Präjudizielle Tragweite höchstinstanzlicher Urteile, insbesondere der Urteile des schweizerischen Bundesgerichts [Fortsetzung]

Autor(en): **Germann, O.A.**

Objekttyp: **Article**

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

Band (Jahr): **68 (1949)**

PDF erstellt am: **27.05.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-895880

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.
Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.
Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Ein Dienst der *ETH-Bibliothek*
ETH Zürich, Rämistrasse 101, 8092 Zürich, Schweiz, www.library.ethz.ch

http://www.e-periodica.ch

Präjudizielle Tragweite höchstinstanzlicher Urteile, insbesondere der Urteile des schweizerischen Bundesgerichts

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

VIII.

In den frühern Abschnitten dieses Aufsatzes wurde gezeigt, daß im schweizerischen Recht den höchstinstanzlichen Urteilen, insbesondere denen unseres Bundesgerichts, eine sehr bedeutsame präjudizielle Tragweite zukommt, trotzdem weder das betreffende Gericht selbst noch die nachgeordneten Gerichte daran absolut gebunden sind (Abschnitte II—VI). Meist wird an den Präjudizien des Bundesgerichts von ihm selber und den untern Gerichten festgehalten, was auch dem Postulat der Rechtssicherheit entspricht (Abschnitt VI)[1]. Aber es kann und soll doch in einzelnen Fällen davon abgewichen werden, entweder weil in der bisherigen Auslegung der Sinn des Gesetzes nicht richtig erfaßt wurde, sie somit in Widerspruch steht zum positiven Recht, oder weil bei der ergänzenden Rechtsfindung præter und intra legem die präjudizielle Norm offensichtlich den Verhältnissen und Bedürfnissen nicht entspricht oder nicht mehr entspricht; einer Analyse der Praxisänderungen des Bundesgerichts hat sich entnehmen lassen, daß diese tatsächlich auf solche Gründe zurückzuführen sind, damit auf den Methoden richtiger Rechtsfin-

[1] In der englischen Judikatur wird aus Rücksicht auf die Rechtssicherheit sogar an den Präjudizien der Gerichte 1. und 2. Instanz von höhern oder gleichgeordneten Gerichten meist festgehalten: vgl. Vinogradoff, Common-sense in law, 8th ed. 176/77.

dung beruhen und letzten Endes auch die beiden polaren Postulate des sachlich angemessenen Rechts und der Rechtssicherheit bestmöglich zu vereinen suchen (Abschnitt VII).

Ist nun deshalb, weil in unserer Praxis von Präjudizien unter Umständen wieder abgewichen wird — und offenbar auch abgewichen werden darf, ihnen der Charakter einer Rechtsquelle von vornherein zu bestreiten? Ich glaube nicht. Kann nicht auch der Gesetzgeber wieder abweichen von bestehenden Gesetzen, dadurch daß er sie revidiert oder aufhebt oder einfach andere Normen statuiert[2]? Und gilt nicht ähnliches für das Gewohnheitsrecht?

Ein Unterschied liegt darin, daß von einem Präjudiz nach unserm Recht, im Gegensatz zum englischen, das Gericht von sich aus abweichen darf und deshalb auch die Stabilität dieser Normen im allgemeinen etwas geringer sein wird. Wollte man als Rechtsquelle nur bezeichnen, was absolut und ausnahmslos verbindlich ist, auch für den Richter, so wäre das Präjudiz nach unserm Recht allerdings keine solche Rechtsquelle. Aber streng genommen auch nicht das Gesetz. Dieses gilt wohl, wenn von der zuständigen Behörde formell gültig erlassen, ohne weiteres präsumtiv als verbindliches Recht. Gibt es indessen nicht ausnahmsweise doch auch Gesetze, welche zwar in dieser Art gültig erlassen und seither nicht aufgehoben wurden, tatsächlich aber nicht mehr galten (Beispiel: Bundesgesetz über Lohnzahlung und Bußenwesen), oder etwa wegen mangelnder Autorität der erlassenden legitimen Behörde gar nie gegolten haben (zum Beispiel bei revolutionären Verhältnissen)? Hierauf wird später noch zurückzukommen sein, hier mag vorläufig dieser Hinweis genügen. Rechtsquellen sind danach nicht ohne weiteres geltendes Recht, sondern bloß dessen Quellen. Es wird somit verständlich, daß auch Präjudizien als Rechtsquellen bezeichnet werden können, wobei diesem vieldeutigen Ausdruck übrigens kein allzugroßes Gewicht beigemessen werden soll.

---

[2] Entsprechend für das französische Recht: Perreau, Technique de la jurisprudence I 65.

In bezug auf die Dauer der Geltung besteht zwischen Gesetz und Präjudiz ebenfalls kein prinzipieller Unterschied. Tatsächlich gelten die den Präjudizien entnommenen Normen oft länger und sind tiefer im Rechtsbewußtsein verankert als die Normen von Gelegenheitsgesetzen — im angelsächsischen Recht gehen sie nicht selten auf Jahrhunderte zurück. Der Gesetzgeber ist in unserer schweizerischen Demokratie meist konservativ, namentlich das Volk selber beim Referendum; doch auch die Gerichte sind geneigt, an den Präjudizien festzuhalten. Das Experimentieren, das in einzelnen oligarchisch regierten Staaten üblich ist, welche die Gesetzgebung und die Rechtspflege der Behörden als Instrument ihrer Machtpolitik mißbrauchen, wo sogar das Steuer des Staates von seinen Lenkern oft ohne neue gesetzliche Grundlage völlig herumgerissen und ein neuer Kurs eingeschlagen wird, ist uns fremd: fremd nicht nur das Experimentieren mit Gesetzen, sondern auch das Experimentieren in der Praxis.

Aber das soll umgekehrt auch nicht zu starrem und sturem Festhalten führen, wo sich für den Wechsel überzeugende Gründe geltend machen, mögen sie beruhen auf veränderten tatsächlichen Verhältnissen oder der Einsicht in ungünstige praktische Folgen der bisherigen Normen oder der Erkenntnis ihrer Unvereinbarkeit mit den Grundgedanken des positiven Rechts. Irrtum und mangelnde Voraussicht sind — wie für den Gesetzgeber — auch für die besten Richter nicht immer zu vermeiden. So sehr Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit leiden müßten durch schwankende Praxis, so würde durch stures Festhalten an einer als unhaltbar erwiesenen Entscheidungsnorm das Vertrauen in die Rechtspflege geschwächt. Indessen ist eine solche Korrektur bei sorgfältiger und auf das Grundsätzliche gerichteter Rechtsfindung, wodurch unsere Richter sich auszeichnen, nur ausnahmsweise nötig. Tatsächlich ist festzustellen, daß unser Bundesgericht nur verhältnismäßig selten von seinen Präjudizien wieder abgeht und nur aus wichtigen Gründen.

Bezeichnend ist nun weiter, daß jeweils das Bundesgericht die Präjudizien, von denen es abweichen will, selber erwähnt und eingehend damit sich auseinandersetzt, sogar wenn es sich bloß um ein einzelnes Präjudiz handelt (so zum Beispiel BGE 60 I 42ff., 64 I 260ff. und III 2ff., 65 II 135ff., 66 II 8ff. und 101ff., 68 II 293ff., 69 II 216ff., 70 II 264ff., 72 IV 166ff.). Das wäre unnötige Selbstkritik, wenn den Präjudizien über den Einzelfall hinaus keine generelle Tragweite zukäme; denn für das neue Urteil enthalten sie gerade die positiven Gründe nicht, so daß es einfacher wäre, sie gar nicht zu nennen und damit sich das Eingeständnis des frühern Fehlurteils zu ersparen. Wenn das Bundesgericht gleichwohl sich verpflichtet fühlt, darauf hinzuweisen, sogar auf nicht publizierte Präjudizien (zum Beispiel BGE 60 I 231, 63 I 314, 67 I 215, 69 I 160), so zeigt dies deutlich, daß es sich prinzipiell daran gebunden erachtet und der Ansicht ist, es dürfe nur aus besondern Gründen wieder davon sich freimachen. Dies ist auch bemerkenswert für den Rechtsberater als allgemeiner Anhaltspunkt in bezug auf die Prozeßaussichten bei Präjudizien.

Daß unser Bundesgericht selber seinen Urteilen eine präjudizielle Tragweite beimißt, entnahmen wir überdies bereits aus der Art ihrer amtlichen Publikation (Abschnitt II).

Die präjudizielle Tragweite der Urteile setzt zweierlei voraus: 1. daß der Entscheid nach Grundsätzen getroffen, das heißt durch generelle Normen bestimmt wird, selbst wo sich diese nicht dem positiven Recht entnehmen lassen, entsprechend Art. 1 unseres ZGB für die Lücken præter legem; 2. daß die Richter zu solcher Rechtsfindung befähigt sind. Beides trifft seit einigen Jahrzehnten für unsere höheren Gerichte zu, namentlich für das Bundesgericht. Praktisch bedeutsam ist auch die größtenteils sehr sorgfältige Redaktion und Publikation seiner Urteile; nach ihrem Umfang für jedes Rechtsgebiet noch gut übersehbar, im Gegensatz etwa zu den amerikanischen Law reports, sind sie zudem leicht zugänglich. So vermögen sie tatsächlich auch dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit zu dienen, welches infolge

des zunehmenden sozialen Verkehrs immer mehr berücksichtigt werden muß.

Unsere Wissenschaft hat sich — obwohl theoretisch noch vorwiegend auf einem andern Standpunkt verblieben — tatsächlich schon weitgehend dieser Situation angepaßt. Den Präjudizien des Bundesgerichts wird in den Kommentaren meist ein hervorragender Platz eingeräumt. Kennzeichnend ist ferner die Herausgabe besonderer systematisch verarbeiteter Präjudiziensammlungen, die sich großen Zuspruchs erfreuen.

