wenn sie nicht neu (zwischen den neuen Parteien) vereinbart werden.

208 Vgl. zu einem Wegrecht AGE vom 5.5.1995 i.S. G. gegen E. sowie oben II.2.b. FN 20 und § 22 VOGB zu den «roten Einträgen», die teilweise auch Dienstbarkeiten darstellen können.

209 Vgl. auch die Auflistung von Dienstbarkeiten in HANS MICHAEL RIEBER, Die beschränkten dinglichen Rechte, 2. Aufl., Bern 2000, § 10 N 10.

210 Dazu näher schon RIEBER, 754 f., wobei im Rahmen des Erlasses des BFG 2000 die Bestimmungen über die Grundlast in § 187 sowie §§ 189 und § 189a EG ZGB ersatzlos gestrichen wurden.

211 Vgl. dazu RIEBER, § 18 N 33 ff.

rechten rangmässig vor und erloschen nach Ablauf von zwei Jahren vom Ende des Kalendarjahres, in dem die zu sichernde Forderung fällig wurde.²¹²

Öffentlich-rechtliche Grundlasten können zur Sicherung von Kosten der von den zuständigen Behörden angeordneten Ersatzvornahmen von Handlungen, zu denen das Grundeigentum verpflichtet, von Erschliessungsbeiträgen und Mehrwertabgaben, von Anschlusskosten an das Versorgungsnetz oder die Kanalisation, von Kosten der amtlichen Vermessung und Vermarkung, von Kosten von Landumlegungen und Grenzregulierungen, die allesamt in § 188 EG ZGB erwähnt sind, begründet werden (ohne Grundbucheintrag). Ferner können sie begründet werden zur Sicherung von Prämien und von Schätzungen der Gebäudeversicherung²¹³, von Beitragsforderungen gegenüber dem Grundeigentümer für die Strassenreinigung²¹⁴, von Vorschüssen für Reparatur- und Umbaukosten gemäss Wohnungsgesetz²¹⁵, von gestundeten Vergütungen des Improprietar²¹⁶ und von sonstigen Ersatzvornahmen.²¹⁷ Zur Sicherung von Steuerfor-

derungen können sie jedoch – im Unterschied zu anderen Kantonen²¹⁸ – nicht begründet werden.²¹⁹ Auf Bundesebene wird derzeit eine Neufassung von Art. 836 ZGB (und Art. 784 ZGB) vorgeschlagen, die eine Eintragungspflicht innert sechsmonatiger Frist ab Fälligkeit (relativ) bzw. zwei Jahre nach Forderungsentstehung (absolut) auch für kantonale gesetzliche Grundpfandrechte und Grundlasten vorstellt.²²⁰ Damit soll dem Einbruch in die Publizitätswirkung des Grundbuchs begegnet und die Publizitätswirkung des Grundbuchs und der Gültigkeitschutz Dritter verbessert werden.

5 Obligationenrecht

Nicht nur das ZGB, sondern auch das OR belässt an diversen Stellen Spielraum für kantonales Privatrecht, sei es über zuteilende oder ermächtigende Vorbehalte oder über den Verweis auf den Ortsgebrauch. Die grundsätzliche Zulässigkeit solcher Vorbehalte sieht auch hier Art. 5 ZGB vor, der über Art. 7 ZGB auch im Bereich des OR Anwendung findet. Zudem kann das kantonale Recht in bestimmten Bereichen die

²¹² Soweit ersichtlich ist die Frage des Vorgehens nicht mehr einheitlich geregelt. Der Vorgang ist bspw. bei Ersatzvornahmen gemäss BPG (§ 90 Abs. 2 BPG), bei Mehrwertabgaben (§ 123 BPG), bei Erschliessungsbeiträgen (Strassen- und Kanalisationsbeiträge; § 173 Abs. 1 BPG), bei Landumlegungen und Grenzregulierungen (§§ 149 und 151 Abs. 3 BPG) und bei Kosten der Vermessung (§ 21 Gesetz betreffend Grundbuchverwaltung und Vermessungswesen, SG 214.300) ausdrücklich geregelt. Kein Vorgang ist für Prämien der kantonalen Gebäudeversicherung (vgl. § 13 Abs. 2 Gebäudeversicherungsgesetz [SG 695.100]), jedoch Haftung des Erwerbers eines Gebäudes für ausstehende Prämien), für Strassenreinigungsbeiträge (§ 1 Abs. 3 VO zum Gesetz über Strassenreinigungsbeiträge [SG 727.510]), jedoch Haftung des Erwerbers eines Gebäudes für ausstehende Beiträge), für die (gestundete) Improprietatsvergütung (§ 63 Abs. 2 Enteignungsgesetz, SG 740.100) und für Kosten der Ersatzvornahme bzw. Abgaben gemäss Baumgesetz (§ 22 Baumgesetz, SG 789.700) vorgesehen. Unklar ist der Vorgang bei Kosten einer Ersatzvornahme bei baulichen Massnahmen im Zivilschutz (§ 20 Abs. 1 des Gesetzes betreffend Vollzug des BG über die baulichen Massnahmen im Zivilschutz vom 4.10.1963 [SG 576.200]) verweist noch auf § 199 des 2001 ausser Kraft getretenen Hochbaugesetz, wobei nur ein pauschaler Verweis auf das BPG erfolgt ist) und bei den Anschlusskosten an das Versorgungsnetz; diese werden in § 188 EG ZGB nur erwähnt, in anderen Erlassen finden sich zum Vorgang jedoch soweit ersichtlich keine Bestimmungen. Unter sich besteht für solche Forderungen mit der Ausnahme in § 15 Abs. 2 Wohnungsgesetz (SG 370.100) Gleichrangigkeit (vgl. auch § 21 des Gesetzes betreffend Grundbuchverwaltung und Vermessungswesen, der explizit Gleichrangigkeit vorstellt und § 149 Abs. 1 EG ZGB BL, der einen Vorgang für Erbschafts- und Schenkungssteuern im Kanton Basel-Landschaft gegenüber anderen Abgabenerfordernissen vorstellt, sofern sich unter den Nachlassaktiven oder den geschenkten Vermögenswerten im Kanton gelegene Grundstücke befinden).

²¹³ § 13 Abs. 2 Gebäudeversicherungsgesetz (SG 695.100); Schatzungsgebühren sind in § 188 Ziff. 1 EG ZGB erfasst.

²¹⁴ § 1 Abs. 3 VO zum Gesetz über Strassenreinigungsbeiträge (SG 727.510).

²¹⁵ § 15 Abs. 2 Wohnungsgesetz (SG 370.100).

²¹⁶ § 63 Abs. 2 Enteignungsgesetz (SG 740.100).

²¹⁷ § 22 Baumgesetz (SG 789.700); auch für Abgaben; vgl. auch § 188 Ziff. 7 EG ZGB) und § 20 Abs. 1 des Gesetzes betreffend Vollzug des BG über die baulichen Massnahmen im Zivilschutz vom 4.10.1963 (SG 576.200).

²¹⁸ Vgl. diesbezüglich etwa § 148 f. EG ZGB BL, der ein allen anderen Pfandrechten auch ohne Eintrag im Grundbuch vorgehendes gesetzliches Grundpfandrecht für diverse Abgaben und Gebühren vorstellt, die im Zusammenhang mit dem betreffenden Grundstück stehen. Dieses ist namentlich auch für Erbschafts- und Schenkungssteuern vorgesehen, sofern sich unter den Nachlassaktiven oder den geschenkten Vermögenswerten im Kanton gelegene Grundstücke befinden, wobei solche Steuerforderungen anderen grundpfandrechlich gesicherten Steuerforderungen vorgehen (§ 149 Abs. 1 EG ZGB BL). Die übrigen in § 148 EG ZGB BL aufgeführten gesetzlichen Grundpfandrechte stehen unter sich alle im gleichen Rang (§ 149 Abs. 1 EG ZGB BL). Obwohl im Vernehmlassungsverfahren und in den landrätlichen Verhandlungen heftig umstritten, wurde daran festgehalten, dass die gesetzlichen Grundpfandrechte auch weiterhin ohne Eintragung im Grundbuch entstehen («okkulte Steuerforderungen»), ohne dass eine (stark umstrittene und schliesslich abgelehnte) Eintragungspflicht innert sechs Monaten ab Veranlagung (Erlöschen des Grundpfandrechts bei fehlender fristgerechter Eintragung im Grundbuch) integriert wurde. Damit wurde von einer Verbesserung im Interesse der Grundeigentümerschaft und des Immobilienhandels zugunsten der Interessen der Gemeinden und des Kantons bewusst abgesehen (vgl. die Protokolle der Landratssitzungen vom 21.9. und vom 16.11.2006, abrufbar unter <www.basel.ch>). In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass eine bundesrechtliche Vorlage in Sicht ist, die eine Einschränkung der kantonalen gesetzlichen Pfandrechte vorsehen soll (vgl. die Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht] vom 27.6.2007, BBl 5283 ff.).

²¹⁹ Vgl. zur Sicherung von Steuerforderungen BSK-ZGB II-Josser Hofstetter, N 8 zu Art. 836 ZGB m.w.H. sowie BGE 122 I 351, 355 ff. (Zulässigkeit nur bei «besonderer Beziehung» zum belasteten Grundstück). Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang auch § 13 des Gesetzes über die Handänderungssteuer (SG 650.100), der das Grundbuchamt zur Sicherung der Steuerforderung anweist, steuerpflichtige Geschäfte nur dann ins Grundbuch einzutragen, wenn die Steuer bezahlt oder sichergestellt ist. Die Sicherung von Steuerforderungen erfolgt durch Solidarhaftungseinstimmungen («Mithaftung»), namentlich in §§ 10–13, 65 und 111 StG (vgl. dazu unten, VI.5.b) und im FN 234.

