Universität Zürich[UZH]

Rechtswissenschaftliches Institut

Lehrstuhl für Privat- und Wirtschaftsrecht
Prof. Dr. iur. Hans-Ueli Vogt
Rämistrasse 74 / 35
CH-8001 Zürich
Telefon +41 44 634 31 27
www.ius.uzh.ch/vogt

Einführung in die Rechtswissenschaft

Vorlesungsskript, Teil 3

Herbstsemester 2026

Gruppe 1

Prof. Dr. iur. Hans-Ueli Vogt

Inhaltsverzeichnis

Vierter Teil: Rechtsetzung und Rechtsanwendung 3
I. Einführung 3
II. Die Bestimmung der anzuwendenden Rechtsnormen 5
III. Auslegung von Rechtsnormen 21
A. Ziel und Elemente der Auslegung 21
B. Die einzelnen Auslegungselemente 22
1. Das grammatische Auslegungselement 22
2. Das systematische Auslegungselement 54
3. Das historische Auslegungselement 85
4. Das teleologische Auslegungselement 106
5. Das realistische Auslegungselement 123
6. Das rechtsvergleichende Auslegungselement 130
IV. Lücken 138
A. Schweigen des Gesetzes 138
B. Zuständigkeit der Gerichte 158
C. Lückenarten und Lückenfüllung 169
V. Kritik der juristischen Methode 182

I. Einführung

Lektüre: FORSTMOSER/VOGT, § 21 N. 4–97

- Begriffliches
  - Rechtsetzung, Rechtsanwendung, Rechtsdurchsetzung
  - Rechtsanwendung und Rechtsprechung
- Methode der Rechtsanwendung
  1. Feststellung des Sachverhalts
     - Exkurs: Feststellung des Sachverhalts und Anwendung des Rechts durch die erste Instanz und die Rechtsmittelinstanzen
  2. Bestimmung des rechtserheblichen Sachverhalts und der allenfalls anwendbaren Rechtsnormen
     - Tatbestand; drei Bedeutungen von "Tatbestand"
     - "Hin- und Herwandern des Blicks"

Notizen:

I. Einführung *(Fortsetzung)*

- Methode der Rechtsanwendung
    3. Ermittlung des Normsinns durch Auslegung der Rechtsnormen, nötigenfalls Lückenfüllung
    4. Bestimmung der Rechtsfolge durch Subsumtion des rechtserheblichen Sachverhalts unter die einschlägigen Rechtsnormen
        - Syllogismus
        - Tatbestand und Rechtsfolge
        - "Hin- und Herwandern des Blicks", Ergebniskontrolle
- Rechtsanwendung und Rechtsgestaltung und -umsetzung

Notizen:

II. Die Bestimmung der anzuwendenden Rechtsnormen

Lektüre: FORSTMOSER/VOGT, § 13 N. 273–304

- Geltung und Anwendbarkeit von Rechtsnormen
  - in zeitlicher Hinsicht
  - in örtlicher (auch persönlicher) Hinsicht; "extraterritoriale" Anwendung
  - in sachlicher (auch persönlicher) Hinsicht
  - *pro memoria*: Kollisionsrecht (siehe Folien 34 ff.)

Beispiele:

Strafgesetzbuch:

Schweizerisches Strafgesetzbuch **311.0**

vom 21. Dezember 1937 (Stand am 1. August 2025)

Art. 3

3. Räumlicher Geltungsbereich. Verbrechen oder Vergehen im Inland

[1] Diesem Gesetz ist unterworfen, wer in der Schweiz ein Verbrechen oder Vergehen begeht.

[...]

Art. 5

Straftaten gegen Minderjährige[6] im Ausland

[1] Diesem Gesetz ist ausserdem unterworfen, wer sich in der Schweiz befindet, nicht ausgeliefert wird und im Ausland eine der folgenden Taten begangen hat:

a.[7] Menschenhandel (Art. 182), sexuelle Nötigung (Art. 189 Abs. 2 und 3), Vergewaltigung (Art. 190 Abs. 2 und 3), Missbrauch einer urteilsunfähigen oder zum Widerstand unfähigen Person (Art. 191) oder Förderung der Prostitution (Art. 195), wenn das Opfer weniger als 18 Jahre alt war;

a[bis].[8] sexuelle Handlungen mit Abhängigen (Art. 188) und sexuelle Handlungen mit Minderjährigen gegen Entgelt (Art. 196);

b. sexuelle Handlungen mit Kindern (Art. 187), wenn das Opfer weniger als 14 Jahre alt war;

c.[9] qualifizierte Pornografie (Art. 197 Abs. 3 und 4), wenn die Gegenstände oder Vorführungen sexuelle Handlungen mit Minderjährigen zum Inhalt hatten.

[…]

7 Fassung gemäss Ziff. I 1 des BG vom 16. Juni 2023 über eine Revision des Sexualstrafrechts, in Kraft seit 1. Juli 2024 (AS **2024** 27; BBl **2018** 2827; **2022** 687, 1011).
8 Eingefügt durch Anhang Ziff. 1 des BB vom 27. Sept. 2013 (Lanzarote-Konvention), in Kraft seit 1. Juli 2014 (AS **2014** 1159; BBl **2012** 7571).
9 Fassung gemäss Anhang Ziff. 1 des BB vom 27. Sept. 2013 (Lanzarote-Konvention), in Kraft seit 1. Juli 2014 (AS **2014** 1159; BBl **2012** 7571).

Kartellgesetz:

251

Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG)

vom 6. Oktober 1995 (Stand am 1. Juli 2023)

Art. 2 Geltungsbereich

[…]

[2] Das Gesetz ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden.

Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen:

Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB)

vom 21. Juni 2019

Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft,
gestützt auf Artikel 173 Absatz 2 der Bundesverfassung[1],
in Ausführung des Protokolls vom 30. März 2012[2]
zur Änderung des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen,
der Artikel 3 und 8 des Abkommens vom 21. Juni 1999[3] zwischen der
Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über
bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens,
von Artikel 3 von Anhang R des Übereinkommens vom 4. Januar 1960[4]
zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation
sowie weiterer internationaler Übereinkommen, welche
Marktzugangsverpflichtungen im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens
enthalten,
nach Einsicht in die Botschaft des Bundesrates vom 15. Februar 2017[5],
beschliesst:

[…]

2. Kapitel: Geltungsbereich

1. Abschnitt: Subjektiver Geltungsbereich

Art. 4 Auftraggeberinnen

[1] Diesem Gesetz unterstehen als Auftraggeberinnen:

a. die Verwaltungseinheiten der zentralen und der dezentralen Bundesverwaltung nach Artikel 2 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997[8] und nach den dazugehörigen Ausführungsvorschriften in der zum Zeitpunkt der Ausschreibung aktuellen Fassung;

b. die eidgenössischen richterlichen Behörden;

c. die Bundesanwaltschaft;

d. die Parlamentsdienste.

[…]

5 BBl **2017** 1851

2. Kapitel: Geltungsbereich

1. Abschnitt: Subjektiver Geltungsbereich

Art. 4 Auftraggeberinnen

[…]

2 Öffentliche und private Unternehmen, die öffentliche Dienstleistungen erbringen und die mit ausschliesslichen oder besonderen Rechten ausgestattet sind, unterstehen diesem Gesetz, soweit sie Tätigkeiten in einem der nachfolgenden Sektoren in der Schweiz ausüben:

a. Bereitstellen oder Betreiben fester Netze zur Versorgung der Öffentlichkeit im Zusammenhang mit der Produktion, dem Transport oder der Verteilung von Trinkwasser oder die Versorgung dieser Netze mit Trinkwasser;

b. Bereitstellen oder Betreiben fester Netze zur Versorgung der Öffentlichkeit im Zusammenhang mit der Produktion, der Fortleitung oder der Verteilung von elektrischer Energie oder Versorgung dieser Netze mit elektrischer Energie;

c. Versorgung von Beförderungsunternehmen im Luftverkehr mit Flughäfen oder anderen Verkehrsendeinrichtungen;

d. Versorgung von Beförderungsunternehmen im Binnenschiffsverkehr mit Häfen oder anderen Verkehrsendeinrichtungen;

e. Bereitstellen von Postdiensten im Bereich des reservierten Dienstes nach dem Postgesetz vom 17. Dezember 2010[9];

f. Bereitstellen oder Betreiben von Eisenbahnen einschliesslich des darauf durchgeführten Verkehrs;

g. Bereitstellen oder Betreiben fester Netze zur Versorgung der Öffentlichkeit im Zusammenhang mit der Produktion, dem Transport oder der Verteilung von Gas oder Wärme oder Versorgung dieser Netze mit Gas oder Wärme; oder

h. Nutzung eines geografisch abgegrenzten Gebiets zum Zweck der Suche oder Förderung von Erdöl, Gas, Kohle oder anderen Festbrennstoffen.

9 SR **783.0**

Notizen:

II. Die Bestimmung der anzuwendenden Rechtsnormen *(Fortsetzung)*

- Verhältnis anwendbarer Rechtsnormen zueinander
  - Vorrang des ranghöheren Rechts: *lex superior derogat legi inferiori*
  - Vorrang des neueren Rechts: *lex posterior derogat legi priori*
  - Spezialität: *lex specialis derogat legi generali*
  - Subsidiarität
  - echte Gesetzeskonkurrenz
  - Exkurs: Anspruchskonkurrenz

Beispiele:

Vorrang des neueren Rechts (und Spezialität):

101

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft

vom 18. April 1999 (Stand am 3. März 2024)

Art. 10*a*[3] Verbot der Verhüllung des eigenen Gesichts*

[1] Niemand darf sein Gesicht im öffentlichen Raum und an Orten verhüllen, die öffentlich zugänglich sind oder an denen grundsätzlich von jedermann beanspruchbare Dienstleistungen angeboten werden; das Verbot gilt nicht für Sakralstätten.

[2] Niemand darf eine Person zwingen, ihr Gesicht aufgrund ihres Geschlechts zu verhüllen.

[3] Das Gesetz sieht Ausnahmen vor. Diese umfassen ausschliesslich Gründe der Gesundheit, der Sicherheit, der klimatischen Bedingungen und des einheimischen Brauchtums.

[…]

3 Angenommen in der Volksabstimmung vom 7. März 2021, in Kraft seit 7. März 2021 (BB vom 19. Juni 2020, BRB vom 31. Mai 2021 – AS **2021** 310; BBl **2017** 6447; **2019** 2913; **2020** 5507; **2021** 1185).

Art. 15 Glaubens- und Gewissensfreiheit

[1] Die Glaubens- und Gewissensfreiheit ist gewährleistet.

[2] Jede Person hat das Recht, ihre Religion und ihre weltanschauliche Überzeugung frei zu wählen und allein oder in Gemeinschaft mit anderen zu bekennen.

[3] Jede Person hat das Recht, einer Religionsgemeinschaft beizutreten oder anzugehören und religiösem Unterricht zu folgen.

[4] Niemand darf gezwungen werden, einer Religionsgemeinschaft beizutreten oder anzugehören, eine religiöse Handlung vorzunehmen oder religiösem Unterricht zu folgen.

[…]

Vorrang der spezielleren Norm:

220

Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)

vom 30. März 1911 (Stand am 1. Oktober 2025)

II. Absichtliche Täuschung

Art. 28

[1] Ist ein Vertragschliessender durch absichtliche Täuschung seitens des andern zu dem Vertragsabschlusse verleitet worden, so ist der Vertrag für ihn auch dann nicht verbindlich, wenn der erregte Irrtum kein wesentlicher war.

[2] Die von einem Dritten verübte absichtliche Täuschung hindert die Verbindlichkeit für den Getäuschten nur, wenn der andere zur Zeit des Vertragsabschlusses die Täuschung gekannt hat oder hätte kennen sollen.

IV. Aufhebung des Mangels durch Genehmigung des Vertrages

Art. 31

[1] Wenn der durch Irrtum, Täuschung oder Furcht beeinflusste Teil binnen Jahresfrist weder dem anderen eröffnet, dass er den Vertrag nicht halte, noch eine schon erfolgte Leistung zurückfordert, so gilt der Vertrag als genehmigt.

[2] Die Frist beginnt in den Fällen des Irrtums und der Täuschung mit der Entdeckung, in den Fällen der Furcht mit deren Beseitigung.

[3] Die Genehmigung eines wegen Täuschung oder Furcht unverbindlichen Vertrages schliesst den Anspruch auf Schadenersatz nicht ohne weiteres aus.

221.229.1

Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG)[1]

vom 2. April 1908 (Stand am 1. Januar 2024)

Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft,
in Vollziehung des Artikels 64 der Bundesverfassung[2,3]
nach Einsicht in eine Botschaft des Bundesrates vom 2. Februar 1904[4],
beschliesst:

[…]

Art. 6[28]

Folgen der verletzten Anzeigepflicht
a. Im Allgemeinen

1 Hat der Anzeigepflichtige bei der Beantwortung der Fragen gemäss Artikel 4 Absatz 1 eine erhebliche Gefahrstatsache, die er kannte oder kennen musste und über die er befragt worden ist, unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen, so ist das Versicherungsunternehmen berechtigt, den Vertrag schriftlich oder in einer anderen Form, die den Nachweis durch Text ermöglicht, zu kündigen.[29] Die Kündigung wird mit Zugang beim Versicherungsnehmer wirksam.

2 Das Kündigungsrecht erlischt vier Wochen, nachdem das Versicherungsunternehmen von der Verletzung der Anzeigepflicht Kenntnis erhalten hat.[30]

3 Wird der Vertrag durch Kündigung nach Absatz 1 aufgelöst, so erlischt auch die Leistungspflicht des Versicherungsunternehmens für bereits eingetretene Schäden, soweit deren Eintritt oder Umfang durch die nicht oder unrichtig angezeigte erhebliche Gefahrstatsache beeinflusst worden ist. Soweit die Leistungspflicht schon erfüllt wurde, hat das Versicherungsunternehmen Anspruch auf Rückerstattung.[31]

[…]

1 Kurztit. und Abkürzung eingefügt durch Ziff. I des BG vom 17. Dez. 2004, in Kraft seit 1. Jan. 2006 (AS **2005** 5245; BBl **2003** 3789).
2 [BS **1** 3]. Der genannten Bestimmung entspricht heute Art. 122 der BV vom 18. April 1999 (SR **101**).
3 Fassung gemäss Anhang Ziff. 8 des Gerichtsstandsgesetzes vom 24. März 2000, in Kraft seit 1. Jan. 2001 (AS **2000** 2355; BBl **1999** 2829).
4 BBl **1904** I 241
28 Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 17. Dez. 2004, in Kraft seit 1. Jan. 2006 (AS **2005** 5245; BBl **2003** 3789).
29 Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 19. Juni 2020, in Kraft seit 1. Jan. 2022 (AS **2020** 4969; BBl **2017** 5089).
30 Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 19. Juni 2020, in Kraft seit 1. Jan. 2022 (AS **2020** 4969; BBl **2017** 5089).
31 Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 19. Juni 2020, in Kraft seit 1. Jan. 2022 (AS **2020** 4969; BBl **2017** 5089).

Subsidiarität:

Schweizerisches Strafgesetzbuch **311.0**

vom 21. Dezember 1937 (Stand am 1. August 2025)

Art. 146

Betrug

[1] Wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, jemanden durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt oder ihn in einem Irrtum arglistig bestärkt und so den Irrenden zu einem Verhalten bestimmt, wodurch dieser sich selbst oder einen andern am Vermögen schädigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft.

[2] Handelt der Täter gewerbsmässig, so wird er mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren bestraft.[206]

[3] Der Betrug zum Nachteil eines Angehörigen oder Familiengenossen wird nur auf Antrag verfolgt.

Art. 149

Zechprellerei

Wer sich in einem Gastgewerbebetrieb beherbergen, Speisen oder Getränke vorsetzen lässt oder andere Dienstleistungen beansprucht und den Betriebsinhaber um die Bezahlung prellt, wird, auf Antrag, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

206 Fassung gemäss Ziff. I 1 des BG vom 17. Dez. 2021 über die Harmonisierung der Strafrahmen, in Kraft seit 1. Juli 2023 (AS **2023** 259; BBl **2018** 2827).

Echte Gesetzeskonkurrenz, Anspruchskonkurrenz:

220

Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)

vom 30. März 1911 (Stand am 1. Oktober 2025)

Zweiter Abschnitt: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen

Art. 41

A. Haftung im Allgemeinen
I. Voraussetzungen der Haftung

1 Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet.

2 Ebenso ist zum Ersatze verpflichtet, wer einem andern in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise absichtlich Schaden zufügt.

Zweiter Abschnitt: Die Folgen der Nichterfüllung

Art. 97

A. Ausbleiben der Erfüllung
I. Ersatzpflicht des Schuldners
1. Im Allgemeinen

1 Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle.

2 Für die Vollstreckung gelten die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 11. April 1889[43] über Schuldbetreibung und Konkurs sowie der Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008[44] (ZPO).[45]

43 SR **281.1**
44 SR **272**
45 Fassung gemäss Anhang 1 Ziff. II 5 der Zivilprozessordnung vom 19. Dez. 2008, in Kraft seit 1. Jan. 2011 (AS **2010** 1739; BBl **2006** 7221).

Urteilskopf

114 II 131

22. Urteil der I. Zivilabteilung vom 7. Juni 1988 i.S. A. gegen Frau X. (Berufung)

Regeste

Grundlagenirrtum des Käufers. Verjährung.
1. **Art. 23 ff. und 197 ff. OR**. Bei falschen Angaben oder Zusicherungen über die Kaufsache kann der Käufer grundsätzlich entweder auf Gewährleistung klagen oder den Vertrag wegen eines Willensmangels anfechten (E. 1; Bestätigung der Rechtsprechung).
2. **Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR**. Umstände, unter denen ein Irrtum über die Echtheit eines Kunstwerkes als wesentlich anzusehen ist (E. 2a).
3. **Art. 31 OR** bestimmt weder ausdrücklich noch sinngemäss, dass der Irrende neben der relativen Frist von einem Jahr auch eine absolute von zehn Jahren zu beachten hat (E. 2b).
4. **Art. 67 Abs. 1 OR**. Wird der Vertrag nach der Bezahlung des Kaufpreises vom Käufer mit Erfolg wegen Irrtums angefochten, so ist die ungerechtfertigte Bereicherung des Verkäufers in der Leistung einer Nichtschuld zu erblicken. Die absolute Verjährung für den Rückforderungsanspruch des Käufers beginnt deshalb mit der Bezahlung des Preises zu laufen (E. 3).

Sachverhalt ab Seite 132

BGE 114 II 131 S. 132

A.- Am 4. Oktober 1974 kaufte A. von X., einem namhaften Kunstkenner, eine Tusch-Zeichnung "Modèle et Sculpture" (19 x 12,5 cm), die oben das Datum "juillet 46" trug und mit "Picasso" unterzeichnet war. Er bezahlte Fr. 25'000.-- dafür. Mit Schreiben

BGE 114 II 131 S. 133

vom gleichen Tag erklärte der Verkäufer, dass er für die Echtheit der Zeichnung die Garantie übernehme und "dieses Blatt im Nachtrag zum Picasso-Oeuvre-Katalog von Zervos" veröffentlichen werde. Der Käufer liess die Echtheit der Zeichnung nicht überprüfen. Als er diese 1985 einer Galerie in Auktion geben wollte, kamen darüber jedoch Zweifel auf. Die Galerie wandte sich an das "Comité Picasso", das ihr am 6. November 1985 antwortete, die Zeichnung stamme nach seiner Auffassung nicht von Picasso. A. versuchte daraufhin umsonst, den Kauf rückgängig zu machen, indem er von der Witwe des inzwischen verstorbenen Verkäufers verlangte, die Zeichnung zurückzunehmen und ihm den Preis zurückzuzahlen.

B.- Am 17. Juni 1986 klagte A. beim Bezirksgericht Bremgarten gegen Frau X. auf Zahlung von Fr. 25'000.-- nebst Zins. Er berief sich in erster Linie auf Unverbindlichkeit des Kaufvertrages wegen Grundlagenirrtums (**Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR**), eventuell auf Schadenersatz wegen absichtlicher Täuschung (**Art. 31 Abs. 3 OR**). Die Beklagte hielt die Forderung jedenfalls für verjährt, weshalb die Klage schon daran scheitere.
Das Bezirksgericht und auf Appellation hin am 11. Juni 1987 auch das Obergericht des Kantons Aargau wiesen die Klage wegen Verjährung des Anspruchs ab.

C.- Der Kläger hat gegen das Urteil des Obergerichts Berufung eingelegt, mit der er an seinen Rechtsbegehren festhält.
Die Beklagte beantragt, die Berufung abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Kläger hat sich schon im kantonalen Verfahren nicht auf Gewährleistung, sondern auf einen Willensmangel berufen, obschon der Streit eine ausdrücklich zugesicherte Eigenschaft der Kaufsache betrifft; er geht davon auch vor Bundesgericht aus.

a) Erweist ein angeblich echtes Kunstwerk sich nachträglich als gefälscht, so stehen dem Käufer mehrere Rechtsbehelfe mit verschiedenen Ansprüchen zur Verfügung. Wenn der Verkäufer wie hier eine bestimmte Einzelsache verspricht und sie auch liefert, wird der Vertrag erfüllt, wenn auch vielleicht schlecht. Für eine Klage gemäss **Art. 97 ff. OR** auf Erfüllung oder auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung bleibt diesfalls kein Raum (**BGE 82 II 416** E. 3b).

BGE 114 II 131 S. 134

Nach der Rechtsprechung kann der Käufer den Vertrag jedoch wegen eines Willensmangels im Sinne von **Art. 23 ff. OR** anfechten oder gemäss **Art. 197 ff. OR** auf Gewährleistung oder auf Schadenersatz wegen schlechter Erfüllung klagen (**BGE 109 II 322** mit Hinweisen). Der Alternativität dieser Rechtsbehelfe sind allerdings Schranken gesetzt. Eine Beschränkung ergibt sich insbesondere daraus, dass Schadenersatz- und Gewährleistungsansprüche, die der Käufer aus Mängeln der Kaufsache ableitet, in bezug auf seine Prüfungs- und Rügepflichten und die Verjährung den gleichen Vorschriften unterstehen (**BGE 107 II 421** mit Hinweisen). Eine weitere besteht beim Viehkauf, wo der Käufer sich grundsätzlich nicht auf Irrtum berufen kann (**BGE 110 II 70** E. 3). Im allgemeinen Kaufrecht anerkennt das Bundesgericht hingegen seit Jahrzehnten, dass der Käufer den Vertrag bei Mängeln, insbesondere bei falschen Angaben oder Zusicherungen über die Kaufsache, auch wegen eines Willensmangels anfechten kann, seine Klage in solchen Fällen folglich nicht von den besondern Voraussetzungen der Sachgewährleistung abhängig gemacht werden darf (**BGE 108 II 104** E. 2a mit Hinweisen).

In einem Teil der Lehre wird demgegenüber, ebenfalls seit Jahrzehnten, die Auffassung vertreten, bei mangelhafter Erfüllung des Kaufvertrages sei ausschliesslich Gewährleistungsrecht anwendbar (so insbesondere BECKER, N. 22 zu **Art. 24 OR**; MERZ, in Festschrift (FS) Guhl S. 85 ff.; CAVIN, in Schweizerisches Privatrecht (SPR) VII/1 S. 117 ff.; ders. in Semjud 91/1969 S. 329 ff. und 340 ff.; VON BÜREN, OR Allg. Teil S. 203; ENGEL, Traité des obligations en droit suisse S. 229; GUHL/MERZ/KUMMER, OR 7. Aufl. S. 353). Das Bundesgericht hat diese Auffassung stets abgelehnt, sei es ausdrücklich oder sinngemäss unter Hinweis auf seine ständige Rechtsprechung, der es im Entscheid 98 II 21 in Anlehnung an OFTINGER sogar gewohnheitsrechtliche Bedeutung beigemessen hat. Die Kritik an seiner Rechtsprechung ist auch seitdem nicht verstummt (MERZ, in ZBJV 110/1974 S. 47 und 118/1982 S. 131/32; MEIER-HAYOZ, in ZBJV 123/1987 S. 73 ff. und 81); es wird dem Bundesgericht vielmehr vorgehalten, dass es die gegenteilige Meinung wiederholt bloss erwähnt oder sie verworfen habe, ohne sich sachlich damit auseinanderzusetzen (GAUCH/SCHLUEP, OR Allg. Teil I 4. Aufl. N. 608a).

Dazu ist vorweg zu bemerken, dass das Bundesgericht sich bereits 1916 für die alternative Anwendbarkeit der Bestimmungen über den Irrtum neben den Vorschriften über die Gewährleistung

BGE 114 II 131 S. 135

beim Kauf ausgesprochen hat (**BGE 42 II 497** E. 3). Seitdem hat es seine Auffassung nicht nur in zahlreichen Urteilen bestätigt und mehrmals überprüft, sondern auch zu davon abweichenden Lehrmeinungen Stellung genommen; dies ist besonders einlässlich in **BGE 82 II 412** ff. geschehen, wo es um ein als echt verkauftes Selbstporträt des Malers van Gogh ging. Seit diesem Entscheid hat das Bundesgericht sich mit Ergänzungen oder blossen Hinweisen begnügt (84 II 517, **BGE 88 II 412**, **BGE 102 II 103**, **BGE 106 II 34**), was aber nur heissen konnte, dass es an seiner ständigen Rechtsprechung festhielt. Es durfte dies umso mehr, als seine Auffassung inzwischen auch von einem Teil der neueren Lehre ausdrücklich gebilligt worden ist (statt vieler GIGER, N. 61 ff. der Vorbemerkungen zu **Art. 197-210 OR** mit Zitaten; BUCHER, OR Allg. Teil S. 180 ff.; KELLER/LÖRTSCHER, Kaufrecht, 2. Aufl. S. 102 f.).

Die in Deutschland und Frankreich vorherrschende Auffassung ist vom Bundesgericht schon im van Gogh-Entscheid kurz zusammengefasst worden (**BGE 82 II 420**/21 mit Zitaten). Die deutsche Rechtsprechung und eine Mehrheit der Lehre lehnen eine wahlweise Anwendbarkeit der Bestimmungen über den Irrtum nach wie vor ab (vgl. neben den Kommentaren zu §§ 119 und 459 BGB insbesondere FLUME, Das Rechtsgeschäft, S. 484 ff.; LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, 13. Aufl. II/1 S. 73/74 sowie die Nachweise bei GIGER unter N. 63). Andere Autoren halten an der Alternativität fest, teils gestützt auf die schweizerische Rechtsprechung, die den Käufer zu Recht als den schutzwürdigeren Teil behandle und unbillige Auswirkungen vermeiden lasse (vgl. insbesondere SCHMIDT, Die Falschlieferung beim Kauf, in Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1962 S. 710 ff. mit weiteren Hinweisen auf Kritik unter Anm. 10). Wegen solcher Auswirkungen wird die geltende deutsche Praxis auch in der neueren Lehre als problematisch bezeichnet und eine differenziertere Beurteilung befürwortet (WESTERMANN, N. 6 vor und N. 73 ff. zu § 459 BGB). Nach der französischen Rechtsprechung und Lehre wird heute die alternative Anwendung dagegen grundsätzlich als zulässig angesehen (GHESTIN, Traité de droit civil, II S. 317 ff.; CAVIN, SPR VII/1 S. 117; GIGER, N. 63). Soweit im Schrifttum an der Ausschliesslichkeit des Gewährleistungsrechts festgehalten wird, soll dieser Vorbehalt sich auf Mängel in den Gebrauchseigenschaften körperlicher Sachen beschränken (PLANIOL/RIPERT/ESMEIN, Traité pratique de droit civil français, Bd. 6 S. 221 f. N. 184).

BGE 114 II 131 S. 136

b) Sieht das Gesetz für gleiche Tatbestände mehrere Rechtsbehelfe mit unterschiedlichen Rechtsfolgen vor, so sind seine Normen vermutungsweise alternativ anwendbar, wenn ihre Auslegung nicht ergibt, dass die eine als Sonderbestimmung den andern vorgeht. Die Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stützt sich vorweg auf diesen Auslegungsgrundsatz, weil die Vorschriften des Kaufrechts im Verhältnis zu **Art. 24 OR** als lex specialis zu betrachten und deshalb ausschliesslich anwendbar seien (VON TUHR/PETER, OR Allg. Teil I S. 310 mit Zitaten unter Anm. 38a). Diese Annahme geht indes, wie bereits in **BGE 82 II 421** festgehalten worden ist, zum vornherein fehl; sie verkennt, dass die hier wie dort streitigen Rechtsbehelfe auf verschiedenem Rechtsgrund beruhen, die Anfechtung wegen Irrtums einen Mangel in der Willensbildung und damit der Vertragsentstehung, der Anspruch auf Gewährleistung dagegen Mängel in der Vertragserfüllung betreffen.

Ähnlich verhält es sich mit den Einwänden, das Gewährleistungsrecht ordne die Folgen von Sachmängeln abschliessend, weshalb für eine wahlweise Anwendung der Vorschriften über den Irrtum kein Raum bleibe; das ergebe sich auch daraus, dass es die Folgen einer arglistigen Täuschung selbständig regle. Dem ist mit **BGE 82 II 421** /22 vorweg entgegenzuhalten, dass die Tatbestände, die von den Vorschriften über den Irrtum einerseits und vom Gewährleistungsrecht anderseits erfasst werden, sich nicht decken, sondern einander überschneiden. Schon das spricht gegen eine abschliessende Ordnung. Dazu kommt, dass der Käufer im Gewährleistungsrecht mit der Prüfungs- und Rügepflicht und mit der kurzen Verjährung qualifizierte Erfordernisse zu beachten hat, die seiner Berufung auf Irrtum nicht entgegengehalten werden können. Das leuchtet auch der Sachen nach ein. Der Käufer wird sich vernünftigerweise erst dann auf Irrtum berufen, wenn er den besondern Erfordernissen des Gewährleistungsrechts nicht genügt und seine Ansprüche aus dem Kaufrecht deswegen verloren hat (GIGER, N. 26 ff. und 64 der Vorbemerkungen zu **Art. 197-210 OR**). Die Vorbehalte des Gewährleistungsrechts für Fälle absichtlicher Täuschung (Art. 198/99, 203 und 210 OR) sodann lassen sich schon deshalb nicht auf den einfachen Irrtum übertragen, weil die Rechtsfolgen der beiden Willensmängel sich deutlich voneinander unterscheiden (**BGE 108 II 107** E. 2c).

Durch das Gewährleistungsrecht wird der Käufer übrigens in verschiedener Hinsicht auch begünstigt, da er insbesondere zwischen Wandelung und Minderung wählen, im einen wie im

BGE 114 II 131 S. 137

andern Fall zudem Schadenersatz verlangen kann und der Verkäufer zu beweisen hat, dass der Käufer den Mangel schon zur Zeit des Vertragsschlusses gekannt habe. Die formellen Erfordernisse sind daher bloss das Gegenstück zur materiellen Begünstigung und damit die Rechtfertigung für die von der Irrtumsanfechtung abweichende Ordnung. Auch das ist bereits in **BGE 82 II 422** ff. eingehend auseinandergesetzt worden. Nicht zu übersehen ist ferner, dass der Anfechtung wegen Irrtums in **Art. 25 und 26 OR** ebenfalls Schranken gesetzt sind, aber auch im Rahmen dieser Bestimmungen der Interessenabwägung Rechnung getragen werden kann, die dem Gewährleistungsrecht zugrunde liegt (KELLER/LÖRTSCHER, S. 103). Dagegen geht es schon nach dem Sinn und Zweck dieser Schranken nicht an, bei Irrtum und Täuschung auf die gleiche Interessenlage zu schliessen.

Ein weiterer Vorwurf geht dahin, die bundesgerichtliche Rechtsprechung entbehre der Folgerichtigkeit, wenn sie einerseits Ansprüche aus Art. 97 ff. und aus Art. 41 ff. neben solchen aus Gewährleistung nur unter den Voraussetzungen der **Art. 197 ff. OR** zulasse, anderseits aber die alternative Anfechtung wegen Irrtums nicht von diesen Voraussetzungen abhängig mache (MERZ, FS Guhl S. 106 f.). Dass die Art. 197 ff. im Verhältnis zu den **Art. 97 ff. OR** als Sonderbestimmungen anzusehen sind, den allgemeinen folglich vorgehen, erhellt schon aus ihrer Einordnung. Beide betreffen aber die Vertragserfüllung und beruhen letztlich auf dem gleichen Rechtsgrund, weshalb es nahe liegt, Ansprüche aus den allgemeinen gleich zu behandeln wie solche aus den besondern. Gegen diese Beschränkung der allgemeinen Klage auf Erfüllung haben indes gerade Autoren, welche auf Sachmängel ausschliesslich Gewährleistungsrecht angewendet wissen wollen, beachtliche Gründe vorgebracht, so insbesondere CAVIN (SPR VII/1 S. 112), der sich zudem dagegen wehrt, dass konkurrierende Deliktsansprüche den formellen Schranken des Gewährleistungsrechts unterstellt werden (S. 113); ob diesfalls an der Rechtsprechung festzuhalten sei, ist in **BGE 90 II 88** E. 2 übrigens offengelassen worden. Der Einwand schliesslich, dass **Art. 373 Abs. 2 OR** gemäss **BGE 109 II 335** als Sonderregel der allgemeinen Bestimmung über den Irrtum vorgeht, ergibt entgegen F. SCHÖBI (Grundlagenirrtum neben Gewährleistung?, in recht 1984 S. 134 ff.) keinen Widerspruch; denn damit wird übersehen, dass die Sonderbestimmung nicht nur die Erfüllung, sondern wie **Art. 24 OR** auch

die Entstehung des Vertrages betrifft, insoweit Inhalt und Rechtsgrund der beiden Ordnungen folglich identisch sind.

c) Für die alternative Anwendbarkeit der Irrtumsvorschriften neben dem Gewährleistungsrecht sprechen sodann praktische Überlegungen. Zu Recht weist BUCHER (S. 181 f.) darauf hin, dass sich keine eindeutigen Kriterien ermitteln lassen, wenn Sachmängel und Sacheigenschaften voneinander zu unterscheiden sind, jene zwar Gewährleistungsansprüche begründen, nach Auffassung der Kritiker aber keine Anfechtung wegen Irrtums zulassen, und umgekehrt (vgl. auch OFTINGER, Bundesgerichtspraxis zum Allg. Teil OR, S. 104). Besondere Schwierigkeiten ergeben sich z.B. bei Sachverhalten der vorliegenden Art, weil in solchen Fällen in der Lehre auch die Auffassung vertreten wird, die fehlende Echtheit eines Gemäldes stelle überhaupt keinen Sachmangel, sondern bloss einen Willensmangel dar (BUCHER, S. 182). Ähnlich verhält es sich bei Aktienkäufen, wenn streitig ist, ob der Mangel die Kaufsache, den wirtschaftlichen Wert der Aktien oder bloss den Bestand und Umfang der damit veräusserten Rechte betrifft (**BGE 107 II 422**; CAVIN, SPR VII/1 S. 118). Die Alternativität erleichtert daher auch praktikable, dem Sinn und Zweck des Gesetzes angemessene Lösungen (**BGE 100 IV 255** E. 1c, **BGE 96 I 605** E. 4).

Zu bedenken ist ferner, dass Bedeutung und Funktionen des einfachen Kaufvertrages mit der technischen Entwicklung und der allgemeinen Tendenz zum Massenvertrag sich gewandelt haben, weshalb der Käufer mehr denn je als der schutzwürdigere Teil erscheint, wenn er schlecht bedient worden ist (BÜHLER, Zur sogenannten Alternative Gewährleistung - Irrtum im Kaufrecht, SJZ 74/1978 S. 1 ff.). Das spricht ebenfalls dafür, dem Käufer, der die Sache nicht rechtzeitig geprüft oder die Klagefrist gemäss **Art. 210 OR** verpasst hat, nicht auch noch die Berufung auf Willensmängel zu versagen. Dazu gehört auch, dass die als Begründung für die kurzen Fristen angeführten Verkehrsbedürfnisse in Wirklichkeit einseitig den Verkäufer begünstigen und die Interessen des Käufers ausser acht lassen (SCHMIDT, NJW S. 711 und 713). Schliesslich ist auch in diesem Zusammenhang zu beachten, dass die Verschiedenheit der Interessenlage und deren Ursachen nicht gegen, sondern für die wahlweise Zulassung der beiden Rechtsbehelfe sprechen.

d) Aus diesen Erwägungen ist auch nach erneuter Überprüfung an der bisherigen Rechtsprechung festzuhalten. Eine Änderung müsste sich zudem auf sachliche und ernsthafte Gründe stützen können, zumal wenn es wie hier um eine langjährige Praxis geht

(**BGE 111 Ia 162** E. 1a und **BGE 111 II 310** E. 2 mit Hinweisen). Diese ist zwar von einem Teil der Lehre beharrlich kritisiert oder angezweifelt, von einem andern, ebenso gewichtigen Teil aber von Anfang an begrüsst und bis in die neueste Zeit ausdrücklich gebilligt worden. Das kann nur heissen, dass weder die eine noch die andere Lehrmeinung sich bisher durchzusetzen vermochte, sich vielmehr für beide gute Gründe anführen lassen. Unter diesen Umständen geht es auch aus Überlegungen der Rechtssicherheit nicht an, eine ständige Rechtsprechung leichthin aufzugeben, selbst wenn ihr angesichts der anhaltenden Kritik möglicherweise nicht gewohnheitsrechtliche Geltung zuerkannt werden kann. Wenn der Kaufvertrag sich wie hier auf eine Speziessache mit einer bestimmten Eigenschaft bezieht, die angeblich fehlt, ist es dem Käufer daher weiterhin nicht verwehrt, sich wahlweise auf die Vorschriften über den Irrtum oder auf Gewährleistungsrecht zu berufen.

[...]

Notizen:

III. Auslegung von Rechtsnormen

Lektüre: FORSTMOSER/VOGT, § 19 N. 1–172

A. Ziel und Elemente der Auslegung

- Ziel der Auslegung: Ermittlung des Normsinns
  - objektiver (nicht subjektiver) Normsinn
  - heutiger, zeitgemässer (nicht historischer) Normsinn
- Elemente der Auslegung
  - grammatisches (oder grammatikalisches) Auslegungselement
  - systematisches Auslegungselement
  - historisches Auslegungselement
  - teleologisches Auslegungselement
  - realistisches Auslegungselement
  - rechtsvergleichendes Auslegungselement

Notizen:

B. Die einzelnen Auslegungselemente

1. Das grammatische Auslegungselement

- Bedeutung des Wortlauts
  - Wortlaut als Ausgangspunkt der Auslegung
  - Wortsinn als gewichtiges Indiz für den Normsinn
  - keine Auslegung entgegen dem "klaren Wortlaut"?
- Was gehört zum Wortlaut?
  - Gesetzesbestimmung, Randtitel (Marginalien) und Abschnittsüberschriften
  - Gleichwertigkeit der Gesetzestexte in den drei Amtssprachen

Quelle:

Schweizerisches Zivilgesetzbuch **210**

vom 10. Dezember 1907 (Stand am 1. Januar 2025)

Einleitung

Art. 1

A. Anwendung des Rechts

[1] Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält.

[...]

Beispiele:

Verkehrsregelnverordnung:

741.11

Verkehrsregelnverordnung (VRV)[1]

vom 13. November 1962 (Stand am 1. Juli 2025)

Art. 3*a*[31] Tragen von Sicherheitsgurten
(Art. 57 Abs. 5 SVG)

[1] Bei Fahrzeugen, die mit Sicherheitsgurten ausgerüstet sind, müssen Führer und mitfahrende Personen die vorhandenen Sicherheitsgurten während der Fahrt tragen. Die Fahrzeugführer haben sicherzustellen, dass Kinder unter zwölf Jahren ordnungsgemäss gesichert sind.[32]

1 Fassung gemäss Ziff. I der V vom 25. Jan. 1989, in Kraft seit 1. Mai 1989 (AS **1989** 410).
31 Eingefügt durch Ziff. I der V vom 10. März 1975 (AS **1975** 541). Fassung gemäss Ziff. I der V vom 17. Aug. 2005, in Kraft seit 1. März 2006 (AS **2005** 4487).
32 Fassung gemäss Ziff. I der V vom 14. Okt. 2009, in Kraft seit 1. April 2010 (AS **2009** 5701).

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6B_5/2011

Urteil vom 14. Juli 2011
Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Mathys, Präsident,
Bundesrichter Schneider, Wiprächtiger,
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari,
Bundesrichter Denys,
Gerichtsschreiber Briw.

Verfahrensbeteiligte
X._____,
Beschwerdeführer,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Luzern, Zentralstrasse 28, 6002 Luzern,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Nichttragen der Sicherheitsgurten,

Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts des Kantons Luzern, II. Kammer, vom 3. November 2010.

Sachverhalt:

A.
X._____ hielt am 27. Juni 2009 um 20.00 Uhr sein Taxi in der Stadt Luzern auf der Zentralstrasse in Richtung Bahnhof vor einer auf Rot geschalteten Lichtsignalanlage an. Während der Rotlichtphase hatte er den Sicherheitsgurt gelöst, um in der unter dem Beifahrersitz deponierten Schublade eine Visitenkarte für den neben ihm sitzenden Fahrgast hervorzuholen. Beim Wechsel der Ampel auf Grün war nach seiner Darstellung sein Sicherheitsgurt wieder eingeklinkt. Anschliessend wurde er beim Bahnhof von der Polizei, die ihn im Taxi beobachtet hatte, angehalten und kontrolliert. Sie händigte ihm wegen Nichttragens des Sicherheitsgurtes eine Ordnungsbusse aus. Weil er die Busse nicht akzeptierte, wurde er verzeigt.

B.
Das Amtsstatthalteramt Luzern büsste X._____ mit Strafverfügung vom 22. September 2009 wegen Nichttragens der Sicherheitsgurten beim Führen eines Personenwagens mit 60 Franken. Mit begründetem Entscheid vom 15. Januar 2010 bestätigte das Amtsstatthalteramt die Strafverfügung.

Das Amtsgericht Luzern-Stadt fand ihn auf seine Einsprache hin am 24. Juni 2010 wegen Nichttragens der Sicherheitsgurten als Fahrzeugführer beim Führen eines Personenwagens der Zuwiderhandlung gegen Art. 3a Abs. 1 Verkehrsregelnverordnung (VRV; SR 741.11) schuldig und bestrafte ihn gemäss Ziff. 312.1 Ordnungsbussenverordnung (OBV; SR 714.031) mit 60 Franken Busse (entsprechend 1 Tag Ersatzfreiheitsstrafe).

Das Obergericht des Kantons Luzern wies seine Kassationsbeschwerde am 3. November 2010 ab.

C.
X._____ erhebt Beschwerde in Strafsachen und beantragt, das obergerichtliche Urteil aufzuheben und ihn von Schuld und Strafe freizusprechen.

In der Vernehmlassung beantragte das Obergericht, die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Die Staatsanwaltschaft beantragte die Abweisung der Beschwerde. X._____ nahm Stellung dazu.

D.
Das Bundesgericht hat den Entscheid öffentlich beraten (Art. 59 Abs. 1 BGG).

Erwägungen:

1.
Der Beschwerdeführer macht geltend, beim Schuldspruch gemäss Art. 3a Abs. 1 VRV würden die Ausnahmeregelungen von Art. 3a Abs. 2 lit. b, c und d VRV in keiner Weise berücksichtigt. Nach diesen entfalle die Gurtentragpflicht, wenn im Schritttempo gefahren oder die Geschwindigkeit von 25 km/h nicht überschritten werde. Daher sei anzunehmen, "während der Fahrt" im Sinne von Art. 3a Abs. 1 VRV bedeute, dass das Fahrzeug in Bewegung sein müsse. Bei einer Geschwindigkeit entsprechend diesen Ausnahmeregeln bestehe keine Gefahr bedeutender Verletzungen, weshalb die Gurten nicht getragen werden müssten.

2.
Nach den verbindlichen vorinstanzlichen Feststellungen (Art. 105 Abs. 1 BGG) ist zugunsten des Beschwerdeführers davon auszugehen, dass "er im Auto, das vor der Rotlichtampel in einer Kolonne gestanden habe, den Sicherheitsgurt für bloss kurze Zeit vor dem Lichtsignalwechsel auf Grün nicht getragen habe".

Die Vorinstanz führt aus, zwar setze der Begriff der "Fahrt" gemäss Art. 3a Abs. 1 VRV einen Zustand der Bewegung des Motorfahrzeugs voraus. Dieser wörtlichen Auslegung stehe aber die Zweckbestimmung von Art. 57 Abs. 5 lit. a SVG entgegen. Die Gurten dienten der Sicherheit im Strassenverkehr. Die Gefahrenlage für Fahrzeuginsassen werde bei einem kurzzeitigen Stehen im Strassenverkehr nicht gänzlich beseitigt. Zu denken sei namentlich an Auffahrkollisionen. Eine abstrakte Gefahr genüge. Die Dauer des Nichttragens sei nicht von Bedeutung. Anders entscheiden hiesse, Tür und Tor für Rechtsmissbräuche öffnen.

3.
Gemäss Art. 3a Abs. 1 VRV müssen bei Fahrzeugen, die mit Sicherheitsgurten ausgerüstet sind, Führer und mitfahrende Personen die vorhandenen Sicherheitsgurten während der Fahrt tragen. [...]
Gemäss Art. 3a Abs. 2 VRV sind von der Gurtentragpflicht in Absatz 1 ausgenommen:
a. [ärztliches Zeugnis];
b. Von-Haus-zu-Haus-Lieferanten im Auslieferungsquartier, wenn nicht schneller als 25 km/h gefahren wird;
c. Führer und Mitfahrer bei Fahrten auf Feld- und Waldwegen und im Werkareal, wenn nicht schneller als 25 km/h gefahren wird;
d. Führer beim Manövrieren im Schritttempo;
e. [konzessionierte Transportunternehmungen];
f. [Begleitpersonen bei Sanität und Behindertenfahrdiensten].

3.1 Entgegen den Vorbringen des Beschwerdeführers sind somit nicht bloss unter 25 km/h fahrende Fahrzeuge ausgenommen, sondern auch andere Kategorien von Fahrzeugen, und zwar ohne spezifische Geschwindigkeitsbeschränkungen. Die Fahrgeschwindigkeit ist nicht der Grund dieser Ausnahmeregelung. Auch eine Kollision unter 25 km/h kann zu Verletzungen führen, die durch das Tragen von Sicherheitsgurten vermieden werden könnten. Wie aus Art. 3a Abs. 2 VRV klar hervorgeht, liegen der Ausnahmeregelung bestimmt umschriebene, besondere tatsächliche Verhältnisse zugrunde. So muss etwa beim Manövrieren (lit. d) der Fahrzeugführer den Gurt nicht tragen, wohl aber der Mitfahrer, während bei Sanität und Behindertenfahrdiensten (lit. f) nicht die Fahrzeugführer, sondern einzig die "Begleitpersonen von besonders betreuungsbedürftigen Personen" von der Gurtentragpflicht befreit sind. Keine der Ausnahmekonstellationen von Art. 3a Abs. 2 VRV ist im Falle des Beschwerdeführers einschlägig.

3.2 Art. 3a VRV findet seine gesetzliche Grundlage in Art. 57 Abs. 5 lit. a SVG. Der Bundesrat kann vorschreiben, dass "Insassen von Motorwagen Rückhaltevorrichtungen (Sicherheitsgurten u. dgl.) benützen". Während diese Gesetzesbestimmung keine Ausnahmen kennt, hat der Bundesrat in Art. 3a Abs. 2 VRV eine Ausnahmeregelung vorgesehen. Diese muss restriktiv ausgelegt und als abschliessend betrachtet werden.

Ferner kann darauf hingewiesen werden, dass gemäss Art. 119 lit. i der Verordnung vom 19.6.1995 über die technischen Anforderungen an Strassenfahrzeuge (VTS; 741.41) für Motorwagen mit einer Höchstgeschwindigkeit bis 30 km/h Sicherheitsgurten nicht erforderlich sind. Die VTS ist hier nicht anwendbar.

3.3 In Frage steht die Auslegung "während der Fahrt". Das Gesetz ist nach seinem Sinn und Zweck auszulegen, wobei von seinem Wortlaut auszugehen ist (**BGE 133 IV 228** E. 2.2; **133 III 175** E. 3.3.1). Vom klaren, d.h. eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt (**BGE 131 V 242** E. 5.1).

Nach allgemeinem Sprachgebrauch hält ein Fahrzeugführer "während der Fahrt" vor einem Stoppsignal an und nimmt anschliessend die "Fahrt" wieder auf. Insoweit kann der Ausdruck "während der Fahrt" das Fahrzeug in Bewegung oder im Stillstand bedeuten. Man spricht auch von einer "Fahrt" durch Luzern, wenn "während der Fahrt" vor Signalen oder aus anderen Gründen angehalten werden muss. Ein Zwischenhalt auf einem Park- oder Ausstellplatz lässt sich dagegen nicht mehr unter Art. 3a Abs. 1 VRV subsumieren. "Während der Fahrt" muss mithin in dem Sinne ausgelegt werden, dass damit die Teilnahme im Verkehr gemeint ist. Dann handelt der Fahrzeugführer, während er sich in den Verkehr einfügt oder sich im Verkehr befindet, "während der Fahrt". Diese Auslegung entspricht dem Sinn und Zweck von Art. 57 Abs. 5 lit. a SVG, wonach Insassen von Motorwagen Sicherheitsgurten benützen. Gliedert sich ein Fahrzeug in den Verkehr ein oder ist es im Verkehr eingegliedert, besteht für die Insassen die Gurtentragpflicht. Es widerspricht dem Gesetzeszweck, die Gurtentragpflicht bei einem Halt vor einem Rotlicht zu verneinen. Für eine solche Auslegung sind keine Gründe ersichtlich.

3.4 Wie der Amtsstatthalter in seinem Entscheid vom 15. Januar 2010 ausführte, dauert die Fahrt eines Taxis vom Start bis zum Erreichen des Fahrtziels, mithin bis zum Erreichen des vom Kunden gewünschten Ausstiegsorts beim Bahnhof Luzern. Diese Auslegung wird durch den französischen und italienischen Wortlaut von Art. 3a Abs. 1 VRV bestätigt: "[..] le conducteur et les passagers doivent porter, pendant le trajet (durante la corsa), les ceintures de sécurité existantes." Die Bedeutung von "trajet" ist insbesondere "espace à franchir, à traverser; fait de parcourir un certain espace, pour aller d'un lieu à un autre; chemin ainsi parcouru", und es wird dazu verwiesen auf "chemin, course, parcours, route, voyage" (Le Grand Robert, 2. Aufl. 1985). Die Wortbedeutung von "trajet" stützt somit die erwähnte Auslegung. Der gleiche Begriff findet sich auch in Art. 3b Abs. 1 VRV, wonach die Schutzhelme "während der Fahrt" getragen werden müssen (wobei diese Bestimmung ebenfalls Ausnahmen kennt). Die Sicherheitsgurten "müssen" (doivent, devono) getragen werden. Wer die Sicherheitsgurten zu locker anlegt, verletzt bereits Art. 3a Abs. 1 VRV (Urteil 6S.41/2007 vom 25. Juni 2007). Umso mehr wird dieser Bestimmung zuwidergehandelt, wenn keine Sicherheitsgurten getragen werden, und sei dies auch nur für kurze Zeit.

Ferner kann auf den insoweit gleichlautenden § 21a Abs. 1 der [deutschen] Strassenverkehrsordnung hingewiesen werden: "Vorgeschriebene Sicherheitsgurte müssen während der Fahrt angelegt sein." Nach der deutschen Auslegung meint "Fahrt" den Gesamtvorgang der Benutzung des Kraftfahrzeugs als Beförderungsmittel, weswegen auch kurzzeitige verkehrsbedingte Fahrtunterbrechungen umfasst sind (HENTSCHEL/KÖNIG/DAUER, Strassenverkehrsrecht, 41. Aufl., München 2011, § 21a StVO N 3).

3.5 Auch wenn daraus unmittelbar für die Auslegung von Art. 3a VRV nichts folgt, kann angemerkt werden, dass bereits in **BGE 103 IV 192** die Nützlichkeit und Effektivität der Sicherheitsgurten betont wurde, und dass das Nichttragen von Sicherheitsgurten gegebenenfalls erhebliche Konsequenzen nach sich ziehen kann. So kann von einer Bestrafung nicht abgesehen werden, selbst wenn der Täter im Übrigen von seiner Tat im Sinne von Art. 54 StGB schwer betroffen ist (BGE 6B_592/2010 vom 17. März 2011 E. 2.3.5). Auch kann dies ein mitbestimmender Faktor für die Verneinung des adäquaten Kausalzusammenhangs sein, so dass eine strafrechtliche Haftung entfällt und Geschädigte ohne Sicherheitsgurten die Folgen selber tragen müssen (Urteil 6B_509/2010 vom 14. März 2011 E. 3.5). Unabhängig von der strafrechtlichen Qualifikation führt das Nichttragen des Sicherheitsgurts im Unfallversicherungsrecht (Kausalität vorausgesetzt) zur Kürzung der Geldleistungen um 10 % wegen Grobfahrlässigkeit (**BGE 118 V 305**; Urteile 8C_963/2009 vom 11. März 2010, 8C_396/2009 vom 23. September 2009, 8C_257/2008 vom 4. September 2008, jeweils Bst. A). Ferner ist auf mögliche zivilrechtliche Folgen hinzuweisen (Art. 59 Abs. 2 SVG; vgl. **BGE 132 III 249** E. 3.1 sowie 117 II 609 E. 5a mit Erwähnung einer Herabsetzung der Haftungsquote um 10 % wegen Selbstverschuldens).

3.6 Gemäss Art. 3 Abs. 1 VRV muss der Fahrzeugführer seine Aufmerksamkeit der Strasse und dem Verkehr zuwenden. Er darf beim Fahren keine Verrichtung vornehmen, welche die Bedienung des Fahrzeugs erschwert. Das Mass der Aufmerksamkeit richtet sich nach den gesamten konkreten Umständen, namentlich der Verkehrsdichte, den örtlichen Verhältnissen, der Zeit, der Sicht und den voraussehbaren Gefahrenquellen (Urteil 6P.68/2006 und 6S.128/2006 vom 6. September 2006 E. 3.2 mit Hinweisen). In diesem Sinne entschied das Bundesgericht, dass ein Lenker, der in den Phasen des Stillstands seines Fahrzeugs im Stau eine Zeitung las und diese in den Phasen des Aufrückens um einige Meter im Schritttempo teils auf seinen Oberschenkeln, teils am Lenkrad aufgestützt liess, sich unter den gegebenen konkreten Umständen nicht der Verletzung von Verkehrsregeln schuldig machte (a.a.O., E. 3.3.6).

Die Vorinstanz wirft dem Beschwerdeführer keine Verkehrsgefährdung vor, sondern alleine das Nichttragen der Sicherheitsgurten. Sie geht dabei von einem zutreffenden Begriff von Art. 3a VRV aus. Diese Bestimmung regelt nicht den Verkehr, sondern das Tragen der Sicherheitsgurten. Es handelt sich demnach nicht um eine Verkehrsregel (**BGE 103 IV 192** E. 2c S. 196), so dass die oben erwähnte Rechtsprechung hier nicht anwendbar ist. Das Nichttragen der Sicherheitsgurten gefährdet (primär) nicht den Verkehr, sondern ist in erster Linie Selbstgefährdung. Entsprechend ist die Busse auf Art. 96 VRV zu stützen (YVAN JEANNERET, Les dispositions pénales de la Loi sur la circulation routière, Bern 2007, S. 729; PHILIPPE WEISSENBERGER, Kommentar zum Strassenverkehrsgesetz, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 90 N 4). Anders würde es sich verhalten, wenn dem Fahrzeugführer durch das An- oder Ablegen der Sicherheitsgurten während der Fahrt die Bedienung des Fahrzeugs erschwert würde oder er deswegen seine Aufmerksamkeit nicht dem Verkehr zuwenden könnte (Art. 3 Abs. 1 VRV).