Gegen Anerkennung von «Richterrecht»[3] ist der Einwand erhoben worden, sie widerspreche dem Grundsatz der Gewaltentrennung. Dieser Grundsatz ist normativ offenbar nur insofern allgemein bedeutsam, als er Schutz vor Willkür einer allmächtigen Staatsgewalt zu gewährleisten hat. In unserm positiven Recht ist er nicht doktrinär verankert[4]. Den obersten Organen unseres Bundesstaates obliegt durchaus nicht ausschließlich entweder die rechtsetzende oder vollziehende Gewalt. So haben, auf Grund des ZGB und anderer Gesetze, Bundesrat und Bundesgericht ergänzende Befugnisse zum Erlaß von Vorschriften. Die von Art. 1 des ZGB vorgesehene Rechtsfindung des Richters bei Lücken im positiven Recht, wofür er selber die Norm aufzustellen hat, hält sich im gleichen Rahmen. Auch in den übrigen Fällen, in denen unsere Praxis eine selbständige Rechtsbildung des Richters anerkennt, führt dies keineswegs zu gefährlicher Omnipotenz, die mit dem Sinn des Grundsatzes der Gewaltentrennung unvereinbar wäre, sondern dient im

---

[3] Burckhardt sprach in seinem Werk über Methode und System des Rechts 17 geradezu vom «rechtssetzenden» Richter. Speziell für die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichts vgl. auch H. Huber, Referat für den Juristenverein 1936 über die Garantie der individuellen Verfassungsrechte 147ff.

[4] Vgl. Oswald, Referat für den schweizerischen Juristenverein 1943 über die Gewaltentrennung 434ff. und 445ff, auch 405, 413, 419; Ruck, Staatsrecht 114; in bezug auf grundsätzliche rechtsstaatliche Bedeutung ferner Kägi, Zur Entstehung, Wandlung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzips 109ff. und 216ff.

Gegenteil dem Schutz vor Willkür[5]. Dem Bundesgericht ist allerdings durchaus zuzustimmen, wenn es in einem seiner letzten Urteile vom Standpunkt des Grundsatzes der Gewaltentrennung verlangt, das Vorliegen einer Gesetzeslücke sei «nicht leichthin anzunehmen», und der Richter dürfe «nur dort zur Aufstellung neuer Rechtssätze schreiten, wo kein Zweifel besteht, daß dem Gesetz eine Norm nicht entnommen werden kann» (BGE 74 II 109). Es war gefährlich, wenn früher wiederholt erklärt wurde, schon bei der Frage der Existenz einer Lücke solle sich der Richter von gesetzespolitischen Erwägungen leiten lassen (BGE 51 II 430, 60 II 186): wo das Lückengebiet beginnt, muß sich durch Auslegung nach der Ratio legis bestimmen, das heißt auf Grund der dem positiven Recht immanenten Wertungen (in BGE 51 II 430 wird insofern richtig auf die teleologische Gesetzesinterpretation verwiesen); über diese darf der Richter sich nicht hinwegsetzen, sonst verwischt er die Grenze zwischen ergänzender Rechtsfindung præter legem (gemäß ZGB Art. 1) und darüber hinausgehender Rechtsfindung contra legem, die jedenfalls nur äußerst selten und mit vollem Bewußtsein der großen Verantwortung erfolgen darf[6]. Es gibt hier Grenzen für den Richter, bei denen er unter Umständen sogar einen wenig befriedigenden Entscheid in Kauf nehmen und es dem Gesetzgeber überlassen muß, das positive Recht, das sich nicht bewährt hat, wieder abzuändern (vgl. zum Beispiel BGE 65 II 1, 70 IV 105). Wenn dagegen die Ratio legis zu restriktiver Interpretation einer Gesetzesnorm führt, unter die der Fall formallogisch subsumiert werden könnte, so besteht nach sinngemäßer Gesetzesauslegung Raum für ergänzende Rechtsfindung præter legem (in diesem Sinn zum Beispiel BGE 48 II 492 und 61 II 98, ausgehend von einer restriktiven Interpreta-

---

[5] Hiezu Methodische Grundfragen 45, Kommentar Egger zum Art. 1 des ZGB N. 36.

[6] Vgl. N. 31 des 1. Teils dieses Aufsatzes und Festschrift der schweizer. Jur. Fak. zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung 269.

tion der gesetzlichen Verschuldenshaftung beim Mandat, unter Bezug auf OR Art. 422, dessen Ratio legis beim unentgeltlichen Auftrag ebenfalls zutreffe; vgl. auch BGE 60 II 185 betr. OR Art. 110 Ziff. 1)[7].

Zwischen dem normativen Problem der Anerkennung einer präjudiziellen Tragweite der Urteile und der empirisch begründeten Aussicht auf künftige Praxis (zu diesen Gesichtspunkten Abschnitt I) besteht eine gewisse Wechselwirkung. Einerseits wird gerade durch Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit, die normativ für die präjudizielle Tragweite der Urteile maßgeblich sind, auch ihre tatsächliche präjudizielle Wirksamkeit in der Gerichtspraxis bestimmt und damit die Prognose gefestigt, andererseits ergibt sich aus der darauf gegründeten Erwartung der Rechtsgenossen normativ wieder ein Gesichtpunkt, der für das Festhalten an den Präjudizien zu berücksichtigen ist (vgl. Abschnitt VII, Ziff. 3—5).

IX.

Welcher Art und welchen Ranges ist nun diese Rechtsquelle?

Meist sagt man, Präjudizien wären nur dann als Rechtsquelle bedeutsam, wenn daraus Gewohnheitsrecht geworden sei. In diesem Sinn spricht man wohl auch von «konstanter Praxis» oder «ständiger Rechtsprechung». Wird jedoch tatsächlich nicht meistens schon ein erstes wohlbegründetes Präjudiz von der Praxis, von Richtern und Anwälten und Rechtsuchenden überhaupt, als bindende Norm aufgefaßt und danach das eigene Verhalten bestimmt? Neuerdings wird dies auch in der Doktrin zugegeben, allerdings nur vereinzelt, oft mit Vorbehalten und gewissermaßen als Ausnahme[8]. Aber ist dies wirklich bloß Ausnahme? Wird nicht

[7] Eingehender: Methodische Grundfragen 112.

[8] Vgl. Simonius, Lex facit regem 47ff.; Hagemann, Die neuen Tendenzen der Neutralität 38ff.; Spiro, Über den Gerichtsgebrauch zum Allgemeinen Teil des rev. OR 302ff. und 297, wo

sehr häufig einem ersten näher begründeten Präjudiz in der Praxis die bindende Kraft zuerkannt? Wartet man etwa noch zu, bis es durch eine Anzahl weiterer Urteile «bestätigt» wird? Wartet etwa das oberste Gericht selber mit der Publikation? Es gibt allerdings Fälle, in denen das geschieht, in denen das Gericht sich offenbar noch unsicher fühlt und deshalb das Urteil noch nicht veröffentlicht, und andere, in denen es die zugrunde gelegten Kriterien nur sehr unbestimmt umschreibt, noch nicht wie gesetzliche Normen formuliert und vielleicht auch im Vordruck des publizierten Entscheids nur mit einem Stichwort oder einer Frage darauf hinweist. Es gibt ferner Fälle, in denen die Praxis der untern Gerichte und der Rechtsberater dem publizierten Präjudiz nur zögernd oder überhaupt nicht folgt, Einwände dagegen erhebt, die bindende Kraft offenbar noch in Frage stellt. Wichtig sind dabei namentlich die von den Präjudizien der obersten Instanz bewußt — mit Gegenargumenten und eingehender positiver Begründung — abweichenden Urteile nachgeordneter Instanzen. Auch Kritik in wissenschaftlichen Publikationen schwächt den Eindruck der Verbindlichkeit [9]. Umgekehrt wird dieser Eindruck ver-

---

zwischen unbedingter Autorität im Sinn eines Gewohnheitsrechts und bedingter «im Sinn eines bloßen Gerichtsgebrauchs» unterschieden wird; neustens Dubs, Praxisänderungen (Abschn. VII und Fußnote 42 des 1. Teils) passim, insbes. 173ff. Ich habe längst schon die Präjudizien als eine Rechtsquelle im Sinn des vorhergehenden Abschnitts bezeichnet (Rechtfertigung des Rechts 28ff.). Vgl. auch Burckhardt in seinem Referat für den Schweizerischen Juristenverein 1931, L'Etat et le droit, 170 ff. und Fußnote 37, Du Pasquier, Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit, 3e éd. 73, sowie Panchaud im J. des Trib. 1946, hauptsächlich 585. Auf geschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage hat De Page, A propos du gouvernement des juges, die rechtsschöpferische Bedeutung der Judikatur hervorgehoben (10, 14 und passim, besonders 188), ohne die Tragweite der Präjudizien zu bestimmen.

[9] Ähnlich, aber wohl zu weit gehend Spiro l. c. 318. Vgl. zum Beispiel BGE 73 II 203ff. Zu weit gehend auch das von H. Reichel angeführte Beispiel der Rechtsprechung des deutschen Reichsge-

stärkt, wenn ein Grundsatz oder ein Kriterium sich in verschiedenen praktischen Fällen bewährt hat. Es gibt da zweifellos erhebliche Gradunterschiede, die nicht übersehen werden sollen[10]. Bei der erwähnten Praxis des Bundesgerichts über das gewerbsmäßige Delikt zum Beispiel zeigte sich sowohl ein tastendes Vorgehen des Kassationshofs als auch das Zögern der Praxis, gewisse Kriterien anzuerkennen[11]. In solchen Fällen kann man von «werdendem Rechte» sprechen[12]. Doch in zahlreichen, wohl in weitaus den meisten Fällen wird bereits dem ersten Präjudiz von den Beteiligten wie vom Höchstgericht selber jene bindende Kraft beigemessen.

Man darf sie wohl entsprechend dem Gewohnheitsrecht als Opinio necessitatis bezeichnen, als Bewußtsein der Verbindlichkeit. Liegt darin nicht das Kriterium für geltendes Recht überhaupt? Auch bei Gesetzen? Fehlt bei Gesetzen, die zwar formell gültig erlassen und nie seither aufgehoben

---

richts über die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs (Gesetz und Richterspruch 101): trotz des heftigen Widerspruchs fast der ganzen damaligen deutschen Doktrin hat sie tatsächlich die Praxis beherrscht und schließlich auch in der Wissenschaft sich durchgesetzt. Vgl. dazu Verbrechen im neuen Strafrecht 17/18.

[10] Darauf kann hier nicht weiter eingetreten werden; vgl. Salmond, Jurisprudence, 10th ed. 184ff., Spiro l. c. 297ff., Dubs l. c. 174ff. Wäre nicht ähnliches auch für andere Rechtsquellen zu sagen, zum Beispiel für das Gewohnheitsrecht, ja selbst für das Gesetz, wo dessen Verbindlichkeit trotz seiner präsumtiven Geltung zweifelhaft erscheint? Über tastendes Vorgehen in der französischen Judikatur Perreau l. c. I 57ff., in der angelsächsischen Llewellyn l. c. I 4 und 118.

