

Durch die Judikatur erzeugte Rechtsnormen

Beitrag zu diesen Problemen
von Prof. *O. A. Germann*

Schulthess Polygraphischer Verlag
Zürich 1976



© Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1976
Printed in Switzerland
Buchdruckerei Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich
ISBN 3 7255 1784 3

Vorwort

Dieser wissenschaftliche Beitrag beschränkt sich meist auf schweizerisches Bundesrecht. Im Abschnitt III betreffend Präjudizien schien es mir jedoch zweckmässig, weiter ausholend die Grundzüge des englischen Präjudizienrechts und des davon beeinflussten Rechts anderer Länder einzubeziehen.

Inhaltsübersicht

I

Grundlagen des schweizerischen Bundesrechts, besonders der Judikatur, als Einführung zum Problem: Bedeutung der Judikatur über den Fallentscheid hinaus.

II

Zum Artikel 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuchs.

III

Das Präjudiz als Grundlage der Erzeugung einer Rechtsnorm. Vorerst nach englischem und davon beeinflussten Recht anderer Länder, dann erst insbesondere nach schweizerischem Recht.

IV

Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit als Grund für die normierende Bedeutung von Präjudizien sowohl als einer ständigen Rechtsprechung.

V

Primat des geltenden Gesetzesrechts und des hiefür verbindlichen internationalen Rechts als Schranke der normierenden Bedeutung von Präjudizien.

VI

Gründe für das Abweichen von Präjudizien, auch von einer ständigen Rechtsprechung: «Praxisänderung».

I

Das Bundesrecht der Schweiz beruht auf Normen, welche gemäß Verfassung im Lauf der Zeit durch entsprechende Gesetze geschaffen worden sind, oft noch ergänzt durch Verordnungen der hiefür zuständigen Behörden.

Die Verfassung, in der Bundesrepublik Deutschland als «Staatsgrundgesetz» bezeichnet, ist dies auch nach schweizerischem Bundesrecht. Darin sind unter anderem die Grundzüge der Organisation und Zuständigkeit der obersten Behörden unseres Bundesstaates verankert, auch des Bundesgerichts. Den Ausdruck «Grundgesetz» hat bereits eine Proklamation der schweizerischen Bundesversammlung vom 8. April 1872 gebraucht im Hinblick auf die Bundesverfassung vom 12. Juni 1874, welche — seither geändert und ergänzt — jetzt noch gilt.¹ Bedeutsam für meinen Beitrag sind besonders Art. 106 ff. über Organisation und Befugnisse des Bundesgerichts.

¹ Bundespräsident *Brugger* hat dies beiläufig erwähnt in seiner gehaltvollen Ansprache zur Hundertjahrfeier dieser Bundesverfassung, wiedergegeben im 1. Halbband 1974 der Zeitschrift für schweizerisches Recht (weiterhin abgekürzt ZSR). Im folgenden wird die von der Bundeskanzlei herausgegebene Fassung der BV mit den Änderungen und Ergänzungen bis Ende 1971 zitiert.

In bezug auf die Gesetzesnormen der Schweiz mit einer einheimischen Bevölkerung verschiedener Sprache gelten die Texte deutscher, französischer und italienischer Sprache bundesrechtlich als gleichwertig: die Bundesverfassung bezeichnet in alinea 2 des Art. 116 diese 3 Sprachen als «Amtssprachen des Bundes».² Sogar für den Fall, daß bei der Abstimmung über ein Gesetz im Nationalrat und Ständerat der italienische Text noch nicht vorlag, hat das Bundesgericht diesen für die Gesetzesauslegung als gleichwertig erklärt.³

Die Judikatur des Bundesgerichts bietet die Gewähr einheitlicher Anwendung des Bundesrechts: BV Art. 110 ff./114. Nach Art. 16 des Bundesgesetzes betr. Organisation der Bundesrechtspflege von 1943 darf eine Abteilung des Bundesgerichts nur dann abweichen vom Entscheid der Rechtsfrage einer andern Abteilung oder des Gesamtgerichts, wenn die betreffende Abteilung oder das Gesamtgericht zustimmt^{4, 5}.

² Speziell zum italienischen Text als Grundlage der Interpretation des schweizerischen Gesetzesrechts Prof. *Augusto Bolla*, Beitrag zur Festgabe der Berner Fakultät für den schweizerischen Juristenverein 1955, S. 56 ff.

³ Das gilt auch für das Strafrecht, das auf dem Grundsatz beruht «nullum crimen sine lege»: BGE 69 IV 179 ff., 92 IV 180 ff., 101 IV 137 ff. und 141 ff.

⁴ Vgl. z. B. BGE 69 II 172 ff./175 und 84 IV 164 ff./166 betr. Zustimmung der andern Abteilung; BGE 52 II 30 ff. betr. Zustimmung des Gesamtgerichts, welches hier jedoch keinen Widerspruch feststellte, nur eine zu weite Formulierung des früheren Urteils.

Nach Art. 43 al. 2 des Gesetzes betr. Organisation der Bundesrechtspflege gilt das Bundesrecht als verletzt, wenn ein «ausdrücklich ausgesprochener oder daraus sich ergebender Rechtssatz nicht oder nicht richtig angewendet worden ist»; hierfür genügt danach Unvereinbarkeit mit der sinngemäßen Auslegung des betreffenden Bundesgesetzes.

⁵ Das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege wird in dieser Publikation, wie die weiteren Gesetze dieser Art, auch das Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege, gemäß der seither teilweise revidierten Fassung nach dem Stand Ende 1969 zitiert, herausgegeben von der Bundeskanzlei 1970.

II

In der Schweiz und deren Nachbarstaaten wurde noch zu Beginn dieses Jahrhunderts davon ausgegangen, daß erst die «ständige Rechtsprechung» in einer von den Gesetzesnormen und deren sinngemäßer Auslegung offen gelassenen Frage normbildend sich auswirken könne¹. Man sprach von «Gerichtsgebrauch» als Ansatz für die Bildung von Gewohnheitsrecht.