3.7 Rechtfertigungsgründe sind weder erkennbar noch geltend gemacht worden. Die Visitenkarte konnte nach Beendigung der Fahrt übergeben werden.

4.
Das angefochtene Urteil verletzt kein Bundesrecht. Die Beschwerde ist abzuweisen. Der Beschwerdeführer hat die Kosten vor Bundesgericht zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Luzern, II. Kammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 14. Juli 2011

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Mathys

Der Gerichtsschreiber: Briw

Anwaltsgesetz:

935.61

Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA)

vom 23. Juni 2000 (Stand am 1. Juli 2025)

Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft,

gestützt auf Artikel 95 der Bundesverfassung[1],
in Ausführung des Abkommens vom 21. Juni 1999[2] zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft sowie ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit,
nach Einsicht in die Botschaft des Bundesrates vom 28. April 1999[3],

beschliesst:

[…]

Art. 7[10] Fachliche Voraussetzungen

[1] Für den Registereintrag müssen die Anwältinnen und Anwälte über ein Anwaltspatent verfügen. Ein solches kann von den Kantonen nur auf Grund folgender Voraussetzungen erteilt werden:

a. ein juristisches Studium, das mit einem Lizentiat oder Master einer schweizerischen Hochschule oder einem gleichwertigen Hochschuldiplom eines Staates abgeschlossen wurde, der mit der Schweiz die gegenseitige Anerkennung vereinbart hat;

b. ein mindestens einjähriges Praktikum in der Schweiz, das mit einem Examen über die theoretischen und praktischen juristischen Kenntnisse abgeschlossen wurde.

[…]

1 SR **101**
2 SR **0.142.112.681**
3 BBl **1999** 6013
10 Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 23. Juni 2006, in Kraft seit 1. Jan. 2007 (AS **2006** 4399; BBl **2005** 6621).

935.61

Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (Loi sur les avocats, LLCA)

du 23 juin 2000 (État le 1er juillet 2025)

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,

vu l'art. 95 de la Constitution[1],
vu l'Accord du 21 juin 1999 entre, d'une part, la Confédération suisse et, d'autre part, la Communauté européenne et ses États membres sur la libre circulation des personnes[2],
vu le message du Conseil fédéral du 28 avril 1999[3],

arrête:

[...]

Art. 7[10] Conditions de formation

[1] Pour être inscrit au registre, l'avocat doit être titulaire d'un brevet d'avocat. Les cantons ne peuvent délivrer un tel brevet que si le titulaire a effectué:

a. des études de droit sanctionnées soit par une licence ou un master délivrés par une université suisse, soit par un diplôme équivalent délivré par une université de l'un des États qui ont conclu avec la Suisse un accord de reconnaissance mutuelle des diplômes;

b. un stage d'une durée d'un an au moins effectué en Suisse et sanctionné par un examen portant sur les connaissances juridiques théoriques et pratiques.

[...]

1 RS **101**
2 RS **0.142.112.681**
3 FF **1999** 5331
10 Nouvelle teneur selon le ch. I de la LF du 23 juin 2006, en vigueur depuis le 1er janv. 2007 (RO **2006** 4399; FF **2005** 6207).

Notizen:

1. Das grammatische Auslegungselement *(Fortsetzung)*

- gewöhnlicher und technischer (juristischer oder fachlicher) Sprachgebrauch
- Legaldefinitionen
- Klärung des Wortsinns aufgrund anderer Auslegungselemente

Beispiel:

830.1

Bundesgesetz
über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts
(ATSG)

vom 6. Oktober 2000 (Stand am 1. Januar 2024)

Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft,
gestützt auf die Artikel 112 Absatz 1, 114 Absatz 1 und 117 Absatz 1
der Bundesverfassung[1],
nach Einsicht in den Bericht einer Kommission des Ständerates
vom 27. September 1990[2]
und in die Stellungnahmen des Bundesrates vom 17. April 1991[3],
vom 17. August 1994[4] und vom 26. Mai 1999[5]
und in den Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit
des Nationalrates vom 26. März 1999[6],
beschliesst:

[...]

2. Kapitel: Definitionen allgemeiner Begriffe

Art. 3 Krankheit

[1] Krankheit ist jede Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalles ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat.[7]

[2] Als Geburtsgebrechen gelten diejenigen Krankheiten, die bei vollendeter Geburt bestehen.

1 SR **101**
2 BBl **1991** II 185
3 BBl **1991** II 910
4 BBl **1994** V 921
5 Im Bundesblatt nicht veröffentlicht; siehe AB **1999** N 1241 und 1244.
6 BBl **1999** 4523
7 Fassung gemäss Anhang Ziff. 2 des BG vom 21. März 2003 (4. IV-Revision), in Kraft seit 1. Jan. 2004 (AS **2003** 3837; BBl **2001** 3205).

Art. 4[8] Unfall

Unfall ist die plötzliche, nicht beabsichtigte schädigende Einwirkung eines ungewöhnlichen äusseren Faktors auf den menschlichen Körper, die eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit oder den Tod zur Folge hat.

Art. 5 Mutterschaft

Mutterschaft umfasst Schwangerschaft und Niederkunft sowie die nachfolgende Erholungszeit der Mutter.

Art. 6 Arbeitsunfähigkeit

Arbeitsunfähigkeit ist die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte, volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten.[9] Bei langer Dauer wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt.

Art. 7[10] Erwerbsunfähigkeit

[1] Erwerbsunfähigkeit ist der durch Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit verursachte und nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibende ganze oder teilweise Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt.

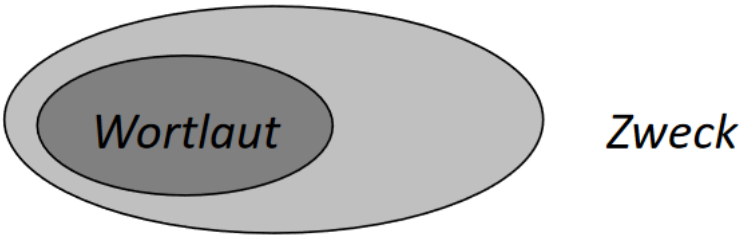
[2] Für die Beurteilung des Vorliegens einer Erwerbsunfähigkeit sind ausschliesslich die Folgen der gesundheitlichen Beeinträchtigung zu berücksichtigen. Eine Erwerbsunfähigkeit liegt zudem nur vor, wenn sie aus objektiver Sicht nicht überwindbar ist.[11]

8 Fassung gemäss Anhang Ziff. 2 des BG vom 21. März 2003 (4. IV-Revision), in Kraft seit 1. Jan. 2004 (AS **2003** 3837; BBl **2001** 3205).
9 Fassung gemäss Anhang Ziff. 2 des BG vom 21. März 2003 (4. IV-Revision), in Kraft seit 1. Jan. 2004 (AS **2003** 3837; BBl **2001** 3205).
10 Fassung gemäss Anhang Ziff. 2 des BG vom 21. März 2003 (4. IV-Revision), in Kraft seit 1. Jan. 2004 (AS **2003** 3837; BBl **2001** 3205).
11 Eingefügt durch Anhang Ziff. 2 des BG vom 6. Okt. 2006 (5. IV-Revision), in Kraft seit 1. Jan. 2008 (AS **2007** 5129; BBl **2005** 4459).

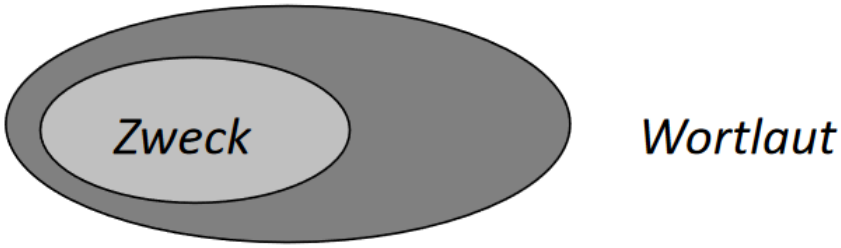
Notizen:

1. Das grammatische Auslegungselement *(Fortsetzung)*

- extensive Auslegung entgegen dem Wortlaut (insbesondere durch Analogie):



- restriktive Auslegung entgegen dem Wortlaut (durch teleologische Reduktion):



Beispiele:

Haftung im Zusammenhang mit einem Grundstück:

Schweizerisches Zivilgesetzbuch **210**

vom 10. Dezember 1907 (Stand am 1. Januar 2025)

Art. 679

V. Verantwortlichkeit des Grundeigentümers

[1] Wird jemand dadurch, dass ein Grundeigentümer sein Eigentumsrecht überschreitet, geschädigt oder mit Schaden bedroht, so kann er auf Beseitigung der Schädigung oder auf Schutz gegen drohenden Schaden und auf Schadenersatz klagen.

[…]

Urteilskopf

104 II 15

4. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 23. Februar 1978 i.S. Einwohnergemeinde Biel und Mitbeteiligte gegen Zuckerfabrik & Raffinerie Aarberg AG und Mitbeteiligte

Regeste

Art. 679 ZGB; Schadenersatzklage wegen Beeinträchtigung bzw. Gefährdung von Grundwasserfassungen durch versickerte Betriebsabwässer
1. Aktivlegitimation der Eigentümer der Wasserfassungen (E. 1)
2. Passivlegitimation
a) im allgemeinen (E. 2);
b) des Unternehmens, das seine Abwässer in selbst angelegten Becken versickern lässt (E. 3);
c) der Eigentümer der Grundstücke, auf denen sich die Sickerbecken befinden (E. 4).

Sachverhalt ab Seite 15

BGE 104 II 15 S. 15

A.- Die Einwohnergemeinden Biel und Lyss und die Seeländische Wasserversorgung (SWG), ein Gemeindeverband mit dem Zweck, eine gemeinsame Wasserversorgung zu betreiben,

BGE 104 II 15 S. 16

sind Eigentümerinnen von Grundwasserfassungen im Berner Sceland. Das Pumpwerk der SWG und die beiden Pumpwerke der Einwohnergemeinde Biel befinden sich auf dem Gebiet der Gemeinde Worben, die beiden Pumpwerke der Einwohnergemeinde Lyss auf dem eigenen Gemeindegebiet.
Die Zuckerfabrik & Raffinerie Aarberg AG (ZRA), die in ihrem Betrieb Wasser für den Transport und das Waschen der angelieferten Rüben, für deren Verarbeitung und für die Reinigung ihrer Einrichtungen und Räume benötigt, liess bis und mit Kampagne (Hauptverarbeitungszeit) des Jahres 1963 grosse Mengen in Sickerbecken geleiteten Abwassers versickern. Weiteres Abwasser versickerte überdies aus sogenannten Deponieteichen. Für die Anlage dieser Sickerbecken und Deponieteiche waren der ZRA neun Parzellen - vorerst pachtweise und ab 4. Dezember 1954 aufgrund einer Personaldienstbarkeit - durch die Einwohnergemeinde Aarberg und drei weitere Parzellen - pachtweise - durch die Burgergemeinde Kappelen zur Verfügung gestellt worden.
Im Jahre 1967 schlossen sich die Einwohnergemeinden Biel und Lyss und die SWG zur Wasserverbund Seeland AG zusammen mit dem Zweck, im Raume Hagneckkanal - Walperswil (Gimmiz) - Kappelen eine neue Grundwasserfassung zu erstellen.

B.- Am 6. Juli 1966 hatten die Einwohnergemeinden Biel und Lyss und die SWG beim Appellationshof des Kantons Bern (III. Zivilkammer) eine Schadenersatzklage eingereicht, mit dem Begehren, die ZRA, die Burgergemeinde Kappelen und die Einwohnergemeinde Aarberg seien solidarisch, allenfalls nach vom Gericht zu bestimmenden Anteilen, zu verpflichten, jeder der drei Klägerinnen einen vom Richter festzusetzenden Betrag nebst 5% Zins seit Klageeinreichung zu zahlen. Sie begründeten ihre Klage damit, dass das Grundwasser im Gebiet von Worben und Lyss durch die versickerten ZRA-Abwässer verschmutzt worden sei und sie sich deshalb veranlasst gesehen hätten, in Gimmiz eine neue Wasserfassung zu erstellen.
Mit Urteil vom 7. März 1977 wies der Appellationshof des Kantons Bern (III. Zivilkammer) die Klage der SWG vollumfänglich und jene der Einwohnergemeinden Biel und Lyss insoweit ab, als sie die Burgergemeinde Kappelen und die Einwohnergemeinde Aarberg betraf. Die gegen die ZRA gerichtete

BGE 104 II 15 S. 17

Klage der Einwohnergemeinden Biel und Lyss hiess er teilweise gut, wobei er jene verpflichtete, der Einwohnergemeinde Biel 1,2 Mio. und der Einwohnergemeinde Lyss 600'000 Franken zu bezahlen.

In seinen Erwägungen hält der Appellationshof unter Hinweis auf die **Art. 679 und 684 ZGB** fest, die von der ZRA verursachte Gewässerverschmutzung stelle eine gemäss Nachbarrecht unerlaubte übermässige Einwirkung dar. Die Aktivlegitimation der Klägerinnen sei zu bejahen. Das gleiche gelte für die Passivlegitimation der ZRA, und zwar unabhängig davon, ob diese als Pächterin der ihr für die Anlage der Sickerbecken und Deponieteiche zur Verfügung gestellten Parzellen aufgetreten sei oder als Dienstbarkeitsberechtigte; dagegen seien die Burgergemeinde Kappelen und die Einwohnergemeinde Aarberg nicht passivlegitimiert. Bei der Prüfung der einzelnen Haftungsvoraussetzungen gelangt der Appellationshof aufgrund der eingeholten Gutachten unter anderem zum Ergebnis, die von der ZRA verursachte Grundwasserverschmutzung habe nur die Wasserfassungen der Einwohnergemeinden Biel und Lyss beeinträchtigt bzw. gefährdet, nicht aber das Pumpwerk der SWG, deren Klage deshalb abzuweisen sei.

C.- Gegen dieses Urteil haben die Klägerinnen Berufung erhoben mit dem Antrag, alle drei Beklagten seien zu verpflichten, ihnen unter solidarischer Haftung, allenfalls anteilmässig, einen Betrag von Fr. 23'574'457.10 nebst 5% Zins seit 1. Januar 1974 zu bezahlen; eventuell sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die Burgergemeinde Kappelen und die Einwohnergemeinde Aarberg schliessen auf Abweisung der Berufung.

Die ZRA hat eine Anschlussberufung eingereicht und verlangt, die gegen sie gerichteten Klagen der Einwohnergemeinde Biel und der SWG seien abzuweisen; die Klage der Einwohnergemeinde Lyss sei insoweit abzuweisen, als ein Betrag gefordert werde, der 150'000 Franken übersteige.

Die Klägerinnen stellen den Antrag, die Anschlussberufung sei abzuweisen.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss **Art. 679 ZGB** kann derjenige, der dadurch geschädigt oder mit Schaden bedroht wird, dass ein Grundeigentümer

sein Eigentumsrecht überschreitet, auf Beseitigung der Schädigung oder auf Schutz gegen drohenden Schaden und auf Schadenersatz klagen. Daraus könnte geschlossen werden, jedermann sei klageberechtigt, der geltend machen wolle, er habe dadurch einen Schaden erlitten, dass ein Grundeigentümer seine Befugnisse überschritten habe. Indessen hat sich in Lehre und Rechtsprechung die Auffassung durchgesetzt, dass der Anwendungsbereich von **Art. 679 ZGB** auf das nachbarliche Verhältnis beschränkt sei. Verantwortlichkeitsansprüche kann nur erheben, wer in der Nutzung, Benutzung oder Bewirtschaftung eines benachbarten Grundstücks beeinträchtigt wird. Erforderlich ist somit eine nicht bloss zufällige und momentane Beziehung zum betroffenen Grundstück. Klageberechtigt ist jedoch nicht nur dessen Eigentümer, sondern namentlich auch der Inhaber beschränkter dinglicher oder obligatorischer Rechte, d.h. unter anderem der Dienstbarkeitsberechtigte, Mieter oder Pächter (dazu **BGE 88 II 263** mit Hinweisen; **BGE 83 II 379** f. E. 1 mit Hinweisen; MEIER-HAYOZ, N. 38-43 zu Art. 679 und N. 186 f. zu **Art. 684 ZGB**; LIVER, N. 118 zu **Art. 737 ZGB**; LIVER, Das Eigentum, in Schweizerisches Privatrecht, Bd. V/1 S. 234 f.).

Für den vorliegenden Fall ergibt sich daraus, dass die Aktivlegitimation der Klägerinnen zu bejahen ist. Diese sind Eigentümerinnen der Grundstücke, auf denen sie gemäss einer vom Regierungsrat des Kantons Bern erteilten Konzession bzw. Bewilligung Grundwasser fördern. Soweit sie geltend machen, dieses Grundwasser werde durch übermässige und daher unzulässige Einwirkungen beeinträchtigt, die von den fraglichen Grundstücken der Burgergemeinde Kappelen und der Einwohnergemeinde Aarberg ausgingen, sind sie insbesondere auch als Nachbarn zu betrachten,

denn Nachbar im Sinne des **Art. 679 ZGB** ist nicht nur der Anstösser, sondern jeder, der als Eigentümer oder Besitzer eines Grundstückes von den beanstandeten Immissionen betroffen wird (vgl. **BGE 91 II 190** E. 4; **81 II 443** E. 1; MEIER-HAYOZ, N. 44 zu Art. 679 und N. 184 f. zu **Art. 684 ZGB**).

Mit dem in der Anschlussberufung erhobenen Einwand, an den im Eigentum der Klägerinnen stehenden Grundstücken und Anlagen sei kein Schaden entstanden und jene hätten jedenfalls gegenüber der ZRA keinen Anspruch auf eine bestimmte Menge und Qualität des von ihnen geförderten

BGE 104 II 15 S. 19

Grundwassers gehabt, lässt sich deren Aktivlegitimation nicht verneinen. Die Grundstücke der Klägerinnen und die darauf errichteten Wasserfassungen und Pumpwerke dienten ausschliesslich der Gewinnung von Trinkwasser. Durch eine Verschlechterung der Wasserqualität wurden die Klägerinnen in der bestimmungsgemässen Verwendung ihrer Grundstücke beeinträchtigt, was als Schädigung zu werten ist. Eine Verschmutzung von Grundwasservorkommen, die auf eine Überschreitung der Grundeigentümerbefugnisse zurückging, wurde vor Einführung des im neuen Gewässerschutzgesetz (SR 814.20) enthaltenen Kausalhaftungstatbestandes (Art. 36 denn auch allgemein als Anwendungsfall von **Art. 679 ZGB** betrachtet (dazu STARK, Probleme der Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, in ZSR 86/1967 II S. 124; SCHINDLER, Rechtsfragen des Gewässerschutzes in der Schweiz, in ZSR 84/1965 II S. 509 ff.).

2. Nach dem Wortlaut des **Art. 679 ZGB** fallen als Haftpflichtige nur die Eigentümer von Grundstücken in Betracht. In Rechtsprechung und Lehre wurden indessen auch Inhaber beschränkter dinglicher Rechte als passivlegitimiert bezeichnet (**BGE 88 II 264**; **BGE 68 II 373** E. 2; WIELAND, N. 7 zu **Art. 679 ZGB**; HAAB, N. 12 zu **Art. 679 ZGB**; STARK, Das Wesen der Haftpflicht des Grundeigentümers nach **Art. 679 ZGB**, S. 206; GUISAN, in JdT 1951 I S. 141; MEIER-HAYOZ, N. 58 f. zu **Art. 679 ZGB**; LIVER, N. 107 ff. zu **Art. 737 ZGB**; LIVER, Das Eigentum, in Schweizerisches Privatrecht, Bd. V/1 S. 234). Ob auch obligatorisch Berechtigte zum Kreis der möglichen Haftpflichtigen zu zählen seien, wird im Schrifttum unterschiedlich beurteilt (für deren Passivlegitimation sprechen sich unter anderem aus: WIELAND, N. 7 zu **Art. 679 ZGB**; ROSSEL/MENTHA, Manuel du droit civil suisse, 2. Aufl., 2. Bd. S. 353; GUISAN, a.a.O.; STARK, a.a.O., S. 207; die gegenteilige Auffassung vertreten namentlich LEEMANN, N. 29 zu **Art. 679 ZGB**; HAAB, N. 13 zu **Art. 679 ZGB**; MEIER-HAYOZ, N. 61 f. zu **Art. 679 ZGB**; LIVER, N. 115 zu **Art. 737 ZGB**; LIVER, Das Eigentum, in Schweizerisches Privatrecht, Bd. V/1 S. 234). Das Bundesgericht hatte diese Frage noch nie zu entscheiden (in **BGE 44 II 37** oben hat es sie angedeutet, aber offen gelassen).

a) Die Haftung gemäss **Art. 679 ZGB** wird ausgelöst durch eine Schädigung (oder drohende Schädigung) infolge Überschreitung

BGE 104 II 15 S. 20

der dem Grundeigentümer von der Rechtsordnung gezogenen Schranken, die namentlich im Nachbarrecht (**Art. 684 ff. ZGB**) umschrieben sind (OFTINGER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 3. Aufl. Bd. II/1, S. 15). Die Beeinträchtigung der Rechte des Nachbarn muss demnach auf die Ausübung der tatsächlichen Herrschaft über das Grundstück, d.h. auf dessen Bewirtschaftung oder sonstige Benützung, zurückgehen (**BGE 93 II 234** mit Hinweisen). Anknüpfungspunkt ist also nicht etwa das formale Kriterium des Eigentums als solchen (zur analogen Betrachtungsweise bei der mit der Grundeigentümerhaftung verwandten Werkeigentümerhaftung nach **Art. 58 OR** vgl. **BGE 91 II 284** E. b, 290 E. 7.

Die tatsächliche Herrschaft kann nicht nur der Eigentümer des Grundstückes ausüben, sondern auch ein unselbständiger Besitzer, der dieses zu einem beschränkten dinglichen oder zu einem persönlichen Recht zugewiesen erhalten hat (**Art. 919 und 920 ZGB**), so beispielsweise der

Nutzniesser oder der Pächter. Ein solcher Besitzer hat gegenüber dem Nachbarn keinen grösseren Duldungsanspruch als der Eigentümer. Vielmehr unterliegt er den Regeln des Nachbarrechts genauso wie dieser (vgl. STARK, a.a.O. S. 206; MEIER-HAYOZ, N. 58 zu **Art. 679 ZGB**). Ist aber im nachbarrechtlichen Verhältnis der blosse Besitzer mit Bezug auf die Ausübung der tatsächlichen Herrschaft über das Grundstück dem Eigentümer gleichgestellt, rechtfertigt es sich, ihn auch hinsichtlich der Haftung aus **Art. 679 ZGB** nicht anders zu behandeln.

b) Einen sachlichen Grund, die Passivlegitimation nur auf den Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts auszudehnen, gibt es nicht. Die Wirkungen des Besitzes - der für die Haftung massgebenden Beziehung zum Grundstück - gegenüber Dritten sind nicht von der Art des ihm zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses abhängig. Es ist deshalb folgewidrig, nebst dem Eigentümer nur Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts zu den möglichen Passivlegitimierten zu zählen, mit der Begründung, der Ausnahmecharakter von **Art. 679 ZGB** erlaube nicht, über diese hinaus einen weiteren Personenkreis der strengen Kausalhaftung zu unterwerfen (so MEIER-HAYOZ, N. 62 zu **Art. 679 ZGB**).

Weiter wird etwa eingewendet, ein Mieter oder Pächter übe nicht ein Dritten gegenüber wirksames eigenes Recht am Grundstück aus, sondern nur die sich für ihn aus dem Vertrag

mit dem Eigentümer ergebenden, nach Inhalt und Umfang ganz individuell bestimmten Befugnisse, denen jede Publizität fehle (LIVER, N. 116 zu **Art. 737 ZGB**). Entscheidend für die Frage der Passivlegitimation ist indessen einzig das Verhältnis zum Nachbarn; Art und Umfang des vom Eigentümer übertragenen Rechts sind unerheblich. Gewiss lässt sich der Bestand beispielsweise eines Pachtverhältnisses aus dem Grundbuch nicht entnehmen. Der Nachbar im Sinne von **Art. 679 ZGB** wird jedoch in aller Regel erkennen können, wer in Ausübung der tatsächlichen Herrschaft über ein Grundstück die Ursache eines Schadens gesetzt hat. Jedenfalls ist es für ihn nicht schwieriger, den möglichen Haftpflichtigen auszumachen, als etwa für den durch ein Tier (**Art. 56 OR**) oder durch einen Werkmangel (**Art. 58 OR**) Geschädigten.

Der in der Lehre vertretenen Auffassung, für eine Ausdehnung der Haftung nach **Art. 679 ZGB** über Eigentümer und Träger von beschränkten dinglichen Rechten hinaus bestehe kein Bedürfnis (LEEMANN, N. 29 zu **Art. 679 ZGB**; MEIER-HAYOZ, N. 62 zu **Art. 679 ZGB**), kann nicht beigepflichtet werden. Dem Geschädigten wird es nämlich nicht in allen Fällen gelingen, sich am Eigentümer schadlos zu halten, und es kann für ihn dort, wo der Schaden durch einen finanzstarken Pächter verursacht oder mitverursacht wurde, wichtig sein, auch diesen gestützt auf **Art. 679 ZGB** ins Recht fassen zu können.

3. Die Sickerteiche, über die die schädlichen Abwässer in den Grundwasserstrom gerieten, wurden nicht von den Eigentümerinnen der Parzellen angelegt, sondern von der ZRA selbst, die auch für den Unterhalt besorgt war. Damit übte die ZRA eine selbständige tatsächliche Herrschaft über die Grundstücke aus. Nach den vorstehenden Erwägungen kann sie daher auch für jene Verschmutzung gestützt auf **Art. 679 ZGB** belangt werden, die von den gepachteten Grundstücken ausging. Auch insofern ist die Anschlussberufung demnach unbegründet.

Es zeigt sich übrigens gerade am Beispiel der ZRA, dass es stossend wäre, vom Kreis der aus **Art. 679 ZGB** möglichen Haftpflichtigen die obligatorisch Berechtigten auszunehmen, würde doch - sollten die Voraussetzungen erfüllt sein - die ZRA in jenem Fall nur für die Versickerung auf denjenigen Parzellen kausal haften, die ihr von der Einwohnergemeinde

Aarberg ab Ende 1954 aufgrund einer Dienstbarkeit zur Verfügung gestellt worden waren, während sie bezüglich der Versickerung auf den von der Burgergemeinde Kappelen gepachteten Grundstücken lediglich der Verschuldenshaftung des **Art. 41 OR** unterläge. Unbillig wäre dieses Ergebnis vor allem auch deshalb, weil im zweiten Fall nur die Grundeigentümerin kausal haften würde, obschon hauptsächlich die ZRA aus der durch **Art. 679 ZGB** verpönten Versickerung, deren Urheberin sie war, einen Vorteil zog, indem sie die Errichtung einer Anlage zur Beseitigung ihrer Abwässer hinauszögern und während Jahren die Kosten des Unterhalts einer solchen Anlage einsparen konnte. Für die Eigentümerin der Parzellen, auf denen sich die Sickerbecken befanden, hätte der Nutzen bei einer andern Bewirtschaftung dagegen nicht unbedingt geringer sein müssen.

4. Knüpft die Haftung des **Art. 679 ZGB** nicht an das formale Kriterium des Eigentums als solchen an, beurteilt sich die Frage, ob ausser der ZRA auch die Burgergemeinde Kappelen und die Einwohnergemeinde Aarberg als Eigentümerinnen der Grundstücke passivlegitimiert seien, nach den konkreten Verhältnissen. Es ist daher zu prüfen, ob die beiden Eigentümerinnen den von den Klägerinnen behaupteten Schaden in Ausübung ihrer tatsächlichen Herrschaft über die Grundstücke mitverursacht haben, d.h. es ist abzuklären, ob die Verschmutzung des Grundwasserstroms auf die von den beiden Gemeinden bestimmte Art der Ausübung der tatsächlichen Herrschaft über ihre Grundstücke zurückzuführen ist (vgl. STARK, a.a.O. S. 209; dazu auch **BGE 44 II 36** unten). Dies ist zu bejahen, denn nach den Feststellungen der Vorinstanz haben die Burgergemeinde Kappelen und die Einwohnergemeinde Aarberg der ZRA ihre Parzellen eigens zur Beseitigung der Betriebsabwässer zur Verfügung gestellt. Entgegen der Ansicht des Appellationshofes sind mithin auch die beiden Grundeigentümerinnen hinsichtlich der auf **Art. 679 ZGB** beruhenden Klage passivlegitimiert.

Nötigung zur Vornahme einer sexuellen Handlung:

Schweizerisches Strafgesetzbuch **311.0**

vom 21. Dezember 1937 (Stand am 23. Januar 2023)

Art. 189

2. Angriffe auf die sexuelle Freiheit und Ehre.
Sexuelle Nötigung

[1] Wer eine Person zur Duldung einer beischlafsähnlichen oder einer anderen sexuellen Handlung nötigt, namentlich indem er sie bedroht, Gewalt anwendet, sie unter psychischen Druck setzt oder zum Widerstand unfähig macht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe bestraft.

[…]

Schweizerisches Strafgesetzbuch **311.0**

vom 21. Dezember 1937 (Stand am 1. August 2025)

Art. 189[272]

Sexueller Übergriff und sexuelle Nötigung

[…]

[2] Wer eine Person zur Vornahme oder Duldung einer sexuellen Handlung nötigt, namentlich indem er sie bedroht, Gewalt anwendet, sie unter psychischen Druck setzt oder zum Widerstand unfähig macht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe bestraft.

272 Fassung gemäss Ziff. I 1 des BG vom 16. Juni 2023 über eine Revision des Sexualstrafrechts, in Kraft seit 1. Juli 2024 (AS **2024** 27; BBl **2018** 2827; **2022** 687, 1011).

Chapeau

127 IV 198

33. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 8. Oktober 2001 i.S. X. gegen A., B. und Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich (Nichtigkeitsbeschwerde)

Regeste

Contrainte sexuelle (**art. 189 CP**), principe de la légalité (**art. 1 CP**).
L'infraction de contrainte sexuelle, contrairement à son texte trop restrictif, réprime non seulement le fait de contraindre une personne à subir mais également à accomplir des actes d'ordre sexuel; cela correspond au sens et au but de cette disposition ainsi qu'à la volonté du législateur (consid. 3).

Faits à partir de page 199

BGE 127 IV 198 S. 199

Das Obergericht des Kantons Zürich sprach X. am 25. November 1999 der mehrfachen sexuellen Handlungen mit Kindern im Sinne von **Art. 187 Ziff. 1 StGB**, der mehrfachen sexuellen Nötigung im Sinne von **Art. 189 Abs. 1 StGB** sowie der Vergewaltigung im Sinne von **Art. 190 Abs. 1 StGB** schuldig und verurteilte ihn zu 5½ Jahren Zuchthaus, unter Anrechnung von 70 Tagen Untersuchungshaft.
Das Obergericht wirft X. zusammengefasst im Wesentlichen vor, er habe seine Stieftochter A. (geb. am 23. August 1974) in der Zeit von ca. August 1984 bis ca. Juni 1991 unter vielen Malen zur Vornahme von sexuellen Handlungen an ihm gezwungen. Er habe sie insbesondere gezwungen, ihn mit der Hand oder, später vor allem, oral zu befriedigen. Einmal, als A. ca. 15 - 16 Jahre alt gewesen sei, habe er sie zur Duldung des Beischlafs genötigt.
Von der Anklage des sexuellen Missbrauchs der Stieftochter B. sprach das Obergericht X. frei.
X. führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
Am 21. Mai 2001 wies das Kassationsgericht des Kantons Zürich die von X. gegen das Urteil des Obergerichts erhobene kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ab, soweit es darauf eintrat.
Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab, soweit darauf einzutreten ist..

Considérants

Aus den Erwägungen:

3. Gemäss **Art. 189 Abs. 1 StGB** wird wegen sexueller Nötigung mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren oder mit Gefängnis bestraft, wer eine Person zur Duldung einer beischlafsähnlichen oder einer anderen sexuellen Handlung nötigt, namentlich indem er sie bedroht, Gewalt anwendet, sie unter psychischen Druck setzt oder zum Widerstand unfähig macht.
Dem Beschwerdeführer wird unter anderem und im Wesentlichen zur Last gelegt, er habe die Beschwerdegegnerin 1 unter vielen Malen gezwungen, ihn manuell und/oder oral zu befriedigen.

BGE 127 IV 198 S. 200

a) Der Beschwerdeführer macht wie bereits im kantonalen Verfahren geltend, durch das inkriminierte Verhalten habe er die Beschwerdegegnerin 1 nicht "zur Duldung", sondern allenfalls zur Vornahme von sexuellen Handlungen genötigt; dies sei aber etwas völlig anderes und werde vom Wortlaut von **Art. 189 Abs. 1 StGB** offensichtlich nicht erfasst. Seine Verurteilung wegen sexueller Nötigung verstosse daher gegen **Art. 189 StGB** sowie gegen das unter anderem in **Art. 1 StGB** verankerte Legalitätsprinzip.

Die Vorinstanz vertritt unter Hinweis auf die ihres Erachtens herrschende Lehre die Auffassung, der Tatbestand von **Art. 189 Abs. 1 StGB** erfasse entgegen seinem Wortlaut auch die Nötigung des Opfers zu einem aktiven Verhalten, mithin die Nötigung zur Vornahme einer sexuellen Handlung. Der insoweit zu enge Wortlaut des Gesetzes beruhe auf einem gesetzgeberischen Versehen.

b) Strafbar ist nur, wer eine Tat begeht, die das Gesetz ausdrücklich mit Strafe bedroht (**Art. 1 StGB**). Der Gesetzestext ist Ausgangspunkt der Gesetzesanwendung. Selbst ein klarer Wortlaut bedarf aber der Auslegung, wenn er vernünftigerweise nicht der wirkliche Sinn des Gesetzes sein kann. Massgebend ist nicht der Buchstabe des Gesetzes, sondern dessen Sinn, der sich namentlich aus den dem Gesetz zu Grunde liegenden Wertungen ergibt, im Wortlaut jedoch unvollkommen ausgedrückt sein kann. Sinngemässe Auslegung kann auch zu Lasten des Beschuldigten vom Wortlaut abweichen. Im Rahmen solcher Gesetzesauslegung ist auch der Analogieschluss erlaubt; denn er dient dann lediglich als Mittel sinngemässer Auslegung. Der Grundsatz "keine Strafe ohne Gesetz" (**Art. 1 StGB**) verbietet bloss, über den dem Gesetz bei richtiger Auslegung zukommenden Sinn hinauszugehen, also neue Straftatbestände zu schaffen oder bestehende derart zu erweitern, dass die Auslegung durch den Sinn des Gesetzes nicht mehr gedeckt wird (**BGE 87 IV 115** E. b S. 118; **BGE 95 IV 68** E. 3a S. 72 f., je mit Hinweisen). Die Abgrenzung zwischen zulässiger Auslegung einer Strafbestimmung zu Ungunsten des Beschuldigten und unzulässiger Schaffung neuer Straftatbestände durch Analogieschlüsse ist allerdings schwierig. Das Bestreben, ein strafwürdiges Verhalten tatsächlich auch zu bestrafen, darf nicht mit dem Sinn und Zweck einer Strafnorm vermengt bzw. gleichgesetzt werden. Andererseits ist nicht zu übersehen, dass sich die Frage, ob ein bestimmtes Verhalten unter einen Straftatbestand fällt, eben gerade dann stellt, wenn es als strafwürdig erscheint. Im Rahmen der Auslegung ist auch der Analogieschluss, wie der Umkehrschluss, zulässig (**BGE 116 IV 134** E. 2a S. 138 f. mit Hinweisen).

BGE 127 IV 198 S. 201

aa) Indem der Beschwerdeführer sein Opfer zwang, ihn manuell und/oder oral zu befriedigen, hat er es nicht "zur Duldung" einer sexuellen Handlung genötigt. Vielmehr hat er es zur Vornahme einer solchen Handlung gezwungen. Dies wird aber vom Wortlaut von **Art. 189 Abs. 1 StGB** nicht erfasst. Diese Bestimmung erfasst auch nach ihrem französischen und italienischen Wortlaut nur die Nötigung zur Duldung von sexuellen Handlungen ("Celui qui ... l'aura contrainte à subir ..."; "Chiunque costringe una persona a subire ..."). Die Bestimmung unterscheidet sich insoweit beispielsweise von ihrer Vorgänger-Norm, d.h. von Art. 188 aStGB (Nötigung zu einer andern unzüchtigen Handlung), wonach sich strafbar machte, wer eine Person mit Gewalt (etc.) "zur Duldung oder zur Vornahme einer andern unzüchtigen Handlung" zwang. Sie unterscheidet sich insoweit aber auch etwa von **Art. 192 StGB** (sexuelle Handlungen mit Anstaltspfleglingen, Gefangenen, Beschuldigten) und von **Art. 193 StGB** (Ausnützung einer Notlage), wonach sich strafbar macht, wer eine Person unter den darin genannten Voraussetzungen veranlasst, "eine sexuelle Handlung vorzunehmen oder zu dulden". Für die sich aus dem Gesetzeswortlaut ergebende Beschränkung des Tatbestands von **Art. 189 StGB** auf die Nötigung "zur Duldung" von sexuellen Handlungen gibt es keine sachlichen Gründe. Die Beschränkung ist sinnlos. Der Wortlaut von **Art. 189 Abs. 1 StGB** drückt den Sinn der Strafnorm, der sich aus den **Art. 187 ff. StGB** im Allgemeinen und **Art. 189 StGB** im Besonderen zu Grunde liegenden Zwecken und Wertungen ergibt, nur unvollständig aus. Das Recht auf Selbstbestimmung in sexueller Hinsicht, welches **Art.**

189 StGB schützt (siehe **BGE 122 IV 97** E. 2b S. 100; **BGE 119 IV 309** E. 7a S. 310), wird durch die Nötigung zur Vornahme einer sexuellen Handlung ebenso sehr beeinträchtigt wie durch die Nötigung zur Duldung einer solchen Handlung. Auch die Nötigung, etwas zu tun, ist Nötigung (**Art. 181 StGB**), und auch die Nötigung, eine sexuelle Handlung vorzunehmen, ist daher "sexuelle Nötigung" (Randtitel von **Art. 189 StGB**).

Eine Beschränkung des Anwendungsbereichs von **Art. 189 StGB** auf die Nötigung zur Duldung von sexuellen Handlungen gemäss dem Wortlaut der Bestimmung hat auch der Gesetzgeber nicht gewollt. Vielmehr liegt ein offensichtliches Versehen des Gesetzgebers vor, wie sich auch aus den Gesetzesmaterialien zweifelsfrei ergibt. Nach Art. 191 des Vorentwurfs der Expertenkommission (Nötigung zu einer andern geschlechtlichen Handlung) sollte bestraft werden, "wer eine Person mit Gewalt ... zu einer andern geschlechtlichen Handlung zwingt". Im erläuternden Bericht wird dazu ausgeführt,

BGE 127 IV 198 S. 202

hinsichtlich der Umschreibung des gesetzlichen Tatbestands werde vom geltenden Recht nur wenig abgewichen (S. 42). Gemäss Art. 190 des bundesrätlichen Entwurfs (Nötigung zu einer andern geschlechtlichen Handlung) sollte bestraft werden, "wer eine Person zu einer andern geschlechtlichen Handlung zwingt, indem er gegen sie Gewalt anwendet ...". In der Botschaft wird dazu festgehalten, Art. 188 des geltenden Rechts werde zu Art. 190. An seinem Inhalt werde nur wenig geändert. Der Bundesrat erachtete es als "unnötig, im Gesetzestext weiterhin ausdrücklich die beiden Varianten der erzwungenen Handlung - Duldung und Vornahme - zu nennen; auch wenn das Opfer bloss duldet, ist der Tatbestand erfüllt, ohne dass dies besonders gesagt werden muss" (BBl 1985 II 1009 ff., 1075, 1114). Der Ständerat, welcher die Vorlage als Erstrat behandelte, stimmte insoweit der Formulierung gemäss dem bundesrätlichen Entwurf zu (AB 1997 S 387, 399). Der Nationalrat schlug dagegen, seiner Kommission folgend, die Formulierung vor: "Wer eine Person zur Duldung einer beischlafsähnlichen oder einer anderen geschlechtlichen Handlung nötigt, ..." (AB 1990 N 2300, 2323). Die Wendung "zur Duldung" war auch im Vorschlag des Nationalrats zum Tatbestand der Vergewaltigung, insoweit dem bisherigen Tatbestand der Notzucht entsprechend, enthalten ("Wer ... zur Duldung des ... Beischlafs nötigt"; AB 1990 N 2301), während im bundesrätlichen Entwurf, welchem der Ständerat auch insoweit zustimmte, wie schon im Vorentwurf der Expertenkommission kurz vom "Beischlaf" die Rede war ("Wer ... zum ... Beischlaf zwingt ..."). In den parlamentarischen Kommissionen war unter anderem darüber diskutiert worden, ob die beiden Tatbestände der Vergewaltigung und der Nötigung zu andern geschlechtlichen Handlungen in einem einzigen Tatbestand geregelt werden könnten, woraus sich beispielsweise die Formulierung ergeben hätte, dass sich strafbar mache, wer zur Duldung des Beischlafs oder einer anderen geschlechtlichen Handlung nötige. Die Zusammenfassung der beiden Tatbestände in einen einzigen Tatbestand wurde in den Kommissionen aber mehrheitlich abgelehnt. Die beiden Tatbestände wurden getrennt geregelt, doch blieb - in den Vorschlägen der nationalrätlichen Kommission, welchen der Nationalrat und in der Folge auch der Ständerat insoweit zustimmte - die Wendung "zur Duldung" nicht nur beim Tatbestand der Vergewaltigung, sondern auch beim Tatbestand der sexuellen Nötigung bestehen. Niemand bemerkte, dass bei diesem Wortlaut der Anwendungsbereich des Tatbestands der sexuellen Nötigung in sachwidriger Weise eingeschränkt wird.

BGE 127 IV 198 S. 203

bb) Unter diesen Umständen ist eine berichtigende Auslegung von **Art. 189 Abs. 1 StGB** durch die Rechtsprechung in dem Sinne, dass die Bestimmung über ihren Wortlaut hinaus nicht nur die Nötigung zur Duldung, sondern, entsprechend ihrem Sinn und Zweck und dem Willen des Gesetzgebers, auch die Nötigung zur Vornahme von sexuellen Handlungen erfasst, mit dem Legalitätsprinzip im Sinne von **Art. 1 StGB** vereinbar. Eine Anwendung der Bestimmung streng nach dem engen Wortlaut, der offensichtlich auf einem gesetzgeberischen Versehen beruht, würde zu sachwidrigen und offenkundig stossenden Ergebnissen führen. Eine berichtigende Auslegung wird denn auch von der herrschenden Lehre, wenn auch teilweise mit Bedenken, akzeptiert (siehe TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl. 1997, Art. 189 N. 10; STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Bes. Teil I, 5. Aufl. 1995, § 8 N. 27; JENNY, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, 1997, **Art. 189 StGB** N. 37; REHBERG/SCHMID, Strafrecht III, 7. Aufl. 1997, S. 389 f.; PHILIPP MAIER, Die Nötigungsdelikte im neuen Sexualstrafrecht, Diss. Zürich 1994, S. 279 ff.; PETER HANGARTNER, Selbstbestimmung im Sexualbereich - **Art. 188 - 193 StGB**, Diss. St. Gallen 1997, S. 77 f.). Der Gesetzgeber sollte allerdings sein Versehen bei Gelegenheit korrigieren.

Grundschulunterricht:

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft **101**

vom 18. April 1999 (Stand am 3. März 2024)

Art. 19 Anspruch auf Grundschulunterricht

Der Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht ist gewährleistet.

Art. 62 Schulwesen*

[1] Für das Schulwesen sind die Kantone zuständig.

[2] Sie sorgen für einen ausreichenden Grundschulunterricht, der allen Kindern offensteht. Der Grundschulunterricht ist obligatorisch und untersteht staatlicher Leitung oder Aufsicht. An öffentlichen Schulen ist er unentgeltlich.[21]

[...]

* Mit Übergangsbestimmung.

21 Angenommen in der Volksabstimmung vom 21. Mai 2006, in Kraft seit 21. Mai 2006 (BB vom 16. Dez. 2005, BRB vom 27. Juli 2006 – AS **2006** 3033; BBl **2005** 5479, 5547 7273; **2006** 6725).

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2C_592/2010

Urteil vom 20. September 2011
II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Zünd, Präsident,
Bundesrichterin Aubry Girardin,
Bundesrichter Donzallaz,
Gerichtsschreiber Errass.

Verfahrensbeteiligte
1. A.X._____,
2. B.X._____,
Beschwerdeführer,
beide vertreten durch Advokat Daniel Albietz,

gegen

Bildungsdirektion des Kantons Zürich,
Walcheplatz 2, 8001 Zürich,
Regierungsrat des Kantons Zürich, Staatskanzlei, Kaspar Escher-Haus, 8090 Zürich.

Gegenstand
Privatunterricht,

Beschwerde gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, 4. Abteilung, 4. Kammer, vom 3. Juni 2010.

Sachverhalt:

A.
B. und A.X._____ liessen ihre vier noch schulpflichtigen Kinder (C._____ geb. 1993; D._____ geb. 1994; E._____ geb. 1996; F._____ geb. 1998) an einer Fernschule unterrichten. Am 7. Februar 2005 beschloss der Kantonsrat des Kantons Zürich das neue Volksschulgesetz (VSG; LS 412.100). Die Bestimmungen über Privatschulen und Privatunterricht (§ 68-70) traten auf den 20. August 2007 für das Schuljahr 2007/2008 in Kraft (Ziff. I des Beschlusses des Regierungsrates über die Inkraftsetzung des Volksschulgesetzes vom 20. Juni 2006; LS 412.100.1). Das Volksschulamt des Kantons Zürich teilte B. und A.X._____ am 3. Januar 2008 mit, dass der von der Mutter erteilte Privatunterricht mangels Lehrdiplom ab dem Schuljahr 2008/2009 nicht mehr zulässig sei. B. und A.X._____ stellten in der Folge ein Gesuch um Ausnahmebewilligung, welches das Volksschulamt mit Verfügung vom 21. April 2008 gestützt auf die fehlende Voraussetzung von § 69 Abs. 3 VSG ablehnte, wonach der länger als ein Jahr dauernde Privatunterricht nur von einer Person mit abgeschlossener Lehrerausbildung, welche zudem während den Unterrichtszeiten anwesend sein müsse, erteilt werden könne; das Absolvieren einer Fernschule könne die ausgebildete Lehrperson nicht ersetzen. Den dagegen gerichteten Rekurs wies die Bildungsdirektion des Kantons Zürich ab. Auf die nachfolgende Beschwerde trat das Verwaltungsgericht nicht ein und überwies die Sache zum Entscheid an den Regierungsrat, da nicht das Volksschulamt, sondern die Bildungsdirektion zum erstinstanzlichen Entscheid zuständig gewesen wäre.

Ăm 28. Juli 2008 hatte die Bildungsdirektion B. und A.X._____ den Privatunterricht ihrer vier noch schulpflichtigen Kinder per 15. August 2008 untersagt. Den dagegen gerichteten Rekurs vereinigte der Regierungsrat mit dem bereits hängigen und wies die beiden Rekurse - mit Ausnahme der Kostenauflage - ab. Die nachfolgende Beschwerde an das Verwaltungsgericht war ebenfalls erfolglos. Während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens hat der älteste Sohn der vier noch schulpflichtigen Kinder die obligatorische Schulpflicht abgeschlossen; bereits zuvor hatten drei ältere Geschwister die obligatorische Schulpflicht an der Fernschule abgeschlossen.

B.
Vor Bundesgericht beantragen B. und A.X._____ folgendes:
"1. Es sei der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 3. Juni 2010 insoweit aufzuheben, als damit die Verwaltungsgerichtsbeschwerde der Beschwerdeführer vom 8. Februar 2010 gegen den Regierungsratsbeschluss Nr. 2077 [recte: 2076] vom 23. Dezember 2009 abgewiesen wurde. Ausserdem seien die Verfügungen der Bildungsdirektion des Kantons Zürich vom 7. [recte: 22] Juli 2008 und vom 17. [recte: 28] Juli 2008 sowie der besagte Regierungsratsbeschluss Nr. 2077 [recte: 2076] vom 23. Dezember 2009 aufzuheben, der Regierungsratsbeschluss insoweit, als die (vereinigten) Rekurse gegen die besagten Verfügungen der Bildungsdirektion durch den Regierungsrat des Kantons Zürich abgewiesen wurden.
2. Es sei den Beschwerdeführern die Bewilligung zu erteilen, ihre Kinder weiterhin privat zu unterrichten. Eventualiter sei die Sache zum entsprechenden Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge."
Schliesslich beantragten die Beschwerdeführer, das bundesgerichtliche Beschwerdeverfahren - vorläufig bis zum 31. Oktober 2010 - zu sistieren.

C.
Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich verzichtet auf eine Vernehmlassung. Die Bildungsdirektion und der Regierungsrat des Kantons Zürich beantragen, die Beschwerde abzuweisen.

Erwägungen:

1.
1.1 Die Beschwerde ist innert der gesetzlichen Frist (Art. 100 Abs. 1 BGG) eingereicht worden und richtet sich gegen den Entscheid einer letzten kantonalen Instanz (Art. 86 Abs. 1 lit. d BGG) in einer Angelegenheit des öffentlichen Rechts (Art. 82 lit. a BGG). Der Ausschlussgrund nach Art. 83 lit. t BGG ist vorliegend nicht anwendbar. Die Beschwerdeführer sind zur Beschwerde legitimiert (Art. 89 Abs. 1 BGG). Auf die Beschwerde ist grundsätzlich einzutreten.

1.2 Die Beschwerdeführer beantragen vor Bundesgericht, den Beschluss des Regierungsrates sowie die Verfügungen der Bildungsdirektion aufzuheben. Darauf ist nicht einzutreten: Vor Bundesgericht sind lediglich Entscheide bundesgerichtlicher Vorinstanzen anfechtbar (Art. 86 BGG), welche die unterinstanzlichen Entscheide ersetzen (sog. Devolutiveffekt); diese gelten indes inhaltlich als mitangefochten (vgl. **BGE 134 II 142** E. 1.4 S. 144).

1.3 Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann namentlich eine Verletzung von Bundesrecht, Völkerrecht und kantonalen verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 95 BGG). Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG), doch prüft es, unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG), nur die geltend gemachten Vorbringen, falls allfällige weitere rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (**BGE 133 II 249** E. 1.4.1 S. 254). Hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten, insbesondere des Willkürverbots, gilt zudem eine qualifizierte Rügepflicht (Art. 106 Abs. 2 BGG; vgl. **BGE 136 I 229** E. 4.1 S. 235 mit Hinweisen). Bei der Auslegung und Anwendung des kantonalen Rechts bildet nur das Willkürverbot Prüfmassstab (**BGE 134 I 153** E. 4.2.2 S. 158). Dabei haben die Beschwerdeführer in der Beschwerde im Einzelnen darzulegen (Art. 42 Abs. 2 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG), inwiefern der angefochtene Entscheid willkürlich sein soll (vgl. **BGE 133 I 201** E. 1 S. 203), d.h. an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet (**BGE 134 II 244** E. 2.2 S. 246; **130 I 258** E. 1.3 S. 261 mit Hinweisen).

1.4 Das Bundesgericht legt seinem Urteil zudem den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zugrunde (Art. 105 Abs. 1 BGG), es sei denn, dieser sei offensichtlich unrichtig oder beruhe auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG (Art. 105 Abs. 2 BGG).

1.5 Das Sistierungsgesuch ist infolge Zeitablaufs gegenstandslos geworden.

2.
2.1 Die Privatschulen und der Privatunterricht werden im Kanton Zürich in den § 68 ff. VSG geregelt: Nach § 68 Abs. 1 VSG benötigen Privatschulen, an denen die Schulpflicht erfüllt werden kann, eine Bewilligung der Bildungsdirektion; diese wird erteilt, wenn die dort angebotene Bildung gleichwertig ist wie die Bildung an der öffentlichen Volksschule. Als Privatunterricht gelten der Einzelunterricht und der Unterricht in einer Gruppe bis zu fünf Schülerinnen und Schüler. Die Eltern melden der Gemeinde ihres Wohnortes und der Bildungsdirektion die Umstände des Privatunterrichts, insbesondere die unterrichtende Person, den Stundenplan und die Räumlichkeiten; dauert der Privatunterricht länger als ein Jahr, muss er von einer Person mit abgeschlossener Lehrerausbildung erteilt werden (§ 69 Abs. 2 und 3 VSG). Die Privatschulen und der Privatunterricht werden von der Bildungsdirektion beaufsichtigt; diese kann geeignete Massnahmen treffen, wenn begründete Zweifel bestehen, ob u.a. die Lernziele erreicht werden; bei schwerwiegenden Mängeln kann sie den Privatunterricht untersagen (§ 70 Abs. 1 und 4 VSG). Dauert der Privatunterricht länger als ein Jahr, ist die Qualität des Unterrichts durch die Bildungsdirektion jährlich zu überprüfen (§ 70 Abs. 2 VSG). Nach § 71 VSG stehen u.a. den Schülerinnen und Schülern des Privatunterrichts weitere Leistungen zu, wie etwa der Besuch der Musikschulen am Wohnort oder die Benutzung der Angebote des freiwilligen Schulsports. Konkretisiert werden diese Vorschriften in der Volksschulverordnung vom 28. Juni 2006 (VSV; LS 412.101).

2.2 Zunächst stellt sich die Frage, ob es sich beim vorliegenden Sachverhalt um einen Schulbesuch einer Privatschule oder um Privatunterricht handelt.
Die Kinder der Beschwerdeführer werden an deutschen Fernschulen (je nach Klassenstufe entweder "Deutsche Fernschule" in Wetzlar oder "Institut für Lernsysteme GmbH [ILS]") unterrichtet; sie sind demnach bei diesen Schulen immatrikuliert. Die beiden Schulen sind nach deutschem Recht zugelassen. Das bezeichnende Merkmal des Fernunterrichts besteht darin, dass der Lehrende und der Lernende ausschliesslich oder überwiegend räumlich getrennt sind (siehe dazu § 1 des deutschen Fernunterrichtsschutzgesetzes). Im vorliegenden Fall heisst dies, dass die Lehrer in Deutschland unterrichten und für Fragen (z.B. per Telefon, E-Mail oder Webcam) ansprechbar sind, die Kinder der Beschwerdeführer dagegen an ihrem Wohnort in der Schweiz (d.h. im Kanton Zürich) sind und hier unterrichtet werden (z.B. durch Videoteaching oder Webcam, durch Lesen des bereitgestellten Unterrichtsmaterials) bzw. lernen. Die beiden Fernschulen unterrichten somit im Kanton Zürich. Entsprechend § 68 Abs. 1 VSG bedürften sie einer Bewilligung. Sie besitzen allerdings keine solche und gelten demnach nicht als im Kanton Zürich zugelassene Privatschulen. Die Kinder der Beschwerdeführer besuchen somit keine Privatschule.

