

---

# Freiheit und Verantwortung im Recht

*Festschrift zum 60. Geburtstag von  
Arthur Meier-Hayoz*

*Herausgegeben von den Professoren  
Peter Forstmoser und Walter R. Schluep*



Stämpfli Verlag

# Freiheit und Verantwortung im Recht



breun hier - WZ

# Freiheit und Verantwortung im Recht

*Festschrift zum 60. Geburtstag von*

*Arthur Meier-Hayoz*

*o. Professor an der Universität Zürich*

*Herausgegeben*

*von den Professoren*

*Peter Forstmoser und Walter R. Schluep*



---

Verlag Stämpfli & Cie AG · 1982

Zitervorschlag:  
Freiheit und Verantwortung im Recht, Festschrift Arthur Meier-Hayoz

Dieses Buch ist urheberrechtlich geschützt. Jede Form der Weitergabe an Dritte (entgeltlich oder unentgeltlich) ist untersagt. Die Datei enthält ein verstecktes Wasserzeichen, in dem die Daten des Downloads hinterlegt sind.

©

Verlag Stämpfli & Cie AG Bern 1982

Gesamtherstellung

Stämpfli & Cie AG, Graphisches Unternehmen, Bern

Printed in Switzerland

E-Book ISBN 978-3-7272-8716-9

Print ISBN 3-7272-9206-7

# Inhaltsverzeichnis

|                             |      |
|-----------------------------|------|
| Abkürzungsverzeichnis ..... | IX   |
| Vorwort .....               | XVII |

|  |   |
|--|---|
| ROLF BÄR, Dr. iur., Rechtsanwalt<br>Professor an der Universität Bern<br>Praxisänderung und Rechtssicherheit ..... | I |
|--|---|

|  |    |
|--|----|
| FRITZ BAUR, Dr. iur. Dr. h. c. Dr. h. c.<br>em. Professor an der Universität Tübingen<br>Zur Wirksamkeit des Eigentumsschutzes ..... | 27 |
|--|----|

|   |    |
|---|----|
| ANDREAS BUCHER, Dr. iur., Rechtsanwalt<br>Lehrbeauftragter an den Universitäten von Genf und Freiburg<br>Auslegungsregeln in der neueren Gesetzgebung des schweizeri-<br>schen internationalen Privatrechts ..... | 45 |
|---|----|

|   |    |
|---|----|
| FRANZ BYDLINSKI, Dr. iur.<br>Professor an der Universität Wien<br>Die Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen nach dem<br>österreichischen Konsumentenschutzgesetz ..... | 65 |
|---|----|

|   |    |
|---|----|
| BERNARD DUTOIT, docteur en droit<br>professeur à la Faculté de droit de Lausanne, directeur du Centre universitaire<br>de droit comparé<br>Apparition du délit de «unfair trading» en droit anglais de la<br>concurrence déloyale? – A propos du récent arrêt «Advocaat<br>Case» (1979) de la Chambre des Lords ..... | 89 |
|---|----|

|   |     |
|---|-----|
| CARSTEN THOMAS EBENROTH, Dr. iur. Dr. rer. pol., Counsellor at Law, New<br>York, Richter am OLG Karlsruhe<br>Professor an der Universität Konstanz<br>Unternehmensrecht und Internationales Privatrecht ..... | 101 |
|---|-----|

|   |     |
|---|-----|
| PETER FORSTMOSER, Dr. iur., LL. M., Rechtsanwalt<br>Professor an der Universität Zürich<br>Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht . | 125 |
|---|-----|

|  |     |
|--|-----|
| PETER GAUCH, Dr. iur., Rechtsanwalt<br>Professor an der Universität Freiburg i. Ue.<br>Probleme von und mit Subunternehmern – Ein Beitrag zum privaten Baurecht . . . . .  | 151 |
| JACQUES-MICHEL GROSSEN, docteur en droit, avocat,<br>professeur à l'Université de Neuchâtel<br>Ivy Williams, interprète anglaise du Code civil suisse . . . . .  | 179 |
| BERNHARD GROSSFELD, Dr. iur.<br>Professor an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster<br>Elemente der Unternehmensbewertung . . . . .  | 193 |
| HEINZ HAUSHEER, Dr. iur., M. C. L.<br>Bundesrichter, Professor an der Universität Bern<br>Zum Generationenwechsel im Familienunternehmen und dem Zusammenspiel des Erbrechts mit dem ehelichen Güterrecht und dem Gesellschaftsrecht de lege lata et ferenda . . . . . | 203 |
| ANTON HEINI, Dr. iur., Rechtsanwalt<br>Professor an der Universität Zürich<br>Die gerichtliche Überprüfung von Vereinsstrafen . . . . .  | 223 |
| PETER ISLER, Dr. iur., LL. M., Rechtsanwalt<br>Lehrbeauftragter an der Universität Zürich<br>Von der zweckmässigen Verwendung von Schuldbriefen, insbesondere des abbezahlten oder nicht benützten Teilbetrages der Grundpfandforderung . . . . .                      | 235 |
| PETER NOBEL, Dr. rer. publ., Rechtsanwalt<br>Privatdozent an der Hochschule St. Gallen, Ersatzrichter des Obergerichts Zürich<br>Privates Schiedsgerichtswesen und staatlicher Richter im «Wettbewerb» . . . . .   | 247 |
| WALTER OTT, Dr. iur., Rechtsanwalt<br>Privatdozent an der Universität Zürich, Ersatzrichter und Sekretär am Handelsgericht Zürich<br>Gibt es eine Parteidisposition über die Scheidungsnormen? . . . . .   | 281 |

|  |     |
|--|-----|
| HERIBERT RAUSCH, Dr. iur., LL. M.<br>Privatdozent an der Universität Zürich, Rechtsanwalt in Zürich<br>Umfang der grundpfandrechtlichen Sicherung nach ZGB<br>Art. 818 Abs. I Ziff. 3 im Falle des Nachlassvertrages mit Vermö-<br>gensabtretung . . . . . | 297 |
| HEINZ REY, Dr. iur.<br>Privatdozent an der Universität Zürich<br>Präventiver Eigentumsschutz und atomare Entsorgung . . . . .  | 309 |
| FRITZ RITTNER, Dr. iur.<br>Professor an der Universität Freiburg i. Br.<br>Rechtsperson und juristische Person – Einige Gedanken . . . . .   | 331 |
| WALTER R. SCHLUEP, Dr. oec., Fürsprecher und Notar<br>Professor an der Universität Zürich, Präsident der Kartellkommission<br>Über privatrechtliche Freiheit und Verantwortung des kartell-<br>ähnlichen Konzerns . . . . .                                | 345 |
| FRANK VISCHER, Dr. iur., Rechtsanwalt<br>Professor an der Universität Basel<br>Zum Gesamtarbeitsvertrag in der schweizerischen Wirtschafts-<br>ordnung . . . . .   | 395 |
| ROLF H. WEBER, Dr. iur., Rechtsanwalt in Zürich<br>Ökonomische Rationalität und Vertragsrecht . . . . .  | 419 |
| HARRY WESTERMANN, Dr. iur.<br>Professor an der Universität Münster<br>Verletzung der Geschäftsführungsmacht und -pflicht durch Wil-<br>lenserklärung organschaftlicher Vertreter von Handelsgesell-<br>schaften gegenüber Gesellschaftern . . . . .        | 445 |
| HERBERT WOHLMANN, Dr. iur., Rechtsanwalt<br>Lehrbeauftragter an der Universität Zürich, Rechtskonsulent in Basel<br>Zur funktionalen Auslegung im Kartellrecht . . . . .   | 461 |
| ROGER ZÄCH, Dr. iur., Rechtsanwalt<br>Professor an der Hochschule St. Gallen<br>Postulate zur Bestimmtheit gesetzlicher Regelungen und der<br>Entwurf des neuen Eherechts . . . . .  | 475 |