Ist jetzt noch dieser Gesichtspunkt bedeutsam für unser geltendes schweizerisches Recht in bezug auf das Zivilgesetzbuch von 1907, welches im Abs. 2 des Art. 1 das Gewohnheitsrecht als subsidiäre Rechtsquelle vorsieht?²

Falls kein Gewohnheitsrecht vorliegt, soll der Richter «nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber auf-

¹ Hierüber mit Zitaten aus der schweizerischen, deutschen und italienischen Rechtsliteratur die 2. Auflage meines Buches «Probleme und Methoden der Rechtsfindung» (1967) S. 268.

² Dazu Prof. *Arthur Meier-Hayoz* im Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Art. 1 ZGB (1962), besonders N. 248 ff.; betr. «Richterrecht» N. 251 ff. — Vgl. ferner Prof. *Claude Du Pasquier*, *Les lacunes de la loi et la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse sur l'art. 1^{er} du Code civil suisse*: er hat die Judikatur zum Art. 1 eingehend verarbeitet (p. 11 sv.), besonders in Fällen eigentlicher Gesetzeslücken (p. 19 sv.).

stellen würde»³. Der Richter hat dabei «bewährter Lehre und Überlieferung» zu folgen.⁴ Dem französischen und italienischen Text des Gesetzes, welche hier präziser sind als der deutsche Text, läßt sich entnehmen, daß der Richter außer der bewährten Lehre die Rechtsprechung zu berücksichtigen hat⁵. Die Judikatur des schweizerischen Zivilrechts entwickelte danach ein Präjudizienrecht ähnlich den andern Rechtszweigen.

Im Hinweis des Art. 1 unseres ZGB auf die Methode des Gesetzgebers liegt ein für alle Rechtszweige vorbildlicher Grundgedanke: der Richter soll auch im Rahmen des Gesetzes nicht nach Gutfinden des Einzelfalls entscheiden, sondern nach generellen Gesichtspunkten wie der Gesetzgeber.⁶

³ Hierüber eingehend schon die Habilitationsschrift von *A. Meier-Hayoz*, *Der Richter als Gesetzgeber* (Zürich 1951), mit vielseitiger Verarbeitung der juristischen Literatur und Judikatur.

⁴ Vgl. dazu Prof. *Meier-Hayoz* im *Berner Kommentar* N. 423 ff.

⁵ Hierüber Prof. *Meier-Hayoz* im *Berner Kommentar* N. 466—468.

⁶ In diesem Sinn Prof. *Peter Noll*, S. 268 ff. der *Festschrift des schweizerischen Juristenvereins zum Centenarium der Bundesverfassung* (1974). Entsprechend im Abschnitt «Richterrecht» meines Buches «Probleme und Methoden der Rechtsfindung», 2. Aufl. (1967) S. 249 ff.

III

Kann bereits ein einzelnes Präjudiz normbegründend sich auswirken?

Ich äußerte mich darüber eingehend in meinem Gastvortrag an der Universität Uppsala (Schweden): auf Einladung des Dekans der juristischen Fakultät, Prof. *A. Malmström*. Sein Inhalt — von mir vorher noch durchgesehen — wurde publiziert unter dem Titel «Präjudizien als Rechtsquelle» (1959)¹.

Dort wurde zunächst hingewiesen auf die große Bedeutung der Präjudizien des englischen Höchstgerichts. Dieses ist nach neuerem Recht selber an seine Präjudizien gebunden (ausdrücklich seit einem Urteil von 1898, tatsächlich schon etwas früher). Für die Judikatur der untern Gerichte sind dessen Präjudizien verbindlich².

¹ Heft II der *Acta Instituti Upsaliensis Iurisprudentiae Comparativae*.

² «binding authority»: *Gray*, *The nature and sources of the law*, 2^d ed., p. 211 und 243. Hierüber im Vortrag auch unter Bezug auf *Allen*, *Law in the making*, *Hanbury*, *Modern Equity*, *Pollock*, *A first book of jurisprudence*, *Salmond*, *Jurisprudence*. — Entsprechend in der 8 Jahre später erschienenen 2. Auflage meines Buches «Probleme und Methoden der Rechtsfindung» S. 232/233 mit Hinweisen auf die gleichen und einige neuere Publikationen zur englischen Judikatur.

Die Bedeutung der Präjudizien ist im englischen Recht besonders groß, weil wichtige Fragen dort überhaupt nicht gesetzlich geregelt sind; das Gesetzesrecht (statute law) beschränkt sich im englischen Recht auf Spezialgebiete, für welche das überlieferte «Common law» als ungenügend sich erwiesen hat.³

In den skandinavischen Staaten ist die Kenntnis des englischen Rechts und dessen Einfluß auf die Rechtswissenschaft weit mehr verbreitet als in andern Ländern des europäischen Kontinents. So wurde z. B. vom dänischen Prof. *Knud Illum* in seinem Beitrag «on the method of legal science and on legal reasoning» schon zu Beginn darauf hingewiesen, daß neben der Gesetzgebung die Präjudizien als die wichtigste Rechtsquelle gelten: *Scandinavian studies in law* (1965) p. 51/52.

Das englische Präjudizienrecht hat ferner in beschränktem Ausmaß das anglo-amerikanische Recht mitbestimmt: vgl. dazu *Pound*, *The development of American law and its deviation from English law* (1951).⁴ Im Gegensatz zum englischen Recht gilt dort nicht die grundsätzliche Bindung an Präjudizien des

³ Über den Unterschied des Rechts von Schottland, das dem kontinentaleuropäischen Recht näher steht als das englische, findet man Aufschluß S. 171 ff. des «*Journal of the Law Society of Scotland*» vom Mai 1976.