2.3 Was die Beschwerdeführer dagegen vorbringen, vermag nicht zu überzeugen:
2.3.1 Sie machen geltend, dass eine Bewilligung gar nicht notwendig wäre und auch nicht dem Konzept einer Fernschule entspräche, in jedem Kanton eine Bewilligung zu verlangen. Vielmehr sei ihre Situation derjenigen gleichzustellen, wo Schweizer Familien ihre Kinder in ausländische, staatlich anerkannte Privatschulen (vornehmlich in Deutschland und Österreich) schickten, welche ebenfalls keiner Bewilligung im Kanton Zürich bedürften.
Die von den Beschwerdeführern behauptete Gleichheit liegt indessen nicht vor. In den aufgeführten Fällen liegt die Schule im Ausland und auch der Unterricht erfolgt dort; d.h. die Kinder besuchen im Ausland die Schule und halten sich während der Unterrichtsdauer nicht im Kanton Zürich auf. Anders ist der hier strittige Fall: Die Kinder halten sich im Kanton Zürich auf, und die Fernschule unterrichtet die Kinder - zwar nicht im Sinne eines Frontalunterrichts, d.h. eines Unterrichts, wo der Lehrer räumlich vor den Lernenden steht - im Kanton Zürich.
2.3.2 Die Beschwerdeführer monieren zudem, dass für ein Verbot der Fernschule keine gesetzliche Grundlage bestünde. Entgegen derer Auffassung verbietet der Kanton Zürich Fernschulen nicht. Er verlangt lediglich für das Führen einer Privatschule, an welcher die Schulpflicht erfüllt werden kann, eine Bewilligung (§ 68 VSG). Dass einer Bewilligungspflicht Art. 15 (Schulfreiheit) der Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 [KV ZH; SR 131.211]) entgegen stehen sollte, ist weder dargelegt noch überhaupt ersichtlich.

2.3.3 Inwiefern Art. 27 BV, die Bilateralen Verträge II zwischen der Europäischen Union und der Schweiz sowie das WTO Vertragswerk daran etwas ändern würden, ist ebenfalls nicht erkennbar, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist. Insoweit bleibt festzuhalten, dass die Kinder der Beschwerdeführer - wie der Kanton Zürich, ohne in Willkür zu verfallen, entscheiden durfte - keine Privatschule besuchen. Wie sich aus den Akten ergibt, stellen selbst die beiden in Deutschland staatlich zugelassenen und zertifizierten Fernschulen nicht eine Ersatzschule für die Regelschule dar. M.a.W. wären die Kinder der Beschwerdeführer auch in Deutschland nicht berechtigt, die Fernschulen anstelle der normalen Schulen (vgl. dazu Art. 7 des deutschen Grundgesetzes) zu besuchen.

3.
3.1 Der Unterricht der Kinder der Beschwerdeführer stellt sich somit als Privatunterricht dar. Da dieser mehr als ein Jahr dauern wird, muss er von einer Person mit abgeschlossener Lehrerausbildung erteilt werden (§ 69 Abs. 3 VSG).
Das Verwaltungsgericht hat festgehalten, dass die Beschwerdeführer über keine genügende Ausbildung verfügen und ihre Kinder deshalb nicht privat unterrichten dürfen. Die Beschwerdeführer machen allerdings geltend, dass zum einen nicht sie, sondern Personen mit abgeschlossener Lehrerausbildung, d.h. die Lehrer der Fernschule, die Kinder fern-unterrichten würden. Zum anderen würde die Auffassung der Vorinstanzen, wonach Privatunterricht nur im Frontalunterricht bestehen könne, dem Grundrecht der Schulfreiheit (Art. 15 KV ZH) widersprechen.
Zunächst soll geprüft werden, ob Fernunterricht als Unterricht zulässig ist. Es stellen sich dabei zwei Fragen: Liegt Privatunterricht zum einen (E. 3.2) und Fernunterricht zum andern (E. 3.3) überhaupt im sachlichen Schutzbereich von Art. 15 KV ZH?

3.2 Das Recht auf Gründung, Organisation und Besuch privater Bildungsstätten ist nach Art. 15 KV ZH gewährleistet. Die Schulfreiheit stellt ein Grundrecht und seiner Struktur nach ein Freiheitsrecht dar; sie begründet Abwehransprüche gegenüber dem Staat. Unter dem Begriff der privaten Bildungsstätten ist auch die Bildung zu Hause, das Homeschooling, enthalten (vgl. Protokoll des Zürcher Verfassungsrates, S. 2929 [Sitzung vom 25.6.2004]; GIOVANNI BIAGGINI, in: Häner und andere (Hrsg.), Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, 2007, FN 20 ad Art. 15 KV ZH). Privatunterricht ist demnach durch Art. 15 KV ZH geschützt.
3.3
3.3.1 Bei der Prüfung der Rüge, wonach Privatunterricht in der Form von Fernunterricht zulässig sein sollte, muss sodann im Auge behalten werden, dass die Regelung des VSG nicht nur den Anforderungen der kantonalen Schulfreiheit, sondern auch den bundesrechtlichen Anforderungen des ausreichenden Grundschul"unterrichts" (Art. 19 i.V.m. Art. 62 Abs. 2 BV) genügen muss. Gleichzeitig wird auch das kantonale Verfassungsrecht der Schulfreiheit bundesrechtlich bestimmt. Nach den bundesverfassungsrechtlichen Vorgaben hat der private Einzelunterricht ausreichend zu sein. Die Ausbildung muss für den Einzelnen angemessen und geeignet sein sowie genügen, um die Schüler gebührend auf ein selbstverantwortliches Leben im modernen Alltag vorzubereiten (BGE **129 I 35** E. 7.3 S. 38). Der Anspruch auf ausreichenden Grundschulunterricht wird verletzt, wenn die Ausbildung des Kindes - sei es durch den Staat, sei es durch die Eltern - in einem Masse eingeschränkt wird, dass die Chancengleichheit nicht mehr gewahrt ist bzw. wenn das Kind Lehrinhalte nicht vermittelt erhält, die in der hiesigen Wertordnung als unverzichtbar gelten (BGE **129 I 35** E. 7.3 i.f. S. 39 mit weiteren Hinweisen), oder es von einer nicht genügend ausgebildeten oder fähigen Lehrperson unterrichtet wird (vgl. ASTRID EPINEY/BERNHARD WALDMANN, § 224 Soziale Grundrechte und soziale Zielsetzungen, in: Merten/Papier/Müller/ Thürer, Handbuch der Grundrechte, Bd. VII/2 Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein, 2007, S. 611 ff., N. 36 zu § 224), oder dass es in der Gesellschaft oder im demokratischen Gemeinwesen nicht (mehr) partizipieren kann (vgl. PASCAL MAHON, in: Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse [...], 2003, Rz. 8 ad art. 19 Cst). Ein ausreichender Grundschulunterricht muss somit nicht nur schulisches Wissen vermitteln, sondern auch die soziale Kompetenz der Schülerinnen und Schüler entwicklungsspezifisch fördern (vgl. dazu auch Art. 1 Abs. 2 der Sportförderungsverordnung vom 21. Oktober 1987 [SFV; SR 415.01]; Urteil 2C_738/2010 vom 24. Mai 2011 E. 3.5.4 und 3.5.6).
3.3.2 Art. 15 KV ZH handelt nur vom Besuch privater Bildungsstätten und nimmt keine Stellung zu den zulässigen Unterrichtsmethoden. Art. 19 und 62 BV führen demgegenüber das Wort "Unterricht"; dabei wird allerdings ebenso wenig Bezug auf eine bestimmte Art von Unterricht genommen. Auch der alltägliche Sprachgebrauch versteht darunter nicht eine besondere Art. Als Unterricht wird die

planmässige und regelmässige Unterweisung einer lernenden Person durch eine Lehrerin oder einen Lehrer (vgl. Duden, Das grosse Wörterbuch der deutschen Sprache in sechs Bänden, S. 2709) verstanden; es geht um die Vermittlung von Kenntnissen. Auch die Materialien sowie die Systematik legen keinen Schluss für oder gegen eine bestimmte Unterrichtsform nahe.
Der Zweck der Norm schliesst allerdings gewisse Unterrichtsformen aus, da der Unterricht - wie dargelegt - ausreichend in Bezug auf das schulische Wissen und die soziale Kompetenz sein muss. Beim Privatunterricht steht von seiner Anlage her vor allem das schulische Wissen im Zentrum. Dabei kann der Staat wegen der fehlenden Einbindung des Privatlehrers in das hierarchische Schulsystem und einer fehlenden privaten Institution (Privatschule) die Erreichung der Lernziele der Kinder (vgl. § 70 Abs. 1 VSG) nur über den vorgängig eingereichten Stundenplan, mit der Verpflichtung, eine Person mit abgeschlossener Lehrerausbildung zu beauftragen (vgl. § 69 Abs. 2 und 3 VSG), mit der jährlichen Überprüfung der Qualität des Unterrichts (§ 70 Abs. 2 VSG) und mit dem Verbot des Privatunterrichts bei schwerwiegenden Mängeln (§ 70 Abs. 4 VSG) sicherstellen. Ob dabei der Lehrer frontal oder aus der Ferne unterrichtet, ändert grundsätzlich nichts an dieser Konstellation.
Die entwicklungsspezifische Förderung zur Gemeinschaftsfähigkeit steht beim Privatunterricht dagegen im Hintergrund. Das Bundesgericht hat im Urteil 2C_738/2010 vom 24. Mai 2011 (E. 3.5.5 i.V.m. E. 3.5.6) deshalb festgehalten, dass selbst bei zum Lehrberuf ausgebildeten Eltern notwendigerweise ein ausserfamiliäres und freundschaftsunabhängiges Umfeld einbezogen werden muss, damit eine der Bundesverfassung entsprechende Enkulturation der schulpflichtigen Kinder sichergestellt werde. Diese gewährleistet u.a. eine Auseinandersetzung der Kinder mit anderen Erwachsenen, Vorgesetzten, Respektpersonen, andern Kindern mit teilweise anderen Kulturen und Religionen, was die Kinder schliesslich befähigt, sich im späteren Leben bestmöglich zu integrieren, und ihnen die gleichen Chancen eröffnet. Ob - allenfalls in einem reduzierten Mass - auch bei ausgebildeten Privatlehrern ein ausserfamiliäres und freundschaftsunabhängiges Umfeld in Betracht gezogen werden soll, muss hier nicht beantwortet werden. Beim Fernunterricht erfolgt indes keine direkte Auseinandersetzung zwischen Schüler und Lehrer. Insofern findet überhaupt keine - oder allenfalls nur eine marginale - durch die Schule bzw. durch Lehrer bewirkte entwicklungsspezifische Förderung der sozialen Kompetenz der Schülerinnen und Schüler statt. Es fehlt deshalb bereits an einer von Art. 19 und 62 BV verlangten Grundvoraussetzung.
Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Fernunterricht nicht mit Art. 19 und 62 BV und somit auch nicht mit Art. 15 KV ZH vereinbar ist. Ob die Lehrer der Fernschule als ausgebildete Lehrer im Sinne von § 69 Abs. 3 VSG gelten können, muss angesichts dieses Befundes nicht mehr geprüft werden.
3.3.3 Die Beschwerdeführer selber verfügen unbestrittenermassen über keine abgeschlossene Lehrerausbildung, weshalb sie ihre Kinder privat nicht über einen überjährigen Zeitraum unterrichten dürfen (§ 69 Abs. 3 VSG).

[...]

5.
Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Verfahrensausgang werden die Beschwerdeführer unter Solidarhaft kostenpflichtig (Art. 65 f. BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 3'000.-- werden den Beschwerdeführern unter Solidarhaft auferlegt.

3.
Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten und dem Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 4. Abteilung, 4. Kammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 20. September 2011

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Zünd

Der Gerichtsschreiber: Errass

Notizen:

2. Das systematische Auslegungselement

- zwei Aspekte der Rechtsordnung als System
  - o äusseres System: Aufbau und Gliederung der Rechtsordnung und eines einzelnen Erlasses, Verwendung der Begriffe
  - o inneres System: Zusammenhang der Prinzipien, Normen und Wertungen eines Rechtsgebiets oder Rechtsinstituts

Beispiele:

Äusseres System:

Schweizerisches Zivilgesetzbuch **210**

vom 10. Dezember 1907 (Stand am 1. Januar 2025)

Erster Teil: Das Personenrecht

Erster Titel: Die natürlichen Personen

Erster Abschnitt: Das Recht der Persönlichkeit

[…]

Zweiter Titel: Die juristischen Personen

Erster Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen

[…]

Art. 57

E. Aufhebung
I. Vermögensverwendung

1 Wird eine juristische Person aufgehoben, so fällt ihr Vermögen, wenn das Gesetz, die Statuten, die Stiftungsurkunde oder die zuständigen Organe es nicht anders bestimmen, an das Gemeinwesen (Bund, Kanton, Gemeinde), dem sie nach ihrer Bestimmung angehört hat.

2 Das Vermögen ist dem bisherigen Zwecke möglichst entsprechend zu verwenden.

3 Wird eine juristische Person wegen Verfolgung unsittlicher oder widerrechtlicher Zwecke aufgehoben, so fällt das Vermögen an das Gemeinwesen, auch wenn etwas anderes bestimmt worden ist.[84]

84 Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 8. Okt. 2004 (Stiftungsrecht), in Kraft seit 1. Jan. 2006 (AS **2005** 4545; BBl **2003** 8153 8191).

220

Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)

vom 30. März 1911 (Stand am 1. Oktober 2025)

Sechsundzwanzigster Titel:[302] Die Aktiengesellschaft

Erster Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen

Art. 620[303]

A. Begriff

[1] Die Aktiengesellschaft ist eine Kapitalgesellschaft, an der eine oder mehrere Personen oder Handelsgesellschaften beteiligt sind. Für ihre Verbindlichkeiten haftet nur das Gesellschaftsvermögen.

[2] Die Aktionäre sind nur zu den statutarischen Leistungen verpflichtet.

[3] Aktionär ist, wer mit mindestens einer Aktie an der Gesellschaft beteiligt ist.

301 Fassung des zweiten Satzes gemäss Anhang Ziff. 10 des BG vom 19. Dez. 2008 (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), in Kraft seit 1. Jan. 2013 (AS **2011** 725; BBl **2006** 7001).

302 Siehe auch die SchlB. zu diesem Tit. am Ende des OR.

Urteilskopf

112 II 1

1. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 9. März 1986 i.S. Wohnbau AG Giswil in Liquidation gegen Kanton Obwalden (Berufung)

Regeste

Auflösung einer juristischen Person mit widerrechtlichem Zweck (**Art. 57 Abs. 1 und 3 ZGB**).
1. Die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit einer juristischen Person ist persönlichkeitsrechtlicher Natur (E. 2).
2. Bei der Aufhebung einer Aktiengesellschaft mit widerrechtlichem Zweck ist **Art. 57 ZGB** anwendbar, gleichgültig, ob der Zweck von allem Anfang an widerrechtlich war oder es erst im Verlaufe der Zeit geworden ist (E. 4).
3. Für die zuständige Behörde besteht eine Pflicht, die Aufhebungsklage einzuleiten (E. 5).
4. **Art. 20 Abs. 3 BewB** schliess die Anwendung von **Art. 66 OR** nur bei der Rückabwicklung einzelner, gemäss BewB nichtiger Rechtsgeschäfte aus (E. 7).

Sachverhalt ab Seite 2

A.- Im April 1972 gründete der in München wohnhafte deutsche Staatsangehörige Hanns Maier zusammen mit zwei Schweizern die Aktiengesellschaft Wohnbau AG Giswil mit Sitz in Giswil. Das Aktienkapital dieser Gesellschaft beträgt Fr. 100'000.--. Es ist in 100 Namenaktien zu Fr. 1'000.-- eingeteilt, wovon Hanns Maier 23 und einer der beiden Schweizerbürger 76 Aktien übernahmen. Der schweizerische Mehrheitsaktionär war indessen bloss Treuhänder für Hanns Maier oder dessen Sohn.
Der statutarische Zweck der Wohnbau AG Giswil besteht in der Erstellung von Bauten, dem Handel mit Beteiligungen an Liegenschaften aller Art sowie der Erbringung von Dienstleistungen im Bausektor, insbesondere auf dem Gebiete des Wohnungsbaus. Am 25. Mai 1972 erwarb die Wohnbau AG Giswil die Parzelle Nr. 782, Diechtersmatt, in Giswil. Andere Geschäftstätigkeiten sind nicht bekannt geworden. Mit Urteil vom 5. März 1981 erklärte das Bundesgericht den Erwerb des erwähnten Grundstücks als nichtig, da die Wohnbau AG Giswil im Zeitpunkt des Erwerbs finanziell von Maier und damit ausländisch beherrscht gewesen sei.

B.- Am 19. Januar 1982 reichte der Kanton Obwalden beim Kantonsgericht Obwalden Klage ein mit dem Rechtsbegehren, es sei die Nichtigkeit der Wohnbau AG Giswil festzustellen, die Liquidation anzuordnen und der Liquidationserlös dem Kanton Obwalden zuzusprechen. Das Kantonsgericht hiess die Klage am 2. November 1984 gut.
Gegen dieses Urteil appellierte die Wohnbau AG Giswil an das Obergericht des Kantons Obwalden. Mit Urteil vom 15. April 1985 wies dieses die Appellation ab und bestätigte das Urteil des Kantonsgerichts.

C.- Mit Berufung vom 4. Juni 1985 wendet sich die Wohnbau AG Giswil gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Obwalden an das Bundesgericht. Sie beantragt die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Abweisung der Klage. Eventuell sei das Urteil insoweit aufzuheben und die Klage im gleichen Umfang abzuweisen, als dem Kläger der Nettoerlös aus der Liquidation der Beklagten zugesprochen und die Liquidation nach den Weisungen des kantonalen Gerichts angeordnet worden sei. Mit Schreiben vom 13. Dezember 1985 hat sie ausserdem einen zweiten

Schriftenwechsel beantragt. Der Präsident der II. Zivilabteilung des Bundesgerichts hat dieses Begehren am 4. Februar 1986 vorerst abgelehnt.

Der Kanton Obwalden beantragt die Abweisung der Berufung.

BGE 112 II 1 S. 3

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

[...]

4. Gemäss **Art. 57 Abs. 1 ZGB** fällt das Vermögen einer juristischen Person, welche aufgehoben wird, an das Gemeinwesen (Bund, Kanton, Gemeinde), dem sie nach ihrer Bestimmung angehört hat, wenn das Gesetz, die Statuten, die Stiftungsurkunde oder die zuständigen Organe es nicht anders bestimmen.

Wird die juristische Person dagegen wegen Verfolgung unsittlicher oder widerrechtlicher Zwecke gerichtlich aufgehoben, so fällt das Vermögen nach Abs. 3 dieser Bestimmung auch dann an das Gemeinwesen, wenn etwas anderes bestimmt worden ist. Dass die Beklagte zur Verfolgung eines widerrechtlichen Zweckes gegründet worden ist, wird heute nicht mehr bestritten. Hingegen ist die Beklagte der Ansicht, **Art. 57 ZGB** sei auf Aktiengesellschaften nicht anwendbar.

a) Diese Ansicht lässt sich vertreten, wenn allein auf die Materialien abgestellt wird. In der Botschaft des Bundesrates zum Entwurf des Schweizerischen Zivilgesetzbuches wurde ausgeführt, die Vorschriften betreffend die Vermögensverwendung im Falle der Auflösung einer juristischen Person würden sich an die bisher geltende Bestimmung des Obligationenrechts anschliessen, sollten aber nicht nur für Vereine Geltung haben, sondern für alle juristischen Personen mit Ausnahme der Aktiengesellschaften und eingetragenen Genossenschaften (BBl 1904, Bd. 4 S. 20). Auch GUTZWILLER (Schweizerisches Privatrecht (SPR), Bd. II S. 508 f. Anm. 122)

BGE 112 II 1 S. 4

sowie EGGER (N 6 zu **Art. 58 ZGB**) vertreten diese Auffassung. GUTZWILLER stützt sich dabei wiederum auf die Materialien.

Das Bundesgericht hat indessen wiederholt erkannt, dass das Gesetz in erster Linie aus sich selbst, d.h. nach seinem Wortlaut, Sinn und Zweck sowie nach den ihm zugrunde liegenden Wertungen, auszulegen ist. Die Vorarbeiten sind weder verbindlich noch für die Auslegung unmittelbar entscheidend; insbesondere sind Äusserungen von Stellen oder Personen, die bei der Vorbereitung mitwirkten, nicht massgebend, wenn sie im Gesetzestext nicht selber zum Ausdruck kommen. Dies gilt selbst für Äusserungen, die unwidersprochen geblieben sind. Als verbindlich für den Richter können nur die Normen selber gelten, die von der gesetzgebenden Behörde in der hiefür vorgesehenen Form erlassen worden sind. Das heisst nun nicht, die Gesetzesmaterialien seien unbeachtlich. Bei unklaren oder unvollständigen Bestimmungen können sie vielmehr als wertvolles Hilfsmittel herangezogen werden, um den Sinn einer Norm zu erkennen und damit falsche Auslegungen zu vermeiden (statt vieler: **BGE 103 Ia 290**, **BGE 100 II 57**, je mit zahlreichen Hinweisen).

Diese Voraussetzung ist hier nicht gegeben. **Art. 57 ZGB** befindet sich im ersten Abschnitt des zweiten Titels des ZGB, der die allgemeinen Bestimmungen für die juristischen Personen enthält. Nach seiner systematischen Stellung ist **Art. 57 ZGB** daher klarerweise auf alle juristischen Personen anwendbar. Auch der Wortlaut und der Sinn der Bestimmung ergeben keinen Anhaltspunkt dafür, dass die juristischen Personen des Handelsrechts nicht darunter fallen. TUOR/SCHNYDER (Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. Aufl. Nachdruck 1979, S. 114 f.) gehen ebenfalls davon aus, dass in **Art. 57 ZGB** für alle Arten juristischer Personen gemeinsam bestimmt wird, wie der Reinerlös im Falle der Aufhebung zu verwenden ist. Ebenso hat MEIER-HAYOZ nebenbei die Anwendbarkeit von **Art. 57 ZGB** für Aktiengesellschaften bejaht (Die richterliche Ernennung von Liquidatoren bei der Aktiengesellschaft (**Art. 741 OR**), in: SJZ 46 (1950), S. 217 Anm. 14).

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus **Art. 59 Abs. 2 ZGB**. Diese Gesetzesvorschrift bestimmt, dass Personenverbindungen, die einen wirtschaftlichen Zweck verfolgen, unter den Bestimmungen über die Gesellschaften und Genossenschaften stehen. Dies bedeutet aber nur, dass Personenverbindungen mit wirtschaftlichem Zweck sich als Gesellschaften oder Genossenschaften organisieren

BGE 112 II 1 S. 5

müssen. Darin liegt der eigentliche Sinn der Verweisung (EGGER, N 26 zu **Art. 59 ZGB**).

Anderseits gelten für das Verfahren bei der privatrechtlichen Liquidation des Vermögens nicht für alle juristischen Personen die gleichen Bestimmungen. **Art. 58 ZGB** verweist hiefür zwar allgemein auf die Vorschriften des Genossenschaftsrechts, das in **Art. 913 OR** im wesentlichen auf das Aktienrecht weiterverweist, doch unterliegt die Verweisung auf das Aktienrecht einigen Beschränkungen (vgl. hierzu GUTZWILLER, a.a.O. S. 510 f. Anm. 125). Die Aktiengesellschaft folgt deswegen bei der privatrechtlichen Liquidation teilweise anderen Regeln als z.B. ein Verein oder eine Stiftung. Erfolgt hingegen eine gerichtliche Aufhebung wegen Verfolgung unsittlicher oder widerrechtlicher Zwecke, so ist gemäss **Art. 57 Abs. 3 ZGB** in Verbindung mit dessen Absatz 1 die Anwendung gesetzlicher, statutarischer oder sonstiger Sonderbestimmungen ausdrücklich ausgeschlossen. Die Folge ist allgemein der Verfall des Vermögens zugunsten des Gemeinwesens (HAFTER, N 16 zu **Art. 57 ZGB**).

[...]

Urteilskopf

115 II 401

73. Urteil der II. Zivilabteilung vom 13. Oktober 1989 i.S. Sud Provizel SA gegen Kanton Graubünden (Berufung)

Regeste

Auflösung einer juristischen Person mit widerrechtlichem Zweck (**Art. 57 Abs. 3 ZGB**).

1. Der Zweck der Gesellschaft bestimmt sich nicht ausschliesslich nach der statutarischen Zweckumschreibung, sondern auch nach den tatsächlich verfolgten Zielen. Dient die Gesellschaft in Wirklichkeit einzig der Umgehung der Vorschriften über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, so bedient sie sich nicht nur unzulässiger Mittel beim Verfolgen ihrer Zwecke. Vielmehr ist der Zweck der Gesellschaft selber widerrechtlich im Sinne von **Art. 57 Abs. 3 ZGB** (E. 1).

2. **Art. 57 Abs. 3 ZGB** ist auch auf Aktiengesellschaften anwendbar (E. 2; Bestätigung der Rechtsprechung).

3. Eine vor Inkrafttreten des BewG am 1. Januar 1985 eingeleitete Klage auf Auflösung einer juristischen Person mit Anfall ihres Vermögens an das Gemeinwesen, die sich direkt auf das allgemeine Zivilrecht stützt, verjährt so lange nicht, als der rechtswidrige Zustand andauert (E. 3).

[...]

2. Die Beklagte vertritt die Auffassung, **Art. 57 Abs. 3 ZGB** sei auf Aktiengesellschaften grundsätzlich nicht anwendbar. Eine Auflösung mit der Folge des Vermögensanfalls für das Gemeinwesen sei erst möglich, seit Art. 27 Abs. 1 lit. b des BewG vom 16. Dezember 1983 auf diese Bestimmung verweise.

Diese Frage hat das Bundesgericht indessen bereits in **BGE 112 II 1** ff. E. 4 und 7 näher erörtert und gegenteilig beantwortet. Es besteht kein Anlass, auf diese Rechtsprechung zurückzukommen.

a) Für die Nichtanwendbarkeit von **Art. 57 Abs. 3 ZGB** auf Aktiengesellschaften beruft sich die Beklagte insbesondere auf die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung. Dass diese Ansicht aufgrund der Materialien vertretbar ist, hat das Bundesgericht schon in **BGE 112 II 3** f. E. 4a dargelegt. In E. 7 dieses Entscheides hat es auch ausdrücklich darauf Bezug genommen, dass die Botschaft des Bundesrates vom 16. September 1981 den Hinweis von **Art. 27 Abs. 1 lit. b BewG** auf **Art. 57 Abs. 3 ZGB** als eine der Änderungen gegenüber dem bisherigen **Art. 22 BewG** bezeichnet (BBl 1981 III 636). In formeller Hinsicht traf diese Feststellung in jedem Fall zu. Ob aber der Bundesrat damit auch ausdrücken wollte, der neue Hinweis in **Art. 27 Abs. 1 lit. b BewG** bedeute darüber hinaus eine materiellrechtliche Neuerung, lässt sich der Botschaft nicht entnehmen (vgl. auch HEINI, SAG 4/1986, S. 181). Die Frage kann jedoch offenbleiben. Das Bundesgericht hat bereits in **BGE 112 II 4** betont, dass das Gesetz in erster Linie aus sich selber auszulegen und die Materialien nur als wertvolles Hilfsmittel heranzuziehen seien, um bei unklaren oder unvollständigen Bestimmungen den wahren Sinn einer Norm zu erkennen. Diese Voraussetzung ist hier nicht gegeben.

Neue Erkenntnisse, die diesbezüglich eine Änderung der Rechtsprechung nahelegen könnten, liegen nicht vor. BROGGINI (SJZ 84/1988, S. 114 f.) hat zwar nachzuweisen versucht, in welch "schreiendem Gegensatz zur gesamten schweizerischen juristischen Tradition" es sei, wenn **Art. 57 Abs. 3 ZGB** auch auf Aktiengesellschaften angewendet werde. Jüngste Veröffentlichungen

zeigen jedoch auf, dass sich selbst die Gesetzesmaterialien keineswegs so eindeutig gegen eine entsprechende Anwendung auf Aktiengesellschaften aussprechen, wie dieser Autor es wahrhaben will (BRÜESCH, ZBGR 69/1988, S. 356 f.; MARANTA, SJZ 84/1988, S. 361). Entgegen der Auffassung der Beklagten ist es im übrigen durchaus zulässig, in diesem Zusammenhang auch die Materialien zu **Art. 736 OR** zu berücksichtigen. Zwar behandelt **Art. 736 OR** ausdrücklich und klar die Gründe der Auflösung der Aktiengesellschaft, wie die Beklagte zutreffend geltend macht: dass dies aber abschliessend geschähe, lässt sich dem Gesetzestext selber nicht entnehmen. Das Gegenteil trifft zu, wie sich aus **Art. 736 Ziff. 5 OR** ergibt. Unerfindlich ist daher, weshalb diese Materialien gänzlich unbeachtlich sein sollen, soweit dort darauf hingewiesen wird, die Auflösung und Liquidation der Aktiengesellschaft nach den allgemeinen Bestimmungen des Zivilrechts blieben selbstverständlich vorbehalten.

[...]

Inneres System:

220

Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)

vom 30. März 1911 (Stand am 1. Oktober 2025)

Art. 21

III. Übervorteilung

[1] Wird ein offenbares Missverhältnis zwischen der Leistung und der Gegenleistung durch einen Vertrag begründet, dessen Abschluss von dem einen Teil durch Ausbeutung der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns des andern herbeigeführt worden ist, so kann der Verletzte innerhalb Jahresfrist erklären, dass er den Vertrag nicht halte, und das schon Geleistete zurückverlangen.

[2] Die Jahresfrist beginnt mit dem Abschluss des Vertrages.

Urteilskopf

123 III 292

47. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 26. Juni 1997 i.S. Tonwerke Thayngen AG gegen Fussballclub Lohn (Berufung)

Regeste

Übervorteilung; partielle Unwirksamkeit eines wucherischen Vertrages; Ermittlung des objektiven Missverhältnisses zwischen den Austauschleistungen eines Mietvertrages (**Art. 21 OR**).

Auch im Bereich wucherischer Verträge kann die verpönte Äquivalenzstörung geltungserhaltend behoben werden (Präzisierung der Rechtsprechung; E. 2).

Der Wucherer kann sich im Fall der Bejahung eines Übervorteilungstatbestandes nicht auf die totale Unwirksamkeit des wucherischen Vertrages zufolge Irrtums berufen (E. 3).

Begriff der Notlage (E. 5).

Bei der Beurteilung der Frage, ob im konkreten Fall ein objektives Missverhältnis zwischen den Austauschleistungen besteht, bildet Bewertungsgegenstand das vertraglich Vereinbarte. Zu vergleichen sind Leistung und Gegenleistung nach ihrem objektiven Wert zur Zeit des Vertragsschlusses (E. 6).

Sachverhalt ab Seite 293

Die Tonwerke Thayngen AG ist Eigentümerin der Liegenschaft GB Lohn Nr. 77, einer Wiese im Halte von 12'015 m2, welche sie mit Vertrag vom 17. Oktober 1974 dem Fussballclub Lohn gegen eine jährliche Entschädigung von Fr. 300.-- zur Nutzung als Fussballplatz überliess. Am 1. Juni 1990 kündigte sie den Vertrag auf den 31. Dezember 1992. In nachfolgenden Verhandlungen, in welchen auch ein Bauvorhaben des Fussballclubs eine Rolle spielte, offerierte dieser am 31. Januar 1991 für eine weitere Gebrauchsüberlassung eine Entschädigung von Fr. 2'000.-- im Jahr. Die Grundeigentümerin unterbreitete ihm ein Gegenangebot über Fr. 3'000.--, welches er mit Schreiben vom 24. Juli 1991 annahm. Auf dieser Grundlage schlossen die Parteien am 17./22. Januar 1992 einen neuen Vertrag mit Nutzungsbeginn am 1. Januar 1993. Das Entgelt für die Gebrauchsüberlassung vereinbarten sie für die ersten fünf Jahre, d.h. bis Ende 1997, mit jährlich Fr. 3'000.--.

Mit Klage vom 14. August 1992 beantragte der Fussballclub dem Kantonsgericht Schaffhausen im ordentlichen Verfahren, «den angefochtenen Mietzins auf Fr. 800.-- im Jahr herabzusetzen», wobei er sich auf **Art. 21 OR** berief.

Die Grundeigentümerin schloss auf Abweisung der Klage und Feststellung der Rechtsverbindlichkeit des vereinbarten Mietzinses, eventuell auf Feststellung der vollumfänglichen Unverbindlichkeit des Vertrags.

Mit Urteil vom 25. Januar 1994 hiess das Kantonsgericht die Klage gut und setzte den vertraglich festgesetzten Mietzins auf Fr. 800.-- im Jahr herab. Gleich entschied das Obergericht des Kantons Schaffhausen mit Urteil vom 28. Juni 1996. Das Bundesgericht heisst

eine dagegen erhobene Berufung der Grundeigentümerin teilweise gut und weist die Streitsache zu neuer Beurteilung an das Obergericht zurück.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Wird ein offenbares Missverhältnis zwischen der Leistung und der Gegenleistung durch einen Vertrag begründet, dessen Abschluss von dem einen Teil durch Ausbeutung der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns des andern herbeigeführt worden ist, so kann der Verletzte innerhalb Jahresfrist erklären, dass er den Vertrag nicht halte, und das schon Geleistete zurückverlangen (**Art. 21 Abs. 1 OR**). Der Kläger stützt sein Begehren zwar auf den Übervorteilungsschutz, beansprucht indessen keine Freistellung vom Vertrag, sondern einen gerichtlichen Eingriff in dessen Inhalt, will damit die einseitige Unverbindlichkeit nicht als gänzliche, sondern bloss als teilweise festgestellt haben. Die Beklagte macht im Gegenzug vollständige Unverbindlichkeit des Vertrags wegen Willensmängeln geltend, allerdings nur im Eventualstandpunkt für den Fall der Gutheissung der Klage. Da dem Gericht nach **Art. 63 Abs. 1 OG** verwehrt ist, über die Anträge der Parteien hinauszugehen, ist vorab zu prüfen, ob **Art. 21 OR** dem Übervorteilten überhaupt die Möglichkeit gibt, bloss eine teilweise Unverbindlichkeit des wucherischen Vertrags geltend zu machen und dessen Fortbestand mit geändertem Inhalt zu beanspruchen. Wird dies verneint, ist die Klage unbesehen darum, ob der Übervorteilungstatbestand erfüllt ist, abzuweisen, somit die Berufung der Gegenseite gutzuheissen.

[...]

e) Im Grundsatz ist jedenfalls der nunmehr herrschenden Lehre zu folgen:
aa) Die Rechtsfindung hat sich um juristische Erkenntnis zu bemühen, welche die Umsetzung der normativen Vorgaben regelfähig macht. Regelfähigkeit aber fordert nicht allein über den Einzelfall hinausgehende Wiederholbarkeit, sondern auch Widerspruchsfreiheit im Wertungssystem. Gefordert ist eine prinzipiell-systematische Rechtsfindung, die einerseits mit Ausrichtung des Entscheids auf die von der allgemeinen Rechtsüberzeugung getragenen Prinzipien Wiederholbarkeit und damit Rechtssicherheit und anderseits mit dessen Einbindung in das vorgegebene System die erforderliche Kohärenz sicherstellt (vgl. Franz Bydlinski, Über prinzipiell-systematische Rechtsfindung im Privatrecht, Berlin/New York, 1995, passim).
Beruhte das Obligationenrecht des Jahres 1881 noch auf einer «rein geschäftsmässigen Auffassung des Verkehrslebens» (BBl 1905 II 14), wandte bereits die Revision von 1911 - u.a. mit der Einführung des zivilrechtlichen Wuchertatbestands - sich einem vermehrt materialen Vertragsdenken zu, und hat diese Tendenz sich

BGE 123 III 292 S. 298

im sogenannt sozialen Privatrecht kontinuierlich verstärkt. Das Vertragsrecht wird zunehmend «materialisiert», die formale Vertragsfreiheit durch materielle Vertragsgerechtigkeit verdrängt, besonders deutlich etwa in den Gebieten des Miet- und Arbeitsrechts, des Konsumentenschutzes oder der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Die zeitgemässe Rechtsüberzeugung ist nicht mehr allein vom Schwarz-weiss-Schema der Gültigkeit oder Nichtigkeit privater Rechtsgestaltung geprägt, sondern fasst immer fester auch in der Grauzone der geltungserhaltenden Reduktion fehlerhafter Kontakte durch richterliche Inhaltskorrektur Fuss. Die Möglichkeit richterlicher Vertragsgestaltung entspricht augenfällig dem Zeitgeist. Daran kann auch die Rechtsanwendung nicht vorbeisehen. Blosse Teilnichtigkeit wucherischer Verträge entspricht damit geltungszeitlichem Grundsatzdenken.
Dieses Ergebnis ist auch systemkonform. Das Gesetz selbst sieht geltungserhaltende Reduktionen verbreitet vor, etwa in **Art. 20 Abs. 2 OR** mit der blossen Teilnichtigkeit unmöglicher, rechts- oder sittenwidriger Verträge, in **Art. 163 Abs. 3 und Art. 417 OR** mit den herabsetzbaren

Konventionalstrafe und Mäklerlohn, in **Art. 269 ff. OR** mit dem anfechtbaren Mietzins, in **Art. 340a Abs. 2 OR** mit dem einzuschränkenden Konkurrenzverbot im Arbeitsvertrag oder in **Art. 356b Abs. 2 OR** mit der richterlichen Korrekturmöglichkeit unangemessener Anschlussbedingungen an einen Gesamtarbeitsvertrag. Auf rechtspolitisch ähnlichen Überlegungen beruht **Art. 25 Abs. 2 OR**, wonach die Unwirksamkeit des irrtumsbehafteten Vertrags gegen den Willen des Kontrahenten nicht weitergehend beansprucht werden kann, als der Irrtum reicht. Die Rechtsprechung ihrerseits hat etwa im Anwendungsbereich von **Art. 27 ZGB** auf geltungserhaltende Reduktion (**BGE 114 II 159** E. 2c) oder im Recht der Willensmängel auf blosse Teilungültigkeit erkannt (**BGE 78 II 216** E. 5, **BGE 107 II 419** E. 3). Damit hat sie in der Lehre jedenfalls im Ergebnis Zustimmung gefunden (SCHMIDLIN, Berner Kommentar, N. 148 ff. zu Art. 23/24 OR mit weiteren Hinweisen; BUCHER, Berner Kommentar, N. 545 ff. zu **Art. 27 ZGB**). Leitgedanke ist dabei allemal, dass, wo blosses Übermass als unzulässig erscheint, die rechtliche Missachtung sich auf das Übermass beschränkt, mithin die Rechtsfolge der Unwirksamkeit, beruhe sie auf Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit, in solchen Fällen nicht zwingend qualitativ, sondern vorerst quantitativ zu beachten und zu beheben ist (SPIRO, a.a.O., S. 459). Die blosse Teilunwirksamkeit des mangelhaften Rechtsgeschäfts folgt dabei aus dem jeweiligen Normzweck selbst, auf welchen

BGE 123 III 292 S. 299

die Tragweite der anzuwendenden Bestimmung, reiche ihr Wortsinn auch darüber hinaus, teleologisch zu reduzieren ist (HONSELL, a.a.O., S. 288 f. und 295; **BGE 121 III 219** E. 1d/aa). Die blosse Teilunwirksamkeit folgt damit unmittelbar aus der Verbotsnorm, und ein entsprechender hypothetischer Parteiwille ist dem Grundsatz der Teilnichtigkeit nicht vorausgesetzt, sondern hat allenfalls für die Bestimmung der angemessenen Rechtsfolge, d.h. den Inhalt der Ersatzordnung, Bedeutung (SPIRO, a.a.O., S. 459; KRAMER, Berner Kommentar, N. 345 ff. zu **Art. 19-20 OR**; HUGUENIN JACOBS, a.a.O., N. 61 zu Art. 19/20 und N. 16 zu **Art. 21 OR**). Dies ist allerdings nur dort notwendig, wo nicht bloss ein Übermass rechnerisch-quantitativ zu reduzieren, sondern zusätzlich eine qualitative Vertragsgestaltung erforderlich ist. Richtig besehen ist der gegen eine Gesetzesbestimmung verstossende Vertrag nur dann - und eben auch nur insoweit - nichtig, als diese Folge sich aus Sinn und Zweck der verletzten Norm ergibt (**BGE 119 II 222** E. 2; **BGE 121 IV 365** E. 9a).

[...]

Notizen:

2. Das systematische Auslegungselement *(Fortsetzung)*

- Einheit der Rechtsordnung
  - Postulat der Widerspruchsfreiheit und Wertungskonsistenz
  - Autonomie der Rechtsgebiete

Beispiel:

Urteilskopf

147 IV 73

9. Auszug aus dem Urteil der Strafrechtlichen Abteilung i.S. A. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen und B. (Beschwerde in Strafsachen)
6B_572/2020 vom 8. Januar 2021

Regeste

Art. 146 Abs. 1 StGB; Betrug; Entgelt für sexuelle Dienstleistungen; Täuschung über die Zahlungsbereitschaft; Arglist; Vermögensschaden.
Die Vorspiegelung der Zahlungsbereitschaft ist als Täuschung über innere Tatsachen grundsätzlich arglistig. Dass das Täuschungsopfer im konkreten Fall die sexuellen Dienstleistungen erbracht hat, ohne auf Vorauszahlung des vereinbarten Entgelts zu bestehen, führt nicht zu seiner alleinigen, die Strafbarkeit des Täuschenden ausschliessenden Verantwortung für den erlittenen Schaden (E. 3.3 und 4.2).
Dem Anspruch einer sich prostituierenden Person auf Entschädigung für die von ihr erbrachte sexuelle Dienstleistung kommt Vermögenswert zu (E. 7.2).

Sachverhalt ab Seite 74

BGE 147 IV 73 S. 74

A. A. schaltete am 22. Juni 2016 auf einer Schweizer Kleinanzeigenplattform ein Inserat mit dem Wortlaut auf: "x". Auf dieses Inserat meldete sich am 24. Juli 2016 B. (nachfolgend: Privatklägerin) bei A. und fragte nach, was sie für die Fr. 2'000.- tun müsse. A. antwortete ihr am 26. Juli 2016 mit einer Nachricht von seiner E-Mail-Adresse "y", dass er gerne eine Nacht mit ihr verbringen würde und Sex haben wolle. Dabei trat er unter dem Namen "C." auf. Bei weiteren Kontakten zur Vereinbarung eines konkreten Treffens per E-Mail, WhatsApp und Telefon versicherte A. der Privatklägerin mehrmals, dass die Bezahlung von Fr. 2'000.- erfolgen werde, nachdem sie die Nacht zusammen verbracht haben würden. Am 10. August 2016 trafen sich A. und die Privatklägerin um 19.30 Uhr am Bahnhof in U. und fuhren mit seinem Personenwagen in ein Hotel nach V.
A. wird vorgeworfen, er habe der Privatklägerin, welche während der Fahrt nach V. nachgefragt habe, ob sie die Fr. 2'000.- im Voraus haben könne, wahrheitswidrig versichert, er habe das Geld auf sich und werde es ihr erst nach dem Geschlechtsverkehr geben. Durch sein Verhalten habe er die Privatklägerin über seine Solvenz und seinen Leistungswillen getäuscht, worauf sie im Irrtum hierüber mit ihm im Hotel den Geschlechtsverkehr ausgeübt habe. Nach Vollzug des Geschlechtsverkehrs habe A. ihr auf weitere Fragen nach der Gegenleistung versichert, sie werde das Geld nach einem weiteren Liebesakt bekommen. Nach diesem zweiten Geschlechtsverkehr habe die Privatklägerin einen Joint geraucht und sei daraufhin eingeschlafen. In der Folge habe A. alle Chat-Verläufe, E-Mails und Fotos von sich aus dem Mobiltelefon der Privatklägerin

BGE 147 IV 73 S. 75

gelöscht, aus ihrem Portemonnaie Fr. 41.- an sich genommen und sich entfernt. Den als Gegenleistung für die Liebesdienste vereinbarten Betrag von Fr. 2'000.- habe er der Privatklägerin nicht gegeben und beim Treffen auch gar nicht bei sich gehabt.

B. Das Kreisgericht St. Gallen (Einzelrichter) erklärte A. mit Entscheid vom 29. November 2018 des Betruges, der Datenbeschädigung und des geringfügigen Diebstahls schuldig und verurteilte ihn zu einer Geldstrafe von 50 Tagessätzen zu je Fr. 110.-, mit bedingtem Strafvollzug unter Auferlegung einer Probezeit von zwei Jahren sowie zu einer Busse von Fr. 300.-, bei schuldhafter Nichtbezahlung umwandelbar in eine Ersatzfreiheitsstrafe von zwei Tagen. Ferner verpflichtete es A. zur Leistung von Schadenersatz im Umfang von Fr. 2'041.- an die Privatklägerin.
Die vom Beurteilten gegen diesen Entscheid erhobene Berufung wies das Kantonsgericht St. Gallen am 9. Januar 2020 ab.

C. A. führt Beschwerde in Strafsachen mit dem Antrag, er sei von der Anklage des Betruges freizusprechen und lediglich der Datenbeschädigung sowie des geringfügigen Diebstahls schuldig zu erklären. Er sei hiefür zu einer Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu je Fr. 110.-, unter Gewährung des bedingten Strafvollzuges bei einer Probezeit von 2 Jahren, sowie zu einer Busse von Fr. 300.- zu verurteilen. Die Zivilklage sei vollumfänglich abzuweisen; eventualiter sei sie auf den Zivilweg zu verweisen. Eventualiter sei die Angelegenheit zur Wahrung des rechtlichen Gehörs an die Vorinstanz zurückzuweisen.

D. Der Präsident der Strafrechtlichen Abteilung hat auf Gesuch von A. der Beschwerde mit Verfügung vom 5. Juni 2020 die aufschiebende Wirkung zuerkannt.
Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

[...]

6.

6.1 Der Tatbestand des Betruges gemäss **Art. 146 Abs. 1 StGB** setzt neben arglistiger Täuschung und Irrtum eine irrtumsbedingte Vermögensverfügung der getäuschten Person voraus, wodurch diese sich selbst bzw. das ihrer tatsächlichen Verfügung unterliegende Vermögen einer Drittperson unmittelbar schädigt. Ein Vermögensschaden liegt vor, wenn das Vermögen des Täuschungsopfers nach Vornahme der irrtumsbedingten Vermögensverfügung in seinem Gesamtwert - durch Verringerung der Aktiven oder Vermehrung der Passiven - tatsächlich verringert ist (Urteile 6B_236/2020 vom 27. August 2020 E. 4.3.1; 6B_1081/2019 vom 15. Mai 2020 E. 1.2.3; 6B_480/2018 vom 13. September 2019 E. 1.1.2).

6.2 Die Rechtsprechung geht von einem juristisch-wirtschaftlichen Vermögensbegriff aus. Dabei bildet Ausgangspunkt der objektive wirtschaftliche Wert der einzelnen Vermögensgüter. Danach setzt sich das Vermögen zusammen aus der Summe aller geldwerten

BGE 147 IV 73 S. 87

Güter, die einer Person von Rechts wegen zustehen bzw. die rechtlich nicht missbilligt werden. Zum Vermögen gehören danach diejenigen geldwerten Positionen, deren Realisierung zivilrechtlich geschützt ist (**BGE 117 IV 139** E. 3d/aa; **BGE 126 IV 165** E. 3b; **BGE 122 IV 179** E. 3d; ferner GARBARSKI/BORSODI, a.a.O., N. 112 zu **Art. 146 StGB**; TRECHSEL/CRAMERI, a.a.O., N. 21 zu **Art. 146 StGB**; STRATENWERTH UND ANDERE, a.a.O., § 15 N. 47) bzw. die Gegenstand eines Rechtsgeschäfts "Tausch gegen Geld" sein können (MAEDER/NIGGLI, a.a.O., N. 21 f. Vor Art. 137 und N. 24 f. zu **Art. 146 StGB**). Ob eine Vermögensposition in diesem Sinne zum Vermögen gehört, entscheidet darüber, ob sie bei der Schadensberechnung berücksichtigt werden kann oder ausser Betracht bleiben muss.

Notizen:

2. Das systematische Auslegungselement *(Fortsetzung)*

- Exkurs: Verweisungen

Notizen:

2. Das systematische Auslegungselement *(Fortsetzung)*

- verfassungskonforme Auslegung als besonderer Anwendungsfall der systematischen Auslegung
  - o insbesondere die indirekte Drittwirkung von Grundrechten (vgl. Art. 35 BV)
  - o Grenzen einer verfassungskonformen Auslegung (siehe Art. 190 BV)

Quelle:

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft **101**

vom 18. April 1999 (Stand am 3. März 2024)

Art. 35 Verwirklichung der Grundrechte

[1] Die Grundrechte müssen in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen.

[2] Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen.

[3] Die Behörden sorgen dafür, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden.

Beispiele:

Urteilskopf

101 IV 167

43. Urteil des Kassationshofes vom 23. Mai 1975 i.S. Fink, Rubi, Zenzünen und Wild gegen Generalprokurator des Kantons Bern

Regeste

Art. 181 StGB; Nötigung.
1. "Andere Beschränkung" der Handlungsfreiheit durch akustische Einwirkung (Erw. 2).
2. Rechtswidrigkeit der Nötigung (Erw. 5).

Sachverhalt ab Seite 167

BGE 101 IV 167 S. 167

A.- Im Rahmen einer von der philosophisch-historischen Fakultät der Universität Bern organisierten Vortragsreihe über "Sinn und Bewährung unserer Landesverteidigung" war für den 9. Februar 1973, um 18.15 Uhr im Hörsaal Nr. 31 ein öffentlicher Vortrag von Korpskommandant Hirschy, Ausbildungschef der Armee, über das Thema "L'instruction de notre armée; sa valeur éducatrice et civique" angesagt.
Diese Vortragsreihe, insbesondere das Referat von Hirschy,

BGE 101 IV 167 S. 168

war von einem "Aktionskomitee gegen den Militarismus" und anderen Gruppen angegriffen und kritisiert worden. Studenten organisierten Gegenvorträge, und dem Aktionskomitee wurde für den Spätnachmittag des 9. Februar die Benützung der Aula gestattet. In der dort abgehaltenen Vorversammlung, die um 16.45 Uhr unter der Leitung von Rudolf Fink begann, wurde durch Abstimmung beschlossen, gegen den angekündigten Vortrag etwas zu unternehmen. Anschliessend begaben sich die Versammlungsteilnehmer, die über das weitere Vorgehen orientiert worden waren, in den Hörsaal Nr. 31, verteilten sich den Wänden entlang und begannen Schlagworte zu skandieren. Nachdem die Gäste des Vortrags wegen Platzmangels in die Aula gebeten worden waren, begaben sich auch die Demonstranten dorthin, verteilten sich wiederum mit den Transparenten (z.B. "Hirschy nein - Giap ja!") im Saal und skandierten - unterstützt durch ein Megaphon - in grosser Lautstärke Parolen wie " Hirschy raus" usw. Während Hirschy sich noch im Senatszimmer befand, versuchte Dekan Fricker, den Referenten anzukündigen und ersuchte um Ruhe. Obwohl er sich eines Mikrophons bediente, vermochte er gegen den Lärm nicht durchzudringen. Ebensowenig konnte sich Rektor Nef Gehör verschaffen. Sobald einer der Professoren das Wort ergriff, stieg der Lärm schlagartig an. Nach fünf- bis zehnminütigen vergeblichen Versuchen schrieb der Rektor schliesslich an die Tafel, der Vortrag Hirschy finde nicht statt. Diese Mitteilung wurde von den Demonstranten mit Applaus aufgenommen.

B.- Auf Privatklage von Dekan Fricker sprach der Gerichtspräsident VI von Bern mit Urteil vom 11./12. Juli 1974 Rudolf Fink, Christian Rubi, Amandus Zenzünen sowie Peter Wild der Nötigung schuldig und verurteilte den ersten zu 15 Tagen und die übrigen zu 7 Tagen Gefängnis. Allen Verurteilten wurde der bedingte Strafvollzug mit einer Probezeit von drei Jahren gewährt.
Auf Appellation der Verurteilten hin bestätigte das Obergericht des Kantons Bern am 29. Oktober 1974 den erstinstanzlichen Entscheid.

C.- Fink, Rubi, Zenzünen und Wild führen Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das vorinstanzliche Urteil zu kassieren.

BGE 101 IV 167 S. 169

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

[...]

5. Zur Frage der Rechtswidrigkeit hat das Bundesgericht wiederholt erklärt, dass eine Nötigung strafbar sei, sofern der damit verfolgte Zweck oder das verwendete Mittel gegen die Rechtsordnung oder die guten Sitten verstösst (**BGE 96 IV 60** f. E. 1 mit Verweisungen). Eine rechtswidrige Nötigung liegt überdies dann vor, wenn die Verknüpfung zwischen einem zulässigen Mittel und einem erlaubten Zweck sich als rechtsmissbräuchlich oder sittenwidrig darstellt (**BGE 101 IV 49**, Erw. 2b).

Durch organisiertes und mit Megaphon verstärktes Brüllen und Rufen verhinderten die Beschwerdeführer den von der Universität organisierten Vortrag. Sie hinderten damit ebenfalls das Publikum, das erschienen war, um den Referenten anzuhören, dessen Ansicht zur Kenntnis zu nehmen. Ein solcher Eingriff in die Freiheit der die Versammlung veranstaltenden Professoren, des Referenten sowie der Zuhörer stellte einen rechtswidrigen Eingriff in die Meinungsäusserungsfreiheit dar. Denn auch wenn die Meinungsäusserungsfreiheit, die von der Praxis als ungeschriebenes Grundrecht anerkannt wird (**BGE 97 I 896** E. 4 und **BGE 96 I 592** f. mit Verweisungen), primär die Beziehungen zwischen dem Bürger einerseits und dem Staat andererseits betrifft, so müssen ihr doch auch Wirkungen im horizontalen Verhältnis (d.h. zwischen den Bürgern) zuerkannt werden. Hierfür besteht gerade im Hinblick auf die demokratische Willensbildung ein berechtigtes Interesse.

Die Beschwerdeführer berufen sich zur Rechtfertigung ihres Verhaltens ebenfalls auf die Meinungsäusserungsfreiheit. Zu Unrecht. Sie hatten am Nachmittag des 9. Februar Gelegenheit, ihre Meinung in der von ihnen organisierten Vorversammlung, wofür ihnen die Aula zur Verfügung gestellt worden

BGE 101 IV 167 S. 173

war, ungestört zu äussern. Aber auch abgesehen davon gibt das genannte Grundrecht niemandem die Befugnis, die Durchführung einer Veranstaltung zu sabotieren und deren Teilnehmer daran zu hindern, die angekündeten Vorträge zu halten bzw. anzuhören. Ein Freiheitsrecht kann nur unter Respektierung der Freiheit der andern ausgeübt werden (**BGE 97 I 896** E. 4).

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Urteilskopf

80 II 26

6. Urteil der I. Zivilabteilung vom 2. Februar 1954 i. S. Seelig gegen Studio 4 AG

Regeste

Befugnis des Kinoinhabers, einem Zeitungsberichterstatter den Zutritt zu seinen Filmvorführungen zu verweigern.
Berufung, Zulässigkeit. Streitigkeit nicht vermögensrechtlicher Natur. Erfordernis der Begründung (Erw. 1).
Rechtsnatur des Presseausweises (Erw. 2);
- des Kinobillets (Erw. 3).
Kein Anspruch auf Zutritt nach den Grundsätzen über den Kontrahierungszwang, die Offerte an jedermann oder wegen Verstosses der Zutrittsverweigerung gegen die guten Sitten (Erw. 4).
Verletzung in den persönlichen Verhältnissen setzt Widerrechtlichkeit des Eingriffes voraus (Erw. 5).
Kein Anspruch auf Zutritt auf Grund der privatrechtlichen Pressefreiheit (Erw. 6).
Frage des Rechtsmissbrauchs (Erw. 7).