|   |     |
|---|-----|
| DIETER ZOBL, Dr. iur., Rechtsanwalt<br>Stellvertretender Direktor der Zürcher Kantonalbank, Privatdozent an der<br>Universität Zürich<br>Zur Rechtsfigur der Anwartschaft und zu deren Verwendbarkeit<br>im schweizerischen Recht . . . . . | 495 |
| MARTIN ZWEIFEL, Dr. iur.<br>Präsident der Steuer-Rekurskommissionen des Kantons Zürich<br>Von der Wahrheitsermittlung zur Wahrscheinlichkeitsermittlung   | 527 |
| Verzeichnis der Veröffentlichungen von Professor Arthur<br>Meier-Hayoz . . . . .  | 545 |

# Abkürzungsverzeichnis

|                               |   |
|-------------------------------|---|
| ABGB                          | Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich vom 1. Juni 1811   |
| A. C.                         | Law Reports, Appeal Cases, House of Lords   |
| AcP                           | Archiv für civilistische Praxis (Tübingen)  |
| AFG                           | BG über die Anlagefonds vom 1. Juli 1966  |
| AG                            | Die Aktiengesellschaft, Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen (Köln); Aargau  |
| AGB                           | Allgemeine Geschäftsbedingungen   |
| AGVE                          | Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide (Aarau)   |
| AHV                           | Alters- und Hinterlassenenversicherung  |
| A. J. C. L.                   | American Journal of Comparative Law (Ann Arbor, Mich.)  |
| AktG                          | (Deutsches) Aktiengesetz vom 6. September 1965  |
| All E. R.                     | All England Law Reports (London)  |
| Am. Ec. Rev.,<br>Pap. & Proc. | American Economic Review, Papers and Proceedings (Ithaca, N. Y.)  |
| Amtl. Bull.                   | Amtliches Bulletin der Bundesversammlung  |
| AnwBl.                        | Anwaltsblatt, Nachrichten für die Mitglieder des deutschen Anwaltsvereins e. V. (Bonn)  |
| AP                            | Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlagewerk des BAG (Sammlung der Entscheidungen des BAG, der Landesgerichte und Arbeitsgerichte) |
| AS                            | Eidgenössische Gesetzessammlung. Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen   |
| ASA                           | Archiv für schweizerisches Abgaberecht (Bern)   |
| ASR                           | Abhandlungen zum schweizerischen Recht  |
| ATF                           | Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel = BGE   |
| AVE                           | Allgemeinverbindlicherklärung   |
| AWD                           | Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters (Heidelberg)  |
| aZPO                          | alte Zivilprozessordnung  |
| BAG                           | (Deutsches) Bundesarbeitsgericht  |
| BauR                          | Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht (Düsseldorf)  |
| BB                            | Bundesbeschluss; Der Betriebsberater (Heidelberg)   |
| BBl.                          | Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft   |
| Beav.                         | Beavan's Reports, Rolls Court (1838-1866)   |
| Bell J. Econ.                 | Bell Journal of economics and management science (New York)   |
| BerDGesVölkR                  | Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht (Karlsruhe)   |
| BewG                          | (Deutsches) Bewertungsgesetz vom 16. Oktober 1934   |
| BezGer.                       | Bezirksgericht  |
| BG                            | Bundesgesetz; Bundesgericht; Bezirksgericht   |

|           |   |
|-----------|---|
| BGB       | Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896  |
| BGBI.     | (Deutsches) Bundesgesetzblatt   |
| BGE       | Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes. Amtliche Sammlung   |
| BGer.     | Bundesgericht   |
| BGH       | (Deutscher) Bundesgerichtshof   |
| BGHZ      | Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Detmold)   |
| BGr.      | Bundesgericht   |
| BJM       | Basler Juristische Mitteilungen (Basel)   |
| BKartA    | (Deutscher) <b>Bundeskartellamt</b>   |
| BlSchK    | Blätter für chuldbetreibung und Konkurs (Wädenswil)   |
| BR        | Baurecht, Mitteilungen des Seminars für Schweizerisches Baurecht (Freiburg); Bundesrat                                    |
| BT        | Bundestag   |
| BTJP      | Berner Tage für die juristische Praxis (Bern)   |
| BV        | Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874   |
| BVerfGE   | Bundesverfassungsgerichtsentscheid  |
| C. A.     | Court of <b>Appeal</b>  |
| Cal. App. | California <b>Appeals</b> (Berufungsgerichtsentscheidungen)   |
| CC        | Code civil; Codice civile = ZGB   |
| Ccfr.     | Französisches Zivilgesetzbuch von 1804  |
| CCH       | Trade Cases, Commerce Clearing House Inc., Chicago/New York/Washington  |
| Ccit.     | Italienisches Zivilgesetzbuch von 1942  |
| Ch.       | Law Reports, Chancery Division  |
| CMLR      | Common Market Law Review (London, Leyden, South Hackensack, N. J.)  |
| Cmdnd.    | Command Papers (papers presented to Parliament by command of the Crown)   |
| DB        | Der Betrieb (Düsseldorf)  |
| DJT       | Deutscher Juristentag   |
| dKO       | deutsche Konkursordnung vom 10. Februar 1877  |
| DÖV       | Die Öffentliche Verwaltung (Stuttgart)  |
| DVBl      | Deutsches Verwaltungsblatt (Köln, Berlin)   |
| ECE       | Economic Commission for Europe, Geneva      Wirtschaftskommission der UNO für Europa                                      |
| EG        | Europäische Gemeinschaft(en)  |
| EMRK      | Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention) vom 4. November 1950 |

|               |  |
|---------------|--|
| EuGH          | Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften  |
| EuGRZ         | Europäische Grundrechte Zeitschrift (Strassburg)   |
| EV            | Eigentumsvorbehalt   |
| EVD           | Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement  |
| EVG           | Eidgenössisches Versicherungsgericht   |
| EWGV          | Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25. März 1957  |
| Extraits      | Extraits des principaux arrêts rendus par les diverses sections du tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg (Fribourg)                              |
| FIW           | Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb, Köln  |
| GAV           | Gesamtarbeitsvertrag   |
| GBVO          | Verordnung betreffend das Grundbuch vom 22. Februar 1910   |
| GenG          | (Deutsches) Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1. Mai 1889   |
| Geo.          | King George V (1910–1936)  |
| GewO          | (Deutsche) Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869  |
| GG            | Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949  |
| GmbHG         | (Deutsches) Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892   |
| GmbH-Rdsch    | GmbH-Rundschau mit Sonderfragen der GmbH & Co. (Köln)  |
| GRUR          | Zeitschrift für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (Weinheim)  |
| GVG           | Gerichtsverfassungsgesetz  |
| GVP GR        | Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Graubünden (1934–1941)   |
| GVP SG        | St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis  |
| GWB           | (Deutsches) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27. Juli 1957   |
| HArG          | Bundesgesetz über die Heimarbeit vom 20. März 1981   |
| Harv. L. Rev. | Harvard Law Review (Cambridge)   |
| HE            | Entwurf zu einem Rahmengesetz für die Steuerharmonisierung, beschlossen an der Konferenz der kantonalen Finanzdirektoren am 17./18. September 1980 |
| HGB           | Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 10. Mai 1897  |
| H. K.         | Hong Kong  |
| HRV           | Verordnung über das Handelsregister vom 7. Juni 1937   |
| HSG           | Hochschule St. Gallen  |
| IAO           | Internationale Arbeitsorganisation   |
| ICC           | International Chamber of Commerce = Internationale Handelskammer   |
| IntGesR       | Internationales Gesellschaftsrecht   |