[11] So das Erfordernis mehrerer tatsächlich begangener Delikte gemäß BGE 70 IV 12, statt bloß als Indiz: gegen dieses Erfordernis unter anderem Waiblinger im Jahrgang 1946 der ZBJV 256, entsprechend der vorwiegenden Doktrin. Wertvoll und durchaus schöpferisch, durch die Doktrin nur wenig vorbereitet, anderseits BGE 71 IV 82ff. und 113ff., vgl. auch schon 70 IV 135.

[12] Kommentar Egger zu ZGB Art. 1, N. 41.

wurden, aber obsolet geworden sind, nicht auch das Bewußtsein der Verbindlichkeit? Und hat es nicht ebenso bei Gesetzen, die trotz Erlasses durch die legitimen Behörden überhaupt nicht oder zunächst nicht gegolten haben, an der Opinio necessitatis gefehlt? Man denke zum Beispiel an revolutionäre Zeiten, in denen Erlasse konkurrierender Regierungen nicht gleichzeitig geltendes Recht sein können trotz ihres Anspruchs auf Geltung[13].

Das Bewußtsein der Verbindlichkeit kann auf verschiedenen Wurzeln der Rechtsgeltung beruhen, auf Tradition, innerer Billigung, Macht der Staatsgewalt, wird sogar meist aus mehreren zugleich seine volle Kraft gewinnen[14]. Der Einfluß aus den verschiedenen Wurzeln ist zu verschiedenen Zeiten und bei verschiedenen Völkern sehr unterschiedlich: im Frührecht mancher Völker war vorwiegend die Tradition von Einfluß, in asiatischen Despotien vor allem brutale Macht; bei den freiheitlichen Völkern der neuern Zeit kommt es mehr und mehr auf innere Billigung wenigstens der Mehrheit an, Gewaltmethoden ohne sie führen früher oder später zum Bruch — aber auch schon Wilhelm Tell weigerte sich, vor dem Geßlerhut die Kniee zu beugen. Nehmen wir das «Gewohnheitsrecht» in seinem ursprünglichen und wortgetreuen Sinn, so beruht für dieses das Bewußtsein der Verbindlichkeit auf der Tradition, dem Her-

---

[13] Vgl. auch Simonius l. c. 57 und das dort erwähnte Beispiel von der in Algerien üblichen Tötung der Ehebrecherin durch ihre Verwandten, die trotz des formell gültigen französischen Code pénal nicht bestraft werden konnten. — Im angelsächsichen Recht wird für den Begriff des Law (Recht im objektiven Sinn) darauf abgestellt, nach welchen Normen die zuständigen Organe der Rechtspflege voraussichtlich das Urteil fällen werden: vgl. zum Beispiel Cardozo, The growth of the law, 4th ed. 40ff. Maßgeblich wäre danach die Prognose tatsächlicher künftiger Geltung bei den Behörden.

[14] Auf diese Wurzeln der Rechtsgeltung wurde bereits in frühern Publikationen hingewiesen, zum Beispiel im Jahrgang 1927 der ZSR 197, Methodische Grundfragen 34 und 51.

kommen, der «Übung»[15]. Gilt nun dasselbe für die Präjudizien? Das mag zum Beispiel im altenglischen Recht der Fall gewesen sein, wo deshalb regelmäßig gar nicht auf einzelne Präjudizien direkt Bezug genommen, sondern nur allgemein darauf hingewiesen wurde mit Wendungen, wie «it has been long held» oder «it has already been decided»[16]. Auch in unserm Recht war dies früher offenbar häufig ganz ähnlich. Beruht aber in unserm heute geltenden Recht die tatsächliche präjudizielle Kraft höchstinstanzlicher Urteile nicht wesentlich darauf, daß den obersten Staatsorganen der Justiz die Macht zukommt, auch in künftigen Streitfällen wieder einen verbindlichen und nötigenfalls zwangsweise vollziehbaren Entscheid zu fällen? Tritt das «Brauchtum» hier nicht meist völlig zurück, wenn überhaupt bereits von einer «Übung» gesprochen werden kann? Wenn man das Gewohnheitsrecht nicht im uneigentlichen Sinn als Sammelnamen alles nicht gesetzten Rechts auffassen will, so sind offenbar die Präjudizien in unserm heutigen Recht nicht dazu zu rechnen. Als Funktion staatlicher Organe stehen sie, bezogen auf die Wurzeln der Rechtsgeltung, dem Gesetz wohl näher als dem Gewohnheitsrecht.

Die bindende Kraft der Präjudizien ist prinzipiell nicht abhängig von ihrer Zahl oder Dauer, die sie zur «Übung» machen könnte[17]. So hat sich das Bundesgericht nicht gescheut, von einer konstanten oder mehrfach bestätigten Praxis aus wichtigen Gründen wieder abzuweichen (vgl. zum Beispiel BGE 64 II 351, 65 II 26, 69 I 18, 71 II 56, auch 40 II 254 in Verbindung mit 64 II 127, 62 II 106 und

---

[15] Gmür, Anwendung des Rechts 84. Simonius l. c. 12. Auch im vieldeutigen Ausdruck «Gerichtsgebrauch» läßt sich dieselbe Wurzel feststellen, gleichviel ob er erst eine Vorstufe des Gewohnheitsrechts bedeuten soll oder dieses selbst: vgl. Simonius l. c. 42ff., Spiro l. c. 2, 297, 320.

[16] Simon, The limits of precedent 2. Ähnliches gilt, wie mir von Kollegen der Universität Utrecht mitgeteilt wurde, noch heute für die niederländische Judikatur.

[17] Hierüber auch Spiro l. c. 302ff.

280 gegenüber 32 II 367 und darauf gestützter Praxis betr. Unzulässigkeit des Boykotts wegen Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz des Boykottierten, 51 III 140ff., 56 III 44, 67 III 174). Das Bundesgericht beurteilte die Fälle des Abgehens von der bisherigen ständigen Rechtsprechung in seiner neuern Praxis gar nicht wesentlich anders als solche, in denen nur ein einziges Präjudiz vorliegt; von einem absolut verbindlichen «Gewohnheitsrecht» ist dort bei konstanter Praxis jedenfalls nichts zu finden, und umgekehrt setzt sich das Bundesgericht in seinen Urteilen mit vereinzelten Präjudizien ebenso wie mit einer ständigen Rechtsprechung eingehend auseinander, wie bereits (unter VIII) anhand von Beispielen aus verschiedenen Rechtsgebieten hervorgehoben wurde[18]. Wo das Bundesgericht bewußt von einer konstanten Praxis abgewichen ist, wird sogar regelmäßig den neu zugrunde gelegten Kriterien sofort um so mehr präjudizielle Kraft beigemessen. Wichtiger als die Zahl der Präjudizien sind die Verhältnisse, unter denen das Urteil gefällt worden ist. Entscheidet das Höchstgericht mit eingehender Begründung in einer längst bekannten, durch die Doktrin in ihrer ganzen Tragweite beleuchteten Streitfrage, so wird über den bindenden präjudiziellen Charakter des Entscheids kaum ein Zweifel bestehen, ohne daß es weiterer Bestätigung der Norm bedarf. Hat umgekehrt das Gericht eine Frage beurteilt, welche bisher überhaupt nicht erkannt oder aufgeworfen war, so muß damit gerechnet werden, daß nicht von vornherein alle Zusammenhänge des Problems und alle Konsequenzen überblickt werden konnten, so daß die Rechtsfindung im Urteil oft nicht viel mehr ist als ein Versuch, die Frage richtig zu lösen; dies wird häufig auch das Gericht selber veranlassen, die zugrunde gelegten Kriterien vorsichtig anzugeben und sie bei weitern Fällen wieder nachzuprüfen.

---

[18] Art. 16 des Organisationsgesetzes berücksichtigt ebenfalls ein einzelnes Präjudiz anderer Abteilungen in gleicher Weise wie deren ständige Rechtsprechung. Vgl. hiezu BGE 69 II 172/75. Ähnliches gilt für die französische Praxis: vgl. Perreau l. c. I 56.

Ferner ist bei zeitlich weit zurückliegenden Präjudizien ein Wechsel meist nicht nur viel eher psychologisch zu erwarten, sondern auch vom normativen Standpunkt häufiger sachlich begründet, im Hinblick auf die bereits angeführten Faktoren (Abschnitt VII, besonders Ziff. 2). Allgemein ist jedenfalls zu sagen, daß eine denkträge, der Verantwortung ungenügend bewußte «Gewohnheit» eines Gerichts, schematisch gewisse Fragen immer gleich zu behandeln, nicht einmal der Autorität eines ersten umsichtig begründeten Entscheids in unserm heutigen Recht gleichkommt.

So steht offensichtlich die Doktrin, wenn sie die Präjudizien nur insofern als Rechtsquellen anerkennt, als sie zu Gewohnheitsrecht geworden sind, mit der Praxis in Widerspruch. Die Präjudizien sind dem Gesetzesrecht (allgemein im Sinn der von den staatlichen Organen erlassenen Normen) in mancher Hinsicht ähnlicher. Das gilt nicht bloß für die schon erwähnten Wurzeln der Rechtsgeltung, die bei den Präjudizien ebenfalls mit der Autorität der staatlichen Organe zusammenhängt, sondern auch für die dem Gesetz verwandten technischen Vorzüge bewußter Rechtsbildung durch verantwortliche Behörden, der Feststellbarkeit und Kontrollierbarkeit infolge schriftlicher Formulierung und Publikation, der dadurch ermöglichten Voraussehbarkeit und Rechtssicherheit. Gewiß sind diese technischen Vorzüge beim Gesetz in der Regel noch größer, auch die Stabilität der so geschaffenen Normen; doch sind sie dort verbunden mit dem Nachteil starrer Regelung, abgesehen von Normativbegriffen und Generalklauseln, oft auch das Ergebnis mehr oder weniger großen Zufalls politischer Taktik in den gesetzgebenden Behörden.