Sachverhalt ab Seite 27

BGE 80 II 26 S. 27

A. - Der Kläger Seelig, der den Beruf eines Schriftstellers, Theater- und Filmkritikers ausübt, ist regelmässiger Mitarbeiter der Zeitung "Tagesanzeiger für Stadt und Kanton Zürich". In dieser veröffentlichte er am 28. August 1951 eine etwas abfällige Kritik über einen im Kino "Studio 4" in Zürich laufenden Film. Die Beklagte "Studio 4 A. G." als Inhaberin des Kinounternehmens warf mit Schreiben vom 3. September 1951 dem Kläger vor, er habe sich bei der erwähnten Filmbesprechung nicht von seiner Verantwortung als Filmkritiker, sondern viel mehr "von aufgestautem Ressentiment gegen das Studio 4 und seinen Inhaber" leiten lassen. Das habe mit sachlicher

BGE 80 II 26 S. 28

Kritik, die von der Beklagten, bezw. von deren einzigem Verwaltungsrat, geschätzt werde, nichts mehr zu tun. Anschliessend gab der Kinoinhaber sodann die Erklärung ab: "Es ist besser, Sie meiden von nun ab mein Kino, zu dem ich Ihnen - ob Sie nun mit Passepartout, Presseausweis oder mit einem bezahlten Billet erscheinen - den Zutritt verwehre."
Dieser Mitteilung entsprechend lehnte es die Kassierin der Beklagten in der Folge ab, dem Kläger auf Grund des von ihm vorgewiesenen Presseausweises wie auch gegen Bezahlung eines Eintrittspreises ein Kinobillet auszuhändigen.

B.- Der Kläger reichte deshalb am 1. April 1952 gegen die Beklagte die vorliegende Klage ein, deren Rechtsbegehren in der endgültigen, vom Obergericht zugelassenen Fassung folgendermassen lauten:
"1. Hat die Beklagte ihre Anordnung, wonach sie dem Kläger jeden von ihm unter Vorweisung eines Presse-Passepartout, Presseausweises oder einer Eintrittskarte verlangten Zutritt zum Kino Studio 4 verwehrt, zu widerrufen, bzw. hat die Beklagte dem Kläger gegen Vorweisung eines Presse-Passepartouts des Schweizerischen Lichtspieltheater-Verbandes, Presseausweises des Zürcherischen Lichtspieltheater-Verbandes oder einer Eintrittskarte den Zutritt zum Kino Studio 4 zu gestatten?

2. Hat die Beklagte dem Kläger gegen jeweilige Bezahlung eines der von ihr öffentlich bekanntgegebenen Eintrittspreise den Besuch des Kinos Studio 4 zu gestatten?
3. Ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger Fr. 200.-- Schadenersatz zu bezahlen?

Zur Begründung seiner Begehren machte der Kläger im wesentlichen geltend, die ohne zureichenden Grund ausgesprochene Zutrittsverweigerung bedeute eine Verletzung seines Persönlichkeitsrechts im Sinne von **Art. 28 ZGB**, insbesondere seines Rechts auf freie Betätigung, sowie seiner privatrechtlichen Presse- und Informationsfreiheit, und stelle eine Diskriminierung dar. Diese Verletzung sei schon unter dem Gesichtspunkt von **Art. 28 ZGB** widerrechtlich, weiter aber auch deshalb, weil das Verhalten der Beklagten gegen den nach **Art. 7 Abs. 3 OR** gegebenen Kontrahierungszwang oder doch zum

mindesten gegen die guten Sitten verstosse. Einen Anspruch auf Zutritt leitet der Kläger ferner aus der Natur des Presse-Passepartout und des Presseausweises ab, die ein Schuldversprechen enthaltende Namen-Ausweispapiere seien, sowie aus der Rechtsnatur des Kinobillets, bei dem es sich um ein Inhaber-Wertpapier handle. Schliesslich stelle das Verhalten der Beklagten einen offenbaren Rechtsmissbrauch im Sinne von **Art. 2 Abs. 2 ZGB** dar. Nach **Art. 28 ZGB** habe der Kläger Anspruch auf Beseitigung der Störung, und ferner habe die Beklagte ihm den Schaden im Betrag von Fr. 200.--, den er durch Verdienstausfall erlitten habe, zu ersetzen.

Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage. Sie bestritt die vom Kläger behaupteten Rechtsverletzungen und machte geltend, sie sei nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit befugt gewesen, den Abschluss eines Vertrages mit dem Kläger abzulehnen.

C.- Das Bezirksgericht und das Obergericht Zürich, dieses mit Urteil vom 5. September 1953, wiesen die Klage ab.

D.- Gegen das Urteil des Obergerichts ergriff der Kläger die Berufung an das Bundesgericht, mit der er an den vor den kantonalen Instanzen gestellten Rechtsbegehren festhält.

Der Kläger beantragt Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheides.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

[...]

5. Der Kläger macht weiter geltend, der von der Beklagten über ihn verhängte Ausschluss von ihren Filmvorführungen bedeute eine Verletzung seines Persönlichkeitsrechtes im Sinne von **Art. 28 ZGB**. Das Besuchsverbot, das einer Rechtfertigung entbehre, stelle eine Herabsetzung dar, in der "eine innominate Verletzung der Persönlichkeit in ihrem allgemeinen Anspruch auf Achtung und Geltung" liege. Denn mit dem Besuchsverbot wolle die Beklagte zum Ausdruck bringen, dass der Kläger einer sachlichen Kritik nicht fähig sei; ferner liege darin eine Gleichstellung mit Leuten, die des Rechts unwürdig seien, in einem öffentlichen Kino Platz zu nehmen.

a) Bei der Prüfung der Begründetheit der vom Kläger vertretenen Auffassung ist davon auszugehen, dass **Art. 28 ZGB** das Persönlichkeitsrecht nur gegen unbefugte Verletzungen schützt. Der Eingriff in die persönlichen Verhältnisse muss also widerrechtlich sein. Erfüllt die Handlungsweise der Beklagten diese Voraussetzung nicht, so versagt der Rechtsschutz aus **Art. 28 ZGB**, selbst wenn jene einen Eingriff in persönliche Güter des Klägers in sich schliesst.

Nach der Meinung des Klägers bestünde die ihm zugefügte Verletzung seines Persönlichkeitsrechts in einem Nichttun, in einem passiven Verhalten der Beklagten, nämlich in der Weigerung, mit ihm einen Vorstellungsbesuchsvertrag abzuschliessen. Dementsprechend zielt das

Begehren um Beseitigung der Störung darauf ab, die Beklagte dazu zu veranlassen, die erwähnte Passivität aufzugeben und mit dem Kläger die von ihm gewünschten Verträge abzuschliessen.

Eine Widerrechtlichkeit kann im Verhalten der Beklagten aber nur liegen, sofern eine Rechtspflicht der letzteren besteht, die dem Kläger verweigerte Leistung zu erbringen, andernfalls ist das Verhalten der Beklagten nicht rechtswidrig; denn wer eine Handlung unterlässt, zu der er von der Rechtsordnung nicht verpflichtet ist, verstösst nicht gegen diese und handelt nicht rechtswidrig. Eine allgemeine Rechtspflicht, im Interesse anderer tätig zu werden, besteht nicht. Dies gilt als Regel auch, wenn das passive Verhalten eine Schädigung von Rechtsgütern anderer nach sich zieht. Eine Pflicht zum Handeln bedarf einer besonderen Rechtsgrundlage. Es fragt sich daher, ob **Art. 28 ZGB** eine solche darbietet. Dabei ist zu beachten, dass das schweizerische Recht auf dem Boden der Vertragsfreiheit steht. Diese ist eine Auswirkung der Rechts- und Handlungsfähigkeit und bildet einen wesentlichen Teil der privatrechtlichen persönlichen Freiheit. Sie umfasst neben der Freiheit zur Gestaltung des Vertragsinhalts im Sinne von **Art. 19 OR** insbesondere auch die Abschlussfreiheit, d.h. die Freiheit, einen Vertrag abzuschliessen oder nicht, sowie die Freiheit, den Vertragspartner auszuwählen.

Der Grundsatz der Vertragsfreiheit gilt auch im Bereich der Persönlichkeitsgüter. **Art. 28 ZGB** sieht insbesondere keine Rechtspflicht vor, zu handeln, um eine Schädigung persönlicher Güter eines andern zu vermeiden. Auch auf diesem Gebiete besteht eine Rechtspflicht, zu Gunsten eines Dritten tätig zu werden, nur ausnahmsweise, nämlich dort, wo eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung ein Handeln vorschreibt oder ein passives Verhalten gegen die guten Sitten verstiesse. An diesen Voraussetzungen gebricht es aber im vorliegenden Fall. Es besteht keine Rechtsnorm, die die Beklagte zum Abschluss eines Vorstellungsbesuchsvertrages

mit dem Kläger verpflichten würde. Die vom Kläger in diesem Zusammenhang erneut erhobene Berufung auf **Art. 7 Abs. 3 OR** (Vorliegen einer verbindlichen Offerte der Beklagten) geht, wie schon dargelegt wurde, fehl. Ebenso kann nach den oben gemachten Ausführungen nicht gesagt werden, dass die guten Sitten der Beklagten gebieten, mit dem Kläger einen Vertrag abzuschliessen. Die Beklagte bewegt sich daher mit ihrer Ablehnung eines Vertragsschlusses innerhalb der Grenzen der ihr nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit zustehenden Befugnisse. Dabei kann dahin gestellt bleiben, ob die Vertragsfreiheit als subjektives Recht zu bewerten (so offenbar z.B. EGGER, **Art. 27 ZGB** N. 2) oder mit der Vorinstanz als Teil des objektiven Rechtes zu betrachten ist. Im einen wie im andern Falle wäre das Verhalten der Beklagten nur widerrechtlich, wenn es sich in einer Form abgewickelt hätte, durch welche die Ehre und das Ansehen des Klägers in Mitleidenschaft gezogen worden wären (z.B. bei Verwendung von Ausdrücken ehrverletzenden Inhalts). Dass dies der Fall gewesen sei, behauptet aber der Kläger selber nicht.

Unerheblich ist für die Frage der Widerrechtlichkeit, ob die Beklagte sich für ihr Vorgehen auf eine objektive Rechtfertigung stützen kann oder nicht. Die Ausübung eines Rechtes, insbesondere die Betätigung der Vertragsfreiheit innerhalb der zulässigen Grenzen, wird nicht dadurch widerrechtlich, dass sie objektiv betrachtet eines sachlichen Grundes entbehrt. Wer kraft eines subjektiven Rechtes oder auf Grund einer Norm des objektiven Rechtes zu einem Tun oder Lassen befugt ist, ist nicht verpflichtet, von seiner Befugnis nur beim Vorliegen einer sachlichen Rechtfertigung Gebrauch zu machen. Er ist auch nicht gehalten, über den Grund seines Handelns Rechenschaft abzulegen.

Bei dieser Rechtslage fällt somit eine Verletzung des Klägers in seinen persönlichen Verhältnissen unter dem Gesichtspunkt der behaupteten Herabwürdigung ausser

Betracht, weshalb sich eine Prüfung erübrigt, ob im Verhalten der Beklagten überhaupt eine solche gelegen habe.

6. a) Die Weigerung der Beklagten, den Kläger zu ihren Filmvorführungen zuzulassen, soll nach der Ansicht des Klägers vor **Art. 28 ZGB** weiter deshalb nicht haltbar sein, weil sie seine privatrechtliche Presse- und Informationsfreiheit verletze. Unter Hinweis auf die Botschaft des Bundesrats vom 19. November 1951 über die Revision von **Art. 55 BV** (BBl 1951 III S. 241 ff.) sowie auf die "Allgemeine Erklärung der Vereinigten Nationen über die Menschenrechte" vom 10. Dezember 1948, Art. 19 (zit. a.a.O.S.247 f.) vertritt der Kläger die Auffassung, die zunehmende Verankerung und Ausbildung der Informationsfreiheit (d.h. des Rechts auf die Freiheit der Verbreitung einschliesslich des Rechts zur Beschaffung von Nachrichten) im Staats- und Völkerrecht müsse auch im Privatrecht ihren Niederschlag finden, in dem ja die verfassungsmässigen Freiheitsrechte ebenfalls enthalten seien. Die elastische Formulierung von **Art. 28 ZGB** sei gerade gewählt worden, damit "die zu Persönlichkeitsrechten sich verdichtenden neuen Interessen des Schutzes dieser Bestimmung teilhaftig werden können." Die Informationsfreiheit habe sich im öffentlichen Recht soweit durchgesetzt, dass der Richter die Anerkennung ihres privatrechtlichen Gegenstückes verantworten könne.

b) Wie der Kläger selber anerkennt, betrifft der in **Art. 55 BV** verankerte Grundsatz der Pressefreiheit ausschliesslich die Rechtsbeziehungen zwischen dem Bürger und dem Staat. Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit für Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht, die eine Person des Privatrechts gegenüber einer andern durch das Mittel der Presse begeht, bestimmt sich nach den einschlägigen Vorschriften von **Art. 28 ZGB** in Verbindung mit **Art. 41 und 49 OR**. Diese umschreiben abschliessend die Voraussetzungen, unter denen ein Eingriff in das Persönlichkeitsrecht eines andern auf Grund der dem Täter als Ausfluss seines Persönlichkeitsrechts zustehenden privatrechtlichen

Pressefreiheit als erlaubt zu betrachten ist (**BGE 43 I 42**ff.,**BGE 71 II 191**ff.). Das gilt auch, wo nicht der in der Presse Angegriffene, sondern der für die Presse Tätige den Rechtsschutz aus **Art. 28 ZGB** beansprucht.

Bei der Prüfung des Vorliegens einer kraft der privatrechtlichen Pressefreiheit bestehenden Verletzungsbefugnis hat das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung indessen von jeher auf die Grundsätze Bezug genommen, die in Auslegung von **Art. 55 BV** entwickelt worden sind (**BGE 71 II 192**und dort erwähnte Entscheide). Es fragt sich daher, ob im Rahmen von **Art. 55 BV** eine Informationsfreiheit in dem vom Kläger behaupteten Sinne eines Anspruchs auf freien Zugang zum Informationsmaterial bestehe, auf Grund deren eine entsprechende privatrechtliche Befugnis angenommen werden könnte.

c) Die verfassungsmässigen Freiheitsrechte, und damit auch die Pressefreiheit gemäss **Art. 55 BV**, gewährleisten dem Bürger die freie, vom Staate nicht behinderte Betätigung in den betreffenden Bereichen des Lebens. Hierin erschöpft sich ihr Inhalt. Einen Anspruch auf positive Leistungen des Staates verschaffen sie nicht (**BGE 73 I 216**,**BGE 76 I 297**). Diese im Wesen der Freiheitsrechte begründete Rechtslage will die vom Kläger angezogene, im Wurfe befindliche Revision des **Art. 55 BV** mit der Anerkennung der Informationsfreiheit als Bestandteil der Pressefreiheit nicht ändern. Aus den Ausführungen der Botschaft, insbesondere S. 248, ist ersichtlich, dass der Bundesrat die Informationsfreiheit auffasst als "das Recht auf freie Verbreitung von Nachrichten", das "die Freiheit von Beschaffung und Übermittlung von Nachrichten" in sich schliesse. Danach besteht die Informationsfreiheit also darin, dass der Staat die Presse in der Beschaffung des zur Erfüllung ihrer Aufgabe benötigten Materials nicht behindern darf. Dagegen schafft sie keine Verpflichtung des Staates zu einer aktiven Tätigkeit, die darauf gerichtet wäre, der Presse das gewünschte Informationsmaterial zu vermitteln. Eine Ausgestaltung der Pressefreiheit

im Sinne einer Informationspflicht des Staates hat die Revision des **Art. 55 BV** nicht im Auge. Sie ist, wie die Botschaft in den Schlussfolgerungen (S. 257) ausdrücklich erklärt, lediglich darauf gerichtet, "den freien Bewegungsraum der Presse vor staatlichen Eingriffen, die öffentlichen Interessen vor einem Missbrauch der Pressefreiheit zu schützen".

Selbst im öffentlichen Recht hat sich somit bis heute der Gedanke nicht durchgesetzt, dass derjenige, der über Informationsmaterial von öffentlichem Interesse verfügt, verpflichtet sei, tätig zu werden, um es der Presse zu erschliessen. Eine Rechtspflicht hiezu besteht vielmehr auch im öffentlichen Recht nach wie vor nur, soweit die Gesetzgebung sie ausdrücklich vorschreibt.

Auch eine an den staatsrechtlichen Begriff der Pressefreiheit anknüpfende Umschreibung der privatrechtlichen Pressefreiheit im Sinne des **Art. 28 ZGB** gibt somit keine Grundlage ab für eine Rechtspflicht der Beklagten, dem Kläger durch Abschluss eines Vertrages den Besuch ihrer Filmvorführungen zu gestatten, um sie hernach in der Presse besprechen zu können. Auch unter dem Gesichtspunkt der privatrechtlichen Pressefreiheit fehlt deshalb dem Verhalten der Beklagten das Merkmal der Rechtswidrigkeit.

7. Der Kläger ficht schliesslich die Verweigerung des Abschlusses von Vorstellungsbesuchsverträgen durch die Beklagte als offenbaren Missbrauch des Rechts der Vertragsfreiheit an. Er erachtet das Verhalten der Beklagten als rechtsmissbräuchlich im Sinne von **Art. 2 Abs. 2 ZGB**, weil sie ausdrücklich auf jede Rechtfertigung verzichte und sich für befugt halte, ein Besuchsverbot ohne Grund anzuordnen.

Es kann auch in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben, ob die Vertragsfreiheit ein subjektives Recht ist und deshalb ihre Ausübung der Vorschrift von **Art. 2 Abs. 2 ZGB** unterstehe; denn ein Rechtsmissbrauch wäre selbst bei Bejahung dieser Voraussetzung abzulehnen. Das

Verhalten der Beklagten ist, wie bereits ausgeführt wurde, durch die Vertragsfreiheit gedeckt. Eine Pflicht der Beklagten, ihre Haltung gegenüber dem Kläger zu rechtfertigen, besteht nicht. Sie bezweckt damit, ihre Veranstaltungen der nach ihrer Auffassung unsachlichen kritischen Würdigung durch den Kläger zu entziehen. Diese vom Interesse der Beklagten beherrschte Zielsetzung läuft zwar den Interessen des Klägers zuwider. Sie ist aber gleichwohl nicht so geartet, dass sie die Rechtsausübung seitens der Beklagten zu einem offenbaren Missbrauch zu stempeln vermöchte. Denn es lässt sich nicht sagen, dass die Beklagte damit das Recht der Vertragsfreiheit in seiner Form der Abschluss- und Partnerwahlfreiheit einem dem Grund seiner Einräumung völlig fremden, schutzunwürdigen Zwecke dienstbar gemacht habe, wenn auch nicht zu leugnen ist, dass das Vorgehen der Beklagten, eine ihr nicht genehme Filmkritik mit der Ausschliessung des betreffenden Journalisten zu beantworten, im Hinblick auf die wünschbare Unabhängigkeit der Kritik zu gewissen Bedenken Anlass gibt. Allein dieser Unzukömmlichkeit ist auf dem Boden des geltenden Privatrechts nicht beizukommen. Der Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauches lässt sich umsoweniger vertreten, als der Kläger als einzelner Filmkritiker einem Kinobesitzer gegenübersteht. Wie sich die Sache verhalten würde, wenn der Ausschluss von einer Mehrzahl von Kinobesitzern oder allen ausginge oder ganze Gruppen von Filmkritikern oder alle treffen würde, steht nicht zum Entscheid.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts Zürich, I. Zivilkammer, vom 5. September 1953 wird bestätigt.

Notizen:

2. Das systematische Auslegungselement *(Fortsetzung)*

- völkerrechtskonforme Auslegung
    - insbesondere die Auslegung im Einklang mit der EMRK

Beispiel:

Urteilskopf

123 IV 236

36. Auszug aus dem Urteil der Anklagekammer vom 4. November 1997 i.S. A., B., C. und TA-Media AG gegen Schweizerische Bundesanwaltschaft

Regeste

Art. 66 BStP, 105bis Abs. 2 BStP und 214 BStP; **Art. 10 EMRK**. Überwachung des Fernmeldeverkehrs von Journalisten.
Die durch die Bundesanwaltschaft bzw. den Eidg. Untersuchungsrichter angeordnete und nachträglich dem Betroffenen mitgeteilte Überwachung des Fernmeldeverkehrs unterliegt der Beschwerde an die Anklagekammer (E. 2).
Ausstand des Präsidenten der Anklagekammer, der die Überwachung genehmigte (E. 1).
Zur Beschwerde legitimiert sind auch abgehörte tatsächliche Mitbenützer des überwachten Anschlusses und der Abonnent (E. 3).
Bejahung eines aktuellen Rechtsschutzinteresses (E. 4).
Abgrenzung Beschuldigter/Dritter: Beschuldigter im Sinne von **Art. 66 Abs. 1 BStP** ist allein die Person, deren strafbare Handlung als Anlasstat für die Zwangsmassnahme angerufen wird und in Betracht fällt (E. 6).
Der Fernmeldeverkehr von Journalisten als Dritten darf aufgrund des sich unmittelbar aus **Art. 10 EMRK** für diese ergebenden Rechts, über ihre Informationsquellen die Auskunft zu verweigern, grundsätzlich nicht überwacht werden, wenn dieser Quellenschutz dadurch illusorisch würde (E. 8a).
Die in Frage stehende Amtsgeheimnisverletzung weist nicht die ausserordentliche Bedeutung auf, die erlaubte, ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Überwachung zu bejahen (E. 8b und c).
Die über das Ergebnis der unzulässigen Überwachung vorhandenen Unterlagen sind aus den Untersuchungsakten zu entfernen und gesondert aufzubewahren (E. 10).

Sachverhalt ab Seite 238

BGE 123 IV 236 S. 238

A.- In der Ausgabe Nr. 22 vom 1. Juni 1995 berichtete das Wochenmagazin FACTS unter dem Titel "Dreifuss vs. Ogi/Ruth weist Dölf in die Bahnschranken" über gegensätzliche Auffassungen zwischen dem Vorsteher des Eidg. Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartementes (EVED) und der Vorsteherin des Eidg. Departementes des Innern (EDI) über das "Politische Leitbild für die Schweizerischen Bundesbahnen", das an der Bundesratssitzung vom 17. Mai 1995 genehmigt worden war. Im vom FACTS-Bundeshausredaktor A. verfassten Artikel waren unter anderem fotografische Auszüge aus dem Mitbericht des EDI vom 15. Mai 1995 sowie aus der Stellungnahme des EVED vom 16. Mai 1995 zu diesem abgedruckt. Im Text des Artikels wurden die gegensätzlichen Auffassungen der beiden Departemente dahin kommentiert, dass sie einen neuen Graben in der Landesregierung freilegten.

B.- Am 6. Juni 1995 reichte der Bundeskanzler im Auftrag des Bundesrates wegen der Veröffentlichung besagter Dokumente bei der Bundesanwaltschaft Strafanzeige ein.
Gleichentags eröffnete die Bundesanwaltschaft gegen "Unbekannt (Bundesbeamter) und A." ein gerichtspolizeiliches Ermittlungsverfahren wegen Verletzung des Amtsgeheimnisses (**Art. 320 StGB**) und Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen (**Art. 293 StGB**).

C.- Am 12. Juni 1995 ersuchte die Bundesanwaltschaft zur Ermittlung der Täterschaft der Amtsgeheimnisverletzung die Rechtsabteilung der Generaldirektion PTT um Abhörung bzw. Erfassung des gesamten über die Telefonnummer 031/320 28 20 und die Telefaxnummer 031/320 28 28 geführten Fernmeldeverkehrs der Bundeshausredaktion des Wochenmagazins FACTS, ausgenommen Gespräche und Faxmitteilungen, welche offensichtlich nicht aus der Bundesverwaltung in Bern stammten oder nicht an diese gerichtet seien. Gleichzeitig ersuchte die Bundesanwaltschaft um eine rückwirkende Teilnehmeridentifikation, d.h. um nachträgliche Auskunft darüber, ab welchen Telefon-/Telefaxanschlüssen bzw. an welche Telefon-/Telefaxanschlüsse der Bundesverwaltung in Bern in der Zeit vom 14. bis und mit 31. Mai 1995 Gespräche bzw. Mitteilungen an die beiden zu überwachenden Anschlüsse bzw. ab diesen erfolgten; den Anschlüssen der Bundesverwaltung seien die Namen der Bundesbediensteten zuzuordnen, denen sie zugeteilt seien; bei nicht persönlich zugeteilten Anschlüssen sei die betreffende Dienststelle des Bundes zu bezeichnen.

Gleichentags richtete die Bundesanwaltschaft die entsprechenden Gesuche um Genehmigung der beiden Überwachungsmassnahmen an den Präsidenten der Anklagekammer des Bundesgerichts, welcher diese am 13. Juni 1995 erteilte, für die Abhörung der Telefongespräche und die Erfassung der Faxmitteilungen bis am 12. September 1995.

D.- Die Überwachung blieb erfolglos. Das gerichtspolizeiliche Ermittlungsverfahren gegen Unbekannt und A. wurde jedoch weitergeführt.
Am 24. Februar 1997 teilte die Bundesanwaltschaft der Bundeshausredaktion FACTS mit, dass sie in bezug auf deren Anschlüsse, Telefonnummer 031/320 28 20 und Telefaxnummer 031/320 28 28, für den Zeitraum vom 14.-31. Mai 1995 eine rückwirkende Teilnehmeridentifikation durchgeführt habe, beschränkt auf den Fernmeldeverkehr mit der Bundesverwaltung in Bern sowie ohne Erfassung der Gesprächs- oder Telefaxinhalte; mitgeteilt wurde auch die Abhörung bzw. Erfassung des über diese Anschlüsse abgewickelten Fernmeldeverkehrs vom 12. Juni bis 12. September 1995, beschränkt auf den Fernmeldeverkehr mit der Bundesverwaltung in Bern, wobei aus technischen Gründen bis anfangs Juli 1995 nur eine Teilnehmeridentifikation habe durchgeführt werden können.
Am 1. März 1997 liessen A., B. und C. sowie die TA-Media AG als Herausgeberin des Nachrichtenmagazins FACTS durch ihre gemeinsamen Rechtsvertreter bei der Bundesanwaltschaft ein Begehren um Akteneinsicht stellen. Am 12. März 1997 hiess die Bundesanwaltschaft das Begehren von A. in dem Sinne gut, dass ihm "Akteneinsicht betreffend die rückwirkende Teilnehmeridentifikation und Überwachung des Fernmeldeverkehrs" gewährt wurde; es wurde dazu ein besonderes "Einsichtsdossier A." erstellt. Dem Begehren der übrigen Gesuchsteller wurde nicht stattgegeben.

E.- Mit Beschwerde vom 6. März 1997 beantragen die FACTS-Bundeshausredaktoren A., B. und C. sowie die TA-Media AG der Anklagekammer des Bundesgerichts, die Verfassungswidrigkeit und Widerrechtlichkeit der von der Bundesanwaltschaft angeordneten Überwachung ihres Fernmeldeverkehrs im Zeitraum vom 14. Mai 1995 bis 12. September 1995 festzustellen und die mit der Massnahme produzierten Akten aus dem Recht zu weisen.
Die Bundesanwaltschaft beantragt, die Beschwerde abzuweisen, sofern und soweit darauf eingetreten werden könne.

F.- Mit Verfügung vom 21. Mai 1997 wies der Vizepräsident der Anklagekammer die Bundesanwaltschaft an, alle Akten des gerichtspolizeilichen Ermittlungsverfahrens gegen Unbekannt und A.

BGE 123 IV 236 S. 240

einzureichen. Ferner wurden die Akten des Präsidenten der Anklagekammer betreffend die Genehmigung der angefochtenen Überwachungsmassnahmen beigezogen.

G.- Im angeordneten zweiten Schriftenwechsel halten die Parteien an ihren Anträgen fest.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

[...]

3. Die Bundesanwaltschaft geht davon aus, die Überwachung der Anschlüsse der FACTS-Bundeshausredaktion habe allein dieser als Inhaberin der Anschlüsse und damit als Betroffenen mitgeteilt werden müssen. Die FACTS-Bundeshausredaktion sei als Dritte im Sinne von **Art. 66 Abs. 1bis Satz 3 BStP** zu betrachten, deren Anschluss durch den der Teilnahme (zumindest in Form der Gehilfenschaft) an der Amtsgeheimnisverletzung beschuldigten A. benutzt worden sei, und nicht als Beschuldigte, wie dies im Gesuch um Genehmigung der Überwachung an den Präsidenten der Anklagekammer versehentlich ausgeführt worden sei. Jedenfalls seien C. und B. als blosse Teilnehmer von überwachten Gesprächen bzw. Absender oder Empfänger überwachter Telefaxsendungen nicht zur Beschwerde legitimiert. Fraglich erscheine ferner, ob die TA-Media AG als Herausgeberin des Nachrichtenmagazins FACTS an dessen Stelle Beschwerde führen könne.
a) Die Überwachungsmassnahmen richteten sich gegen die "FACTS-Bundeshausredaktion" und wurden auch dieser nachträglich mitgeteilt. Das kann aber nichts anderes bedeuten, als dass sie sich gegen die Beschwerdeführer A., B. und C. als deren Mitglieder richteten und diesen mitgeteilt wurden. Denn diese sind alle im FACTS-Impressum nach Angabe der Telefonnummer 031/320 28 20 und der Faxnummer 031/320 28 28 als Bundeshausredaktoren namentlich erwähnt. Bei diesen drei Beschwerdeführern wurden Telefongespräche von oder mit der Bundesverwaltung über die angeführte Nummer sowie über die Telefonnummern 031/320 28 21 ff. abgehört oder Teilnehmeridentifikationen vorgenommen oder Telefaxmitteilungen über die entsprechende Nummer erfasst.
Die geheime Telefonüberwachung stellt einen schweren Eingriff in das durch **Art. 36 Abs. 4 BV** und **Art. 8 Ziff. 1 EMRK** geschützte

BGE 123 IV 236 S. 244

Telefongeheimnis und in die individuelle Freiheit und Persönlichkeit der am Telefonverkehr beteiligten Personen dar. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts haben neben dem Beschuldigten auch dessen Gesprächspartner einen eigenständigen verfassungsmässigen Anspruch darauf, die Rechtmässigkeit der Abhörung nachträglich gerichtlich überprüfen zu lassen; einen solchen Anspruch haben neben den Gesprächspartnern auch alle Mitbenützer eines überwachten Anschlusses (z.B. Familienangehörige des überwachten Beschuldigten oder mit diesem zusammenlebende Drittpersonen). Auch tatsächliche Mitbenützer eines überwachten Anschlusses sind daher - sofern auch von ihnen geführte Gespräche überwacht wurden - als Betroffene gemäss **Art. 66quinquies Abs. 1 BStP** zu betrachten, denen nach Abschluss des Verfahrens Grund, Art und Dauer der Überwachung mitzuteilen ist. Da der Zweck der Mitteilung gerade darin besteht, den Betroffenen eine Beschwerde zu ermöglichen, sind sie auch als legitimiert zu betrachten, eine solche zu erheben (**BGE 122 I 182** E. 3a und 4c). Selbst wenn die Überwachungsmassnahmen gemäss dem Gesuch der Bundesanwaltschaft und dem Genehmigungsentscheid des Präsidenten der Anklagekammer als nicht gegen die heutigen Beschwerdeführer oder nur als gegen einzelne von ihnen gerichtet betrachtet werden wollten, wären diese somit als tatsächliche Mitbenützer der überwachten Fernmeldeanschlüsse Betroffene und zur Beschwerde berechtigt.

b) Die Massnahme ist auch dem Abonnenten, falls er eine Drittperson ist, mitzuteilen (vgl. Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates betreffend die Telefonüberwachung im Bund, BBl 1993 I 1131). Die TA-Media AG kann sich deshalb als Herausgeberin von FACTS und Abonnentin bzw. Inhaberin der überwachten Anschlüsse ebenfalls auf den sich aus **Art. 10 EMRK** ergebenden Quellenschutz für die Presse berufen, denn auch juristische Personen geniessen unmittelbar den Schutz von **Art. 10 EMRK** (Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 22. Mai 1990 i.S. Autronic AG gegen die Schweiz, Serie A, Band 178).

[...]

8. Gemäss **Art. 66 Abs. 1bis BStP** können die Fernmeldeanschlüsse von Drittpersonen überwacht werden, wenn die Voraussetzungen der Überwachung beim Beschuldigten oder Verdächtigen gemäss **Art. 66 Abs. 1 BStP** erfüllt sind und diesen Dritten nicht nach **Art. 77 BStP** ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht.

a) Bei den als Drittpersonen überwachten Beschwerdeführern handelt es sich um Journalisten. Diese sind nicht in **Art. 77 BStP** als Zeugnisverweigerungsberechtigte aufgeführt.

aa) Nach der neuesten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (Urteil vom 27. März 1996 i.S. William Goodwin gegen Grossbritannien; Recueil des arrêts et décisions, 1996 S. 483) verletzt ein Zwang gegenüber einem Journalisten, die Identität seines Informanten bekanntzugeben, und ihn im Weigerungsfall mit einer Busse zu belegen, **Art. 10 Ziff. 1 EMRK** (Ziffer 28 des erwähnten Urteils). Der Gerichtshof betont, dass der Schutz der Quelle des Journalisten in einer demokratischen Gesellschaft einen Eckpfeiler der Pressefreiheit darstelle, deren Beschränkung nur bei einem überwiegenden Interesse gerechtfertigt erscheine; bei der dabei erforderlichen Interessenabwägung sei bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit der Pressefreiheit grosses Gewicht beizumessen (Ziffer 39). Nur ausserordentliche Umstände, die öffentliche oder private Interessen gefährdeten, vermöchten daher eine Offenbarungspflicht des Journalisten zu begründen (Ziffer 40). Das Interesse der in jenem Fall betroffenen Gesellschaft, u.a. etwa einen unredlichen Mitarbeiter zu entlarven, vermöge das eminente öffentliche Interesse am Schutz der Informationsquellen des Journalisten nicht zu überwiegen (Ziffer 45). Der Zwang gegenüber einem Journalisten, seine Quellen offenzulegen, stellt demnach - sofern keine ausserordentlichen Umstände vorliegen - einen Verstoss gegen **Art. 10 EMRK** wegen Unverhältnismässigkeit dar (FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, 2. Auflage, Art. 10, N. 15 Anm. 48). Davon ist zufolge der unmittelbaren Anwendbarkeit von **Art. 10 EMRK** (vgl. VILLIGER, Handbuch der Europäischen

Menschenrechtskonvention, Zürich 1993, N. 50 f.) auch für das schweizerische Recht auszugehen.

In BGE 115 IV 75 erkannte die Anklagekammer zwar gestützt auf **Art. 55 BV** - indessen ohne Berücksichtigung von **Art. 10 EMRK** -, ausserhalb der eigentlichen Pressedelikte ergebe sich nach geltendem Recht kein umfassendes Recht des Journalisten auf Geheimhaltung der Quelle einer durch eine strafbare Handlung erlangten Information, welches einer strafprozessualen Zwangsmassnahme im Rahmen eines Strafverfahrens wegen Amtsgeheimnisverletzung entgegengehalten werden könnte. Daran kann, jedenfalls in dieser allgemeinen Form, nicht festgehalten werden. Die Anklagekammer des Bundesgerichts führte denn auch bereits in einem unveröffentlichten Urteil vom 13. Januar 1995 i.S. Schweiz. Bundesanwaltschaft gegen F. und M. (publiziert in Medialex 1/95, 51 ff.) im Zusammenhang mit einem Entsiegelungsgesuch unter Bezugnahme auf BGE 115 IV 75 aus, aufgrund der verfassungsrechtlich gewährleisteten Pressefreiheit sei bei Zwangsmassnahmen gegenüber der Presse mit der gebotenen Zurückhaltung vorzugehen.

bb) Aus **Art. 10 Ziff. 1 EMRK** ergibt sich nach dem Gesagten unmittelbar ein Recht des Journalisten, über seine Informationsquelle die Auskunft zu verweigern. Dieses darf nur in den durch **Art. 10 Ziff. 2 EMRK** gesetzten Grenzen eingeschränkt werden. Eine sich aus der allgemeinen Zeugnispflicht ergebende Verpflichtung des Journalisten zur Offenlegung seiner Quellen ist angesichts der besonderen Bedeutung des Schutzes journalistischer Quellen für die Pressefreiheit mit **Art. 10 EMRK** nur vereinbar, wenn dies ein überwiegendes öffentliches (oder privates) Interesse gebietet (so auch die Botschaft des Bundesrates zum Medienstraf- und Verfahrensrecht [BBl 1996 IV 544 und 572] sowie die parlamentarische Beratung dazu [Sten.Bull. 1997 NR 401 und 404, SR 573, 576 und 582 ff., insb. 584]; vgl. auch Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelrichterin in Strafsachen, vom 4. Oktober 1996, auszugsweise wiedergegeben in SJZ 1997, S. 137 ff.).

cc) **Art. 66 Abs. 1bis BStP** ist konventionskonform dahin auszulegen, dass der Fernmeldeverkehr von Journalisten als Dritten nicht überwacht werden darf, wenn ihnen ein aus der Meinungsäusserungs- und Pressefreiheit herzuleitendes und damit durch diese Grundrechte gewährleistetes Recht zusteht, Angaben über ihre Informationsquellen zu verweigern, und dieses mit der Überwachungsmassnahme illusorisch würde. Ausnahmen davon vermögen angesichts der besonderen Bedeutung des Quellenschutzes für die

Pressefreiheit nur ausserordentliche Umstände zu begründen, die öffentliche oder private Interessen gefährden.

b) Die Anordnung der Überwachung des Fernmeldeverkehrs des Beschuldigten oder Verdächtigen setzt nach **Art. 66 Abs. 1 BStP** kumulativ voraus, dass ein Verbrechen oder ein Vergehen verfolgt wird, dessen Schwere oder Eigenart den Eingriff rechtfertigt (lit. a), dass bestimmte Tatsachen die zu überwachende Person als Täter oder Teilnehmer verdächtig machen (lit. b) und die notwendigen Ermittlungen ohne die Überwachung wesentlich erschwert würden oder andere Untersuchungshandlungen erfolglos geblieben sind (lit. c).

aa) Bei der Voraussetzung von **Art. 66 Abs. 1 lit. a BStP** handelt es sich um eine Ausprägung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes, wonach der strafprozessuale Eingriff in einem vernünftigen Verhältnis zur begangenen Rechtsgutverletzung stehen muss, um überhaupt gerechtfertigt zu sein. Die Schwere der Tat ist dabei nach den einzelnen Umständen des Falles objektiv zu beurteilen.

bb) In der Lehre werden als objektiv schwere Delikte, die eine Überwachung rechtfertigen können, etwa bezeichnet: Schwere Delikte gegen den Staat, Kapitalverbrechen, schwere Drogen- und Wirtschaftsdelikte (SCHMID, a.a.O., N. 763); Delikte gegen Leib und Leben, Verfolgung von Tätergruppen im Bereich des organisierten Verbrechens oder der Betäubungsmittelkriminalität (Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, Bern 1994, S. 392). Hinsichtlich einer Falschaussage zweifelte das Bundesgericht an der Zulässigkeit einer Überwachung, liess indes die Frage offen (BGE 117 Ia 10 E. 4d); die Lehre betrachtet diese Voraussetzung bei einem falschen Zeugnis etwa in einem Mordfall als erfüllt (SCHMID, a.a.O., N. 763 Anm. 170, mit weiteren Hinweisen). Verneint wird die Zulässigkeit der Überwachung für die Verfolgung anderer, weniger schwerer Delikte, so bei einfachen Vermögensdelikten, etwa bei Ladendiebstahl oder geringfügigem Betrug (JÜRG NEUMANN, Überwachungsmassnahmen im Sinne von **Art. 179octies StGB**, in: ZStrR 1996, S. 401; OBERHOLZER, a.a.O., S. 392).

c) Das öffentliche Interesse an der Aufklärung und Bestrafung der hier in Frage stehenden Amtsgeheimnisverletzung vermag das Interesse an der Gewährleistung der Meinungsäusserungs- und Pressefreiheit, d.h. am daraus fliessenden Quellenschutz für Journalisten wegen der ausserordentlich grossen Bedeutung des Grundrechts der Pressefreiheit in einem demokratischen Rechtsstaat nicht zu überwiegen. Bei den auszugsweise veröffentlichten Dokumenten handelt

BGE 123 IV 236 S. 250

es sich um Begründungen und Meinungsäusserungen einer Bundesrätin und eines Bundesrates bzw. von deren Departementen zu Anträgen zuhanden des Gesamtbundesrates im Zusammenhang mit dem politischen Leitbild für die Schweizerischen Bundesbahnen. Diese waren nur einem beschränkten Personenkreis bekannt. Zweifellos besteht ein berechtigtes Interesse der Mitglieder des Bundesrates und des Gesamtbundesrates als Geheimnisherren an der Geheimhaltung des internen Meinungsbildungsprozesses zu den im Bundesrat zu behandelnden Geschäften, weshalb es sich beim Inhalt der veröffentlichten Dokumente ohne weiteres um ein Geheimnis handelt (vgl. zum insoweit geltenden materiellen Geheimnisbegriff **BGE 114 IV 44** E. 2 und **BGE 116 IV 56** E. II/1 sowie STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, BT II S. 355/6).

Dieses Amtsgeheimnis weist jedoch vorliegend nicht die ausserordentliche Bedeutung auf, die vorausgesetzt ist, um in die Meinungsäusserungsfreiheit der Journalisten und die Pressefreiheit einzugreifen und den Quellenschutz der Journalisten aufzuheben. Entgegen der Auffassung der Bundesanwaltschaft gefährdete die Offenbarung des Inhalts der fraglichen Dokumente keine wichtigen nationalen Interessen. Die Veröffentlichung von Meinungsverschiedenheiten, die unter den Mitgliedern des Bundesrates vor einer wichtigen Beschlussfassung bestanden, ist zwar keinesfalls unbedenklich. Sie stellte jedoch die Glaubwürdigkeit der Landesregierung nicht in Frage; dass auch beim Meinungsbildungsprozess im Bundesrat Meinungsverschiedenheiten auftreten, ist nicht etwas Unerwartetes oder Aussergewöhnliches.

Die Schwere der in Frage stehenden Amtsgeheimnisverletzung, deren Aufklärung und Verfolgung die streitigen Zwangsmassnahmen dienten, rechtfertigte daher nicht die Annahme eines öffentlichen Interesses, welches das den Beschwerdeführern als Journalisten unmittelbar aufgrund von **Art. 10 EMRK** zukommende Recht, über ihre Informationsquelle die Auskunft zu verweigern, ausnahmsweise zu überwiegen vermag. Die angefochtene Überwachung des Fernmeldeverkehrs der Beschwerdeführer erweist sich daher als unverhältnismässig, womit sie **Art. 66 BStP** in Verbindung mit **Art. 10 EMRK** verletzte.

[...]

Notizen:

3. Das historische Auslegungselement

- Ermittlung des Sinns einer Rechtsnorm zur Zeit ihres Erlasses
  - Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte einer Rechtsnorm
  - Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse und der gesellschaftlichen Anschauungen zur Zeit des Erlasses einer Rechtsnorm
- Exkurs: Wie entsteht ein Gesetz? Wer macht die Gesetze?

Notizen:

3. Das historische Auslegungselement *(Fortsetzung)*

- Materialien der Entstehungsgeschichte (im Bund)
  - o Vorstösse im Parlament
  - o Gesetzgebungsaufträge (in der Verfassung), internationales Recht
  - o Entwürfe, Berichte und Stellungnahmen von Arbeitsgruppen und Experten, von Vernehmlassungsteilnehmern und von Verwaltungsstellen (Departemente, Ämter)
  - o Gesetzesentwurf und Botschaft des Bundesrates an die eidgenössischen Räte, abgedruckt im Bundesblatt ("BBl")
  - o Protokolle, Vorstösse und Berichte der parlamentarischen Kommissionen
  - o Amtliches Bulletin der Bundesversammlung (Wortprotokoll der Verhandlungen im National- und im Ständerat) ("AB N" bzw. "AB S")

Notizen:

3. Das historische Auslegungselement *(Fortsetzung)*

- Gesichtspunkte, von denen die Bedeutung der Entstehungsgeschichte im Einzelfall abhängt
  - Kommt eine bei der Schaffung der Rechtsnorm geäusserte Auffassung im Gesetz zum Ausdruck?
  - Von wem stammt eine Äusserung im Gesetzgebungsprozess?
  - Geht es um die Auslegung einer noch jungen Rechtsnorm?
  - Haben sich die zur Zeit des Erlasses der Rechtsnorm bestehenden Verhältnisse und Anschauungen seither wesentlich geändert?

Notizen:

3. Das historische Auslegungselement *(Fortsetzung)*

- Zusammenhang zwischen dem historischen Auslegungselement und dem Ziel der Auslegung (siehe Folie 66)
  - o subjektiv-historische Methode: ermittelt wird die Absicht des historischen Gesetzgebers
  - o objektiv-historische Methode: ermittelt wird das objektive Verständnis der Rechtsnorm zur Zeit ihres Erlasses
  - o objektiv-zeitgemässe Methode: ermittelt wird die heutige objektive Bedeutung der Rechtsnorm

Beispiel:

101

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft

vom 29. Mai 1874 (Stand am 20. April 1999)

Art. 4

[1] Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich. Es gibt in der Schweiz keine Untertanenverhältnisse, keine Vorrechte des Orts, der Geburt, der Familien oder Personen.

[2] Mann und Frau sind gleichberechtigt. Das Gesetz sorgt für ihre Gleichstellung, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit. Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit.[3]

3 Angenommen in der Volksabstimmung vom 14. Juni 1981 (Erwahrungsbeschluss des BR vom 17. Aug. 1981 – AS **1981** 1243 – und BB vom 10. Okt. 1980 – BBl **1980** III 701 775, **1980** I 69, **1981** II 1266).

BGE 13 I 1 - Kempin-Spyri

1. Urtheil vom 29. Januar 1887 in Sachen Kempin

A.- Auf 24. November 1886 war vor dem Bezirksgericht Zürich (II. Sektion) Tagfahrt zur Verhandlung in einer Forderungsstreitsache des Walther Kempin, zur Zeit in Remscheid (Rheinpreußen), Klägers und Widerbeklagten, gegen Frau Schweizer-Körner in Zürich, Beklagte und Widerklagen, angesetzt. Für den Kläger und Wiederbeklagten erschien dessen Ehefrau Emilie geb. Spyri und beantragte zunächst, sie sei als Vertreterin, eventuell als Cessionarin ihres Ehemannes zum Vortrage über die Sache selbst zuzulassen. Der Anwalt der Beklagten und Widerklägerin opponirte diesem Antrage und das Bezirksgericht erkannte, gestützt auf § 174 des zürcherischen Gesetzes über die Rechtspflege, wonach zur Vertretung Dritter in Civilsachen der Besitz des Aktivbürgerrechtes erforderlich sei, der Frau Kempin werde die Vertretung ihres Mannes nicht gestattet.

B.- Gegen diesen Beschluß beschwert sich Frau Emilie Kempin geb. Spyri im Wege des staatsrechtlichen Rekurses beim Bun desgeriche. Sie führt im wesentlichen aus: Von Geburt und durch Verehelichung Zürcherbürgerin, habe sie nach bestandenem Maturitätsexamen mit Einwilligung und in vollem Einverständniß ihres Mannes seit dem Sommersemester 1884 ander Zürcher Universität juristischen Studien obgelegen und gedenke, nach erlangtem Ausweis über dieselben, sich der Advokatur zu widmen. Ihre Beschwerde gegen den angefochtenen Beschluß stütze sich in erster Linie auf Art. 4 der Bundesverfassung, wonach es in der Schweiz keine Vorrechte des Ortes, der Geburt, der Familie oder Personen gebe. Gegen diesen Grundsatz verstoße das Bezirksgericht Zürich, wenn es dem weiblichen Schweizerbürger den Besitz des Aktivbürgerrechtes abspreche, aus dem einzigen Grunde, weil dieser Schweizerbürger weiblichen Geschlechtes sei. Die Bundesverfassung mache in konsequenter Durchführung des in Art. 4 aufgestellten Prinzips keinen Unterschied zwischen männlichen und weiblichen Staatsbürgern. Die Grundsätze und Gewährleistungen der Art. 31, 43, 45, 56, 59 der Bundesverfassung beziehen sich zweifellos in gleicher Weise auf Mann und Frau. Nicht einmal Art. 18 mache eine Ausnahme von der verfassungsmäßigen Gleichstellung sämmtlicher Staatsangehörigen; es sei gar nicht gesagt, daß der in diesem Artikel niedergelegte Grundsatz "Jeder Schweizer ist wehrpflichtig", nicht auch auf die Frauen in der Art angewendet werden könnte, daß ein Theil des weiblichen Geschlechtes zum Sanitätsdienste herangezogen und der übrige der Militärpflichtersatzsteuer unterworfen würde. Ein verfassungsmäßiges Hinderniß stünde dem nicht entgegen. Es dürfe also aus Art. 18 der Bundesverfassung nicht gefolgert weiden, daß die Bundesverfassung zum Theil auf beide Geschlechter, zum Theil dagegen nur auf Manner anwendbar sei. Im Fernern verstoße der bezirksgerichtliche Beschluß gegen die in Ermangelung eines Ausführungsgesetzes zu Art. 66 der Bundesverfassung anwendbaren Bestimmungen der Art. 16 und 18 der zürcherischen Kantonsverfassung. Keine Verfassung oder Gesetzesbestimmung definire, was unter "Aktivbürgerrecht" zu verstehen sei. Arg. e contrario sei aber aus Art. 16 und 18 der Kantonsverfassung zu folgern, daß jede zwanzigjährige, vollkommen handlungsfähige Person im Besitze des Aktivbürgerrechtes sei, so lange sie in demselben nicht (wegen Verbrechen oder Vergehen, in Folge Konkurses oder wegen dauernder Almosengenössigkeit) eingestellt werde. Einen Unterschied zwischen Personen männlichen und weiblichen Geschlechtes machen auch Art. 16 und 18 der Kantonsverfassung nicht. Wenn die Frauen bisher im Kanton Zürich das Stimmrecht nicht beansprucht haben, so sei dasselbe ihnen dadurch nicht verloren gegangen. Auch vorausgesetzt übrigens, die Frauen wären nicht sämmtlicher politischer Rechte theilhaft, so sei damit noch nicht gesagt, daß sie das Aktivbürgerrecht nicht besitzen.

Das Stimmrecht sei, (wie sich z.B. aus Art. 74 B.V. ergebe) keine Voraussetzung des Aktivbürgerrechtes, sondern umgekehrt das Aktivbürgerrecht eine Bedingung für die Existenz des Stimmrechts. Aktivbürgerrecht sei gleichbedeutend mit bürgerlicher Ehrenfähigkeit. Diese stehe auch solchen zu, welche ein Stimmrecht nicht besitzen. Wenn das Bezirksgericht ausführe, daß jedenfalls der Rekurrentin als Ehefrau das Aktivbürgerrecht nicht zustehe, weil sie unter ehemännlicher Vormundschaft stehe, so sei auch dies unrichtig. Die Vormundschaft des Ehemannes erstrecke sich nur auf das Vermögen, nicht auf die Person der Ehefrau. Sobald letztere durch selbständige Ausübung eines Berufes oder Gewerbes für alle ihre Handlungen selbst verantwortlich werde, so falle auch die Vormundschaft des Ehemannes weg. Das Bezirksgericht behaupte ferner, es sei ganz irrelevant, ob der Ehemann der Recurrentin dieselbe zu Führung des Advokaturberufes habe ermächtigen wollen oder nicht, da die Advokatur kein Handelsgeschäft sei. Dies sei aber offenbar unrichtig, da § 7 des Bundesgesetzes betreffend die Handlungsfähigkeit und Art. 35 Obligationenrecht (und zwar mit vollem Bewußtsein) nicht nur vom Betriebe eines "Handelsgewerbes" sprechen. Seit dem Inkrafttreten dieser Gesetze könne daher eine Ehefrau durch ihren Ehemann auch zu Betreibung eines Berufes (wie die Advokatur) ausdrücklich oder stillschweigend ermächtigt werden. Es seien demnach auch die der Rekurrentin durch die citirten Bundesgesetze gewährleisteten Rechte verletzt. Die Rekurrentin ersuche daher das Bundesgericht, den bezirksgerichtlichen Beschluß vom 24. November zu kassiren

a) durch Anerkennung ihres Aktivbürgerrechts,

b) durch Anerkennung ihrer Handlungsfähigkeit mit dem Momente der selbständigen Ausübung eines Berufes.

C.- Das Bezirksgericht Zürich erklärt, daß der Rekurs ihm zu keinen Gegenbemerkungen Weranlaßung gebe.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Weder das Bundesgesetz betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit noch das Obligationenrecht enthalten irgendwelche Bestimmungen darüber, wer zur Vertretung Dritter vor Gericht befähigt sei. Die sachbezüglichen Normen gehören nicht dem Privat, sondern dem öffentlichen Rechte an und fallen daher nicht in den Bereich der erwähnten privatrechtlichen Bundesgesetze (vergleiche Entscheidungen des Bundesgerichtes, Amtliche Sammlung VIII. S. 750, Erw. 4). Vorbehaltlich der bundesgesetzlichen Bestimmungen über die Vertretung der Parteien vor eidgenössischen Gerichtsinstanzen und innerhalb der durch die Bundesverfassung gezogenen Schranken (vergleiche insbesondere Art. 33 der Bundesverfassung und Art. 5 der Übergangsbestimmungen zu derselben) steht die Aufstellung von Vorschriften über die Berechtigung zur Parteivertretung vor Gericht, beziehungsweise über die Ausübung der Advokatur den Kantonen zu, da diese Materie eben dem, bekanntlich im wesentlichen kantonaler Regelung überlassenen, Gerichtsverfassungs- und Prozeßrechte angehört. Von einer Verletzung des Handlungsfähigkeitsgesetzes oder des Obligationenrechts kann demnach von vornherein nicht die Rede sein.

2. Es kann sich daher einzig fragen, ob der angefochtene Beschluß gegen eine Bestimmung der Bundes oder der kantonalen Verfassung verstoße. Wenn nun die Rekurrentin zunächst auf Art. 4 der Bundesverfassung abstellt und aus diesem Artikel scheint folgern zu wollen, die Bundesverfassung postulire die volle rechtliche Gleichstellung der Geschlechter auf dem Gebiete des gesammten öffentlichen und Privatrechts, so ist diese Auffassung eben so neu als kühn; sie kann aber nicht gebilligt werden. Es bedarf in der That keiner weitern Ausführung, daß man mit einer solchen Folgerung sich mit allen Regeln historischer Interpretation in

Widerspruch setzen würde. Art. 4 der Bundesverfassung darf, wie das Bundesgericht stets festgehalten hat, nicht in dem, zu geradezu unmöglichen Konsequenzen führenden, Sinne aufgefaßt werden, daß derselbe schlechthin jede Verschiedenheit in der rechtlichen Behandlung einzelner Personenklassen verbiete, sondern derselbe schließt nur solche rechtliche Verschiedenheiten aus, welche, nach anerkannten Grundprinzipien der Rechts- und Staatsordnung, als innerlich unbegründet, durch keine erhebliche Verschiedenheit der Thatbestände gerechtfertigt erscheinen. Nun erscheint aber nach der jedenfalls zur Zeit noch zweifellos herrschenden Rechtsanschauung die verschiedene rechtliche Behandlung der Geschlechter auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts, speziell in Bezug auf das Recht der Bethätigung im öffentlichen Leben, als eine der innern Begründung keineswegs entbehrende. Als im Widerspruche mit Art. 4 der Bundesverfassung stehend, kann daher eine kantonalgesetzliche Norm, welche die Frauen von der Parteivertretung vor Gericht ausschließt, jedenfalls nicht erachtet werden.