⁴ Hierüber auch *Wengler*, *Anpassung des englischen Rechts durch die Judikatur in den Vereinigten Staaten*, Festschrift Rabel I (1954) S. 39 ff.

Höchstgerichts⁵. Das schließt nicht aus, daß doch in der Regel daran festgehalten wird.⁶

Im Vortrag an der Universität Uppsala wurde beigefügt, bei meiner Analyse der schweizerischen Judikatur habe sich gezeigt, daß auch in dieser die Präjudizien für die Weiterbildung des Rechts von großer Bedeutung sind.⁷ Hervorgehoben wurde die besondere Bedeutung der Präjudizien bei Lücken des Gesetzesrechts, etwa sogenannten Innominatkontrakten z. B. Trödelvertrag (BGE 55 II 39 ff., 69 II 110 ff.), auch im Prozeß- und Vollzugsrecht (BGE 74 I 105 und IV 190).

Das schweizerische Bundesgericht nimmt in seinen Urteilen jeweils Bezug auf seine frühern Urteile zur gleichen Rechtsfrage, auch auf seinerzeit unveröffentlichte Präjudizien, die weder den Parteien des neuen Rechtsstreits noch den Lesern der publizierten Urteile zugänglich sind⁸. Nicht selten bezog sich das Bundes-

⁵ *Gray* l. c. p. 242; *Pollock* l. c.

⁶ Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2. Aufl., S. 232; dort auch der Hinweis darauf, daß die Präjudizien gleichgeordneter Gerichte mindestens als beachtenswert gelten («entitled to careful consideration»).

⁷ Vgl. bereits S. 28—30 meiner Monographie von 1919 «Rechtfertigung des Rechts». Besonders zu verweisen ist ferner auf meinen Beitrag zuhanden der ZSR: «Präjudizielle Tragweite höchstinstanzlicher Urteile, insbesondere der Urteile des schweizerischen Bundesgerichts», ZSR 1949 S. 297 ff. und 423 ff.

⁸ ZSR 1949 S. 303 mit Zitaten aus verschiedenen Rechtszweigen. Dort findet man auch den Hinweis, daß vom Bundesgericht oft nur

gericht sogar ausschließlich auf unveröffentlichte Präjudizien, ohne den dafür maßgeblichen Standpunkt sachlich weiter zu begründen.⁹

Das Bundesgericht hat sich oft auf seine «ständige Rechtsprechung» berufen. Das bedeutet eine zusätzliche Gewähr für das Festhalten am Präjudiz in den weitern gleichartigen Fällen, da die seitherige Judikatur nie veranlaßte, davon abzuweichen oder überhaupt seine Richtigkeit in Zweifel zu ziehen.¹⁰

Eingehend befaßte sich seither mit dem Präjudizienrecht das Kapitel «Richterrecht» in meinem Buch «Probleme und Methoden der Rechtsfindung», 2. Aufl. (1967) S. 227—277.¹¹

Hier sei das Wichtigste betreffend das schweizerische Recht zusammengefaßt.¹²

ein Auszug aus den Erwägungen veröffentlicht wurde, worin die präjudizielle Norm Begründung fand.

⁹ ZSR 1949 S. 303. Weitere BGE betr. unveröffentlichte Präjudizien findet man in der 2. Aufl. meiner «Probleme und Methoden der Rechtsfindung» (1967) S. 236, FN 23.

¹⁰ Aus der neusten Strafrechtsjudikatur vgl. z. B. BGE 101 IV S. 194 und 277.

¹¹ Auf das englische Recht und das der USA beziehen sich dort die S. 232/233, auf französisches, deutsches und italienisches Präjudizienrecht die S. 234/235.

¹² Besonders sorgfältig sind z. B. die Präjudizien für das Haftpflichtrecht verarbeitet von Prof. *K. Oftung* in der 4. Aufl. des Allgemeinen Teils (1975). — Eine Würdigung der Gerichtspraxis und der Präjudizien enthielt bereits die Habilitationsschrift von Prof. *A. Meier-Hayoz*, *Der Richter als Gesetzgeber* (1951) S. 276 ff.

Regelmäßig nahm das Bundesgericht auch weiterhin auf seine Präjudizien Bezug, gleichviel ob es daran festhielt oder ausnahmsweise davon abwich^{13,14}

Häufig bezog sich das Bundesgericht auf unveröffentlichte Präjudizien. In der Fußnote 23 der S. 236 meines Buches von 1967 ist auf die publizierten Bundesgerichtsurteile zwischen 1948 und 1964 hingewiesen, in denen das Gericht auf unveröffentlichte Präjudizien Bezug nahm: es sind sehr viele BGE der verschiedenen Rechtszweige. Diese Zitate bilden die Fortsetzung der entsprechenden BGE, welche schon im Beitrag für die ZSR 1949 von mir angeführt worden sind¹⁵.

Es sei hier noch erwähnt, daß in meinem Buch zum Gesetz von 1943 über den unlauteren Wettbewerb auch auf alle vorher zum OR Art. 48 hierüber publizierten Bundesgerichtsurteile bei den entsprechenden Artikeln Bezug genommen worden ist.

Auf Präjudizien ist oft auch in den kleineren schweizerischen Publikationen hingewiesen worden.

¹³ Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2. Aufl. (1967) S. 236.

¹⁴ Von Prof. *Hans Merz* ist in einem kürzlich besprochenen kartellrechtlichen Urteil des Bundesgerichts, dessen Entscheid er billigte, überzeugend gerügt worden, daß es (im Rahmen seiner allgemeinen Bemerkungen) von Präjudizien des Bundesgerichts ohne Begründung abgewichen ist: ZbernJV 1975, S. 94 ff./96; dazu grundsätzlich vom gleichen Verfasser «Das schweizerische Kartellgesetz» (1967) S. 48 ff.

¹⁵ S. 203 der ZSR 1949.