²²⁰ Art. 836 sowie Art. 784 E-ZGB; vgl. dazu die Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht) vom 27.6.2007, BBl 2007, 5283 ff., insbes. 5318 f.

obligationenrechtlichen Bestimmungen ergänzen und insofern Schuldverhältnisse mitgestalten oder beeinflussen (Art. 6 i.V.m. Art. 7 ZGB).²²¹

a) **Privatrechtliche Rechtsfolgen bei Verletzung kantonalrechtlicher Bestimmungen**

aa) *Vertragsrecht: (Teil-)Nichtigkeit bei Verstoss gegen die öffentliche Ordnung gemäss Art. 19/20 OR*

Art. 19/20 OR sehen Schranken der *Inhaltsfreiheit von Obligationen*, namentlich auch von Verträgen vor.²²² Nebst den hier weniger interessierenden – da vorwiegend bündesrechtlich geordneten – Schranken der Unmöglichkeit, der Persönlichkeitsrechtswidrigkeit oder der Sittenwidrigkeit setzen Rechtswidrigkeit und öffentliche Ordnung Schranken der Inhaltsfreiheit. Diese zusammengefasst als «*öffentliche Ordnung*» bezeichnete Schranke kann auch bei Verstoss gegen kantonale Erlasse oder Verfügungen verletzt sein. Denkbar sind Verträge in Verstoss gegen kantonale Bewilligungspflichten, Verbote oder sonstige Verhaltenspflichten, Anordnungen oder Modalitäten, die den Inhalt oder die Durchführung eines Rechtsgeschäfts betreffen.²²³ Mit Bezug auf die in Art. 19/20 OR enthaltene Schranke der Sittlichkeit ist zu ergänzen, dass das Moralempfinden nicht nur zeitlichem Wandel unterworfen ist, sondern auch örtlich divergiert, sodass ein baselstädtisches Gericht zu anderen Auffassungen gelangen kann als ein Gericht an einem anderen Ort.²²⁴

Verstösse gegen die Inhaltsfreiheit können gemäss Art. 19/20 OR zur *Nichtigkeit* und anschliessenden Rückabwicklung des entsprechenden Geschäfts führen. Denkbar ist auch, dass es zu einer bloss teilweisen, allenfalls zur «modifizierten» *Teilnichtigkeit* oder sogar zur Vertragsumgestaltung kommt (Art. 20 Abs. 2 OR analog). Die Sanktion der Nichtigkeit muss im entsprechenden kantonalen Erlass ausdrücklich vorgesehen sein oder sich aus dessen Sinn und Zweck ergeben.²²⁵ Als Folge der Nichtigkeit kann es zur Rückforderung bereits erfolgter Leistungen über Art. 62 ff. OR und zur Rückgabe des Kaufgegenstands etc. kommen. Zu beachten ist, dass einer Rückforderung der Geldleistung die strenge «Gaunerlohn»-Praxis des Bundesgerichts zu Art. 66 OR entgegenstehen kann, insbesondere, soweit kantonale Strafvorschriften verletzt wurden.²²⁶

In bestimmten Bereichen besteht ferner ein eigentliches (kantonaes) «öffentlich-rechtliches Obligationenrecht», so etwa im Bereich der Staatshaftung (dazu näher der Beitrag von CARSTOPH MEYER mit dem Titel «Staatshaftung» in diesem Handbuch) oder des Steuerrechts (dazu näher der Beitrag von CHRISTIAN MATHEZ mit dem Titel «Steuerrecht» in diesem Handbuch). Auf dieses und die entsprechenden Bereiche kann jedoch an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden.

Vgl. zu Art. 19/20 OR anstelle vieler OR I-CLARE HUGENIN, N 1 ff. zu Art. 19/20 OR. Denkbar wären das Angebot von Dienstleistungen oder Produktion, für die keine Bewilligung vorliegt bzw. im Rahmen derer die Bewilligung verletzt wurde (örtlich, zeitlich). Vgl. auch die Pflicht zur individuellen Heiz- und Warmwasserkostenabrechnung, dazu unten, VI.5.c. in FN 256.

Vgl. zum Ganzen näher OR I-CLARE HUGENIN, N 31 ff. zu Art. 19/20 OR.

BGE 117 II 286, 287 f. (Fehlen einer kantonalen Mäktlerbewilligung); vgl. auch BGE 117 II 47, 48 ff., BGE 110 Ia 111, 113 ff., BGE 80 II 321, 329 sowie aus der neueren Praxis den Entscheid des Bundesgerichts 4C.163/2002 vom 9.7.2003, E. 1.2.

Vgl. den Entscheid des Bundesgerichts 4C.163/2002 vom 9.7.2003, E. 2.

Die Verletzung von Ordnungsvorschriften dürfe in Bezug auf Rechtsfolgen gemäss Art. 20 OR regelmässig folgenlos sein.²²⁷

bb) *Schadenersatz bei Verletzung kantonalen Bestimmungen (Art. 41 OR)*

Im ausservertraglichen Bereich entsteht eine Haftung für reine Vermögensschäden im Rahmen von Art. 41 Abs. 1 OR nur bei Verletzung von Verhaltensnormen, die den *Schutz des betroffenen Vermögens* bezwecken – soweit nicht von einer (absichtlichen) Sittenwidrigkeit gemäss Art. 41 Abs. 2 OR auszugehen ist. Solche Normen finden sich vorab im Vermögensstrafrecht (Art. 137 ff. StGB), im Privatrecht und im öffentlichen Recht des Bundes. Auch im kantonalen Recht finden sich haftpflichtrelevante Schutznormen. Im Bereich der Kompetenz zum Erlass von *kantonalen Strafvorschriften* gemäss Art. 335 StGB kommen vor allem Vorschriften des (ergänzenden) kantonalen Übertretungsstrafrechts (Art. 335 Ziff. 1 Abs. 1 StGB) in Frage.²²⁸ Zu denken ist an Verstösse gegen das Übertretungsstrafgesetz (SGS 253.100) und gegen Strafbestimmungen in anderen kantonalen Gesetzen, sofern es sich um Normen handelt, die (auch) den Individualschutz im Vermögensbereich bezwecken.²²⁹ Reine Ordnungsvorschriften ohne jeglichen Individualschutzcharakter fallen deshalb ausser Betracht. Dies bedeutet, dass in der Praxis nur wenige Normen des kantonalen Übertretungsstrafrechts in Frage kommen, da das Strafrecht des Bundes (StGB und Nebenstrafrecht) den Schutz des Vermögens in vielen Fällen bereits in relativ weitem Ausmass bewerkstelligt hat und die kantonalen Strafbestimmungen regelmässig nur bzw. vor allem öffentliche Rechtsgüter oder aber das private Eigentum (dessen Verletzung per se widerrechtlich ist) schützen. Denkbar ist, dass der Verstoss gegen Vorschriften dem Verletzer im wirtschaftlichen Wettbewerb zu einem geldwerten Vorsprung gereicht, was etwa bei Verstössen gegen Strafvorschriften oder sonstige Bestimmungen mit gewerbepolizeirechtlicher Wirkung der Fall sein könnte.

So dürfen etwa die oben (VI.3.b) aufgezeigten Vorschriften über die amtliche Mitwirkung bei Erhebungen als Ordnungsvorschriften zu bezeichnen sein.

Weniger in Frage kommt die Verletzung von Normen, die dem Schutz des Prozess- oder Steuerrechts (Art. 335 Ziff. 1 Abs. 2 sowie Ziff. 2 StGB) dienen. Vgl. zum (möglichen) Schutznormcharakter prozessualer Verhaltensnormen BGE 117 II 396 ff. sowie BGE 113 Ia 107 ff.

Dies steht der Tatsache nicht entgegen, dass das Vermögensstrafrecht des Bundes in Art. 137–172 StGB zumindest in weiten Teilen eine abschliessende Regelung zum Inhalt haben dürfte. Denn es ist nicht ausgeschlossen, dass mit Normen, die primär öffentlichen Interessen dienen (Rechtspflege, Rechtsverkehr etc.), auch bezweckt wird, Individualinteressen zu schützen – in vielen Fällen auch das Vermögen. Namentlich verwaltungsrechtlichen Erlassen wird ein Individualschutzcharakter oft nicht zugesprochen werden können, wozu auch eine übervorsichtige Rechtsprechung beiträgt (vgl. BGE 118 Ib 473 ff. oder BGE 116 Ib 193 ff. sowie BGE 129 IV 322, 325 ff.).

lichem Charakter relevant sein kann.²³⁰ Dazu kommt, dass gemäss § 6 ÜStG grundsätzlich schon die fahrlässige Begehung zur Strafbarkeit führt, dies im Unterschied zum Vermögensstrafrecht des Bundes. Auch wenn solche Vorschriften primär den Schutz der öffentlichen Ordnung bezwecken, weisen sie oft gleichzeitig auch einen individuellen schützenden Charakter auf, sodass etwa Schadenersatzansprüche von Konkurrenten denkbar sind.²³¹ Daneben können sich auch aus kantonalen *öffentlich-rechtlichen Vorschriften* privatrechtsrelevante Verhaltens- bzw. Sorgfaltspflichten ergeben, so etwa in den Bestimmungen zum Winterdienst durch Private, die konkretisierend in die Werk-eigentümergehaltung gemäss Art. 58 OR hineinwirken.²³²

b) Weitere Eingriffe in bzw. Beeinflussungen von Privatrechtsverhältnissen durch kantonales Recht im Bereich des OR AT

Ohne Anspruch auf Vollständigkeit und in aller Kürze sind zu nennen die Möglichkeit der kantonalrechtlich basierten Rechtfertigung gemäss Art. 52 OR, der Statuierung von Regressrechten²³³ und von Solidarhaftungsbestimmungen, namentlich zur Siehe-

rung von Steuerforderungen²³⁴ (allenfalls i.V.m. Art. 99 Abs. 2 OR, d.h. mit Bedeutung für vertragliche Ansprüche).

Ferner ist in Bezug auf in Art. 73 Abs. 2 OR vorbehaltene *Maximalzinsvorschriften* bei Darlehen auf die im Bereich des Konsumentenschutzes bestehenden konkurrierenden Kompetenzen von Bund und Kantonen hinzuweisen (vgl. Art. 97 BV). Die Kantone können – soweit dies mit den verfassungsmässigen Rechten und den Kautelen der expansiven Kraft des kantonalen öffentlichen Rechts (Art. 61 i.V.m. Art. 7 ZGB) vereinbar ist – gewerbepolitisch und sozialpolitisch motivierte Bestimmungen erlassen. Bis zum Inkrafttreten des 2001 revidierten Konsumkreditgesetzes wurde in Art. 19 Abs. 2 aKKG – neben dem in Art. 73 Abs. 2 OR enthaltenen allgemeinen Vorbehalt zugunsten des öffentlichen Rechts – die kantonale Kompetenz zur Bekämpfung von Missbräuchen im «Zinswesen» vorbehalten (im Sinne eines unechten Vorbehalts). Art. 38 KKG 2003 bestimmt nun aber, dass der Bund Konsumkreditverträge *abschliessend* regelt. Das 1995 erlassene kantonale Gesetz über die Gewährung und Vermittlung von Konsumkrediten wurde mitsamt der entsprechenden Verordnung aufgehoben. Die Modalitäten der Bewilligung der Gewährung oder Vermittlung von Konsumkrediten wurden in der Verordnung zum Bundesgesetz über den Konsumkredit und zur Bundesverordnung zum Konsumkreditgesetz²³⁵ geregelt. Zusätzlich zum Vollzug der Bundesvorschriften ist das Wirtschafts- und Sozialdepartement, wobei die Durchführung im Einzelnen dem Kantonalen Amt für Wirtschaft und Arbeit obliegt, Maximalzinsvorschriften ausserhalb der Konsumentenkreditverträge, also bei Privatarlehen oder kommerziellen Darlehen gemäss Art. 312 ff. OR oder für vertraglich geregelte Verzugszinsen, dürfen theoretisch denkbar sein, wobei jedoch das öffentliche Interesse daran kaum vorhanden sein dürfte.

c) Kleinvertrieb alkoholischer Getränke und Wirtshauszuche (Art. 186 OR)

Art. 186 OR behält der kantonalen Gesetzgebung vor, die Klagbarkeit von Forderungen aus dem Kleinvertrieb geistiger Getränke zu beschränken oder auszuschliessen. Von diesem Vorbehalt zuteilender Art, der die Bekämpfung des Alkoholismus zum Zweck hat, hat der Kanton Basel-Stadt in § 213 EG ZGB Gebrauch gemacht, wonach Forderungen *nur bis zu einem Betrag von Fr. 10.– einbringbar* («Recht zu halten») sind. Der Betrag von Fr. 10.– blieb seit Inkrafttreten des EG ZGB 1912 unverändert (!). Teuerungs- und kaufkraftbereinigt dürfte der Betrag heute bei rund Fr. 100.– anzusiedeln sein.²³⁶ Dass mit Kleinvertrieb auch die Abgabe im Rahmen der

²³⁰ Vgl. zur Figur des sog. *Vorsprungs durch Rechtsbruchs*, insbesondere auch bei Verstoß gegen

²³¹ Normen bzw. Verfügungen mit doppeltem oder gar mehrfachem Schutzzweck den Entscheid des Bundesgerichts 4C.338/1997 vom 25.8.1998 («Kamov»), publ. in: *sl* 1999, 156 ff. Vgl. auch BGE 129 IV 322, 325 ff. zum individualisierenden Charakter einer Strafnorm, die primär öffentliche Interessen schützt (Strafbestand der Geldwäscherei in Art. 305 StGB).

