

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 68 (1949)

Artikel: Präjudizielle Tragweite höchstinstanzlicher Urteile, insbesondere der Urteile des schweizerischen Bundesgerichts : ein Beitrag zu den grundsätzlichen Fragen der Rechtsfindung

Autor: Germann, O.A.

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-895877>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 22.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Präjudizielle Tragweite höchstinstanzlicher Urteile, insbesondere der Urteile des schweizerischen Bundesgerichts

Ein Beitrag zu den grundsätzlichen Fragen
der Rechtsfindung

Von Prof. Dr. O. A. Germann, Basel

Im nachfolgenden Aufsatz werden die wesentlichen Ergebnisse meiner Studien auf diesem Gebiet zusammengefaßt. Sie lagen größtenteils bereits seit Jahren vor und wurden sowohl in Übungen mit Studenten verwendet als auch in Vorträgen vor in- und ausländischen Juristen; doch fand ich erst kürzlich Zeit, sie zum Abschluß zu bringen. Eine selbständige Publikation in dieser Form scheint mir vor dem bloßen Einbau in ein umfassenderes systematisches Werk, das den Fragenkomplex noch sehr viel mehr zusammengedrängt behandeln müßte, den Vorzug einer geschlossenen und die Fragen allseitig beleuchtenden Darstellung zu haben. Es würde mich freuen, wenn sie den Anstoß zu weiteren Studien geben könnte; denn erst die Zusammenarbeit von Vertretern der Praxis und der Wissenschaft aus verschiedenen Rechtsgebieten vermag solchen Problemen gegenüber die Gewähr zu bieten, daß nichts übersehen wird, was hiefür bedeutsam ist.

Inhaltsübersicht: I. Das Problem. — II. Anhaltspunkte in der Praxis des Bundesgerichts. — III. Ergänzende Rechtsfindung des Richters *praeter legem*. — IV. Ergänzende Rechtsfindung des Richters *intra legem*. — V. Gesetzesauslegung und ergänzende Rechtsfindung. — VI. Festhalten an Präjudizien als Regel, Abweichen Ausnahme. — VII. Gründe für und gegen ein Abweichen von Präjudizien. — VIII. Präjudizien als Rechtsquelle. — IX. Art und Rang dieser Rechtsquelle. — X. Grenzen der präjudiziellen Tragweite des Urteils. — XI. Ergebnisse für die Praxis.

I.

Der Aufsatz befaßt sich ausschließlich mit der Frage, ob ein Urteil über den darin entschiedenen Einzelfall hinaus als Grundlage genereller Rechtsnormen für künftige Fälle bedeutsam werden kann¹. Gegenstand des Aufsatzes ist also das Präjudiz als Rechtsquelle. Jedoch wird dabei nicht auf die Streitfragen über den Begriff der Rechtsquellen eingegangen. Vielmehr sind praktische Gesichtspunkte begleitend (zusammengefaßt im Abschnitt XI); hiefür müssen zwar auch grundsätzliche theoretische Probleme klar gestellt werden, aber Fragen vorwiegend terminologischer Art scheiden von vornherein aus.

Im angelsächsischen Recht sind Präjudizien der höhern Gerichte als eine der wichtigsten Rechtsquellen anerkannt. Das Gesetzesrecht, Statute law, steht dort viel mehr im Hintergrund als in der Schweiz und andern Ländern des europäischen Kontinents; es betrifft vorwiegend Spezialfragen oder Spezialgebiete, wo sich das überlieferte Commun law als unzureichend erwies. Bis in die neueste Zeit wurden hingegen oft Grundfragen, die nach unserm Recht durch die Verfassung oder Normen unserer großen Kodifikationen geregelt sind, dort in keiner Weise gesetzlich normiert. Der englischen Geistesart, die sich gern an Tatsachen hält und durch eine gewisse Scheu vor Verallgemeinerungen kennzeichnet, sehr stark auch in der Tradition verwurzelt ist, entspricht viel besser das traditionsgebundene Commun law, welches auf Präjudizien in Einzelfällen sich stützt, dann auch von Fall zu Fall weiterentwickelt wird, als sogenanntes

¹ Nicht untersucht wird insbesondere, ob und wann in einem konkreten Fall eine Behörde an das Urteil einer andern über eine Vorfrage des Entscheids oder über eine Voraussetzung des gesetzlichen Tatbestandes, der für ihr Urteil maßgeblich ist, gebunden sei, zum Beispiel der Strafrichter bei der Anklage wegen Diebstahls an das Urteil des Zivilrichters über Eigentumsverhältnisse, oder die Vormundschaftsbehörde bei der Bevormundung nach ZGB Art. 371 an das Urteil des Strafrichters (auf solche Fragen bezieht sich zum Beispiel die Monographie von König, Bindung des Richters an präjudizielle Urteile anderer Gerichte, 14 und passim).

Case-law². — Geschichtlich gesehen war als rechtsbildendes Element besonders bedeutsam das Equityrecht. Dieses war, ganz ähnlich der Rechtsprechung des Prätors im römischen Recht, früher besonders Gerichten vorbehalten; erst 1873 wurden sie für England durch den Judicature Act mit denen des Commun law verschmolzen. Das Equity- oder Billigkeitsrecht war ein ausgesprochenes Richterrecht (Judge-made-law) und hat in hohem Maße dazu beigetragen, das angelsächsische Recht weiterzubilden³.

Es ist hier nicht der Ort, dieses angelsächsische System kritisch zu würdigen. Dem Vorteil großer Anpassungsfähigkeit und Lebensnähe steht als hauptsächlicher Nachteil die Schwierigkeit gegenüber, sich im Labyrinth der Präjudizien auszukennen und einigermaßen den Überblick über das geltende Recht zu gewinnen. Nur beiläufig sei das hier angedeutet. Der Aufsatz befaßt sich mit dem Problem der Präjudizien vom Standpunkt unseres schweizerischen Rechts und de lege lata. Dabei wird jedoch wieder das angelsächsische Recht heranzuziehen sein, soweit dies in Einzelfragen nützlich zu werden verspricht⁴.

² Salmond, Jurisprudence, 10th ed. (by G. L. Williams) 176 ff.; Vinogradoff, Common-sense in law, 8th ed. 169 ff. — Außer den nachfolgend zitierten englischen und amerikanischen Werken vgl. zum angelsächsischen Case-law: Schindler, Die Methode des Rechtsunterrichts in den Vereinigten Staaten von Amerika 11 ff.; De Boor, Die Methode des englischen Rechts und die deutsche Rechtsreform 6 ff.; Radbruch, Der Geist des englischen Rechts 2. Aufl.; Erdsick, Englisches Rechtsdenken, im Jahrgang 1946 der Deutschen Rechts-Zeitschrift 99 ff.; Cohn, Bindende Kraft des Urteils nach englischem Recht in Spruchgerichte, 3. Jahrgang 65 ff. Goodhart, Le précédent en droit anglais, dans l'Annuaire de l'Institut international de philosophie du droit 1934; Lambert, Le gouvernement des juges aux Etats-Unis.

³ Vgl. hiezu Hanbury, Modern Equity, 4th ed., besonders 67 ff., über das Verhältnis zum Common law; ferner Salmond l. c. 81 ff.

⁴ Instrukтив namentlich die kleine Schrift über die Grenzen der Verbindlichkeit, The limits of precedent, von Viscount Simon, der als Lord Chancellor besonders kompetent war; auch Prof.

Das angelsächsische Rechtssystem sollte zunächst für uns bloß als Gegenstück zum geltenden Recht der meisten kontinentaleuropäischen Länder dienen, bei denen das Gesetzesrecht durchaus im Vordergrund steht, und gerade weil hier die Präjudizien meist von der Wissenschaft nicht als Rechtsquellen anerkannt werden, erschien es angezeigt, von Anfang an schon auf ihre ganz andere Bedeutung im angelsächsischen Recht hinzuweisen.

Sind nun aber die höchstinstanzlichen Urteile nach unserer Praxis und ihren gesetzlichen Grundlagen über den Einzelfall hinaus so ganz unverbindlich, wie die herrschende Lehre für das Recht der kontinentaleuropäischen Staaten voraussetzt⁵? Haben wir nach unserem geltenden schweizerischen Recht vielleicht Anlaß, diesen Standpunkt kritisch nachzuprüfen?

Es wird im folgenden gezeigt werden, daß manches in

Vinogradoff l. c. an Hand von typischen Fällen aus der Rechtsprechung. Für das amerikanische Präjudizienrecht sei vorläufig verwiesen auf das in deutscher Sprache herausgegebene Werk mit diesem Titel von Prof. Llewellyn.

⁵ So Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd. I 210, II 2, 33, 259: danach wäre jede generelle Tragweite der vom Richter ergänzend aufgestellten Normen abzulehnen. Ähnlich andere Vertreter der modernen wie der ältern Methodenlehre; bezeichnend zum Beispiel in der Monographie von H. Reichel über Gesetz und Richterspruch 100, wo Präjudizien und sogar «konstantem Gerichtsgebrauch» noch keine selbständige Geltungskraft beigemessen worden ist. Vgl. ferner Eugen Huber, *Recht und Rechtsverwirklichung* 436 ff. Vom Standpunkt der deutschen Doktrin neuerdings Leonhard im Jahrgang 1948 der *Deutschen Rechts-Zeitschrift* 366 ff.: hier werden den Präjudizien oberster Gerichte, abgesehen von den sachlichen Argumenten des Urteils, nicht einmal mittelbar irgendwelche generelle Wirkungen zuerkannt. Vgl. auch Nawiasky, *Allgemeine Rechtslehre* 32 ff. Für das französische Recht hat sich mit der Frage namentlich Perreau befaßt, in seinem zweibändigen Werk über *Technique de la jurisprudence en droit privé*, I 47 ff. — Vereinzelt nur und meist mit Vorbehalten wurde den Urteilen der Höchstgerichte größeres Gewicht in der Doktrin beigemessen: hierüber Abschnitte VIII und IX.

unserer neueren Gesetzgebung und Praxis in der Tat für eine Revision dieses grundsätzlich ablehnenden Standpunktes spricht. Das bedeutet allerdings nicht, wir hätten nun einfach auf den angelsächsischen Standpunkt uns zu stellen. Vielmehr sei versucht, das Problem entsprechend der Eigenart unseres Rechts zu klären. Dabei wollen wir uns beschränken auf Bundesgesetze und die Judikatur des Bundesgerichts.

Daß die Wissenschaft in einer Zeit der Gesetzeshypertrophie nicht gern auch noch durch den «Präjudizienkultus» das Feld ihrer freien Rechtsfindung verengern läßt, erscheint verständlich. Doch muß sie gleichwohl vorurteilsfrei die Probleme behandeln und sich vor Augen halten, daß die Postulate der Rechtsgleichheit und der Rechtssicherheit ebenso zu berücksichtigen sind wie das Ideal des sachlich angemessensten Entscheids⁶.

Das Verhältnis zu den Präjudizien ist nicht ganz dasselbe für den Rechtsanwalt wie für den Richter, auch nicht für den Richter unterer Instanzen wie für den Richter der obersten Instanz. Das sei hier wenigstens angedeutet und dann der Gesichtspunkt, nach dem die Frage behandelt werden soll, näher bestimmt.