|                   |  |
|-------------------|--|
| IPRspr.           | (Deutsche) Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts   |
| JBl.              | Juristische Blätter (Wien)   |
| JdT               | Journal des Tribunaux (Lausanne)   |
| J. Econ. Issues   | Journal of Economic Issues (East Lansing)  |
| J. Econ. Lit.     | Journal of Economic Literature (Menasha, Wis.)   |
| J. L. & Econ.     | Journal of Law and Economics (Chicago)   |
| J. Legal Stud.    | Journal of Legal Studies (Chicago)   |
| JW                | Juristische Wochenschrift (Berlin)   |
| JZ                | (Deutsche) Juristenzeitung (Tübingen)  |
| Kass. Ger.        | Kassationsgericht  |
| K. B.             | Law Reports, King's Bench  |
| KG                | Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 20. Dezember 1962; Kommanditgesellschaft  |
| KSchG             | (Österreichisches) Konsumentenschutzgesetz vom 1. Oktober 1979   |
| KV                | Kantonsverfassung; Verordnung des Bundesgerichts über die Geschäftsführung der Konkursämter vom 13. Juli 1911  |
| L. J.             | Law Journal; Lord Justice  |
| Lond.             | London   |
| L. R., L. Rev.    | Law Review   |
| MA                | Der Markenartikel (München)  |
| MG                | Muster eines harmonisierten kantonalen Gesetzes über die direkten Steuern, genehmigt von der Konferenz der kantonalen Finanzdirektoren am 21. Oktober 1981 |
| Minn.             | Minnesota  |
| MitbestG          | (Deutsches) Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer vom 4. Mai 1976   |
| NAG               | Bundesgesetz betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter vom 25. Juni 1891  |
| NJW               | Neue Juristische Wochenschrift (München)   |
| NRW               | Nordrhein-Westfalen  |
| NSW               | New South Wales  |
| N. W. 2d          | Regionalfallrechtssammlung North Western, zweite Serie   |
| Nw. Univ. L. Rev. | Northwestern University Law Review (Chicago)   |
| NZZ               | Neue Zürcher Zeitung (Zürich)  |
| OG                | Obergericht; Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943   |
| OGH               | (Österreichischer) Oberster Gerichtshof  |
| OHG               | Offene Handelsgesellschaft   |
| ÖJZ               | Österreichische Juristenzeitung (Wien)   |
| OLG               | (Deutsches) Oberlandesgericht  |
| OR                | Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936  |

|                 |   |
|-----------------|---|
| ORDO            | Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft (Düsseldorf)                                 |
| ORK             | Oberrekurskommission  |
| Oxon.           | Oxfordshire   |
| ÖZW             | Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Wien)   |
| Pra.            | Die Praxis des Bundesgerichts (Basel)   |
| Q. B. D.        | Law Reports, Queen's Bench Division   |
| QuHGZ           | Quartalshefte der Girozentrale (Wien)   |
| RabelsZ         | Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Rabel (Berlin, Tübingen) |
| RB              | Rechenschaftsbericht des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich                                       |
| RdA             | Recht der Arbeit (München, Berlin)  |
| RDS             | Revue de droit suisse (Basel) = ZSR   |
| Rev. crit.      | Revue critique de droit international privé (Paris)   |
| RG              | (Deutsches) Reichsgericht   |
| RGRK            | Kommentar von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern zum BGB  |
| RGZ             | Entscheidungen des Deutschen Reichsgerichts in Zivilsachen (Leipzig)                                  |
| RIC             | Revue internationale de la concurrence (Paris)  |
| RIDC            | Revue internationale de droit comparé (Paris)   |
| RIW/AWD         | Recht der internationalen Wirtschaft/Aussenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters (Heidelberg)        |
| R. P. C.        | (Englischer) Restrictive Practices Court  |
| RSJ             | Revue suisse de Jurisprudence (Zürich) = SJZ  |
| SAG             | Schweizerische Aktiengesellschaft (Zürich)  |
| SchKG           | Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889                                     |
| SchlT           | Schlusstitel  |
| SchwJbintR      | Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht (Zürich)   |
| SEC             | Securities and Exchange Commission  |
| Sem., Sem. jud. | La semaine judiciaire (Genève)  |
| SIA             | Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverein  |
| SIA-Norm 118    | Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, herausgegeben vom SIA, Ausgabe 1977                           |
| SJIR            | Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht (Zürich)   |
| SJK             | Schweizerische Juristische Kartothek (Genf)   |
| SJZ             | Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)  |
| South. Cal.     | Southern California   |
| SPR             | Schweizerisches Privatrecht (Basel, Stuttgart)  |
| SR              | Systematische Sammlung des Bundesrechts   |
| StenBull        | Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung   |

|             |   |
|-------------|---|
| StG         | Steuergesetz  |
| StR         | Ständerat   |
| StuW        | Steuer und Wirtschaft (Stuttgart, München)  |
| SVG         | Bundesgesetz über den Strassenverkehr vom 19. Dezember 1958   |
| SWA         | Sitzungsberichte der Akademie der Wissenschaften in Wien  |
| Tex.        | Texas   |
| TVG         | (Deutsches) Tarifvertragsgesetz vom 9. April 1949   |
| Tz.         | Textziffer  |
| UNCITRAL    | United Nations Commission on International Trade Law =<br>UN-Kommission für Internationales Handelsrecht                                  |
| UN-EcoSoC   | United Nations Economic and Social Council, New York =<br>Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen                               |
| Univ. Chic. | University of Chicago   |
| U.S.        | Fallrechtssammlung des Obersten Gerichtshofes (Supreme Court<br>of the U.S.)  |
| UWG         | Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 30. September<br>1943   |
| VersRdSch   | Die Versicherungsrundschau, Zeitschrift der österreichischen Ge-<br>sellschaft für Versicherungsfachwissen (Wien)                         |
| VGH         | (Deutscher) Verwaltungsgerichtshof  |
| VK          | Vorbehaltskäufer  |
| VKK         | Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission (Zü-<br>rich)  |
| VOB         | (Deutsche) Verdingungsordnung für Bauleistungen   |
| V-Verk.     | Vorbehaltsverkäufer   |
| VwGO        | (Deutsche) Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960   |
| VwVG        | Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dez. 1968  |
| VZG         | Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangsverwertung von<br>Grundstücken vom 23. April 1920  |
| VZR         | Verein Zürcherischer Rechtsanwälte  |
| WLR         | Weekly Law Reports (London)   |
| WM          | Wertpapier-Mitteilungen (Frankfurt a. M.)   |
| WP          | Wirtschaftsprüfer   |
| WR          | = WuR   |
| WStB        | Wehrsteuerbeschluss vom 9. Juni 1977  |
| WuR         | Wirtschaft und Recht, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik und<br>Wirtschaftsrecht mit Einschluss des Sozial- und Arbeitsrechts<br>(Zürich) |
| WuW         | Wirtschaft und Wettbewerb (Düsseldorf)  |
| WuW/E EWG/  | Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung, Europä-<br>ische Wirtschaftsgemeinschaft/Montanunionsvertrag (Düsseldorf)               |
| MUV         |   |
| ZBGR        | Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuch-<br>recht (Wädenswil)  |