²³² § 103 BPV sieht einen von den Grundstückseigentümern bzw. ihren Beauftragten durchzuführenden «Winterdienst für den Fussgängerverkehr» vor, der die Begleichhaltung von Wegen und Strassen zum Zwecke hat.

²³³ Vgl. z.B. § 24 PKG oder § 34 bzw. § 26 Abs. 1 des Gebäudeversicherungsgesetzes.

²³⁴ Vgl. z.B. §§ 10–13, 65 und 111 StG sowie BGE 122 I 139 ff. zu einer Bestimmung des Steuerrechts des Kantons Appenzell-Ausser Rhoden, die eine Solidarhaftung für Steuerschulden der Ehegatten bei (rechtlich und tatsächlich) ungetrennter Ehe selbst bei Gütertrennung vorsah und vom Bundesgericht (im Verfahren der konkreten Normenkontrolle) gestrichelt wurde. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang auch § 13 des Gesetzes über die Handänderungssteuer (SG 650.100), dazu auch schon oben in FN 219.

²³⁵ SGG 215.210.

²³⁶ Teuerung auf Basis Landesindex der Konsumentenpreise 1914–2007 (Februar) 1008,3%.

Bewirtung (Restaurants) oder Beherbergung (Hotels) gemeint ist, ergibt sich aus der Erwähnung der «Wirtsecke», die ebenfalls in Art. 186 erwähnt ist.²³⁷ Der Vorbehalt von Art. 186 OR erfasst nur den Verkauf an Endabnehmer und nicht diejenigen an Zwischenhändler.²³⁸

d) Freiwillige Gant (Art. 229 ff. bzw. 236 OR)²³⁹

Art. 236 OR behält ferner kantonale Bestimmungen zur freiwilligen Gant (Versteigerung) vor.²⁴⁰ Dabei handelt es sich um einen vom Vorbehalt in Art. 5 bzw. 6 ZGB zu unterscheidenden Vorbehalt. Den Kantonen steht es lediglich frei, *ergänzende Regeln* zu erlassen. Das 1937 im Kanton Basel-Stadt in Kraft getretene *Gesetz betreffend das Gantwesen* (SGS 230.900) ist auf «alle gesetzlich vorgeschriebenen oder vom Richter angeordneten Versteigerungen (Ganten), für welche nicht die Vorschriften des Betreibungs- oder des Konkursrechtes gelten, sowie für die freiwilligen öffentlichen Ganten» anwendbar.

Gerichtliche Ganten von beweglichen Sachen aus amtlich verwalteten Nachlässen und aus gerichtlichen Aufträgen werden von der Gantheimung, einer Abteilung des Betreibungs- und Konkursamtes Basel-Stadt durchgeführt.²⁴¹ Sie erfolgen gegen Barzahlung und ohne Limit.²⁴²

*Freiwillige (öffentliche) Versteigerungen*²⁴³ sind Versteigerungen, die öffentlich ausgeschrieben werden (vgl. Art. 229 Abs. 2 OR) und die ein freies Bieterrecht gewährleisten.²⁴⁴ Soweit sie sich auf Kunstwerke, Antiquitäten und andere Sammelobjekte beziehen und im Kanton Basel-Stadt durch private Auktionshäuser etc. veranstaltet

werden, unterstehen sie der Aufsicht der Gantheimung.²⁴⁵ Freiwillige Versteigerungen, an denen nur ein *beschränkter Personenkreis* bieten kann, werden nur in den Fällen der Art. 612 und Art. 651 ZGB von der Gantheimung übernommen.²⁴⁶ Bei Liegenschaften bzw. Grundstücken werden freiwillige (öffentliche) Ganten vom Erbschaftsamt durchgeführt.

Das Gantgesetz sieht in § 8 für alle Arten der vorgenannten Ganten bzw. Versteigerungen vor, dass dem *Zuschlag* der traditionelle dreimalige Aufruf vorauszugehen hat. Die *Aufhebung des Zuschlags* kann innert einer Dreilagfrist auf Verlangen des Veräusserers oder des Erwerbers bei «*wesentlichem Irrtum*» oder bei Verstoß gegen wesentliche Verfahrensvorschriften von der Aufsichtsbehörde verlangt werden.²⁴⁷

e) Mietrecht²⁴⁸

Das 1989 revidierte und seit 1. Juli 1990 in Kraft stehende Mietrecht sieht zwar keine Vorbehalte zugunsten kantonalen Privatrechts vor. Es verweist aber an einigen Stellen auf den Ortsgebrauch (Art. 5 Abs. 2 ZGB) und lässt Raum für ergänzende (öffentlich-rechtliche) Bestimmungen.

²³⁷ Dazu Pioner, Rz. 1029.

²³⁸ JAGMERT, 343.

²³⁹ Ich bin Herrn Makkus OBERKIRCH, 1. Gantheimer der Gantheimung Basel-Stadt, für detaillierte Informationen zum kantonalen Gantwesen zu Dank verpflichtet.

²⁴⁰ Die (vollstreckungsrechtliche) Zwangsversteigerung wird durch die Gesetzgebung im Bereich des SchKG abschliessend geregelt, was Art. 235 Abs. 3 OR klarstellt.

²⁴¹ Auch Versteigerungen von beweglichen Sachen aus Pfändungen und Konkursmassen, die dem SchKG und den entsprechenden Ausführungsvorschriften des Bundes unterstehen, werden als gerichtliche Ganten von der Gantheimung durchgeführt. Gerichtliche Ganten von Liegenschaften bzw. Grundstücken werden vom Erbschaftsamt durchgeführt, während der Liegenschaftsverwaltung des Betreibungs- und Konkursamtes die Zwangsverwertung von Grundstücken gemäss SchKG obliegt.

²⁴² Gegenstände aus Edelmetall dürfen nicht unter dem Metallwert zugeschlagen werden.

²⁴³ Münzen, Spielsachen, Philatelie, Wertschriften, Orientteppiche etc. Nicht in den Anwendungsreich des Gantgesetzes fallen Auktionen, die nicht im Kanton öffentlich angekündigt werden (z.B. durch Reiter auf Allmend, Verleihen von Prospekten/Katalogen, z.B. Fernauktionen) bzw. nur einem beschränkten Bieterkreis zugänglich sind.

²⁴⁴ Im Sinne eines ungehinderten Zugangs zum Bieten; vgl. zum Ganzen BSK-Thomas Ruoss, N 17 ff. vor Art. 229-236 OR.

²⁴⁵ Für solche freiwilligen öffentlichen Versteigerungen wurde von der Aufsichtsbehörde über das Betreibungs- und Konkursamt 1989 das Reglement betreffend die Durchführung freiwilliger Versteigerungen von Kunstwerken und Antiquitäten (Kunstauktionen) erlassen, das seine Grundlage in § 3 Abs. 3 Gantgesetz findet. Dieses regelt die Modalitäten des Aufrufs, der Werbung, der Bestellung und des Zuschlags, statuiert die Pflicht zur Herausgabe eines Katalogs mit bestimmten Mindestangaben und die Rechte von mit der Durchführung des Aufrufs betrauten Sachverständigen (meist der Auktionator selbst).

²⁴⁶ Dies betrifft die Fälle, dass die Erben sich über die Teilung oder Zuweisung einer Erbschaftssache oder Miteigentümer nicht einigen können und ein Erbe die Versteigerung verlangt (Art. 612 ZGB) bzw. wenn sich Miteigentümer über die Art der Aufhebung von Miteigentum nicht einigen können und das Zivilrecht auf Anrufung hin die öffentliche Versteigerung anordnet (Art. 651 ZGB). Ob Art. 236 OR den Kantonen Raum zur ergänzenden Regelung von freiwilligen Versteigerungen mit beschränktem Personenkreis lässt, ist umstritten; Dagegen: BSK-Thomas Ruoss, N 16 und 20 vor Art. 229-236 OR sowie N 1 zu Art. 236 OR, dafür: ANTON Pestalozzi, Wann gelten die Sonderbestimmungen des Versteigerungsrechts? AJP 2000, 984 ff.

²⁴⁷ Vgl. zum Verhältnis der kantonalen Irrtumsvorschriften zu den Vorschriften über die Willensmängel in Art. 23 ff. OR auch PIONER, Rz. 1064. Es ist davon auszugehen, dass die kantonalen Vorschriften sich auf die Modalitäten des Zuschlags bzw. die Abgabe von Geboten (ob ein Gebot bzw. welches von mehreren Geboten zuerst abgegeben wurde) beziehen, zu denen der anwesende Gantheimer Tatsachentestellungen treffen kann (ähnlich BGE 47 III 127, 133 zur Zehnlagfrist des Art. 230 Abs. 1 OR bei Zwangsversteigerungen).

²⁴⁸ Die meisten für das Mietrecht angestellten Betrachtungen gelten direkt bzw. über Verweise oder mutatis mutandis auch im Pachtrecht (Art. 275 ff. OR), auf das aber hier nicht speziell eingegangen wird.