Für den Anwalt und den Rechtsberater dient die Kenntnis der Präjudizien namentlich dazu, sich über allfällige Prozeßaussichten Rechenschaft zu geben. Maßgeblich ist hiefür wegen des prozessualen Weiterzugsrechts insbesondere die Praxis der obersten Instanz, in Fragen unseres Bundesrechts also die Praxis unseres Bundesgerichts oder gegebenenfalls des Bundesversicherungsgerichts, in Fragen des kantonalen Rechts die Praxis des zuständigen Obergerichts (in bezug auf administrative Rechtssachen entsprechend die der hiefür anzurufenden obersten Instanzen, zum Beispiel des Bundesrats oder des Regierungsrates). Dabei kommen in Betracht einerseits die vorliegenden Urteile der obersten Instanz zu den betreffenden Sachfragen,

⁶ Zu diesen Postulaten meine Methodischen Grundfragen, besonders 54 ff., 58, 142.

andererseits die von ihr allgemein oder im betreffenden Fragenkomplex zu erwartende Bereitschaft, von den Präjudizien abzugehen, was unter Umständen sogar von ihrer personellen Zusammensetzung abhängen kann⁷. Das sind empirisch festzustellende Tatsachen und darauf sich stützende Prognosen.

Für den Richter oder administrativen Beamten unterer Instanz werden oft ähnliche Gesichtspunkte bedeutsam sein; doch vor allem ist es seine Pflicht, in jedem Fall nach Recht und Gerechtigkeit den Entscheid zu treffen, wobei Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit im Hinblick auf unfruchtbares Ankämpfen gegen die Praxis der höheren Instanz immerhin als mitbestimmende Faktoren zu berücksichtigen wären. Nur für Richter und Behörden oberster Instanz stellt sich das Problem von vornherein normativ⁸.

Durch die nachfolgende Studie soll im empirischen Bereich lediglich festgestellt werden, was allgemein aus der Praxis unseres Bundesgerichts zu dieser Frage sich ergibt. Darüber hinaus wird aber aus gesetzlichen Anhaltspunkten und grundsätzlichen Erwägungen auch das normative Problem zu klären und in den umfassenderen Zusammenhang der Rechtsquellen hineinzustellen sein.

II.

Unser Bundesgericht beruft sich tatsächlich in seinen Urteilen, auch in den amtlich publizierten, regelmäßig auf seine Präjudizien in verwandten früheren Fällen⁹. Es ist

⁷ Die hier bewußt oder unbewußt mitbestimmenden psychologischen und soziologischen Faktoren können in diesem Aufsatz nicht berücksichtigt werden. Vgl. dazu Llewellyn l. c. I 11.

⁸ Der für den Richter maßgebliche normative Gesichtspunkt soll für den Prozeßanwalt jedoch keineswegs ganz ausgeschlossen werden; gerade wenn er auf Grund seines eingehenden Studiums findet, daß die bisher von der Praxis entwickelten Normen für den vorliegenden Streitfall unrichtig sind, wird er sich zugunsten seines Klienten unter Umständen für eine Praxisänderung einsetzen: vgl. Abschnitt XI C 3.

⁹ Entsprechend für die französische Cour de cassation: Perreau l. c. I 68.

dies nicht etwa bloß ein abgekürztes Verfahren, um die bereits in den vorgängigen Urteilen näher begründeten Argumente nicht wiederholen zu müssen; das ergibt sich eindeutig daraus, daß sehr häufig in den Urteilen des Bundesgerichts auch auf nichtveröffentlichte Präjudizien, die ja meist weder den Parteien des neuen Rechtsstreits noch dem Leser zugänglich sind, Bezug genommen wird (vgl. zum Beispiel BGE 50 II 91, 54 I 246 und II 174, 57 II 471, 58 II 170, 60 II 35, 62 II 58 und 322, 63 II 247, 65 I 70 und II 127, 68 IV 19 und 69, 69 I 160 und II 297, 71 I 379 und 381, 72 IV 191, 74 I 24 und 34 u. a.). Ab und zu beruft sich das Bundesgericht überhaupt bloß auf unveröffentlichte Präjudizien, ohne den dort eingenommenen Standpunkt noch sachlich zu begründen (zum Beispiel BGE 57 II 471, 65 I 70, 68 IV 19, 74 I 24). All das läßt sich wohl nur damit erklären, daß die Präjudizien vom Bundesgericht als irgendwie rechtlich bedeutsam auch für sein neues Urteil angesehen werden.

Oft wird ferner und immer häufiger in den letzten Jahren bei den vom Bundesgericht amtlich publizierten Urteilen die für den vorliegenden Entscheid maßgebliche Norm besonders herausgestellt — durch Kleindruck an der Spitze des wiedergegebenen Urteils — und ihr damit offiziell eine gewisse präjudizielle Tragweite zuerkannt¹⁰. Zu beachten ist auch, daß zuweilen gar nicht das Urteil als Ganzes und namentlich nicht das Dispositiv veröffentlicht wird, sondern nur ein Auszug aus den Urteilserwägungen, in denen die dem Präjudiz zugrunde liegende Norm entwickelt und begründet worden ist¹¹.

Das sind Anhaltspunkte dafür, daß den Präjudizien des Bundesgerichts nach dessen eigener Ansicht über den Einzelfall hinaus eine generelle Tragweite beizumessen ist.

¹⁰ Vgl. zum Beispiel BGE 71 II 56, 72 I 97 und 178, 72 III 83, 72 IV 160, 73 I 62 und 186, 73 II 1 und viele andere.

¹¹ Aus der neuern Judikatur zum Beispiel BGE 71 II 191 ff., 72 II 79 und 80 ff., 73 I 228/29, 73 II 137 ff. und 142 ff., 74 II 7/8, 74 IV 159/60.

Meist werden denn auch neue Fälle nach den gleichen Kriterien von ihm beurteilt und die davon abweichenden Entscheide der Vorinstanzen entsprechend korrigiert.

III.

Eine gesetzliche Grundlage für selbständiges Richterrecht findet sich vor allem in Art. 1 unseres Zivilgesetzbuches. Dort werden ausdrücklich Lücken im positiven Recht anerkannt sowie die Richter gleichzeitig angewiesen, bei solchen Lücken jeweils nicht einfach nach ihrem Gutfinden im vorliegenden Fall den Entscheid zu treffen, etwa nach ihrem Gefühl der Billigkeit im Hinblick auf den konkreten Sachverhalt, sondern nach einer «Regel», das heißt einer generellen Norm, entsprechend den Normen des Gesetzes- und Gewohnheitsrechts, mit dem Unterschied allerdings, daß hier der Richter den Inhalt der Norm selbst erst zu bestimmen hat¹². Art. 1 des ZGB gibt ihm auch eine Richtlinie dafür, wie die Norm bei solchen Lücken im positiven Recht zu bestimmen sei, nämlich so, wie wenn er «Gesetzgeber» wäre¹³. Das bedeutet für den wohlberatenen Gesetzgeber, daß er die hiefür in Betracht kommenden Interessen sich vor Augen halten und sie gerecht gegen-

¹² Eine solche Lücke darf aber vom Richter nicht leichthin angenommen werden: BGE 74 II 109, eingehender hierüber Abschnitte V und VIII.

¹³ Ähnliche Gesichtspunkte findet man schon in der Ethik von Aristoteles und in der juristischen Doktordissertation von Leibniz (*de casibus perplexis*). Vgl. zu der Formel auch Eugen Huber, *Recht und Rechtsverwirklichung* 354 und 356. In den Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements von 1901 hat er ausgeführt, bei Lücken solle der Richter nicht willkürlich oder nach dem Eindruck der augenblicklichen Umstände entscheiden, sondern so, «wie der konsequente Gesetzgeber selbst entschieden haben würde, wenn er an diese Fälle gedacht hätte» (I 37). Eingehend hiezu Gmür über Anwendung des Rechts 102 ff., Gény l. c. II 308 ff., H. Reichel in der Festgabe für Stammler 332 ff. sowie die Kommentare.

einander abwägen soll¹⁴. «Bewährte Lehre und Überlieferung» können ihm dabei, wenn vorhanden, als Hilfsmittel dienen; er bleibt aber unter allen Umständen selbst verantwortlich¹⁵.

¹⁴ Interessenabwägung zum Beispiel in BGE 51 II 425/26 und 60 II 190/91. Zu der sogenannten Interessenjurisprudenz (Begründer namentlich Heck) eingehender meine Methodischen Grundfragen 118. Über den Wertmaßstab, der das Gewicht der verschiedenen Interessen bestimmt, gibt diese Theorie keinen eindeutigen Aufschluß (kritisch in diesem Sinne Guisan, Festschrift für Wieland 163); er ist im Rahmen der immanenten Wertungen des positiven Rechts vom Richter zu bestimmen nach dem Ideal sozialer Gerechtigkeit, unter Rücksicht auf Würde und Eigenart der menschlichen Persönlichkeit — dies ist besonders hervorzuheben in Anbetracht der Überbewertung staatlicher Interessen in den totalitären Rechtsordnungen: vgl. zur Wertskala der Sanktionen im Sowjetrussischen Strafgesetzbuch Angaben in der Festschrift der schweizerischen Juristenfakultäten zum Jubiläum der Bundesverfassung (Die Freiheit des Bürgers) 257, zur nationalsozialistischen Bewertung ein Urteil des Oberlandesgerichts Hamburg in der Süddeutschen Juristenzeitung 1948 Sp. 36 und 38. — Gegenüber dem Gesetzgeber liegt, ganz abgesehen vom meist engeren Rahmen der selbständigen Rechtsfindung des Richters, ein gewisser Unterschied darin, daß dieser nicht wie der Gesetzgeber im Interesse der Rechtssicherheit vom sachlich richtigen Recht in einzelnen Fällen etwas abweichende «praktikable» Rechtsbegriffe willkürlich aufstellen kann (Methodische Grundfragen 55 mit Beispielen aus unserem schweizerischen Recht; vgl. auch De Page, De l'interprétation des lois II 46 und 117). So heißt es ähnlich in BGE 51 II 430: «Der Richter, der eine Lücke ausfüllt, kann nicht positive Detailvorschriften aufstellen wie der Gesetzgeber», welcher aus dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit zum Beispiel Altersgrenzen und Fristen bestimmt. In beschränktem Maß kann immerhin dieser Gesichtspunkt auch bei der selbständigen Rechtsfindung des Richters in Betracht kommen (vgl. BGE 62 I 128 und 65 I 93).