Einige Beispiele hierüber seien aus den kürzlich erschienenen Festschriften zum Centenarium des Bundesgerichtes angeführt.

In der Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten (1975) hat Prof. *Alfred Kuttler* auf den Beitrag der Präjudizien des Bundesgerichts zu den Grundsätzen der Raumplanung hingewiesen, welche nun im Bundesgesetz vom 4. Oktober 1974 geregelt wurden (Fußnoten der S. 178 ff.). So beziehen sich z. B. BGE 95 I 212 ff. und 216 ff. auf die schutzwürdigen öffentlichen und privaten Interessen bei der Linienführung einer Nationalstraße.

Auch für das Strafrecht ist die Judikatur des Bundesgerichts wegleitend, wie sich aus dem Beitrag von Prof. *Hans Schultz* ergibt (S. 231 ff., mit einzelnen kritischen Bemerkungen, z. B. betr. Präjudizien zum Art. 18 al. 2 des Strafgesetzbuchs).

Einen wertvollen kritischen Überblick über Präjudizien in der Judikatur des Bundesgerichts zur Problematik des Arbeitsvertrags gibt der knappgefaßte Beitrag von Prof. *Frank Vischer* (S. 431 ff.).¹⁶

Aus der Festschrift des schweizerischen Juristenvereins über die Rechtsmittel an das Bundesgericht (1975) sei

¹⁶ Zum internationalen Arbeitsvertragsrecht vgl. seine Bemerkungen betr. BGE 98 II 109 ff. im schweizerischen Jahrbuch für internationales Recht 1974, S. 285/286.

namentlich hingewiesen auf den Beitrag zur Problematik aufgrund des staatsrechtlichen Rekurses von Prof. *Blaise Knapp* (p. 207 sv.). — Über Anfechtungen von Strafurteilen beim Bundesgericht vgl. Beitrag von Prof. *Jörg Rehberg* (S. 353 ff.), zur Abgrenzung zwischen Tat- und Rechtsfragen bei der Berufung in Zivilsachen Beitrag von Dr. *Hans Dressler* (S. 41 ff.).

IV

Daß den *Präjudizien* über den Einzelfall hinaus Bedeutung zukommt, beruht auf den Grundsätzen der *Rechtsgleichheit* und der *Rechtssicherheit*.¹

Ähnlich hat Prof. *Eugen Huber* sich geäußert betreffend den «Gerichtsgebrauch» nach Art. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs².

Der Grundsatz der *Rechtsgleichheit* hatte seinerzeit in der Bundesverfassung von 1874, wie sich damals aus dem Zusammenhang ergab, vorab politische Bedeutung; doch lag darin bereits der Grundgedanke der *Rechtsgleichheit* im weitern Sinn des jetzt geltenden Art. 4 der BV, welcher auch die Bedeutung der *Präjudizien* beeinflusste.³

¹ Hierüber eingehend in der 2. Auflage meines Buches «Probleme und Methoden der Rechtsfindung» (1967) S. 246 ff., 253 und 271, unter Hinweis auf die für das englische *Präjudizienrecht* geltend gemachten analogen Vorzüge der «uniformity» und «certainty».

² *Eugen Huber*, *Recht und Rechtsverwirklichung* (1924) S. 436/437.

³ Zum Grundsatz der *Rechtsgleichheit* nach Art. 4 der jetzt geltenden BV eingehend die neuern staatsrechtlichen Publikationen: Prof. *Max Imboden*, *Schutz vor staatlicher Willkür* (1945); Prof. *J. F. Aubert*, *Traité de droit constitutionnel suisse* (1967) II, p. 642 sv.; Prof. *Peter Saladin* in der Festgabe zur Hundertjahrfeier des Bundes-

Verschiedenheiten von kantonalen Gesetzen im Rahmen ihrer Zuständigkeit verstoßen nicht gegen BV Art. 4; sie sind eine Konsequenz der föderalistischen Struktur unseres Staates: BGE 80 I 349, 91 I 491, 93 I 311 und 336.

Das Bundesgericht hatte sich 1901 schon mit einem staatsrechtlichen Rekurs zu befassen, der einen Verstoß gegen BV Art. 4 darin sah, daß die Vorinstanz von der Ansicht abgewichen ist, welche von ihm in einem frühern Fall seinem Urteil zugrunde lag: BGE 27 I 420 ff. Es äußerte sich dazu wie folgt (S. 424, Erw. 3): «La circonstance, qu'un tribunal abandonnant par des motifs, dont l'appréciation est de sa compétence, une jurisprudence antérieure pour lui en substituer une autre, ne saurait en aucune façon être assimilée à une violation du principe constitutionnel de l'égalité des citoyens devant la loi.» Da der staatsrechtliche Rekurs aufgrund von BV Art. 4 kein gewöhnliches Rechtsmittel ist, sondern dazu dient, offenbare Willkür zu korrigieren, war dieser Standpunkt gegeben. Daß ein Abweichen vom Präjudiz nicht willkürlich sein darf, sondern Gründe haben müsse, ging aus den Erwägungen deutlich hervor.

gerichts (1975) S. 41 ff., mit Analyse der darauf gestützten Judikatur; zur neuern Rechtsprechung des Bundesgerichts aufschlußreich auch Prof. *Hans Huber* in der ZbernJV 1975, S. 362 ff.

Art. 4 der BV bezieht sich auch auf weibliche Personen. Dem entspricht nun die politische Gleichberechtigung.⁴ Das Bundesgericht hat bereits den Ausschluß der Frau von der Advokatur in einem präjudiziellen Urteil von 1925 als unvereinbar mit BV Art. 4 erklärt; BGE 49 I 18.