Zu nennen sind die Bezüge auf den *Ortsgebrauch* bzw. die Ortsüblichkeit bei den Zahlungsterminen der Miete,²⁴⁹ die Pflicht zur Beseitigung kleiner Mängel²⁵⁰ und (gewisse) Kündigungsfristen und -termine.²⁵¹ Die Kantone müssen ferner die Formulare genehmigen, mit denen vermietet eine Kündigung ausgesprochen wird (Art. 266 Abs. 2 OR) oder der Mietzins erhöht wird (Art. 269 Abs. 1 OR) und können – im Falle von Wohnungsmangel – die Verwendung des vorerwähnten Formulars beim Abschluss eines neuen Mietvertrags obligatorisch erklären (Art. 270 Abs. 2 OR).²⁵² Mit Bezug auf durch den Mieter zu stellende Sicherheiten können die Kantone gemäss Art. 257e Abs. 4 OR ergänzende Bestimmungen aufstellen. Soweit ersichtlich existieren jedoch im Kanton Basel-Stadt keine solchen Bestimmungen.²⁵³ Im Übrigen liegt in der Regel eine Missbräuchlichkeit von Mietzinsen dann nicht vor, wenn sie «im Rahmen der orts- oder quartierüblichen Mietzinse liegen» (Art. 269a lit. a OR).²⁵⁴ Ferner sind im Rahmen von Erstreckungen «die Verhältnisse auf dem örtlichen Markt für Wohn- und Geschäftsräume» zu berücksichtigen (Art. 272 Abs. 2 lit. e OR). Dabei handelt es sich aber um Beweisfragen (Tatsachenfeststellungen), die den Ortsgebrauch betreffen und nicht um Fragen der Geltung bzw. Berücksichtigung kantonalen Rechts.²⁵⁵

²⁴⁹ Die Bestimmung ist dispositiver Natur, gilt also nur, sofern nichts anderes vereinbart wurde; Art. 257c OR. Soweit ersichtlich nimmt sich keine kantonale Gesetzes- oder Verordnungsbestimmung dieses Themas an, was aber nicht erstaunlich ist; branchenspezifische Verkehrsauffassungen bzw. -übungen begründen nicht notwendig einen Ortsgebrauch, vgl. zum Ganzen PETER HIGI, in: PETER GAUCH (Hrsg.), [Zürcher] Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 2b Die Miete, 3. Aufl., Zürich 1994, N 16 f. zu Art. 257c OR.

²⁵⁰ Art. 259 OR. Soweit ersichtlich nimmt sich keine kantonale Gesetzes- oder Verordnungsbestimmung dieses Themas an; Ortsgebrauch kann die Pflicht des Mieters gemäss Art. 259 OR bloss einschränken, nicht jedoch ausweiten, vgl. zum Ganzen ZK-HIGI (FN 249), N 24 ff. zu Art. 259 OR m.w.H.

²⁵¹ Art. 266b–266d OR: § 214 EG ZGB bestimmt, dass als ortsüblicher Kündigungstermin jeweils der letzte Tag der Monate März, Juni und September gilt.

²⁵² § 214b Abs. 1 EG ZGB bestimmt, dass der Schreiber bzw. die Schreiberin der Staatlichen Schlichtungsstelle für Miestreitigkeiten für die Genehmigung von Formularen für Mietzinserhöhungen und andere einschlägige Vertragsänderungen im Sinne von Art. 269d Abs. 1 OR zuständig ist. Für die Erweiterung des Formularzwangs ist gemäss § 214b Abs. 2 EG ZGB der Regierungsrat zuständig; bisher bestand dieser Formularzwang nur in den Kantonen ZH, GE, FR, NE, VD, ZG und NW, dazu PETER, Rz. 1086 (FN 227).

²⁵³ Vgl. zum Ganzen PETER, Rz. 1074 ff. Die Kompetenz der Kantone soll sich lediglich auf andere Formen der Sicherheit erstrecken und die Möglichkeit beinhalten, kantonale Übertretungsstrafbestände vorzusehen (ZK-HIGI [FN 249], N 52 zu Art. 257e OR m.w.H.). Die verbindliche Bezeichnung einer Hinterlegungsbank wie noch in Art. 6 des bis zum 1.7.1990 geltenden Bundesgesetzes über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen (BGMM) ist jedoch im Rahmen der Mietrechtsnovelle 1990 nicht Gesetz geworden, sodass eine solche wohl bundesrechtswirksam war.

²⁵⁴ Vgl. dazu den Entscheid des Bundesgerichts vom 13.1.2004 in BIM 2004, 142 ff.

²⁵⁵ Vgl. auch BGE 132 III 747 ff. (Pra 2007 Nr. 79) zur Frage, ob Bundesrecht die Zuständigkeit der von den Kantonen eingerichteten Schlichtungsstellen auch in weiteren, in Art. 274g Abs. 1 lit. a und b OR nicht aufgeführten Fällen der Ausweisung im Rahmen ausserordentlicher Kündigung (z.B. wegen Zahlungsrückstands) vorschreibt (Frage vom BGer verneint und offengelassen, ob das kantonale Recht eine solche Pflicht vorsehen dürfte).

Weitere kantonale Eingriffe öffentlich-rechtlicher Art im Bereich des Mietwesens sind namentlich im Zusammenhang mit der Ausrichtung von *Subventionen und Finanzhilfen* (Sicherung der Zweckbestimmung, Verbot der Untermiete) und im Bereich des Erhalts von günstigem Wohnraum denkbar (dazu näher unten, VI.4.a). Von Bedeutung ist zudem, dass das Energiegesetz des Bundes vorsieht, dass die Kantone Bestimmungen zu den individuellen Heiz- und Warmwasserkosten in Neubauten und bestehenden Gebäuden erlassen.²⁵⁶

f) Arbeitsrecht

Auch im Bereich des Arbeitsrechts finden sich einige Bestimmungen, die den Kantonen eine Mitgestaltung oder Beeinflussung von privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen erlauben.

aa) Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (Art. 356–358 OR)

Art. 356–358 OR sehen vor, dass Gesamtarbeitsverträge, in denen (teilweise, vgl. dazu Art. 361 und 361 OR) von zwingenden Bestimmungen abgewichen werden kann, *für Kantone oder Teile davon allgemeinverbindlich erklärt* werden können. Der für die Allgemeinverbindlicherklärung zuständige Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt hat aktuell die Gesamtarbeitsverträge im Gipser- und Ausbaugewerbe für das Gebiet des Kantons für allgemeinverbindlich erklärt.²⁵⁷ Deren Bestimmungen sind zwingend (Art. 358 sowie 361 OR), wobei von den in Art. 362 OR abschliessend aufgeführten Vorschriften nur zugunsten der Arbeitnehmer abgewichen werden kann.²⁵⁸

bb) Normalarbeitsverträge (Art. 359–360 OR)

Der Normalarbeitsvertrag ist ein Erlass von Bund oder Kantonen, der für bestimmte Typen von Arbeitsverhältnissen dispositives Vertragsrecht setzt. Der Kanton Basel-Stadt kennt nur in denjenigen beiden Bereichen Normalarbeitsverträge, in denen der

²⁵⁶ Die seit 1.4.1999 in Kraft stehende Verordnung zum Energiegesetz (SG 772.110) steht in § 60 die Pflicht zur individuellen (verbrauchskostenabhängigen) Heizkostenabrechnung in Neu- und Altbauten vor, wobei § 61 Ausnahmen bei bestehenden Gebäuden im Sinne einer Bagatellschwelle oder bei Undurchführbarkeit (etwa bei Boden-, Decken-, Wärmeluftheizungen) vorsieht. § 63 der genannten Verordnung sieht sodann eine individuelle (verbrauchskostenabhängige) Warmwasserabrechnung in Neubauten vor. In bestehenden Gebäuden gilt dies aber nur, wenn neue Verteilungsanlagen installiert werden.

²⁵⁷ Vgl. die in SG 215.900 und SG 215.910 enthaltenen, jeweils in einen RRB gefassten regulatorischen Erklärungen sowie die vom Staatssekretariat für Wirtschaft (Seco) in Bern geführten Listen, die über allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge bzw. die diesbezüglichen Beschlüsse (landesweite bzw. kantonsübergreifende, vom Bundesrat beschlossene AVE oder vom EVD genehmigte kantonale GAV) orientieren (<www.seco.admin.ch>) sowie die Übersicht in JAR 2005, 94 ff.

²⁵⁸ Vgl. etwa die spezielle GAV-Bestimmung im (öffentlich-rechtlichen) Personalrecht der BVB in § 13 Abs. 2 BVB-OG (SG 953.100). Zur Auslegung BERNHARD KLEINER, Akzente der vertraglichen Schiedsgerichte bei der Auslegung von Gesamtarbeitsverträgen, BIM 1997, 1 ff.

Erlass von Bundesrechts wegen zwingend vorgeschrieben ist (Art. 359 Abs. 2 OR), nämlich in den Bereichen *Haus- und Landwirtschaft*.²⁶⁹ Andere Kantone haben in Bereichen wie beispielsweise im Gastgewerbe, für Detailhandelsangestellte, Personal der Ingenieur-, Architektur- und anderen Planungsberuf, Weinbergarbeiter, Kaseriangestellte, Alp- und Hirtschafpersonal, Kellerarbeiter, Luftseilbahn-, Sesselbahn- und Skiliftangestellte Normalarbeitsverträge aufgestellt.²⁶⁹ Von normalarbeitsvertraglichen Bestimmungen kann im Unterschied zu allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen durch Individualabrede abgewichen werden (Art. 359 OR). Eine Abweichung vom Normalarbeitsvertrag bedarf zur Gültigkeit der Schriftform (Art. 360 Abs. 2 OR). Zwingende Bestimmungen von Normalarbeitsverträgen vorzusehen ist nur auf dem «Umweg» über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen möglich (Art. 361 f. OR, dazu oben, cc). Es handelt sich bei den normalarbeitsvertraglichen Bestimmungen um kantonales *Privatrecht*, was bedeutet, dass das Bundesgericht im Rahmen gerichtlicher Überprüfung auf die Willkürprüfung beschränkt ist.²⁶¹

cc) *Flankierende Massnahmen zu den Sektorellen Abkommen CH-EG*
(Art. 360a–360f OR)

Im Rahmen der flankierenden Massnahmen zu den Sektorellen Abkommen («Bilaterale Verträge») CH-EG können namentlich Mindestlohnbestimmungen Bedeutung erhalten. Eine 2004 im Rahmen des Erlasses des Entsendegesetzes²⁶² in Kraft getretene Gesetzesnovelle zu den Normalarbeitsverträgen in Art. 360a–360f OR sieht vor, dass im Fall von wiederholten Missbräuchen unter gewissen Voraussetzungen *Mindestlöhne zwingend vorgeschrieben* werden können. Soweit das Gebiet des Kantons Basel-Stadt oder Teile davon in Frage stehen, ist zum Erlass der entsprechenden Vorschriften der Regierungsrat zuständig, ohne dass (im Unterschied zur AVE bei Gesamt-

SG 215.700 und 215.600. Ersterer dürfte von nicht unwesentlicher praktischer Bedeutung sein, erfasst er doch auch Praktika und Au-Pair-Verhältnisse. Er ist anwendbar auf Arbeiten wie die Reinigung und allgemeine Pflege des Haushalts sowie die Besorgung der Wäsche und des Kochens (§§ 1 Abs. 2 und 2 Abs. 2 NAV Hauspersonal). Von den Bestimmungen betreffend Arbeits- und Ruhezeit, Freizeit und Ferien sowie gewissen Bestimmungen zur Entlohnung kann nur durch schriftliche Vereinbarung abgewichen werden (§ 32 Abs. 3 NAV Hauspersonal). Ein konkreter Mindestlohn ist nicht vorgesehen, doch ist der Bruttolohn bei Abschluss des Arbeitsverhältnisses schriftlich zu vereinbaren und erlässt die staltliche Einigungsamt Richtlinien, in denen «*angemessene Mindestlöhne empfohlen werden*» (§ 12 Abs. 2 NAV Hauspersonal sowie Ziff. 2 der Richtlinien für Hauspersonal vom 1.3.2007, die im Übrigen auch Informationen betreffend Sozialversicherungen, Aufenthalts- bzw. Arbeitsbewilligung und Steuern enthalten). Zudem fällt auch «das nur während eines Teils der normalen Arbeitszeit regelmässig beschäftigte Hauspersonal» unter die Bestimmungen des Normalarbeitsvertrags, worunter eine wöchentliche Arbeitszeit ab vier Stunden zählt.