¹⁵ Im französischen Text heißt es vom Verhältnis des Richters zur bewährten Lehre usw. deutlicher: «Il s'inspire...» Ob «bewährte» Lehre vorliegt, ist übrigens auch nur auf Grund eines Werturteils zu verstehen: vgl. Kommentar Egger N. 44 und 45 zum Art. 1 des ZGB. Über das Verhältnis dieses selbständigen Werturteils zur «Natur der Sache», zum Naturrecht usw. Abschnitt IX. — Zu den Grundsätzen von Art. 1 des ZGB und der darauf sich stützenden Judikatur des Bundesgerichts C. Du Pasquier in

Im Gegensatz zur Auslegung des Gesetzes, wo der Richter ebenfalls zuerst die Norm in bezug auf den vorliegenden Fall näher zu bestimmen hat, findet er dafür bei Lücken keine, jedenfalls nicht eine genügende Stütze im positiven Recht und den ihm zugrunde liegenden Wertungen. Er hat im Rahmen des positiven Rechts selbstverantwortlich wertend, wie der Gesetzgeber, die Norm aufzustellen, nach der er den Fall entscheidet. Obwohl unmittelbar verbindlich nur sein Entscheid im vorliegenden konkreten Fall ist, hat es bloß dann einen Sinn, ihm vorzuschreiben, nach einer generellen Norm den Entscheid zu treffen, wenn diese dann auch in weiteren gleichartigen Fällen wegleitend sein soll. Mit andern Worten: es ist offenbar die Rücksicht auf die Rechtsgleichheit, die der Vorschrift des Art. 1 unseres ZGB über die Lücken zugrunde liegt. Die Rechtsgleichheit, ein fundamentales Prinzip jeder Rechtsordnung und für unsere noch besonders verankert in der Bundesverfassung, verlangt auch bei Lücken im positiven Recht, daß gleich liegende Fälle künftig gleich entschieden werden (vgl. BGE 49 I 300), und deshalb hat der Richter von Anfang an auf die maßgebliche generelle Norm sich zu besinnen, das heißt diese für die Fallgruppe zu bestimmen¹⁶. Die von unserem ZGB für Lücken im positiven Recht geforderte grundsätzliche Besinnung durch Aufstellung einer allgemeinen Norm gibt dem Urteil von vornherein eine präsumtiv über den Einzelfall hinausreichende Tragweite.

Beispiele solcher auf Präjudizien des Bundesgerichts sich stützende Normen bei Lücken des positiven Privatrechts sind ziemlich zahlreich. Es sei hier zum Beispiel an das

der Festschrift zum schweizerischen Juristentag 1929, auch *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, 3^{me} éd. 191 ff.

¹⁶ Tatsächlich sind die Fälle nie ganz gleich; es gilt das richtige Kriterium zu finden. Vgl. Nef, Gleichheit und Gerechtigkeit 24 ff. und 104 ff. Zur Verankerung des Prinzips der Rechtsgleichheit in unserm positiven Recht, vgl. auch Egger, Rechtsethik des Schweiz. ZGB 107.

Urteil von 1934 betreffend Subrogation erinnert (BGE 60 II 178 ff.) oder an das bald nach Inkrafttreten des ZGB und rev.OR erlassene Urteil über das Selbstkontrahieren des Stellvertreters (BGE 39 II 561 ff.)¹⁷. Auch im Versicherungsvertragsrecht und namentlich im Internationalen Privatrecht sind manche Präjudizien in die Lücken getreten (vgl. zum Beispiel BGE 49 II 220 ff., 224 ff.). Ferner sei verwiesen auf die sogenannten Innominatkontrakte, die nicht unter einen gesetzlichen Vertragstypus fallen, wie Heimarbeitsvertrag, Trödelvertrag oder Contrat de soumission (über diesen Vertrag BGE 55 II 39 ff., 69 II 110 ff., 70 II 103 ff.). Im Handelsrecht, dessen soziologische Grundlagen einem starken Wechsel unterworfen waren, ergaben sich ebenfalls manche Lücken des positiven Rechtes (zum Beispiel betreffend Anerkennung stiller Reserven, Einmanngesellschaft, Stimmrecht des Eigentümers und des Nutznießers einer Aktie in der Generalversammlung); solche Lücken wurden zunächst größtenteils durch Präjudizien ausgefüllt und erst nachträglich bei der Revision in den dreißiger Jahren zum Teil dann gesetzlich geregelt (vgl. zum Beispiel betreffend Prioritätsaktien BGE 51 II 412 ff. und 59 II 44 ff., besonders 48, jetzt geregelt im OR Art. 654 ff.).

Auch in andern Rechtsgebieten wurden, ohne daß der Richter ausdrücklich dazu vom Gesetz ermächtigt worden wäre, Lücken des positiven Rechts in ähnlicher Weise durch Präjudizien ausgefüllt. Im Prozeß- und Vollzugsrecht zum Beispiel noch letzthin betreffend Zuständigkeit des Gerichts als einziger kantonaler Instanz im gewerblichen Rechtsschutz mangels kantonaler Regelung (so für Appenzell Inner-Rhoden BGE 74 I 105 ff.)¹⁸. Erwähnt sei ferner etwa der Nachlaßvertrag mit Vermögensabtretung (BGE 41 III 165 ff.)¹⁹.

¹⁷ Gerade dieses Urteil hat sich eng an die Richtlinien von ZGB Art. 1 angeschlossen: besonders 566 ff.

¹⁸ Anderes Beispiel BGE 54 I 246.

¹⁹ Dazu Rathgeb, Le concordat par abandon d'actif 113 ff.; Glarner in SJZ 45. Jahrg. 129 ff. sowie dort zitierte Literatur. —

Ist aber im Strafrecht wegen des Grundsatzes *nullum crimen sine lege* solch ergänzende Rechtsfindung *praeter legem* ausgeschlossen? Keineswegs allgemein. Denn der Grundsatz gilt ja sinngemäß nur zugunsten des Beschuldigten: er soll ohne gesetzliche Grundlage nicht gestraft werden. Aber zu seiner Rechtfertigung kann er sich unter Umständen auch auf Gründe berufen, die das Gesetz nicht ausdrücklich vorsieht, zum Beispiel bei den Ehrverletzungen auf die Wahrnehmung berechtigter Interessen, wie die neuere Judikatur des Bundesgerichts anerkannt hat (vgl. besonders BGE 70 IV 20 ff. in Sachen Pfändler)²⁰.

Ähnliches gilt für das Staats- und Verwaltungsrecht. Wie für kriminelle Strafen bedarf es nach rechtsstaatlichen Grundsätzen auch für öffentlich-rechtliche Pflichten oder gewerbepolizeiliche Beschränkungen der Freiheit jeweils einer gesetzlichen Grundlage (vgl. zum Beispiel BGE 47 I 133 ff.); insbesondere bedarf es einer solchen für Steuerauflagen (BGE 33 I 689 ff., entsprechend 39 I 325). Das schließt jedoch zweifellos auch hier ergänzende selbständige Rechtsfindung bei Lücken nicht völlig aus; wo zum Beispiel materielle Vorschrift und Sanktion feststehen, aber die Zuständigkeit oder das Verfahren nicht bestimmt ist, darf die Lücke nicht einfach dazu führen, ein hierauf beruhendes Recht zu verweigern oder dessen Durchsetzung zu erschweren²¹. Ob ein administrativer Beamter oder ein

Weitere Beispiele der Lückenausfüllung im Privatrecht, Prozeß- und Betreibungsrecht bei Weiss Nr. 27 ff.

²⁰ Zu der Frage 26/27; ferner BGE 71 IV 189 und 232/33, 72 IV 175, 73 IV 16 und 33. Grundsätzlich zur ergänzenden selbständigen Rechtsfindung im Strafrecht meine Methodischen Grundfragen 131 ff.

²¹ Vgl. W. Burckhardt, Lücken des Gesetzes 58/59 und Organisation der Rechtsgemeinschaft 116 ff.; Plattner im Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung 1949 (Jubiläumsheft) 67, unter Hinweis auf die dienende Funktion des Verfahrensrechts; allgemeiner Zitelmann in seiner Rektoratsrede über Lücken im Recht 28 ff. mit weiteren Beispielen; vgl. auch Perreau l. c. I 361 ff. zum französischen Recht.

Richter bei solchen Lücken den Entscheid zu treffen hat, macht grundsätzlich keinen Unterschied.

IV.

Nicht wesentlich anders als bei den Lücken *praeter legem* verhält es sich in den noch viel häufigeren Fällen, in denen das positive Recht wohl eine Norm enthält, hingegen Zweifel offen läßt, wie sie näher zu bestimmen ist. Wenn sich aus dem Gesetz kein weiterer Anhaltspunkt hiefür ergibt, auch nicht aus der *Ratio legis* oder überhaupt aus den Wertungen, die dem positiven Recht offensichtlich zugrunde liegen, reicht Auslegung hiefür nicht aus, und wenn man hier oft trotzdem noch von Auslegung spricht, so führt dies nur dazu, die methodische Klarheit zu verdunkeln und die Verantwortlichkeiten zu verwischen²². Mit Rücksicht auf die Rechtsgleichheit wird zwar auch hier, im Rahmen des Gesetzes, der Richter bestrebt sein müssen, nach generellen Normen seinen Entscheid zu fällen; aber er kann diese Normen nicht mehr ausschließlich auf das Gesetz stützen, sondern hat *intra legem* ergänzend wiederum selbstverantwortlich wertend die Norm zu bestimmen, wie bei Lücken *praeter legem*. Statt bloßer Interpretation des Gesetzes haben wir es wiederum mit einer ergänzenden selbstständigen Rechtsfindung des Richters zu tun²³.

Oft deutet das Gesetz durch sogenannte Normativbegriffe seinerseits darauf hin, daß vom entscheidenden Richter (oder Beamten) selber die Wertung vorgenommen werden soll, die das Gesetz bloß angedeutet hat durch allgemeine Richtlinien, wie «Treu und Glauben» oder «gute Sitten». So wurden von der Judikatur des Bundesgerichts zum Beispiel für den unlautern Wettbewerb und den Boykott auf Grund gesetzlicher Generalklauseln mit solchen Normativbegriffen die maßgeblichen Grundsätze heraus-

²² Hierauf ist nachdrücklich hingewiesen worden in meinen Methodischen Grundfragen 7 ff., 111 ff., 117/18.

²³ Methodische Grundfragen 111 ff., 136 ff.

gearbeitet, deren präjudizielle Tragweite ganz offenkundig geworden ist²⁴. Auch ob zum Beispiel das Herdengeläute von Kühen zur Nachtzeit als ein Fall «übermäßiger Einwirkung» des Eigentümers im Sinne von ZGB Art. 684 nachbarrechtlich zu beanstanden sei, hat das Bundesgericht unter Abwägung der widerstreitenden Interessen nach der Methode selbständiger Rechtsfindung näher bestimmt (BGE 45 II 402 ff.). Hier überall ist im Rahmen des Gesetzes und seiner sinngemäßen Interpretation vom Richter selbstverantwortlich die Norm zu bestimmen, nach welcher der vorliegende Rechtsstreit entschieden werden soll.

Entsprechendes gilt, wo das Gesetz nicht durch solche Normativbegriffe (oder «wertausfüllungsbedürftige Begriffe», wie die deutsche Doktrin sie nennt) dem Richter gewissermaßen die Wertung delegiert hat, sondern einen scheinbar rein deskriptiven Begriff verwendet, ohne jedoch die nötigen Anhaltspunkte zu bieten, nach denen er auf Grund der immanenten Wertungen des Gesetzes bestimmt werden könnte²⁵. Nehmen wir als Beispiel den Begriff des

²⁴ Typisch etwa für den unlauteren Wettbewerb BGE 55 II 181 und 56 II 32, auch 57 II 458 ff. Auf Grund des ganz allgemeinen Art. 50 des alten und Art. 48 des rev.OR haben im Lauf von etwa fünf Jahrzehnten mehr als 100 veröffentlichte BGE die Grenzlinie zwischen zulässigem und unzulässigem Wettbewerb abgesteckt; da sie hier nicht angeführt werden können, sei verwiesen auf meine dreisprachige Taschenausgabe zum neuen Wettbewerbsgesetz, *Concurrence déloyale*, wo sie nach Fallgruppen zusammengestellt und teilweise mit Urteilsauszügen wiedergegeben sind. Auch das neue Wettbewerbsgesetz enthält neben acht Spezialtatbeständen, die zum großen Teil auf Normen beruhen, welche die Bundesgerichtsjudikatur herausgearbeitet hatte, eine Generalklausel mit dem Normativbegriff von «Treu und Glauben» sowie dem Kriterium des Rechtsmißbrauchs, so daß auch hier eine schöpferische Rechtsfindung sich entwickeln kann; zu dieser Rechtsfindung auf Grund der Generalklausel bereits in der erwähnten Ausgabe 242 ff. und 276 ff. — Über den Boykott vgl. jetzt namentlich BGE 51 II 525 ff. und 62 II 280, ferner die Referate für den schweizerischen Juristentag 1927, besonders von Bundesrichter Bolla (Verhandlungen 219 ff.).