Sind also die Präjudizien, soweit sie nicht als Interpretation des Gesetzes von vornherein auf positives Recht sich stützen, eine selbständige Rechtsquelle, oder lassen sie sich auch in diesen Fällen wieder ableiten von einer andern Rechtsquelle, etwa zurückführen auf die «Natur der Sache», auf «Naturrecht», «allgemeine Rechtsgrundsätze», das «soziale Ideal» usw., vielleicht sogar «herrschende Wert-

urteile», indem dadurch ihr Inhalt bestimmt wird[19]? Selbstverständlich soll das Präjudiz seinerseits sachlich begründet sein, wie dies hier angedeutet worden ist. Gilt aber nicht ähnliches auch für das Gesetz? Führt nicht in beiden Fällen erst der Entscheid der zuständigen Behörde zu juristisch wirksamen und die nötige Rechtssicherheit gewährleistenden Normen? Das schließt sogar beim Gesetz nicht aus, daß in Grenzfällen offensichtliche Diskrepanz gegenüber ethischen Grundsätzen die Verbindlichkeit der Normen in Frage stellt. Es ist hier nicht der Ort, auf das Naturrecht und seine bestimmende Funktion für die Rechtsfindung einzugehen, auch nicht auf den Unterschied zwischen Recht als Tatsache und Recht als Postulat oder den Unterschied zwischen formellen Rechtsquellen und bloßen Erkenntnisquellen. Es sei hier nur darauf hingewiesen, daß nach unserm

[19] Auf die herrschenden Werturteile hat namentlich die deutsche Doktrin sich berufen (vgl. zum Beispiel Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz 158); ähnlich Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre 33 betr. die maßgeblichen Grundanschauungen der «tonangebenden Schicht». Kritisch zur «opinion publique»: Gény, Méthode d'interprétation, 2e éd. II 82; etwas einseitige Polemik bei Stammler, Lehre vom richtigen Recht 153ff. Abwägend im Sinn des Textes, die vorliegenden Werturteile nur mittelbar als bedeutsam anerkennend: meine Methodischen Grundfragen 106. — Zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen Del Vecchio in Recueil d'Etudes sur les sources du Droit, en l'honneur de F. Gény II 69ff.; Kommentar Egger zum ZGB Art. 1 N. 39; Laun in der Festschrift für Radbruch 117ff. Zum sozialen Ideal, als «Gemeinschaft freiwollender Menschen», Stammler l. c. 196ff. Zur «Natur der Sache» vgl. Gutzwiller in der Festgabe der Jur. Fak. Fribourg für die Jahresversammlung 1924 des schweizerischen Juristenvereins 282ff., besonders 299ff.; das Bundesgericht hat sich mehrfach auch darauf berufen, zum Beispiel BGE 27 I 540, 31 I 700, 38 II 6 und 51 II 176. Zum Naturrecht vgl. N. 31 im 1. Teil des Aufsatzes, ferner zwei Berner Dissertationen, eine juristische 1924 von Gysin und eine philosophische 1944 von Ryffel; bekannt auch Charmont, La renaissance du droit naturel, 2e éd. Auf die Bedeutung des «Rechtsgefühls» für ergänzende Rechtsfindung ist schon mehrfach hingewiesen worden: vgl. Riezler, Das Rechtsgefühl 141 ff., und Sauer in der Festschrift «Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben» I 139.

ZGB bei Lücken im positiven Recht der Richter in der Art des Gesetzgebers das Recht zu finden, also selbstverantwortlich die Normen aufzustellen hat, nach denen er entscheidet. Gewiß ist es angezeigt, daß er sich wie der wohlberatene Gesetzgeber dabei der objektiven Werte bewußt wird, auf welche das Naturrecht Bezug nimmt, er darf auch die bestimmenden Werturteile (die herrschenden und die oppositionellen) berücksichtigen und soll sie berücksichtigen als Tatsachen, mit denen im Hinblick auf die Durchsetzbarkeit auch der Gesetzgeber rechnen muß; aber er kann damit niemals seine Verantwortung abwälzen, und die bindende Kraft der Präjudizien beruht denn auch tatsächlich nicht nur darauf, daß man in ihnen einen Ausdruck des Naturrechts erkennt und anerkennt (oder gar bloß «herrschender Werturteile»), sondern wird dadurch höchstens mitbestimmt und gefestigt[20].

Die Präjudizien werden oft der wissenschaftlichen Doktrin gleichgestellt (entsprechend dem französischen Text des Art. 1 Abs. 3 unseres ZGB: «doctrine et jurisprudence»)[21]. Ich glaube nicht, daß Präjudizien und Doktrin grundsätz-

---

[20] Auch im angelsächsischen Recht wurde versucht, den Richter bloß als «discoverer of the law» aufzufassen (Carter). Aber es wurde dann eingesehen, daß Law tatsächlich geltendes Recht ist, nicht bloß ein Ideal (vor allem unter dem Einfluß von Austin). Die schöpferische Funktion der Präjudizien zeigt sich deutlich in den Fällen, in denen das bisherige Recht noch keine für den Fall zutreffende Norm enthält. Vgl. Gray, The nature and sources of the law, second ed. 93ff., 222ff., ferner im 1. Teil des Aufsatzes N. 41 in fine zitierte angelsächsische Literatur. Selbst wo der Richter sich auf Naturrecht oder sittliche Grundsätze stützt, bleibt er doch auch nach englischer Ansicht rechtsschöpferisch und allein verantwortlich für den Inhalt der Normen, die von ihm dem Entscheid zugrunde gelegt werden: vgl. Salmond l. c. 30.

[21] So Gény l. c. II 1ff., 33ff., 359ff. Eugen Huber, Recht und Rechtsverwirklichung 441ff., besonders 445, wo Wissenschaft und «Gerichtsgebrauch» gleichermaßen als «bedingte Rechtsquellen» bezeichnet wurden. Vgl. auch Cardozo l. c. 37 über Doctrine and tradition.

lich im gleichen Sinn als Rechtsquellen zu berücksichtigen sind. Zwar soll der Erkenntniswert unserer rechtswissenschaftlichen Doktrin für die Rechtsfindung de lege lata nicht gering eingeschätzt werden; gerade bei wichtigen Präjudizien haben die Gerichte selber vielfach auf diese wertvolle Vorarbeit in der Doktrin sich gestützt (teils unter ausdrücklichem Hinweis darauf, teils ohne solchen); unser Bundesgericht weist — im Gegensatz zu den englischen Gerichten — nicht selten sogar auf erst kürzlich erschienene Literatur hin, bei der man kaum von «bewährter» Lehre sprechen kann, und zeigt damit, daß es die Vorarbeit der Wissenschaft von sich aus zu würdigen weiß. Umgekehrt beeinträchtigt deren Widerspruch das Bewußtsein der bindenden Kraft von Präjudizien. Aber die Wissenschaft beruht nach unserm Recht auf keiner andern Autorität als der Überzeugungskraft ihrer Ansichten und Argumente[22]. Das mag beim Urteil eines ad hoc zusammengesetzten Schiedsgerichts, abgesehen von der Verbindlichkeit seines Entscheids im vorliegenden Fall, ähnlich sein, jedoch nicht bei der Judikatur unserer permanenten staatlichen Gerichte, denen an der Rechtssicherheit gelegen sein muß und für die fortgesetzt auch die Vollzugsgewalt des Staates bereit gehalten wird.

In welchem Rangverhältnis steht nun das Präjudiz gegenüber andern Rechtsquellen, besonders im Verhältnis

[22] Anders im römischen Recht die Gutachten qualifizierter Gelehrter auf Grund des jus respondendi. Vgl. ferner C. iur. can. 20 über den «stilus Curiae» und die «communis constansque sententia doctorum», sowie das später zum Beispiel von der Carolina vorgesehene «Ratsuchen bei Rechtsgelehrten». Daß die rechtswissenschaftliche Doktrin auch noch jetzt tatsächlich großen Einfluß hat, wird wohl von keiner Seite bestritten. Doch nicht diese rein empirische Feststellung beschäftigt uns hier, auch nicht die Theorie der Rechtsquellen, sondern der normative Gesichtspunkt richtiger Rechtsfindung. Auch in unserem Recht kann zwar ein Wissenschafter so hohes Ansehen erlangen, daß man von vornherein seinen Publikationen großes Gewicht beimißt; aber vom normativen Gesichtspunkt kommt es jeweils auf deren Inhalt an, nicht auf den Autor.

zum Gesetz? Bei dessen Auslegung will es gar nicht selbst Rechtsquelle sein, sondern nur entwickeln, was nach Wortlaut und Sinn schon im Gesetze liegt. Anders bei der ergänzenden Rechtsfindung præter und intra legem: hier ist es selbständige, aber eindeutig nur subsidiäre Rechtsquelle, subsidiär zu Gesetz und Gewohnheitsrecht; das entspricht der Rangordnung von Art. 1 unseres ZGB. Wir haben jedoch festgestellt, daß in vereinzelten Fällen vom Bundesgericht den Präjudizien sogar der Vorrang vor dem Gesetz eingeräumt worden ist (in Fällen, in denen das Präjudiz selbst zunächst bloß Auslegung des Gesetzes sein sollte, hinterher aber als ihm nicht entsprechend angesehen wurde und nun gestützt auf das Postulat der Rechtssicherheit erfolgreich mit ihm in Konkurrenz getreten ist)[23]. Ferner hat das Bundesgericht in Fragen der Doppelbesteuerung mangels einer Regelung gemäß BV Art. 46 Abs. 2 seiner Rechtsprechung den Vorrang vor der kantonalen Gesetzgebung zugesprochen (vgl. BGE 48 I 262ff., 267). Für die Judikatur des Bundesgerichts als Verfassungsgerichtshof besteht ein ähnliches Verhältnis[24]. — Das Präjudiz ist also wohl in der Regel bloß subsidiäre Rechtsquelle, geht aber ausnahmsweise sogar einer gesetzlichen Norm vor. Und verhält es sich nicht ebenso zwischen Gesetz und Gewohnheitsrecht? Hat nicht die Praxis ausnahmsweise, trotz der in Art. 1 des ZGB vorgeschriebenen Rangordnung, sogar im Zivilrecht selbst ein derogierendes Gewohnheitsrecht anerkannt (Fall Lauterburg, BGE 45 II 623ff.)?

Es gibt somit nach der Judikatur des Bundesgerichts, obwohl für unser heutiges Recht zweifellos das Gesetz im Vordergrunde steht und die Romantik des «Volksgeistes» den Richtern ferne liegt, überhaupt keine ganz starre Rangordnung der Rechtsquellen. Das wird ohne weiteres ver-

---

[23] BGE 49 I 293ff. und 56 I 440ff. Vgl. Abschn. VII Ziff. 4. Zustimmend Burckhardt im Jahrgang 1931 der ZBJV 354.