Dazu näher: JAR 2005, 80 ff. Schweizweit gelten derzeit Normalarbeitsverträge unter anderem in den Bereichen Heimzertifizierung, Assistenzärzte, Pflegepersonal, Milchwirtschaft und Privatgärtner, die gemäss Art. 359a Abs. 1 OR vom Bundesrat erlassen wurden (vgl. die bei SR 221.215.32 aufgeführten Normalarbeitsverträge).

Vgl. den Entscheid des Bundesgerichts 4P277/2003 vom 2.4.2004, E. 3.1, den Entscheid des Bundesgerichts 4C.261/1999 vom 28.1.2000, E. 2b sowie Pra 1999 Nr. 114, E. 2b. EnisG (SR 823.20).

arbeitsverträgen) die Genehmigung des Bundes (Bundesrat) eingeholt werden müsste. Solche Bestimmungen kommen auch auf Arbeitsverhältnisse zur Anwendung, die nicht schweizerischem Recht unterstehen, da es sich um eine «loi d'application immédiate» (Eingriffsgesetz) im Sinne von Art. 18 IPRG handelt.²⁶³ Gemäss Art. 360d OR gilt ein Normalarbeitsvertrag gemäss Art. 360a OR auch für Arbeitnehmer, die «nur vorübergehend in seinem örtlichen Geltungsbereich tätig sind sowie für verliehene Arbeitnehmer».²⁶⁴ Es handelt sich somit um eine weitreichende, politisch motivierte und teilweise «systemwidrige», aber klare und von National- und Ständerat bewusst gewollte Bestimmung, deren praktische Bedeutung nicht zu unterschätzen sein dürfte.

dd) *Ergänzende Bestimmungen im Bereich des öffentlichen Arbeitsrechts*

Von Bedeutung im Bereich des Arbeitsrechts sind ferner *öffentlich-rechtliche* Vorschriften des Bundes und der Kantone über die Arbeit und Berufsbildung, die in Art. 342 Abs. 1 lit. b OR im Sinne eines unechten Vorbehalts erwähnt werden. In beiden Bereichen bestehen konkurrierende Zuständigkeiten von Bund und Kantonen. Das öffentliche Arbeitsrecht ist jedoch weitgehend vom Arbeitsgesetz (ArG²⁶⁵) abgedeckt. Art. 71 ArG bestimmt, dass den Kantonen – nebst Vorschriften über das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis – «*Polizeivorschriften ... wie namentlich solche über die Bau-, Feuer-, Gesundheits- und Wasserpolizei sowie über die Sonntagsruhe und über die Öffnungszeiten von Betrieben, die dem Detailverkauf, der Bewirtung oder der Unterhaltung dienen*», vorbehalten bleiben. So können die Kantone den Bereich Ruhetage und Ladenöffnungszeiten regeln. Im Kanton Basel-Stadt gilt dafür das 2005 in Kraft getretene Gesetz über Ruhetage und Ladenöffnungszeiten.²⁶⁶ Dieses sieht etwa für Verkaufslöskale «an Bahnhöfen» erweiterte Öffnungszeiten vor.²⁶⁷ Auch für Familienbetriebe können im Kanton Basel-Stadt erweiterte Öffnungszeiten bewilligt werden.²⁶⁸

²⁶³ Vgl. zum Ganzen BSK-OR I-MANFRED REHNER, N 1 und 5 zu Art. 359.

²⁶⁴ Diese Bestimmung ist im Zusammenhang mit dem Entsendegesetz (EnisG, SR 823.20) zu sehen, das in Art. 9 auch Verwaltungs- und strafrechtliche Sanktionen für den Fall der Verletzung eines NAV mit Mindestlöhnen enthält. Die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen gelten gemäss Art. 2 ff. EnisG i. Vm. Art. 18 IPRG als «lois d'application immédiate» auch für Arbeitsverhältnisse, die dem ausländischen Recht unterstehen. Vgl. auch den in Art. 115 Abs. 3 IPRG neu vorgesehenen Gerichtsstand am Ort der Entstehung, zum Ganzen näher FRANK VISCHER/ANDREAS C. AUERCHT, in: Peter Gauth/Jörg Schmid (Hrsg.), [Zürcher] Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Teilband V 2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 356–360f OR, Zürich 2006, N 7 in Vorbemerkungen zu Art. 359–360f OR sowie N 3 ff. zu Art. 360d OR.

²⁶⁵ SR 822.11.

²⁶⁶ SG 811.100.

²⁶⁷ Vgl. den im Anhang zur Verordnung zum Gesetz über Ruhetage und Ladenöffnungszeiten (SG 811.110) abgedruckten Bahnhofsperimeter Basel SBB/SNCF (Rail-City). Im Bahnhof SBB selbst kommt Art. 38 Abs. 1 Eisenbahngesetz (EBG; SR 742.101) i. Vm. Bestimmungen der bundesrechtlichen Arbeitsgesetzgebung zur Anwendung, wonach Bahnenbetriebe, die als Reisebetriebe betrachtet werden können, von der Bewilligungspflicht gemäss Art. 18 f. ArG ausgenommen sind; vgl. den Entscheid des Bundesgerichts 2A.256/2001 vom 22.3.2002 (HB/Shopville Zürich).

²⁶⁸ Vgl. Art. 4 ArG und § 7 des Gesetzes über die öffentlichen Ruhetage und Ladenöffnung (RLG; SG 811.100). Vgl. auch VGE in BJM 2004, 67 ff. (zur alten Ruhetags- und Ladenschlussverordnung).

Die Messe Schweiz kann in gewissen Schranken eigene Öffnungs- und Verkaufszeiten vorsehen. Neben den Bundesfeiertagen, die den Sonntagen gleichgestellt sind, können die Kantone höchstens acht weitere Feiertage den Sonntagen gleichstellen und sie allenfalls nach Kantonsteilen verschieden ansetzen (Art. 20a ArG).

g) Weitere Regelungen

Weitere Regelungen der Kantone werden gemäss Art. 418 OR im Bereich der *Makler* vorbehalten. Mit dem Inkrafttreten des Arbeitsvermittlungsgesetzes des Bundes 1990 hat der Bund eine wohl als abschliessend zu betrachtende Regelung im Bereich der privaten Arbeitsvermittlung und des Personalverleihs, insbesondere in Bezug auf den Schutz der Arbeitnehmer getroffen. Sie schreibt für die gewerbmässige Personalvermittlung eine Bewilligungspflicht vor, sieht Höchstsätze für Einschreibgebühren und Provisionen vor und verbietet Exklusivabreden zwischen dem Stellenvermittler und dem Arbeitnehmer. Für ergänzende Bestimmungen der Kantone bleibt somit kein Raum. Im Bereich der Börse ist 1997 das BG über die Börsen und den Effektenhandel (BEHG) in Kraft getreten, das den Status und die Bewilligungsvoraussetzungen für Effektenhändler («Börsenmakler» oder «Sensales») abschliessend regelt.²⁶⁹

Auch in von Art. 418 OR nicht explizit erwähnten Bereichen steht es den Kantonen in Anwendung von Art. 6 ZGB offen, die Vertragsfreiheit einzuschränken, wenn dies durch ein schutzwürdiges öffentliches Interesse gerechtfertigt ist und nicht gegen bündestrechtliche Vorschriften, namentlich gegen das Binnenmarktgesez (BGM), verstösst. So bestehen etwa im Bereich des «Hausierwesens», des Trödl- und Pfandleihgewerbes und für Dienstleistungen im Sicherheitsbereich Bewilligungspflichten und weitere Beschränkungen.²⁷⁰ Aus der Judikatur lassen sich Fälle zu Vorschriften über Immobilienmakler²⁷¹ oder zur gewerbmässigen Vermittlung von Geschäftsübertragungen finden.²⁷²

6 (Privates) Wirtschaftsrecht

Das Wirtschaftsrecht ist eine Materie, die Regelungsbereiche betrifft, die weitgehend als Querschnittsmaterien zu bezeichnen sind (Finanzmarkt- und Wettbewerbs- sowie Kartellrecht) oder aber als privatrechtlich eingestuft werden, jedoch vielfach die Verleihung staatlicher Exklusivrechte zum Thema haben (Immaterialgüterrechte bzw.

²⁶⁹ Vgl. zur ehemaligen baselstädtischen Börsengesetzgebung Koller, 538 ff. und 542 ff.

²⁷⁰ Vgl. das Gesetz über das Hausierwesen (SG 562.520) sowie § 62 Polizeigesetz (SG 510.100).

²⁷¹ Vgl. etwa BGE 110 Ia 111, 113 ff. (Bewilligungspflicht und Statuierung von Höchstansätzen für Vermittlung und Aufwendersatz; keine abschliessende Ordnung im Maklervertragsrecht, Art. 412 ff. OR); vgl. auch BGE 117 II 286, 287 ff.