²⁵ Methodische Grundfragen 117 und 138 ff.

gewerbsmäßigen Delikts nach unserem schweizerischen Strafgesetzbuch. Dafür enthält das Gesetz zunächst einen Anhaltspunkt in Art. 137 über qualifizierten Diebstahl, wonach der Begriff «gewerbsmäßig» unter den umfassenderen Begriff der besondern Gefährlichkeit des Täters fällt; auch die Strafen, die dem gewerbsmäßigen Täter angedroht werden, können als Anhaltspunkte des Gesetzes herangezogen werden. Im übrigen ist aber der Begriff wiederum nach der Methode selbständiger Rechtsfindung näher zu bestimmen. Auch hier hat deshalb die Judikatur des Bundesgerichts erhebliche präjudizielle Tragweite²⁶. Auf ergänzender selbständiger Rechtsfindung beruhen ferner die Präjudizien über die Zulässigkeit der staatsrechtlichen Beschwerde, wofür das Organisationsgesetz nur teilweise die Grundlage bildet²⁷.

Zu derartiger ergänzender Rechtsfindung *intra legem* besteht in unserem schweizerischen Recht je länger, desto mehr Anlaß. Das hängt mit dessen Gesetzestechnik zusammen. In unserer neuern Gesetzgebung zeigt sich nämlich das Bestreben, von der Kasuistik früherer Gesetze sich frei zu machen²⁸: so namentlich im Privatrecht, von Bluntschli bis Eugen Huber, aber auch im Strafrecht, wie man leicht feststellen kann, wenn man das neue schweizerische StrGB mit den frühern kantonalen Gesetzen oder etwa mit dem italienischen Codice penale vergleicht; ähnlich neuerdings im Arbeitsrecht, wo nun an Stelle der oft sehr zersplitterten und in Einzelheiten sich verlierenden Vorschriften zahlreicher Bundesgesetze ein auf die wesent-

²⁶ Vgl. besonders BGE 71 IV 113 ff.: danach ist wesentlich, daß der Täter «seine Hemmungen ein für allemal überwunden hat und um des Verdienstes willen zur Tat bereit ist, wo immer sich passende Gelegenheit bietet». Ähnlich schon BGE 71 IV 82 ff.

²⁷ Vgl. H. Huber, Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte, Referat für den Schweizerischen Juristenverein 1936, besonders 148 ff. Zur Judikatur des Bundesgerichtes auf Grund von Art. 4 der BV über die Rechtsgleichheit Du Pasquier, Introduction 64, und im einzelnen Kommentar Burckhardt 3. Aufl. 25 ff.

²⁸ Methodische Grundfragen 140.

lichen Grundsätze gerichtetes umfassendes Arbeitsgesetz treten soll²⁹. Diese Tendenz macht in höherem Maße selbständige Rechtsfindung *intra legem* erforderlich. Damit verstärkt sich zugleich die Bedeutung der Präjudizien; denn im Rahmen der gesetzlichen Normen und ihrer sinn-gemäßen Auslegung werden diese für die Praxis vor allem begleitend sein.

V.

Wie steht es indessen bei der eigentlichen Gesetzesinterpretation?

Auch da genießen die Präjudizien des obersten Gerichts hohes Ansehn. Nach der Interpretation des Bundesgerichts, als der in *concreto* verbindlich entscheidenden letzten Instanz, wird von den Untergerichten, den Rechtsanwälten und Rechtsuchenden das Gesetz in der Regel ausgelegt, ganz einfach, weil man sonst im Streitfall durch Weiterzug entsprechende Korrekturen gewärtigen muß. Und doch stützt sich in solchen Fällen auch das Bundesgericht auf das Gesetz, ist seine Rechtsfindung davon abgeleitet und macht nicht Anspruch darauf, etwas anderes zu sein als ein Versuch sinngemäßer Auslegung. Im Gegensatz zu den vorher erwähnten Fällen ergänzender selbständiger Rechtsfindung *praeter* und *intra legem* ist hier das Gesetz nicht bloß Schranke, sondern eigentliche Grundlage der Rechtsfindung³⁰. Gewiß sollen die Gesetzesnormen selbst wieder ausgerichtet sein auf höhere Werte: sie sollen der Gerechtigkeit entsprechen, nicht bloß nach Belieben des Gesetzgebers willkürlichen oder zufälligen Inhalt haben (ganz abgesehen von der positivrechtlich begründeten Abhängigkeit in bezug auf die Verfassung); aber es ist grundsätzlich Aufgabe des Gesetzgebers, seine Normen danach zu bestimmen. Der Richter hat mit Rücksicht auf die Rechtssicherheit in der

²⁹ Vgl. im 3. Heft der Zeitschrift *Wirtschaft und Recht* I. Jahrg. (1949) 149 und 163.

³⁰ Methodische Grundfragen 111, 116; zur sinngemäßen Auslegung 113 ff. und 124 ff.

Regel sich an das Gesetz zu halten und die Gesetzesnormen bloß nach den immanenten Wertungen sinngemäß auszulegen, soweit aus ihnen genügend Anhaltspunkte für den Entscheid entnommen werden können³¹. Die Präjudizien erscheinen deshalb hier als Ausdruck des Gesetzes, machen jedenfalls nicht Anspruch darauf, selbständige Rechtsquelle zu sein.

³¹ Methodische Grundfragen 22, 39, 55, 113 und dort Fußnote 12, wo bereits Grenzen der Bindung des Richters an das Gesetz sichtbar werden. Das Problem allfälliger Rechtsfindung des Richters *contra legem* hat, abgesehen von den in Abschnitt IX noch zu besprechenden Fällen der Konkurrenz mit Gewohnheitsrecht oder Präjudizien, in einem geordneten demokratischen Gemeinwesen allerdings mehr grundsätzliche als praktische Bedeutung. Aus der schweizerischen Judikatur ist mir kein Fall bekannt, in welchem es sich überhaupt gestellt hätte; ist das Gesetz selbst nicht eindeutig, so handelt es sich um ergänzende Rechtsfindung *intra legem*. Anders, wo das Gesetz durch die Staatsgewalt mißbraucht worden ist zu Zwecken, die der Rechtsidee ganz offensichtlich widersprechen: da wurde das Problem zur brennenden Schicksalsfrage. Die Diskussion hierüber ist besonders in der neuesten deutschen Literatur vertieft worden, auf Grund der eigenen bitteren Erfahrungen unter nationalsozialistischer Herrschaft: vgl. Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, im Jahrgang 1946 der Süddeutschen Juristenzeitung 105 ff.; selbst Anhänger des Positivismus anerkennen da Grenzen der Verbindlichkeit des Gesetzes, vgl. zum Beispiel Herrfahrdt im Jahrgang 1949 der Deutschen Rechts-Zeitschrift 33. Sehr eingehend zum Konflikt zwischen positivem Recht und Naturrecht Gény, *Science et technique en droit privé positif* IV 74 ff., 112 ff., 137 ff. (auch Hinweis auf Duguit und Hauriou). — Aus der schweizerischen Literatur vgl. zur grundsätzlichen Frage vom naturrechtlichen Standpunkt: Schönenberger, Präsidialansprache Juristentag 1945, besonders 399 ff.; Guisan, *La science juridique pure*, im Jahrgang 1940 der ZSR 207 ff., und *Note sur le droit naturel*, in *Revue de théologie et de philosophie* 1940; Perrier, *Cité chrétienne* 76 ff. Auch von Vertretern des Staatsrechts wird grundsätzlich etwas Höheres über der positivrechtlichen Verfassung anerkannt: so von Kägi, Verfassung als rechtliche Grundordnung 47, und von Schindler, *Ausgewählte Schriften und Fragmente aus dem Nachlaß* (Recht, Staat, Völkergemeinschaft) 65 ff. und 105 ff. Daß die Gerechtigkeit der Maßstab für die Gesetzgebung sein soll, hat eingehend

Allerdings ergibt sich in manchen Fällen aus dem Gesetz und seiner sinngemäßen Auslegung nur eine gewisse Richtlinie, aber durchaus nicht alles, so daß ergänzend in der gleichen Frage die selbständige Rechtsfindung sich der Gesetzesinterpretation anzuschließen hat und das Präjudiz dann doch über diese hinausgeht. Beispiel unter vielen andern das Urteil des Bundesgerichts von 1945 betreffend den Schutz der Persönlichkeit gegen unwahre Presseartikel (BGE 71 II 191 ff.): dort ist, im Rahmen einer systematischen Auslegung des positiven Rechts, durch Interessenabwägung die Grenzlinie zulässiger Eingriffe näher bestimmt worden. Auch die bereits erwähnte Judikatur über den Begriff des gewerbsmäßigen Delikts gehört hieher³². In andern Fällen kann sich das Urteil weit stärker auf das positive Recht stützen, bleibt indessen gleichwohl dem Richter noch ein Stück selbständig wertender Rechtsfindung. Das gilt auch in Fällen, in denen andere positivrechtliche Normen analog herangezogen werden; der Norminhalt wird zwar bei der Analogie jeweils dem positiven Recht entnommen, aber ob der Fall analog zu beurteilen sei, beruht meist wieder auf selbständiger Wertung, die

W. Burckhardt in seinem Werk über die Organisation der Rechtsgemeinschaft 238 ff. dargetan. Bemerkenswert ist, daß nach dem selbstgenügsamen «moralinfreien» Positivismus des 19. Jahrhunderts überall wieder die sittliche (naturrechtliche) Grundlage des Rechts anerkannt wird: vgl. Del Vecchio, *Lezioni di filosofia del diritto* 178; für das amerikanische Rechtsdenken zum Beispiel Pound, *Law and morals*, 2. ed. 82. — Die Bedeutung der Rechtssicherheit für das positive Recht und die sich hieraus ergebende Bindung des Richters wurde namentlich von Radbruch l. c. hervorgehoben, auch in seiner Rechtsphilosophie 3. Aufl. 70 ff. Auf diese Frage wird nachher noch im Zusammenhang mit dem Problem, das den eigentlichen Gegenstand dieses Aufsatzes bildet, näher eingetreten: vgl. Abschnitt VII Ziff. 4. Selbst ein ausgesprochener Vertreter des Naturrechts, Prof. Dabin von der Universität Louvain, hat die große Bedeutung der Rechtssicherheit mit folgenden Worten gekennzeichnet: «Mieux vaut parfois une règle arbitraire, mais nette, que l'absence de règle, avec l'insécurité qui en est la suite» (*La technique de l'élaboration du droit positif* 24).