3. Die Rekurrentin führt nun aber im Weitern aus, das Recht der Parteivertretung vor Gericht werde ihr lediglich deshalb abgesprochen, weil sie das "Aktivbürgerrecht" nicht besitze, wählend ihr dasselbe doch nach den Bestimmungen der Art. 16 und 18 der Kantonsverfassung zustehe. Wenn in dieser Richtung das Bezirksgericht Zürich den Begriff des "Aktivbürgerrechtes" im Sinne des 8 174 des zürcherischen Rechtspflegegesetzes dahin auffaßt, daß dieses Recht nur demjenigen zustehe, der die politischen Rechte, welche Verfassung und Gesetz dem einzelnen Bürger einräumen, insbesondere also das Stimmrecht in staatlichen Angelegenheiten, auszuüben berufen ist, so kann darin eine Verfassungsverletzung nicht erblickt weiden, vielmehr handelt es sich dabei lediglich um eine der Nachprüfung des Bundesgerichtes entzogene Auslegung eines kantonalen Gesetzes. Denn die Verfassung enthält ja durchaus keine Bestimmung darüber, in welchem Sinne das "Aktibürgerrecht" die Voraussetzung zur Berechtigung der Parteivertretung vor Gericht bilde. Uebrigens folgt aus einer Vergleichung der Art. 16 und 18 der Kantonsverfassung wohl mit Sicherheit, daß letztere Verfassungsbestimmung den Ausdruck "Aktivbürgerrecht" einfach als gleichbedeutend mit "Stimmrecht" braucht. Wenn sodann das Bezirksgericht Zürich ferner ausführt, daß den Frauen das "Aktivbürgerrecht" in gedachtem Sinne nicht zustehe, so liegt auch hierin keine Verfassungsverletzung. Allerdings schliessen weder die Bundes- noch die zürcherische Kantonsverfassung die Frauen vom Stimmrechte ausdrücklich aus; allein mit Rücksicht auf die gesammte geschichtliche Entwickelung ist doch ohne Weiteres anzunehmen, dass dieselben unter den Bürgern, welchen das Stimmrecht verliehen wird, nur Bürger männlichen Geschlechts, nicht auch Bürgerinnen verstehen.

Urteilskopf

83 I 173

23. Arrêt du 26 juin 1957 dans la cause Quinche et consorts contre Conseil d'Etat du Canton de Vaud.

Regeste

Art. 4 BV, 85 lit. a OG; Frauenstimmrecht.
1. Unzuständigkeit des Bundesgerichts zur Behandlung einer Beschwerde, die sich auf die Ausübung der politischen Rechte in eidgenössischen Angelegenheiten bezieht, sowie zur Beurteilung der Frage, ob die Bestimmungen einer Kantonsverfassung mit der Bundesverfassung vereinbar sind (Erw. 1 und 6).
2. Überprüfungsbefugnis des Bundesgerichts bei Wahl- und Abstimmungsbeschwerden gemäss Art. 85 litt. a OG (Erw. 2).
3. Auslegungsmethoden in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Bedeutung der Materialien. Wichtigkeit der Praxis. Eine kantonale Behörde handelt nicht willkürlich, wenn sie es ablehnt, eine an sich nicht eindeutige Bestimmung in einer Weise auszulegen, die mit der bisherigen langjährigen und beständigen Praxis im Widerspruch stände (Erw. 4 und 5).

Sachverhalt ab Seite 174

BGE 83 I 173 S. 174

A.- Antoinette Quinche et un certain nombre d'autres femmes ont demandé à leur commune de domicile dans le canton de Vaud de les inscrire au rôle des électeurs et de leur délivrer une carte civique. Les autorités saisies ayant refusé d'accéder à cette requête, Antoinette Quinche et consorts ont recouru au Conseil d'Etat du canton de Vaud, qui les a déboutés par une décision du 11 mars 1957, motivée en bref comme suit:
En vertu de l'art. 23 Cst. vaud., "sont citoyens actifs tous les Suisses âgés de vingt ans révolus, établis ou en séjour dans le canton depuis trois mois et n'exerçant pas

BGE 83 I 173 S. 175

leurs droits politiques dans quelque autre Etat de la Confédération". Par le mot "Suisse", le législateur n'a compris que les hommes et a "strictement et intentionnellement" exclu les femmes de l'exercice du droit de vote. Depuis lors, c'est constamment et exclusivement dans ce sens que les règles constitutionnelles et légales existant en cette matière ont été appliquées. Il ne faut d'ailleurs pas voir là une violation du principe de l'égalité devant la loi (art. 2 Cst. vaud.). En effet, les dispositions délimitant le cercle des personnes jouissant des droits politiques constituent, par rapport à ce principe, des règles spéciales, qui l'emportent. Dans son arrêt Lehmann, du 14 septembre 1923, le Tribunal fédéral admet d'ailleurs aussi, pour des raisons historiques, que seuls les hommes ont le droit de vote sur le plan fédéral. Il considère de plus que l'introduction du sufrage féminin reviendrait à modifier un régime juridique profondément enraciné et qu'elle ne pourrait dès lors avoir lieu que par une revision de la constitution et non par la simple voie de l'interprétation. Telle est du reste également l'opinion de la doctrine. Il n'y a aucune raison de s'en écarter.

B.- Agissant par la voie du recours de droit public, Antoinette Quinche et consorts requièrent le Tribunal fédéral d'annuler la décision du Conseil d'Etat. A leur avis, les textes applicables en matière de droit de vote n'excluent pas expressément les femmes de l'exercice des droits politiques. Ils peuvent au contraire être adaptés à l'évolution des idées. En se confinant dans une interprétation strictement historique, le Conseil d'Etat a violé l'art. 4 Cst., car il a perdu de vue qu'au regard des circonstances actuelles la différence de sexe ne justifie plus un traitement différentiel quant à l'octroi du droit de vote. Il est d'ailleurs faux de croire que le suffrage féminin ne pourrait être introduit que par la voie d'une revision constitutionnelle. Il ne s'agirait en effet nullement d'abolir un régime juridique profondément enraciné.

Le Conseil d'Etat conclut au rejet du recours.

BGE 83 I 173 S. 176

Erwägungen

Considérant en droit:

[...]

3. Les recourantes affirment qu'au regard des dispositions constitutionnelles ou légales actuelles, elles peuvent prétendre exercer les droits politiques. Elles posent ainsi le problème de l'interprétatior de ces dispositions constitutionnelles ou légales. S'agissant exclusivement du droit de vote en matière cantonale et communale, la disposition applicable est celle de l'art. 23 Cst. vaud., aux termes duquel "sont citoyens actifs tous les Suisses âgés de vingt ans révolus, établis ou en séjour dans le canton depuis trois mois et n'exerçant pas leurs droits politiques dans quelque autre Etat de la Confédération". De l'avis des recourantes, le mot "Suisses" désigne aussi bien les hommes que les femmes. Tel est effectivement le cas dans le langage courant. On peut se demander s'il en va de même dans la terminologie technique utilisée par la constitution. Ainsi, à l'art. 3 Cst. vaud., en vertu duquel "tout Suisse habitant le canton est tenu au service militaire", le mot "Suisse" vise incontestablement les hommes seulement, à l'exclusion des femmes. D'autre part, lorsque le constituant vaudois a voulu désigner par un seul terme les hommes et les femmes, il lui est arrivé souvent d'utiliser un mot dont le caractère neutre ne souffre pas de discussion. Ainsi, à l'art. 4, où il déclare: "Nul ne peut être poursuivi ou arrêté que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle prescrit. Tout individu arrêté doit être entendu par le magistrat compétent dans les vingt-quatre heures qui suivent son arrestation"; de même à l'art. 16, où il pose la règle que "chacun est libre d'enseigner en se conformant aux lois sur cette matière". On ne saurait dès lors affirmer que le terme "Suisses" utilisé à l'art. 23 Cst. vaud. possède un sens clair et indiscutable. Force est donc de l'interpréter.

4. Qu'il appartienne au pouvoir judiciaire ou à l'administration, le juge cherche, quand il interprète une

BGE 83 I 173 S. 178

disposition constitutionnelle ou légale, à en découvrir le sens, à définir la portée juridique effective de la norme que recouvrent, plus ou moins heureusement, les expressions dont s'est servi le législateur. Ce sens peut être celui que le législateur historique a voulu donner au texte. Mais il peut être aussi celui que doit avoir le texte pour être applicable aujourd'hui d'une manière raisonnable. Dans plusieurs arrêts récents, le Tribunal fédéral paraît se rattacher davantage à cette seconde définition du sens de la norme. En effet, dit-il, la volonté du législateur doit être dégagée de la loi elle-même, de son texte, de sa logique interne, du but qu'elle se propose. "Ce qui importe, ce n'est pas le sens qu'a pu attribuer à une disposition le législateur historique, voire telle ou telle personne qui a été mêlée à l'élaboration de la loi; c'est le sens qui résulte de tout le système de la loi, compte tenu des circonstances actuelles et de l'état de développement de la technique" (RO 78 I 30; cf. aussi 82 I 153**; 81 I 282**; **80 II 79**, 316; **79 II 434; 79 I 20**). Il serait faux cependant de croire qu'en posant ces principes, le Tribunal fédéral a entendu se rallier résolument à l'interprétation dite objective et abandonner du même coup l'interprétation historique. Un examen attentif de sa jurisprudence montre au contraire qu'il n'exclut aucune méthode de manière absolue mais qu'il recourt aux procédés d'interprétation qui lui paraissent, dans le cas particulier, les plus propres à dégager le véritable sens de la norme. Ainsi, dans les arrêts RO 69 II 216 et 82 IV 91, il a défini le sens de diverses dispositions légales en se fondant à la fois sur leur genèse telle qu'elle ressortait des travaux préparatoires, sur leur texte et sur leurs rapports avec d'autres dispositions légales ou d'autres principes. Si l'on voulait dégager de sa jurisprudence une règle générale, on pourrait dire tout au plus qu'il marque une certaine réserve à l'égard de l'interprétation historique. Cette réserve est d'ailleurs justifiée, car - c'est un fait d'expérience - les travaux préparatoires renseignent très rarement de façon certaine sur la volonté réelle et complète

BGE 83 I 173 S. 179

du législateur. Cependant, il arrive que ces travaux préparatoires permettent d'établir avec une parfaite clarté le sens que l'auteur de la loi a entendu donner aux termes qu'il a utilisés. Lorsqu'il en est ainsi, le Tribunal fédéral considère qu'il doit se conformer à l'intention du législateur historique, à moins que le sens qu'à l'époque on a entendu donner à la loi ne soit incompatible avec le texte de celle-ci ou absolument inacceptable en pratique (RO 68 II 111). A plus forte raison doit-il en être ainsi lorsqu'une pratique absolument constante montre que les autorités chargées d'appliquer la disposition ou les particuliers qui y sont soumis l'ont toujours comprise de la même manière que le législateur historique. Quand cette pratique constante s'étend sur un grand nombre d'années, qu'elle acquiert ainsi le caractère d'une sorte de coutume, elle confère au sens voulu à l'origine par le législateur une force particulière. La disposition ne s'impose plus alors au juge par son seul texte mais aussi par la pratique qui l'a toujours comprise dans un sens bien défini. Malgré l'absence des termes qui, d'un point de vue purement formel et extérieur, donneraient sans discussion possible à la disposition le sens que le législateur puis la pratique lui ont certainement et toujours conféré, le juge doit considérer que le texte ne souffre pas une interprétation nouvelle. Autrement dit, dans cette hypothèse particulière et d'ailleurs rare, la disposition dont les termes pris en eux-mêmes sont ambigus et pourraient recevoir une autre interprétation sans faire violence au texte, équivaut en réalité à une règle que le législateur aurait rédigée en des termes rendant exactement son intention. Le juge ne se trouve plus en présence d'un texte seulement mais d'un texte doublé d'un usage. Il est alors lié tout comme il l'est par une disposition qui ne souffre aucune interprétation parce qu'elle possède un sens absolument clair. Si, en pareil cas, il s'écartait du sens voulu par le législateur et confirmé par la pratique constante, il ferait un acte qui reviendrait en fait à modifier la loi. Or, s'il possède

BGE 83 I 173 S. 180

bien le pouvoir de compléter la loi lorsqu'elle présente une lacune, il n'a pas en revanche celui de la modifier. Ce droit n'appartient qu'à l'autorité législative. Le particulier qui voudrait donner à la norme un sens différent doit donc avoir recours non point au juge mais au législateur.

5. La constitution vaudoise a été adoptée le 1er mars 1885. Son art. 23, qui garantit la qualité de citoyen actif à "tous les Suisses âgés de vingt ans révolus, établis ou en séjour dans le canton depuis trois mois et n'exerçant pas leurs droits politiques dans quelque autre Etat de la Confédération", n'a pas été modifié depuis lors. Les constitutions vaudoises antérieures, du 15 décembre 1861 et du 10 août 1845 utilisaient au lieu de l'expression "tous les Suisses", celles de "Vaudois" et "Confédérés", ce qui revient cependant au même, étant donné le problème posé. Or il ne peut faire de doute pour personne qu'à l'époque où ces différentes dispositions constitutionnelles ont été adoptées, les termes de "Suisses", "Vaudois" ou "Confédérés" visaient les hommes, à l'exclusion des femmes. Le constituant n'a pu avoir à ce sujet une idée différente, car en 1845, 1861 ou 1885 la question de savoir s'il fallait accorder les droits politiques aux femmes ne se posait pas en pratique, même si quelques esprits en avance sur leur époque l'avaient soulevée comme un problème de doctrine. Il allait de soi, en effet, que seuls les hommes pouvaient revêtir la qualité de citoyen actif. Depuis ce moment-là, l'art. 23 Cst. vaud. et les dispositions légales destinées à le préciser ont été interprétés de façon absolument constante en ce sens que seuls les hommes jouissent des droits politiques. A aucun moment les femmes habitant le canton de Vaud n'ont été admises à participer à des élections ou à des votations. Lorsque, en 1950, les autorités vaudoises se sont demandé s'il fallait conférer aux femmes le droit de prendre part à certaines votations et élections, elles ont proposé au peuple une modification de la constitution, qui a d'ailleurs été refusée.

BGE 83 I 173 S. 181

Ainsi, le sens que le constituant de 1885 a entendu au mot "Suisses" est clair. Ce sens a été confirmé par une pratique absolument constante et qui peut être comparée à une sorte de coutume. Il s'ensuit que, dans le canton de Vaud, les droits politiques n'appartiennent qu'aux hommes, à l'exclusion des femmes. L'art. 23 Cst. vaud. s'imposait au Conseil d'Etat avec ce sens. Il le liait et lui interdisait toute autre interprétation. Le Conseil d'Etat n'est donc pas tombé dans l'arbitraire en refusant de lui donner un sens différent et en renvoyant les recourants à procéder par la voie d'une demande de revision de la constitution.

6. On peut se demander en revanche si l'art. 23 Cst. vaud. qui, d'après la volonté claire du législateur et en vertu d'un usage absolument constant, confère les droits politiques aux hommes, à l'exclusion des femmes, constitue, ainsi compris, une disposition contraire à l'art. 4 Cst. féd. Autrement dit, la question pourrait se poser de savoir si l'art. 4 Cst. féd. impose au constituant vaudois l'obligation d'accorder aux femmes les mêmes droits politiques qu'aux hommes. Cette question doit cependant demeurer indécise. Elle soulève, en effet, le problème de la conformité des dispositions d'une constitution cantonale avec celles de la constitution fédérale. Or, dans une jurisprudence constante, le Tribunal fédéral s'est toujours refusé à examiner un problème de cette nature. En effet, dit-il, les cantons sont tenus de demander à la Confédération la garantie de leur constitution (art. 6 Cst. féd.). Cette garantie leur est accordée ou refusée par l'Assemblée fédérale (art. 85 ch. 7 Cst. féd.). Comme celle-ci doit examiner à ce moment-là si la constitution cantonale est ou non conforme à la constitution fédérale, cela exclut qu'une autre autorité se livre au même examen. Les art. 6 et 85 ch. 7 Cst. féd. constituent des dispositions spéciales qui l'emportent sur l'art. 113 Cst. féd. (RO 69 I 177/178**; 56 I 330**; 22 p. 4 et 1019, consid. 4; 17 p. 630, consid. 4; 1 p. 347, consid. 6). Il est vrai que cette jurisprudence

BGE 83 I 173 S. 182

a été mise en doute par la doctrine (cf. en effet BURCKHARDT, Commentaire, 3e éd. p. 71; FLEINER/GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, p. 134; GIACOMETTI, Verfassungsgerichtsbarkeit, p. 110/111). Le Tribunal fédéral s'y est néanmoins tenu encore en 1945 (arrêt non publié du 2 juillet 1945 dans la cause Müller c. Conseil d'Etat du canton de Zurich, p. 8; BIRCHMEIER, Handbuch, p. 312/313) et en 1949 (arrêt non publié du 23 juin 1949 dans la cause Parti "démocratique-progressiste" du Cercle d'Avenches c. Conseil d'Etat du canton de Vaud). Il n'y a pas lieu de s'en écarter. Il suffit d'observer que cette jurisprudence fait une distinction suivant que le recours de droit public est dirigé contre une disposition constitutionnelle prise pour elle-même ou simplement contre une décision qui l'applique. Dans le premier cas, elle exclut absolument le recours de droit public, tandis que, pour ce qui concerne le second, elle a laissé la question indécise (RO 56 I 330, arrêts Müller et Parti "démocratique-progressiste" du Cercle d'Avenches). Toutefois, ajoutet-elle, "lorsque... la décision de l'autorité cantonale se borne à reprendre, sans le modifier en aucune façon, le principe énoncé dans le texte constitutionnel auquel l'Assemblée fédérale a accordé la garantie prévue à l'art. 85 ch. 7 Cst., on pourrait se demander si ... le Tribunal fédéral ne devrait pas se considérer comme lié". La jurisprudence inclinerait donc à exclure aussi le recours de droit public dirigé contre une décision d'espèce qui reprendrait le principe constitutionnel sans le modifier. Cette tendance est exacte et il convient de l'ériger en règle générale. En effet, dans cette hypothèse, le texte constitutionnel est en jeu exactement comme lorsque le recours est dirigé contre la disposition elle-même. Il n'y a donc pas lieu de traiter les deux situations différemment. L'exclusion du recours de droit public dans ces deux cas ne livre d'ailleurs pas le citoyen à l'arbitraire de l'Etat. En effet, l'Assemblée fédérale peut en tout temps retirer la garantie qu'elle a accordée, lorsqu'à l'usage une disposition

d'une constitution cantonale apparaît comme contraire au droit fédéral, notamment à la constitution fédérale (BURCKHARDT, Commentaire, p. 70/71; FLEINER/GIACOMETTI, Schweiz. Bundesstaatsrecht, p. 133).

En l'espèce, la constitution vaudoise du 1er mars 1885, notamment son art. 23, a été garantie par un arrêté fédéral du 27 mars 1885, c'est-à-dire à une époque où, de toute évidence, l'Assemblée fédérale considérait que les femmes étaient exclues des droits politiques et où elle a accordé la garantie fédérale dans ce sens. Les recourantes n'attaquent pas l'art. 23 Cst. vaud. comme tel mais une décision qui l'applique et reprend exactement le principe qu'il pose, tel qu'il résulte de la volonté claire du législateur et de l'usage constant. Dans cette mesure dès lors, le présent recours de droit public est irrecevable. D'ailleurs même s'il ne l'était pas pour cette raison, il devrait l'être pour une autre. En effet, les recourantes demandent au Tribunal fédéral d'annuler non pas l'art. 23 Cst. vaud., mais la décision qui leur refuse l'exercice des droits politiques. Si le Tribunal fédéral leur donnait raison, il modifierait en fait l'art. 23 Cst. vaud. et en ferait une disposition nouvelle. Par cette voie, les recourantes éluderaient les règles auxquelles la revision de la constitution est soumise. Elles échapperaient notamment au vote populaire et empêcheraient ainsi le canton d'obtenir la garantie fédérale, puisque celle-ci est soumise en particulier à la condition que les dispositions nouvelles aient été acceptées par le peuple. Il est clair que le Tribunal fédéral ne saurait prêter la main à pareille tentative.

Dispositiv

Par ces motifs, le Tribunal fédéral:
Rejette le recours en tant qu'il est recevable.

Urteilskopf

116 Ia 359

56. Auszug aus dem Urteil der I. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 27. November 1990 i.S. Theresa Rohner und Mitbeteiligte gegen Kanton Appenzell I.Rh. (staatsrechtliche Beschwerde)

Regeste

Art. 85 lit. a OG; **Art. 4 Abs. 2, Art. 6 Abs. 2 und Art. 74 Abs. 4 BV**; **Art. 16 KV/AI**; Gleichberechtigung bei den politischen Rechten.

1. Erfordernis des aktuellen praktischen Interesses an der Aufhebung des angefochtenen Entscheides (E. 2).
2. Legitimation zur Stimmrechtsbeschwerde (E. 3).
3. Überprüfung kantonaler Verfassungsbestimmungen durch das Bundesgericht (E. 4).
4. Grundsätze für die Verfassungsauslegung (E. 5).
5. Auslegung von **Art. 74 Abs. 4 und Art. 4 Abs. 2 BV** (E. 6).
6. Ist **Art. 74 Abs. 4 BV** ein echter Vorbehalt gegenüber **Art. 4 Abs. 2 BV**? Hinweise auf die Materialien und die Lehre (E. 7 und 8). Frage verneint. **Art. 4 Abs. 2 BV** gilt auch für die politischen Rechte (E. 9a und b).
7. Die bisherige Auslegung von **Art. 16 KV/AI** verstösst gegen **Art. 4 Abs. 2 BV** und **Art. 6 Abs. 2 BV** (E. 9c und 10a).
8. Verfassungskonforme Auslegung von **Art. 16 KV/AI** (E. 10c).
9. Die Feststellung, dass den Frauen im Kanton Appenzell I.Rh. die politischen Rechte zustehen, gilt ab Eröffnung des bundesgerichtlichen Entscheides (E. 10d).

Sachverhalt ab Seite 361

BGE 116 Ia 359 S. 361

Am 5. April 1989 stellte Theresa Rohner bei der Standeskommission des Kantons Appenzell I.Rh. das Gesuch, es sei ihr die aktive Teilnahme an der Landsgemeinde vom 30. April 1989 zu bewilligen. Am 18. April 1989 wies die Standeskommission dieses Gesuch ab. Sie hielt fest, dass gemäss Art. 16 der Verfassung für den Eidgenössischen Stand Appenzell I.Rh. (KV) den Frauen das Stimmrecht in kantonalen Angelegenheiten, insbesondere die Teilnahme an der Landsgemeinde und an Bezirksgemeinden, nicht zustehe.

Gegen diesen Entscheid wandte sich Theresa Rohner am 22. Mai 1989 mit Stimmrechtsbeschwerde gemäss **Art. 85 lit. a OG** an das Bundesgericht. Sie beantragt, die Verfügung der Standeskommission vom 18. April 1989 sei aufzuheben, und macht im wesentlichen geltend, Art. 16 KV verstosse gegen **Art. 4 Abs. 2 BV**. Die Verweigerung des Stimmrechts für die Frauen in kantonalen Angelegenheiten stelle eine verfassungswidrige Diskriminierung dar. Der Vorbehalt des kantonalen Rechts gemäss **Art. 74 Abs. 4 BV** für Abstimmungen und Wahlen der Kantone und Gemeinden schliesse die Verfassungswidrigkeit nicht aus, da **Art. 4 Abs. 2 BV** als neueres Verfassungsrecht dem **Art. 74 BV** vorgehe.

Mit Verfügung vom 10. Oktober 1989 sistierte der Präsident der I. öffentlichrechtlichen Abteilung das staatsrechtliche Beschwerdeverfahren im Einvernehmen mit der Beschwerdeführerin bis zur Landsgemeinde 1990. Am 29. April 1990 lehnte die Landsgemeinde den ihr von der Standeskommission und vom Grossen Rat unterbreiteten Antrag betreffend Einführung des Frauenstimm- und Wahlrechts im Verhältnis 6:4 ab. Mit der entsprechenden Vorlage wurde eine Änderung des Art. 16 KV beantragt, indem "alle im Kanton wohnhaften Schweizerbürgerinnen und Schweizerbürger" an Landsgemeinden und an Gemeindeversammlungen als stimmberechtigt erklärt

werden sollten. Die geltende Fassung dagegen spricht in diesem Zusammenhang von den "Landleuten" und den "übrigen Schweizern".

Am 29. Mai 1990 erhoben Ursula Baumann und weitere 52 im Kanton Appenzell I.Rh. wohnhafte Frauen gegen den erwähnten Landsgemeindebeschluss vom 29. April 1990 staatsrechtliche Beschwerde gemäss **Art. 85 lit. a OG** wegen Verletzung von **Art. 4 Abs. 1 und 2 BV**. Ebenfalls am 20. Mai 1990 reichten

BGE 116 Ia 359 S. 362

Mario Sonderegger und 48 weitere Männer, die im Kanton Appenzell I.Rh. ihren Wohnsitz haben, eine im wesentlichen gleichlautende staatsrechtliche Beschwerde ein. In beiden Beschwerden wird beantragt, den Landsgemeindebeschluss vom 29. April 1990 aufzuheben und den Kanton Appenzell I.Rh. anzuweisen, Art. 16 KV im Sinne der Revisionsvorlage abzuändern.

Zur Begründung wiederholen die Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer im wesentlichen, dass **Art. 4 Abs. 2 BV** der Vorschrift von **Art. 74 Abs. 4 BV** vorgehe. Diese sei als Vorbehalt zu **Art. 74 Abs. 1 BV** zu verstehen und habe übrigens keine eigenständige rechtliche Bedeutung. Als im Jahre 1981 **Art. 4 Abs. 2 BV** in der Bundesverfassung verankert worden sei, hätten zwar der Bundesrat und die Mehrheit des Parlaments die gegenteilige Auffassung vertreten. Indessen sei dem Verfassungsgeber - Volk und Ständen der Eidgenossenschaft - nicht dargelegt worden, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen für die politische Stimmberechtigung in den Kantonen nicht gelten solle. Hätte man dies gewollt, so hätte **Art. 4 Abs. 2 BV** ein ausdrücklicher Vorbehalt beigefügt werden müssen.

Die Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer machen weiter geltend, selbst wenn dem Vorbehalt von **Art. 74 Abs. 4 BV** derogatorische Bedeutung zukomme, so wäre eine solche Tragweite gegenüber **Art. 4 Abs. 2 BV** als befristet anzusehen. Diese Frist für die Einführung des Frauenstimmrechts im Kanton wäre heute abgelaufen. Die Verweigerung des Frauenstimmrechts käme einer Rechtsverweigerung gleich.

Nachdem im Kanton Appenzell I.Rh. eine neue Initiative für die Einführung des Frauenstimmrechts eingereicht worden ist, hat der Präsident der I. öffentlichrechtlichen Abteilung die Standeskommission am 25. September 1990 um Auskunft über den Stand der Behandlung dieses Initiativbegehrens ersucht. Am 24. Oktober 1990 hat die Standeskommission mitgeteilt, der Grosse Rat habe es abgelehnt, eine ausserordentliche Landsgemeinde durchzuführen. Verfassungsgemäss sei somit diese neue Initiative der Landsgemeinde 1991 zu unterbreiten. Die Standeskommission begrüsse es, wenn der Entscheid des Bundesgerichts über die hängigen Beschwerden so bald als möglich gefällt werden könne.

BGE 116 Ia 359 S. 363

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

[...]

5. Somit ist für den Ausgang der Sache die Frage entscheidend, ob der Kanton Appenzell I.Rh. gestützt auf **Art. 74 Abs. 4 BV** nach wie vor die Freiheit beanspruchen kann, den Frauen im Kanton und seinen Gemeinden das Stimmrecht vorzuenthalten, obschon **Art. 4 Abs. 2 BV** anordnet, dass Mann und Frau gleichberechtigt seien.

a) **Art. 74 BV** hat das Frauenstimmrecht auf eidgenössischer Ebene eingeführt. Er wurde von Volk und Ständen in der Volksabstimmung vom 7. Februar 1971 angenommen. Die Absätze 1 - 3 beziehen sich auf die Regelung der Stimm- und Wahlberechtigung im Bund. Absatz 4, um dessen Tragweite es geht, lautet:

"Für Abstimmungen und Wahlen der Kantone und Gemeinden bleibt das kantonale Recht vorbehalten."

b) **Art. 4 Abs. 2 BV** wurde unter dem Titel "Gleiche Rechte für Mann und Frau" in der Volksabstimmung vom 14. Juni 1981, somit rund zehn Jahre später, von Volk und Ständen klar angenommen, und zwar als Gegenentwurf zu einer in der Folge zurückgezogenen Volksinitiative. Die Verfassungsbestimmung lautet:

"Mann und Frau sind gleichberechtigt. Das Gesetz sorgt für ihre Gleichstellung, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit. Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit."

c) Die Auslegung einer Verfassungsbestimmung hat grundsätzlich nach denselben methodischen Regeln zu erfolgen, wie sie für die Auslegung der einfachen Gesetze entwickelt wurden (**BGE 115 Ia 130** E. 3a; **BGE 112 Ia 212** E. 2a mit Hinweisen). Das Bundesgericht lässt sich von einem Methodenpluralismus leiten (**BGE 110 Ib 8**). Es geht zunächst vom Wortlaut der Bestimmungen aus (**BGE 114 Ia 28**, 196; **BGE 111 Ia 209** E. 6a) und ermittelt den Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung nach allen anerkannten Auslegungsmethoden (**BGE 114 Ib 162** E. 5a; **BGE 109 Ia 301** E. 12c). Dabei ist zu beachten, dass sich der Sinn

BGE 116 Ia 359 S. 368

einer Norm ändern kann (**BGE 115 Ia 133** E. dd; **BGE 104 Ia 291**). Der Richter muss sich bemühen, eine Norm in einer Weise anzuwenden, die den gegenwärtigen Gegebenheiten und Auffassungen möglichst entspricht. Er wird daher oft dazu kommen, eine hergebrachte Auslegung aufzugeben, die zur Zeit der Entstehung des Gesetzes zweifellos gerechtfertigt war, sich aber angesichts der Änderung der Verhältnisse oder auch nur wegen der Entwicklung der Anschauungen nicht mehr halten lässt (**BGE 105 Ib 60** E. 5a mit Hinweisen). So hat sich denn auch das Verständnis von **Art. 4 BV** in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gewandelt. Das Bundesgericht hat in **BGE 103 Ia 519** festgehalten, allgemein werde angenommen, dass der Wortlaut von **Art. 4 Abs. 1 BV**, wonach "alle Schweizer" vor dem Gesetze gleich seien, zu eng sei. Die Garantie der Gleichheit gelte auch für die Frauen im allgemeinen. In Erwägung 2 dieses Entscheides hat das Bundesgericht einige Beispiele angeführt, die auf den stetigen Wandel des Verfassungsverständnisses hinweisen, und es kommt zum Schluss, der Grundsatz der rechtlichen Gleichheit zwischen Mann und Frau sei so tief im Rechtsgefühl verwurzelt, dass es heute als Verletzung dieses Grundsatzes empfunden werde, wenn beispielsweise ein Mann und eine Frau, die in einem öffentlichen Amt tätig seien, nicht gleich bezahlt werden, sofern sie die gleiche Arbeit leisten (BGE **BGE 103 Ia 527** E. 6; vgl. auch **BGE 109 Ib 87** E. 4b).

Bei der Auslegung einer gesetzlichen Bestimmung zieht das Bundesgericht auch die Gesetzesmaterialien bei und berücksichtigt den Willen des historischen Verfassungs- und Gesetzgebers, soweit dieser im Gesetzestext seinen Ausdruck gefunden hat (**BGE 115 Ia 130** E. 3a; **BGE 112 Ib 470**; **BGE 109 Ia 303** E. 12c, je mit Hinweisen). Die Entstehungsgeschichte einer Norm kann ein wertvolles Hilfsmittel sein, deren Sinn zu erkennen und damit falsche Auslegungen zu vermeiden (**BGE 114 II 407** E. 3; **BGE 100 Ib 386**). Die Vorarbeiten sind aber weder verbindlich noch für die Auslegung unmittelbar entscheidend; insbesondere sind Äusserungen von Amtsstellen oder Personen, die bei der Vorbereitung mitwirkten, nicht massgebend, wenn sie im Gesetzestext nicht zum Ausdruck kommen (**BGE 115 II 99**; **BGE 113 Ia 314**; **BGE 103 Ia 290** E. c, je mit Hinweisen).

Bei der Prüfung der Verfassungsmässigkeit einer kantonalen Norm ist überdies zu fragen, ob der betreffenden Norm nach anerkannten Auslegungsregeln ein Sinn zugemessen werden kann, der sie mit den angerufenen

BGE 116 Ia 359 S. 369

Verfassungsgarantien vereinbar erscheinen lässt (**BGE 109 Ia 277** E. 2a). Die Verfassung ist die rechtliche Grundordnung, aus der sich alles staatliche Recht ableitet. Dem entspricht das Anliegen, alle Rechtssätze bei ihrer Auslegung auf die übergeordneten Wertentscheidungen der Verfassung auszurichten. Die verfassungskonforme Auslegung betont demnach den inneren Zusammenhang, der zwischen allen staatlichen Rechtsnormen besteht (ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1988, N 127).

6. Das Verständnis der hier zur Diskussion stehenden Verfassungsbestimmungen bereitet keine Mühe, sofern sie je für sich allein betrachtet werden. Damit ist jedoch die Frage noch nicht beantwortet, wie sich die beiden Regeln zueinander verhalten. Immerhin ergeben sich aus der Erfassung ihrer Tragweite erste Anhaltspunkte für die Beurteilung dieser Frage.

a) Der am 7. Februar 1971 in die Verfassung aufgenommene **Art. 74 BV** hatte die Einführung des Frauenstimmrechts auf eidgenössischer Ebene zum Inhalt. Er befasst sich nicht mit dem Stimmrecht in den Kantonen und Gemeinden und enthält insbesondere keine Verpflichtung der Kantone, die Gleichheit der Frauen beim Stimmrecht einzuführen. Dies ergibt sich unmissverständlich sowohl aus dem Wortlaut, insbesondere aus Abs. 4, als auch dem Sinn der Vorschrift und wird durch die Gesetzesmaterialien bestätigt. Es sollte nicht "ohne zwingende Gründe ... in die althergebrachte Organisationsautonomie der Kantone" eingegriffen werden, sagte die bundesrätliche Botschaft (BBl 1970 I/1 95). Verfassungsrechtlich heisst dies, dass Abs. 4, welcher für Abstimmungen und Wahlen der Kantone und Gemeinden das kantonale Recht vorbehält, den für den Bund geltenden Grundsatz von **Art. 3 BV** bestätigt, wonach die Kantone souverän sind, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist.

b) Bei dem rund zehn Jahre später angenommenen **Art. 4 Abs. 2 BV** geht es um das gleiche Anliegen der Beseitigung einer nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung von Mann und Frau. Doch betrifft diese Bestimmung nicht nur die bessere Verwirklichung der demokratischen Staatsform im Bund. Sie bezieht sich als Grundrecht auf die gesamte Rechtsordnung von Bund und Kantonen (JÖRG PAUL MÜLLER, Kommentar zur BV, Einleitung zu den Grundrechten, N 3 ff., N 39). Sowohl der Gesamtstaat als auch die Gliedstaaten haben grundsätzlich die Gleichberechtigung von Mann und Frau in allen Bereichen zu respektieren und durch Gesetz für ihre Gleichstellung zu sorgen, soweit nicht

Differenzierungen sachlich begründet sind oder sich sogar aufdrängen, etwa aus biologischen Gründen (GEORG MÜLLER, Kommentar zur BV, N 133 ff. zu **Art. 4 Abs. 2 BV**; **BGE 114 Ia 330** E. 2; **BGE 108 Ia 29** E. 5a).

Der Wortlaut des Verfassungsgebotes sowie dessen Sinn und Zweck sind klar. Die Gesetzesmaterialien bestätigen, dass das Gebot umfassend zu verstehen ist, wie der Bundesrat in der einleitenden Übersicht zur Botschaft über die Volksinitiative "Gleiche Rechte für Mann und Frau" betonte. Wenn einzelne Bereiche wie Familie, Ausbildung und Arbeit besonders angesprochen werden, so ändert dies nichts daran, dass mit dem Gegenvorschlag zur Initiative - dem geltenden **Art. 4 Abs. 2 BV**, der in der Folge angenommen wurde - das Anliegen der Gleichberechtigung verfassungsrechtlich umfassend verwirklicht werden sollte. Das Bundesgericht hat denn auch klar festgehalten, **Art. 4 Abs. 2 BV** stelle unzweideutig den Grundsatz auf, dass Mann und Frau in allen Rechts- und Lebensbereichen sowie auf allen staatlichen Ebenen (Bund, Kanton und Gemeinde) gleich zu behandeln seien. Ausnahmen von diesem Grundsatz seien nur zulässig, wenn geschlechtsbegründete biologische oder funktionelle Unterschiede eine Gleichbehandlung schlechthin ausschlössen (**BGE 108 Ia 29** E. 5a; Entscheide des Bundesgerichts vom 10. Oktober 1986 in ZBl 88/1987 S. 308 und vom 8. November 1985 in ZBl 87/1986 S. 483). **Art. 4 Abs. 2 BV** entspricht übrigens der Fassung von Art. 9 Abs. 3 des Expertenentwurfs für eine totalrevidierte Bundesverfassung, die - wie die Botschaft darlegte - "mit dem hauptsächlichen Instrument des Gesetzgebungsauftrages eine der Initiative ebenbürtige Chance in sich birgt, das

Gleichberechtigungsziel zu erreichen, ohne mit den Mängeln der Initiative behaftet zu sein" (BBl 1980 I 71). Als Mangel wurde u.a. die in der - später zurückgezogenen - Initiative vorgesehene Frist von fünf Jahren für die Erfüllung des Gesetzgebungsauftrages bezeichnet; diese Frist unterschätze die Konkretisierungsaufgabe des Gesetzgebers.

c) Stellt man in Befolgung der für die Auslegung der Verfassung massgebenden Regeln den klaren Wortlaut der beiden Bestimmungen von **Art. 74 und Art. 4 BV** einander gegenüber, so ist bei dem von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung allgemein betonten ganzheitlichen Verfassungsverständnis (**BGE 105 Ia 336** E. 3c, vgl. auch **BGE 114 Ia 197** E. cc; **BGE 114 Ib 162** E. 5a) ein Widerspruch in dem Sinne, dass **Art. 74 BV** die Gleichberechtigung der Frau im

BGE 116 Ia 359 S. 371

Bereich der politischen Rechte in Angelegenheiten der Kantone und der Gemeinden ausschliesse, nicht zu erkennen (vgl. auch ANDREAS AUER, Die Bundesverfassung und das Frauenstimmrecht, in ZSR NF 108/1989 I S. 148 ff.). **Art. 74 BV** ordnet - wie dargelegt - das Frauenstimmrecht auf eidgenössischer Ebene an; **Art. 4 Abs. 2 BV** regelt demgegenüber in allen Bereichen der Rechtsordnung von Bund und Kantonen die Gleichstellung von Mann und Frau, wobei das Gesetz für diese Gleichstellung zu sorgen hat, soweit sich ein durchsetzbarer Anspruch nicht unmittelbar aus der Verfassung ergibt, wie dies für den Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit zutrifft (**BGE 114 Ia 331** E. 2b; **BGE 113 Ia 110** E. 1a). **Art. 74 Abs. 4 BV**, der aus Anlass der Einführung des Frauenstimmrechts im Bunde in Übereinstimmung mit dem Grundsatz von **Art. 3 BV** die Respektierung der kantonalen Organisationsautonomie betont, behält auch dann seine Berechtigung, wenn Mann und Frau hinsichtlich der Ausübung der politischen Rechte gleichzustellen sind. Zu denken ist etwa an die Festlegung des Stimmrechtsalters oder die Gewährung des Stimmrechts an ausländische Bürger mit Wohnsitz im Kanton - Fragen, welche die Kantone weiterhin eigenständig regeln können.

[...]

9. a) Wendet man die von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung anerkannten Auslegungsgrundsätze (vgl. oben E. 5c) auf die zu lösende Frage an, so ergibt sich, dass der Auffassung, **Art. 74 Abs. 4 BV** enthalten keinen Vorbehalt gegenüber **Art. 4 Abs. 2 BV**, beizupflichten ist. Wie erwähnt, wurde **Art. 74 Abs. 4 BV** im Jahre 1971 im Zusammenhang mit der Einführung des Frauenstimmrechts auf eidgenössischer Ebene in die Bundesverfassung aufgenommen. Doch kann dieser Bestimmung nur die Tragweite eines unechten Vorbehaltes zugunsten der Kantone zugebilligt werden, da sich ein solcher Vorbehalt bereits aus **Art. 3 BV**, der die Souveränität der Kantone garantiert, ergibt. **Art. 74 Abs. 4 BV** sollte lediglich klarstellen, dass die Einführung

BGE 116 Ia 359 S. 377

des eidgenössischen Frauenstimm- und Wahlrechts nicht automatisch eine Anerkennung solcher Rechte auf kantonaler Ebene zur Folge hat. Bereits aus diesem Grund kann der unechte Vorbehalt in **Art. 74 Abs. 4 BV** nicht als Vorbehalt für alles künftige Verfassungsrecht verstanden werden, vor allem nicht für die Änderung von **Art. 4 BV** im Jahre 1981. Sofern man daher die politischen Rechte vom Geltungsbereich von **Art. 4 Abs. 2 BV** hätte ausnehmen wollen, hätte dies klar und deutlich im Wortlaut dieser Bestimmung zum Ausdruck gebracht werden müssen; denn es ist offenkundig, dass die Gleichberechtigung einen wesentlichen Teil ihres Gehaltes und ihrer Wirkung verlöre, wenn sie nicht auch für die politischen Rechte gelten würde, bilden doch diese Rechte ein zentrales Element unseres Staates. **Art. 74 Abs. 4 BV** behält im übrigen weiterhin seinen Sinn, bleibt doch den Kantonen nach wie vor ein beachtlicher Spielraum für die eigenständige Regelung der Stimmberechtigung in kantonalen und kommunalen Angelegenheiten (Stimmrechtsalter, Zulassung von Ausländern).

Die anderslautende Auffassung des Bundesrates hinsichtlich des Vorbehaltes kann - obwohl im damaligen Zeitpunkt durchaus verständlich - nicht zu einem anderen Ergebnis führen; zu berücksichtigen ist nämlich wie dargelegt, dass die Materialien nur dann massgebend ins Gewicht fallen, wenn sie angesichts einer unklaren Bestimmung über die Absicht des Gesetz- bzw. Verfassungsgebers zuverlässig Aufschluss geben können (**BGE 114 Ia 196**; **BGE 103 Ia 291**). Selbst wenn man annehmen wollte, **Art. 4 Abs. 2 BV** sei in bezug auf die politischen Rechte nicht ganz klar, so muss davon ausgegangen werden, dass der Wille des Bundesrates das Volk und die Stände, somit den Verfassungsgeber, nicht binden konnte; im Bundesbeschluss über die Volksinitiative "Gleiche Rechte für Mann und Frau" (BBl 1980 III 701) und in den erwähnten, an die Stimmbürger gerichteten Abstimmungsempfehlungen war kein Vorbehalt im Sinne des Ausschlusses des Gleichbehandlungsgebotes bei den politischen Rechten in den Kantonen angebracht worden. Ganz im Gegenteil betonte der Bundesrat in diesen Erläuterungen, dass die Gleichstellung von Mann und Frau eindeutig und für alle Rechtsbereiche festgelegt würde. Auch war es das erklärte Ziel der Volksinitiative "Gleiche Rechte für Mann und Frau", die dank des Gegenvorschlages zurückgezogen wurde, alle nicht gerechtfertigten Rechtsungleichheiten zwischen Mann und Frau abzuschaffen, auch diejenigen, welche vom Bundesgericht gestützt auf **Art. 4 BV** nicht beseitigt worden waren

BGE 116 Ia 359 S. 378

(Botschaft der Bundesrates zur Initiative, BBl 1980 I 110). Unter diesen Umständen kann nicht davon ausgegangen werden, der Verfassungsgeber - Volk und Stände - habe die politischen Rechte vom Grundsatz der Gleichheit der Geschlechter ausnehmen wollen. **Art. 74 Abs. 4 BV**, der bloss die kantonale Zuständigkeit in Erinnerung ruft, entbindet daher die Kantone nicht davon, die Grundrechte, insbesondere die Gleichberechtigung von Mann und Frau, im Bereich der politischen Rechte zu respektieren (ANDREAS AUER, Problèmes fondamentaux de la démocratie suisse, ZSR NF 103/1984 II S. 18 Anm. 15). Die Frage, ob **Art. 4 Abs. 2 BV** unmittelbar zur Anwendung gelange oder ob den Kantonen ein angemessener Zeitraum einzuräumen sei, um ihre Gesetze entsprechend anzupassen, kann offengelassen werden, da eine allfällige Frist seit dem Inkrafttreten von **Art. 4 Abs. 2 BV** vor rund zehn Jahren ohnehin abgelaufen wäre.

b) Für die Beurteilung des Verhältnisses zwischen **Art. 74 Abs. 4 BV** und **Art. 4 Abs. 2 BV** sind überdies der Zeitablauf seit der Aufnahme der beiden Bestimmungen in den Jahren 1971 und 1981 sowie der seither eingetretene Wandel des geistigen, sozialen und politischen Entwicklungsstandes mitzuberücksichtigen (**BGE 115 Ia 133** E. dd). In diesem Zusammenhang ist festzustellen, dass die Gleichberechtigung der Frauen in den politischen Rechten seit der Einführung des Frauenstimmrechts auf eidgenössischer Ebene auch in unserem Lande ins allgemeine Bewusstsein getreten ist. In kantonalen Angelegenheiten ist das Frauenstimmrecht - ausgenommen im Kanton Appenzell I.Rh. - in allen Kantonen verwirklicht; desgleichen ist es in allen politischen Einwohnergemeinden gewährleistet. Nach der beim Institut für Föderalismus der Universität Freiburg eingeholten Auskunft ist das Frauenstimmrecht nur in drei Kantonen in Bürgergemeinden und in Korporationsgemeinden durch das kantonale Recht noch nicht durchgehend sichergestellt, doch ist damit nicht gesagt, dass es nicht auch in diesen Gemeinden gewährt sei oder werden müsse.

c) Allein das Ergebnis, wonach **Art. 74 Abs. 4 BV** unter den heutigen Verhältnissen keinen Vorbehalt gegenüber **Art. 4 Abs. 2 BV** enthält, entspricht im übrigen auch einem ganzheitlichen Verfassungsverständnis. Gewiss soll der Bund nicht ohne zwingenden Grund in die kantonale Organisationsautonomie eingreifen. Es geht jedoch nicht nur um die Organisation des Stimmrechts, sondern um dessen Inhalt, der das grundrechtliche Gleichheitsgebot zu respektieren hat. Dies drängt sich nach der Annahme von **Art. 4 Abs. 2 BV**

BGE 116 Ia 359 S. 379

durch Volk und Stände auch aufgrund von **Art. 6 Abs. 2 BV** auf, der die Gewährleistung kantonaler Verfassungen durch den Bund betrifft. Hieraus ergibt sich eine bundesrechtlich vorgeschriebene Grundstruktur kantonaler Organisation. Der Wortlaut von **Art. 6 Abs. 2 BV** ist zwar unverändert geblieben, doch führte die Aufnahme von **Art. 4 Abs. 2 BV** in die Bundesverfassung ganz allgemein dazu, dass die Frauen als mit allen Rechten ausgestattete Bürgerinnen zu betrachten sind, auch im Bereich der politischen Rechte. Der Ermessensspielraum, der den Kantonen früher im Rahmen von **Art. 4 BV** aufgrund ihrer föderativen Eigenständigkeit hinsichtlich der rechtlich unterschiedlichen Behandlung von Mann und Frau in der Gesetzgebung zustand, ist mit dem Inkrafttreten von **Art. 4 Abs. 2 BV** entfallen. Dies gilt für sämtliche gesetzlichen Regelungsmaterien (Entscheid des Bundesgerichts vom 10. Oktober 1986 in ZBl 88/1987 S. 308 E. 3a). Es steht demnach nicht mehr im Belieben der zuständigen Behörden, die Bürgerinnen wegen ihrer Eigenschaft als Frau vom Stimm- und Wahlrecht auszuschliessen. **Art. 6 Abs. 2 BV** hat daher durch die Änderung von **Art. 4 BV** eine neue Tragweite bekommen und lässt sich heute nur noch so auslegen, dass auch die Frauen zu den Stimmbürgern zu zählen sind. Zwar durfte die Bundesversammlung im Jahre 1979, als sie Art. 16 der Verfassung des Kantons Appenzell I.Rh. gewährleistete, mit dem damaligen Verfassungsverständnis davon ausgehen, dass der Ausschluss der Frauen vom kantonalen Stimm- und Wahlrecht der Bundesverfassung nicht zuwiderlaufe und insofern die gemäss **Art. 6 Abs. 2 BV** geltenden Voraussetzungen erfüllt waren. Diese Gewährleistung geschah indessen vor der Verfassungsrevision von 1981, somit unter anderen rechtlichen Bedingungen. Heute könnte eine revidierte kantonale Verfassung, die den Frauen das Stimm- und Wahlrecht abspricht, nicht mehr gewährleistet werden.

10. a) Aus diesen Erwägungen folgt, dass Art. 16 KV in dem bisher unangefochtenen kantonalen Verfassungsverständnis gegen das Gleichheitsgebot von **Art. 4 BV** verstösst. Verletzt ist in erster Linie **Art. 4 Abs. 2 BV**, wonach Mann und Frau gleichberechtigt sind. Indem die Landsgemeinde als Gesetzgeber, an den sich der Auftrag von **Art. 4 Abs. 2 BV** richtet, die vom Grossen Rat gebilligte Vorlage der Standeskommission in der Meinung ablehnte, den Frauen das Stimmrecht weiterhin zu versagen, hat sie **Art. 4 Abs. 2 BV** und damit auch **Art. 6 Abs. 2 BV** gemäss heutigem Verständnis verletzt. Ob die

Vorenthaltung des Frauenstimmrechts auch gegen **Art. 4 Abs. 1 BV** verstösst, wie GEORG MÜLLER und ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER andeuten, kann offengelassen werden.
[...]

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die staatsrechtlichen Beschwerden von Ursula Baumann und Mitbeteiligten sowie Mario Sonderegger und Mitbeteiligten werden im Sinne der Erwägungen gutgeheissen. Es wird festgestellt, dass den Frauen die politischen Rechte im Kanton Appenzell I.Rh. gestützt auf Art. 16 Abs. 1 KV in Verbindung mit den **Art. 4 Abs. 2 BV** und 6 Abs. 2 BV zustehen.
Auf die staatsrechtliche Beschwerde von Theresa Rohner wird nicht eingetreten.

Notizen:

3. Das historische Auslegungselement *(Fortsetzung)*

- Zusammenhang zwischen dem historischen Auslegungselement und der Gewaltenteilung bzw. der Trennung von Recht und Politik

Notizen:

4. Das teleologische Auslegungselement

- Beachtung des Zwecks (des Ziels, der Funktion, der Motive) einer Regelung (*ratio legis*)
- Schluss vom Zweck auf das Mittel, vom Normzweck auf den Normsinn – die rechtliche Anordnung als Mittel zum Zweck
- Ermittlung des Zwecks
  - Zweck wird im Gesetz ausdrücklich genannt
  - Zweck ergibt sich aufgrund anderer Auslegungselemente
  - Zweck ergibt sich aus der "Natur der Sache" und der praktischen Vernunft
- Zwecke auf verschiedenen Regelungsstufen
  - Zweck eines Gesetzes
  - Zweck eines Rechtsinstituts oder Regelungskomplexes
  - Zweck eines Begriffs oder einer einzelnen Rechtsnorm

Beispiele:

172.056.1

Bundesgesetz
über das öffentliche Beschaffungswesen
(BöB)

vom 21. Juni 2019 (Stand am 1. April 2025)

Art. 2 Zweck

Dieses Gesetz bezweckt:

a. den wirtschaftlichen und den volkswirtschaftlich, ökologisch und sozial nachhaltigen Einsatz der öffentlichen Mittel;

b. die Transparenz des Vergabeverfahrens;

c. die Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbieterinnen;

d. die Förderung des wirksamen, fairen Wettbewerbs unter den Anbieterinnen, insbesondere durch Massnahmen gegen unzulässige Wettbewerbsabreden und Korruption.

251

Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG)

vom 6. Oktober 1995 (Stand am 1. Juli 2023)

1. Kapitel: Allgemeine Bestimmungen

Art. 1 Zweck

Dieses Gesetz bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern.

210

Schweizerisches Zivilgesetzbuch

vom 10. Dezember 1907 (Stand am 1. Januar 2025)

Dritter Abschnitt: Die elterliche Sorge[384]

Art. 296[385]

A. Grundsätze

1 Die elterliche Sorge dient dem Wohl des Kindes.

2 Die Kinder stehen, solange sie minderjährig sind, unter der gemeinsamen elterlichen Sorge von Vater und Mutter.

3 Minderjährigen Eltern sowie Eltern unter umfassender Beistandschaft steht keine elterliche Sorge zu. Werden die Eltern volljährig, so kommt ihnen die elterliche Sorge zu. Wird die umfassende Beistandschaft aufgehoben, so entscheidet die Kindesschutzbehörde entsprechend dem Kindeswohl über die Zuteilung der elterlichen Sorge.

384 Eingefügt durch Ziff. I 1 des BG vom 25. Juni 1976 (AS **1977** 237; BBl **1974** II 1). Fassung gemäss Ziff. I 4 des BG vom 26. Juni 1998, in Kraft seit 1. Jan. 2000 (AS **1999** 1118; BBl **1996** I 1).

385 Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 21. Juni 2013 (Elterliche Sorge), in Kraft seit 1. Juli 2014 (AS **2014** 357; BBl **2011** 9077).