²⁷² Vgl. BGE 80 I 116, 118 ff. (= Pra 43 288 f. Nr. 99; Kautionspflicht).

gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht).²⁷³ Obwohl im Bereich des privaten Wirtschaftsrechts von einer umfassenden Bundeskompetenz ausgegangen werden kann,²⁷⁴ können die Kantone *öffentlich-rechtliche* Bestimmungen erlassen, die die bundesrechtlichen Bestimmungen im privaten Wirtschaftsrecht ergänzen. Klassisches Beispiel sind *gewerbepolizeiliche Vorschriften* oder solche zum *Schutz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr*, die das UWG ergänzen. Das Wirtschaftsrecht des Bundes schränkt zudem die Kantone in ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit ein, indem das KG auch auf Unternehmen bzw. Tätigkeiten des Gemeinwesens anwendbar ist bzw. der Preisüberwacher die Höhe von Preisen und Gebühren überprüfen kann. Ferner bestehen bundes- oder kantonrechtliche Vorgaben bei Subventionen, bei Subventionen oder bei der Benutzung von öffentlichem Grund im Rahmen wirtschaftlicher Tätigkeit. Zudem hat das 1996 bzw. 1998 in Kraft getretene Bundesgesetz über den Binnenmarkt den Abbau von öffentlich-rechtlichen Wettbewerbshindernissen im kantonalen, kommunalen und eidgenössischen Bereich zum Zweck.²⁷⁵ Die Zulassung zum Markt beurteilt sich – basierend auf dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung – nach den Vorschriften des Herkunftsortes der Anbieter. Ausserdem sind die kantonalen Monopole zu beachten.²⁷⁶ Im Bereich des Immaterialgüterrechts sind kantonale Vorschriften kaum denkbar bzw. kaum von Relevanz,²⁷⁷ während die Finanzmarktgesetzgebung vom Bund umfassend geregelt wird.²⁷⁸

²⁷³ Vgl. auch Forstmoser (FN 1), § 4 N 66 sowie § 5 N 3 f. Oft wird auch von Handels- und Wirtschaftsrecht gesprochen, wobei in diesem Zusammenhang das (private) Handelsrecht als Gegenpart zum «Zivilrecht» (dazu oben, FN 1) verstanden wird.

²⁷⁴ Vgl. dazu auch oben, II.2.c und FN 9.

²⁷⁵ Binnenmarktgesez (BGM; SR 943.02).

²⁷⁶ Vgl. dazu die Hinweise oben, III.2, insbesondere e sowie VI.5.g.

²⁷⁷ Zu denken ist höchstens an die Regelung betreffend Rechte der beim Kanton tätigen Arbeitnehmer an von ihnen geschaffenen Immaterialgüterrechten, wie sie in Art. 332 OR für Erfindungen und Designs privatrechtlich zur Anwendung kommt (vgl. z.B. § 49 der Personalordnung der Universität [SG 441.100], der auf die Ordnung über Nebentätigkeiten [etc.] [SG 441.200] verweist, wo sich in § 15 ff. eine differenzierte Ordnung über Rechte an geistigen Eigentum findet). Demgegenüber findet sich im Personalgesetz des Kantons Basel-Stadt (SG 162.100) keine Regelung, weshalb über § 4 die allgemeine obligationenrechtliche Regelung in Art. 332 f. OR zur Anwendung kommt. Eine Enteignung oder sonstige Beschränkung von Immaterialgüterrechten etwa aus Gründen des Gesundheitsschutzes (Pharmazeutika und Medizinprodukte) oder für Unterrichtszwecke (Lehrmaterial, Software) dürfte angesichts der abschliessenden Regelung der Schutznahmen bzw. Zwangslizenzen in den entsprechenden Bundesgesetzen undenkbar und mit der von Art. 26 BV garantierten Eigentumsgarantie auch kaum vereinbar sein. Zudem lässt § 1 das kantonale Enteignungsgesetzes (SG 740.100) nur die Enteignung von Grundstücken (bzw. Rechten daran) zu. Für Werke der Kunst (Kulturgüter) gilt zudem das Kulturgütergesetz (dazu schon oben, VI.4.b). Die Abgabe von Pflichtentwürfen wissenschaftlicher Abhandlungen im Rahmen des universitären Prüfungsbetriebs (insbesondere Dissertationen, Diplom- und Masterarbeiten) dürfte als geringfügige und womöglich gewohnheitsrechtliche Einschränkung mit Bundesrecht vereinbar sein, ähnliches dürfte für den (Fachhoch-)Schulbetrieb gelten.

²⁷⁸ Vgl. aber die Hinweise zum ausser Kraft getretenen kantonalen Börsenrecht oben, VI.5.g und in FN 269.

a) Wettbewerbsrecht (UWG)

Aus historischer Sicht war das Wettbewerbsrecht (Lauterkeitsrecht) bis zum Inkrafttreten des UWG 1945 eine Materie, deren Regelung durch die Kantone in breitem Umfang wahrgenommen wurde.²⁷⁹ Die in Art. 96 Abs. 2 lit. b BV enthaltene Kompetenz zum Erlass von Vorschriften zur Verhinderung unlauteren Wettbewerbs hindert die Kantone nicht daran, gewerbepolizeiliche Vorschriften bzw. solche zum Schutz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr aufzustellen, die ausschliesslich bzw. vorwiegend den Schutz der Kunden bezwecken.²⁸⁰ Art. 22 Abs. 2 a UWG, der bis 1988 in Kraft stand, betraute auch die «gewerbe- und handelspolizeilichen Vorschriften der Kantone, insbesondere diejenigen gegen unlauteres Geschäftsgehehen» vor.

Anschauliches Beispiel ist die Thematik der *Werberbote*, die in engem Zusammenhang mit Ladeneöffnungs- und Ruhezeiten sowie Konsum- und Abgabebeschränkungen im Bereich Alkohol und Tabak stehen, die gleichzeitig auch dem Gesundheitsschutz und der Gewährleistung von Ruhe und Ordnung dienen.²⁸¹ So ist im Kanton Basel-Stadt Werbung für Alkohol und Tabak auch dann verboten, wenn sie auf öffentlich einsehbarem *Privatgrund* angebracht ist.²⁸² Nicht anwendbar ist das Verbot auf Privatgrund, der nicht öffentlich einsehbar ist, auch wenn er dem Publikum offensteht und von diesem frequentiert wird. Weite Bereiche der Werbe- und Geschäftsmethoden haben jedoch im UWG eine umfassende Regelung erfahren, sodass kaum Raum für kantonale Bestimmungen besteht.²⁸³ Im Jahre 2007 wurde zudem eine Ergänzung der Plakatverordnung diskutiert, die den Begriff der Sittenwidrigkeit in § 7 lit. a so konkret-

tisiert, dass sexistische Werbung verhindert werden kann.²⁸⁴ In die Wege geleitet wurde schliesslich eine Änderung des Bewilligungsverfahrens.

Ein *Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahr 1999* zum baselstädtischen Recht befasste sich mit einer baselstädtischen Bestimmung im Übertretungsstrafgesetz (§ 22a USG). Diese enthielt ein Verbot des unlauteren oder irreführenden Anwerbens auf öffentlichen Grund. Zu beurteilen war die Vereinbarkeit mit Bundesrecht, namentlich den Bestimmungen im UWG. Das Bundesgericht stellte fest, dass das UWG keine abschliessende Regelung der Zulässigkeit von Werbe- und Geschäftsmethoden vorsehe und insbesondere nur die Unlauterkeit im wirtschaftlichen Wettbewerb – erfasst über die sog. *Wettbewerbsbehandlung* – betreffe. Ergänzungen zum Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit oder von Passanten gegenüber Gewalt und Belästigungen sind laut Bundesgericht möglich.²⁸⁵ Massstab für ergänzende Bestimmungen der Kantone ist insbesondere die bundesverfassungsrechtlich gewährleistete Wirtschaftsfreiheit. Deren Einschränkung bedarf einer genügenden gesetzlichen Grundlage und sie muss einem öffentlichen Interesse entsprechen sowie verhältnismässig sein. Schliesslich ist dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetegossen zu entsprechen, was namentlich auch im Zusammenspiel mit dem Binnenmarktesetz (BGBM) bedeutet, dass Wettbewerbsverzerrungen (zwischen den Kantonen, aber auch zwischen Konkurrenten oder in bestimmten Branchen) zu vermeiden sind.²⁸⁶ Nach dem Dargelegten verbleibt den Kantonen noch ein relativ schmaler Bereich zur Regelung.

b) Kartellrecht (KG)

Das Kartellrecht ist eine Materie, die von der Ausgestaltung und vom Durchsetzungsmechanismus her vorwiegend dem öffentlichen Recht (Verwaltungsrecht und Bussgeld- bzw. Strafrecht) zuzuordnen ist, die aber auch privatrechtliche Bestimmungen bzw. Bestimmungen, die einen Doppelcharakter haben, aufweist (Art. 9–15 bzw. Art. 5–7 Kartellgesetz [KG]²⁸⁷). Das Kartellgesetz hat das Verhalten von Unternehmen im Wettbewerb zum Gegenstand und bezweckt die Förderung des wirksamen Wettbewerbs, indem übermässige Wettbewerbsbeschränkungen (Horizontal- oder Verti-

²⁷⁹ Vgl. dazu die Hinweise oben, II.2.c und in FN 13.
²⁸⁰ Vgl. dazu ZK-MARTI, N 95 zu Art. 6 ZGB m.w.H.
²⁸¹ Dazu schon oben, III.2.b.aa und VI.3.f.dd.

²⁸² § 22a USG, der seit 1.7.2005 in Kraft steht; Werbung für Wein und Bier ist davon jedoch ausgenommen. Für Beschränkungen im Bereich der Werbung auf *Privatgrund* sind bundesrechtliche Vorgaben zu beachten, dazu näher BGE 128 I 3 ff.

²⁸³ Dies gilt insbesondere für *privatrechtliche Regeln*. Dass solche überhaupt ausgeschlossen sind, ist umstritten, vgl. dazu oben, II.1.c und in FN 9. Der Erlass von Beschränkungen von Aus- oder Sonderverkäufen dürfte den Kantonen verwehrt sein, da entsprechende Bestimmungen vom Bundesgesetzgeber 1994 aus dem UWG gestrichen wurden und insoweit – mindestens soweit eine gegenüber 1994 vergleichbare Situation vorliegt (vgl. zur Ausgangslage im Jahre 1994 BBl 1994 III 457 f.) – von einem qualifizierten Schwellen des Gesetzgebers auszugehen ist. Ebenso wenig dürfen Einschränkungen bei Rabatten und Zugaben möglich sein, da diese von Art. 3 lit. g UWG abschliessend erfasst sein dürften. Fraglich ist, ob Vorschriften betreffend die Art von Werbemassnahmen (sexistisch, schockierend) aus (sitten-)polizeilichen Überlegungen möglich sind. Allerdings verbleibt den Kantonen aufgrund ihrer Hoheit über Grund und Boden ein gewisser Spielraum, ergänzende Werbevorschriften im öffentlichen Raum vorzusehen (Allmend bzw. Plakatschlag, Kinowerbung). Zu erwähnen sind die Plakatverordnung (SG 569.500), die das Recht zum Anschlag von Plakaten («Anzeigen und Bildern») auf öffentlichem Grund der öffentlichen Verwaltung zuweist, die dieses mit Konzessionsvertrag vom Januar 2004 bis Ende 2017 der Allgemeinen Plakatsgesellschaft (APG) als einziger Konzessionshän übertrug (vgl. dazu den AGE vom 31.10.2003), sodann die in § 1 und 1a Allmendverordnung (SG 724.140) vorgesehene «Anfrage» bzw. Bewilligungspflicht für Aufschriften, Bemalungen, Reklamereien, Plakatschlag und ähnlichem, strafbewehrte (Werbe-)Verbote in §§ 22, 22a und 23a USG sowie die von § 58 BPG für Reklamen und Aufschriften vorausgesetzte «gute Gesamtwirkung» (vgl. zu letzterer die Hinweise in FN 170).