³² Oben Abschnitt IV, 3. Absatz und Fußnote 26.

sich ohne Widerspruch mit dem positiven Recht im einen oder andern Sinne treffen läßt: zum Beispiel im Fall der Anerkennung einer Aktivlegitimation der Berufsverbände zu Klagen wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts der Mitglieder in Analogie zu Art. 2 des Wettbewerbsgesetzes durch Urteil der 1. Zivilkammer des Bundesgerichts von 1947 (BGE 73 II 65 ff.)³³. So treffen oft im gleichen Fall Auslegung aus dem positiven Recht und ergänzende selbständige Rechtsfindung zusammen, und dann hat das Präjudiz ebenfalls mehr als bloß deklarativen Charakter.

Es bestehen sogar Tendenzen, an Stelle der Auslegung des positiven Rechts nach den ihm zugrunde liegenden Wertungen von vornherein die selbständigwertende Rechtsfindung treten zu lassen, die dann das positive Recht höchstens noch nach seinem Wortlaut als Schranke gelten läßt. In diesem Sinn nicht nur die bekannte deutsche Freirechtsschule, sondern auch Äußerungen in der schweizerischen wissenschaftlichen Literatur, die den Unterschied zwischen Auslegung und solcher Lückenausfüllung verkennen oder gar grundsätzlich bestreiten³⁴. Das widerspricht aber Art. 1

³³ Urteil im Streitfall zwischen Coiffeurgehilfenverband und Coiffeurmeisterverband Basel-Stadt. Das Urteil folgte größtenteils den Argumenten der Vorinstanz, des Basler Appellationsgerichts, das auch die beidseitigen Interessen gegeneinander abgewogen hatte, mit denen im Wettbewerbsverhältnis verglichen und daraus folgerte, nicht der Umkehrschluß zur Regelung im Wettbewerbsgesetz dränge sich auf, sondern Analogie, namentlich wegen ähnlichen Kollektivinteresses, das den Grund zur Anerkennung des Verbandsklagerechts in jenem Gesetz gebildet hat (vgl. dazu Roos, Klagerecht der Berufs- und Wirtschaftsverbände nach dem Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb 43 ff., besonders 47). — Zur Analogie als Mittel der Auslegung und der ergänzenden Rechtsfindung eingehend Methodische Grundfragen 121 ff. und mein Beitrag zur Festschrift für Hafter 133 ff. Im Text Beispiel der Analogie als Mittel der ergänzenden Rechtsfindung; zur Lückenausfüllung auch BGE 54 I 246, 73 II 231 u. a. Analogie als Mittel bloßer (systematisch widerspruchloser) Gesetzesauslegung zum Beispiel BGE 61 I 210/11, II 98, 70 IV 170.

³⁴ Vgl. W. Burckhardt, Methode und System des Rechts 280.

unseres ZGB, wo deutlich von der Auslegung des Gesetzes (Abs. 1) die bei Lücken des positiven Rechts einsetzende selbständige Rechtsfindung nach der Art des Gesetzgebers (Abs. 2) völlig getrennt behandelt wird, als ein zeitlich und rangmäßig erst nachher sich stellendes Problem, welches mit andern Methoden zu lösen ist. Das könnte ferner die Rechtssicherheit gefährden, die durch den Vorrang des positiven Rechts und seiner sinngemäßen Auslegung gewährleistet wird. Unser Bundesgericht hat am Unterschied zwischen Gesetzesauslegung und ergänzender selbständiger Rechtsfindung in seiner Judikatur tatsächlich festgehalten und neuerdings eindringlich davor gewarnt, leichthin das Vorliegen von Gesetzeslücken anzunehmen (BGE 74 II 109, instruktiv auch 73 II 203 ff.).

Es geht auch nicht an, über die Schranken des Gesetzes und seiner sinngemäßen Interpretation sich hinwegzusetzen, indem man dies als «ausdehnende Auslegung» bezeichnet. Das gilt selbst dann, wenn die davon abweichende Norm bei freier Rechtsfindung durchaus gerechtfertigt wäre (BGE 65 II 1, vgl. auch 70 IV 105). In solchen Fällen ist es Sache des Gesetzgebers, die Korrektur vorzunehmen.

VI.

Als gesetzlichen Ansatz für eine präjudizielle Tragweite der Urteile haben wir bereits hingewiesen auf ZGB Art. 1 (Abschnitt III).

Einen Anhaltspunkt dafür, wie Präjudizien zu bewerten sind, gibt auch das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege: nach Art. 16 des Organisationsgesetzes von 1943 darf eine Bundesgerichtskammer, wenn sie «eine Rechtsfrage abweichend von einem früheren Entscheid einer andern Abteilung oder des Gesamtgerichts entscheiden will», dies nur tun im Einverständnis mit der andern Abteilung oder auf Beschluß der vereinigten Abteilungen oder des Gesamtgerichts. Daraus ergibt sich deutlich, daß einerseits nicht ohne weiteres von Präjudizien

abgewichen werden darf, weil sonst besondere Verfahrensvorschriften dieser Art gar nicht nötig wären, anderseits aber doch das Bundesgericht nicht absolut an seine Präjudizien gebunden sein soll. Eine Verfahrensvorschrift ähnlicher Art enthielt bereits das Organisationsgesetz von 1911. Nach wie vor dient sie der einheitlichen Rechtsprechung unseres obersten Gerichts, das bei vermehrter Amtslast regelmäßig nicht im Plenum das Urteil fällt und deshalb trotz möglichst zweckmäßiger Aufteilung nach Materien ab und zu Widersprüche zwischen Urteilen der verschiedenen Spruchkammern gewärtigen müßte³⁵. Aus den gleichen Gründen finden sich auch in ausländischen Rechtsordnungen verwandte Vorschriften, so bereits im deutschen Gerichtsverfassungsgesetz von 1877, während nach französischem Recht ein Plenarentscheid der Cour de Cassation einen prinzipiell andern Zweck hat, nämlich im Fall einer zweiten Kassation in gleicher Sache dem Urteil des obersten Gerichts als verbindlicher Wegleitung in der Rechtsfrage die nötige Autorität gegenüber untern Gerichten zu verschaffen³⁶. Nach unserem Organisationsgesetz steht es einer Kammer oder Abteilung unseres Bundesgerichts an sich frei, von ihrer eigenen Judikatur abzuweichen, was aus naheliegenden Gründen, auf die noch hinzuweisen sein wird, allerdings selten geschieht; an die Präjudizien einer andern ist sie gleichfalls nicht absolut gebunden, kann aber nicht von sich aus anders entscheiden, was in noch höherem Maß geeignet ist, das Präjudiz nur in ganz besondern Fällen überhaupt in Frage zu stellen.

Grundsätzliche normative Gesichtspunkte führen zum gleichen Ergebnis. Für das Festhalten an Präjudizien spricht

³⁵ Über die Tragweite vgl. besonders BGE 57 II 361 und 69 II 172/75, ferner 65 III 29 ff.; Birchmeier, Handbuch zum (neuen) Organisationsgesetz 20; vgl. auch die kürzlich erschienene Zürcher Dissertation Siegrist über Plenarentscheidungen 40 ff. Das Verfahren wurde bisher sehr zurückhaltend in Anspruch genommen (aus der ältern Rechtsprechung sei noch BGE 41 II 761 ff. erwähnt).

³⁶ Näheres hierüber bei Perreau l. c. I 50 ff., Siegrist l. c. 22 ff. und dort zitierte Literatur.

vor allem das Prinzip der Rechtsgleichheit, das sogar in unserer Verfassung verankert ist und auch der Bestimmung von ZGB Art. 1 über den Entscheid des Richters bei Lücken im positiven Recht zugrunde liegt (vgl. oben Abschnitt III)³⁷. Damit hängt weiter die Rechtssicherheit zusammen. Festhalten an Präjudizien steigert die Voraussehbarkeit und stärkt das Vertrauen in die Praxis, erspart besonders im Privatrecht viele Prozesse, in allen Rechtsgebieten manchen Weiterzug an die höhern Instanzen. Gleichwohl ist in einzelnen Fällen aus wichtigen sachlichen Gründen eine Praxisänderung angezeigt (hierüber nachfolgend Abschnitt VII).

Dem entspricht im allgemeinen unsere Praxis. Insbesondere hält sich unser Bundesgericht meist an seine Präjudizien, selbst wenn es sie gegenüber Einwänden überprüft; ausnahmsweise weicht es jedoch in besondern Fällen hievon ab. Ähnliches gilt von kantonalen obersten Instanzen in Fragen des kantonalen Rechts. Danach richten sich jeweils die untern Instanzen; sie berufen sich häufig auf die Präjudizien der obern, ohne selbst sich darüber auszusprechen, oft sogar ohne damit ganz einverstanden zu sein³⁸. Immerhin sind ab und zu die untern Instanzen von Präjudizien der obern abgewichen, indem sie Gegengründe geltend machten, offenbar in der Annahme, damit auch bei den höhern Instanzen vielleicht durchzudringen³⁹. Das Bundesgericht selbst hat in einem Urteil von 1945, als gegen ein

³⁷ Das Bundesgericht hat zum Beispiel in einem Urteil von 1923 betont, für die Rechtsgleichheit müßten die richterlichen und Verwaltungsbehörden ebenso sorgen wie der Gesetzgeber: BGE 49 I 300.

³⁸ Vgl. zum Beispiel BGE 40 II 254 und 61 II 312. Auch Entscheidungen des Basler Appellationsgerichts VIII 124; in der gleichen Frage wich das Zürcher Bezirksgericht von der Bundesgerichtspraxis ab (SJZ 40. Jahrg. 258 ff.), doch hat das Bundesgericht an seiner Praxis festgehalten (BGE 71 II 146).

³⁹ Vgl. zum Beispiel Bl. f. Zürch. Rspr. 1943 354 ff. gegenüber BGE 51 II 116 ff., auch Jahrg. 1945 107 ff. gegenüber BGE 69 IV 178 ff. (erfolglos: BGE 71 IV 38 ff.).

von seiner Rechtsprechung abweichendes kantonales Urteil der staatsrechtliche Rekurs wegen Willkür ergriffen wurde, eindeutig erklärt, die kantonalen Gerichte seien befugt, seine Präjudizien zu überprüfen («de reprendre eux-mêmes l'examen d'un point de droit»), so daß ein abweichendes Urteil nur dann willkürlich sei, wenn es offensichtlich sich nicht halten lasse: BGE 71 I 225 ff. (229).

Nicht wesentlich anders verhält sich die Praxis in den Nachbarstaaten⁴⁰.

Dagegen sind im englischen Recht nach herrschender Ansicht Präjudizien der oberen Instanzen für die nachgeordneten und die der höchsten Instanz auch für diese selber absolut verbindlich⁴¹.

⁴⁰ Im französischen Recht zum Beispiel bilden Praxisänderungen der Cour de cassation seltene, obwohl vielbeachtete Ausnahmen: vgl. Perreau l. c. I 55 ff. Über die Bindung der untern Gerichte nach einer zweiten Kassation oben im Text und Fußnote 36.

