

---

# 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 Professor an der Universität Bern Praxisänderung und Rechtssicherheit .....	I
--	---

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

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

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

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

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

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

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

HERIBERT RAUSCH, Dr. iur., LL. M. Privatdozent an der Universität Zürich, Rechtsanwalt in Zürich Umfang der grundpfandrechtlichen Sicherung nach ZGB Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 im Falle des Nachlassvertrages mit Vermö- gensabtretung . . . . .	297
HEINZ REY, Dr. iur. Privatdozent an der Universität Zürich Präventiver Eigentumsschutz und atomare Entsorgung . . . . .	309
FRITZ RITTNER, Dr. iur. Professor an der Universität Freiburg i. Br. Rechtsperson und juristische Person – Einige Gedanken . . . . .	331
WALTER R. SCHLUEP, Dr. oec., Fürsprecher und Notar Professor an der Universität Zürich, Präsident der Kartellkommission Über privatrechtliche Freiheit und Verantwortung des kartell- ähnlichen Konzerns . . . . .	345
FRANK VISCHER, Dr. iur., Rechtsanwalt Professor an der Universität Basel Zum Gesamtarbeitsvertrag in der schweizerischen Wirtschafts- ordnung . . . . .	395
ROLF H. WEBER, Dr. iur., Rechtsanwalt in Zürich Ökonomische Rationalität und Vertragsrecht . . . . .	419
HARRY WESTERMANN, Dr. iur. Professor an der Universität Münster Verletzung der Geschäftsführungsmacht und -pflicht durch Wil- lenserklärung organschaftlicher Vertreter von Handelsgesell- schaften gegenüber Gesellschaftern . . . . .	445
HERBERT WOHLMANN, Dr. iur., Rechtsanwalt Lehrbeauftragter an der Universität Zürich, Rechtskonsulent in Basel Zur funktionalen Auslegung im Kartellrecht . . . . .	461
ROGER ZÄCH, Dr. iur., Rechtsanwalt Professor an der Hochschule St. Gallen Postulate zur Bestimmtheit gesetzlicher Regelungen und der Entwurf des neuen Eherechts . . . . .	475

DIETER ZOBL, Dr. iur., Rechtsanwalt Stellvertretender Direktor der Zürcher Kantonalbank, Privatdozent an der Universität Zürich Zur Rechtsfigur der Anwartschaft und zu deren Verwendbarkeit im schweizerischen Recht . . . . .	495
MARTIN ZWEIFEL, Dr. iur. Präsident der Steuer-Rekurskommissionen des Kantons Zürich Von der Wahrheitsermittlung zur Wahrscheinlichkeitsermittlung	527
Verzeichnis der Veröffentlichungen von Professor Arthur 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., 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 <b>chuldbetreibung</b> 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 <b>Law Review</b> (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	<b>Europäische</b> Gemeinschaft(en)
EMRK	<b>Konvention</b> 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 = UN-Kommission für Internationales Handelsrecht
UN-EcoSoC	United Nations Economic and Social Council, New York = Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen
Univ. Chic.	University of Chicago
U.S.	Fallrechtssammlung des Obersten Gerichtshofes (Supreme Court of the U.S.)
UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 30. September 1943
VersRdSch	Die Versicherungsrundschau, Zeitschrift der österreichischen Ge- sellschaft für Versicherungsfachwissen (Wien)
VGH	(Deutscher) Verwaltungsgerichtshof
VK	Vorbehaltskäufer
VKK	Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission (Zü- 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 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 Wirtschaftsrecht mit Einschluss des Sozial- und Arbeitsrechts (Zürich)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Düsseldorf)
WuW/E EWG/	Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung, Europä- ische Wirtschaftsgemeinschaft/Montanunionsvertrag (Düsseldorf)
MUV	
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuch- 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 HUMBOLDTS 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 Richtergremium 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.