²⁸⁴ Vgl. dazu RRB vom 22.5.2007 bzw. das Antwortschreiben des Regierungsrates vom 23.5.2007 an den Grossen Rat, das in Beantwortung eines entsprechenden Anzugs (Geschäftsnummer 05.8237.02) erfolgte.
²⁸⁵ BGE 125 I 369, 375 f. («Scientology Kirche»).

²⁸⁶ Vgl. VGE vom 24.8.2006 i.S. P. AG (773-2005) zur Berechtigung von Umweltinformationen des Amis für Umwelt und Energie (Medienmitteilung mit dem Titel) «Kompositierbares Geschicht ist ökologisch bedenklich und fördert das Littering» vor dem Hintergrund der Wirtschaftsfreiheit und der daraus resultierenden Pflicht zur Gleichbehandlung der Gewerbetegossen. Das Appellationsgericht (Verwaltungsgericht) hat die Grundrechtsrelevanz bejaht und die Angelegenheit zur Prüfung der Verfassungsmässigkeit an die Vorinstanz (Baudepartement) zurückgewiesen. Die Anwendbarkeit des UWG auf den betreffend Sachverhalt wurde nicht geprüft – sie dürfte wohl zu bejahen sein, da sich Grundrechtsrelevanz und die (zur Anwendung des UWG vorausgesetzte) Wettbewerbsbehandlung in weiten Teilen decken dürften.
²⁸⁷ SR 251.0.

kalabreden) und der Missbrauch von markbeherrschenden Stellungen und deren Begründung oder Verstärkung durch Fusionen und Übernahmen verhindert werden. Das KG ist nicht nur auf Unternehmen des privaten, sondern *auch auf Unternehmen des öffentlichen Rechts anwendbar, und zwar unabhängig von ihrer Rechtsform*, was sich aus Art. 2 Abs. 1 und 1^{ter} KG ergibt.²⁸⁸ Keine Anwendung findet das KG nur dort, wo gemäss Art. 3 Abs. 1 KG Vorschriften des Bundes oder der Kantone eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen oder einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten.²⁸⁹ Den Kantonen verbleibt nur ein schmaler Bereich, namentlich im *Bereich der kantonalen Monopole* und der *Tarife bzw. Gebühren* für Dienstleistungen bzw. Produkte des Kantons, der Gemeinden oder seiner öffentlich-rechtlichen Körperschaften oder Anstalten.²⁹⁰ Zu nennen sind etwa die obrigkeitlich festgelegten Tarife der IWB für den Bezug von Trinkwasser, Elektrizität, Gas und Fernwärme oder Gebühren der öffentlichen Verwaltung.²⁹¹ In den genannten Ausschlussbereichen ist jedoch der Preisüberwacher zuständig und kann Preismissbräuche feststellen sowie unter bestimmten Voraussetzungen eine Preis-erhöhung untersagen bzw. eine Preissenkung verfügen.²⁹²

7 Zivilprozess- und Vollstreckungsrecht

Gemäss Art. 122 BV ist die Gesetzgebung auf dem Gebiete des Zivil- und des Zivilprozessrechts Sache des Bundes, während für die Organisation der Gerichte und die Rechtsprechung in Zivilsachen die Kantone zuständig bleiben, sofern die Bundesgesetzgebung nichts anderes vorsieht. Bis zum Erlass einer *Schweizerischen Zivilprozessordnung*, die derzeit in den eidgenössischen Räten beraten wird und deren Inkrafttreten nicht vor 2010 zu liegen kommen dürfte, verbleibt den Kantonen die Kompetenz zur Regelung des Zivilprozessrechts, einschliesslich der Binnenschiedsgerichtsbarkeit.

- 288 Betroffen ist jegliche wirtschaftliche Tätigkeit des Gemeinwesens, dazu näher Roger A. Zäch, *Kartellrecht*, 2. Aufl., Bern 2006, Rz. 254 und 265.
- 289 Dazu näher Zäch (FN 288), Rz. 276 ff.
- 290 Vgl. zur Angemessenheit solcher (Verwaltungs-)Gebühren VGE vom 2.11.2001 in *BIM* 2001, 71 ff. (in casu Gebühren des Grundbuch- und Vermessungsamts; Anwendbarkeit des Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzips, wobei eine Quersubventionierung solange erlaubt ist, als die Gesamtkosten der entsprechenden Verwaltungseinheit nicht gedeckt sind) sowie BGE 126 I 183, 188 ff.
- 291 Zu denken ist an staatliche Gebühren wie Abwasser- und Kehrichtverbrennungsgeldern, die Tarife der kantonalen Alters- und Pflegeheime, die Preise der BVB und die vom Kanton genahmigten Kostenspauschalen für die stationäre Spitalbehandlung. Auch den zum Schutz Ortsunkundiger vom Sicherheitsdepartement gemäss § 16 Taxigesetz (SG 563.200) verfügbaren Höchstpreisen im Taxigewerbe kommt faktisch die Wirkung eines Tarifs zu, da sich in der Praxis alle Betroffenen daran halten. Zum Ganzen auch Zäch (FN 288), Rz. 288 m.w.H.
- 292 Vgl. Art. 4 Abs. 2 und Art. 10 Preisüberwachungsgesetz (PuG; SR 942.200) sowie die Medienmitteilung des Preisüberwachers vom 23.2.2007, wonach im Jahr 2007 u.a. die kantonalen Notariatsarbitrie überprüft werden sollen.

(innerkantonalen und interkantonalen Verhältnis).²⁹³ Auf die Bestimmungen des kantonalen Zivilprozessrechts kann vorliegend nur am Rande eingegangen werden, wobei dieser Einblick auf den Bereich der Vollstreckung beschränkt bleiben soll.

Die Zuständigkeitsordnung in Art. 122 BV schliesst Vorschriften der Kantone im Bereich des *Vollzugs bzw. der Vollstreckung* ein, die nicht dem Bund vorbehalten sind. In § 251 ff. ZPO finden sich Bestimmungen, die die *Vollstreckung* von «Urteilen hiesiger Gerichte» regeln, also formell-privatrechtlicher Natur sind. Gegenstand dieser Bestimmungen sind rechtskräftige Urteile und sonstige Einzelakte (Verfügungen und Beschlüsse), die nicht die Leistung von Geld oder Sicherheiten zum Inhalt haben (Realvollstreckung).²⁹⁴ Bei Nichterfüllung kann es zur Taxation kommen, d.h. zur Abschätzung der Leistung in Geld unter Zusprechung des entsprechenden Betrags, womit die entsprechende Vollstreckung dem SchKG unterliegt. Die kantonalen Bestimmungen zur Vollstreckung haben in der Praxis eine nicht unerhebliche Bedeutung – vor allem im Bereich der Immaterialgüterrechte sowie des Wettbewerbs- und des Kartellrechts,²⁹⁵ wobei die Kantone bei deren Ausgestaltung aber nicht gross differieren.²⁹⁶

Im *interkantonalen Verhältnis* besteht aufgrund des Konkordats zur Vollstreckung von Zivilurteilen, dem zwischenzeitlich alle Kantone beigetreten sind, eine Verpflichtung zur *Rechtsilfe* und Anerkennung und Vollstreckung kantonalen Urteile.²⁹⁷

Im Bereich der vom SchKG geregelten *Vollstreckung von Geldforderungen* sei immerhin auf den in Art. 44 SchKG enthaltenen Vorbehalt zugunsten der kantonalen Gesetzgebung im Bereich der Beschlagnahme «aufgrund strafrechtlicher oder fiskalischer Gesetze» verwiesen.²⁹⁸ Zudem hat der Kanton Basel-Stadt von der in Art. 80 Abs. 3 SchKG im Rahmen der Vollstreckung öffentlich-rechtlicher Forderungen vorgesehenen Möglichkeit der Gleichstellung von Beschlüssen und Entscheidungen von Verwaltungsbehörden mit Zivilurteilen in diversen kantonalen Gesetzen umfassen.

- 293 Auf sie kommt das Konkordat über die Rechtsilfe in Zivilsachen (SG 226.100) zur Anwendung, dem sämtliche Kantone beigetreten sind. Dessen Bestimmungen sollen in die eidgenössische ZPO übernommen werden. Vgl. zur Zivilprozessordnung des Bundes aus baselstädtischer Sicht Thomas SUTTER-SOMM, Der Vorentwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung im Überblick, *Neuerungen und Altbewährtes*, *BIM* 2003, 200 f. (noch zum Vorentwurf). Vgl. den AGE vom 21.11.1997, *BIM* 1998, 280 ff., wonach die in § 45 Abs. 3 ZPO statuierte Verwirklichungsfolge bundesrechtswidrig ist. Zur Anspruchsverwirkung gemäss § 45b Abs. 2 ZPO AGE vom 17.7.1989, *BIM* 1991, 29 ff.
- 294 Auf solche sind das SchKG und die darauf beruhende Ausführungsgesetzgebung anwendbar. Vgl. zu den Kompetenzen bzw. den formell-rechtlichen Vorschriften der Kantone im Bereich des Schuldvertrags- und Konkursrechts KLEY, 274 ff. Vgl. ferner PATRICK ROGER PEYER, Die Vollstreckung unvertretbarer Handlungen und Unterlassungen, *Diss. Zürich* 2006.
- 295 Vollstreckung von Ansprüchen auf Unterlassung oder Beseitigung, etwa mittels Verboten, der Beschlagnahme von Waren bzw. Leistungen, Verpflichtung zur Auskunft etc.
- 296 Lediglich das Institut der «astreinte» (Tagesgeldbusse) sticht dabei als aussergewöhnlich hervor, da sie eine Art Privatstrafe darstellt (weil das Bussgeld dem Geschädigten zu entrichten ist), ist aber soweit ersichtlich nur im Zivilprozessrecht des Kantons Genf vorgesehen.
- 297 Dasselbe gilt im internationalen Verhältnis aufgrund einschlägiger Staatsverträge (inkl. Lugano- und New York Übereinkommen) und dem IPRG.
- 298 Vgl. zur Anwendbarkeit von Art. 44 SchKG auf kantonale Steuerforderungen und zur Frage des Privilegs (Vorgang) BGE 115 III 1, 3 f.

send Gebrauch gemacht.²⁹⁹ Für die Vollstreckung öffentlich-rechtlicher Forderungen ist sodann auf das Konkordat über die Gewährung gegenseitiger Rechtshilfe zur Vollstreckung öffentlich-rechtlicher Ansprüche aus dem Jahre 1971 hinzuweisen.³⁰⁰