[24] Vgl. H. Huber, Referat für den schweizerischen Juristenverein 1936 über die Garantie der individuellen Verfassungsrechte 150.

ständlich, sobald wir das Kriterium der Opinio necessitatis überall zugrunde legen, und dann werden wir auch verstehen, daß keine Rechtsquelle stets absolut und in jedem Fall geltendes Recht darstellt, auch nicht das Gesetz, obschon dieses in normalen Verhältnissen bei rechtsgültigem Erlaß präsumtiv ohne weiteres als solches anzusehen ist. Die vom ZGB vorgesehene Rangordnung bildet wohl die Regel; aber in zweifelhaften Grenzfällen gilt es bei den Rechtsquellen wie bei den Methoden der Rechtsfindung, sich auf die maßgeblichen Grundgedanken zu besinnen, vor allem Gerechtigkeit und Rechtssicherheit. Der Richter ist nicht bloß Diener des Gesetzes, er hat auch nicht nur die gegebenen «Rechtsquellen» anzuwenden, sondern ist selber verantwortlich für seinen Entscheid, den er oft auf eine durch selbständige Rechtsfindung gewonnene Norm zu gründen hat, nicht immer einfach dem bereits vorliegenden Recht entnehmen kann[25].

Auf die verfassungsrechtliche Problematik der Rechtsquellen ist hier nicht einzutreten. Es sei jedoch der Zusammenhang wenigstens angedeutet, damit von Berufenen die Fragen geklärt werden. Die Problematik ist sowohl grundsätzlich als praktisch bedeutsam. In einem Teil der staatsrechtlichen Doktrin wird von der Ansicht ausgegangen, unsere geltende Verfassung sei das ausschließliche Fundament unseres Rechts, insbesondere werde die zulässige Rechtsbildung allein und unmittelbar durch sie bestimmt. Damit wäre nun wohl die hier dargelegte, der Judikatur des Bundesgerichts entsprechende Rechtsquellenlehre kaum vereinbar; denn unsere Bundesverfassung hat für die Rechtsbildung nur das Gesetz vorgesehen (wobei hier Gesetz im weitern Sinn verstanden sein soll, unter Einschluß der allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüsse usw.)[26]. Wäre da-

---

[25] Vgl. oben im Text und N. 20, auch schon Abschnitte III und IV im 1. Teil dieses Aufsatzes.

[26] Zur Problematik vgl. die sehr verschiedenartigen Aufsätze von H. Huber und J. Plattner im Jubiläumsheft des Zentralblattes für Staats- und Gemeindeverwaltung (1949) 52ff. und 62ff.

nach aber nicht sogar Art. 1 unseres ZGB verfassungswidrig, in dem dort der Richter durch bloße Gesetzesvorschrift angewiesen wird, wenigstens subsidiär neben dem Gesetz auch Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle anzuerkennen[27]? Ferner stellt sich danach die Frage der Verfassungswidrigkeit in bezug auf die seit Jahrzehnten in der Schweiz und im Ausland eingebürgerte und auch von unserem Bundesgericht als zulässig anerkannte Praxis, auf Grund einer (von der Verfassung nicht vorgesehenen) ausdrücklichen Delegation im Gesetz durch Rechtsverordnungen ergänzende Vorschriften untergeordneter Art aufzustellen[28]. Ist wirklich nach unserer BV für die Rechtsbildung ein solches Gesetzesmonopol anzunehmen? Haben auch Eugen Huber

---

Scharf ablehnend gegenüber einem Monopolanspruch des Gesetzes: Oswald in seinem Referat für den schweizerischen Juristenverein 1943 über die Gewaltentrennung 503ff., besonders 506. Gegen den Mißbrauch eines formalen Gesetzesbegriffs vgl. auch Kägi l.c. 205.

[27] Vgl. Burckhardt, Organisation der Rechtsgemeinschaft 223ff. und 231ff. Danach «paßt» das Gewohnheitsrecht einfach nicht in die Verfassung hinein, hat darin «keine Existenzberechtigung»; das Gewohnheitsrecht sei wohl als «historische Tatsache nicht zu leugnen», aber es nütze nichts, verfassungswidriges neues Recht zu verbieten, es müsse verhindert werden (233/34). In seinem Referat für den Schweizerischen Juristenverein 1931, L'Etat et le droit, wird Gewohnheitsrecht von Burckhardt auch nicht als solches, sondern nur in der Form von Entscheiden zuständiger Behörden anerkannt (170 ff.). Ablehnend ferner Giacometti, Bundesstaatsrecht 71, 247, 801. Dagegen hat Oswald l. c. 507 die Behauptung als unhaltbar bezeichnet, das Gewohnheitsrecht gelte nur, wenn die Verfassung es anerkenne. Vgl. auch Ruck l. c. 126. Das Gewohnheitsrecht wurde von unserem Bundesgericht ebenfalls als Rechtsquelle neben dem Gesetz im öffentlichen Recht anerkannt, trotzdem es hier nicht durch Art. 113 der BV formell gebunden war wie für das Privatrecht auf Grund des ZGB: aus der neueren Judikatur vgl. BGE 50 I 6 ff. (bes. 10), 56 I 37 ff. (42), 68 I 209/10, letzthin wieder 74 I 41 ff. (42/43 und 45 ff.).

[28] Vgl. Giacometti, Verordnungsrecht und Gesetzesdelegation (in der Festgabe für den schweizerischen Juristentag 1928) 73 ff., besonders 100 ff., und Bundesstaatsrecht 801 ff.; immerhin werden hier «Vollziehungsverordnungen» der exekutiven Behörde,

und das ZGB die Verfassung verletzt? Solche Fragen entspringen der Sorge des sich mitverantwortlich fühlenden Juristen, dem daran liegen muß, daß der Vorwurf der Verfassungswidrigkeit durchaus ernst genommen wird. Die Verdienste der Mahner stehen außer Zweifel; aber gehen ihre Thesen nicht zu weit? Wenn nicht, so stellt sich die rechtspolitische Frage: Ist ein derartiges Gesetzesmonopol auf die Dauer durchführbar — und erwünscht? Könnte es nicht zum Versagen des Rechts als des unentbehrlichen Rückgrats der sozialen Ordnung führen, zu gefährlichem Mangel an Rechtssicherheit? Oder umgekehrt zur endlosen und hemmungslosen Fabrikation von Gesetzen, an deren Vorschriften die Richter nach Art. 113 der BV unter allen Umständen gebunden wären? Mit dem Verfahren für den Erlaß von Gesetzen sind in unserer Demokratie Garantien verknüpft, deren Wegfall allerdings nicht leicht genommen werden darf, auch vom Volke glücklicherweise nicht mehr leicht genommen wird. Haben jedoch die letzten Jahrzehnte nicht gezeigt, daß aus der Willkür des Gesetzgebers ebenfalls schwere Gefahren erwachsen können? In einer wirklichen Demokratie sind sie geringer, aber bei den modernen Methoden des Einflusses auf die Massen kaum ganz auszuschließen. Bleiben nicht auch die konstitutionellen Schranken unserer BV wegen Art. 113 gegenüber dem Bundes-

nicht nur organisatorischen, sondern materiellen Inhalts zuhanden der Allgemeinheit, als vereinbar mit der BV anerkannt. Im Sinne der Zulässigkeit von Rechtsverordnungen auf Grund einer Delegation: BGE 74 I 114 und dort zitierte frühere BGE; Kommentar Burckhardt zur BV 3. Aufl. 666; Ruck l. c. 121 f., Verwaltungsrecht 62 f.; Oswald l. c. 486 ff., 501 und 512; Nawiasky l. c. 45 (stillschweigende Legitimation). Vgl. auch Kaufmann im Jubiläumsheft des Zentralblatts 11 ff. Bedauerlich ist, daß die Gesetzgebung sich nicht immer streng an die (oben im Text) genannten Voraussetzungen gehalten hat. Namentlich wird durch Blankettdelegation in grundsätzlichen Fragen der Gesetzesbegriff ausgehöhlt und das Referendum umgangen. — Betreffend Präjudizien als Rechtsquelle sowie den Einwand des Verstoßes gegen die konstitutionelle Gewaltentrennung vgl. bereits oben Abschnitt VIII.

gesetzgeber unbehelflich? Könnte so das Gesetzesmonopol nicht zur Gesetzesallmacht führen? — Wären die Gefahren eines solchen Gesetzesmonopols nicht besonders groß, wenn an der Autonomie der Gemeinden und sogar der Kantone gerüttelt und auch die der Privatpersonen in Frage gestellt werden kann? Tatsächlich scheinen in unserer staatsrechtlichen Doktrin derartige Tendenzen sich geltend zu machen, worauf nur noch ganz kurz hingewiesen sei. So soll einerseits den Gemeinden, auch wo sie von alters her selbständig waren, wie namentlich in Graubünden, bloß insofern Autonomie zuerkannt werden, als der Staat sie dazu «ermächtigt», ja selbst der Kanton soll nicht mehr eigenständiges staatliches Gemeinwesen sein, sondern nur Selbstverwaltungskörper[29]. Anderseits soll auch dem Einzelnen die Befugnis, sich rechtsgeschäftlich zu verpflichten, bloß deshalb zustehen, weil das Gesetzesrecht sie vorsieht, woraus sich ergibt, daß dadurch die Privatautonomie nicht nur näher bestimmt und begrenzt wird, sondern sogar vollkommen beseitigt werden könnte[30]. Stehen derartige

---

[29] Gegen solche Tendenzen Liver im Jubiläumsheft des Zentralblatts 40ff., 42ff., und bei der Besprechung der Dissertation Olgiati über Bündnerische Gemeindeautonomie im Jahrgang 1949 des ZBJV 270ff.