|            |   |
|------------|---|
| ZBJV, ZbJV | Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)   |
| ZBl        | Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (Zürich)  |
| ZfRV       | Zeitschrift für Rechtsvergleichung (Wien)   |
| ZGB        | Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907   |
| ZgesStW    | Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft (Tübingen)   |
| ZGR        | Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Frankfurt a. M.)  |
| ZH         | Zürich  |
| ZHR        | Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (Heidelberg; ab 1962: für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht) |
| ZPO        | Zivilprozessordnung   |
| ZR         | Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)  |
| ZRP        | Zeitschrift für Rechtspolitik (München, Frankfurt)  |
| ZSR        | Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)   |
| ZVR        | Zeitschrift für Verkehrsrecht (Wien)  |



## Vorwort

Am 2. Juni 1982 darf ARTHUR MEIER-HAYOZ seinen sechzigsten Geburtstag feiern. Freunde und ihm besonders verbundene Schüler haben sich zusammengetan, um den vorliegenden literarischen Geburtstagskranz zu winden. Dieser will nicht Festschrift im herkömmlichen Sinne, sondern spontaner Akt der Freundschaft, Zuneigung und Dankbarkeit sein. Das erklärt sowohl den engen Kreis der Gratulanten als auch die sich nach Zeitpunkt und Organisation von klassischen Festschriften abhebenden Eigenheiten der Gratulationsgabe.

Nach dem methodologischen Credo von ARTHUR MEIER-HAYOZ hat man den hier vollzogenen Funktionswandel der «Institution Festschrift» zu erklären. Denn es bedarf allemal guter Gründe, um vom objektiv-historischen Sinngehalt auch von Institutionen abzuweichen. Solche Begründung fällt indessen hier nicht schwer: Den Autoren dieser Schrift geht es vorab darum, dem Menschen ARTHUR MEIER-HAYOZ beim Anlass seines sechzigsten Geburtstages die herzliche Verbundenheit kundzutun. Dies gewiss auch, weil ein jeder in irgendeiner Weise Anlass zur Dankbarkeit hat. Der Hauptgrund ist aber darin zu suchen, dass keiner unbetroffen ist von der zu feiernden Persönlichkeit, die in seltener Harmonie bürgerliche Kultur mit evangelischer Individual- und Sozialethik verbindet. Die daraus folgende Grundhaltung liberal-konservativer Offenheit rechtfertigt sehr wohl eine Freundesgabe eigenen Zuschnitts.

Die feste Verankerung des Jubilars in der Wertwelt des Humanismus und des aufgeklärten Bürgertums gebietet um so mehr Achtung, als die Jahre, die ihn zum heutigen Geburtstag geführt haben, gerade dieser Gesinnung nicht eben viel abzugewinnen vermochten. Man denke an die frühe Konfrontation mit der Weltwirtschaftskrise und mit der aus ihr geborenen Fülle interventionistischen Notrechts sowie an die Zeit des Zweiten Weltkrieges voller äusserer und innerer Bedrohungen. Die Kriegsjahre brachten zudem das schockierende Erlebnis schamloser Rechtsetzung und Rechtsanwendung wider die Würde des Menschen, in deren Dienst sich nicht nur Wahnsinnige, sondern auch gebildete Juristen mit dem Angebot «unbegrenzter Auslegung» stellten.

Den Jahren der Renaissance des freiheitlichen und sozialen Rechtsstaates nach Kriegsende folgten seit Mai 1968 die lauthalsen Rufe einer allzu satt gewordenen Jugend nach Befreiung des angeblich manipulierten Menschen. In Wahrheit zielte die Bewegung auf Beseitigung des Rechtsstaates und war darauf angelegt, mit dem Gang durch die bürgerlichen Institutionen den Geist HUMBOLDS aus den Hörsälen auch unserer Universitäten zu vertreiben. Zwar sind die in den späten siebziger Jahren verkündeten Ziele bloss geworden. Geblieben ist aber eine führerlose, amorphe und im Innersten brutale Bewegung, die neue Gefahren für Freiheit und Rechtsstaat heraufbeschwört.

Aus all dem kann ermessen werden, wieviel Mut ARTHUR MEIER-HAYOZ gebraucht hat, um sein Weltbild trotz aller Anfechtungen kompromisslos zu leben und zu verteidigen. Die Kraft schöpft er vorab aus der fürsorgenden Liebe seiner Gattin und aus dem Dialog mit seinen Kindern. Aus den Grundanlagen und der harmonischen Umwelt lässt sich auch erklären, dass ARTHUR MEIER-HAYOZ als Richter sowie als Forscher und Lehrer der Rechtswissenschaften Marksteine gesetzt hat, die ihresgleichen suchen und zu gegebener Zeit in traditioneller Weise zu würdigen sein werden.

Die in dieser Schrift zusammengetragenen Zeichen der Freundschaft und Zuneigung hätten sich ohne Unterstützung durch den Kanton Zürich und weite Kreise der Wirtschaft nicht setzen lassen. Die Herausgeber danken dafür herzlich. Sie sind überdies dem Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern, für die sorgfältige Betreuung der Geburtstagsgabe verpflichtet.

PETER FORSTMOSER  
WALTER R. SCHLUEP

Rolf Bär

## Praxisänderung und Rechtssicherheit

---

Ein Gravitationszentrum des juristischen Denkens von ARTHUR MEIER-HAYOZ ist der Beitrag des Richters zur Rechtsfindung, insbesondere dessen «freie Rechtsfindung» gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB (Lückenfüllung). Davon handelt schon seine bekannte Zürcher Habilitationsschrift von 1951 «Der Richter als Gesetzgeber», und dieser Gesichtspunkt ist in seiner Kommentierung von Art. 1 ZGB im Berner Kommentar (1962) ganz besonders betont. Dazu kommen Vorträge und Aufsätze; zuletzt der gewichtige Aufsatz in der (deutschen) Juristenzeitung 1981, 417 ff. «Strategische und taktische Aspekte der Fortbildung des Rechts». Unser Jubilar hat sich ein bedeutendes Verdienst um diesen Problemkreis gerade insofern erworben, als er nie zum Monomanen seines Themas geworden ist, sondern in der ihm eigenen Ausgewogenheit einem vorsichtigen Realismus gestattet hat, zum Bremser seines durchaus auch feststellbaren Idealismus für die Mission des Richters zu werden. So besonders deutlich im letzten Aufsatz, der den Richter in die Grenze der «taktischen» Rechtsfortbildung weist, die grundsätzlichen rechtspolitischen Themen jenseits der Grenze der geregelten Materien indessen als «strategische» Rechtsfortbildung dem Gesetzgeber vorbehält.