Im Gegensatz zum Gerichtsgebrauch kann das Präjudiz schon in einem erstmaligen Urteil normierende Bedeutung zur Folge haben. Es muß nicht das Urteil des Höchstgerichts sein; doch besteht vor der Übernahme durch dieses noch keine Gewähr für dessen Anerkennung als Norm. Einem den Präjudizien des Bundesgerichts widersprechenden Urteil der Vorinstanz gegenüber wird im Urteil des Bundesgerichts, auch wenn dieses zum gleichen Entscheid führt, der seinen Präjudizien entsprechende Grundsatz geltend gemacht.⁵

Die normative Bedeutung der Präjudizien beruht auch auf dem Interesse der *Rechtssicherheit*. Dieses ist besonders bedeutsam bei Fragen, wofür unwesentlich ist oder jedenfalls weniger wichtig, wie sie geregelt sind, als daß sie klar und eindeutig geregelt sind, z. B. Fristen und Formvorschriften: vgl. BGE 49 I 293 ff., 56 I 440 ff.

⁴ Dazu schon zuvor Prof. *Hans Huber* in der ZbernJV 1957 S. 465 ff., sowie Prof. *Max Imboden* in der Festschrift für H. Huber (1961) S. 134 ff.

⁵ Z. B. so BGE 82 II 25 ff./28. Hierüber auch Prof. *K. Otfinger*, Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Aufl. (1973) S. 241 ff.

Auch darf, besonders bei belastenden Rechtsnormen, nicht Ungewißheit darüber bestehen, wie die Vorschriften zu verstehen seien, etwa wegen mangelnder Klarheit über die diesem zugrunde liegende Wertung.⁶

Bei Präjudizien hat jeweils nicht der Entscheid des betreffenden Falles die normierende Bedeutung, sondern der diesem zugrunde liegende Rechtssatz.⁷

Auf die *Schranken* der normierenden Bedeutung von Präjudizien und ständiger Rechtsprechung ist in den folgenden Abschnitten einzugehen.

⁶ Zur Praxis des Bundesgerichts betr. «die Forderung der optimalen Bestimmtheit belastender Rechtsnormen» vgl. Bundesrichter *H. Dubs* in der Festschrift des Schweizerischen Juristenvereins zum Centenarium der BV, S. 223 ff.

⁷ Vgl. jedoch den Hinweis von Prof. *Oftinger* auf die nachteiligen Konsequenzen einer engherzigen Beschränkung der präjudiziellen Folgen eines BGE betr. Solidarität im Sinn von OR Art. 143 ff. in der 4. Aufl. seines Buches über den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts (1975) S. 356.

V

1. Die Judikatur muß in der Schweiz, wie in jedem modernen Staat, dessen Recht auf der Hoheit seiner Verfassung und Gesetze beruht, sich in deren Rahmen halten, entsprechend ihrer sinngemäßen Interpretation¹. Dasselbe gilt auch dann, wenn aus der Judikatur zusätzliche Normen sich bilden aufgrund «ständiger Rechtsprechung» oder einzelner Präjudizien: auch hier gilt als Grundsatz der *Primat des Gesetzesrechts und dessen sinngemäßer Auslegung*^{2,3}.

Der Primat des Gesetzes gilt selbst dann, wenn dessen Inhalt unbefriedigend sein mag; der Richter ist nicht

¹ Zur sinngemäßen Auslegung eingehend «Probleme und Methoden der Rechtsfindung», 2. Aufl. S. 47—110.

² «Zum Primat des Gesetzes» lautet der Titel meines Beitrags zur Festschrift für Prof. Olivecrona (Stockholm 1964), S. 235—266. Er entält vorerst einen Überblick über die geschichtliche Bedeutung des Gesetzesrechts zur Überwindung der drohenden Anarchie gegen Ende des Mittelalters infolge des Zerfalls der traditionellen Autorität, worauf das damals vorwiegende Gewohnheitsrecht sich gestützt hat. Dann ist darin auf die wesentlichen Konsequenzen hingewiesen, die sich aus dem Primat der rechtsgültig erlassenen Gesetze für die Rechtsfindung ergeben.

³ Ergänzend sei hier verwiesen auf das Kapitel «Primat des Gesetzes», S. 279—306 der 2. Aufl. meines Buches «Probleme und Methoden der Rechtsfindung».

befugt, es zu korrigieren oder in seinem Urteil zu mißachten⁴.

Fehlt im Gesetz eine Regelung, zeigt sich darin eine Lücke, welche gleichwohl einen Entscheid der Judikatur erfordert, so muß dieser vereinbar sein mit dem Sinn des geltenden Gesetzesrechts gemäß den ihm zugrunde liegenden Wertungen. In solchen Fällen können Präjudizien besonders bedeutsam werden.⁵

2. Nach schweizerischem Bundesrecht bildet nicht nur unser Gesetzesrecht eine Schranke der Rechtsgültigkeit von Präjudizien und ständiger Rechtsprechung: diese müssen auch vereinbar sein mit *internationalem Recht*, dessen Geltung vom schweizerischen Recht als sein Bestandteil anerkannt worden ist.

Auf mehrere derartige Fälle ist ausdrücklich Bezug genommen im *Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege*.

So nennt dieses im Art. 43 (Titel betr. Zivilrechtspflege) als Gründe der Berufung: «Verletzung des Bundesrechts mit Einschluß von Staatsverträgen des Bundes» (z. B.

⁴ Vgl. hierüber die grundsätzlichen Bemerkungen von Prof. *Walther Burckhardt* in seinem Werk über «Organisation der Rechtsgemeinschaft» (1927) S. 226.

⁵ Unzulässig ist ergänzende Rechtsfindung *praeter legem* zulasten des Täters im Strafrecht nach dem diesen Rechtszweig beherrschenden Grundsatz «*nulla poena sine lege*» (Art. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs).