[30] Vgl. H. Huber im Jubiläumsheft des Zentralblatts 54. Doch hat schon Demogue in den Notions fondamentales du droit privé (596) ausgeführt: «Or, dans la réalité, la loi a-t-elle créé les contrats, l'effet juridique de la volonté privée? Elle organise, elle modèle tout au plus. Peut-elle dire qu'elle a créé et qu'elle soit libre de supprimer? Mais qu'elle l'ose!» — Zurückgewiesen wurde der Anspruch grundsätzlicher Omnipotenz des Staates auch in der Präsidialansprache von Bundesrichter Schönenberger am Juristentag 1945, wo die «Rechts- und Freiheitssphäre der menschlichen Persönlichkeit» als unverletzlich für den Staat und staatliche Macht bezeichnet wurde (401). Vgl. ferner Oswald und Kägi in der Festschrift der schweiz. Jur. Fak. zur Hundertjahrfeier der BV (21, 55). — Ist der Vertrag von der individualistischen Naturrechtslehre der Aufklärung nicht so sehr als originäre Rechtsquelle empfunden worden, daß sie sogar den Staat und seine Gesetze davon abgeleitet hat? Gegen den apriorischen Monopolanspruch der imperativen Rechts-

Tendenzen nicht im Widerspruch mit unserer liberalen und föderalistischen Rechtsordnung? Wird nicht dadurch deren grundsätzlicher Unterschied gegenüber totalitären Staatssystemen verwischt? — Aber ist unser geltendes Recht wirklich so auszulegen? Und wenn das richtig wäre: Müßte nicht mit Rücksicht auf die praktische Durchführbarkeit und die angedeuteten Gefahren der Gesetzesallmacht, die sich aus dieser Doktrin auf Grund der gegenwärtig noch in Kraft stehenden BV ergeben, deren Revision von ihren Vertretern selbst als dringliches Postulat gefordert werden? Dabei wäre der geistigen Freiheit und Privatautonomie wie der Autonomie der kleinern Gemeinwesen, in denen die Freiheit tatsächlich besser gewahrt bleibt als im zentralisierten Bundesstaat und in denen die Kraft einer lebendigen Tradition verwurzelt ist, der ihnen gebührende Platz zu sichern, auch den personal begründeten Verbänden[31]. Ferner wäre wohl, wenn man keine Rechtsbildung praeter constitutionem anerkennen will, dafür Sorge zu tragen, daß in die Verfassung alles eingebaut wird, was nötig ist, um eine der Rechtsidee sowie den Bedürfnissen entsprechende Rechtsbildung möglich zu machen. Hiezu gehören vielleicht neben ergänzender Rechtsbildung auch Generalklauseln, die dem Richter im Fall einer Willkür des Gesetzgebers erlauben, nach den sittlichen Grundlagen alles Rechts den Entscheid zu treffen, ähnlich wie dies in gewissem Sinn ZGB Art. 2 für das Privatrecht ermöglicht, und damit einen allfälligen Zwiespalt zwischen engherzigem oder machtpolitisch mißbrauchtem Gesetz und dem «Naturrecht» zu versöhnen[32].

---

theorie sei noch verwiesen auf Methodische Grundfragen 23ff. Gegen das Monopol der staatlichen Rechtsquellen vgl. ferner Simonius l. c. 16ff.

[31] Methodische Grundfragen 30. Kägi, Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates 47. Nicht einwandfrei nun BV Art. 32 Abs. 3 und Art. 34ter, vgl. auch Art. 34quinquies (Revisionen von 1945 und 1947).

[32] Eingeleitet wird unsere BV mit den Worten «Im Namen Gottes des Allmächtigen!» Darin kommt, obwohl nicht als Ge-

X.

Schließlich ist noch die Frage klarzustellen, was im Urteil als präjudiziell gelten kann.

Präjudiz ist ein Entscheid der zuständigen Behörde, der auf einer grundsätzlichen Wertung beruht, welche nach dem Prinzip der Rechtsgleichheit auch in andern Fällen maßgeblich sein soll. Ob diese Wertung in einer entsprechenden generellen Norm deutlich formuliert zum Ausdruck kommt oder nicht, ist sekundär[33]. Wo der Begründungszwang vorgeschrieben ist, sollte die dem Präjudiz zugrunde liegende Norm allerdings in den Urteilsgründen zu finden sein, genauer in den «rechtlichen Erwägungen» des Urteils («considérant en droit»). Das trifft denn auch in den Urteilen unseres Bundesgerichts regelmäßig zu; es ist bemüht, die zugrunde liegenden Normen in den rechtlichen Erwägungen

---

setzesnorm, die sittliche Grundlage für unser Recht bereits zum Ausdruck. Schon deshalb ist wenigstens im Zweifel das positive Recht entsprechend zu verstehen und auszulegen (vgl. BGE 51 I 451/52). Zum gleichen Ergebnis gelangt man mit der Rechtsidee.

[33] Im angelsächsischen Recht sind sie häufig nicht in fest umschriebenen Normen formuliert: Llewellyn l. c. I 4, 20, 105. Die namentlich den Engländern eigentümliche Scheu vor Abstraktionen hat offenbar dazu geführt, daß manchmal gar nicht versucht worden ist, den Entscheid auf generelle Normen zu gründen: vgl. Goodhart, Essays in Jurisprudence 6, zum Fall Oliver v. Saddler and Co.; bisweilen fehlt überhaupt jede Begründung, etwa zum Entscheid der höhern Instanz in Fällen, in denen von ihr der angefochtene Entscheid bestätigt wurde (Goodhart l. c.). So werden von Salmond l. c. 190 die nach Grundsätzen entschiedenen Fälle von solchen unterschieden, bei denen dies nicht geschah, und weiterhin wird es als Pflicht der Richter bezeichnet, mangels einer bereits vorliegenden Norm «wenn möglich» nach grundsätzlichen Erwägungen zu entscheiden («if possible to decide it upon principle»): l. c. 191. Eine besondere Schwierigkeit liegt ferner darin, daß in den englischen Kollegialgerichten jeder Richter selbständig sein Urteil abgibt, so daß trotz des gleichen Entscheids die Begründung nicht unwesentliche Unterschiede zeigen kann: Vinogradoff l. c. 179ff. mit Beispielen, Goodhart l. c. 8; für das amerikanische Recht Llewellyn I 19.

möglichst klar herauszuarbeiten[34]. Der Entscheid als solcher, das Dispositiv des Urteils, ist zwar für den vorliegenden Fall verbindlich und für diesen allein (BGE 41 II 383); präjudiziell bedeutsam ist aber die zu den «Erwägungen» gehörende Rechtsnorm, welche dem Entscheid zugrunde gelegt wurde. Eine solche präjudiziell bedeutsame Norm entspricht einer grundsätzlichen «Rechtsfrage», die häufig durch Gesetzesauslegung, aber oft auch durch ergänzende Rechtsfindung zu beantworten ist, im Gegensatz zu bloßen «Tatfragen», die durch Beweisaufnahmen und Beweiswürdigung zu lösen sind. Die Grenze zwischen Tat- oder Beweisfragen einerseits und Rechtsfragen anderseits ist für unsere Jurisprudenz in verschiedener Hinsicht sehr wichtig (es sei hier namentlich erinnert an Normen über die Zuständigkeit und den Umfang der Anfechtbarkeit durch Rechtsmittel); obwohl in Einzelfällen nicht immer unbestritten, darf sie deshalb als bekannt vorausgesetzt werden. Auf «Rechtsfragen» beschränkt sich auch die Vorschrift von Art. 16 des Organisationsgesetzes, wonach unser Bundesgericht im Fall des Abweichens vom Präjudiz einer andern Abteilung an deren Zustimmung oder einen Beschluß des Gesamtgerichts beziehungsweise der beteiligten Abteilungen gebunden ist[35].

Im angelsächsischen Recht wird die präjudiziell verbindliche Norm näher bestimmt als «Ratio decidendi» und deutlich von den übrigen Erwägungen (den bloßen «dicta»)

---

[34] In der amtlichen Sammlung der BGE werden seit vielen Jahren diese Normen jeweils schon im Vordruck an der Spitze des publizierten Urteils hervorgehoben, entweder durch Wiedergabe der betreffenden Normen oder doch wenigstens durch ein entsprechendes Stichwort oder eine Frage. Vgl. Abschnitt II und dort N. 10.

[35] Vgl. dazu Handbuch Birchmeier 20; auch Siegrist, Plenarentscheidungen 42ff. Umstritten ist die Grenze zwischen Tat- und Rechtsfragen zum Beispiel bei der Auslegung von Rechtsgeschäften (über die Judikatur des Bundesgerichts in dieser Frage vgl. Referat Ziegler für den schweizerischen Juristenverein 1935) und bei der Bestimmung des Kausalzusammenhangs (Adäquanz

unterschieden: Ratio decidendi ist nur, was notwendige Grundlage für den Entscheid im vorliegenden Fall geworden ist[36]. In der Tat ist grundsätzlich bloß diese für den konkreten Entscheid maßgebliche Norm mit Rücksicht auf die Rechtsgleichheit auch in künftigen Fällen bedeutsam[37]. Da die maßgebliche Norm jeweils nur unter Bezug auf den dem Urteil zugrunde gelegten (hinsichtlich der Beweisfrage vielleicht nicht ganz zutreffend ermittelten) Sachverhalt und das Dispositiv nachzuprüfen ist, sollte deren Wiedergabe bei den auszugsweise publizierten Urteilen nie fehlen[38],

nach BGE 64 II 204 Rechtsfrage, im Gegensatz zum «natürlichen Kausalzusammenhang»; dazu Oftinger, Haftpflichtrecht I 50). Schwierigkeiten ergeben sich ferner etwa bei der Unzumutbarkeit, wegen tiefer Zerrüttung der Ehe diese weiterzuführen (instruktiv hiefür Hinderling im Heft vom 15. 9. 1949 der SJZ 265/66).

[36] Simon l. c. 3. Salmond l. c. 180 und 191ff. Vinogradoff l. c. 179. Besonders eingehend Goodhart l. c. mit zahlreichen Beispielen aus der englischen Judikatur (6ff., 75ff.). Die Bindung wird durch «distinguishing» oft wesentlich eingeschränkt: vgl. Allen, Law in the making 2d ed. 177. Für das amerikanische Recht Llewellyn l. c. I 13ff., II 47ff. In der neuern amerikanischen Doktrin und Praxis besteht eine Tendenz, durch Differenzierungen gestützt auf Unterschiede des Sachverhalts den Grundsatz, der die Ratio decidendi bildet, möglichst einzuschränken, teilweise sogar von der autoritativen Bindung an Präjudizien sich frei zu machen unter Hinweis auf den notwendigen sozialen Fortschritt (daß die höhern amerikanischen Gerichte sich an ihre eigenen Präjudizien nicht absolut gebunden erachten, im Gegensatz zum englischen House of Lords, wurde bereits hervorgehoben: Fußnote 41 des I. Teils). Zu den vom englischen Präjudizienrecht stark abweichenden Tendenzen des amerikanischen und die tiefern Gründe hiefür vgl. Goodhart l. c. 50ff., besonders 57ff. Die vom Richter formulierte Ratio decidendi hält der kritischen Analyse nicht immer stand; der Entscheid beruht danach unter Umständen auf einem anders zu formulierenden Grundsatz, der denn auch von einem spätern Richter dem Präjudiz zugrunde gelegt werden kann: instruktiv hiefür das von Llewellyn I 16ff. angeführte Beispiel.

[37] In diesem Sinn auch BGE 57 II 361, Handbuch Birchmeier 20.