1. In allen diesen Arbeiten als Problem sehr wohl beachtet, ist doch das Rückwirkungsproblem in der Behandlung etwas am Rande geblieben: Die Gerichtspraxis kann das Vertrauen schaffen, es sei nun eine Rechtsfrage dauerhaft geklärt und dürfe planmässiger Vertragsgestaltung u. ä. zugrundegelegt werden. Eine Praxisänderung zerstört dieses Vertrauen und die Grundlagen der bereits vorliegenden Verträge u. dgl., d. h. abgeschlossener Gestaltungen durch die Rechtsunterworfenen. Denn Eigenart der Praxisänderung ist das *Fehlen einer Übergangsordnung*; sie gilt für alle noch nicht rechtskräftig entschiedenen

bzw. noch nicht durch Zeitablauf, Erfüllung etc. untergegangenen Verhältnisse. Die Praxisänderung hat *Rückwirkung*.

Dieses Problem scheint bis vor kürzerer Zeit indessen nicht als besonders brennend empfunden worden zu sein. Als 1949 HANS DUBS seine Basler Dissertation «Praxisänderungen» (Basler Studien zur Rechtswissenschaft Heft 27) erscheinen liess, wurde sie als eine neuartige induktive und äusserst subtile Darstellung sehr beachtet, doch wohl mehr als interessante wissenschaftliche Erkenntnis<sup>1</sup>.

Ähnlich gelassen wird das Problem behandelt beim dritten namhaften schweizerischen Autor<sup>2</sup>, OSCAR ADOLF GERMANN, der sich eingehend mit dem «Richterrecht»<sup>3</sup> befasst hat. Hier – wie bei MEIER-HAYOZ und DUBS – mündet die Problematik der Rechtsunsicherheit nur in eine Mahnung zu Zurückhaltung mit Praxisänderungen, um hier grob zusammenzufassen, worauf wir zurückzukommen haben.

Ganz anders drängend der Aufsatz von KARL SPIRO, Praxisänderung und Rückwirkung, ZSR 1981 I 145 ff.! Er ist erschienen, als der Entschluss zum vorliegenden Beitrag bereits gefasst war, hat diesem aber den vorgesehenen Titel entwunden. SPIRO beklagt bitter die Rückwirkung von Praxisänderungen, doch zielt sein Aufsatz hauptsächlich auf zwei Unterthemen, welche vorliegend nicht im Zentrum stehen sollen: Einmal geht er nicht von einer höchstrichterlichen Praxisänderung aus, sondern von einer erstmaligen höchstrichterlichen Festlegung, welche einem lange dauernden lokalen Gebrauch mit zahllosen Anwendungsfällen (im Mietrecht) widerspricht. Er legt also mit Recht den Finger auf die Tatsache, dass nicht nur eine Praxisänderung des Bundesgerichts unser Problem schafft, sondern jedes Präjudiz (es kann auch ein unterinstanzliches sein), welches eine irgendwie gebildete *communis opinio* (auch sie kann von unterinstanzlichen Urteilen herühren) zerstört. Ferner prüft SPIRO die wichtigen Fragen, ob wenigstens insofern eine Erleichterung eintrete, als nach der Praxisänderung

<sup>1</sup> So in der Erinnerung des Verfassers, welche sich aber beim Nachschlagen der Rezensionen in SJZ und ZbJV (nichts in ZSR) bestätigt hat.

<sup>2</sup> Der *älteste* Autor scheint dagegen zu sein P. WOLF, Das Verhalten des Bundesgerichts zu seiner eigenen Praxis, SJZ 1904/05, 97 ff., der die «Kultivierung der Präjudizien» beklagt und zur Feststellung der präjudiziellen Tragweite (mit Recht) eine eingehende Urteilsanalyse empfiehlt.

<sup>3</sup> Dieses Kapitel in seiner Sammlung, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2. A., Bern 1967, wo eine ganze Reihe von Aufsätzen verarbeitet ist.

nicht kondiziert bzw. auf keinen Vergleich zurückgekommen werden dürfe. Beides muss SPIRO de lege lata verneinen; es wäre denn, seinem Postulat einer Nichtrückwirkung diesbezüglich würde entsprochen.

2. Wieder zurück zum Hauptproblem der höchstrichterlichen Praxisänderung seien zunächst einige Fälle evoziert, welche jedenfalls beim Verfasser den Eindruck haben aufkommen lassen, es sei Zeit, die Praxisänderung als Problem an den Hörnern zu packen.

a) Voran steht die doppelte Praxisänderung zum «Kartellverein»: In Abweichung von einer wiederholten Praxis aus den dreissiger Jahren, hat BGE 88 II 209 ff. einem Kartell sog. niederer Ordnung, d. h. ohne Syndikatsstelle zu gemeinsamem Vertrieb u. ä., das sich als Verein verstehen wollte, einen wirtschaftlichen Zweck im Sinne von ZGB 52 II, 59 II und 60 I zuerkannt und es daher als einfache Gesellschaft behandelt (ZGB 62). Der Entscheid erging in sorgfältigster Literatur- und Materialienauswertung und nach (knapperen) systematischen Erwägungen zu der richtigen Aufteilung der Personenverbindungen auf das Gesellschafts- und das Vereinsrecht, besonders mit Blick auf die zumutbare Publizität. Er enthält auch den Hinweis, dass bereits in BGE 76 II 294 und 82 II 307 die Genossenschafts- statt der Vereinsform als «sachlich richtiger» bezeichnet worden und somit eine gewisse Vorwarnung ergangen sei, von der wir noch sprechen werden.

In der Doktrin<sup>4</sup> haben etwa FRITZ VON STEIGER, GUTZWILLER und HEINI den Entscheid gutgeheissen (HEINI nicht ohne einige notwendige Ergänzungen aus einer stärker ratio legis-bezogenen Betrachtung), wie auch LIVER, der allerdings die Standfestigkeit der neuen Rechtsprechung unter praktischen Gesichtspunkten in Zweifel gezogen hat. Auch PIOTET hat nicht die alte Rechtsprechung für richtig angesehen, wohl aber für (auch) haltbar; darauf fusste dann seine Kritik, der Richter hätte die langjährige und im praktischen Leben tief verwurzelte Praxis nicht ändern dürfen, besonders wenn er die Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände gebührend mitberücksichtigt hätte.

LIVER wie PIOTET sollten recht behalten. Nur zwei Jahre später ist das Bundesgericht in BGE 90 II 333 zur alten Praxis zurückgekehrt,

<sup>4</sup> HEINI und GUTZWILLER ZSR 83 I 427 ff. bzw. 453 ff., LIVER ZbJV 1963, 329 ff., PIOTET JdT 1963 I 98 ff., vgl. auch 226 ff., F. VON STEIGER SAG 1962/63, 198 ff.

und zwar nicht, weil es die Auslegung in Band 88 für unrichtig gehalten hätte, sondern wegen praktischer Schwierigkeiten (bei gemischten Zwecken und bei der Wahl einer andern Form mit juristischer Persönlichkeit), mit (wohl politisch mitmotivierter) Rücksicht auf die Vereinigungen im Arbeitsbereich und wegen der Rechtssicherheit, unter Hinweis auf das Fehlen von Übergangslösungen bei Praxisänderung.