Notizen:

4. Das teleologische Auslegungselement *(Fortsetzung)*

- Verhältnis von Zweck und Wortlaut: Analogie und teleologische Reduktion (siehe Folie 69)
- Bedeutung des Zwecks einer Rechtsnorm – Anwendungsbeispiele
    - Rechtsfolge eines Verstosses gegen eine Rechtsnorm (Schadenersatzpflicht, Nichtigkeit eines Vertrages)
    - Gesetzesumgehung und Rechtsmissbrauch
    - Bestimmung des zwingenden bzw. dispositiven Charakters einer Rechtsnorm
    - allgemein: Grundlage für eine materielle (insbesondere wirtschaftliche) statt eine formelle Betrachtung von Rechtsproblemen (siehe Folie 30)

Beispiele:

Obligationenrecht

Obligationenrecht

Pra 65 (1976) Nr. 154
BGE 102 II 85

154. Unerlaubte Handlung *durch* **Beschädigung eines elektrischen Kabels** *bei Tiefbauarbeiten, wodurch bei Strombezügern ein Betriebsunterbruch eintritt. Als* **Rechtsgrundlage** *eines* **Schadenersatzanspruchs** *kommt nicht StGB 145, wohl aber StGB 239 in Betracht (E. 4, 5). Die Strombezüger sind unmittelbar, nicht nur mittelbar geschädigt (E. 6).*

Der Service intercommunal de l'électricité (SIE) der Gemeinde Renens und mehrerer Nachbargemeinden ist Eigentümer eines in den Boden verlegten Starkstromkabels, das zu verschiedenen Trafo-Stationen führt, von denen aus die Strombezüger versorgt werden. Bei Tiefbauarbeiten mit einer Baumaschine beschädigte ein Angestellter der Baufirma Conrad Zschokke SA das Kabel, weshalb bei den Firmen Baumgartner Papiers SA und Zinguerie de Renens SA die Stromversorgung während einiger Stunden unterbrochen wurde. Die beiden Firmen belangten die Bauunternehmung auf Schadenersatz. Das Kantonsg Waadt bejahte mit einem Vorentscheid die grundsätzliche Haftbarkeit der Beklagten. Das Bg bestätigt.

3. Bei der Prüfung der Frage, ob die Voraussetzungen einer Haftung der Beklagten gemäß OR 55 gegeben seien, hat die Vi im Sinne einer Arbeitshypothese das Bestehen eines Schadens infolge Unterbruchs der Produktion in den Fabriken der Klägerinnen angenommen. Im weiteren hält sie das Bestehen des natürlichen Kausalzusammenhanges zwischen diesem Unterbruch und dem Bruch des Starkstromkabels als offensichtlich gegeben. Endlich stellt sie fest, daß die Beklagte nicht versucht hat, den in OR 55 vorbehaltenen Entlastungsbeweis zu erbringen. In diesen drei Punkten wird das vorinstanzliche Urteil nicht angefochten.

4. Nach der Ansicht der Vi ist die unerlaubte Handlung, von der die Anwendbarkeit von OR 55 abhängt, hier gegeben. Sie führt aus, wer ein elektrisches Kabel unterbreche, das ein Verteilernetz alimentiert, verletze Vorschriften der Rechtsordnung; StGB 145 (Sachbeschädigung) und 239 (Störung von Betrieben, die der Allgemeinheit dienen) wären namentlich anwendbar auf einen absichtlich handelnden Schädiger.

a) Die Beklagte bestreitet das Vorliegen einer unerlaubten Handlung im Sinne von OR 41. Nach ihrer Ansicht schützt StGB 145, der die Beschädigung der Sache eines Dritten betrifft, nur den Eigentümer des beschädigten, zerstörten oder gebrauchsunfähig gemachten Gegenstandes. Da das zerschnittene Kabel Eigentum des SIE sei, könnten sich die Klägerinnen nicht auf die Verletzung dieser Bestimmung berufen.

Nach der von der Lehre (LOGOZ, N. 3 zu StGB 145; SCHWANDER, 2. Aufl. N. 555 S. 343) gebilligten Rechtsprechung ist Verletzter und demgemäß Antragsberechtigter im Sinne von StGB 145 I und 28 nicht nur der Eigentümer, sondern auch der Mieter, dem der Gebrauch einer Sache durch eine der von StGB 145 mit Strafe bedrohten Handlungen entzogen worden ist; die persönliche Befugnis des Mieters

auf den Gebrauch der Sache, der ein Rechtsgut darstellt, wird durch die Straftat unmittelbar beeinträchtigt, und ihr Träger ist somit zum Strafantrag berechtigt (BGE 74 IV 7 = Pr 37 Nr. 75). Im vorliegenden Fall hatten allerdings die Klägerinnen weder ein dingliches noch ein persönliches Recht an dem durch den Angestellten der Beklagten beschädigten Kabel; der SIE hat ihnen kein Gebrauchsrecht an diesem Kabel eingeräumt. Dieses wird von ihm benützt, um den elektrischen Strom zu liefern und ihn bis zu den Installationen der Klägerinnen heranzuleiten. Die Klägerinnen können daher die Widerrechtlichkeit der beanstandeten Handlung nicht aus StGB 145 ableiten.

b) Die Beklagte bestreitet auch, daß die Klägerinnen sich auf StGB 239 berufen können, da ihre privaten Interessen nur durch die Bestimmungen über die strafbaren Handlungen gegen das Vermögen (StGB 137 ff.) geschützt seien; StGB 239 finde sich dagegen im 9. Titel unter den Verbrechen oder Vergehen gegen den öffentlichen Verkehr; er bezwecke nicht, die Interessen der Privaten zu schützen, sondern im Interesse der Allgemeinheit das gute Funktionieren der öffentlichen Dienste zu gewährleisten.

Diese Auslegung ist irrtümlich. StGB 239 1 II und 2 bedrohen mit Strafe die Handlungen, die den Betrieb einer zur allgemeinen Versorgung mit Wasser, Licht, Kraft oder Wärme dienenden Anstalt oder Anlage vorsätzlich oder fahrlässig hindern, stören oder gefährden. Die Bestimmung bezweckt neben dem Schutz der Interessen dieser Unternehmen auch jenen der Abnehmer, die gerade zu dem Publikum gehören, das die Gesetzesvorschrift im Auge hat (BGE 101 Ib 256 = Pr 64 Nr. 272). Wer den Bruch einer Wasserleitung, eines elektrischen Kabels, einer Gasleitung oder eines Fernheizungskanals verursacht und dadurch den Betrieb des Verteilungsdienstes unterbricht, beeinträchtigt nicht nur die Interessen des Unternehmens, dem dieser Dienst obliegt, sondern auch die Interessen der Abonnenten, die dieser Betrieb mit Wasser, Strom, Gas oder Wärme versorgt. Der persönliche Anspruch des Abonnenten auf diese Versorgung, der auf dem Vertrag mit dem Verteilungsunternehmen beruht, wird durch das von StGB 239 1 II und 2 unter Strafe gestellte Vergehen unmittelbar verletzt, gleich wie der persönliche Anspruch des Mieters auf den Gebrauch der Mietsache durch die in StGB 145 genannten Handlungen verletzt wird (BGE 74 IV 7 = Pr 37 Nr. 75). Im vorliegenden Fall ist der persönliche Anspruch der Klägerinnen, mit elektrischem Strom versorgt zu werden, durch den Unterbruch des Verteilungsbetriebes verletzt worden.

5. Nach der Rechtsprechung besteht die unerlaubte Handlung nicht notwendigerweise in der Verletzung eines subjektiven Rechts; OR 41 I verpflichtet denjenigen, der durch sein Verschulden ein Gebot der Rechtsordnung verletzt, den dadurch einem andern zugefügten Schaden auch dann zu ersetzen, wenn von einem subjektiven Recht des Geschädigten nicht die Rede sein kann; es genügt, daß die mißachtete Vorschrift bezweckt, den Verletzten in den durch die Verletzungshandlung betroffenen Rechten zu schützen (BGE 30 II 571, 41 II 685, 75 II 212 E. 3, 90 II 279 E. 4, 101 Ib 255 E. 2c u. d = Pr 5 Nr. 1, 38 Nr. 174, 54 Nr. 14, 64 Nr. 272). Wer ein privates Interesse verletzt, das durch eine im allgemeinen Interesse erlassene Strafnorm implizite geschützt wird, begeht daher eine unerlaubte Handlung (DESCHENAUX/TERCIER, La responsabilité civile, S. 73 2.1.2; DESCHENAUX, Norme et causalité en

responsabilité civile, in Stabilité et dynamisme du droit dans la jurisprudence du TF suisse, S. 418–420).

StGB 239 1 u. 2 bezwecken auch, wie dargelegt wurde, den Schutz der Interessen der Abonnenten gegen die Beeinträchtigungen, die ihnen durch die unter die genannten Bestimmungen fallenden Handlungen zugefügt werden. Wer den Betrieb einer Anstalt oder Anlage zur Verteilung von Wasser, Licht, Kraft oder Wärme an das Publikum hindert, stört oder gefährdet, begeht eine unerlaubte Handlung gegenüber den Abonnenten, die durch diese Handlung von der Versorgung abgeschnitten werden und dadurch einen Schaden erleiden. Die Unterbrechung des Kabels, das die Klägerinnen mit elektrischer Energie versorgt, stellt daher eine unerlaubte Handlung dar.

6. Die Beklagte macht geltend, der behauptete Schaden treffe die Klägerinnen nur indirekt, im Sinne einer Reflexwirkung, weshalb sie für ihn nicht haftbar gemacht werden könne.

a) Zur Widerlegung dieses Gesichtspunktes bezieht sich die Vi namentlich auf BGE 97 II 221 = Pr 60 Nr. 191, wo das Bg die Haftung des Unternehmers bejaht hatte, der bei Erdarbeiten ein zum klägerischen Betrieb führendes Elektrokabel beschädigte, so daß die Stromversorgung während mehrerer Stunden unterbrochen war. Die Beklagte bestreitet mit Recht die Schlüssigkeit dieses Präjudizes für die Frage des direkten oder indirekten Schadens: Aus dem Tatbestand geht nicht hervor, ob das beschädigte Kabel den NOK oder der Klägerin gehörte, und das Bg hat lediglich geprüft, ob der Unternehmer den durch OR 55 vorgesehenen Entlastungsbeweis erbracht habe, ob das Verhalten eines Dritten den Kausalzusammenhang unterbrochen habe und ob Gründe für eine Ermäßigung der Schadenersatzpflicht bestünden.

b) Nach der Ansicht der Vi sind die Klägerinnen als unmittelbar geschädigt zu betrachten, weil der Schuldner der Stromlieferungspflicht immer erfüllungsfähig gewesen sei, da dem SIE die nötige Stromreserve nicht gefehlt habe.

Die Beklagte ficht diese Argumentation mit Recht an. Maßgebend ist, daß der SIE trotz der ihm zur Verfügung stehenden Stromreserve infolge der vom Angestellten der Beklagten verursachten Unterbrechung des Kabels verhindert wurde, die Klägerinnen mit Strom zu versorgen.

c) Nach der Meinung der Beklagten sind die Klägerinnen nur mittelbar geschädigt, weil sie lediglich den elektrischen Strom nicht erhalten haben, den ihnen der unmittelbar geschädigte SIE nicht liefern konnte, der wegen des von ihm selbst erlittenen Schadens seine Vertragspflicht nicht habe erfüllen können.

Diese Betrachtungsweise träfe indessen nur zu, wenn man annähme, daß StGB 239 1 II nicht bezwecke, unter anderm auch die privaten Interessen der Abonnenten eines Unternehmens zu schützen, das das Publikum mit elektrischem Strom versorgt. Die Frage, ob die Klägerinnen unmittelbar oder nur mittelbar geschädigt sind, deckt sich also mit jener nach der Widerrechtlichkeit der inkriminierten Handlung. Wie dargelegt wurde, will jedoch StGB 239 1 II, der zwar im allgemeinen Interesse aufgestellt wurde, entgegen der Meinung der Beklagten, daneben auch das private Interesse der Abonnenten schützen, mit Strom versorgt zu werden. Da die Unterbrechung des Kabels der SIE die Klägerinnen in diesem Interesse getroffen hat, sind sie die unmittelbaren Opfer einer unerlaubten Handlung geworden und können von

der Beklagten den Ersatz des erlittenen Schadens verlangen. Dieser Schluß drängt sich auf, gleichviel ob das Erfordernis des Schutzzwecks des verletzten Rechtsgebotes unter dem Gesichtspunkt des adäquaten Kausalzusammenhanges oder der Widerrechtlichkeit geprüft wird (BGE 101 1b 256 = Pr 64 Nr. 272; vgl. auch BGE 75 II 212 E. 3 = Pr 38 Nr. 174; BGE 94 I 643 und deren Kritik durch MERZ, ZbJV 106/1970 S. 85 und DESCHENAUX, op. cit. S. 413). Soweit die Klägerinnen sich auf StGB 239 1 II berufen, unterscheidet sich ihre Rechtslage somit gänzlich von jener eines Gläubigers, der ohne sich auf den Schutz einer strafrechtlichen Norm berufen zu können, infolge einer gegen seinen Schuldner verübten unerlaubten Handlung lediglich der Erfüllung eines vertraglichen Anspruchs verlustig geht. Einzig der Schuldner, der durch diese Handlung unmittelbar geschädigt wird, kann von ihrem Urheber Ersatz verlangen, nicht dagegen auch der Gläubiger, der infolge der Nichterfüllung der ihm geschuldeten Leistung einen Schaden erleidet (BGE 57 II 181, 63 II 21 E. 5, 82 II 38 E. 4a = Pr 15 Nr. 136, 20 Nr. 102, 45 Nr. 70). (I. Ziv.abt., 2. März 1976, Conrad Zschokke SA c. Baumgartner Papiers SA und Zinguerie de Renens SA; Orig.text franz.)

155. Aktienrecht, Rückgängigmachung einer Kapitalerhöhung. *Eine im HReg eingetragene und veröffentlichte Kapitalerhöhung kann nicht wegen Irrtums der Aktionäre ohne weiteres, sondern nur nach dem für eine Kapitalherabsetzung vorgeschriebenen Verfahren rückgängig gemacht werden.*

Die Aktionäre der Sch. AG beschlossen am 5. September 1975, das Grundkapital der Gesellschaft von 185000 Fr. durch Ausgabe von 315 Namenaktien zu 1000 Fr. auf 500000 Fr. zu erhöhen und die neuen Aktien aus offenen Reserven zu liberieren. Der Beschluß wurde in das Hreg eingetragen und im SHAB veröffentlicht. Der Berater der Aktionäre soll kurz nachher festgestellt haben, daß sie die gratis übernommenen neuen Aktien als Einkommen versteuern müßten. Eine Universalversammlung vom 2. Dezember 1975 ließ daher öffentlich beurkunden, die Kapitalerhöhung vom 5. September sei für die Aktionäre in Unkenntnis der steuerrechtlichen Folgen beschlossen worden; sie werde rückgängig gemacht und das Grundkapital bleibe auf der Höhe von 185000 Fr. Das Hregamt Oberwallis lehnte die Eintragung dieses Beschlusses mit der Begründung ab, das Grundkapital könne nur im Verfahren gemäß OR 732ff. auf den früheren Betrag herabgesetzt werden. Eine Beschwerde der Sch. AG wurde vom Justiz- und Polizeidepartement Wallis abgewiesen. Das Bg weist die Verwgbeschwerde der Sch. AG gegen den kant. Entscheid ab.

1. Die Beschwerdeführerin betrachtet den Beschluß vom 5. September 1975 als gültig angemeldet und eingetragen. Sie hat ihn am 2. Dezember 1975 durch einen neuen Beschluß förmlich «rückgängig gemacht», Art. 3 der Statuten entsprechend geändert und den neuen Beschluß zur Eintragung angemeldet ... Zu entscheiden ist, ob OR 732-735 und HRegV 84 nicht beachtet zu werden brauchen, wenn das Grundkapital einer AG nur deshalb herabgesetzt wird, weil eine vorausgegangene

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6B_75/2012

Urteil vom 26. Oktober 2012
Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Mathys, Präsident,
Bundesrichter Schneider,
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari,
Bundesrichter Denys, Schöbi,
Gerichtsschreiber Näf.

Verfahrensbeteiligte
X._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Raphael Pironato,
Beschwerdeführer,

gegen

Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Thurgau, Zürcherstrasse 323, 8510 Frauenfeld,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Widerhandlung gegen das Bundesgesetz zum Schutz
vor Passivrauchen (Art. 5 Abs. 1 lit. a PaRG),

Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts
des Kantons Thurgau vom 14. Dezember 2011.

Sachverhalt:

A.
Die Kantonspolizei Thurgau traf anlässlich einer Kontrolle am 13. Dezember 2010 in der von X._____ betriebenen "A._____"-Bar in Romanshorn/TG drei Gäste und X._____ selbst beim Rauchen an.

B.
Das Bezirksgericht Arbon sprach X._____ mit Urteil vom 22. Juni/4. August 2011 in Bestätigung des Strafbefehls der Staatsanwaltschaft Bischofszell vom 15. März 2011 der Widerhandlung gegen das Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen schuldig und verurteilte ihn zu einer Busse von 300 Franken beziehungsweise, bei schuldhafter Nichtbezahlung, zu einer Ersatzfreiheitsstrafe von drei Tagen.

Das Obergericht des Kantons Thurgau sprach X._____ am 14. Dezember 2011 in teilweiser Gutheissung von dessen Berufung der Widerhandlung gegen das Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen schuldig und verurteilte ihn zu einer Busse von 200 Franken beziehungsweise, bei schuldhafter Nichtbezahlung, zu einer Ersatzfreiheitsstrafe von zwei Tagen.

C.
X._____ führt Beschwerde in Strafsachen mit den Anträgen, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben, und er sei freizusprechen.

Erwägungen:

1.
Der Beschwerdeführer macht wie bereits im kantonalen Verfahren geltend, die von ihm betriebene Bar sei kein öffentlich zugänglicher Raum, da nur Mitglieder des von ihm mitgegründeten Vereins "B._____" Zutritt hätten. Daher sei das Rauchen in seinem Lokal nicht strafbar.

1.1 Die Vorinstanz erwägt, massgebend sei, ob der Zugang tatsächlich wirksam und nicht nur zum Schein eingeschränkt wird. Die Beschränkung des Zugangs auf Mitglieder eines Vereins verbunden mit einer diesbezüglichen Kontrolle ist nach der Ansicht der Vorinstanz grundsätzlich ein Kriterium, welches neben anderen für den Entscheid, ob das Lokal öffentlich zugänglich ist, relevant sein kann. Die Vorinstanz bejaht die öffentliche Zugänglichkeit im konkreten Fall, weil der jährliche Mitgliederbeitrag von lediglich Fr. 10.-- keine wirksame Beschränkung des Zugangs darstelle. Bei einem derart geringfügigen Betrag bestehe die Gefahr, dass sich Nichtraucher, die sich im Prinzip nicht dem Passivrauchen aussetzen wollen, zum Beispiel wegen der attraktiven Öffnungszeiten oder unter dem Druck ihrer rauchenden Begleitpersonen in die Bar des Beschwerdeführers begeben. Der zu zahlende Betrag für die Passivmitgliedschaft im Verein und damit für den Zugang zum Lokal sei angesichts seiner Geringfügigkeit kein Argument, sich als Nichtraucher einem solchen Gruppendruck zu widersetzen und damit das Betreten des Lokals, in dem geraucht wird, zu verweigern. Wäre der Jahresbeitrag höher, dann könnten gemäss den weiteren Ausführungen der Vorinstanz die rauchenden Mitglieder der Gruppe das finanzielle Argument des Nichtrauchers nicht ohne weiteres übergehen. Wie hoch der Mitgliederbeitrag sein müsste, um die öffentliche Zugänglichkeit im Sinne des Gesetzes zu verneinen, lässt die Vorinstanz offen.

1.2 Der Beschwerdeführer wendet ein, der Mitgliederbeitrag sei niedrig, damit nicht nur eine vermögende Oberschicht sich die Mitgliedschaft im Verein leisten könne. Der Erwerb der Mitgliedschaft setze einen wohl überlegten Entschluss voraus, indem der Interessent die Statuten lesen und akzeptieren und einen Mitgliedschaftsantrag ausfüllen müsse. Hernach werde der Antrag vom Vereinsvorstand überprüft. In Anbetracht dieser Hürden zur Erlangung der Mitgliedschaft als Voraussetzung für den Zugang zum Lokal sei dieses nicht öffentlich zugänglich. Der Beschwerdeführer kritisiert im Weiteren die Annahme der Vorinstanz, dass Nichtraucher in einer Gruppe unter dem Druck der Raucher unfreiwillig sein Lokal betreten würden, als realitätsfremd. Es sei vom durchschnittlichen, d.h. willensstarken Bürger auszugehen, der sich dem Tabakrauch nur bewusst aussetze, wenn er dies auch wolle.

2.
2.1 Das Bundesgesetz vom 3. Oktober 2008 zum Schutz vor Passivrauchen (PaRG; SR 818.31), in Kraft seit 1. Mai 2010, regelt den Schutz vor Passivrauchen in geschlossenen Räumen, die öffentlich zugänglich sind oder mehreren Personen als Arbeitsplatz dienen (Art. 1 Abs. 1 PaRG). Zu den öffentlich zugänglichen Räumen zählen unter anderen Restaurations- und Hotelbetriebe unabhängig von kantonalen Bewilligungserfordernissen (Art. 1 Abs. 2 lit. h PaRG). Rauchen ist in den unter den Geltungsbereich von Artikel 1 Absätze 1 und 2 fallenden Räumen untersagt (Art. 2 Abs. 1 PaRG). Der Betreiber oder die Betreiberin oder die für die Hausordnung verantwortliche Person kann in

besonderen Räumen, in denen keine Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer beschäftigt werden, das Rauchen gestatten, sofern sie abgetrennt, besonders gekennzeichnet und mit ausreichender Belüftung versehen sind (Raucherräume). Ausnahmsweise dürfen in Raucherräumen von Restaurations- und Hotelbetrieben Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer mit deren ausdrücklichen Zustimmung beschäftigt werden. Das Einverständnis hat im Rahmen des Arbeitsvertrages zu erfolgen (Art. 2 Abs. 2 PaRG). Gemäss Art. 3 PaRG ("Raucherbetriebe") werden Restaurationsbetriebe auf Gesuch hin als Raucherlokale bewilligt, wenn der Betrieb (a.) eine dem Publikum zugängliche Gesamtfläche von höchstens 80 Quadratmetern hat; (b.) gut belüftet und nach aussen leicht erkennbar als Raucherlokal bezeichnet ist; und (c.) nur Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigt, die einer Tätigkeit im Raucherlokal im Arbeitsvertrag zugestimmt haben. Nach Art. 4 PaRG können die Kantone strengere Vorschriften zum Schutz der Gesundheit erlassen. Gemäss Art. 5 Abs. 1 PaRG wird mit Busse bis zu 1'000 Franken bestraft, wer vorsätzlich oder fahrlässig (a.) gegen das Rauchverbot nach Artikel 2 Absatz 1 verstösst; (b.) Räume, die den Voraussetzungen nach Artikel 2 Absatz 2 nicht entsprechen, als Raucherräume ausgibt; (c.) einen Raucherbetrieb ohne Bewilligung führt oder diesen als Inhaber oder Inhaberin einer Bewilligung nicht kennzeichnet.

Der Kanton Thurgau hat von der Kompetenz, strengere Vorschriften zum Schutz der Gesundheit (vor den Gefahren des Passivrauchens) zu erlassen (Art. 4 PaRG), keinen Gebrauch gemacht.

2.2 Vorab ist klarzustellen, dass der Betreiber eines Restaurationsbetriebs den Tatbestand von Art. 5 Abs. 1 lit. a PaRG nur erfüllt, wenn er selber im geschlossenen, öffentlich zugänglichen Raum raucht. Der Gastwirt, der es unterlässt, gegen rauchende Gäste vorzugehen, erfüllt den Tatbestand nicht (siehe auch den Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates zur parlamentarischen Initiative "Schutz der Bevölkerung und der Wirtschaft vor dem Passivrauchen", BBl 2007 6185 ff., 6198).

2.3 Das Passivrauchschutzgesetz enthält keine Definition der "öffentlich zugänglichen Räume" im Sinne von Art. 1 Abs. 1 PaRG, in denen das Rauchen untersagt (Art. 2 Abs. 1 PaRG) und strafbar (Art. 5 Abs. 1 lit. a PaRG) ist. Auch die Verordnung des Bundesrates vom 28. Oktober 2009 zum Schutz vor Passivrauchen (Passivrauchschutzverordnung, PaRV; SR 818.311), in Kraft seit 1. Mai 2010, enthält keine Begriffsumschreibung. Die nicht abschliessende Aufzählung von öffentlich zugänglichen Räumen in Art. 1 Abs. 2 PaRG gibt gewisse Hinweise. Die meisten Kantone haben im Hinblick auf das Inkrafttreten des Gesetzes Merkblätter zu dessen Anwendung herausgegeben. Diese bieten eine gewisse Orientierungshilfe. Sie sind aber für die Gerichte nicht verbindlich.

3.
3.1 Im vorliegenden Verfahren ist nicht umfassend und abschliessend darüber zu befinden, unter welchen Voraussetzungen ein Lokal, das nur den Mitgliedern eines bestimmten Vereins beziehungsweise den Mitgliedern einzelner Vereine zugänglich ist, ein öffentlich zugänglicher Raum im Sinne des Passivrauchschutzgesetzes ist. Zu prüfen ist allein, wie die vom Beschwerdeführer betriebene Bar, zu welcher nur Mitglieder des Vereins "B._____" Zugang haben, unter Berücksichtigung der konkreten Umstände zu qualifizieren ist.

3.2 Dem Beschwerdeführer wurde mit Verfügung vom 5./10. Juli 2007 das Patent zum Betrieb der "A._____"-Bar in Romanshorn gemäss dem Gastgewerbegesetz des Kantons Thurgau erteilt. Er bietet in der Bar alkoholische und nicht-alkoholische Getränke an. Nach dem Inkrafttreten des Passivrauchschutzgesetzes am 1. Mai 2010 ging gemäss seiner Darstellung der Umsatz seines Betriebes zurück. Von den gesetzlichen Möglichkeiten der Einrichtung eines Raucherraums (Art. 2 Abs. 2 PaRG) respektive eines Raucherbetriebs (Art. 3 PaRG) konnte oder wollte er keinen Gebrauch machen. Im November 2010 gründete er zusammen mit anderen Gastwirten und weiteren Personen den Verein "B._____". Der Verein bezweckt gemäss den Statuten die Förderung des geselligen Zusammenseins unter Menschen mit gemeinsamem, massvollem Genuss von Tabakwaren und Getränken sowohl alkoholfreier wie alkoholischer Natur; die Ermöglichung des Betriebes von Gastwirtschaften durch Aktivmitglieder mit ausschliesslichem Zutritt für Passivmitglieder ohne Verpflichtung zur Vornahme von teuren und nicht zumutbaren baulichen Veränderungen für eine Bewilligung als Raucherbetrieb oder die Einrichtung eines Raucherraumes; das politische und gesellschaftliche Engagement gegen Gesetze, die erwachsene Menschen bevormunden, speziell gegen Rauch- und sonstige Genussmittelverbote, sowie die Förderung des Fortbestands kleiner, origineller Restaurationsbetriebe. Aktivmitglied kann gemäss den Statuten des Vereins werden, wer Inhaber und/oder Betreiber eines oder mehrerer Gastwirtschaftsbetriebe auf dem Gebiet des Kantons Thurgau ist und den Zutritt zu und das Rauchen in seinem Gastwirtschaftsbetrieb ausschliesslich Passivmitgliedern erlauben will. Passivmitglied kann werden, wer in den von den Aktivmitgliedern betriebenen Gastwirtschaftsbetrieben rauchen respektive die rauchige Atmosphäre geniessen will. Gemäss den Statuten verpflichten sich die Aktivmitglieder unter anderem, ihren Gastwirtschaftsbetrieb dauernd als Vereinsmitglied zu kennzeichnen und den Zutritt ausschliesslich Vereinsmitgliedern zu gestatten, wenn in den Gastwirtschaftsräumen das Rauchen gestattet ist. Die Vereinsmitglieder verzichten durch die Unterzeichnung des Mitgliedschaftsantrags und die anschliessende Bezahlung des Mitgliederbeitrages ausdrücklich und unwiderruflich für die Dauer ihrer Mitgliedschaft auf den Passivraucherschutz. Der jährliche Mitgliederbeitrag beträgt für die Aktivmitglieder höchstens Fr. 100.--, für die Passivmitglieder höchstens Fr. 10.--.

3.3 Es ist nicht relevant, nach welchen Kriterien eine aus Rauchern und Nichtrauchern zusammengesetzte Personengruppe entscheidet, ob bei Vorliegen von Alternativen ein Restaurationsbetrieb aufgesucht wird, in welchem geraucht werden darf. Das Gesetz will nicht nur Nichtraucher, sondern alle Menschen und somit auch Raucher vor den Gefahren des Passivrauchens schützen.

3.4 Ein Restaurationsbetrieb ist nicht schon deshalb öffentlich zugänglich im Sinne des Passivrauchschutzgesetzes, weil die Person, die es betreibt, über ein Patent nach dem kantonalen Gastgewerbegesetz verfügt. Das Kriterium der öffentlichen Zugänglichkeit im Sinne des Passivrauchschutzgesetzes bestimmt sich unabhängig von den Vorschriften der kantonalen Gastgewerbegesetzgebung.

3.5 Die vom Beschwerdeführer betriebene Bar kann von jeder Person aufgesucht werden, die Passivmitglied in dem vom Beschwerdeführer mitgegründeten Verein ist. Die Vereinsmitgliedschaft kann problemlos erlangt werden. Sie ist offenkundig nicht Selbstzweck, sondern Mittel zum Zweck, der darin besteht, dass auch nach dem Inkrafttreten des Passivrauchschutzgesetzes entgegen der neuen gesetzlichen Regelung in Restaurationsbetrieben geraucht werden kann. Der Verein dient der Umgehung des Gesetzes. Dass der Interessent die Vereinsstatuten zur Kenntnis nehmen und einen Mitgliedschaftsantrag ausfüllen muss, stellt keine besondere Hürde dar, welche die öffentliche Zugänglichkeit des Lokals ausschliesst. Ebenso unerheblich ist, dass über die Aufnahme neuer Passivmitglieder der Vereinsvorstand entscheidet, welche Kompetenz im Übrigen gemäss den Statuten an die einzelnen Aktivmitglieder übertragen werden kann.

3.6 Die Gesundheit des Einzelnen ist nicht ein durch den Straftatbestand von Art. 5 Abs. 1 lit. a PaRG geschütztes Rechtsgut. Die Einwilligung des Einzelnen in die Gefährdung der Gesundheit durch Passivrauchen ist rechtlich unerheblich und schliesst eine Bestrafung nicht aus. Der Schutz der Gesundheit ist ein Zweck des Gesetzes. Dieser steht nicht zur Disposition des Einzelnen. Das Rauchen in geschlossenen, öffentlich zugänglichen Räumen ist unter Vorbehalt der gesetzlich geregelten Ausnahmen auch gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. a PaRG strafbar, wenn die übrigen Anwesenden dem Rauchen zustimmen und gar selber rauchen. Die Zustimmung des Einzelnen ist nur relevant, soweit das Gesetz Ausnahmen vom Rauchverbot in geschlossenen, öffentlich zugänglichen Räumen vorsieht und hiefür unter anderem voraussetzt, dass die betroffenen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter einer Beschäftigung in einem Raucherraum (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 PaRG) respektive in einem Raucherbetrieb (Art. 3 PaRG) im Arbeitsvertrag ausdrücklich zustimmen. Abgesehen von diesen Ausnahmen will das Gesetz die Menschen, auch die Raucher, selbst gegen deren Willen vor den Gefahren des Passivrauchens schützen.

3.7 Das Lokal des Beschwerdeführers wäre im Übrigen auch als öffentlich zugänglicher Raum im Sinne des Passivrauchschutzgesetzes zu qualifizieren, wenn der finanzielle Beitrag für die Mitgliedschaft im Verein als Voraussetzung für den Zugang zum Lokal deutlich höher wäre. Zwar würde dadurch die Zahl der Interessenten verringert, doch bliebe sie unbestimmt, da jede Person, die zur Zahlung des Beitrags gewillt und in der Lage wäre, und somit nicht nur ein bestimmter, begrenzter Kreis von Personen Zugang zum Lokal hätte.

3.8 Die vom Beschwerdeführer betriebene Bar ist ein geschlossener, öffentlich zugänglicher Raum (Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 lit. h PaRG), in welchem das Rauchen untersagt (Art. 2 Abs. 1 PaRG) und strafbar (Art. 5 Abs. 1 lit. a PaRG) ist.

Bei diesem Ergebnis brauchte die Vorinstanz nicht zu prüfen und kann auch im vorliegenden Verfahren dahingestellt bleiben, ob die Bar des Beschwerdeführers im Sinne von Art. 1 Abs. 1 in fine PaRG mehreren Personen als Arbeitsplatz dient und das Rauchen im Lokal auch aus diesem Grunde untersagt und strafbar ist, was in der Beschwerde bestritten wird.

4.
Dass die Verurteilung des Beschwerdeführers wegen (eventualvorsätzlicher) Widerhandlung gegen das Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen (Art. 5 Abs. 1 lit. a PaRG) zu einer Busse von 200 Franken auch bei Bejahung der öffentlichen Zugänglichkeit des Lokals Bundesrecht verletze, wird in der Beschwerde nicht geltend gemacht und ist auch nicht ersichtlich.

5.
Die Beschwerde ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer die bundesgerichtlichen Kosten zu tragen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Thurgau schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 26. Oktober 2012

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Mathys

Der Gerichtsschreiber: Näf

«Gallier der Berge»

Arosa umgeht Terrassen-Verbot mit Schneebank-Trick

Das Terrassen-Verbot macht Skigebiete erfinderisch. Während im schwyzerischen Hoch-Ybrig die Stühle und Bänke einfach neben die Terrassen gestellt werden, hat sich Arosa GR etwas anderes einfallen lassen.

Publiziert: 06.03.2021 um 19:07 Uhr | Aktualisiert: 14.04.2021 um 20:14 Uhr

Im Skigebiet Hoch-Ybrig versuchten drei Restaurants am Dienstag, das Terrassen-Verbot zu umgehen. Mit einem einfachen Trick: Sie stellten die Stühle und Bänke einfach daneben. Auch in Arosa GR hat man sich einfallen lassen. Und zwar: Schnee-Terrassen. Einfach und schnell umgesetzt. Bilder zeigen, wie Wintersportler gemütlich bei der Brüggerstuba auf der improvisierte Terrasse sitzen und die Sonne geniessen. Mit dem Pisten-Bully wurden die Sitzgelegenheiten in den Hang gebaut.

Die Aufnahmen veröffentlichte Pascal Jenny auf Facebook. Der Kurdirektor von Arosa schrieb dazu: «Arosa sucht immer Lösungen. Egal wie unverständlich die Behörden entscheiden.»

Auch andere Beizer setzen nun auf die Schnee-Terrassen. «So sieht dann die schweizerisch-pragmatische Lösung aus. Auch Resilienz gegenüber staatlicher Regulierung ist Resilienz», schreibt der Journalist Dominik Feusi zu einem Terrassen-Bild auf Twitter.

Und nicht nur das: Ein Beizer mache sich zudem mit Schildern auf den Massnahmen-Irrsinn lustig. «Achtung! Hier gilt akute Lebensgefahr», steht auf einem Schild geschrieben, das auf einer geschlossenen Terrasse aufgestellt wurde. Daneben ein gemalter Totenkopf.

«Gallier der Berge»

Die Schnee-Terrassen-Idee von Arosa sorgt im Netz für Begeisterung. «Gratuliere dem Team für die kreative Umsetzung von Alternativen», heisst es in einem Facebook-Kommentar. Ein weiterer schreibt: «Gallier der Berge». Der Trick mit den Schneebänken würde auch im Skigebiet Scuol praktiziert, heisst es.

Und: Auch im Kanton Wallis gäbe es Ideen, um das Terrassen-Verbot zu umgehen. Dort wurden laut einem Leser mehrere Strohballen als alternative Sitzmöglichkeiten aufgestellt.

Gegen die Schlaumeier-Betriebe in Hoch-Ybrig ging das zuständige Amt für Arbeit vor. Das erste Restaurant wurde noch am Vormittag zurückgepfiffen. Dort räumte man die Sitzgelegenheiten vor der Mittagspause wieder weg. Am Nachmittag erfuhren die Behörden noch von zwei weiteren Betrieben im selben Skigebiet, die sich ebenfalls über die Regelung hinwegsetzten. Für diese Lokale wurde nun ein Besuch des Arbeitsinspektorats in die Wege geleitet. Ob den Betrieben in Arosa und im Wallis das gleiche Schicksal droht, ist noch unklar. (jmh)

Blick, *«Gallier der Berge» Arosa umgeht Terrassen-Verbot mit Schneebank-Trick*.

Notizen:

5. Das realistische Auslegungselement

- Beachtung der tatsächlichen Verhältnisse bei der Rechtsanwendung, insbesondere von wirtschaftlichen Gegebenheiten und wissenschaftlichen Erkenntnissen
- Ausrichtung auf ein praktikables, effizientes und durchsetzbares Ergebnis
- Berücksichtigung der über den konkreten Fall hinausgehenden Auswirkungen eines bestimmten Auslegungsergebnisses (Folgeerwägungen)

Beispiel:

Chapeau

130 III 193

24. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung i.S. X. gegen Y. AG (Berufung)
4C.224/2003 vom 23. Dezember 2003

Regeste

Devoir d'assurer la sécurité de la circulation sur les pistes de ski; responsabilité des entreprises de remontées mécaniques.
Nature, contenu et étendue du devoir de sécurité (consid. 2.2-2.3).
Champ d'application dans l'espace du devoir de sécurité d'après les directives applicables (consid. 2.4.1-2.4.2).
Extension dans l'espace du devoir de sécurité en cas de dangers atypiques ou particulièrement importants et d'une possibilité due au relief du terrain que des skieurs même prudents puissent tomber involontairement dans le rayon des zones dangereuses situées hors de la piste et du domaine jouxtant la piste (consid. 2.4.3).
En l'espèce, le juge du fond n'a pas excédé son pouvoir d'appréciation concernant le point de savoir si les circonstances locales auraient exigé des mesures de sécurité accrues (consid. 2.5).

Faits à partir de page 194

BGE 130 III 193 S. 194

A. Im Januar 1997 verbrachte X. (Kläger) im Skigebiet des Kantons Glarus seine Ferien. Zur Benützung der Skilifte und Skipisten besass er eine Wochenkarte der Y. AG (Beklagte). Am 8. Januar 1997 stürzte er im untersten, relativ steilen Teil einer der Pisten und verlor mit aller Wahrscheinlichkeit beim Aufprall auf der hart gefrorenen Unterlage das Bewusstsein. In der Folge rutschte er unkontrolliert rund 75 Meter weit die Piste hinunter und rund zwölf Meter über den Pistenrand hinaus und glitt dann über eine Böschung in einen sechzehn Meter tiefen Geländeeinschnitt (Runse), wo er auf ein dort angebrachtes Rohr aufschlug und sich einen offenen Schädelbruch zuzog. Der Unfall machte einen längeren Spitalaufenthalt erforderlich und hat zu einer voraussichtlich bleibenden Gehbehinderung geführt.

B. Nach erfolglosem Sühneverfahren beantragte der Kläger im November 2000 beim Kantonsgericht des Kantons Glarus, die Beklagte sei zur Zahlung von Schadenersatz in der Höhe von DM 475'000.- nebst Zins zu verpflichten. Das Kantonsgericht wies die Klage mit Urteil vom 28. Januar 2002 ab. Dagegen legte der Kläger beim Obergericht des Kantons Glarus Berufung ein, wobei er das Begehren auf umgerechnet EUR 192'931.- nebst Zins reduzierte. Mit Urteil vom 21. März 2003 wies das Obergericht die Berufung ab.

C. Der Kläger beantragt dem Bundesgericht mit Berufung, das Urteil des Obergerichts aufzuheben und die Sache zur neuen Beurteilung, insbesondere zur Bemessung des Schadenersatzes, ans Obergericht zurückzuweisen. Die Beklagte schliesst auf Abweisung der Berufung.
Das Bundesgericht weist die Berufung ab.

Considérants

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Die Vorinstanz nimmt an, die Beklagte habe ihre Sicherungspflicht nicht verletzt. Nach ihrer Auffassung würde es zu weit führen, von der Beklagten zu verlangen, bei einer zwölf Meter abseits der Piste gelegenen Gefahrenstelle Sicherungsvorkehren anzubringen. Dies ergebe sich auch aus den einschlägigen Richtlinien, wonach bei Absturzgefahr nur der Pistenrand und der Randbereich im Umfang von zwei Metern Breite zu sichern sei. Der vorliegende Unfall habe auf einer Verkettung unglücklicher Umstände beruht. Der Kläger macht demgegenüber geltend, die Sicherung der Unfallstelle sei erforderlich und zumutbar gewesen.

2.2 Wie die Vorinstanz bereits zutreffend ausführte, sind Bergbahn- und Skiliftunternehmen, welche Pisten erstellen und diese für den Skilauf öffnen, grundsätzlich verpflichtet, die zur Gefahrenabwehr zumutbaren Vorsichts- und Schutzmassnahmen vorzukehren. Diese so genannte Verkehrssicherungspflicht ist vertraglicher Natur. Bergbahn- und Skiliftunternehmen sind im Sinne einer Nebenpflicht des mit Pistenbenützern (Skifahrern, Snowboardern) abgeschlossenen Transportvertrages verpflichtet, auch für die Pistensicherheit und den Rettungsdienst zu sorgen. Der Aufwand für diese Dienste ist im Preis der zur Benützung der Skipisten angebotenen Tages- und Wochenkarten, wie der Kläger eine besass, jeweils inbegriffen (**BGE 113 II 246** E. 3-10 S. 247 ff.; **BGE 126 III 113** E. 2a/bb S. 115).
Die Verkehrssicherungspflicht hat aber auch eine Grundlage im Deliktsrecht und ergibt sich aus der allgemeinen Schutzpflicht dessen, der einen Zustand schafft, woraus angesichts der erkennbaren konkreten Umstände ein Schaden entstehen könnte (**BGE 126 III 113** E. 2a/aa S. 115 mit Hinweisen). Von der Rechtsprechung noch nicht abschliessend geklärt und in der Lehre umstritten ist die Frage, ob Skipisten Werkcharakter haben und Bergbahn- und Skiliftunternehmen neben der allgemeinen Deliktshaftung (**Art. 41 OR**) auch aus der Werkeigentümerhaftung (**Art. 58 OR**) belangt werden können (vgl. BREHM, Berner Kommentar, N. 31 ff. zu **Art. 58 OR**; SCHNYDER, Basler Kommentar, 3. Aufl., N. 12 zu **Art. 58 OR**; OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht - Besonderer Teil, Bd. II/1, § 19 N. 86). Sie kann auch hier offen bleiben.
Auf welche Grundlage sich die vorliegende Klage auch immer stützt, interessiert einzig, ob die Skipiste, auf welcher der Kläger

verunfallte, den massgebenden Sicherheitsanforderungen entsprach. Bei der Werkeigentümerhaftung handelt es sich zwar, im Gegensatz zur Haftung aus Vertrag und aus allgemeinem Deliktsrecht, nicht um eine Verschuldens-, sondern um eine Kausalhaftung. Doch wird die Sicherung von Verkehrsanlagen gegenüber natürlichen Gefahrenherden in der Werkeigentümerhaftung praxisgemäss an den Kriterien der Verhältnismässigkeit und Zumutbarkeit gemessen (**BGE 129 III 65** E. 1.1 S. 67; **BGE 126 III 113** E. 2b S. 116), was die Kausalhaftung zumindest mit einem Verschuldenselement kombiniert.

2.3 Zum einen verlangt die Verkehrssicherungspflicht, dass Pistenbenützer vor nicht ohne weiteres erkennbaren, sich als eigentliche Fallen erweisenden Gefahren geschützt werden (**BGE 121 III 358** E. 4a S. 360; **BGE 115 IV 189** E. 3c S. 194). Zum andern ist dafür zu sorgen, dass Pistenbenützer vor Gefahren bewahrt werden, die selbst bei vorsichtigem Fahrverhalten nicht vermieden werden können (**BGE 121 III 358** E. 4a S. 361; **BGE 111 IV 15** E. 2 S. 16). Die Grenze der Verkehrssicherungspflicht bildet die Zumutbarkeit. Schutzmassnahmen können nur im Rahmen des nach der Verkehrsübung Erforderlichen und Möglichen verlangt werden, wenn auch ein Mindestmass an Schutz immer gewährleistet sein muss (**BGE 121 III 358** E. 4a S. 361; **BGE 115 IV 189** E. 3c S. 193). Eine weitere Schranke der Verkehrssicherungspflicht liegt in der Selbstverantwortung des einzelnen Pistenbenützers. Gefahren, die dem Schneesport inhärent sind, soll derjenige tragen, der sich zur Ausübung des Schneesports entschliesst (**BGE 111 IV 15** E. 2 S. 16 f.). Auch das Fehlverhalten eines Pistenbenützers, der in Verkennung seines Könnens und der vorgegebenen Pisten- und Wetterverhältnisse oder in Missachtung von Signalisationen fährt, stürzt und dabei verunfallt, ist der Selbstverantwortung zuzurechnen (**BGE 117 IV 415** E. 5a S. 416).
Wie weit die Verkehrssicherungspflicht im Einzelnen reicht, hängt von den Gegebenheiten des Einzelfalles ab. Als Massstab zieht das Bundesgericht jeweils die von der Schweizerischen Kommission für Unfallverhütung auf Schneesportabfahrten ausgearbeiteten Richtlinien für Anlage, Betrieb und Unterhalt von Schneesportabfahrten (SKUS-Richtlinien) und die von der Kommission Rechtsfragen auf Schneesportabfahrten der Seilbahnen Schweiz herausgegebenen Richtlinien bei (SBS-Richtlinien, ehemals SVS-Richtlinien; **BGE 126 III 113** E. 2b S. 116; **BGE 121 III 358** E. 4a S. 361). Obwohl diese Richtlinien kein objektives Recht darstellen, erfüllen sie eine

wichtige Konkretisierungsfunktion im Hinblick auf die inhaltliche Ausgestaltung der Verkehrssicherungspflicht (**BGE 126 III 113** E. 2b S. 116; **BGE 117 IV 415** E. 5b S. 417). Beide Richtlinien wurden letztmals im Jahr 2002 herausgegeben. Da sich der Skiunfall des Klägers im Jahr 1997 ereignete, sind die damals geltenden Ausgaben der Richtlinien aus dem Jahr 1995 massgebend.
Allerdings können die örtlichen Verhältnisse einen höheren Sicherheitsstandard erfordern, als es die genannten Richtlinien vorsehen (vgl. **BGE 87 II 301** E. 5a S. 313). Das Bundesgericht ist an die Richtlinien nicht gebunden, sondern entscheidet selbst, welche Sorgfalt im Einzelfall geboten war, wobei das Sorgfaltsmass eine flexible, sich stets nach den tatsächlichen Gegebenheiten zu richtende Grösse bildet (OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht - Allgemeiner Teil, Bd. I, § 5 N. 98 ff.). Dabei ist im Wesentlichen aber eine Frage des sachgerichtlichen Ermessens, ob die in einem bestimmten Zeitpunkt zu beurteilende örtliche Situation erhöhte Sicherheitsvorkehren erfordert hätte. In diesen Beurteilungsspielraum greift das auf eine reine Rechtskontrolle beschränkte Bundesgericht nur mit Zurückhaltung dann ein, wenn die Auffassung der Vorinstanz als unvertretbar erscheint (**BGE 129 III 380** E. 2 S. 382; **BGE 127 III 153** E. 1a S. 155, mit Hinweisen).

2.4 Gemäss den Feststellungen der Vorinstanz lag die Stelle, wo der Kläger abstürzte, nicht unmittelbar neben, sondern rund zwölf Meter weit entfernt von der Piste. Streitig ist, wie weit der räumliche Geltungsbereich der Verkehrssicherungspflicht reicht. Dabei ist davon auszugehen, dass die Verkehrssicherungspflicht zunächst die Pistenfläche und den Pistenrandbereich beschlägt (**BGE 122 IV 193** E. 2a S. 194).

2.4.1 Gemäss den SKUS-Richtlinien (Ausgabe 1995, Ziff. 21; Ausgabe 2002, Ziff. 27) muss im Falle von Hindernissen oder Absturzgefahr der Pistenrand gekennzeichnet und gesichert werden. Die Pflicht zur Sicherung des Pistenrandes bei Absturzgefahr oder Hindernissen fliesst auch aus den SVS- resp. SBS-Richtlinien (Ausgabe 1995, Ziff. 19; Ausgabe 2002, Ziff. 20). Der Pistenrand ergibt sich aus den natürlichen Geländeverhältnissen (Waldränder, Einschnitte etc.), aus künstlich angebrachten Markierungen oder aus den Schneespuren, wenn die präparierte Piste durch häufiges Befahren ausgeweitet worden ist (vgl. **BGE 109 IV 99** E. 1a S. 100). Haben die Verantwortlichen den Pistenrand nicht mit Markierungen gekennzeichnet, so gilt auch der um die Fahrspuren erweiterte

Bereich als Skipiste. Entsprechend verlagert sich der Pistenrand und dehnt sich die Verkehrssicherungspflicht auf den ausgefahrenen Pistenbereich aus (SVS- resp. SBS-Richtlinien: Ausgabe 1995, Ziff. 20; Ausgabe 2002, Ziff. 21; HANS-KASPAR STIFFLER, Schweizerisches Schneesportrecht [im Folgenden: Schneesportrecht], 3. Aufl., Bern 2002, N. 571).

2.4.2 Gemäss den SKUS-Richtlinien (Ausgabe 1995, Ziff. 21; Ausgabe 2002, Ziff. 27) sowie den SVS- resp. SBS-Richtlinien (Ausgabe 1995, Ziff. 21; Ausgabe 2002, Ziff. 22) erstreckt sich die Verkehrssicherungspflicht auch auf den unmittelbaren Grenzbereich der Piste, wobei ein Randstreifen von zwei Metern Breite gemeint ist. Zweck der Sicherung dieses zusätzlichen Randbereichs ist es, den Pistenbenützern ein gefahrloses Abschwingen und Stehenbleiben unmittelbar am Pistenrand zu ermöglichen. Zudem sollen Pistenbenützer, die infolge eines Sturzes in der Nähe des Pistenrandes geringfügig über die Piste hinausgeraten, vor Gefahrenstellen geschützt werden, die nicht erkennbar oder selbst für verantwortungsbewusste Pistenbenützer schwer vermeidbar sind (STIFFLER, Schneesportrecht, a.a.O., N. 574).

Eigentliche Sturzräume, d.h. abgesicherte Geländeteile ausserhalb der präparierten Piste zur Reduktion der Sturzdynamik eines gestürzten Pistenbenützers bis zum Stillstand, müssen nicht geschaffen werden (so ausdrücklich die SKUS-Richtlinien, Ausgabe 2002, Ziff. 27; SVS- resp. SBS-Richtlinien, Ausgabe 1995, Ziff. 21; Ausgabe 2002, Ziff. 22). Pistenbenützer, die zu schnell fahren, dadurch unkontrolliert über den Pistenrand hinausgeraten und stürzen, haben die Folgen eines solchen Risikoverhaltens selber zu tragen. Das Vermeiden einer Überschreitung des Pistenrandes ist den Pistenbenützern grundsätzlich möglich und zumutbar, vor allem durch die Einhaltung einer entsprechenden Fahrweise (STIFFLER, Schneesportrecht, a.a.O., N. 575; WILLY PADRUTT, Grenzen der Sicherungspflicht für Skipisten, in: ZStrR 103/1986 S. 397). Aus dieser eingeschränkten Funktion der Pistenrandsicherung erklärt sich auch die verhältnismässig geringe, gemäss SKUS-Richtlinien maximal zwei Meter betragende Breite des Randstreifens, auf den sich die erweiterte Sicherungspflicht erstreckt. Die Breite dieses Streifens reicht zur Gewährleistung der Sicherheit von verantwortungsbewussten Pistenbenützern in der Regel aus (vgl. PETER REINDL/JOHANNES Stabentheiner, Neues zum Pistenrand - Randnetze, Fangzäune und

Schneezäune - Sturz eines Pistenbenützers - Windenpräparierung, in: Zeitschrift für Verkehrsrecht 2000 S. 405).

2.4.3 Indessen können die konkreten Umstände im Einzelfall einen höheren als den in den genannten Richtlinien vorgesehenen Sicherheitsstandard erfordern und den Schutz der Pistenbenützer nicht nur vor unmittelbar neben dem Pistenrand, sondern vor weiter entfernt liegenden Absturzgefahren bedingen.

Voraussetzung für eine ausnahmsweise und punktuelle Erweiterung der Verkehrssicherungspflicht über den engeren Pistenrandbereich hinaus ist erstens das Vorliegen einer atypischen oder besonders grossen Gefahr für Leib und Leben, wie dies die bundesgerichtliche Rechtsprechung auch mit Bezug auf die Pflicht zur klaren Kennzeichnung des Pistenrandes bei aussergewöhnlichen oder besonders grossen Gefahren auf Pistennebenflächen verlangt (vgl. **BGE 122 IV 193** E. 2b S. 195; **BGE 117 IV 415** E. 5a S. 416; **BGE 115 IV 189** E. 3b S. 192). Zweite Voraussetzung ist eine durch die Geländeverhältnisse indizierte Möglichkeit, dass auch vorsichtige Pistenbenützer ungewollt in den Einzugsbereich dieser ausserhalb der Piste gelegenen Gefahrenstelle geraten können. In einem solchen Fall sind wirksame Sicherungsmassnahmen zu ergreifen, damit vorsichtige Pistenbenützer nicht ungewollt in den Gefahrenbereich geraten. Diese unter den genannten Voraussetzungen ausnahmsweise erweiterte Verkehrssicherungspflicht entspricht im Grunde dem Sorgfaltsmassstab, auf welchem auch die SKUS- und die SVS- resp. SBS-Richtlinien basieren. Die Richtlinien beabsichtigen den Schutz des eigenverantwortlichen Pistenbenützers vor Absturzgefahren. Kann die Gefahrenstelle aber selbst von einem vorsichtigen Pistenbenützer bei einem allfälligen Sturz auf der Pistenfläche nicht vermieden werden, darf es in Bezug auf die Verkehrssicherungspflicht keinen Unterschied machen, ob die Absturzgefahr unmittelbar im Pistenrandbereich oder im näheren Umfeld von Skipisten liegt (in diese Richtung HANS-KASPAR STIFFLER, Sportunfall, insbesondere Skiunfall, in: Geiser/Münch [Hrsg.], Schaden - Haftung - Versicherung, Basel u.a. 1999, N. 13.29). Eine Erweiterung der Verkehrssicherungspflicht über den engeren Pistenrandbereich hinaus wird bei besonderen, nicht vermeidbaren Gefahren auch in Österreich und Deutschland befürwortet (vgl. für Österreich: die am Rechtssymposium des Fachverbandes der Seilbahnen geäusserten Thesen, besprochen bei REINDL/STABENTHEINER, a.a.O., S. 405; PATRICK SCHENNER, Skiunfall! Wer haftet?, Frankfurt a.M. 2003, S. 57 ff.;

für Deutschland: GERHARD DAMBECK, Piste und Recht, 3. Aufl., DSV-Schriftenreihe, Bd. 6/1996, N. 213; KARL-HEINZ HAGENBUCHER, Die Verletzung von Verkehrssicherungspflichten als Ursache von Ski- und Bergunfällen, München 1984, S. 91). Bei dem zwei Meter breiten Randstreifen, in dem die Pistenbenützer vor Gefahren geschützt werden müssen, handelt es sich nach dort vertretener Auffassung ebenfalls nur um eine Richtgrösse im Rahmen des beweglichen Systems, welches die für die Sicherungspflicht massgebenden tatsächlichen Umstände bilden. In Ausnahmesituationen kann der von der Verkehrssicherungspflicht erfasste Randbereich somit möglicherweise breiter als zwei Meter sein (vgl. insbesondere REINDL/ STABENTHEINER, a.a.O., S. 406; SCHENNER, a.a.O., S. 57).