⁴¹ Salmond l. c. 181 ff. Vinogradoff l. c. 172 ff. Simon l. c. 7, unter Hinweis auf vereinzelte frühere gegenteilige Ansichten in bezug auf Bindung des House of Lords an seine eigenen Präjudizien. Unverbindlich sind Präjudizien, die seinerzeit aus Versehen im Widerspruch zum Gesetzesrecht ergangen waren: Salmond l. c. 182. Im Gegensatz zum House of Lords, das in neuerer Zeit (wohl seit 1760) tatsächlich nie mehr von seinen Präjudizien abgewichen ist, scheint indessen für die Dominions und die Kolonien das höchste Gericht (Judicial Committee of the Privy Council) nicht absolut an seine Präjudizien gebunden zu sein: Salmond l. c., Vinogradoff l. c. 177. Kritisch zur absoluten Verbindlichkeit Salmond l. c. 196 ff. Im amerikanischen Recht ist der Grundsatz, das oberste Gericht sei selber an seine Präjudizien gebunden, überhaupt nicht anerkannt: vgl. Gray, *The nature and sources of the law*, second ed. 242; Llewellyn l. c. 7. Dagegen sind in den USA. ebenfalls die nachgeordneten Gerichte gebunden an die Präjudizien der obern: Gray l. c. 243, vgl. im übrigen dort 218 ff. und 241 ff. — Daß es sich bei den Präjudizien nicht bloß darum handelt, bereits geltendes Recht zu finden, sondern das Recht auch schöpferisch zu gestalten, ist besonders scharf von Sayre in der *Harvard Law Review* ausgesprochen worden: "In spite of countless assertions in the older cases that judges find the law but do not make it, we must recognize frankly that courts do make law or legislate and further that it is a necessary part of their judicial

VII.

Es stellt sich nun die Frage, unter welchen Umständen nach unserm Recht von Präjudizien abgewichen werden darf, welche Gründe hierfür als maßgeblich ins Gewicht fallen.

Auch hier empfiehlt es sich, zunächst empirisch vorzugehen und insbesondere festzustellen, wie sich die Praxis des Bundesgerichts dazu verhält. Es ist nicht leicht, einen genügenden Überblick zu gewinnen. Da mich das Problem der Präjudizien schon seit vielen Jahren beschäftigt hat, lag es mir auch daran, eine große Zahl von Urteilen des Bundesgerichts, in denen es von seiner früheren Judikatur abgewichen ist, eingehend unter diesem Gesichtspunkt zu würdigen. Ich veranlaßte dann ferner einen Doktoranden, in einer systematischen Analyse der amtlich publizierten Urteile des Bundesgerichts aus den letzten zwei Jahrzehnten die Gründe herauszuarbeiten, welche für die Praxisänderungen maßgeblich waren; demnächst soll diese Dissertation, auf Grund einiger weiterer Urteile ergänzt, in den «Basler Studien zur Rechtswissenschaft» veröffentlicht werden⁴². Das Ergebnis hat meine vorweg auf beschränk-

function'' (35th vol. 417). Die schöpferische Funktion der Rechtsprechung wird auch von Cardozo, *The growth of the law*, 4th ed. 131 ff. hervorgehoben. Für das englische Recht Salmond l. c. 194, der die Theorie, wonach die Präjudizien bloß deklarativ seien, eine Fiktion genannt hat. — Als hauptsächlichsten Grund für das Festhalten an Präjudizien bezeichnete Prof. Goodhart von der Universität Oxford in seinem Aufsatz über Precedent in English and Continental Law (*The Law Quarterly Review*, vol. L, 40 ff.) das Bedürfnis nach Rechtssicherheit (l. c. 58, 60, 62).

⁴² Dubs, Praxisänderungen. Diese knapp und klar geschriebene Studie sei den Lesern des Aufsatzes empfohlen; sie gibt ein umfassendes Bild der Judikatur des Bundesgerichts in dieser Frage. Auch auf das letzthin in den Basler Studien erschienene Buch von Spiro, *Über den Gerichtsgebrauch zum Allgemeinen Teil des rev.OR*, welches sich besonders in seinem letzten Kapitel mit ähnlichen Fragen beschäftigt und die Praxis für das von ihm behan-

teres Material sich beziehenden Thesen im wesentlichen bestätigt.

In den Urteilen des Bundesgerichts ist häufig eine Mehrzahl von Argumenten zu finden. Nachfolgend wird nun jeweils bloß das meines Erachtens Entscheidende hervorgehoben. Insofern handelt es sich hier bereits um Auswahl unter normativem Gesichtspunkt. Auch die Systematik ist durch den normativen Gesichtspunkt bestimmt. Die Bundesgerichtsurteile, auf welche Bezug genommen wird, erscheinen deshalb vor allem als bestätigende Beispiele; daß sie sich ohne weiteres in eine solche Systematik eingliedern lassen, ist ein erfreuliches Zeichen für die Konkordanz der tatsächlich geübten Praxis unseres höchsten Gerichts mit den normativ ausgerichteten Postulaten.

Vor allem ist bei diesem Problem ebenfalls ein prinzipieller Unterschied zu machen zwischen Fällen, welche durch Auslegung des Gesetzes sich entscheiden lassen, und den andern, die — wenigstens zum Teil — einer selbständigen Rechtsfindung *praeter* und *intra legem* bedürfen.

1. Von Präjudizien in Fällen der ersten Art kann regelmäßig abgewichen werden durch den Nachweis, daß die neue Auslegung dem Sinn des Gesetzes oder den ihm zugrunde liegenden immanenten Wertungen besser entspricht. So hat das Bundesgericht in einem Urteil von 1944 (BGE 70 II 70 ff.) gegenüber mehreren Präjudizien (BGE 43 II 135 ff., 55 II 233 f., 62 II 65 ff.) grundsätzlich festgestellt, es gehe nicht an, die gesetzliche Vermutung von ZGB Art. 314 Abs. 1 für die Vaterschaftsklage über den 300. Tag vor der Geburt auszudehnen, auch nicht bei Spätgeburten, indem es darauf hinwies, das widerspreche der generellen Wahrscheinlichkeit, auf welcher die Gesetzesnorm nach ihrem «Grundgedanken» beruhe, überdies der sinngemäß nicht strenger zu behandelnden Vermutung der Ehelichkeit nach Art. 252 Abs. 2. In manchen weiteren Fällen ist

delte Gebiet vollständig verarbeitet hat, sei bereits an dieser Stelle hingewiesen; im Abschnitt IX wird darauf mehrfach zurückzukommen sein.

das Bundesgericht ebenfalls von seinen Präjudizien namentlich deshalb abgewichen, weil es erkannte, daß es damals das Gesetz nicht sinngemäß ausgelegt hatte (vgl. zum Beispiel BGE 50 II 411 ff., 51 II 116 ff., 57 III 37 ff., 59 II 372 ff., 60 I 230 ff., 63 II 395 ff., 64 III 1 ff., 65 II 133 ff. und III 28 ff., 66 II 4 ff. und 99 ff., 68 II 292 ff., 69 II 215 ff. und III 10 ff., 72 I 97 ff. und 178 ff., III 44 ff. und 84 ff., IV 160 ff., 74 II 183 ff. und IV 65 ff.). Oft erfolgte die Korrektur aus der Erkenntnis, vorher nicht richtig in die Ratio legis oder überhaupt in den Sinnzusammenhang des Gesetzes eingedrungen zu sein (vgl. zum Beispiel BGE 66 II 4 ff., auch 50 II 411 ff., 51 II 116 ff., 60 I 230 ff., 63 III 65 ff., 72 III 44 ff., 74 II 183 ff.); oder man kam von einer früher vorwiegend formalen Auslegung ab zugunsten einer sinngemäßen (vgl. zum Beispiel BGE 65 II 133 ff. betreffend Nichtigkeit einer Scheinehe⁴³, auch 69 III 10 ff.).

Eine Praxisänderung kann selbstverständlich auch sich aufdrängen, wenn durch ein neues Gesetz unmittelbar oder mittelbar die Grundlage früherer Urteile berührt wird und die Frage nun unter anderem Licht erscheint: so die Frage der schutzfähigen Ausstattung infolge des neuen Wettbewerbsgesetzes, das sich auf das Mißbrauchskriterium stützt (BGE 72 II 392 ff.), und die Frage der zusätzlichen Anwendbarkeit des Schutzes gegen unlauteren Wettbewerb neben dem markenrechtlichen Sonderschutz (BGE 73 II 110 ff. und 126 ff.). Fernwirkungen einer auf verwandten Gebieten veränderten Rechtsgrundlage waren auch sonst oft mitbestimmend (vgl. zum Beispiel BGE 48 II 6 ff., 55 II 306, 65 II 6).

2. In Fällen ergänzender selbständiger Rechtsfindung praeter oder intra legem, bei welcher das positive Recht bloß eine Schranke bildet, nicht die Grundlage, sind für eine Praxisänderung Gesichtspunkte maßgebend, die ganz

⁴³ Hier kam noch selbständige Rechtsfindung intra legem hinzu, gestützt auf den in Art. 2 des ZGB verwendeten Normativbegriff des Rechtsmißbrauchs, wobei die hierfür in Betracht kommenden Interessen abgewogen wurden (BGE 65 II 139).

ähnlich auch der Gesetzgeber zu berücksichtigen hat. In Betracht kommen einerseits, entsprechend den sogenannten «Realien der Gesetzgebung»⁴⁴, veränderte nichtjuristische Tatsachen oder deren bessere Kenntnis, Änderungen in den soziologischen und namentlich wirtschaftlichen Verhältnissen sowie Fortschritte wissenschaftlicher Erkenntnis, anderseits veränderte Bewertung, zum Beispiel infolge Wechsels der ethischen oder politischen Anschauungen⁴⁵, Erwägungen der Billigkeit und der Gerechtigkeit, auch der praktischen Zweckmäßigkeit, der Rechtssicherheit usw., vor allem auf Grund der Erkenntnis ungünstiger Folgen der Präjudizien.

Veränderte wirtschaftliche Verhältnisse wurden zum Beispiel geltend gemacht in einem Urteil des Bundesgerichts vom Jahr 1923, das grundsätzlich die Frau zum Anwaltsberuf zuließ (BGE 49 I 14 ff. in Sachen Frl. Dr. Roeder, im Gegensatz zum Fall Kempin aus dem Jahr 1887). Ein weiteres Beispiel bietet das Urteil des Bundesgerichts von 1938 über interkantonale Vermögenssteuerauscheidung bei Banken mit Filialen (BGE 64 I 253 ff., 260). Im umstrittenen patentrechtlichen Urteil des Bundesgerichts von 1937, in welchem erhöhte Anforderungen an die schöpferische Tätigkeit und den technischen Fortschritt gestellt wurden, sind die veränderten Verhältnisse der Technik und der technischen Bildung als Argument herangezogen worden (BGE 63 II 271 ff.).

Der wissenschaftliche Fortschritt hat dazu geführt, daß im Gegensatz zu früheren Urteilen das Bundesgericht die Blutprobe als Beweismittel gegen die Vaterschaft anerkannte (vgl. BGE 60 II 84 ff., 61 II 72 ff.): nach den neuern

⁴⁴ Eugen Huber in der Zeitschrift für Rechtsphilosophie I 38 ff., Recht und Rechtsverwirklichung 281 ff.