[38] Gegen die Publikation solcher ungenügender Auszüge wurden von der schweizer. Rechtswissenschaft schon wiederholt Bedenken geäußert, obwohl nicht unter dem besondern Gesichtspunkt der Grenzen präjudizieller Tragweite des Urteils.

es sei denn, daß die für den Entscheid wesentlichen Angaben den angeführten Erwägungen entnommen werden können. Präjudiziell bedeutsam ist, wie bereits hervorgehoben, das Dispositiv selbst nicht, sondern die dem Entscheid zugrunde liegende generelle Rechtsnorm, aber auch umgekehrt wieder nicht immer die Norm, die vom Gericht in den Urteilsgründen angeführt wird, sondern nur soweit darauf gestützt der Rechtsstreit autoritativ entschieden worden ist: nur dann verlangt ja die Rechtsgleichheit, daß auch in künftigen Fällen hierauf Rücksicht genommen wird[39]. Unterscheidet sich der Sachverhalt des zu beurteilenden neuen Falles von dem im Präjudiz zugrunde gelegten durch ein rechtlich relevantes Merkmal, so verstößt es nicht gegen die Rechtsgleichheit, wenn anders entschieden wird. Im angelsächsischen Recht ist vor allem auf die Gefahr zu weit gefaßter Entscheidungsnormen hingewiesen worden, die nicht als bindend anzusehen seien, wenn sie keine notwendige Grundlage für den Entscheid des Streitfalls waren[40].

---

[39] Das oberste Bundesgericht der USA. hat es deshalb von vornherein abgelehnt, in einem bloß fiktiven Rechtsstreit, der lediglich dazu dienen sollte, die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes anzufechten, ein Urteil zu fällen, das an den tatsächlichen Verhältnissen nichts geändert hätte. Es hat dabei u. a. folgendes ausgeführt: «Sobald bei der Entscheidung über solche Rechte eine Meinung über eine Rechtsfrage ausgesprochen worden ist, kann jene Meinung als Präjudiz für künftige Fälle bedeutsam werden. Das Gericht hat aber keine Befugnis, über Fragen oder Sätze zu entscheiden, welche abstrakt oder nicht wirklich umstritten sind, und kann auch nicht, um zukünftige Fälle zu regeln, Rechtssätze oder Grundsätze verkünden, welche für den Streitpunkt des vorliegenden Falles nicht ausschlaggebend sein sollen. Auch kann keine Vereinbarung der Parteien oder der Anwälte, sei es im vorliegenden oder in irgendeinem andern Falle, diese Befugnis des Gerichts oder seine Pflicht in dieser Hinsicht erweitern» (zit. nach Llewellyn l. c. II 23).

[40] Goodhart l. c. 6/7. Simon l. c. 4. Salmond l. c. 192. Für das amerikanische Recht Llewellyn l. c. I 13/15 und II 48ff., Cardozo l. c. 138.

In unserer Praxis werden ebenfalls gelegentlich in den Erwägungen des Urteils Fragen behandelt, die für den vorliegenden Fall gar nicht entscheidend sind (vgl. zum Beispiel BGE 60 II 497ff., 57 II 356ff., 64 II 111ff., 65 I 70/72 sowie 63 III 142 gegenüber 56 III 170)[41]. Ferner werden die Normen, auf welche sich dann der Entscheid wirklich stützt, oft auch in unserer Judikatur allgemeiner gefaßt, als hiefür nötig und richtig wäre. Beispiel einer solchen zuweit gefaßten Norm: im ersten Urteil des Kassationshofs über die Straflosigkeit des Versuchs der Abtreibung an der nur vermeintlich oder nicht nachweisbar Schwangern (BGE 70 IV 9ff.) war zunächst der Entscheid mit der Norm begründet worden, der Versuch am fehlenden Objekt sei straflos, was dazu hätte führen müssen, auch den Griff des notorischen Taschendiebs in eine leere Tasche straflos zu lassen; das wurde dann bereits im nächsten Urteil, das für den Entscheid selbst allerdings am ersten Präjudiz festhielt, ausdrücklich als zu weitgehend anerkannt und korrigiert (BGE 70 IV 152ff., 157), gleichwohl jedoch das Urteil wegen des gleichen Ergebnisses im konkreten Fall als «Bestätigung der Rechtsprechung» bezeichnet (Vordruck des Urteils: 70 IV 152). Ist in einem frühern Urteil die dem Entscheid zugrunde liegende Norm bloß allgemeiner formuliert worden, als für jenen erforderlich und sinngemäß war, so hat eine dem neuen Urteil zugrunde gelegte Norm dann nicht als abweichend vom Präjudiz zu gelten, wenn sie zwar nicht mit jener frühern zu weit gefaßten Norm vereinbar wäre, wohl aber mit der entsprechend enger ge-

[41] Weitere Beispiele bei Spiro l. c. 294/95. — Im allgemeinen sollten für den Entscheid unwesentliche Urteilserwägungen vermieden werden. Zum Beispiel wurde deshalb in BGE 63 II 154 die Frage offengelassen, weil das Ergebnis im vorliegenden Fall dadurch nicht beeinflußt worden wäre. Immerhin ist zuzugeben, daß es im Interesse der Voraussehbarkeit künftiger Entscheide liegen kann, eine Norm oder namentlich Einwände gegen eine früher zugrunde gelegte Norm auch dann in den Erwägungen eines Urteils anzuführen oder doch anzudeuten, wenn sie für dieses selbst nicht ausschlaggebend sind (vgl. zum Beispiel BGE 51 II 272, Erw. 6).

faßten Norm: vgl. in diesem Zusammenhang aus der zivilrechtlichen Praxis BGE 51 II 24ff., 52 II 27ff., besonders 31 ff. und 44, auch 57 II 356ff. und 68 II 150ff. Oft werden hinterher, anläßlich eines neuen Falles, die Gefahren der zu weit gefaßten Norm festgestellt (vgl. zum Beispiel BGE 51 II 28, 57 II 360) und die Norm präzisiert. Nachteilig ist aber, wenn inzwischen Unterinstanzen auf die von der höhern Instanz zu weit formulierten Entscheidungsnormen sich stützen (instruktiv zum Beispiel BGE 68 II 152ff.) oder wenn die Rechtsberater sie zur Grundlage nehmen. Darum muß man sich über die Grenzen der präjudiziellen Tragweite solcher Urteile klar sein. Selbstverständlich empfiehlt sich im Hinblick auf diese Gefahren eine sehr sorgfältige Redaktion der Urteile, besonders der zur Publikation vorgesehenen Urteile der höchsten Instanz. Namentlich bei der selbständigen Rechtsfindung intra legem muß man sich hüten, den Entscheid auf eine zu weit gefaßte Norm zu gründen. Unser ZGB hat in Art. 4 deshalb bei gewissen Normativbegriffen den Richter angewiesen, nach Recht und «Billigkeit» den Entscheid zu treffen; obwohl er auch hier bestrebt sein muß, über den Einzelfall hinauszusehen und auf «Regeln» seinen Entscheid zu gründen (französischer Text: «règles du droit et de l'équité»), ähnlich wie bei Lücken praeter legem, so soll er doch die besondern Umstände des Falles berücksichtigen (oder der engern Fallgruppe), und insofern liegt darin ein warnender Hinweis, nicht vorschnell zu sehr zu verallgemeinern[42].

Wenn das Bundesgericht oder ein anderes Höchstgericht in den Urteilserwägungen ab und zu Normen aufstellt, die zu weit gehen oder überhaupt für den konkreten Entscheid keine Grundlage bilden, so kann solchen Normen unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit keine präjudizielle Tragweite beigemessen werden. Trotzdem werden sie von den Unterinstanzen und Rechtsberatern sehr beachtet. Sie sind

[42] Entsprechend Kommentar Egger zum Art. 4 N. 8 und 12. Das Gesetz bringt dies oft noch besonders zum Ausdruck, indem es den Richter anweist, «nach den Umständen» zu entscheiden.

indessen nichts anderes als ein vorläufiger Fingerzeig dafür, welche Normen das Gericht voraussichtlich in künftigen Fällen seinen Urteilen zugrunde legen wird[43]. Für den Rechtsberater, dem die Präjudizien als Anhaltspunkte für Prozeßaussichten bedeutsam sind, mag bloß ein gradueller Unterschied gegenüber dem eigentlichen Präjudiz bestehen. Für die verantwortlichen Richter ist es unter normativem Gesichtspunkte ein prinzipieller Unterschied. Der Unterschied ist denn auch von unserm Bundesgericht gegebenenfalls zutreffend berücksichtigt worden (vgl. zum Beispiel BGE 51 II 27f., 57 II 360ff., 68 II 152ff.).

XI.

Der Aufsatz konnte sich größtenteils in zustimmendem Sinn auf Urteile des Bundesgerichts beziehen. Er mag deshalb vielleicht den Eindruck erwecken, vorwiegend theoretische Zwecke zu verfolgen. Dies würde meiner Absicht nicht entsprechen. Wenn hier aus den verschiedensten Rechtsgebieten ein vielgestaltiges Material herangezogen worden ist, um eine zentrale Frage zu klären, so sollte damit vor allem gezeigt werden, wie den Bedürfnissen einer möglichst stabilen und doch zu wirklichen Verbesserungen stets bereiten, auf die Postulate der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit ausgerichteten Rechtspflege gedient werden kann, unter vernünftiger Zusammenarbeit aller Beteiligten: der Gerichte, der Rechtsberater und der Wissenschaft. Manches Mißverständnis und manch unfruchtbarer

---

[43] In diesem Sinn zum Beispiel offenbar BGE 64 II 111ff. Entgegen früherer Praxis wurde hier darauf hingewiesen, daß auch Bücher und Zeitschriftentitel urheberrechtlichen Schutz genießen können, sofern darin eine Geistesschöpfung von selbständigem Gepräge steckt, was dann aber im streitigen Fall verneint wird. Diese neubegründete Norm, die nur in den Urteilserwägungen zum Ausdruck kommt, ohne den Entscheid zu beeinflussen, ist auch im offiziellen Sachregister zum betr. Jahrgang wiedergegeben (Sachregister zum 64. Band 31), wohl um als Wegweiser für die Praxis zu dienen. Vgl. ferner BGE 51 II 272/73.