Für die Zwecke unseres Themas sollen nur folgende Punkte hervorgehoben werden<sup>5</sup>: Von den vielen aufgezählten Schwierigkeiten verschiedenen Gewichts wäre m. E. keine nicht derart lösbar gewesen, dass man nicht abzuwarten vermocht hätte, ob der Gesetzgeber zu einer (von LIVER und wohl auch HEINI postulierten) eigenen Rechtsform für Wirtschaftsverbände gelangt wäre – oder auch nicht. Hinsichtlich der Umwandlung in eine juristische Person des Handelsrechts fällt auf, dass das Bundesgericht zwar an der Genossenschaft mit Recht das zwingende Kopfstimmrecht bemängelt, bei der GmbH dagegen nicht rechtlich argumentiert, sondern bloss deren faktische Nichtbenützung festgestellt hat. Die in der ganzen Diskussion seltsam vernachlässigte GmbH ist aber nicht nur vom historischen Gesetzgeber den Kartellen empfohlen worden, sondern sie eignet sich dank ihrer Elastizität tatsächlich für Kartelle<sup>6</sup>, auch niederer Ordnung; nur das geringfügige Mindeststammkapital ist bei den letzteren nicht sehr sinnvoll. Doch bringt die GmbH eine Publizität und einen Mitgliederschutz, deren Fehlen den in der Praxis so geschätzten Vorteil des Vereins zum Teil ausmacht. Mit LIVER und GUTZWILLER bin ich der Überzeugung: Man hätte sich angepasst, wenn die einfache Gesellschaft im konkreten Fall nicht genügt hätte.

Von der Methode her betrachtet, hat das Bundesgericht die Auslegung im früheren Urteil gedeckt, somit eine *Lücke* hinsichtlich der geeigneten Rechtsform für Wirtschaftsverbände festgestellt<sup>7</sup> und dem Vereinsrecht gemäss gefüllt, dies aber – *wenn* die Auslegung stimmt, was der Vereinsform zugänglich ist – in Verletzung des numerus clausus der Gesellschafts- und Korporationsformen.

<sup>5</sup> Ausführliche Kritik: LIVER ZbJV 1965, 365 ff.

<sup>6</sup> Einzelheiten: W. VON STEIGER, Zürcher Kommentar, N 44 und 54 der Einleitung zur GmbH.

<sup>7</sup> Vgl. die Wendung in BGE 90 II 335 Mitte, wenn auch auf die vorletzte Praxis bezogen.

Und hinsichtlich der Praxisänderung: Nicht die doppelte Wende innert kürzester Zeit ist das frappanteste Phänomen, sondern dass *insgesamt* eine Praxisänderung aus praktischen Erwägungen (u. a. der Rechtssicherheit) entgegen der als richtig erkannten Auslegung verweigert worden ist; nur erlaubt die Zweistufigkeit die letztere Feststellung in einer Klarheit, welche bei einem einzigen Urteil kaum je möglich ist. Und dies in einem Fall, bei welchem eine Praxisänderung zwar einige Bewegung, doch keine irreparablen Schäden hervorgerufen hätte.

b) Ganz anders BGE 102 II 313 ff., der mit der über vierzigjährigen konstanten Praxis aufgeräumt hat, wonach die ehevertragliche Zuweisung des Vorschlags gemäss ZGB 214 III der Herabsetzung wegen Pflichtteilsverletzung nicht unterliege. Die Doktrin war allerdings schon lange geteilt, weil nicht leicht erklärbar war, warum sich die güterrechtliche Gestaltungsmöglichkeit dermassen hart am hochgehaltenen erbrechtlichen Pflichtteil stossen dürfe. HORST ALBERT KAUFMANN aber hat in seiner neuen, umfassenden Publikation<sup>8</sup>, welche alle Einzelheiten belegt, u. a. nachgewiesen, dass EUGEN HUBER selber ohne Zögern im Sinne der alten Praxis gutachtlich entschieden hatte. Doch brauchen wir für unsere Zwecke in diesem Fall materiell nicht weiter zu gehen. Wichtig für uns ist nur, dass das Bundesgericht *ohne ein einziges Wort zur Rechtssicherheit* einen Entscheid mit Rückwirkung auf alle bereits abgeschlossenen (und nicht rechtskräftig beurteilten bzw. in den Rechtsbehelfen noch nicht verjährten) einschlägigen Eheverträgen getroffen hat, welche auf mehrere Zehntausend geschätzt werden, und zu denen es keinerlei Korrekturmöglichkeiten mehr gibt, wenn einer der Ehepartner bereits verstorben oder urteilsunfähig geworden ist. Mit andern Worten: Eine im Vergleich mit den «Kartell-Vereinen», bei denen viel Rücksicht auf das Vertrauen in eine etablierte Praxis genommen worden ist, ungleich schwererwiegende Situation<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Die Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten und die pflichtteilsrechtliche Herabsetzung, Bern 1981.

<sup>9</sup> Vgl. die Kritik im Urteil des Zürcher Obergerichts vom 22. 1. 1980 (SJZ 1980, 105 ff.). – In einem bestätigenden Entscheid vom 29. 12. 1980 (Pra 1981 Nr. 78) hat dann das Bundesgericht auf den Vorwurf der Rechtsunsicherheit geantwortet, nach vier Jahren müsste eine Umkehr noch mehr Unsicherheit schaffen. – Auch hier ein gewisser Gegensatz zu den «Kartell-Vereinen».

Noch ein Aspekt ist für uns lehrreich: Dank dem grossen Aufsehen und der präjudiziellen Breitenwirkung konnte Nationalrat Kaspar Meier im Jahr darauf, 1977, mit Erfolg eine Einzelinitiative im Sinne der alten Praxis einbringen, die dann allerdings 1979 im Ständerat steckenblieb, weil es dieser, im Einklang mit dem Bundesrat, vorzog, die Frage in die ohnehin bevorstehende Revision des ehelichen Güterrechts zu integrieren. – Selbst wenn wir von der letzteren Besonderheit noch absehen, ist damit zu belegen, dass die Lösung unseres Problems nach einem Urteil nicht innert nützlicher Frist vom Gesetzgeber erwartet werden kann, und es ist überdies zu vermuten, ein Urteil mit geringerer präjudizieller Breitenwirkung vermöchte das Parlament nicht so leicht in Bewegung zu setzen, selbst wenn sich ein Parlamentarier als Fürsprecher noch fände.

c) Wieder in einem gewissen Gegensatz zur Haltung des Bundesgerichts im Falle der Vorschlagszuweisung steht jüngst der BGE 107 V 1 ff., wo das Versicherungsgericht – übrigens *gegen* den Versicherten, also nicht zugunsten des Vertrauens aus bisheriger Praxis, mit wieviel AHV-Rente zu rechnen sein werde – der Praxisänderung die folgende Schranke gesetzt hat: «Au demeurant, un revirement de pratique pré-supposerait l'existence de motifs décisifs qui font défaut en l'occurrence: en principe, la sécurité du droit exige qu'une jurisprudence ne soit modifiée que si la solution nouvelle correspond mieux à la «ratio legis», à un changement des circonstances extérieures ou à l'évolution des conceptions juridiques (H. DUBS, «Praxisänderungen», pp. 138 ss; ATF 105 Ib 60 consid. 5 a; 100 Ib 71 consid. 2 c).»