⁴⁵ Wird diesen Anschauungen vom Richter nicht zugestimmt, so kommen sie für ihn nicht unmittelbar als normativer Gesichtspunkt in Betracht, sondern nur als soziologische Tatsache, die namentlich im Hinblick auf Anerkennung der Verbindlichkeit von Normen durch die Rechtsgemeinschaft und damit für die Durchsetzung als geltendes Recht bedeutsam ist: hierüber Abschnitt IX.

Urteilen aus der Mitte der dreißiger Jahre gelten die von ZGB Art. 314 Abs. 2 als normatives Kriterium aufgestellten «erheblichen Zweifel über die Vaterschaft» als gerechtfertigt, wenn nach den Ergebnissen einer sorgfältig durchgeführten Blutprobe «das Kind Blut mit Gruppeneigenschaften aufweist, die nicht aus der Kombination derjenigen Blutgruppen entstehen können, denen einerseits die Mutter und anderseits der Beklagte angehört (BGE 61 II 75); in einem Urteil von 1945 wurde schließlich die Blutprobe auch zugelassen für den Beweis, daß der Ehemann nach Art. 254 unmöglich der Vater sein kann (BGE 71 II 54 ff.). Die neuern hydrologischen Erkenntnisse führten ferner zur Änderung der Judikatur im Quellenrecht (vgl. BGE 65 II 143 ff.).

Gründe der Billigkeit vor allem haben das Bundesgericht dazu geführt, die Fahrnistradition in seinem bekannten Urteil von 1929 nicht mehr als abstraktes Rechtsgeschäft anzuerkennen, wobei des Veräußerers Interessen gegenüber denen des Erwerbers, der bösgläubigen Rechtsnachfolger und der allfälligen Konkursgläubiger abgewogen wurden (BGE 55 II 302 ff.). Erwähnt sei ferner als Beispiel für die Billigkeit als maßgeblichen Gesichtspunkt ein Urteil von 1941 betreffend Unpfändbarkeit des verheimlichten Arbeitsverdienstes der Ehefrau (BGE 67 III 19 ff.). Veränderte Werturteile haben als Argument auch mitgespielt im bereits angeführten Urteil über die Zulassung der Frauen zum Anwaltsberuf: die veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse, die zum Eintritt der Frauen in Erwerbstätigkeiten führten, welche früher nur Männer ausübten, haben hier einen Wandel der rechtlichen Wertung mit sich gebracht, sowohl im Bundeszivilrecht als im öffentlichen Recht einer Reihe von Kantonen (vgl. besonders den Schluß der Urteilsgründe BGE 49 I 19/20)⁴⁶. Werturteile

⁴⁶ Vgl. als Parallele dazu Cardozo l. c. 105 über einen Fall aus der amerikanischen zivilrechtlichen Judikatur, bei dem auch die veränderten Verhältnisse den Ausschlag gaben zugunsten gleicher Rechte der Frau.

waren ebenfalls mitbestimmend für die wechselnde Judikatur über den Boykott (vgl. BGE 32 II 360 ff., 51 II 525 ff., 62 II 276 ff., besonders 281)⁴⁷.

«Erwägungen praktischer Natur» waren maßgebend für den Wechsel in der Rechtsprechung des Bundesgerichts betreffend die Vermögensleistungen des Vaters im Fall der Zusprechung mit Standesfolge (BGE 46 II 5 ff.); ähnlich für das Urteil von 1935, wonach der Streitwert im Vaterschaftsprozeß zu berechnen ist nach dem Zeitpunkt der Geburt (BGE 61 II 69 ff.). Auf besserer Erkenntnis der praktischen Konsequenzen beruht ferner das Urteil von 1936 über das Antragsrecht zur Einleitung eines Entmündigungsverfahrens (BGE 62 II 268 ff.). Ebenso wurden 1932 vom Bundesgericht unter eingehender Würdigung der praktischen Bedürfnisse die Privatgutachten technischer Art bei Patentprozessen im Gegensatz zur früheren Judikatur abgelehnt (BGE 58 II 279 ff.). Unerwünschte praktische Konsequenzen sind übrigens auch im erwähnten patentrechtlichen Urteil von 1937 über Erfindungshöhe geltend gemacht worden: Mißbrauch des Patentschutzes als Kampfmittel und unnötige Fessel für die Konkurrenz (BGE 63 II 275). Ähnliche Gründe praktischer Art veranlaßten noch in weiteren Fällen eine Änderung der Rechtsprechung (vgl. zum Beispiel 61 II 148 ff., bestätigt und präzisiert durch BGE 72 II 328 ff., 46 II 6, 48 II 6 ff., 55 III 17, 58 II 279 ff., 62 II 269 f., 64 II 427, 65 II 25, 69 IV 32, 72 III 83 ff. u. a.).

3. Jedes Abgehen von Präjudizien bringt gewisse Nach-

⁴⁷ Früher deutlich Vorrang von Einzelinteressen: Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz des Einzelnen absolut unzulässig; später unter Umständen Vorrang von Kollektivinteressen: Boykott zulässig trotz großer Gefahr für wirtschaftliche Vernichtung der Außenseiter, wenn notwendiges Mittel im Interesse gesunder Verhältnisse des ganzen Berufsstandes oder Wirtschaftszweiges (vgl. hierüber BGE 56 II 435/36 und 62 II 280/81). Gegen die Bewertung nach quantitativen Gesichtspunkten Guisan in Festschrift für Wieland 164 ff. Eingehend mein Buch über *Concurrence déloyale* 316 ff.

teile mit sich: namentlich in bezug auf Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit. Darum wird man nicht leichthin hievon abweichen, wenn nur geringe sachliche Vorzüge zugunsten einer neuen Norm anzuführen sind. Es gilt auch hier, vernünftig abzuwägen. Die sachlichen Vorzüge der Änderung müssen so bedeutend sein, daß sie den Einbruch in Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit, der mit dem Abgehen von den Präjudizien verbunden ist, mindestens aufwiegen.

Besonders reiflich muß eine Praxisänderung überlegt werden, wenn das Vertrauen in die Präjudizien dazu führte, Kraft und Geld aufzuwenden für etwas, dessen Wert durch die neue Praxis in Frage gestellt wird. So sind durch die neue Judikatur zur Erfindungshöhe die früheren Patente, die diesen Ansprüchen nicht genügten, entwertet worden⁴⁸. Von wohlerworbenen Rechten konnte zwar dabei nicht die Rede sein, ja nach dem System des Anmeldeverfahrens ohne Vorprüfung auf Neuheit und Erfindungshöhe mußte von vornherein jeder mit einer Nichtigkeitsklage rechnen; aber die Praxisänderung hatte doch vorauszusehende nachteilige Folgen für die früher angemeldeten Patente. Es soll hier nicht auf den Streit der Ansichten im erwähnten Fall eingetreten werden; es lag mir nur daran, an Hand jenes Beispiels darauf hinzuweisen, daß in solchen Fällen bei der Interessenabwägung auch das Vertrauen in die durch Präjudizien geschaffene Praxis zu berücksichtigen ist.

4. Anders verhält es sich in Fällen, welche nicht ergänzender selbständiger Rechtsfindung (*praeter* oder *intra*

⁴⁸ BGE 63 II 271 ff.; dazu 69 II 188 ff. und 421 ff., 71 II 296 ff. Vgl. auch Matter, Referat für den Schweizerischen Juristenverein 1944, besonders 12 ff. Kritisch Schoenberg im Jahrgang 1941 des Schweizer Archiv für angewandte Wissenschaft und Technik 349 ff.; ferner die Begründung des Postulats Speiser im Nationalrat mit dem Hinweis, infolge der neuen Rechtsprechung seien von 18 angefochtenen Patenten 17 den strengen Erfordernissen zum Opfer gefallen. Zu den Tendenzen der Industrievertreter in der Expertenkommission des Patentgesetzes Troller, Der gewerbliche Rechtsschutz 43.

legem) bedürfen, sondern auf Grund des positiven Rechts entschieden werden können, speziell auf Grund sinngemäßer Gesetzesauslegung. Wird hier im neuen Urteil erkannt, daß im Präjudiz davon abgewichen worden ist wegen unrichtiger Auslegung oder unzulässiger selbständiger Rechtsfindung, so würde durch Festhalten am Präjudiz die Gefahr heraufbeschworen, das Gesetz offen zu mißachten. Das würde der Verfassung sowohl als der in ZGB vorgezeichneten Rangordnung widersprechen. Auch die durch das Gesetz gewährleistete Rechtssicherheit würde damit in Frage gestellt. Die starren Normen des Gesetzes haben ja, generell gesehen, ihren tiefern Sinn eben im Bedürfnis nach erhöhter Rechtssicherheit, und das darauf begründete Vertrauen darf nun nicht wieder erschüttert werden. Gerade weil das Gesetz infolge seiner formalen Vorzüge (klare schriftliche Formulierung und Publikation)⁴⁹ generell am besten geeignet ist, Rechtssicherheit zu gewährleisten, ist ihm grundsätzlich sogar da der Vorrang einzuräumen, wo sein Gehalt durch Präjudizien verkannt worden ist. Härten oder Nachteile, die sich hieraus im vorliegenden Einzelfall ergeben können, müssen aus diesen allgemeinen Gesichtspunkten in Kauf genommen werden (vgl. zum Beispiel BGE 70 II 74 und 43 II 138).

Umgekehrt gibt es nun aber auch vereinzelte Fälle, in denen ein Abgehen von der bisherigen Praxis, selbst wenn erkannt wird, daß sie der sinngemäßen Gesetzesauslegung nicht entsprach, größere Nachteile mit sich brächte, gerade für die Rechtssicherheit, als das Festhalten an der unrichtigen Auslegung gemäß den Präjudizien. Das hat das Bundesgericht hervorgehoben in zwei Urteilen, in denen es sich um Fristen gehandelt hat, für welche der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit von vornherein im Vordergrunde steht: BGE 49 I 293 ff., 56 I 440 ff. Obwohl das Bundes-

⁴⁹ In der demokratischen Gesetzgebung kommt dazu die Gewähr für einen dem Willen des Volkes meist entsprechenden Inhalt (Erlaß durch eine Behörde, bestehend aus gewählten Vertretern, Referendum): Methodische Grundfragen 33.