Streit ließe sich so vermeiden. Die Juristen sind bekanntlich oft nicht gleicher Ansicht. Aber selbst wenn der Streit dem Sieg einer gerechten Sache gewidmet ist, müssen wir uns bewußt bleiben, einerseits daß nicht immer eindeutig festgestellt werden kann, was dem Recht und der Gerechtigkeit entspricht, anderseits daß jede Rechtsordnung eine Friedensordnung sein soll und die für unsere Gemeinschaft so notwendige Rechtssicherheit durch nutzlosen Streit nicht gefördert wird. Gewiß ist es für ein nachgeordnetes Gericht nicht erfreulich, wenn das höhere sein Urteil umstößt, vielleicht sogar aus Gründen, die nicht ganz überzeugen; auch für den Wissenschafter nicht, wenn die Praxis über Ergebnisse mühsamer Studien hinweggeht. Es gilt indessen, sich zu bescheiden im Dienst einer höhern Sache, der wir alle dienen. Das heißt nicht, daß man ohne weiteres die Präjudizien der höchsten Instanz als sakrosankt zu behandeln hätte; im Gegenteil wurde hier dargelegt, daß und aus welchen Gründen erfolgreich Einwände gemacht werden können. Aber in andern Fällen wäre der Streit nur unfruchtbare Rechthaberei, die der Autorität unserer Rechtspflege schadet. Auch Rechtsberater und Anwälte der Streitparteien sollten sich damit abfinden, wenngleich dies ab und zu nicht leicht fallen mag. Die Praxis unseres Bundesgerichts entspricht im allgemeinen, wie hier ersichtlich geworden ist, durchaus dem hohen Ideal einer gesunden, nicht nur gesetzestreuen, sondern ergänzend auch schöpferisch tätigen und dabei weitblickenden, nach grundsätzlichen Gesichtspunkten gestalteten Rechtspflege, die trotz des nie vollständig zu befriedigenden Strebens nach Gerechtigkeit auch die Rechtssicherheit zu wahren sucht. Allwissend und unfehlbar ist sie jedoch natürlich nicht. Wissenschaft und Urteile unterer Gerichte können ihr manch wertvolle Beiträge zur Rechtsfindung leisten. Sie zu nutzen und zu würdigen, wäre noch häufig Anlaß. Damit würde die vertrauensvolle Zusammenarbeit gestärkt. Namentlich die Judikatur der kantonalen Obergerichte wird nicht immer gebührend berücksichtigt, und doch kommen ihr ähnliche Ver-

dienste zu wie der kantonalen Gesetzgebung gegenüber der eidgenössischen, als Pionierarbeit für die Rechtspflege.

Es soll nun im Hinblick auf solch fruchtbares, möglichst friktionsloses Zusammenwirken der Beteiligten das Ergebnis dieser Studie noch kurz herausgegriffen werden, getrennt für Urteile höchster und nachgeordneter Instanzen, für Rechtsberater und für die Wissenschaft. Dabei wird jeweils auf die betreffenden Abschnitte verwiesen; hingegen werden die dort zitierten einschlägigen Urteile des Bundesgerichts, auf die man sich berufen kann, nicht nochmals angeführt. Vieles mag bei den nachfolgenden Thesen mehr oder weniger selbstverständlich erscheinen; aber es ist vielleicht doch nicht ganz unnütz, schon wegen des Zusammenhangs und des Hinweises auf die Praxis, das Ergebnis in dieser Weise herauszustellen (das Gewohnheitsrecht wird dabei nicht besonders erwähnt).

A. Urteile oberster Instanzen

1. Der Entscheid darf nicht einfach dem Gefühl der Billigkeit im vorliegenden Fall überlassen werden, sondern ist auf generelle Normen zu stützen; diese sind soweit möglich dem positiven Recht und dessen sinngemäßer Auslegung zu entnehmen, nötigenfalls ergänzend im Rahmen des positiven Rechts selbständig aufzustellen unter gerechter Abwägung der in Betracht kommenden Interessen (III—V). Die für den Entscheid maßgeblichen Normen sind in den rechtlichen Erwägungen des Urteils darzulegen und zu begründen (X).

2. An Präjudizien ist festzuhalten, wenn nicht wesentliche Gründe dagegen anzuführen sind (hierüber Ziff. 3). Jedenfalls ist auf die Präjudizien Bezug zu nehmen, auch wenn sie dem eigenen Urteil nicht entsprechen (II, VI, VIII).

3. Von den Präjudizien ist nur abzuweichen, wenn sie mit dem positiven Recht und seiner sinngemäßen Auslegung in Widerspruch stehen oder wenn bei der ergänzenden Rechtsfindung Kriterien zugrunde gelegt sind, die den tat-

sächlichen Verhältnissen nicht entsprechen oder unbillige, vielleicht auch aus Gründen der Zweckmäßigkeit nicht zu billigende Folgen gehabt haben bzw. voraussichtlich haben werden; das Prinzip der Rechtsgleichheit und das Postulat der Rechtssicherheit dürfen dabei, namentlich bei der ergänzenden Rechtsfindung, nicht unberücksichtigt bleiben (vgl. hierüber im einzelnen VII).

4. Wenn und soweit die dem Entscheid zugrunde gelegten Normen oder einzelnen Kriterien weder im positiven Recht noch in Präjudizien bereits klar und einwandfrei zum Ausdruck kommen, sind diese neu herausgearbeiteten Normen oder Kriterien eingehend zu begründen, im Sinn von Ziff. 1 und im Fall eines Abweichens von Präjudizien auch im Sinn von Ziff. 3; dabei wird die Vorarbeit der Wissenschaft und unterer Gerichte zu verwerten sein (VIII, IX). Die für den Entscheid maßgebliche Norm ist möglichst klar herauszustellen; doch ist bei neuen Problemen nicht nur Umsicht geboten, sondern auch Vorsicht in der Redaktion, und namentlich ist zu weit gehende Verallgemeinerung zu vermeiden (X).

5. Bei der Publikation der Urteile sind auch Sachverhalt und Dispositiv wenigstens in dem Umfang wiederzugeben, daß hieraus entnommen werden kann, inwiefern die zugrundegelegte Norm für den Entscheid maßgeblich war (X).

B. Urteile nachgeordneter Instanzen

1. Stimmt ihr Urteil im Fall von Präjudizien übergeordneter Instanzen aus einem unter A. Ziff. 3 erwähnten Grund nicht damit überein, so wird namentlich in Fällen, in denen das Präjudiz auf selbständiger Rechtsfindung beruht, zwischen den Nachteilen einer Praxisänderung für die Rechtssicherheit und den Vorzügen der in Aussicht genommenen neuen Praxis abzuwägen sein (vgl. VII, besonders Ziff. 2 und 3). Erscheinen die Vorzüge größer, und sind die hiefür maßgeblichen Gründe von der übergeordneten Instanz offenbar noch nicht berücksichtigt worden, so hat die

nachgeordnete Instanz unter Hinweis auf die Präjudizien abweichend den Entscheid zu fällen und ihn eingehend zu begründen, wobei für diesen Punkt von den Präjudizien auszugehen und die neuen Argumente deutlich geltend zu machen sind (VI).

2. War die für unrichtig gehaltene Norm im Urteil der übergeordneten Instanz ohne bestimmenden Einfluß auf deren Entscheid, oder war sie dort offensichtlich zu weit gefaßt, so liegt kein Präjudiz vor; es genügt, dies klar nachzuweisen (X).

3. Im übrigen gelten die gleichen Gesichtspunkte wie für Urteile der obersten Instanz.

C. Rechtsberater

1. Die präjudizielle Tragweite von Urteilen der obersten Instanz ist eine Tatsache, mit der als einer Regel zu rechnen ist (II, VIII).

2. Immerhin ist ein Abgehen von Präjudizien in Betracht zu ziehen, aus den hier anhand der Praxis des Bundesgerichts eingehend erörterten Gründen (vgl. VII). Damit ist namentlich zu rechnen, wenn es sich um eine neue, noch nicht allseitig erörterte, vielleicht in ihren Konsequenzen noch nicht genügend übersehbare Frage handelt, oder wenn die den Präjudizien zugrunde liegende Norm von der Wissenschaft oder untern Gerichten mit Argumenten angefochten ist, die von jenen Urteilen nicht berücksichtigt worden sind (IX).

3. Steht der Rechtsberater in einem Streitfall vor der Frage, ob er seiner Partei trotz entgegenstehender höchstinstanzlicher Präjudizien zum Austrag vor Gericht raten soll (speziell in Zivilsachen) oder zum Weiterzug des Urteils der untern Instanz, wenn dieses jenen Präjudizien entspricht, so wird er nach den soeben unter Ziff. 2 erwähnten Gesichtspunkten sich die Frage vorlegen, ob er gegen das Präjudiz stichhaltige, noch nicht berücksichtigte oder nicht

genügend gewürdigte Argumente geltend machen kann (im Sinn von VII in Verbindung mit III—V); je nachdem wird er besser zum Vergleich oder Verzicht raten.

D. Wissenschaft

1. Soweit die Wissenschaft mit der Rechtsfindung de lege lata sich befaßt, hat sie die Präjudizien, wie dies bereits häufig geschieht, als solche festzustellen und deren Ergebnisse systematisch zu verwerten (VI, VIII—X). In den Urteilserwägungen zu findende Kriterien oder Normen, die für den Entscheid nicht maßgeblich oder zu weit gefaßt sind und insofern nicht i. e. S. präjudizielle Tragweite haben, sind entsprechend zu würdigen (X).

2. Die Kritik an Präjudizien wird sich im wesentlichen auf die Gesichtspunkte zu konzentrieren haben, die geeignet sind, eine Praxisänderung herbeizuführen, sie jedenfalls nach normativen Gesichtspunkten als geboten erscheinen lassen (VII).

3. Wichtiger als solche nachträgliche Kritik ist die Vorarbeit für die Rechtsfindung (im Sinn von III—V). Diese Vorarbeit kann ganz besonders fruchtbar sein, weil die Wissenschaft die Fragen nicht bloß auf den Einzelfall hin prüft, sondern in der Regel von vornherein im systematischen Zusammenhang mit andern Normen des Gesetzes und sogar mit verschiedenen Gesetzen der gleichen Rechtsordnung, die wertmäßig als widerspruchslose Einheit aufzufassen ist. Dadurch wird es ihr leichter als dem Rechtsberater und dem Richter, aus dem Ganzen heraus die der positiven Rechtsordnung zugrunde liegenden Wertungen sowie die sich dabei noch ergebenden Lücken zu erkennen. Sowohl mit systematischer Auslegung als auch mit der erforderlichen ergänzenden Rechtsfindung præter und intra legem kann sie der Rechtspflege sehr wertvolle Dienste leisten.