2.5 Gemäss den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz befand sich die Stelle, an welcher der Kläger abstürzte, zum Zeitpunkt des Unfalls ungefähr zwölf Meter entfernt vom Pistenrand, wobei die Piste ausgefahren und der Pistenrand daher nicht präzis auszumachen war. Die Absturzgefahr lag somit nicht weit entfernt, aber jedenfalls ausserhalb des gemäss den SKUS- und SVS-Richtlinien zu sichernden, zwei Meter breiten Randbereichs. Gemäss der Vorinstanz lagen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass der Kläger die Skipiste, auf der sich der Unfall ereignete, unvorsichtig, d.h. mit einer dem persönlichen Können und den Gelände- und Schneeverhältnissen am Unfalltag nicht angepassten Fahrweise, befahren hätte. Ein Selbstverschulden des Klägers muss daher ausgeschlossen werden. Zu prüfen ist, ob besondere Umstände vorlagen, welche die Beklagte zum Ergreifen von Schutzmassnahmen über den engeren Pistenrandbereich hinaus verpflichtete.

Die kantonalen Gerichte gehen in der Beurteilung der örtlichen Verhältnisse übereinstimmend davon aus, dass im Zeitpunkt des Unfallgeschehens keine besonders grosse oder atypische Gefahrenlage bestand. Dem angefochtenen Urteil ist lediglich zu entnehmen, dass durch die Anlage der Piste in der näheren Umgebung der Unfallstelle ein Absturzrisiko nicht ausgeschlossen war, da die Piste am Fuss des Zielhangs gegen aussen geneigt war und der angrenzende Pistenrand keine Erhöhung aufwies, welche einen in der Falllinie abrutschenden Pistenbenützer vor dem Abgleiten über die Böschungskante in den Geländeeinschnitt aufgehalten hätte. Nach Auffassung der Vorinstanz genügte die Piste den Sicherheitsanforderungen, die unter den lokalen Gegebenheiten erwartet werden konnten. Steile Abhänge und Böschungen seien für das alpine

BGE 130 III 193 S. 201

Gelände charakteristisch. Deshalb führe es zu weit, von den Sportbahnunternehmen zu verlangen, überall Abschrankungen anzubringen, wo das Gelände etwas abseits der Piste steil abfällt. Es habe einer für die Beklagte nicht vorhersehbaren Ausnahmesituation bedurft, dass der Kläger nach dem Sturz auf der Piste direkt in den Geländeeinschnitt abgetrieben worden sei. In diese Beurteilung der Vorinstanz greift das Bundesgericht nur mit Zurückhaltung ein.

Der Standpunkt der Vorinstanz, dass im alpinen Gelände überall mit Absturzgefahren gerechnet werden muss und der zwölf Meter vom Pistenrand entfernt liegende Geländeeinschnitt von daher keine besonders grosse oder aussergewöhnliche Gefahr darstellte, ist vertretbar. Bei jeder Piste, die nicht in der Falllinie einen Hang hinunterführt, sondern quer zum Hang verläuft, fällt das Gelände jenseits des talseitigen Pistenrandes ab. Dem angefochtenen Urteil ist nicht zu entnehmen, dass die Piste im Unfallbereich spezielle Tücken aufwies, welche die Wahrscheinlichkeit eines Sturzes erhöht hätten. Lag aber keine besonders grosse oder atypische Gefahr vor, war die Beklagte nicht verpflichtet, zusätzliche Sicherungsvorkehren zu treffen. Die Pistensicherungspflicht besteht nur im Rahmen des Erforderlichen und Zumutbaren. Es wäre unverhältnismässig und nicht zumutbar, wenn bei quer zum Tal verlaufenden Pisten talseitig durchgehende Sicherungen selbst gegen mehr als zwei Meter vom Pistenrand entfernt liegende Absturzgefahren angebracht werden müssten. Der Sicherungspflichtige haftet nicht für ein ganzes Schneesportgebiet schlechthin (vgl. **BGE 121 III 358** E. 4a S. 361; STIFFLER, Schneesportrecht, a.a.O., N. 570). Gefahren, die einer Skiabfahrt als solcher eigen sind, trägt der Pistenbenützer selbst. Dies gilt selbst dann, wenn er nicht mit exzessiver Geschwindigkeit fährt oder sich auf eine vereiste Piste begibt. Zu den dem Schneesport inhärenten Gefahren gehört auch das Risiko, bei vereisten Pistenabschnitten die Kontrolle über die eigenen Skier zu verlieren. Dass Pisten aufgrund der Witterungsverhältnisse vereisen, ist nicht aussergewöhnlich und darf grundsätzlich nicht zu einer Verschärfung der Haftung führen. Im vorliegenden Fall wies die Bezeichnung "FIS-Strecke" den Kläger überdies unmissverständlich darauf hin, dass es sich bei der betreffenden Piste um eine Wettkampfstrecke handelte, die erhöhte Anforderungen an die Geschicklichkeit der Pistenbenützer stellte. Die Vorinstanz hat ihr Sachverhaltsermessen somit nicht überschritten, wenn sie davon ausgeht, der Unfall habe sich aufgrund einer Verkettung unglücklicher Umstände zugetragen.

BGE 130 III 193 S. 202

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz das Bundesrecht nicht verletzte, indem sie es aufgrund der örtlichen Verhältnisse als nicht erforderlich und als unzumutbar erachtete, Sicherheitsvorkehren zum Schutz gegen die zwölf Meter vom Pistenrand entfernt liegende Absturzgefahr zu ergreifen, und die Haftung der Beklagten aus Vertrag und aus Delikt demzufolge verneinte.

Notizen:

6. Das rechtsvergleichende Auslegungselement

- Berücksichtigung des einschlägigen ausländischen Rechts
- ausländisches Recht als "Arsenal" erprobter Lösungen von Rechtsproblemen
- Bestätigung und Unterstützung eines aufgrund der übrigen Auslegungselemente ermittelten Normsinns
- Auslegung "autonom nachvollzogenen" Rechts / "europakompatible" Auslegung
- Exkurs: Bedeutung der Rechtsvergleichung in der Rechtsetzung

Beispiel:

Urteilskopf

130 III 182

23. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung i.S. A. gegen B. (Berufung)
4C.233/2003 vom 26. November 2003

Regeste

Art. 14 f. Pauschalreisegesetz; **Art. 44 OR**; Haftung für den Verlust eines anvertrauten Koffers. Rechtsnatur der Haftung des Reiseveranstalters (E. 4).
Der Konsument, der den Reiseveranstalter nicht über den besonders hohen Wert eines anvertrauten Reisegepäckstücks orientiert, muss sich ein Versäumnis im Sinne von Art. 15 Abs. 1 lit. a Pauschalreisegesetz vorwerfen lassen. Die Haftungsregelung von Art. 14 f. Pauschalreisegesetz steht der Berücksichtigung eines blossen, den Kausalzusammenhang nicht unterbrechenden Mitverschuldens des Konsumenten als Reduktionsgrund nicht entgegen. Bemessung der Ersatzpflicht (E. 5).

Sachverhalt ab Seite 183

BGE 130 III 182 S. 183

A. A. (Klägerin) buchte im August 1999 bei der Einzelfirma X. (Inhaber B. [Beklagter]) eine viertägige "Musik-Kreuzfahrt auf der Mosel". Die Reisegruppe, die vom Beklagten als Reiseleiter begleitet wurde, fuhr am 21. Oktober 1999 mit der Eisenbahn nach Koblenz. Dort wurde das Gepäck auf einen Handwagen geladen. Die Reisenden begleiteten diesen Wagen bis zum wartenden Bus, wo das Gepäck eingeladen wurde, und führten mit dem Bus eine kurze Stadtrundfahrt durch. Anschliessend unternahmen sie zu Fuss einen Stadtrundgang. In der Zwischenzeit fuhr der Beklagte mit dem Bus direkt zur Anlegestelle des Schiffes, wo das Gepäck von Angestellten des Schifffahrtsbetriebs in die Kabinen der Reisenden gebracht werden sollte. Das im Passagierraum des Busses zurückgelassene Handgepäck nahm der Beklagte persönlich mit aufs Schiff.
Rund zehn Minuten nach dem Bezug der Kabinen teilte der Begleiter der Klägerin dem Beklagten mit, der Koffer der Klägerin, in dem sich nach deren Angaben Kleider und Schmuck im Wert

BGE 130 III 182 S. 184

von mehr als Fr. 100'000.- befunden hätten, sei gestohlen worden. Eine sofort eingeleitete Suche nach dem vermissten Gepäckstück blieb erfolglos. Auch die Polizei konnte den Täter nach der am gleichen Abend erhobenen Strafanzeige gegen Unbekannt wegen Diebstahls nicht ermitteln. Die Klägerin setzte die Reise wie geplant fort. Ihre Reisegepäckversicherung zahlte ihr Fr. 8'000.-.

B. Am 31. Januar 2001 belangte die Klägerin den Beklagten beim Kantonsgericht Schaffhausen auf Bezahlung von Fr. 153'190.15 nebst Zins. Das Gericht wies die Klage am 3. September 2001 ab.
Auf Berufung der Klägerin hin bestätigte das Obergericht des Kantons Schaffhausen diesen Entscheid mit Urteil vom 20. Juni 2003. Es verneinte eine Haftung des Beklagten für den behaupteten Schaden der Klägerin, weil diese ihn nicht über den unüblich hohen Wert des ihm anvertrauten Gepäcks informiert hatte.

C. Die Klägerin beantragt mit eidgenössischer Berufung vom 22. August 2003, dieses Urteil aufzuheben und den Beklagten zu verpflichten, ihr Fr. 153'190.15 nebst Zins zu bezahlen. Eventuell sei die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
Der Beklagte schliesst auf Abweisung der Berufung.
Das Bundesgericht weist die Berufung ab.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

3. Die Vorinstanz hat zutreffend und unangefochten erkannt, dass der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag dem schweizerischen Recht untersteht (**Art. 120 IPRG**) und als Pauschalreisevertrag im Sinne von **Art. 1 des Bundesgesetzes vom 18. Juni 1993 über Pauschalreisen (Pauschalreisegesetz; SR 944.3)** zu qualifizieren ist. Im vorliegenden Verfahren ist auch nicht mehr strittig, dass dieser Vertrag als Nebenpflicht den Transport des Reisegepäcks vom Bahnhof Koblenz (zumindest) bis auf das Schiff mitumfasste und dass der Beklagte als Reiseveranstalter nach Art. 14 Pauschalreisegesetz grundsätzlich für die gehörige Erfüllung dieser vertraglichen Nebenpflicht haftet (vgl. dazu ALESSANDRO MARTINELLI, Die Haftung für Pauschalreisen, Diss. Basel 1997, S. 183).
Die Klägerin begründet ihre Schadenersatzforderung im Wesentlichen damit, dass der Beklagte den Vertrag hinsichtlich der Nebenpflicht, für den Transport des Koffers zu sorgen, nicht gehörig erfüllt habe. Der Koffer habe Kleider und Schmuck im Wert von rund Fr. 150'000.- enthalten und sei gestohlen worden, als er sich im

Verantwortungsbereich des Beklagten befunden habe. Die Vorinstanz liess - entgegen den Vorbringen der Klägerin - offen, wie es sich mit diesen tatsächlichen Behauptungen verhält, da die Klage aus rechtlichen Gründen auch dann abzuweisen wäre, wenn vom behaupteten Sachverhalt ausgegangen würde. Im Folgenden ist daher einzig zu prüfen, ob die Vorinstanz die Schadenersatzforderung der Klägerin auf dieser Grundlage bundesrechtskonform abgewiesen hat. Sollte dies nicht der Fall sein, wäre die Sache zur Vornahme von verbindlichen tatsächlichen Feststellungen hinsichtlich der behaupteten, einen Ersatzanspruch in bestimmter Höhe begründenden Sachverhaltselemente an die Vorinstanz zurückzuweisen (**Art. 64 OG**).

4. Die Haftung des Reiseveranstalters ist in Art. 13 ff. Pauschalreisegesetz spezialrechtlich geregelt. Nach Art. 14 Pauschalreisegesetz haftet der Veranstalter oder der Vermittler, der Vertragspartei ist, dem Konsumenten für die gehörige Vertragserfüllung, unabhängig davon, ob er selbst oder andere Dienstleistungsträger die vertraglichen Leistungen zu erbringen haben. Im

Gegensatz zur allgemeinen Bestimmung über die vertragliche Haftung in **Art. 97 OR** sieht diese Norm keinen Wegfall der Haftung vor, wenn der Veranstalter beweist, dass ihm kein Verschulden zur Last fällt. Allerdings sieht Art. 15 Pauschalreisegesetz verschiedene Entlastungsgründe vor, in deren Bereich dem Reiseveranstalter der Sorgfaltsbeweis offen steht. Die Haftung des Reiseveranstalters kann damit als einfache Kausalhaftung bezeichnet werden, welche die Verletzung einer Sorgfaltspflicht präsumiert (vgl. dazu REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Zürich 2003, Rz. 880/894; so auch FRANK, Kurzkommentar zum Bundesgesetz über Pauschalreisen, Zürich 1994, N. 23 f. zu Art. 14 Pauschalreisegesetz; MARTINELLI, a.a.O., S. 99 ff., 292; SANDRO HANGARTNER, Das neue Bundesgesetz über Pauschalreisen, Diss. Zürich 1997, S. 147; vgl. dagegen ROBERTO, Basler Kommentar, N. 4 f. zu Art. 14/15 Pauschalreisegesetz; *derselbe*, Das neue Pauschalreisegesetz, recht 12/1994 S. 6 ff., 11 f. [nachfolgend zitiert als ROBERTO, Pauschalreisegesetz]; MARCHAND, De l'helvético-compatibilité de la loi fédérale du 18 juin 1993 sur les voyages à forfait, AJP 1994 S. 721 ff., 735 f.).

5. Art. 15 Abs. 1 lit. a Pauschalreisegesetz sieht als Entlastungsgrund vor, dass der Veranstalter dem Konsumenten dann nicht haftet, wenn die Nichterfüllung oder die nicht gehörige Erfüllung

BGE 130 III 182 S. 186

des Vertrages auf Versäumnisse des Konsumenten zurückzuführen ist (Art. 15 Abs. 1 lit. a Pauschalreisegesetz).

5.1 Die Vorinstanz hielt dafür, der Klägerin sei ein Versäumnis im Sinne von Art. 15 Abs. 1 lit. a Pauschalreisegesetz vorzuwerfen, weil sie den Beklagten nicht über den besonders hohen Wert ihres Reisegepäcks informiert habe. Die Unterlassung dieser Information sei der Klägerin analog zu **Art. 447 OR** als grobes Selbstverschulden anzurechnen und bilde eine für den Schaden adäquate Ursache, die den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Beklagten und dem Schaden unterbreche. Da der Klägerin der übliche Wert eines Gepäckstücks für eine entsprechende viertägige Reise von ihrer Versicherung ersetzt worden sei, würde es am Ergebnis auch nichts ändern, wenn bloss eine Reduktion der Haftung auf den entsprechenden Umfang angenommen würde.

5.2 Die Klägerin bestreitet, dass ihr ein Versäumnis im Sinne von Art. 15 Abs. 1 lit. a Pauschalreisegesetz vorzuwerfen sei. Sie habe, im Gegensatz zum Absender beim Frachtvertrag, keine gesetzliche Pflicht gehabt, den Beklagten über den Inhalt und den Wert des Koffers zu orientieren. Es lägen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass der Koffer wegen seines hohen Wertes gestohlen worden sei. Das Versäumnis des Reiseteilnehmers müsse nach Art. 15 Abs. 1 lit. a Pauschalreisegesetz der einzige Grund dafür sein, dass der Veranstalter seine vertraglichen Pflichten nicht erfüllen konnte. Der Beklagte hätte indessen seine vertraglichen Überwachungs- und Sorgfaltspflichten beim Transport des Koffers unabhängig davon erfüllen können und müssen, ob er über den wertvollen Inhalt informiert war.

5.3 Der angefochtene Entscheid ist insoweit nicht zu beanstanden, als die Vorinstanz im Umstand, dass die Klägerin den Beklagten nicht über den ausserordentlich hohen Wert ihres Koffers informierte, ein (schuldhaftes) Versäumnis der Klägerin sah. Wie die Klägerin geltend macht, trifft es zwar zu, dass sich im Pauschalreisegesetz keine dem **Art. 441 OR** entsprechende Vorschrift findet, die den Reisenden, wie den Absender im Frachtvertragsrecht, ausdrücklich verpflichten würde, seinen Vertragspartner über den besonders hohen Wert von anvertrauten Gegenständen zu informieren. Indessen gehört es zu den generellen Pflichten des Gläubigers, seinen Vertragspartner auf den mit Blick auf das konkrete Vertragsverhältnis ausserordentlich hohen, jedoch für den Vertragspartner nicht erkennbaren Wert einer anvertrauten Sache aufmerksam

BGE 130 III 182 S. 187

zu machen, mit dem die Gefahr des Eintritts eines ungewöhnlich hohen Schadens verbunden ist und der daher eine erhöhte Sorgfalt im Umgang mit ihr als angebracht erscheinen lässt. Dieses Prinzip hat in **Art. 441 OR** in die gesetzliche Regelung des Frachtvertragsrechts Eingang gefunden und wird in § 254 Abs. 2 BGB auch für das deutsche Recht ausdrücklich ausgesprochen (vgl. BGE 109 II 234 E. 2c; **46 II 116** E. 5; **33 II 420** E. 5; BREHM, Berner Kommentar, N. 21 zu **Art. 44 OR**; BECKER, Berner Kommentar, N. 46 zu **Art. 99 OR**; WEBER, Berner Kommentar, N. 258 und 261 zu **Art. 99 OR**; VON TUHR/PETER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, Zürich 1979, S. 112; VON STAUDINGER/SCHIEMANN, Kommentar, Berlin 1998, N. 74 ff. zu § 254 BGB). Nach den eigenen Angaben der Klägerin war es ihrem Koffer nicht anzusehen, dass er besondere Werte enthielt. Der Beklagte musste auch aus dem zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnis nicht darauf schliessen, dass der Koffer Wertsachen in der geltend gemachten Höhe enthielt, hatte er doch den Koffer als Nebenpflicht im Rahmen eines Vertrages über eine bloss viertägige Reise zu transportieren. Es oblag daher der Klägerin, dafür Sorge zu tragen, dass der Koffer nicht wie ein gewöhnliches Reisegepäckstück behandelt werde, indem sie den Beklagten auf dessen besonders wertvollen Inhalt aufmerksam machte. Dass sie dies unterliess, durfte die Vorinstanz bundesrechtskonform als Versäumnis im Sinne von Art. 15 Abs. 1 lit. a Pauschalreisegesetz qualifizieren. Soweit die Klägerin in diesem Zusammenhang geltend macht, der Beklagte habe besondere Zusicherungen hinsichtlich der lückenlosen Überwachung oder Einschliessung des zu transportierenden Gepäcks abgegeben, nach welchen sie ihm ihr Gepäck ohne besondere Hinweise auf dessen Wert habe anvertrauen dürfen, finden ihre Vorbringen in den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz keine Stütze. Da sie insoweit keine substanziierte Sachverhaltsrüge im Sinne von **Art. 63 Abs. 2 und Art. 55 Abs. 1 lit. c OG** erhebt, ist sie damit nicht zu hören.

5.4 Die Bestimmung von Art. 15 Abs. 1 lit. a Pauschalreisegesetz sieht eine Haftungsbefreiung des Veranstalters wegen Versäumnissen des Konsumenten nur für den Fall vor, dass die Nichterfüllung oder die nicht gehörige Erfüllung des Vertrages (allein) auf diese Versäumnisse zurückzuführen ist. Mit anderen Worten muss das Versäumnis der einzige Grund für die Nichterfüllung des Vertrages sein (MARCHAND, a.a.O., S. 736). Diese Regelung entspricht

weitgehend den Anforderungen an eine Haftungsbefreiung wegen Unterbrechung des Kausalzusammenhangs nach den allgemeinen Grundsätzen des Haftpflichtrechts (vgl. MARTINELLI, a.a.O., S. 259). Danach unterbricht eine vom Geschädigten gesetzte Ursache den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der vom Schädiger gesetzten Ursache und dem Schaden nur, wenn sie einen derart hohen Wirkungsgrad aufweist, dass die vom Schädiger gesetzte Ursache nach wertender Betrachtungsweise als rechtlich nicht mehr beachtlich erscheint (BGE 116 II 519 E. 4b S. 524; BREHM, a.a.O., N. 132 zu **Art. 41 OR**; REY, a.a.O., Rz. 552, je mit Hinweisen). Entscheidend ist die Intensität der beiden Ursachen. Erscheint die eine bei wertender Betrachtung als derart intensiv, dass sie die andere gleichsam verdrängt und als unbedeutend erscheinen lässt, wird eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs angenommen (BGE 116 II 519 E. 4b S. 524; vgl. auch BGE 127 III 453 E. 5d S. 457; BGE 123 III 306 E. 5b S. 314; BGE 121 III 358 E. 5).

Die Vorinstanz stellte im Rahmen ihrer Hauptbegründung aufgrund der konkreten Umstände fest (**Art. 63 Abs. 2 OG**), dass der Beklagte den Koffer der Klägerin speziell überwacht hätte, wenn er über dessen wertvollen Inhalt informiert worden wäre. Es sei daher mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass der Koffer diesfalls unversehrt ins Schiff gelangt wäre. Daraus schloss sie, die der Klägerin als grobes Verschulden anzurechnende Unterlassung der Information habe den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Beklagten und dem Schaden unterbrochen.

Es erscheint allerdings fraglich, ob in der Unterlassung der Klägerin schon deshalb die einzige rechtserhebliche Schadensursache gesehen werden kann, weil das Gepäck mit überwiegender Wahrscheinlichkeit unversehrt aufs Schiff gelangt wäre, wenn die Klägerin den Beklagten über dessen Wert informiert hätte. Mit der Klägerin ist zu bedenken, dass es dem Beklagten grundsätzlich unabhängig davon, ob er um den wertvollen Inhalt des Koffers gewusst hat, möglich gewesen wäre, den Vertrag gehörig zu erfüllen. Eine Haftungsbefreiung nach Art. 15 Abs. 1 lit. a

Pauschalreisegesetz setzt voraus, dass der Veranstalter seinen gesetzlichen bzw. vertraglichen Pflichten einwandfrei nachgekommen ist (FRANK, a.a.O., N. 2 zu Art. 15 Pauschalreisegesetz; MARTINELLI, a.a.O., S. 255; MARCHAND, a.a.O., S. 736). Die Frage kann hier allerdings mangels Entscheiderheblichkeit offen bleiben, da die Vorinstanz die Klage

BGE 130 III 182 S. 189

mit einer weiteren Begründung abgewiesen hat, die vor Bundesrecht standhält:

5.5 Die Vorinstanz hat das Versäumnis der Klägerin im Rahmen ihrer Eventualbegründung als Reduktionsgrund im Sinne von **Art. 44 OR** berücksichtigt und die Haftung auf den üblichen Wert eines Reisekoffers für die konkrete Reise reduziert. Auch in diesem Umfang wies sie die Klage ab, da die Klägerin insoweit von ihrer Reisegepäckversicherung entschädigt worden sei. Die Klägerin macht dagegen hauptsächlich geltend, das Pauschalreisegesetz kenne keine Haftungsreduktion, sondern nur eine volle oder keine Haftung. Im vorliegenden Fall hafte daher der Beklagte für den vollen Schaden. Jedenfalls liege darin, dass die Klägerin den Beklagten nicht auf den Wert des Koffers aufmerksam gemacht habe, kein grobes Verschulden.

5.5.1 Art. 15 Pauschalreisegesetz sieht lediglich den Wegfall der Haftung des Reiseveranstalters aus abschliessend aufgezählten Gründen vor, die der Veranstalter nicht zu vertreten hat (vgl. MARTINELLI, a.a.O., S. 255). Er enthält indessen keine Regelung über die Bemessung des Schadenersatzes für den hier gegebenen Fall, dass die nicht gehörige Vertragserfüllung auch, aber nicht ausschliesslich auf einen Umstand zurückzuführen ist, den der Veranstalter nicht zu vertreten hat, wie namentlich ein Versäumnis des Konsumenten. Daraus darf aber nicht geschlossen werden, dass ein verschuldetes Versäumnis des Konsumenten, das nicht alleinige Ursache des Schadens ist, bei der Bemessung des Schadenersatzes nicht zu berücksichtigen wäre (vgl. TERCIER, Les contrats spéciaux, 3. Aufl., Zürich 2003, Rz. 5733; HANGARTNER, a.a.O., S. 154; vgl. auch MARCHAND, a.a.O., S. 736 sowie allgemein dazu REY, a.a.O., Rz. 561 und 401 ff.). Es widerspräche einem allgemeinen Grundsatz des Schadenersatzrechts, das Selbstverschulden des Geschädigten als Reduktionsgrund nicht zu berücksichtigen (OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, Zürich 1995, S. 385 Fn. 28 mit Hinweis auf **BGE 42 II 389** E. 3 S. 397). Die Bestimmung über die Herabsetzung der Haftung in **Art. 44 OR** ist, weil auf Billigkeitserwägungen beruhend, nicht singulärer Natur und daher der analogen Anwendung fähig (BECKER, a.a.O., N. 12 zu **Art. 44 OR**). Ein "alles oder nichts-Prinzip" bei der Bemessung des Schadenersatzes ist dem schweizerischen Recht fremd und kann vom Gesetzgeber nicht gewollt gewesen sein, indem er sich über die Möglichkeit einer blossen Reduktion der Haftung des

BGE 130 III 182 S. 190

Reiseveranstalters ausschwieg; dabei ist zu berücksichtigen, dass das Pauschalreisegesetz unter erheblichem Zeitdruck verabschiedet werden musste, woraus sich gewisse Unklarheiten und Systemwidrigkeiten in den Bestimmungen erklären lassen (vgl. FRANK, a.a.O., Vorbemerkungen N. 19; ROBERTO, Pauschalreisegesetz, a.a.O., S. 7).

Das Pauschalreisegesetz wurde in Umsetzung der Richtlinie Nr. 90/ 314 des EWG Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen (ABl. L 158 vom 23. Juni 1990, S. 59 ff.) im Rahmen des "Swisslex-Programms" erlassen und enthält autonom nachvollzogenes europäisches Recht (Botschaft I über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht vom 27. Mai 1992 ["Eurolex"], BBl 1992 V 1, S. 756 ff.; Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens vom 24. Februar 1993 ["Swisslex"], BBl 1993 I 805 ff. und II 999 ff.; vgl. dazu auch ROBERTO, Basler Kommentar, N. 1 zu Art. 1 Pauschalreisegesetz; MARTINELLI, a.a.O., S. 15). Es ist daher in Zweifelsfällen europarechtskonform auszulegen (vgl. **BGE 129 III 335** E. 5.1 und 6 S. 350). Auch eine entsprechende Auslegung spricht nicht gegen eine Berücksichtigung des Mitverschuldens des Konsumenten als Herabsetzungsgrund: Aus Art. 5 der Richtlinie, der einen Auftrag an die Mitgliedstaaten zum Erlass einer minimalen Haftungsregelung enthält (vgl. FRANK, a.a.O., Vorbemerkungen, N. 14; ROBERTO, Pauschalreisegesetz, a.a.O., S. 7), ergibt sich, dass es dem europäischen Gesetzgeber aus Gründen des Verbraucherschutzes bzw. dessen Angleichung in den

Mitgliedstaaten in erster Linie ein Anliegen war, dass der Veranstalter dem Konsumenten gegenüber die Haftung für die ordnungsgemässe Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen unabhängig davon übernehmen muss, ob er selbst oder andere Dienstleistungsträger diese Verpflichtungen zu erfüllen haben (MARTINELLI, a.a.O., S. 61). Er behielt dabei einen Ausschluss der Haftung aus Gründen vor, die der Veranstalter nicht zu vertreten hat, wie sie in Art. 15 Abs. 1 Pauschalreisegesetz sinngemäss Eingang gefunden haben (vgl. auch § 651f des deutschen BGB). Dafür, dass die Mitgliedstaaten daran gehindert wären, eine vom Konsumenten gesetzte blosse Mitursache des Schadens als Haftungsreduktionsgrund zu berücksichtigen, enthält die Richtlinie keine Anhaltspunkte. Auch die deutsche Lehre und Rechtsprechung schliessen dementsprechend die Berücksichtigung eines Mitverschuldens des Reisenden am Mangel der Reise nicht aus (vgl. VON STAUDINGER/ECKERT, Kommentar, Berlin 2003, N. 15/19 zu § 651f BGB; ECKHART PICK, Reiserecht, Kommentar zu den §§ 651a - §§ 651l BGB, München 1995,

BGE 130 III 182 S. 191

N. 131 ff. zu § 651f BGB). Es ist somit davon auszugehen, dass der Schweizer Gesetzgeber eine Berücksichtigung von blossem Mitverschulden nicht ausgeschlossen hat, zumal er nur das von der Richtlinie minimal Geforderte ins Pauschalreisegesetz übernahm (HANGARTNER, a.a.O., S. 3; MARTINELLI, a.a.O., S. 17; vgl. auch BBl 1992 V 10 f., S. 761).

5.5.2 Damit bleibt zu prüfen, ob die von der Vorinstanz vorgenommene Herabsetzung der Ersatzpflicht auf den üblichen Wert eines Koffers für die konkrete Reise bzw. auf Fr. 8'000.- vor Bundesrecht standhält. Die Bemessung der Herabsetzung beruht weitgehend auf der Ausübung gerichtlichen Ermessens im Sinne von **Art. 4 ZGB**. Bei solchen Entscheiden steht dem kantonalen Gericht ein weiter Ermessensspielraum zu, in den das Bundesgericht gemäss ständiger Praxis nur mit Zurückhaltung eingreift (**BGE 123 III 10** E. 4c/aa S. 13 und 306 E. 5b S. 314; vgl. auch **BGE 129 III 380** E. 2 mit Hinweisen). Im vorliegenden Fall besteht dafür kein Anlass.

Die Vorinstanz hat kein Bundesrecht verletzt, indem sie in der Unterlassung der Klägerin, den Beklagten über den Wert des Kofferinhalts zu informieren, ein grobes Selbstverschulden sah (vgl. zum Begriff des groben Verschuldens REY, a.a.O., Rz. 857). Die Klägerin sorgte nicht dafür, dass ihr Koffer anders als ein gewöhnliches Reisegepäckstück behandelt werde, indem sie es unterliess, den Beklagten auf den besonders hohen, für diesen nicht erkennbaren Wert seines Inhalts aufmerksam zu machen (vgl. dazu die vorstehende Erwägung 5.3). Damit hat sie die Ergreifung einer Vorsichtsmassnahme unterlassen, die sich jedem vernünftigen Menschen in der gleichen Lage aufdrängen muss. Es ist namentlich auch nicht zu beanstanden, dass sich die Vorinstanz bei der Qualifikation des Verschuldens an **Art. 447 OR** orientierte, nach dem eine entsprechende Unterlassung des Absenders als ein Verschulden gewertet wird, das die Haftung des Frachtführers entfallen lässt. Soweit die Klägerin auf der anderen Seite geltend macht, den Beklagten treffe am Verlust des Koffers ein grobes Verschulden, das über die in Art. 14 Pauschalreisegesetz präsumierte Sorgfaltspflichtverletzung hinausgeht, finden ihre Ausführungen in den Sachverhaltsfeststellungen des angefochtenen Urteils keine Stütze und ist sie nicht zu hören (vgl. die Erwägung 5.3 vorne). Die Vorinstanz hat ihr Ermessen in keiner Weise unrichtig ausgeübt, indem sie die Haftung des Beklagten auf den Betrag reduzierte, der dem üblichen Wert eines Koffers für die konkrete Reise entspricht. Damit

BGE 130 III 182 S. 192

wird dem Gedanken Rechnung getragen, dass der Beklagte nach Treu und Glauben nicht zu erwarten hatte, im Rahmen der Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtungen Gepäckstücke von höherem Wert transportieren und dafür das Verlustrisiko übernehmen zu müssen.

Die Klägerin beanstandet allerdings, dass die Vorinstanz den üblichen Wert des Koffers für eine entsprechende Musikreise mit drei Übernachtungen und Vollpension zum Preis von Fr. 1'720.- auf maximal Fr. 8'000.- festgesetzt hat. Zu Unrecht. Soweit in der Festlegung des üblichen Wertes des Koffers nicht ohnehin eine tatsächliche Feststellung liegt, an die das Bundesgericht gebunden wäre, sondern ein Schluss aus der allgemeinen Lebenserfahrung, den das Bundesgericht im Rahmen der Berufung frei überprüfen kann (**BGE 126 III 10** E. 2b S. 12; **BGE 117 II 256** E. 2b, je mit Hinweisen), ist der vorinstanzliche Entscheid insoweit jedenfalls nicht zu beanstanden. Die Klägerin macht geltend, ein einziges Schmuckstück koste schnell zwischen Fr. 5'000.- und Fr. 30'000.-, und auch Kleidungsstücke in der Preisklasse zwischen Fr. 500.- und Fr. 3'000.- seien keine Seltenheit. Damit vermag sie keine Bundesrechtsverletzung nachzuweisen. Sie verkennt, dass es zum Allgemeinwissen jedes Reisenden gehört, dass wertvoller Schmuck oder andere Wertsachen auf einer Reise nicht im Koffer, sondern im Handgepäck mitgeführt werden sollten (vgl. entsprechend VON STAUDINGER/ECKERT, a.a.O., N. 15 zu § 651f BGB). Entsprechende Werte sind daher bei der Bestimmung des üblichen Wertes eines Koffers nicht zu berücksichtigen.

5.5.3 Dass die Vorinstanz die Klage auch im Umfang von Fr. 8'000.- abgewiesen hat, da die Klägerin insoweit von ihrer Versicherung entschädigt worden sei, beanstandet die Klägerin zu Recht nicht als bundesrechtswidrig (**Art. 55 Abs. 1 lit. c OG**; vgl. dazu PETER BECK, in: Münch/Geiser [Hrsg.], Schaden - Haftung - Versicherung, Basel 1999, S. 269 Rz. 6.81).

Notizen:

IV. Lücken

Lektüre: FORSTMOSER/VOGT, § 15 N. 2–167

A. Schweigen des Gesetzes

- Ausgangspunkt: Das Gesetz, ausgelegt aufgrund der Auslegungselemente, regelt eine bestimmte Frage nicht. Es schweigt.
- Bedeutung des Schweigens
  - qualifiziertes Schweigen: das Fehlen einer Regelung bringt die Rechtslage zutreffend zum Ausdruck

    oder
  - Lücke: eine Regelung ist erforderlich ("planwidrige Unvollständigkeit des positiven Rechts")

Beispiele:

Bauhandwerkerpfandrecht:

1

I. SACHENRECHT

DROITS RÉELS

1. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 23. März 1939 i. S. Schweiz. Volksbank gegen Bonomo.

Bauhandwerkerpfandrecht. Die Honorarforderung des *Architekten* ist dieses Privilegs nicht teilhaftig (Art. 837 Ziff. 3, 839 ff. ZGB).

Hypothèque des artisans. L'architecte ne bénéficie pas de ce privilège pour sa créance d'honoraires (art. 837 ch. 3, 839 ss. CC).

Ipoteca degli imprenditori. L'architetto non fruisce di questo privilegio pel credito relativo ai suoi onorari (art. 837 cp. 3, 839 e seg. CC).

Der Honoraranspruch des Architekten geniesst nicht den Schutz der Art. 837 Ziff. 3/841, da es sich bei dessen Arbeit für den Bau, die in der Anfertigung der Pläne und in der Bauaufsicht besteht, nicht um eine Arbeit handelt, die nach ihrer Leistung mit dem Bau körperlich verbunden ist, wie die Bauleistungen der Handwerker und Unternehmer. Nach seiner sozialen Stellung gegenüber dem Bauherrn erscheint der Architekt des mit Art. 837/841 bezweckten Schutzes nicht oder jedenfalls nicht in dem mer. Unter diese in Art. 837 Ziff. 3 genannten Begriffe lässt sich der Architekt nicht ohne ausdehnende Interpretation des Gesetzes subsumieren. Bei dessen Erlass wurde der Kreis der zu privilegierenden Personen absichtlich so eng gezogen und der Architekt bewusst ausgeschlossen, eben mit Rücksicht auf seine ganz anders geartete recht-

liche Stellung. Ob diese Gründe unter den heutigen Verhältnissen im Bauwesen noch im gleichen Masse zutreffen, könnte nur *de lege ferenda* in neue Erwägung gezogen werden, nicht aber im Rahmen der Interpretation des bestehenden Gesetzestextes. Nach diesem könnte das

Privileg dem Architekten selbst dann nicht zuerkannt werden, wenn er zum Bauherrn nicht (wie es in der Regel der Fall ist) im Rechtsverhältnis des Auftrags, sondern in dem des Werkvertrags stände.

Videokonferenz im Zivilprozess:

Urteilskopf

146 III 194

22. Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. C. AG gegen A. (Beschwerde in Zivilsachen)
4A_180/2020 vom 6. Juli 2020

Regeste

Art. 228 ff. ZPO; Hauptverhandlung; Videokonferenz.
Die Parteien haben Anspruch auf rechtskonforme Abhaltung der Hauptverhandlung, soweit sie nicht gemeinsam auf eine solche verzichten. Es fehlt im Anwendungsbereich der ZPO an einer rechtlichen Grundlage, die Hauptverhandlung ohne Einverständnis aller Parteien im Rahmen einer Videokonferenz durchzuführen (E. 3). Hinweis auf die in casu nicht anwendbare Verordnung vom 16. April 2020 über Massnahmen in der Justiz und im Verfahrensrecht im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht) (E. 4).

Sachverhalt ab Seite 195

BGE 146 III 194 S. 195

Mit Klage vom 28. Mai 2018 leitete A. (Klägerin, Beschwerdegegnerin) ein Verfahren gegen die C. AG (Beklagte, Beschwerdeführerin) beim Handelsgericht des Kantons Zürich ein. Sie beantragte die Aushändigung von Namenaktien beziehungsweise eines Zertifikats über das Eigentum an Namenaktien der C. AG.
Nach Durchführung einer Vergleichsverhandlung, anlässlich welcher keine Einigung erzielt wurde, reichten die Parteien Replik und Duplik sowie (die Klägerin) eine weitere Stellungnahme ein. Mit Eingabe vom 31. Januar 2020 teilte die C. AG mit, dass sie die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung verlange. Am 20. Februar 2020 wurden die Parteien zur Hauptverhandlung vom 7. April 2020 vorgeladen.
Mit Schreiben vom 24. März 2020 gab die Vizepräsidentin des Handelsgerichts bekannt, dass die Hauptverhandlung im Rahmen einer Videokonferenz stattfinden werde. Sie hielt die "Vertreter und Parteien, die an der Hauptverhandlung von ihrem jeweiligen Standort aus teilnehmen", an, auf deren Mobiltelefonen die "Gratisapp 'ZOOM Cloud Meetings'" zu installieren, sich zu registrieren und dem Handelsgericht bis am 31. März 2020 schriftlich die Mobiltelefonnummern mitzuteilen. Sollte - so die Vizepräsidentin weiter - diese Mitteilung unterbleiben, werde "bezüglich der Hauptverhandlung" von Säumnis ausgegangen. Einige Tage vor der Verhandlung werde das Handelsgericht mit den beteiligten Anwälten einen kurzen Test beziehungsweise eine Instruktion durchführen. Allfällige Plädoyernotizen

BGE 146 III 194 S. 196

seien zu Beginn der Verhandlung per E-Mail an den zuständigen Gerichtsschreiber, an den Instruktionsrichter sowie an die Gegenpartei zu senden. Es bestehe weiterhin die Möglichkeit, nachträglich noch auf die Durchführung der Hauptverhandlung zu verzichten.
Am 30. März 2020 ersuchte die C. AG um Absage und Verschiebung der Hauptverhandlung vom 7. April 2020. Sie erklärte, mit der Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung via Videokonferenz nicht einverstanden zu sein. Dieses Gesuch wurde mit Verfügung vom 1. April 2020 abgewiesen. Mit Eingabe vom 6. April 2020 legte die C. AG ihren Standpunkt nochmals dar und ersuchte um "Vorladung zu einer gesetzeskonformen Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung".

Am 7. April 2020 fand die Hauptverhandlung im Rahmen einer Videokonferenz statt. Die C. AG (beziehungsweise deren Vertretung) blieb unentschuldigt fern beziehungsweise nahm an der Videokonferenz nicht teil.

Mit Urteil vom 7. April 2020 hiess das Handelsgericht die Klage vollumfänglich gut.

Dagegen erhob die C. AG Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht.

Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut.

(Zusammenfassung)

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 Die Prozessleitung obliegt dem Gericht (vgl. **Art. 124 Abs. 1 Satz 1 ZPO**). Wohl ist die Art der Verfahrensleitung in vielen Punkten richterliche Ermessenssache (siehe **BGE 140 III 159** E. 4.2 S. 162). Dabei steht aber ausser Frage, dass die rechtlichen Vorgaben und insbesondere die prozessualen Formen einzuhalten sind. Letztere sind unerlässlich, um die ordnungsgemässe und rechtsgleiche Abwicklung des Verfahrens sowie die Durchsetzung des materiellen Rechts zu gewährleisten (vgl. **BGE 142 I 10** E. 2.4.2 S. 11; **BGE 134 II 244** E. 2.4.2 S. 248; siehe auch Urteil 5A_253/2013 vom 12. August 2013 E. 3.2).

Das hier streitige Verfahren vor dem Handelsgericht richtet sich nach den Vorgaben der Zivilprozessordnung, an die sich die Verfahrensleitung halten musste. Danach besteht ein Anspruch auf rechtskonforme Abhaltung der Hauptverhandlung, soweit die Parteien nicht

gemeinsam auf eine solche verzichten (**Art. 233 ZPO**; **BGE 140 III 450** E. 3.2 f.; Urteil 4A_479/2015 vom 2. Februar 2016 E. 5.2 mit Hinweis). Vorliegend hat die Beschwerdeführerin die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung verlangt.

Folglich ist zu prüfen, ob die Vizepräsidentin des Handelsgerichts aufgrund der Zivilprozessordnung befugt war, verbindlich und auch ohne das Einverständnis beider Parteien anzuordnen, dass die Hauptverhandlung im Rahmen einer Videokonferenz mittels "ZOOM Cloud Meetings" durchgeführt werde.

3.2 Die Zivilprozessordnung regelt die Hauptverhandlung in den Art. 228 ff. Bestandteil dieser Verfahrensphase sind - nach dem "Beginn der Hauptverhandlung" (vgl. **Art. 229 Abs. 2 ZPO**) - grundsätzlich die ersten Parteivorträge (**Art. 228 ZPO**), die Beweisabnahme (**Art. 231 ZPO**) und die Schlussvorträge (**Art. 232 ZPO**). Dabei setzt das Gesetz die physische Anwesenheit der vorgeladenen Personen und der Gerichtsmitglieder am gleichen Ort als selbstverständlich voraus (siehe auch BOHNET/MARIOT, La vidéoconférence et le projet de révision du CPC, SZZP 2020 S. 185; *dieselben*, COVID-19 et oralité en procédure civile, Justice - Justiz - Giustizia 2020/2 Rz. 20 f.; BEAT BRÄNDLI, Prozessökonomie im schweizerischen Recht, 2013, S. 199 Rz. 430; anders FRANÇOISE BASTONS BULLETTI, Crise du Covid-19 et évolution des audiences en procédure civile, Justice - Justiz - Giustizia 2020/2 Rz. 10; DANIEL KETTIGER, Gerichtsverhandlungen, Anhörungen und Einvernahmen mittels Videokonferenz, Jusletter 4. Mai 2020 Rz. 8). Dies ergibt sich etwa aus den Bestimmungen, welche das *Erscheinen* an der Hauptverhandlung und daran geknüpfte Säumnisfolgen regeln (siehe etwa Art. 133 lit. d, Art. 134 f., **Art. 147 Abs. 1 ZPO**; in den anderen Amtssprachen: la "comparution", la "comparizione"). Zuweilen wird ein *persönliches Erscheinen* gefordert und eine Dispensation namentlich wegen Alter sowie Krankheit erlaubt (siehe **Art. 273 Abs. 2 und Art. 278 ZPO**; vgl. ferner **Art. 68 Abs. 4 ZPO**). Gemäss **Art. 231 ZPO** nimmt das Gericht anlässlich der Hauptverhandlung die Beweise ab, so beispielsweise das Zeugnis. Dabei

kann das Gericht den Parteien gestatten, Zeugen ohne Vorladung *mitzubringen* (**Art. 170 Abs. 2 ZPO**; "amener des témoins", "presentarsi con testimoni"). **Art. 170 Abs. 3 ZPO** ermöglicht die Befragung am Aufenthaltsort des Zeugen, womit gleichzeitig gesagt ist, dass die Befragung im Grundsatz und ohne eine solche Anordnung am Ort der Hauptverhandlung - prinzipiell im Gerichtsaal, jedenfalls in physischer Anwesenheit der

BGE 146 III 194 S. 198

Verfahrensbeteiligten - stattfindet (vgl. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2016, S. 262 Rz. 9.87; SVEN RÜETSCHI, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. II, 2012, N. 11 zu **Art. 170 ZPO**; siehe sodann auch **Art. 171 und Art. 174 ZPO**). Der Gegenstand des Augenscheins ist einzureichen, wenn er ohne Nachteil vor Gericht *gebracht* werden kann (**Art. 181 Abs. 3 ZPO**). Nach **Art. 239 Abs. 1 lit. a ZPO** kann das Gericht seinen Entscheid ohne schriftliche Begründung in der Hauptverhandlung durch *Übergabe* des schriftlichen Dispositivs an die Parteien mit kurzer mündlicher Begründung eröffnen. Auch dies setzt voraus, dass die Parteien physisch anwesend sind (Urteil 5A_253/2013 vom 12. August 2013 E. 3.2).

Die Zivilprozessordnung konzipiert die Hauptverhandlung mithin als mündliche Verhandlung im Gerichtssaal bei physischer Anwesenheit der Parteien und der Gerichtsmitglieder.

3.3 Der Gesetzgeber hat beim Erlass der Zivilprozessordnung den elektronischen Kommunikationsformen Rechnung getragen:

3.3.1 In seiner Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (nachfolgend: Botschaft ZPO), BBl 2006 7252 Ziff. 4.2, stellte der Bundesrat ausgeprägte internationale "Bemühungen um Rechtsverkehr auf elektronischem Weg" fest. Der Entwurf der Zivilprozessordnung nehme - so heisst es in der Botschaft - diese "Tendenz" auf und setze "die erforderlichen Leitplanken für die weitere Entwicklung". Der Bundesrat bezog sich auch ausführlich auf den (damaligen) Vorschlag der Kommission der Europäischen Gemeinschaft zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen. Er wies darauf hin, dass dieser Vorschlag die Zustellung von Schriftstücken per E-Mail und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung mittels "Audio-, Video- oder E-Mail-Konferenz" erlaube (Botschaft ZPO, BBl 2006 7251 Ziff. 4.2). Diese Möglichkeiten hat der Gesetzgeber also bedacht, dann aber nicht in die Zivilprozessordnung aufgenommen; sie sind in der Schweiz nicht Gesetz geworden.

3.3.2 Die Zivilprozessordnung sieht im Kapitel betreffend die Formen prozessualen Handelns (**Art. 129 ff. ZPO**) vor, dass Eingaben der Parteien dem Gericht in Papierform oder elektronisch einzureichen sind (**Art. 130 Abs. 1 Satz 1 ZPO**). Bei elektronischer Einreichung muss die Eingabe mit einer qualifizierten elektronischen Signatur gemäss Bundesgesetz vom 18. März 2016 über die elektronische

BGE 146 III 194 S. 199

Signatur (ZertES; SR 943.03) versehen werden (**Art. 130 Abs. 2 Satz 1 ZPO**). Sodann kann das Gericht mit dem Einverständnis der betroffenen Person Vorladungen, Verfügungen und Entscheide elektronisch zustellen. Auch diese sind mit einer elektronischen Signatur zu versehen (**Art. 139 Abs. 1 Satz 2 ZPO**). Das Gesetz setzt damit ausdrücklich das Einverständnis voraus und verlangt nicht, dass eine Partei auf elektronischem Weg erreichbar sein muss (siehe auch NINA J. FREI, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I, 2012, N. 8 zu **Art. 139 ZPO**; JULIA GSCHWEND, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 1 zu **Art. 139 ZPO**).

In beiden Fällen - Eingaben der Parteien und gerichtliche Zustellungen - ist es dem Bundesrat gesetzlich aufgegeben, die Modalitäten des elektronischen Verkehrs zu regeln (**Art. 130 Abs. 2 Satz 2 und Art. 139 Abs. 2 ZPO**). Entsprechend hat der Bundesrat die Verordnung vom 18. Juni 2010 über die elektronische Übermittlung im Rahmen von Zivil- und Strafprozessen sowie von Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren (VeÜ-ZSSV; SR 272.1) erlassen. Diese Verordnung regelt in Art. 2 beispielsweise die Voraussetzungen, unter denen eine Plattform für die sichere Zustellung anerkannt wird.

Ferner ist auf **Art. 235 ZPO** hinzuweisen: Nach Abs. 1 Satz 1 dieser Bestimmung führt das Gericht über jede Verhandlung Protokoll. Abs. 2 ermöglicht die (zusätzliche) Aufzeichnung auf Video (oder andere geeignete technische Hilfsmittel; vgl. auch **Art. 176 Abs. 2 ZPO**).

3.3.3 Gemäss **Art. 401 Abs. 1 ZPO** können die Kantone Pilotprojekte durchführen. Dabei hatte der Bundesrat in erster Linie die "elektronischen Kommunikationsformen" und die "Möglichkeiten des Internets" vor Augen. Die Kantone sollten "alternative oder noch einfachere Verfahrensformen" austesten können (Botschaft ZPO, BBl 2006 7240 Ziff. 3.1). Solche Pilotversuche bedürfen der Genehmigung des Bundesrats (**Art. 401 Abs. 1 ZPO**), der die Zuständigkeit für die Genehmigung dem Bundesamt für Justiz übertragen kann (**Art. 401 Abs. 2 ZPO**).

3.4 Der Bundesrat regt im Rahmen seines Entwurfs vom 26. Februar 2020 betreffend die Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) an, die Einvernahmen von Zeugen, die Erstattung von Gutachten sowie die Parteibefragungen und Beweisaussagen "neu"

mittels Videokonferenz möglich zu machen (vgl. Art. 170a, Art. 187 Abs. 1 Satz 3, Art. 187 Abs. 2 und Art. 193 E-ZPO [BBl 2020 2789 f.]). Er sieht angesichts der "stetig zunehmenden technischen Möglichkeiten und ihrer Verbreitung sowie der parallel zunehmenden Internationalität fast sämtlicher Lebensbereiche und damit auch der an einem Zivilverfahren beteiligten Personen" Bedarf für eine solche Regelung. Ein spezifisches Bedürfnis dafür bestehe insbesondere im Zusammenhang mit den laufenden Bestrebungen zur Positionierung der Schweiz als internationaler Justizplatz (Botschaft vom 26. Februar 2020 zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung [Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung], BBl 2020 2718 f. Ziff. 4.1.6 und 2750 zu Art. 170a).

3.5 Die Durchführung einer Hauptverhandlung in Form einer Videokonferenz wirft verschiedene rechtliche und praktische Fragen auf; dies jedenfalls dann, wenn alle Verfahrensbeteiligten - wie vorliegend - "von ihrem jeweiligen Standort aus über ihre Mobiltelefone" teilnehmen sollen. So fragt sich, wie die Öffentlichkeit des Verfahrens (**Art. 54 ZPO**) sichergestellt wird und wie die Persönlichkeitsrechte der Beteiligten gewahrt werden können. Es sind datenschutz- und datensicherheitsrechtliche Vorgaben zu beachten. Ferner werden sich säumnisrechtliche Fragen stellen, wenn die Videokonferenz nicht zustande kommt oder die technische Verbindung abbricht (oder - was davon nicht immer unterscheidbar sein dürfte - von einem Teilnehmer absichtlich abgebrochen wird; vgl. **Art. 234 ZPO**). Hält sich eine Partei im Ausland auf, sind rechtshilferechtliche Bestimmungen einzuhalten. Auch ist diskutiert worden, wie sich die Durchführung einer Verhandlung mittels Videokonferenz zum Anspruch der Parteien auf gleiche und gerechte Behandlung (vgl. **Art. 29 Abs. 1 BV** sowie **Art. 6 Abs. 1 EMRK** [droit à un procès équitable]) und zum "Unmittelbarkeitsprinzip" verhält (siehe BOHNET/MARIOT, a.a.O., S. 183-185 und S. 192 f.; KETTIGER, a.a.O., Rz. 9 f.).

3.6 Es erübrigt sich, darauf im Einzelnen einzugehen. Entscheidend ist, dass die Zivilprozessordnung den Einsatz technischer Hilfsmittel - dort, wo dies der Gesetzgeber als sinnvoll erachtete - vorsieht und regelt. Sie bietet dagegen keine Handhabe, eine Partei zur Teilnahme an einer via Videokonferenz durchgeführten Hauptverhandlung zu verpflichten. Vielmehr setzt sie - wie erwähnt - für die elektronische Kommunikation mit den Parteien grundsätzlich deren Einverständnis voraus. Die zivilprozessrechtliche Grundlage für die

BGE 146 III 194 S. 201

Abnahme gewisser Beweise mittels Videokonferenz soll erst geschaffen werden. Es geht nicht an, dieser gesetzgeberischen Entwicklung unter Hinweis auf ein nicht näher bestimmtes "Richterrecht" vorzugreifen. Der Umstand, dass es offenbar schwierig war, einen Termin für die Hauptverhandlung zu finden, ändert daran nichts. Gleiches gilt in Bezug auf das verfassungsrechtliche Beschleunigungsgebot (**Art. 29 Abs. 1 BV**). Dieses gibt zwar einen Anspruch auf Beurteilung innert angemessener Frist, schafft aber keine Verfahrensformen, die gesetzlich nicht vorgesehen sind (siehe auch vorstehende E. 3.1).

3.7 De lege lata ist das Mittel der Videokonferenz in der Zivilprozessordnung nicht vorgesehen. Das Vorgehen der Vizepräsidentin des Handelsgerichts entbehrt mithin der gesetzlichen Grundlage.

[...]

Schweizerische Zivilprozessordnung
(Zivilprozessordnung, ZPO)

272

vom 19. Dezember 2008 (Stand am 1. Januar 2025)

Art. 170*a*[110] Einvernahme mittels Videokonferenz

Das Gericht kann die Einvernahme einer Zeugin oder eines Zeugen mittels Videokonferenz oder anderen elektronischen Mitteln zur Ton- und Bildübertragung durchführen oder eine Zeugin oder einen Zeugen mittels solcher Mittel befragen, während die übrigen Teilnehmerinnen und Teilnehmer in den Räumlichkeiten des Gerichts anwesend sind, sofern keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen, namentlich die Sicherheit der Zeugin oder des Zeugen, entgegenstehen.

110 Eingefügt durch Ziff. I des BG vom 17. März 2023 (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung), in Kraft seit 1. Jan. 2025 (AS **2023** 491; BBl **2020** 2697).

Stealthing:

6B_34/2020

Urteil vom 11. Mai 2022

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari, Präsidentin,
Bundesrichter Denys,
Bundesrichter Muschietti,
Bundesrichterin Koch,
Bundesrichter Hurni,
Gerichtsschreiber Traub.