gericht davon ausging, daß die sinngemäße Gesetzesauslegung zugleich der materiellen Gerechtigkeit entspreche, hat es doch mit Rücksicht auf die Rechtssicherheit und die nachteiligen Folgen der Fristverwirkung das Festhalten an der bisherigen Praxis für richtig angesehen. Im ersten Urteil hat es den staatsrechtlichen Rekurs gegen die Praxisänderung, die zudem ungenügend begründet war, gutgeheißen unter Hinweis auf Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit (Urteil von 1923, BGE 49 I 302). Im zweiten Urteil (von 1930) wies es den Rekurs gegen das Festhalten an der früheren Praxis aus den gleichen Gründen ab, obwohl hier die Vorinstanz selber erklärt hatte, daß nach ihrer Ansicht sie dem Sinn des Gesetzes nicht entspreche (BGE 56 I 441, 442). Das Bundesgericht hat dabei die wegleitenden Gesichtspunkte klar hervorgehoben: «Zwei Rechtsgedanken sind maßgebend für die Beantwortung der Frage, ob eine ständige Rechtsprechung aufzugeben oder beizubehalten sei, nämlich: einerseits der Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit (des richtigen Rechts), nach welchem an sich das Gesetz in jedem Fall in der Auslegung anzuwenden wäre, welche die gerade mit dem Fall befaßte Behörde für richtig hält; andererseits der Grundsatz der Rechtssicherheit, nach welchem der Bürger sich auf die dem Gesetz einmal gegebene Auslegung soll verlassen können. Diese beiden Rechtsgedanken sind je nach dem Rechtsgebiet von verschiedener Bedeutung, so daß bald der eine, bald der andere überwiegen wird. Der Gedanke der Rechtssicherheit insbesondere ist von erhöhter Bedeutung da, wo es sich um die Beibehaltung oder die Aufgabe der Rechtsprechung zu einer Fristbestimmung handelt, weil da sonst der Bürger im Vertrauen auf die bisherige Auslegung der Vorschriften über die Fristberechnung und die Wirkungen der Fristversäumnis unter Umständen sein Recht verwirken kann. Das Bundesgericht hat denn auch in BGE 49 I 293 das Abweichen von einer ständigen Praxis zu einer solchen Fristbestimmung zum Nachteil desjenigen, der binnen dieser Frist zu handeln hatte, deswegen als willkürlich angesehen,

weil dabei der Gedanke der Rechtssicherheit vollkommen außer acht gelassen worden war...»⁵⁰. Aus den gleichen Gründen mag es bei Bestimmungen über die Zuständigkeit, namentlich örtliche Zuständigkeit, oft mehr darauf ankommen, daß man weiß, wer zuständig ist, damit nicht unnütz Zeit und Kraft verlorengehen, als daß gerade diese oder jene Behörde zuständig ist⁵¹; die Rücksicht auf die Rechtssicherheit kann auch hier gegen das Abweichen von Präjudizien sprechen, selbst wenn diese nicht auf einer ganz einwandfreien Interpretation beruhen⁵². Die Rechtssicherheit ist im allgemeinen für organisatorisches und Verfahrensrecht eher ausschlaggebend als für das materielle

⁵⁰ Grundsätzlich zustimmend W. Burckhardt in der ZBJV 1931 354; vgl. ferner Organisation der Rechtsgemeinschaft 225. Methodische Grundfragen 113 N. 12.

⁵¹ Deshalb ist der Gerichtsstand zum Beispiel im StrGB Art. 346 ff. eingehend geregelt, für den Gerichtsstand des Begehungsortes zunächst ausschließlich der Tatort maßgebend und nur subsidiär der Ort des Erfolges (im Gegensatz zum Art. 7, der für das anwendbare materielle Recht auf beide gleichwertig Bezug nimmt). Deshalb ist auch für Sonderfälle dem Bundesgericht bzw. seiner Anklagekammer in Art. 262 und 263 des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege eine weitgehende Ermessensbefugnis zur endgültigen Bestimmung des Gerichtsstandes eingeräumt (vgl. dazu die Thesen von Bundesrichter Couchepin, Jahrg. 1948 der Schweizer. Z. f. StrR. 101 ff., besonders 119).

⁵² In diesem Sinn ist zum Beispiel das erwähnte Basler Urteil zu verstehen, wie mir vom Präsidenten des Appellationsgerichts bestätigt wurde (Entscheide des Appellationsgerichts von Basel-Stadt VIII 123 ff.: Gerichtsstand der Heimat zur Anfechtung der Ehelichkeit gemäß Präjudizien des Bundesgerichts, trotzdem in den Erwägungen darauf hingewiesen wurde, daß die dagegen vorgebrachten Einwände «nicht überzeugend widerlegt» worden seien). — In BGE 26 II 193 war in der Frage des maßgeblichen Streitwerts beim Kollokationsprozeß auf den Betrag der Forderung ohne Rücksicht auf die zu erwartende Konkursdividende, die bei Prozeßbeginn meist noch gar nicht feststeht, abgestellt worden; bei der Änderung seiner Judikatur hat das Bundesgericht in besonderen Erwägungen dem Gesichtspunkt der Bestimmbarkeit des Streitwertes und der darauf beruhenden Rechtssicherheit Sorge getragen: BGE 65 III 28 ff., Erw. 2 und 3.

Recht⁵³. Doch darf man hieraus in der vorliegenden Frage nicht zu weitgehende Schlüsse ziehen: im Prozeßrecht können Praxisänderungen ebenfalls berechtigt sein, sind aber da besonders selten⁵⁴.

Ausnahmsweise kann es sich also rechtfertigen, an Präjudizien festzuhalten, selbst wenn erkannt wird, daß sie dem Sinn des Gesetzes nicht ganz entsprechen, sofern nämlich die Rechtssicherheit dies verlangt⁵⁵. Vorausgesetzt wird dabei, daß auch generell und auf die Dauer keine wesentlichen Nachteile daraus sich ergeben.

5. Für unser Strafrecht erhebt sich noch die Sonderfrage, ob wegen des Grundsatzes *nullum crimen sine lege* ein Wechsel in der Gesetzesinterpretation zu Lasten des Beschuldigten überhaupt unzulässig ist. Eine solche verschärfte Praxis widerspricht zwar dem Grundsatz seinem Wortlaut nach nicht, wenn sie sich auf das Gesetz stützen kann (was hier ja vorausgesetzt worden ist, indem der neuen Interpretation der Gedanke zugrunde liegt, daß die bisherige dem Gesetz offenbar nicht entsprach). Aber wird nicht doch das Vertrauen, das durch die frühere mildere Praxis veranlaßt wurde, damit in einer Weise getäuscht, die dem tiefern Sinn des Grundsatzes widerspricht? Allgemein trifft dies zweifellos nicht zu. Das zeigt das Beispiel der jüngsten Praxisänderung dieser Art, wonach im Gegensatz zur früheren Judikatur des Kassationshofs als strafbar zu gelten hat, wer an einer nur vermeintlich oder nicht nachweisbar Schwangern Abtreibungshandlungen vornahm (BGE 74 IV 65 ff.). Entweder hat der Täter im Vertrauen auf die frühere Praxis tatsächlich an einer Schwangern den Eingriff vorgenommen, weil er mit der großen Wahrscheinlichkeit rechnete, hinterher sei nicht mehr nachzuweisen,

⁵³ Übereinstimmend für das angloamerikanische Recht Cardozo I. c. 83.

⁵⁴ Näheres bei Dubs I. c.

⁵⁵ Auf das Bedürfnis nach Rechtssicherheit wies auch Guhl hin, Jahrgang 1945 der ZBJV 461, im Zusammenhang mit der Praxisänderung BGE 70 II 255 ff.

daß sie schwanger war: dann liegt ein Mißbrauch vor, der keinen Schutz verdient. Oder der Täter meinte wirklich aus Irrtum, die Frau sei schwanger: dann hat er bei der Tat auch nach der frühern Praxis nicht erwarten können, er werde straflos bleiben. Der Kassationshof des Bundesgerichts hat deshalb nicht gezögert, die Gesetzesauslegung hier zu verschärfen; er warf überhaupt die Frage der Unvereinbarkeit einer solchen Praxisänderung mit Art. 1 des StrGB gar nicht auf.

Prinzipiell läßt sich folgendes sagen. Wo der Täter ein Delikt beging, das auch nach der frühern Interpretation strafbar war, aber milder, darf ohne Bedenken ein schwerer strafbares Delikt angenommen werden; denn er mußte jedenfalls damit rechnen, sich strafbar zu machen, und durch den Grundsatz *nullum crimen sine lege* soll dem Delinquenten keineswegs Gewähr dafür geboten werden, daß er bloß eine mildere Strafe zu gewärtigen hat und so gewissermaßen einen bestimmten Preis für sein Delikt einkalkulieren kann. Wo dagegen ein Verhalten nach der neuen Interpretation als rechtswidrig zu gelten hat, während es nach der frühern als rechtmäßig erschien, etwa wegen zu weiter Auslegung eines Rechtfertigungsgrundes, da mag das Vertrauen in die frühere Praxis dem Täter zugute gehalten werden; jedoch ist dies durch das StrGB selber berücksichtigt in Art. 20, welcher vorsieht, daß er nach freiem Ermessen des Richters milder bestraft oder straflos gelassen werden darf (nach BGE 70 IV 97 ff. soll in der Regel von Strafe ganz Umgang genommen werden, entsprechend dem Schuldprinzip des Gesetzes), und deshalb braucht auch da der Richter nicht vor einer solchen Praxisänderung zurückzuschrecken, wenn er überzeugt ist, daß sie dem Sinn des Gesetzes besser entspricht. So bleibt noch der Fall, daß die Tat wohl nach der frühern Interpretation bereits als rechtswidrig erscheint, aber nicht als strafbar. Auch in einem solchen Fall besteht meines Erachtens kein Grund, von der als sinngemäß erkannten Gesetzesauslegung abzusehen. Durch den Grundsatz *nullum crimen sine lege*

wird lediglich untersagt, ein im Gesetz nicht als strafbar vorgesehenes Verhalten kriminell zu strafen. Es geht nicht an, daraus eine «Magna charta des Verbrechers» zu machen; dem Delinquenten soll bloß mittelbar dadurch Schutz vor Willkür des Richters geboten werden, kein Freibrief zur straflosen Begehung von Delikten, wenn er trotz Kenntnis des Unrechts die Strafbarkeit aus dem Gesetz nicht ablesen kann. Deshalb hat sich das Bundesgericht auch nicht gescheut vor sogenannter extensiver, das heißt über den für jedermann erkennbaren Wortlaut des Gesetzes hinausgehender Auslegung der strafbaren Tatbestände nach der Ratio legis (vgl. zum Beispiel BGE 70 IV 170)⁵⁶; ebenso wenig bei Divergenz der verschiedensprachigen Gesetzestexte vor einer weiteren Auslegung, die sich auf den Text in einer dem Beschuldigten nicht geläufigen Sprache stützt (vgl. BGE 69 IV 180)⁵⁷.

Somit gelten für die Frage, ob von Präjudizien abgewichen werden darf, in unserm Strafrecht die gleichen Grundsätze wie für andere Rechtsgebiete⁵⁸.

(Schluß im nächsten Heft.)

⁵⁶ Für die Zulässigkeit der sogenannten extensiven Auslegung im Strafrecht ausdrücklich BGE 58 I 39, 61 I 211, 71 I 8, 71 IV 148; Hafter, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 13; Logoz, Commentaire du Code Pénal Suisse, partie générale 6. Früher galt das Axiom, das Strafrecht sei stets restriktiv auszulegen; dieser Gesichtspunkt wirkt noch jetzt mehr oder weniger nach in der französischen und italienischen Doktrin (Zitate in der Festschrift für Hafter 125 N. 2).

⁵⁷ Übereinstimmend BGE 72 IV 182, vgl. auch 73 IV 42; dagegen früher BGE 51 I 161/62 im Sinn des dem Beschuldigten günstigsten Textes.

⁵⁸ Eingehend zu der Frage Dubs l. c. unter Hinweis auf Fälle der kantonalen Judikatur. Für das angelsächsische Recht vgl. Salmond l. c. 189 und Hall, General principles of criminal law 29, wo ganz allgemein die Zulässigkeit bejaht wird, auch Llewellyn c. l. I 118/19, und zustimmend hiezuhin für das deutsche Recht Kommentar Schönke 4. Aufl. 42.