Zu diesem Satz, den ich allerdings so kategorisch bei DUBS nicht zu finden vermag, sondern nur als Sammlung von Gesichtspunkten aus der Auswertung der Judikaturanalyse, und welcher ein Ausdruck des häufigen «Rezepts» zur Zurückhaltung ist, auf das wir zurückkommen müssen, sei schon hier so viel vermerkt: Es versteht sich, dass das Urteil des Richters stets auf der Rechtslage beruht, welche nach seiner *Überzeugung* die *richtige* ist, d. h. (bei Auslegung und kleinsträumiger Lückenfüllung) die ratio legis verwirklicht (nicht nur relativ, «mieux»!). Dann muss auch die Begründung (nach des Richters *Überzeugung*) notwendig «décisif» sein, und wenn das der Fall ist, braucht die Begründung keinen besonderen (quantitativen oder qualitativen) Anforderungen zu genügen, welche über die Richtlinie für *jede* Ur-

teilsbegründung hinausgehen, nämlich dass sie sogar den Unterlegenen zu überzeugen geeignet sein sollte. Der zitierte Passus sagt daher weniger als auf ersten Blick, scheint aber dennoch Ausdruck einer *besonderen* Schwelle für Praxisänderungen sein zu wollen<sup>10</sup>.

Das gilt auch vom oft zitierten BGE 84 II 83: «Von dieser Praxis wäre nur dann abzuweichen, wenn triftige sachliche Gründe eine solche Änderung geböten.» Abgesehen davon, dass diese dräuenden Worte als Einleitung zu einer harmlosen Erwägung, ohne Diskussion von Argumenten zugunsten einer Praxisänderung, entbehrlich gewesen wären, ist «triftig» noch eher zu schwach: Der Richter hat den für ihn *entscheidenden* Gründen zu folgen; ob er die Praxis beibehält oder ändert.

d) Eine andere Technik zur Vermeidung von Praxisschwankungen ist, die bestehende Praxis zu *Gewohnheitsrecht* zu erklären und das urteilende Gericht ohne weiteren Begründungszwang selber daran zu binden. So hat das Bundesgericht in BGE 98 II 20f. die alternative Berufung auf Grundlagenirrtum und auf Sachmängel nach einer allerdings etwa 45jährigen, mehrfach publizierten Praxis zu *Gewohnheitsrecht* erklärt, doch m.E. ohne je vertieft auf die beachtlichen Argumente der abweichenden Autoren eingegangen zu sein.

Es bleibe dahingestellt, ob in diesem Fall die Voraussetzungen von *Gewohnheitsrecht* erfüllt waren; immerhin scheint die neuere Tendenz dahin zu gehen, die klassische *opinio necessitatis* der faktischen Dauer und Konstanz unterzuordnen.

Doch sollte jedenfalls dieser Weg nur mit äusserster Zurückhaltung beschritten werden<sup>11</sup>. Dazu kommt aber, dass ein *Gewohnheitsrecht contra legem* (also auch gegen die richtig ausgelegte *ratio legis*) m.E. nur unter den Bedingungen der «Füllung» sog. unechter Lücken (Gesetzeskorrektur) zulässig ist, nämlich bei grundlegend geänderten Umständen, welche die gesetzliche Lösung schlechthin unannehmbar machen<sup>12</sup>. Abgesehen von diesem qualifizierten Sachverhalt, eignet sich somit *Gewohnheitsrecht* nicht, eine umstrittene Auslegung kurzerhand zu tranchieren und der besseren Einsicht den Weg zu ver-

<sup>10</sup> Besonders unnötig ist die Formel in Pra 1982 S. 59 (EVG 21.4.1981), wenn zugunsten der Versicherten die *Generalklausel* «grosse Härte» anders konkretisiert wird.

<sup>11</sup> Vgl. auch MEIER-HAYOZ ZGB I N 249.

<sup>12</sup> Mit Judikaturnachweisen: BÄR, Zeitgemässes Recht, Berner Rektoratsrede 1973, 25f.

bauen, sondern nur zur Verstetigung einer Praxis zur Füllung eher grossräumiger echter Lücken, für welche dem Gesetz kein deutlicher Wertungsgesichtspunkt entnommen werden konnte (vgl. ZGB I II). Somit wäre im zitierten Urteil die Berufung auf Gewohnheitsrecht unzulässig gewesen. Das Bundesgericht hat – offenbar vom richtigen Gefühl geleitet – in BGE 102 II 103 festgestellt, es erübrige sich, im konkreten Fall auf die Kritiken zugunsten exklusiver Geltung der Sachgewährleistungsregeln einzugehen. Grundsätzliche Bereitschaft immerhin! Bei dieser Begründung kann das Bundesgericht nicht so recht an gewohnheitsrechtliche Geltung glauben.

In die Nähe scheint mir BGE 102 Ia 468 ff. (Kirchensteuerpflicht juristischer Personen) zu kommen, das die 1878 begründete Praxis ungewöhnlich stark mit rechtstraditionellen Erwägungen verteidigt hat, obwohl dem Argument, die juristische Person habe keinen Glauben, folglich keine Glaubensfreiheit, eine gegenteilige Konsequenz geradezu aus den Augen leuchtet.

e) Das in unserem Zusammenhang bekannteste Phänomen der Gerichtspraxis, das künftigen Härten von Praxisänderungen sogar zuvorzukommen vermag, ist die *Vorwarnung*. Sie kann sich in einem schlichten «Offenlassen» äussern, wobei aber erst die Urteilsanalyse ergibt, ob es sich nur um eine bequeme Formel handelt oder die ernstliche Absicht herausgelesen werden darf, die Praxis in Frage zu stellen, sobald sie in einem nächsten Fall streitentscheidend werden sollte. Ist das Problem bereits scharf formuliert, wird man sich eher auf eine Überprüfung gefasst machen, und das kann sich stufenlos steigern bis zum offensichtlich gewollten «Warnschuss» mit bereits deutlicher Sympathie für eine neue Lösung<sup>13</sup>. Allerdings kann sich die Zusammensetzung im Richterghremium ändern, doch wenn wir davon absehen, ist die durch die Vorwarnung geschaffene Unsicherheit einer falschen Sicherheit vorzuziehen, sofern das Gericht bei seinen Urteilsformulierungen darauf achtet, keine Zweifel zu säen, wo es ernstlich gar nicht zweifelt.

Nur ist der Nutzen durch einen Umstand beschränkt, für welchen die Gerichte nichts können: den geringen Judikaturanfall in einem

<sup>13</sup> Sehr deutlich BGE 107 II 43 betr. Einsichtspflicht eines Gebrauchtwagenhändlers ins Eigentumsvorbehaltsregister.

kleinen Land, der bewirkt, dass bei uns Fragen der höchstrichterlichen Klärung harren, welche z. B. in Deutschland vielfach entschieden sind. Wenn z. B. BGE 84 II 363 f. einen deutlichen Warnschuss zu BGE 67 II 127 (Abstraktheit der Zession) abgegeben hat, warten wir nun seit über 20 Jahren – bei zunehmend kontroverser, aber auch differenzierterer Doktrin – auf die Überprüfung.

Die Vorwarnung ist allerdings nur ein Zufallsvorteil, weil abhängig davon, ob sich die betreffende Frage sozusagen am Wege einer Urteils-motivation findet, als nicht streitentscheidendes Element. Es ist sogar legitim, wenn das Bundesgericht als obiter dictum eine notorisch unsichere Frage klärt, sofern Gewähr besteht, dass sie mit dem gleichen Ernst beschieden wird wie eine streitentscheidende<sup>14</sup>. Es müsste also die allgemein gebotene Vorsicht gegenüber obiter dicta unnötig sein.