BGE 60 II 425). In Frage kommen auch schweizerische Normen des internationalen Privatrechts (z. B. BGE 56 II 180).⁶

Nach Art. 68 lit. b ist «wegen Verletzung von Vorschriften des Eidgenössischen Rechts mit Einschluß von Staatsverträgen des Bundes über die sachliche und örtliche Zuständigkeit der Behörden» Nichtigkeitsbeschwerde gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide zulässig, unter Vorbehalt der staatsrechtlichen Beschwerde gemäß Art. 59 der BV.

Staatsrechtliche Beschwerde nach Art. 84 lit. c (Titel betr. Staatsrechtspflege) ist zulässig «wegen Verletzung von Staatsverträgen mit dem Ausland» durch einen kantonalen Entscheid, wenn nicht anderweitige Rechtsmittel an eine Bundesbehörde vorhanden sind.

Schließlich erhielt im 9. Titel des Bundesgesetzes betr. Organisation der Bundesrechtspflege gemäß Art. 167 das Postverkehrsgesetz von 1924 im Art. 55 einen neuen Text betr. Klagen gegen die Postverwaltung aufgrund dieses Gesetzes und der «internationalen Verträge».

⁶ Dazu Prof. *H. Lewald*, *Règles générales des conflits de lois* (1941). Vgl. hierüber auch den umfassenden Beitrag von Prof. *F. E. Klein*, «L'arbitrage en droit international privé» (1955), p. 181 sv., sowie den Bericht von Prof. *Frank Vischer* über die Bundesgerichtspraxis zum internationalen Obligationenrecht, im Schweizerischen Jahrbuch für internationales Recht 1974, S. 285 ff.

Strafrechtlich kommen besonders in Betracht *internationale Vereinbarungen über Auslieferung und Rechtshilfe*.⁷

Von den umfassenden internationalen Conventionen, welche die Schweiz ratifiziert hat, ist zunächst hervorzuheben die *Genfer Convention zum Schutz von Verwundeten und Kranken, Kriegsgefangenen und Zivilpersonen im Fall bewaffneter Konflikte*.

Sehr bedeutsam ist neuerdings vor allem der *Beitritt zur europäischen Menschenrechtsconvention*: die Schweiz hat am 28. November 1974 die Ratifikationsurkunde hinterlegt, und dadurch wurden die Normen dieser Convention für die Schweiz rechtswirksam.⁸

Prof. *Dietrich Schindler* wies in seinem Referat einleitend darauf hin, daß der Schweiz seinerzeit eine führende Rolle bei der Genfer Convention von 1864 im Fall bewaffneter Konflikte zukam, entsprechend ihrer grundsätzlichen Neutralität bei solchen Konflikten;

⁷ Vgl. hierüber Prof. *François Clerc*, *Revue pénale suisse* 1975, p. 81 sv. Vgl. ferner Bundesblatt vom 10. Mai 1976 betr. Botschaft des Bundesrates für ein Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen und Bundesbeschluß über Vorbehalte zum europäischen Auslieferungübereinkommen.

⁸ Geleitwort im Sonderband, den die ZSR im Januar 1976 veröffentlicht hat mit aufschlußreichen Beiträgen der hiefür kompetenten Mitarbeiter; es sind größtenteils Referate der von diesen veranstalteten Tagung in Neuenburg zur Klarstellung der Folgen des Beitritts der Schweiz für unser Recht.

deshalb war jene Convention vorbereitet worden von dem nur aus Schweizern zusammengesetzten Comité vom Roten Kreuz. Sie dient dem Schutz der Kriegsofper. Gerade die Politik der Neutralität hielt dann die Schweiz zunächst davon ab, dem Europarat beizutreten, und die Mitgliedschaft in diesem war Voraussetzung des Beitritts zu deren Conventionen (Art. 66). Erst 1963 ist die Schweiz Mitglied des Europarats geworden (dem nur westeuropäische Staaten angehören), und damit stellte sich nun auch die Frage des Beitritts zur Menschenrechtsconvention. Diese bedeutet den völkerrechtlich garantierten Schutz der fundamentalen Freiheiten und Rechte des Menschen in diesen Ländern.

Aus dem Beitrag von Prof. *Jörg P. Müller* sei betreffend «Anwendung der europäischen Menschenrechtsconvention in der Schweiz» hervorgehoben, daß dies schon bisher von der Schweiz im wesentlichen anerkannte Grundrechte waren, hingegen nun aus der Ratifikation für die Schweiz nicht nur die Verpflichtung zum entsprechenden Verhalten gegenüber den andern Mitgliedstaaten entstanden ist, sondern nach Art. 25 auch Anerkennung entsprechender Individualbeschwerden und nach Art. 46 Anerkennung der sie betreffenden Gerichtsbarkeit des Europarats als spezielle völkerrechtliche Verpflichtung. Wertvoll ist auch der Hinweis

auf kürzlich publizierte BGE und weitere schweizerische Literatur zu den Problemen. Dann folgt die Stellungnahme zu besondern Fragen der Ratifikation für unser Recht.⁹

Auch Zeitschriften sind geplant, die sich ausschließlich Fragen der «Menschenrechte» widmen werden; einer Anzeige der Oxford University Press zufolge soll dort «The Human Rights Review» sich mit allen hiefür bedeutsamen Problemen befassen.

Der Europarat hat als Grundlage für eine weitere Convention eine «Sozialcharta» vorbereitet, mit teilweise sehr fortschrittlichen Postulaten. Darauf sei hier kurz hingewiesen¹⁰. Kürzlich ist in Neuenburg das Problem diskutiert worden, weitgehend im zustimmenden Sinn, jedoch unter Hinweis auf die mit dem zurzeit geltenden schweizerischen Recht nicht zu vereinbarenden Art. 13 und 19.