8 Beurkundungswesen

Das Beurkundungswesen ist gemäss Art. 45 SchlT ZGB den Kantonen zur Legitimation überlassen, wobei an mancher Stelle Bundesrecht beachtlich ist.³⁰¹ Der Kanton Basel-Stadt hat sich dieser Regelungsmaterie namentlich im Notariatsgesetz, in diversen Bestimmungen des EG ZGB und in der Verordnung betreffend Protokolle der Notare angenommen und schreibt in einer Verordnung verbindliche Notariatsarite vor. Als eher formell-privatrechtliche Regelungsmaterie kann es im vorliegenden Beitrag nur am Rande behandelt werden.³⁰² Zu erwähnen ist an dieser Stelle, dass das *Notariatsgesetz* 2006 einer *Totalrevision* unterzogen wurde.³⁰³ Es hält am Prinzip des *Privatnotariats* fest und weist in einigen Bereichen wichtige Neuerungen auf, während in weiten Bereichen die geltende Praxis kodifiziert wurde.³⁰⁴

Eingeführt wurde eine Amtszeitbeschränkung, die an das Erreichen des 75. Altersjahrs anknüpft (§ 8 Abs. 1 NotG). Statuiert wurde sodann eine Verschuldenshaftung des Notars, wobei eine Haftung des Staats wie schon im alten Notariatsgesetz entfällt (§ 58 Abs. 1 NotG). Die Novelle enthält ferner detaillierte Vorschriften über Beratung und Belehrung (§§ 31 f. NotG) sowie eine (vom kantonalen Recht her) als abschliessend zu bezeichnende Auflistung von Mängeln der Urkunde, bei deren Vorliegen keine öffentliche Urkunde entsteht (Nichtigkeit ab initio; § 55 Abs. 1 NotG). Ob eine zustande gekommene Urkunde die für die Gültigkeit eines beurkundeten Geschäfts und für die registrierrechtliche Eintragungsfähigkeit erforderlichen Elemente enthält, beurteilt sich nach dem massgeblichen materiellen Recht (Konversion; § 55 Abs. 2 NotG).

²⁹⁹ Vgl. generell § 17 EG zum SchKG (SG 230.100) sowie etwa § 14 Gebäudeversicherungsgesetz (Prämienversicherung durch die Gebäudeversicherung). Die Aufhebung des Rechtsvorschlages hat bei öffentlich-rechtlichen Forderungen durch Erwirkung einer rechtskräftigen Verfügung zu erfolgen, dazu VGE zum 22.8.1996, BJM 1999, 145 ff.

³⁰⁰ SG 230.200.

³⁰¹ Vgl. dazu Christian Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, 5 ff. sowie Michael Pfeiffer, Die Zukunft des Notariats in Basel, BJM 1999, 20 ff. Ferner ist auf die permanenten Weisungen der Justizkommission hinzuweisen, die letztmals 1986 in einer Broschüre mit dem Titel «Gedruckte Weisungen» zusammengefasst wurden.

³⁰² Vgl. zum aktuell (Mitte 2007) in Kraft stehenden kantonal-baselstädtischen Notariatsrecht Friedrich, 738 f. sowie den Ratschlag und Entwurf zu einem totalrevidierten Notariatsgesetz vom 6.7.2004 (041152/JD, Geschäftsfr. 9357), 3 f.

³⁰³ Vgl. zum Ganzen den Ratschlag und Entwurf zu einem totalrevidierten Notariatsgesetz vom 6.7.2004 (Nr. 04.1152/JD) und den Bericht der Justiz-, Sicherheits- und Sportkommission des Grossen Rates vom 14.12.2005.

³⁰⁴ Vgl. zum Ganzen den Ratschlag und Entwurf zu einem totalrevidierten Notariatsgesetz vom 6.7.2004 (Nr. 04.1152/JD) und den Bericht der Justiz-, Sicherheits- und Sportkommission des Grossen Rates vom 14.12.2005.

Neu eingeführt wurden sodann detaillierte Unvereinbarkeitsvorschriften, die es im Rahmen der Erteilung der Beurkundungsbefugnis zu beachten gilt und die sich namentlich mit dem Erfordernis der beruflichen Selbstständigkeit befassen (§ 7 Abs. 2 und 3 NotG).³⁰⁵ Weitere Ergänzungen wurden im Bereich der Bestimmungen über die Berufspflichten der Notarinnen und Notare (§§ 16 ff. NotG) und der Ausstandsvorschriften (§§ 23 ff. NotG) vorgenommen, §§ 34 f. NotG sehen neu spezielle Vorschriften für Sukzessiveurkundungen von Verräten und bei fremdsprachigen Beteiligten vor. Ob dem gerichtlichen Vergleich bei beurkundungspflichtigen Geschäften formsetzende Wirkung zukommt oder ob dies auf eine unzulässige Vermengung der Funktionen von Gericht und Urkundsperson (Notarin/Notar) hinausläuft, ist demgegenüber weiterhin unklar.³⁰⁶ Das Inkrafttreten der Novelle ist auf den 1. Januar 2008 vorgesehen, nachdem eine gegen gewisse Bestimmungen³⁰⁷ eingereichte staatsrechtliche Beschwerde abgewiesen wurde.³⁰⁸

³⁰⁵ Zur Unvereinbarkeit der Ausübung des Notariats im Rahmen eines Anstellungsverhältnisses in einem Industrieunternehmen nach altem Recht vgl. VGE vom 5.2.1988, BJM 1990, 162 ff. und zur Pflicht des Notars zur Befolgung von Weisungen der Justizkommission vgl. VGE vom 1.2.1985, BJM 1985, 328 f.

³⁰⁶ Vgl. dazu näher Kuey, 86 f.

³⁰⁷ Hochstalter für Notarinnen und Notare, Konkretisierung der Zeugentregelung sowie Registrierungs- und Aufbewahrungspflicht der notariell hergestellten Urkunden.

³⁰⁸ BGE 2P.82/2006 vom 21.8.2007.

VI Schlussbemerkungen

Der vorliegende Beitrag versuchte diejenigen Bereiche kantonalen Rechts darzustellen, in denen die Kantone entweder Privatrecht erlassen können oder in denen das kantonale öffentliche Recht das Privatrecht des Bundes ergänzt und dadurch private Rechtsverhältnisse gestaltet und beeinflusst.

Dabei wurde deutlich, dass dem in Art. 5 Abs. 1 ZGB vorbehaltenen kantonalen Privatrecht oder vorbehaltenem Ortsgebrauch gemäss Art. 5 Abs. 2 ZGB in bestimmten Bereichen eine nicht unwesentliche Bedeutung zukommt. Dabei kann die im Rahmen der flankierenden Massnahmen zu den Sektorialen Abkommen mit den EG neu geschaffene Kompetenz zur Festsatzung von Mindestlöhnen als aktuelle und nicht unbedeutende Materie, die dem kantonalen Privatrecht vorbehalten ist, speziell hervorgehoben werden. Daneben finden sich im Bereich des Persönlichkeits- bzw. Vormundschaftsrechts, der Alimentenbevorschussung, des Nachbarrechts, der Gant, des Mietrechts und des Beurkundungsrechts weitere Bereiche, in denen kantonale Bestimmungen eine Rolle spielen. Solche kantonalen Bestimmungen ergänzen in den genannten Bereichen entsprechendes Bundesprivatrecht, wobei sie teilweise eher förmelprivatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur als materiel-privatrechtlicher Natur sind. Zudem dürften einige Vorbehalte als unecht zu qualifizieren sein.

Mindestens ebenso bedeutend sind Bundesprivatrecht ergänzende oder Regelungslücken abdeckende kantonale öffentlich-rechtliche Bestimmungen, die nicht speziell vom Bundesgesetzgeber vorbehalten wurden, sondern genau der bundesstaatlichen Kompetenzordnung entstammen. Zu denken ist an Bereiche wie öffentliche Ruhe und Ordnung, Sicherheit, Sozialpolitik, insbesondere Restbereiche im Gesundheits- und Immissionschutz und der Bereich der Ordnung der kantonalen juristischen Personen. Hier beeinflussen kantonale öffentlich-rechtliche Bestimmungen private Rechtsverhältnisse, die Bundesprivatrecht unterstehen. Es ist zu erwarten, dass der Bund in weitere Bereiche rechtsetzend vordringen und diese durch eigene öffentlich-rechtliche Bestimmungen ergänzen wird, wie dies in den letzten Jahrzehnten verstärkt geschehen ist. Damit wird die Privatrechtsrelevanz des kantonalen öffentlichen Rechts tendenziell eher abnehmen. Dies geht einher mit der fortwährenden Ausweitung der Rechtssetzungskompetenzen des Bundes. Trotz des Gesagten verbleibt den Kantonen weiterhin ein relativ weites Feld, in dem die Kantone privatrechtsrelevante Bestimmungen aufstellen und so private Rechtsverhältnisse gestalten und beeinflussen können.

Literaturauswahl

- BUSER, DENISE, Kantonales Staatsrecht, Basel/Greif/München, 2004; CARONI PRO, Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches, Basel/Frankfurt a.M. 1996; FRIEDRICH HANS-PIETER, Kantonales Privatrecht, in: Kurt Eichenberger et al. (Hrsg.), Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 1984, 727 ff.; HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Aufl., Zürich 2005; HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006; HAUSHEER HEINZ/JAUN MANUEL, Die Einleitungsartikel des ZGB, Bern 2003; JAGGI MARCO, Vorbehaltenes kantonales Privatrecht, Schweizerisches Privatrecht (SPR) I, Basel/Stuttgart 1969, 239 ff.; KOLLER HEINRICH, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: Kurt Eichenberger et al. (Hrsg.), Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 1984, 487 ff.; KLEY-STRÜLLER ANDREAS, Kantonales Privatrecht: eine systematische Darstellung der kantonalen Einführungsgesetze am Beispiel des Kantons St. Gallen und weiterer Kantone, St. Gallen 1992; MARK ANROLD, [Zürcher] Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, 1. Teilband Art. 1–7 ZGB, 3. Aufl., Zürich 1998; POTTER DENIS, Ergänzendes kantonales Recht, in: Schweizerisches Privatrecht (SPR) II/2, Basel/Frankfurt a.M. 2003; RIEMER HANS MICHAEL, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1–10 ZGB), 2. Aufl., Bern 2003 sowie diverse AutorInnen aus dem Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I (Art. 1–456 ZGB), 3. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 2006 (zitiert: BSK-ZGB I-BearbeiterIn), aus dem Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch II (Art. 457–977 ZGB/Art. 1–61 SchlT ZGB), 3. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 2006 (zitiert: BSK-ZGB II-BearbeiterIn) sowie aus dem Kommentar zum Obligationenrecht I (Art. 1–529 OR), 4. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 2007 (zitiert: BSK-OR I-BearbeiterIn).

© 2008 Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel
1256 Seiten mit CD-ROM, CHF 248.-
ISBN 978-3-7190-2597-7

Mehr Informationen unter: www.helbing.ch