Von hier aus mag noch eine Erscheinung am Rande unseres Themas des Vertrauens in Judikatur beleuchtet werden: Auch wo es um Streitentscheidung geht, führt gelegentlich die Argumentenhäufung dazu, dass einzelne Argumente das Gewicht eines blossen obiter dictum haben, weil sie doch mehr nur «dazu genommen» werden<sup>15</sup>, und dann später das Vertrauen in die präjudizielle Tragweite ebenfalls enttäuschen müssen. Keineswegs möchte ich jedoch behaupten, es wären schon Urteile vorgekommen, deren ratio decidendi allein aus der Häufung halbbatziger Argumente bestanden hätte, nach der Formel halb plus halb gleich ganz.

Fest steht wiederum die Gefahr, dass Urteile zu einem nicht typischen Tatbestand gefällt werden (besonders wenn er eklatant «stossende» Elemente enthält), doch die Erwägungen generell gehalten sind und entweder Präjudizialität vortäuschen (besonders bei eleganten, separat zitierbaren Grundsätzen) oder aber – bei Festhalten am Grundsatz – zu einer Fehlentwicklung führen. So bin ich überzeugt, dass uns die aktien- wie wertpapierrechtlich m. E. unhaltbare<sup>16</sup> sog. Spaltung der Rechte aus vinkulierten Namenaktien erspart geblieben

<sup>14</sup> Vorkommen vor allem, wenn nicht eingetreten und zum Trost begründet wird, warum auch materiell negativ geurteilt worden wäre; z. B. BGE 105 Ia 21.

<sup>15</sup> Z. B. in BGE 90 II 343 ff. (zum Thema von vorne lit. a) die Erwägung 6, wozu die richtige Kritik von LIVER ZbJV 1965, 367.

<sup>16</sup> Ausführliche Kritik durch den Verfasser in ZSR 1966 II 321 ff.

wäre, wenn der Sachverhalt von BGE 83 II 302 ff. nicht dermassen den Sinn für Anstand schockiert hätte, und statt dessen eine schlichte Nichtgenehmigung einer Aktienübertragung zu beurteilen gewesen wäre.

Als weitere Grenzerscheinung sei noch darauf hingewiesen, dass etwa in BGE 88 II 174 eine nicht ganz unumstrittene Frage von grosser Tragweite erstmals entschieden worden ist (Aktionärbindungsvertrag), wobei die allgemeinen Wendungen an der Präjudizialität keinen Zweifel lassen (und dieses Urteil in der Literatur entsprechend generell zitiert wird), die Tiefe der Erwägungen dem Problem jedoch nicht adäquat ist<sup>17</sup> und daher bei genauem Studium gewisse Zweifel an der Tragweite übrig lassen. – Dass die blosser Erwähnung z. B. eines Vereinbarungsinhalts als Faktum im Laufe eines Urteils keine rechtliche Billigung bedeutet, wenn die Gültigkeit nicht Voraussetzung der entscheidenden Frage ist, versteht sich. Eine Unsicherheit bei der Judikaturauswertung kann jedoch entstehen, wenn mangels eines beiläufigen, ausdrücklichen Vorbehalts in den Motiven auf eine «Sympathie» des Gerichts für diesen z. B. Vereinbarungsinhalt herausgelesen werden könnte. – Fazit dieser nur ergänzenden Betrachtung ist die hohe Bedeutung der Urteilsanalyse, aber auch die Gefahr, um jeden Preis ein Orakel zu suchen.

f) Vom Gedanken der Vorwarnung her findet sich sogar ein Ansatz zu einem gerichtlich angeordneten *Übergangsrecht*: In BGE 104 Ib 1 ff. ging es darum, dass der Bund einen Schadenersatzanspruch gegen einen Beamten mit dessen Lohnanspruch verrechnet hatte, um ihm damit die Klägerrolle zuzuschieben, sofern er die Ersatzpflicht nicht anerkennen wollte. Das entsprach BGE 89 I 417, doch schon in BGE 102 Ib 107 hatte das Gericht eine Überprüfung in Aussicht gestellt. Diese unterblieb diesmal noch, *weil* der Bund die Verrechnung erklärt hatte, *bevor* der BGE 102 Ib 107 publiziert wurde, also noch vor dem «Warnschuss».

Es mag dahingestellt bleiben, ob das der richtige Anlass war, der Rechtssicherheit zu dienen, und wahrscheinlich spielte die Prozessökonomie herein, da die Klage des Beamten auf Feststellung der Nichtschuld nun einmal hängig war und auch geschützt werden

<sup>17</sup> Vgl. etwa die Andeutungen des Verfassers in ZSR 1966 II 499 ff.

konnte. Doch der Ansatz ist bemerkenswert: Bereits die konkreten Prozessparteien sollen nicht erschreckt werden; nur wäre dann das sachlich richtige Verfahren, zunächst die Überprüfung vorzunehmen und sodann in Beachtung der Interessen aller Beteiligten zu begründen, warum ausnahmsweise die Konsequenzen (noch) nicht gezogen werden sollen. Man wird einwenden, dazu fehle dem Richter die Berechtigung. Wir werden darauf zurückkommen, wollen aber feststellen, dass in BGE 104 Ib 1 ff. nichts anderes getan worden ist, denn der Tenor scheint mir die Neigung zu einer Praxisänderung recht klar zu machen. Nur hat man nicht *expressis verbis* die zukünftige Stellungnahme festgehalten.

Mindestens in der Tendenz «anders herum» hat sich BGE 103 Ia 455 ff. um den Vertrauensschutz gekümmert: Einem Beamten wurde in Verschärfung der bisherigen Praxis die Bewilligung einer Ausnahme zur Residenzpflicht verweigert; ohne Verstoss gegen BV 4. So wurde ihm zwar bei der Anstellung – noch unter der largeren Praxis – gesagt, die Bewilligung werde kaum auf Schwierigkeiten stossen. Das war indessen keine Zusicherung, und der Beamte kannte das Problem. Deshalb war auch der voreilige Kauf einer Liegenschaft keine schützenswerte Disposition. Die Beschwerde wurde abgewiesen, doch hinzugefügt: «Dem Stadtrat wird deshalb nahegelegt, bei der Behandlung der in diese Übergangszeit fallenden Gesuche die besondere Lage der durch die Praxisänderung Betroffenen zu berücksichtigen.» Vermutlich absichtlich offen blieb, ob dies dem Stadtrat auch hinsichtlich des Beschwerdeführers «nahegelegt» war. Wenn ja, wäre der Weg zu einer Übergangsordnung gewiesen und doch die willkommene rechtliche Klärung der Residenzpflicht erfolgt.

Einen andern interessanten Ansatz finden wir in AGVE 1979, 103 ff.: Das aargauische Verwaltungsgericht hob den die Kostendeckung weit überschreitenden Grundbuchtarif (nicht aber das Dekret als solches) im prinzipialen Normenkontrollverfahren auf, was gemäss § 72 Abs. 2 des aargauischen Verwaltungsrechtspflegegesetzes zur Aufhebung *erga omnes* führte. Da nun zwar die Gebührenpflicht feststand, nicht aber die Höhe, «empfahl»<sup>18</sup> das Gericht dem Regierungs-

<sup>18</sup> Vgl. noch den «originellen Weg zwischen Kassation und blossem Appell zu verfassungskonformer Anwendung des Gesetzes» (J.P. MÜLLER, ZbJV 1981, 198) in BGE 105 Ia 330: Tarif nur im Übermass aufgehoben, im zulässigen Minimum aufrecht erhalten.