⁹ Es würde den Rahmen dieser Publikation sprengen, wenn auch auf die weitem wertvollen Beiträge zu den Problemen eingegangen würde, welche die Ratifikation der europäischen Menschenrechtsconvention im Sonderband der ZSR zur Folge hatte. Hervorgehoben sei jedoch noch die mir erst später bekannt gewordene, sehr aufschlußreiche Berner Habilitationsschrift von Prof. *Stefan Trechsel* «Die europäische Menschenrechtskonvention, ihr Schutz der persönlichen Freiheit und die schweizerischen Strafprozessrechte» (1974).

¹⁰ Vom Schweizerischen Juristenverein ist das Problem sozialer Grundrechte für die Bundesverfassung bereits als Thema der Jahresversammlung 1973 gewählt worden; die beiden Referenten Prof. *E. Grisel* und Prof. *J. P. Müller* äußerten Bedenken dagegen: Protokoll des Juristenvereins S. 1073 ff. Eine weitere Prüfung steht bevor.

Die Schweiz wurde hingegen nicht Mitglied der Europäischen Gemeinschaft, worin andere Staaten sich noch enger zusammenschlossen. Jedoch hat sich die Schweiz durch eine Vereinbarung mit der Communauté économique Européenne zu wirtschaftlicher Zusammenarbeit verpflichtet, ähnlich wie Schweden und andere nord-europäische Staaten, auch Österreich.¹¹

¹¹ Vgl. hierüber im einzelnen die Publikation im Schweizerischen Jahrbuch für Internationales Recht 1973, S. 103 ff., von *Michael Waelbroeck*, Professor an der Université libre de Bruxelles.

VI

Über die *Gründe, von Präjudizien oder einer «ständigen Rechtsprechung»* abzuweichen, gibt es eine die Probleme bereits nach schweizerischem Bundesrecht verarbeitende Monographie von 1949: die Diss. «Praxisänderungen» des jetzigen Bundesrichters Prof. *Hans Dubs*, erschienen in den *Basler Studien zur Rechtswissenschaft*. Auf diese sei vorab verwiesen.

Eine große Zahl von Beispielen mit dem entsprechenden Zitat der Bundesgerichtsurteile findet man außerdem in der 2. Auflage meines Buches «Probleme und Methoden der Rechtsfindung» (1967)¹.

Aus neuern Publikationen sei noch hingewiesen auf den Beitrag von Prof. *Hans Schultz* für das Strafrecht in der Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zum Centenarium des Bundesgerichts S. 250 ff.; betr. Zulassung zum Entlastungsbeweis nach Art. 173 Ziff. 2 (BGE 82 IV 93 und 96), sowie betr. die Bedeutung der Qualifikation «wissentlich» (BGE 94 IV 60).

¹ Hinweis darauf im Sachregister S. 433 mit dem Stichwort «Praxisänderung, Änderung der Rechtsprechung», besonders S. 254 bis 262.

Hier wird zunächst ausgegangen von den Gesichtspunkten, welche bereits in den bisherigen Abschnitten dieser Publikation wegleitend waren².

Es handelt sich vorerst um *Fälle, bei denen im präjudiziellen Urteil die Schranke nicht beachtet oder unrichtig interpretiert worden ist, die sich aus dem Primat des geltenden Gesetzesrechts und dessen sinngemäßer Auslegung ergibt* (gemäß Abschnitt V, Ziff. 1). Hierüber wurden von mir bereits zahlreiche Beispiele zitiert in ZSR 1949 S. 426.³

Bemerkenswert ist indessen als Sonderfall, daß gleichwohl vom Bundesgericht an Präjudizien, die sich auf eine nicht einwandfreie Gesetzesauslegung stützten, ausnahmsweise *festgehalten* wurde *mit Rücksicht auf die Rechtssicherheit*, die speziell bei Formvorschriften und Fristbestimmungen den wesentlichen Zweck bildet (Abschnitt IV): BGE 49 I 293 ff., 56 I 440 ff. Rechtssicherheit war sogar maßgebend dafür, daß in einem Fall betr. Vereinsrecht auf die durch Präjudiz inzwischen

² Abschnitte II—V. Nachher werden dann noch weitere Fälle zu besprechen sein, mit denen die Judikatur des Schweizerischen Bundesgerichts sich zu befassen hatte.

³ Weitere Beispiele: BGE 76 IV 125 ff., 77 III 50 ff., 78 I 50 ff., 79 II 309 ff. und III 58 ff., 80 IV 127, 81 II 237 und 484 ff., 82 IV 156 ff., 88 I 66, 91 I 141 ff. und 152 ff., auch II 432 ff. und IV 221, 92 I 178 und III 53, 93 I 3 ff., 95 II 31 ff. und 81 ff.

verlassene Praxis vom Bundesgericht zurückgekehrt worden ist: BGE 90 II 340, 345.

Hingegen kann andererseits an bisher maßgebenden Präjudizien *nicht festgehalten werden wegen Unvereinbarkeit mit internationalem Recht*, dessen Geltung als Bestandteil des schweizerischen Rechts nun berücksichtigt werden muß (gemäß Abschnitt V, Ziff. 2). Es sind zunächst entsprechende Bestimmungen der Bundesgesetzgebung betr. Organisation der Bundesrechtspflege⁴. Als besonders wichtiges Beispiel ist die verbindliche Ratifikation des Beitritts der Schweiz zur Menschenrechtsconvention des Europarats hervorzuheben: gerade hier zeigt sich, daß die Geltung von Präjudizien unter solchen Umständen von zusätzlichen Anforderungen abhängig wird⁵.

Hier sei noch ein Fall erwähnt, auf den letzthin Prof. *Max Kummer* in seinem Bericht über die zivilprozeßrechtliche Judikatur des Bundesgerichts vom Jahr 1974 hinwies⁶. Hat die Vorinstanz schweizerisches Recht statt ausländisches Recht angewandt, so wurde früher von der Rückweisung an die Vorinstanz abgesehen, wenn die Vorinstanz erklärte, auch unter Anwendung des ausländischen Rechts käme sie zu keinem andern Ergebnis

⁴ Art. 43, 68 lit. b, 84 lit. c, 167.

⁵ Vgl. im Abschnitt V speziell den Beitrag von Prof. *J. P. Müller*.

⁶ ZbernJV 1976, S. 168 f.

(BGE 63 II 45). Das Bundesgericht hat diese Praxis geändert; die Notwendigkeit, zwei Rechtsmittel zugleich einzulegen, widerspreche dem schweizerischen Bundesrecht: BGE 100 II 34, Erw. 5.

Das Präjudiz oder die «ständige Rechtsprechung» kann auch dann, wenn seinerzeit die Schranke des maßgeblichen Gesetzesrechts und dessen sinngemäßer Auslegung durchaus zutreffend gewahrt war, *infolge seither in Kraft getretener Gesetzesänderung oder einer neuen Gesetzesbestimmung* unhaltbar werden⁷.

Ebenso kann *aufgrund neuer internationaler Verpflichtungen* der Schweiz ein früher rechtlich einwandfreies Präjudiz unhaltbar werden, z. B. infolge der Ratifikation weiterer Conventionen des Europarats.

Wir wenden uns nun noch *Praxisänderungen* zu, *welche nicht in direktem Zusammenhang stehen mit den Schranken, die sich aus dem geltenden schweizerischen Gesetzesrecht ergeben oder den damit verbundenen Pflichten gemäß internationalem Recht.*

Es handelt sich hier um *Fragen, welche von diesem Recht und seiner sinngemäßen Auslegung offen gelassen*

⁷ Eingehend hierüber in der 2. Auflage meines Buches «Probleme und Methoden der Rechtsfindung» S. 259/260, mit zahlreichen Zitaten entsprechender BGE in Fußnote 25. Erwähnt seien als Beispiele seit 1960: BGE 86 I 18 ff und 94, 88 I 114, 91 IV 199 f., 92 I 209.

wurden, so daß dem Richter ein entsprechender Raum des Ermessens bleibt, innerhalb solcher *Lücken praeter oder intra legem*.⁸ Hier ist selbständige Rechtsfindung erforderlich. Infolgedessen kommt hier Praxisänderung in Betracht aus Gründen, die ganz ähnlich auch für den Gesetzgeber bedeutsam wären.

Hiefür im folgenden eine Reihe von Beispielen aus der Judikatur des Schweizerischen Bundesgerichts.

Durch Bundesgerichtsurteil von 1923 ist im Gegensatz zum Präjudiz von 1887 eine Frau zum Anwaltsberuf zugelassen worden infolge veränderter wirtschaftlicher und sozialer Verhältnisse: BGE 49 I 14 ff.

In einem Urteil betreffend das Patentrecht an Erfindungen hat das Bundesgericht 1937 einen erhöhten Maßstab schöpferischer Tätigkeit und technischen Fortschritts gegenüber der bisherigen Praxis zugrunde gelegt, entsprechend dem neuen Stand der Technik und der technischen Bildung: BGE 63 II 271 ff.

Nicht selten sind Praxisänderungen in Fällen veränderter wirtschaftlicher Verhältnisse, z. B. der Geldentwertung. Hierauf wurde letzthin im Zusammenhang mit der Indexierung von Scheidungsrenten hingewiesen

⁸ Eingehend zum Begriff solcher Lücken: «Probleme und Methoden der Rechtsfindung», 2. Aufl. (1967) S. 115 ff. Über «Lücken intra legem» vgl. auch Prof. A. Meier-Hayoz in der mir gewidmeten Festschrift «Rechtsfindung» (Bern 1969) S. 150 ff.

von Prof. *Hans Merz* unter Bezug auf BGE 100 II 245 in der ZbernJV 1976 S. 52 ff.

In einem Urteil von 1953 über Doppelbesteuerung war maßgeblicher Grund der Praxisänderung die Tatsache, daß die von den Präjudizien berücksichtigten Verhältnisse betreffend die vorliegenden Ursachen des Wertzuwachses der Liegenschaften nicht mehr zutrafen: BGE 79 I 146 ff.

Im Gegensatz zu Präjudizien wurde das Merkmal der «erheblichen Zweifel über die Vaterschaft» gemäß Art. 314 des ZGB in neuern Urteilen des Bundesgerichts aufgrund des wissenschaftlichen Fortschritts als erfüllt beurteilt, wenn nach den Ergebnissen einer sorgfältig durchgeführten Blutprobe das Blut des Kindes Gruppeneigenschaften aufweist, die nicht entstehen können aus der Kombination der Blutgruppen der Mutter und des als Vater Beschuldigten: BGE 60 II 84 ff., 61 II 72 ff. Später wurde die Blutprobe auch als Beweis verwendet, daß nach Art. 254 des ZGB der Ehemann nicht Vater des Kindes sein kann: BGE 71 II 57 ff. und besonders 79 II 17 ff. aufgrund der sog. Rhesusmethode. Schließlich wurde die Blutgruppenuntersuchung sogar als positives Beweismaterial für die Vaterschaft anerkannt: BGE 87 II 65 ff. und 286 ff., 90 II 219 ff. und 269 ff., 91 II 161 ff.; vgl. dazu noch 92 II 77 ff. Der natur-

wissenschaftliche Beweis, das Kind stamme nicht vom Beklagten, widerlegt stets die Vermutung von ZGB Art. 314 al. 1 aufgrund der Beiwohnung während der kritischen Zeit: BGE 94 II 75 ff., mit eingehender Begründung die Präjudizien in BGE 90 II 219 ff. und 91 II 161 ff. bestätigend. Über anthropologisch-erbbiologische Gutachten (AEG) als Beweismittel: BGE 91 II 162 ff., 94 II 80, 97 II 196 ff. (hier auch serostatistisches Gutachten) 101 II 13 ff. (Gutachten nach der Methode Essen-Möller).