Verfahrensbeteiligte
Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Landschaft, Erste Staatsanwältin, Grenzacherstrasse 8, 4132 Muttenz,
Beschwerdeführerin,

gegen

A._____,
vertreten durch Reto Gantner, Advokat,
Beschwerdegegner,

B._____.

Gegenstand
Schändung,

Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Strafrecht, vom 6. Juni 2019 (460 19 68).

Das Strafgericht Basel-Landschaft sprach A._____ vom Vorwurf der Schändung, eventuell der Vergewaltigung, frei (Urteil vom 15. Januar 2019).

B.
Die Staatsanwaltschaft Basel-Landschaft erhob Berufung. Das Kantonsgericht Basel-Landschaft bestätigte den erstinstanzlichen Freispruch (Urteil vom 6. Juni 2019).
Das vorinstanzliche Urteil beruht auf folgendem Sachverhalt: Der Beschwerdeführer bestellte die Privatklägerin, welche über ein Erotik-Internetportal ihre Dienste als Escort-Dame anbietet, in seine Wohnung. Dort erklärte sie ihm die "Spielregeln". Dazu gehörte namentlich, dass nur geschützter Geschlechtsverkehr in Frage kam. Dennoch streifte A._____ zwischen zwei Penetrationen das Kondom ab, was die im fraglichen Moment von ihm abgewandte Privatklägerin zunächst nicht bemerkte (sog. *Stealthing*). Nachdem sie den ungeschützten Geschlechtsverkehr festgestellt hatte, brach sie ihre Dienstleistung ab und verliess die Wohnung.

C.
Die Staatsanwaltschaft führt Beschwerde in Strafsachen. Sie beantragt, A._____ sei der Schändung schuldig zu sprechen und zu einer Freiheitsstrafe von 14 Monaten und einer Landesverweisung von sieben Jahren zu verurteilen. Eventuell sei die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
Mit Verfügung vom 1. Oktober 2020 bewilligt der Präsident der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts A._____ die unentgeltliche Rechtspflege. Advokat Reto Gantner wird als unentgeltlicher Rechtsbeistand im bundesgerichtlichen Verfahren eingesetzt.
A._____ beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Eventuell sei die Sache an die erste Instanz zurückzuweisen. Die Privatklägerin schliesst auf Gutheissung der Beschwerde.
Das Kantonsgericht verzichtet auf eine Stellungnahme.

Erwägungen:

1.

1.1. Die beschwerdeführende Staatsanwaltschaft vertritt den Standpunkt, als Recht auf sexuelle Selbstbestimmung gelte die Freiheit einer Person zu entscheiden, ob, wann, wo, mit wem und auf welche Weise sie sich an welchen sexuellen Handlungen beteiligen möchte. *Stealthing* verletze dieses Rechtgut, zum einen da es als Verletzung der persönlichen Würde zu verstehen sei. Zum andern unterscheide sich die Intensität des Sexualkontakts beim ungeschützten Geschlechtsverkehr wesentlich von derjenigen beim geschützten. Gerade bei einmaligen und unverbindlichen sexuellen Begegnungen bewahre die Verwendung eines Präservativs auch in einem mentalen Sinn vor zu enger Intimität.
Abzulehnen sei der vorinstanzliche Ansatz, in *Stealthing* -Fällen ungeachtet der Täuschung über die Verwendung eines Kondoms eine tatbestandsausschliessende Einwilligung in den Geschlechtsverkehr anzunehmen. Es gebe keine grundsätzliche Einwilligung für alle infrage kommenden sexuellen Handlungen. Wer nur einer Penetration mit Kondom zustimme, habe nie in eine solche ohne eingewilligt. Es liege also nicht eine bedingte Einwilligung vor, sondern eben gar keine, weil es um eine andere Art von Handlung gehe. Die sexuelle Selbstbestimmung beinhalte auch das Recht, über Modalitäten des sexuellen Kontakts zu entscheiden.
Der Beschwerdegegner wendet unter anderem ein, seine Verurteilung würde im Ergebnis zu einer vorgezogenen Anwendung von allfälligem künftigem Recht führen. Ein einschlägiger Tatbestand existiere noch nicht.

1.2. Die Vorinstanz geht davon aus, als Schändung stellten sich sexuelle Handlungen an einer Person dar, die völlig ausserstande sei, einzuwilligen oder sich zu wehren, und die so zum blossen Objekt sexueller Wünsche degradiert werde. Davon könne hier - trotz der missachteten Bedingung, nur geschützten

Beischlaf zu praktizieren - keine Rede sein, nachdem die Privatklägerin ausdrücklich und freiwillig in den Geschlechtsverkehr eingewilligt habe. Das durch Art. 191 StGB geschützte Rechtsgut der sexuellen Integrität sei in dieser Situation nicht verletzt. Entscheidend sei, dass sich die strafrechtliche Einwilligung immer nur auf das "Ob" einer sexuellen Handlung beziehe, nicht aber auf das "Wie". Es liege eine wirksame, rechtsgutbezogene und tatbestandsausschliessende Einwilligung vor. *Stealthing* sei daher nach geltendem Recht nicht strafbar. Das ergebe sich im Übrigen auch aus der Überlegung, dass die Täuschung allein keine Widerstandsunfähigkeit hervorgerufen habe. Weder sei es zu einem völlig überraschenden sexuellen Übergriff gekommen noch bilde die heimliche Entfernung des Kondoms eine Zäsur, nach welcher ein neuer, nicht dem Willen der betroffenen Person entsprechender Geschlechtsverkehr beginne. Der Umstand, dass sich der Beschuldigte inzwischen nicht mehr an die gestellte Bedingung gehalten habe, ändere nichts daran, dass der fortgesetzte Geschlechtsverkehr nach wie vor durch das ursprüngliche Einverständnis der Privatklägerin gedeckt sei.

2.

2.1. Das als *Stealthing* - von englisch *stealth* : Heimlichkeit, List - bezeichnete Verhalten scheint sich in den letzten Jahren zunehmend verbreitet zu haben; mitunter wird von einem eigentlichen Trend gesprochen (zum Phänomen *Stealthing* : ANDRES WISSNER, "Stealthing": ein besorgniserregender Trend?, in: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 2020, S. 315 ff.; THOMAS MICHAEL HOFFMANN, Zum Problemkreis der differenzierten Einwilligung [Einverständnis] des Opfers im Bereich des § 177 StGB nach dem Strafrechtsänderungsgesetz 2016, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht [NStZ] 2019, S. 17; KEVIN FRANZKE, Zur Strafbarkeit des so genannten "Stealthings", in: Bonner Rechtsjournal 2019, S. 114 f.; FELIX HERZOG, "Stealthing": Wenn Männer beim Geschlechtsverkehr heimlich das Kondom entfernen: Eine Sexualstraftat?, in: Festschrift für Thomas Fischer, Barton et al. [Hrsg.], 2018, S. 351 ff.; LINOH/WETTMANN, Sexuelle Interaktionen als objektuale Vertrauensbeziehung: Eine juristisch-soziologische Untersuchung des Phänomens Stealthing, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik [ZIS] 2020, S. 383 ff.; ALEXANDRA BRODSKY, "Rape-Adjacent": Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal, in: Columbia Journal of Gender and Law, 2017, S. 183 ff.). Damit einhergehend ist *Stealthing* Gegenstand der Strafverfolgung und der rechtswissenschaftlichen Diskussion geworden (dazu MOHAMAD EL-GHAZI, Die strafrechtliche Bewertung des sogenannten Stealthings, in: SJZ 2019, S. 675 ff.; CAROLA GÖHLICH, Stealthing als Eingriff in die sexuelle Integrität?: Zur Einvernehmlichkeit des Geschlechtsverkehrs bei Täuschung und abredewidrigem Verhalten, in: AJP 2019, S. 522 ff.; MEIER/HASHEMI, Stealthing - Muss strafbar sein, was verwerflich ist?, in: forumpoenale 2020, S. 119 ff.; aus Sicht des deutschen resp. österreichischen Rechts: JOHANNES MAKEPEACE, "I'm not sure this is rape, but...": Zur Strafbarkeit von "Stealthing" nach dem neuen Sexualstrafrecht, in: KriPoZ 2021, S. 10 ff.; HOFFMANN, a.a.O., S. 16 ff.; SCHUMANN/SCHEFER, Das sog. Stealthing als Prüfstein des § 177 StGB n.F., in: Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag, Böse/Schumann/Toepel [Hrsg.], 2019, S. 811 ff.; DENZEL/ KRAMER DA FONSECA CALIXTO, Strafbarkeit und Strafwürdigkeit der sexuellen Täuschung, in: KriPoZ 2019, S. 347 ff.; RITA VAVRA, Täuschungen als strafbare Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung?, in: ZIS 2018, S. 611 ff.; MARIA SAGMEISTER, Stealthing verletzt die sexuelle Selbstbestimmung, in: Juridikum 2017, S. 296 ff.).

2.2. Die Vorinstanz beurteilte die strafrechtliche Relevanz von *Stealthing* anhand des Tatbestands der Schändung (Art. 191 StGB). Unter diesem Titel macht sich schuldig, wer eine urteilsunfähige oder eine zum Widerstand unfähige Person in Kenntnis ihres Zustandes zum Beischlaf, zu einer beischlafsähnlichen oder einer anderen sexuellen Handlung missbraucht.
Nach der Rechtsprechung gilt als im Sinn von Art. 191 StGB widerstandsunfähig, wer nicht imstande ist, sich gegen ungewollte sexuelle Kontakte zu wehren, weil er seinen Abwehrwillen nicht (wirksam) fassen oder äussern oder in einen Abwehrakt umsetzen kann. Die Gründe einer Widerstandsunfähigkeit können dauernd, vorübergehend oder situationsbedingt sein. Die Kasuistik umfasst etwa Fälle von schwerer geistiger Einschränkung infolge einer starken Intoxikation mit Alkohol oder Drogen, solche von fehlendem körperlichem Reaktionsvermögen (beispielsweise wegen eines Gebrechens oder einer Fesselung) und schliesslich auch besondere Konstellationen wie ein Zusammenwirken von Schläfrigkeit, Alkoholisierung und einem Irrtum über die Identität des (für den Ehemann gehaltenen) Sexualpartners.

Vorausgesetzt wird, dass die Fähigkeit zu Abwehrhandlungen ganz aufgehoben und nicht nur eingeschränkt ist. Wird ein Rest von Widerstand überwunden, liegt eine Tat nach Art. 189 f. StGB vor (zum Ganzen BGE 133 IV 49 E. 7.2; 119 IV 230 E. 3a; Urteile 6B_1178/2019 vom 10. März 2021 E. 2.2 und 6B_232/2016 vom 21. Dezember 2016 E. 2.2; JOSÉ HURTADO POZO, Droit pénal, Partie spéciale, 2009, N 2998). Die Tathandlung des Missbrauchs nach Art. 191 StGB besteht darin, dass sich der Täter die Widerstandsunfähigkeit des Opfers bewusst zunutze macht, um eine sexuelle Handlung zu vollziehen (vgl. erwähntes Urteil 6B_1178/2019 E. 2.2.2; Urteile 6S.217/2002 vom 3. April 2003 E. 3 und 6S.359/2002 vom 7. August 2003 E. 4.2).

2.3. Dem Beschwerdegegner wird vorgeworfen, während des einvernehmlichen Geschlechtsverkehrs mit einer Frau bei einem Stellungswechsel ohne deren Wissen das Kondom abgestreift und den Geschlechtsverkehr ungeschützt fortgesetzt zu haben, obwohl vereinbart war, ausschliesslich geschützt zu verkehren. Heimlich vorgegangen sei er, um den zu erwartenden Widerstand der Partnerin gegen den absprachewidrig fortgesetzten Geschlechtsverkehr abzuwenden.
Die beschwerdeführende Staatsanwaltschaft wendet sich gegen den vorinstanzlichen Ansatz, der prozessgegenständliche Geschlechtsverkehr erscheine wegen seiner grundsätzlichen Einvernehmlichkeit von vornherein nicht als Handlung im Sinn von Art. 191 StGB. In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob der ohne Wissen der Privatklägerin und gegen ihren erklärten Willen ungeschützt vollzogene Geschlechtsverkehr eine eigenständige sexuelle Handlung darstellt, die rechtserheblich vom an sich einvernehmlichen Geschlechtsverkehr abweicht. Die Rechtserheblichkeit beurteilt sich mit Blick darauf, inwiefern die Abweichung den Schutzbereich von Art. 191 StGB - die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung - tangiert (nachstehend E. 3). Gegebenenfalls stellt sich die Anschlussfrage, ob die Privatklägerin angesichts des heimlich entfernten Kondoms widerstandsunfähig ist, weil sie so lange keine Möglichkeit hat, die ungeschützte Penetration abzuwehren, wie ihr der Beschwerdegegner einen (weiterhin) geschützten Geschlechtsverkehr vortäuscht. Der tatbestandsmässige Missbrauch bestünde im bewussten Ausnutzen einer solchen Widerstandsunfähigkeit (E. 4).

3.

3.1. An Sexualkontakten beteiligte Personen verstehen den Einsatz eines Kondoms oft als wesentliche Bedingung, um sich überhaupt auf den Kontakt einzulassen (Hinweise auf die Empirie in E. 3.2). Das Kondom dient ihnen vorab - aber, wie zu zeigen sein wird, nicht nur - als Schutz vor sexuell übertragbaren Krankheiten und zur Verhütung einer Schwangerschaft. Im vorliegenden Fall beklagte sich die Privatklägerin denn auch über psychische Beschwerden als Folge des Vorfalls. Unter dem Aspekt der sexuell übertragbaren Krankheiten kann das streitgegenständliche Verhalten strafrechtlich unter Umständen als (versuchte) eventualvorsätzliche Körperverletzung (Art. 122 f. StGB) zu behandeln sein (vgl. Urteil 6B_1225/2019 vom 8. April 2020 E. 1.2 und 1.3 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung); diesbezüglich kommt allenfalls auch der Tatbestand des Verbreitens menschlicher Krankheiten infrage (Art. 231 StGB; GÖHLICH, a.a.O., S. 524 und 526 f.; vgl. BGE 134 IV 193; 131 IV 1 E. 4).
Art. 191 StGB dient indessen nicht Aspekten des Gesundheitsschutzes (MEIER/HASHEMI, a.a.O., S. 120 f.; vgl. SCHUMANN/SCHEFER, a.a.O., S. 815). Angesprochen ist einzig die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung als besondere Ausprägung des Persönlichkeitsrechts (INEKE PRUIN, "Nein heisst nein" und "Ja heisst ja": Zur Einführung eines konsensorientierten Ansatzes im Sexualstrafrecht in der Schweiz und in Deutschland, in: ZStrR 2021, S. 132; PHILIPP MAIER, in: Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Aufl. 2019, N 1 zu Art. 191 StGB; PETER HANGARTNER, Selbstbestimmung im Sexualbereich: Art. 188 bis 193 StGB, 1998, passim; vgl. auch LAURA JETZER, Stealthing: Strafrechtlich nicht fassbare Verletzung der von Art. 28 ZGB geschützten sexuellen Integrität?, in: Aspekte rechtlicher Nähebeziehungen, Eitel/Graham-Siegenthaler [Hrsg.], 2021, S. 185 f.; zu Umfang und Natur der sexuellen Freiheit: TATJANA HÖRNLE, Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft [ZStW] 2015, S. 851 ff.). Die sexuelle Selbstbestimmung hat zwei Seiten: die (positive) Freiheit, sein Sexualleben nach eigenen Vorstellungen zu gestalten, sowie die (negative) Freiheit von sexueller Fremdbestimmung (PRUIN, a.a.O., S. 145; EL-GHAZI, a.a.O., S. 677; NORA SCHEIDEGGER, Das Sexualstrafrecht der Schweiz: Grundlagen und Reformbedarf, 2018, Rz. 26 ff.; SCHEIDEGGER/LAVOYER/STALDER, Reformbedarf im schweizerischen Sexualstrafrecht, in: sui generis 2020, S. 59 Rz. 3; HÖRNLE, a.a.O., S.

3.2. Die von einer Seite gestellte (positive oder negative) Bedingung, unter der nur sich die betreffende Person auf den Geschlechtsverkehr einlassen will, kann strafrechtlich erst relevant sein, wenn sich die Bedingung und ihre Motive mit dem Schutzzweck des fraglichen Tatbestands decken, sie also der sexuellen Selbstbestimmung direkt zuzurechnen sind (vgl. SCHUMANN/SCHEFER, a.a.O., S. 814). Wer beim anderen eine falsche Vorstellung über Eigenschaften seiner Person oder über bestimmte Rahmenbedingungen des Geschlechtsverkehrs hervorruft oder in täuschender Absicht stehen lässt, beeinträchtigt dadurch die strafrechtlich geschützte sexuelle Freiheit seines Gegenübers auch dann nicht, wenn klar ist, dass die getäuschte Person im Wissen um die wahren Verhältnisse dem Geschlechtsverkehr nicht zugestimmt hätte. Es ist offenkundig nicht Aufgabe des Staats, sämtliche persönlichen, individuell gesetzten Bedingungen für einen sexuellen Kontakt unter strafrechtlichen Schutz zu stellen (HOVEN / WEIGEND, Zur Strafbarkeit von Täuschungen im Sexualstrafrecht, in: KriPoZ 2018, S. 160). Unerheblich sind beispielsweise ein gebrochenes Eheversprechen (GÖHLICH, a.a.O., S. 524), die entgegen erfolgter Zusicherungen unterbliebene Einnahme von Verhütungsmitteln ("Pillenlüge"; HOFFMANN, a.a.O., S. 17) sowie falsche Erklärungen zu Vorbedingungen eines Partners, was etwa den Beziehungsstatus oder die Religionszugehörigkeit des anderen angeht (DENZEL/KRAMER DA FONSECA CALIXTO, a.a.O., S. 350 f.; WISSNER, Das Phänomen Stealthing, in: KriPoZ 2021, S. 282; anderer Meinung: FRANZKE, a.a.O., S. 120; VAVRA, a.a.O., 618). In solchen Fällen von Motiv- resp. "Hintergrundirrtümern" (HÖRNLE, a.a.O., S. 880) scheidet eine Schändung bereits deswegen aus, weil die sexuelle Selbstbestimmung nicht tangiert ist.
Die Bedingung muss sich vielmehr auf wesentliche Merkmale des Sexualverkehrs beziehen, die dem Recht auf sexuelle Integrität zuzurechnen sind. Dessen Träger hat die Möglichkeit, einem sexuellen Kontakt selbstbestimmte Grenzen zu setzen. Die missachtete Vorgabe, unter der die Privatklägerin in den Geschlechtsverkehr eingewilligt hat - nämlich die Verwendung eines Kondoms -, ist gemessen an diesem Normzweck erheblich (zur Figur der rechtsgutbezogenen Bedingung vgl. GUNTHER ARZT, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970, S. 15 ff.; GERHARD FIOLKA, Das Rechtsgut, 2006, passim; vgl. HÖRNLE, a.a.O., S. 880 f.). Dies gilt unabhängig davon, dass sich die Privatklägerin hier vorab aus Gründen des Gesundheitsschutzes geschützten Verkehr ausbedungen hat. Die empirische Forschung und sozialwissenschaftliche Lehre gehen überwiegend davon aus, dass die Verwendung oder Nichtverwendung eines Kondoms einen erheblichen Unterschied in der Intensität des Sexualkontakts begründet, etwa weil es für die betroffene Person regelmässig nicht gleichgültig ist, ob sie physisch mit dem Ejakulat in Berührung kommt oder nicht. Das Kondom scheint demzufolge als Eingrenzung einer ansonsten als zu gross empfundenen Intimität wichtig (in diesem Sinn EL-GHAZI, a.a.O., S. 681 mit Hinweis auf BRODSKY, a.a.O., S. 195; WISSNER, Das Phänomen "Stealthing", S. 282 f.; MAKEPEACE, a.a.O., S. 12 ff.; LINOH/WETTMANN, a.a.O., S. 387 f.; HERZOG, a.a.O., S. 354; SCHUMANN/SCHEFER, a.a.O., S. 816; HÖRNLE, a.a.O., S. 881; vgl. auch Amtsgericht Berlin-Tiergarten, Urteil vom 11. Dezember 2018, zitiert nach WISSNER, "Stealthing": ein besorgniserregender Trend?, S. 316 f.; im Ergebnis anderer Meinung: DENZEL/KRAMER DA FONSECA CALIXTO, a.a.O., S. 353 f.; MEIER /HASHEMI, a.a.O., S. 124; GÖHLICH, a.a.O., S. 525 f.; JETZER, a.a.O., S. 185). Zudem sind selbst die (hier an sich nicht einschlägigen) Anliegen der Schwangerschaftsverhütung und gesundheitlichen Prävention ("Safer Sex") mittelbar als Frage der (positiven) sexuellen Selbstbestimmung zu begreifen: Sexualität auszuleben, ohne das Risiko einzugehen, sich mit einer übertragbaren Krankheit zu infizieren oder ungewollt schwanger zu werden resp. potentiell belastende hormonelle Verhütungsmittel einnehmen zu müssen, hängt massgeblich von der Gewissheit ab, dass der Verkehr geschützt abläuft (vgl. SCHUMANN/SCHEFER, a.a.O., S. 815 f.; FRANZKE, a.a.O., S. 120). In ihrer mittelbaren Rechtsgutbezogenheit unterscheiden sich diese Motive massgeblich von anderen, beliebig gesetzten Bedingungen.

3.3. Wird das Tatbestandselement der sexuellen Handlung anhand eines aktuellen Normverständnisses objektiv-zeitgemäss ausgelegt (BGE 141 II 262 E. 4.2; 137 II 164 E. 4.4; vgl. auch E. 4.1 a.E.), so ist bis hierhin festzuhalten, dass *Stealthing* die individuelle sexuelle Autonomie und Integrität beeinträchtigt. Die Privatklägerin hat ungeschützten Geschlechtsverkehr abgelehnt. Damit hat sie eine (mit Blick auf das geschützte Rechtsgut) erhebliche Bedingung gesetzt. Indem der Beschwerdegegner diese Bedingung heimlich missachtet hat, nahm er der Privatklägerin die Möglichkeit, den Sexualkontakt effektiv selbstbestimmt und eigenverantwortlich zu gestalten (vgl. SCHEIDEGGER, Das Sexualstrafrecht der Schweiz, Rz. 12; MAIER, in: Basler Kommentar, N 1 zu Art. 190 StGB; LINOH/WETTMANN, a.a.O., S. 385; VAVRA, a.a.O., S. 616 und 618; HÖRNLE, a.a.O., S. 880 f.). Soweit sie sich diesbezüglich getäuscht sieht, ist der nach dem Entfernen des Kondoms fortgesetzte sexuelle Verkehr kein einvernehmlicher mehr.
Unter diesen Voraussetzungen bringt die Beschwerdeführerin zutreffend vor, dass die ungeschützte Penetration nicht auf einen blossen Begleitumstand, eine Modalität des an sich einvernehmlichen Geschlechtsverkehrs reduziert werden kann. Anders als der Beschwerdegegner meint, bildet das Entfernen des Kondoms gegen den Willen und ohne das Wissen der Partnerin eine Zäsur zum bisher einvernehmlichen Geschlechtsverkehr. Es begründet eine gesonderte, neue Handlung (" *aliud* "; vgl. EL-GHAZI, a.a.O., S. 680 f.; SCHEIDEGGER, Das Sexualstrafrecht der Schweiz, Rz. 168; HERZOG, a.a.O., S. 356 f.; MAKEPEACE, a.a.O., S. 12 und 14; SAGMEISTER, a.a.O., S. 296 ff.; WISSNER, Das Phänomen "Stealthing", S. 282 f.), die das für Art. 191 StGB relevante Rechtsgut verletzt. Demnach entspricht *Stealthing* dem Tatbestandselement einer sexuellen Handlung gemäss Art. 191 StGB.

4.
Der in Art. 191 StGB unter Strafe gestellte Missbrauch hängt indessen nicht allein davon ab, ob eine Handlung gegeben ist, die die sexuelle Selbstbestimmung verletzt. Zusätzlich bleibt zu prüfen, ob die Arglosigkeit der getäuschten Privatklägerin einer tatbestandsmässigen Widerstandsunfähigkeit entspricht.

4.1. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) sind die Mitgliedstaaten der EMRK gestützt auf die Art. 3 und 8 EMRK verpflichtet, alle nicht-einvernehmlichen sexuellen Handlungen zu verfolgen und zu bestrafen (Urteil 39272/98 vom 4. Dezember 2003, *M.C. gegen Bulgarien*, § 166; die Tragweite dieser Feststellung relativierend LARA BLUME/KILIAN WEGNER, Reform des § 177 StGB? - Zur Vereinbarkeit des deutschen Sexualstrafrechts mit Art. 36 der "Istanbul-Konvention", in: HRRS: Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht 2014, S. 362). Ebenso verpflichtet Art. 36 des Übereinkommens des Europarats vom 11. Mai 2011 zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention, SR 0.311.35; für die Schweiz in Kraft seit 1. April 2018) die angeschlossenen Staaten, jeden vorsätzlichen Sexualakt unter Strafe zu stellen, der nicht auf freiwilligem Einverständnis beruht (vgl. den Erläuternden Bericht des Europarates zur Istanbul-Konvention, Ziff. 189 ff., mit Hinweis auf das erwähnte Urteil des EGMR; Botschaft vom 2. Dezember 2016 zur Genehmigung des Übereinkommens [...] [Istanbul-Konvention], BBl 2017 S. 241 Ziff. 2.5.8); LUZIA SIEGRIST, Übereinkommen des Europarates zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vom 11. Mai 2011 [Istanbul-Konvention], in: Sicherheit und Recht, 2017, S. 178 ff.; vgl. auch Urteil 6B_894/2021 vom 28. März 2022 E. 3.1 und 3.8, zur Publikation vorgesehen).
Diese völkerrechtlichen Verpflichtungen adressieren den Gesetzgeber (Erläuternder Bericht, a.a.O., Ziff. 193; zur Publikation vorgesehenes Urteil 6B_894/2021 vom 28. März 2022 E. 3.7.1 a.E.). Sie können zwar die Auslegung von geltendem Recht beeinflussen (vgl. etwa betreffend den ausländerrechtlichen Aufenthaltsanspruch die Urteile 2C_45/2021 vom 12. März 2021 E. 3.2 und 2C_1024/2019 vom 27.

August 2020 E. 4.2). Eine völkerrechtliche Auslegung darf aber nicht so weit gehen, dass allfällige "Strafbarkeitslücken" mittels ausdehnender Interpretation von bestehenden Tatbeständen geschlossen werden (vgl. SCHEIDEGGER, Das Sexualstrafrecht der Schweiz, Rz. 198 und 617; DIESELBE, in: Annotierter Kommentar StGB, Graf [Hrsg.], 2020, N 4 zu Art. 191 StGB; JETZER, a.a.O., S. 182 f.). Nach dem strafrechtlichen Legalitätsprinzip (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) darf eine Strafe nur wegen einer Tat verhängt werden, die das Gesetz ausdrücklich unter Strafe stellt (Art. 1 StGB; BGE 147 IV 274 E. 2.1.1; 138 IV 13 E. 4.1). Der Grundsatz verbietet, über den Sinn, wie er dem Gesetz bei richtiger Auslegung zukommt, hinauszugehen, also neue Straftatbestände zu schaffen oder bestehende derart zu erweitern, dass die Auslegung durch den Sinn des Gesetzes nicht mehr gedeckt wird (BGE 128 IV 272 E. 2). Die rechtsanwendenden Behörden sind an die Entscheidung des Gesetzgebers darüber, in welchem Umfang das betroffene Rechtsgut strafrechtlich geschützt werden soll - d.h. an seine Auswahl der strafbaren Verhaltensweisen aus allen gegebenenfalls strafwürdigen -, gebunden. Der Beschwerdegegner betont zu Recht, dass Tatbestandselemente grundsätzlich eng auszulegen sind (vgl. TRECHSEL/FATEH-MOGHADAM, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4. Aufl. 2021, N 24 zu Art. 1 StGB).
Unter diesen Vorgaben gehört es zwar zu den Aufgaben der Rechtsprechung, Entwicklungen im tatsächlichen Umfeld eines Straftatbestands zu verfolgen und veränderten lebensweltlichen (gesellschaftlichen, wirtschaftlichen, technischen etc.) Rahmenbedingungen (sog. Rechtstatsachen; Urteil 6B_582/2017 vom 19. Juni 2018 E. 2.1.2) bei der Auslegung des Gesetzes Rechnung zu tragen. Dem Gesetzgeber bleibt es dagegen vorbehalten, das materielle Strafrecht anhand der gewandelten gesellschaftlichen Anschauungen nachzuführen.

4.2. Gegenwärtig ist eine Revision des Sexualstrafrechts im Gang (Vorentwurf der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates [RK-S] "Bundesgesetz über eine Revision des Sexualstrafrechts" mit Bericht vom 28. Januar 2021 [www.admin.ch>Bundesrecht>Vernehmlassungen>Abgeschlossene Vernehmlassungen>2021>Parl.] sowie Erlassentwurf mit Bericht der RK-S vom 17. Februar 2022 [www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-rk-s-2022-02-18-2.aspx]). Die Revision soll das Sexualstrafrecht modernisieren (Bericht RK-S vom 17. Februar 2022 S. 13 Ziff. 2.1). Mehr als in früheren Jahren gilt heute die Einvernehmlichkeit jeder sexuellen Handlung als strafrechtlich zu schützendes Rechtsgut (Konsensprinzip; PRUIN, a.a.O., S. 130 ff., 144 ff.; NORA SCHEIDEGGER, Revision des Sexualstrafrechts: Die Verankerung des Konsensprinzips im StGB, in: Juristinnen Schweiz [Hrsg.], Recht und Geschlecht, 2022, S. 208 f.; vgl. auch Urteil 6B_894/2021 vom 28. März 2022 E. 3.7.1, zur Publikation vorgesehen). Die bisherigen Artikel 189 ff. StGB (Randtitel: "Angriffe auf die sexuelle Freiheit und Ehre") umschreiben Nötigungs- oder Missbrauchstatbestände, die die *Fähigkeit* schützen, die sexuelle Autonomie wahrzunehmen. Die sexuelle Selbstbestimmung als solche, d.h. das Recht, über das Ob, Wann und Wie eines sexuellen Kontakts zu entscheiden, erfassen sie indessen nicht (LINOH/ WETTMANN, a.a.O., S. 385). Zur Zeit ihrer Entstehung stand nicht der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, sondern der weiblichen Ehre und körperlichen Integrität im Vordergrund (PRUIN, a.a.O., S. 147). Heute werden zunehmend schon Handlungen als strafwürdig wahrgenommen, durch die allein die sexuelle Selbstbestimmung als solche verletzt wird. Die Vorlage der RK-S vom 17. Februar 2022 ordnet die Tatbestände, die - entsprechend den bisherigen Art. 189 f. StGB - dem Nötigungsprinzip folgen (sexuelle Nötigung nach Art. 189 Abs. 2 E-StGB und qualifizierte Vergewaltigung nach Art. 190 Abs. 2 E-StGB), dem Schutz der Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung zu. Auch das Ausnützen einer Wehrlosigkeit im Sinn von Art. 191 StGB bezieht sich nur auf diese Voraussetzung und nicht auf die sexuelle Autonomie selbst. Weitergehend schützen die neu vorgeschlagenen (nötigungsfreien) Grundtatbestände, die sexuelle Handlungen *gegen den Willen einer Person* unter Strafe stellen (sexueller Übergriff nach Art. 189 Abs. 1 E-StGB und Vergewaltigung nach Art. 190 Abs. 1 E-StGB), die "Achtung der Willensentscheidung einer Person in sexueller Hinsicht, das heisst die sexuelle Unversehrtheit (psychisch wie physisch) an sich" (Bericht RK-S vom 17. Februar 2022 S. 30, ferner S. 22 Ziff. 3.4). Hier, bei der Achtung der Willensentscheidung als solcher (und nicht bei der Fähigkeit, sie umzusetzen), ortet die RK-S auch das in der *Stealthing* -Konstellation betroffene Schutzgut (a.a.O. S. 31).
Die Neuordnung der Kerntatbestände des Sexualstrafrechts macht deutlich, dass die bisherigen, dem Nötigungsprinzip folgenden Tatbestände der Art. 189 ff. StGB das nach heutigem Verständnis schützenswerte Rechtsgut nicht vollständig abdecken (PRUIN, a.a.O., S. 147; vgl. unten E. 4.4). Die in E.

3.3 bejahte Frage, ob *Stealthing*eine eigenständige sexuelle Handlung im Sinn von Art. 191 StGB ist, war nach einer objektiv-zeitgemässen Auslegung auf der Grundlage eines aktuellen Verständnisses der massgebenden Rechtstatsachen (E. 3.2) zu beantworten; dies erscheint unter dem Aspekt des strafrechtlichen Legalitätsprinzips unproblematisch. Hingegen geht es bei der Prüfung, ob auch eine tatbestandsmässige Widerstandsunfähigkeit gegeben ist, nicht mehr bloss darum, das vom historischen Gesetzgeber formulierte Gesetz so auszulegen, dass es etablierten neueren Anschauungen gerecht wird. Um *Stealthing* als Schändung - inskünftig "Missbrauch einer urteilsunfähigen oder zum Widerstand unfähigen Person" (Bericht RK-S vom 17. Februar 2022 S. 43 Ziff. 3.7.1) - zu qualifizieren, wäre vielmehr der strafrechtliche Schutzumfang zu erweitern.
Nach dem geltenden, dem Nötigungsprinzip folgenden Recht begründet nicht jede nichtkonsensuale sexuelle Handlung, nicht einmal jeder beliebige Zwang, einen Schuldspruch (so etwa BGE 131 IV 167 E. 3.1). Im Kernbereich des Sexualstrafrechts setzt die Strafbarkeit jeweils einen qualifizierten Übergriff voraus (PRUIN, a.a.O., S. 146 ff.). Bei den sexuellen Nötigungsdelikten (Art. 189 f. StGB) besteht diese Qualifizierung im Einsatz von Gewalt oder anderen Zwangsmitteln, mittels derer ein Widerstand gebrochen wird (Urteil 6B_894/2021 E. 3.3, zur Publikation vorgesehen; BGE 133 IV 49 E. 4; PHILIPP MAIER, Die Nötigungsdelikte im neuen Sexualstrafrecht, 1994, passim); der entgegenstehende Wille allein ist nicht geschützt (PRUIN, a.a.O., S. 132). Bei anderen Delikten wird eine Notlage oder eine Abhängigkeit ausgenutzt (vgl. Art. 192 f. StGB). Bei der Schändung liegt der besondere Handlungsunwert im Missbrauch einer persönlich oder situativ bedingten Wehrlosigkeit des (dadurch schutzbedürftigen) Opfers (EL-GHAZI, a.a.O., S. 679). Dieses wird vom Täter als willenloses Mittel zum Zweck der eigenen sexuellen Befriedigung instrumentalisiert (HERZOG, a.a.O., S. 356; SCHUMANN/SCHEFER, a.a.O., S. 815; VAVRA, a.a.O., S. 616; HÖRNLE, a.a.O., S. 861 ff.). Kennzeichnend - und für den Schutz durch Art. 191 StGB vorausgesetzt - ist eine in der Person des Opfers liegende dauerhafte Eigenschaft (kindliches Alter, geistige Behinderung etc.) oder eine vorübergehende körperliche oder kognitive Beeinträchtigung (durch Schlaf, Rausch etc.), d.h. ein Schwächezustand, der das dergestalt verwundbare Opfer dem Täter ausliefert (vgl. Urteil 6S.850/1996 vom 20. Mai 1997 E. 2).
Somit stellt Art. 191 StGB den Missbrauch einer *vorbestehenden* Urteils- oder Widerstandsunfähigkeit unter Strafe (BGE 133 IV 49 E. 4; QUELOZ/ILLÀNEZ, in: Commentaire romand, Code pénal II, 2017, N 3 und 13 zu Art. 191 StGB). Das Unvermögen, frei über seine Beteiligung an einer konkreten sexuellen Handlung zu entscheiden und Zustimmung oder Ablehnung zu artikulieren, begründet dann eine Wehrlosigkeit im Sinn von Art. 191 StGB, wenn dieses Defizit auf eine unabhängig von den Umständen des Sexualkontakts bestehende Beeinträchtigung der Fähigkeit zur Abwehr zurückzuführen ist. Hingegen ist dieser Tatbestand nicht erfüllt, wenn die fehlende Abwehr auf andere Hindernisse beim Finden oder Betätigen des Willens betreffend den Sexualkontakt zurückzuführen ist, d.h. wenn etwa ein Irrtum über die Natur der (sexuellen) Handlung vorliegt oder eine unvermittelt mit einem Übergriff konfrontierte Person allein aufgrund des Überraschungseffekts nicht rechtzeitig reagieren kann. Dabei handelt es sich um Fälle einer "einfachen", nicht im Sinn von Art. 191 StGB qualifizierten Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung.

[...]

4.4.3. Das Bestreben, die sexuelle Selbstbestimmung und Unversehrtheit strafrechtlich umfassender zu schützen, ist rechtspolitischer Natur. Mit Blick auf die Schranken, wie sie für eine gerichtliche Rechtsfortbildung zumal im Strafrecht gelten (oben E. 4.1), kann dieses Anliegen nicht zum Anlass genommen werden, in einem Fall von *Stealthing* den Tatbestand von Art. 191 StGB über die bisher gezogenen Grenzen (oben E. 4.2 und 4.3) hinaus anzuwenden (vgl. SCHEIDEGGER, Das Sexualstrafrecht der Schweiz, Rz. 486 und 488). Dazu besteht umso weniger Grund, als die auf dem Merkmal "gegen den Willen" beruhenden Strafbestimmungen gemäss dem Entwurf zu einem neuen Sexualstrafrecht gerade auch Konstellationen wie das *Stealthing*erfassen sollen.

4.5. Damit bleibt festzuhalten, dass Wehrlosigkeit im Sinn von Art. 191 StGB nach wie vor eine Situation meint, in der das Opfer infolge einer persönlichen Eigenschaft oder wegen eines vorübergehenden kognitiven oder physischen Schwächezustands dem Täter ausgeliefert ist. Ein solcher Zustand war bei der Privatklägerin nicht gegeben (vgl. TRECHSEL/BERTOSSA, in: Praxiskommentar, 4. Aufl. 2021, N 4 zu Art. 191 StGB; EL-GHAZI, a.a.O., S. 679; MEIER/HASHEMI, a.a.O., S. 122; SCHEIDEGGER, Das Sexualstrafrecht der Schweiz, Rz. 632). Die Täuschung des Beschwerdegegners liess sie irrtümlich glauben, der Geschlechtsverkehr erfolge durchgehend geschützt. Allein deshalb war ihr die Gelegenheit genommen, abwehrend zu reagieren. Entscheidend ist jedoch, dass die Fähigkeit zur Abwehr als solche intakt blieb.
Der Umstand, dass der Beschwerdegegner das Kondom während des Geschlechtsverkehrs abredewidrig entfernt und den Verkehr ohne das Wissen der Privatklägerin ungeschützt fortgesetzt haben soll, begründet mithin keine Widerstandsunfähigkeit im Sinn von Art. 191 StGB. Der vorinstanzliche Freispruch erweist sich im Ergebnis als rechtens.

5.
Nach Art. 198 StGB wird, wer jemanden tätlich sexuell belästigt, auf Antrag mit Busse bestraft. Diese Übertretungsstrafnorm der sexuellen Belästigung dient im geltenden Recht als Grund- resp. Auffangtatbestand, wenn es, wie hier, im Einzelfall an einer tatbestandsspezifischen Nötigungs- oder Missbrauchskomponente der nichtkonsensualen sexuellen Handlung fehlt (vgl. PRUIN, a.a.O., S. 143). Es ist angezeigt, das streitgegenständliche Verhalten des Beschwerdegegners unter diesem Titel formell und materiell zu prüfen (vgl. HANS WIPRÄCHTIGER, Neuer Tatbestand für sexuelle Handlungen ohne Konsens?, in: AJP 2020 S. 928; EL-GHAZI, a.a.O., S. 681 f.). Zu diesem Zweck ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 106 Abs. 1 und Art. 107 Abs. 2 BGG).

6.
Das angefochtene Urteil ist insoweit aufzuheben, als die Vorinstanz noch zu prüfen haben wird, ob sich der Beschwerdegegner der sexuellen Belästigung (Art. 198 StGB) schuldig gemacht hat. Hingegen ist der vorinstanzliche Freispruch vom Vorwurf der Schändung zu bestätigen.

7.

Da dem Beschwerdegegner die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt worden ist, sind ihm keine Gerichtskosten aufzuerlegen (Art. 64 Abs. 1 BGG). Auch dem Kanton Basel-Landschaft sind keine Kosten aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 4 BGG), ebenso wenig der Beigeladenen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Der Kanton entschädigt den Beschwerdegegner angemessen für das bundesgerichtliche Verfahren (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG). Die Parteientschädigung ist praxisgemäss an den unentgeltlichen Rechtsvertreter auszubezahlen. Sie deckt den geltend gemachten Aufwand. Die zusätzliche Ausrichtung einer Entschädigung unter dem Titel der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung erübrigt sich daher.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Basel-Landschaft vom 6. Juni 2019 wird aufgehoben und die Sache zur ergänzenden Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2.
Es werden keine Kosten erhoben.

3.
Der Kanton Basel-Landschaft hat dem Rechtsvertreter des Beschwerdegegners, Advokat Reto Gantner, für das bundesgerichtliche Verfahren eine Entschädigung von Fr. 2'500.-- zu bezahlen.

4.
Dieses Urteil wird den Parteien, B._____ und dem Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Strafrecht, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 11. Mai 2022

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Jacquemoud-Rossari

Der Gerichtsschreiber: Traub

Schweizerisches Strafgesetzbuch

311.0

vom 21. Dezember 1937 (Stand am 1. August 2025)

Art. 189[272]

Sexueller Übergriff und sexuelle Nötigung

1 Wer gegen den Willen einer Person eine sexuelle Handlung an dieser vornimmt oder von dieser vornehmen lässt oder zu diesem Zweck einen Schockzustand einer Person ausnützt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

2 Wer eine Person zur Vornahme oder Duldung einer sexuellen Handlung nötigt, namentlich indem er sie bedroht, Gewalt anwendet, sie unter psychischen Druck setzt oder zum Widerstand unfähig macht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe bestraft.

[...]

Art. 190[273]

Vergewaltigung

1 Wer gegen den Willen einer Person den Beischlaf oder eine beischlafsähnliche Handlung, die mit einem Eindringen in den Körper verbunden ist, an dieser vornimmt oder von dieser vornehmen lässt oder zu diesem Zweck einen Schockzustand einer Person ausnützt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bestraft.

2 Wer eine Person zur Vornahme oder Duldung des Beischlafs oder einer beischlafsähnlichen Handlung, die mit einem Eindringen in den Körper verbunden ist, nötigt, namentlich indem er sie bedroht, Gewalt anwendet, sie unter psychischen Druck setzt oder zum Widerstand unfähig macht, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft.

[...]

272 Fassung gemäss Ziff. I 1 des BG vom 16. Juni 2023 über eine Revision des Sexualstrafrechts, in Kraft seit 1. Juli 2024 (AS **2024** 27; BBl **2018** 2827; **2022** 687, 1011).

273 Fassung gemäss Ziff. I 1 des BG vom 16. Juni 2023 über eine Revision des Sexualstrafrechts, in Kraft seit 1. Juli 2024 (AS **2024** 27; BBl **2018** 2827; **2022** 687, 1011).

Notizen:

B. Zuständigkeit der Gerichte

- Zuständigkeit des Gesetzgebers (Legislative) oder der Gerichte (Judikative)
  - o allenfalls vom Gesetzgeber zu füllende "Lücke" ("rechtspolitische Lücke")

    oder
  - o vom Gericht zu füllende Lücke ("planwidrige Unvollständigkeit des positiven Rechts")
- Recht und Pflicht des Gerichts, Lücken zu füllen (Art. 1 Abs. 2 ZGB)
- Richterrecht als Rechtsquelle (siehe auch Folie 12)
- Verbot des Füllens "rechtspolitischer Lücken" und von Gesetzeskorrekturen
- praktische Bedeutung der Unterscheidung von Auslegung und Lückenfüllung: vor allem bei abschliessenden gesetzlichen Regelungen

Quelle:

Schweizerisches Zivilgesetzbuch **210**

vom 10. Dezember 1907 (Stand am 1. Januar 2025)

Art. 1

A. Anwendung des Rechts

[1] Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält.

[2] Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht[4] nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde.

[3] Es folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.

4 Ausdruck gemäss Ziff. I 1 des BG vom 26. Juni 1998, in Kraft seit 1. Jan. 2000 (AS **1999** 1118; BBl **1996** I 1). Diese Änd. ist im ganzen Erlass berücksichtigt.

Beispiel:

Urteilskopf

133 III 257

30. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung i.S. Konkursmasse B. gegen A. (Berufung)
4C.180/2005 vom 28. November 2006

Regeste

Kaufvertrag; Wandelung; Schadenersatz; **Art. 208 Abs. 2 und 3 OR**.
Darstellung der Rechtsprechung und Lehre zur Frage, welche Schäden unter **Art. 208 Abs. 2 OR** fallen (E. 2.1).
Grundsätze der Auslegung von Gesetzen (E. 2.4).
Art. 208 Abs. 2 OR erfasst Schäden, welche dem Käufer durch Mängel der gelieferten Ware unmittelbar verursacht wurden. Dies ist zu bejahen, wenn der Schaden innerhalb der Kausalkette direkt durch den Mangel und nicht erst durch das Hinzutreten weiterer Schadensursachen hervorgerufen wurde (E. 2.5).
Ein Schaden ist nicht bereits deshalb als mittelbare Folge eines Mangels zu qualifizieren, weil er sich erst beim normalen Gebrauch der Sache im Rahmen des üblichen oder vereinbarten Verwendungszwecks auswirkte (E. 3.2).
Liefert der Verkäufer dem Käufer kranke Tiere, so stellt der durch die Übertragung der Krankheit verursachte Verlust des Tierbestandes des Käufers unmittelbaren Schaden dar (E. 3.3).

Sachverhalt ab Seite 258

BGE 133 III 257 S. 258

A. A. mit Wohnsitz in Z. züchtet gewerbsmässig Papageien. Mit Vertrag vom 30. Juni 2000 kaufte er von B. mit Wohnsitz in X. sechs Mülleramazonen-Papageien zum Preis von Fr. 4'800.-. Diese Papageien waren beim Verkäufer während mehreren Monaten in Quarantäne. Nach ihrer Einstallung beim Käufer erkrankten und verstarben die sechs Papageien und in der Folge fast der gesamte weitere Zuchtbestand des Käufers. Mit Schreiben vom 2. August 2000 erklärte der Käufer die Wandelung des Kaufvertrages. Die Parteien liessen bezüglich der Erkrankung der Vögel mehrere Gutachten erstellen. Diese kamen zum Ergebnis, es sei wahrscheinlich, dass einer der vom Verkäufer gelieferten Papageien mit dem Pacheco-Virus infiziert gewesen sei und die Krankheit durch den Stress der

BGE 133 III 257 S. 259

Neueinstallung zum Ausbruch gekommen sei, worauf das Virus auf den gesamten Vogelbestand des Käufers übergegriffen habe. In der Folge verlangte der Käufer vom Verkäufer die Rückerstattung des Kaufpreises und den Ersatz des durch die Krankheit der gekauften Papageien verursachten Schadens. Der Verkäufer verweigerte die Zahlung, worauf der Käufer ihn mit Zahlungsbefehl Nr. 1 des Betreibungsamtes Y. vom 11. September 2003 über Fr. 2'000'000.- nebst 5 % Zins seit 2. August 2000 betreiben liess. Der Verkäufer erhob keinen Rechtsvorschlag.

B. Am 5. November 2003 klagte der Verkäufer (nachstehend: Kläger) beim Bezirksgericht Arbon nach **Art. 85a SchKG** auf Feststellung, dass die vom Käufer (nachstehend: Beklagter) in Betreibung gesetzte Forderung von Fr. 2'000'000.- nicht bestehe und verlangte die vorläufige Einstellung der Betreibung Nr. 1 des Betreibungsamtes Y.

Das Bezirksgericht ging davon aus, der Kläger habe dem Beklagten auf Grund der Wandelung des Kaufvertrages den Kaufpreis von Fr. 4'800.- zurückzuerstatten und gemäss **Art. 208 Abs. 2 OR** die unmittelbar mit der Vertragsrückabwicklung und der Feststellung der Schadensursache angefallenen Kosten von insgesamt Fr. 2'175.10 zu ersetzen. Mangels eines Verschuldens habe der Kläger jedoch nicht für den Mangelfolgeschaden in der Form des Verlusts des restlichen Vogelbestandes aufzukommen. Mit Urteil vom 4. März 2004 stellte das Bezirksgericht demnach fest, die in Betreibung gesetzte Forderung bestehe nur im Betrag von Fr. 6'975.10 nebst 5 % Zins seit 2. August 2000.

Am 9. August 2004 wurde über den Kläger der Konkurs ausgesprochen. Auf Berufung des Beklagten hin hob das Obergericht des Kantons Thurgau, in Unkenntnis des Konkurses des Klägers, das erstinstanzliche Urteil am 10. Februar 2005 auf und wies die Klage im Wesentlichen ab, indem es feststellte, dass die in Betreibung gesetzte Forderung von Fr. 2'000'000.- nebst 5 % Zins seit 2. August 2000 im Fr. 1'990'925.10 nebst 5 % Zins seit 2. August 2000 übersteigenden Betrag nicht bestehe. In diesem Umfang stellte das Obergericht die Betreibung Nr. 1 des Betreibungsamts Y. ein.

C. Der Kläger erhob am 13. Mai 2005 eidgenössische Berufung mit den Anträgen, das Urteil des Obergerichts vom 10. Februar 2005 sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass die in Betreibung gesetzte Forderung von Fr. 2'000'000.- nebst 5 % Zins seit 2. August

2000 im Fr. 6'975.10 nebst Zins zu 5 % seit 2. August 2000 übersteigenden Betrag nicht bestehe, und die Betreibung Nr. 1 des Betreibungsamtes Y. sei in diesem Umfang einzustellen. Mit Antwort vom 11. Juli 2005 schloss der Beklagte auf Abweisung der Berufung.

Mit Schreiben vom 29. Juli 2005 teilte das Kantonale Konkursamt des Kantons Freiburg dem Bundesgericht mit, der Gerichtspräsident des Greyerzbezirks habe mit Urteil vom 9. August 2004 über den Kläger den Konkurs ausgesprochen und der Beklagte habe in diesem Konkurs am 11. März 2005 die in Betreibung gesetzte Forderung von Fr. 2'000'000.- nebst Zins eingegeben. Daraufhin wurde das Berufungsverfahren vom Bundesgericht mit Beschluss vom 18. November 2005 gemäss **Art. 207 SchKG** sistiert.

Mit Schreiben vom 4. August 2006 teilte das Kantonale Konkursamt des Kantons Freiburg dem Präsidenten der I. Zivilabteilung mit, der Konkurs des Klägers werde im summarischen Verfahren durchgeführt, der Kollokationsplan sei vom 30. Juni bis 20. Juli 2006 aufgelegt gewesen und die Konkursmasse wünsche, den Prozess an Stelle des Klägers weiterzuführen.

Das Bundesgericht schreibt die Berufung als gegenstandslos ab, soweit damit die Aufhebung der Betreibung Nr. 1 des Betreibungsamtes Y. im Fr. 6'975.10 nebst Zins zu 5 % seit 2. August 2000 übersteigenden Betrag verlangt wird. Im Übrigen weist es die Berufung ab.

Erwägungen

[...]

2.4 Die Auslegung des Gesetzes ist auf die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die von ihm erkennbar getroffenen Wertentscheidungen auszurichten (**BGE 128 I 34** E. 3b S. 41). Ausgangspunkt der Auslegung einer Norm bildet ihr Wortlaut. Vom daraus abgeleiteten Sinne ist jedoch abzuweichen, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass der Gesetzgeber diesen nicht gewollt haben kann. Solche Gründe können sich insbesondere aus der Entstehungsgeschichte der Norm, aus ihrem Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben. Insoweit wird vom historischen, teleologischen und systematischen Auslegungselement gesprochen. Bei der Auslegung einer Norm sind daher neben dem Wortlaut diese herkömmlichen Auslegungselemente zu berücksichtigen (**BGE 130 III 76** E. 4 S. 82; **BGE 130 II 65** E. 4.2 S. 71; **BGE 127 III 318** E. 2b mit Hinweisen). Ergibt die Auslegung eines Bundesgesetzes auf eine Rechtsfrage eine eindeutige Antwort, so ist diese gemäss **Art. 191 BV** für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend. Diese dürfen daher nicht mit der Begründung von Bundesrecht abweichen, es sei verfassungswidrig oder entspreche nicht dem (künftig) wünschbaren Recht (**BGE 130 II 65** E. 4.2 S. 71 f.; **BGE 129 II 249** E. 5.4 S. 263, je mit Hinweisen). Eine Abweichung von einer Gesetzesnorm ist jedoch zulässig, wenn der Gesetzgeber sich offenkundig über gewisse Tatsachen geirrt hat oder sich die Verhältnisse seit

Erlass des Gesetzes in einem solchen Masse gewandelt haben, dass die Anwendung einer Vorschrift rechtsmissbräuchlich wird (**BGE 93 I 401** E. 5 S. 404 f.; **BGE 123 III 445** E. 2b/aa S. 448; **BGE 125 III 57** E. 2g S. 61).

2.5 Art. 208 OR bestimmt:

> "[1] Wird der Kauf rückgängig gemacht, so muss der Käufer die Sache nebst dem inzwischen bezogenen Nutzen dem Verkäufer zurückgeben.
>
> [2] Der Verkäufer hat den gezahlten Kaufpreis samt Zinsen zurückzuerstatten und überdies, entsprechend den Vorschriften über die vollständige Entwehrung, die Prozesskosten, die Verwendungen und den Schaden zu ersetzen, der dem Käufer durch die Lieferung fehlerhafter Ware unmittelbar verursacht worden ist.
>
> [3] Der Verkäufer ist verpflichtet, den weiteren Schaden zu ersetzen, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle."

Art. 208 Abs. 2 OR lautet in der französischen und italienischen Version:

> "Le vendeur doit restituer à l'acheteur le prix payé, avec intérêts, et, comme en matière d'éviction totale, le frais de procès et les impenses; il indemnise, en outre, l'acheteur du dommage résultant directement de la livraison de marchandise défectueuse."
>
> "Il venditore deve restituire il prezzo pagato con gli interessi e risarcire inoltre, in conformità alle disposizioni sull'evizione totale, le spese di causa, i disborsi ed i danni direttamente cagionati al compratore con la consegna della merce difettosa."

2.5.1 Art. 208 Abs. 2 OR geht von Schäden aus, welche dem Käufer durch die Lieferung fehlerhafter Ware verursacht wurden. Darunter fallen vom Wortlaut her auch durch die Fehler- bzw. Mangelhaftigkeit der Ware hervorgerufene Schäden. Betreffen diese nicht die Sache selbst, sondern andere Rechtsgüter des Käufers, so wird von Mangelfolgeschäden gesprochen (HONSELL, Basler Kommentar, a.a.O., N. 9 zu **Art. 208 OR**; ROLF DOERIG, Ersatz sogenannter "Mangelfolgeschäden" aus Kaufvertrag [**Art. 208 OR**], Diss. Zürich 1985, S. 92 ff.). Ob solche Schäden als unmittelbare oder mittelbare Schäden zu qualifizieren sind, hängt davon ab, wie diese

Unterscheidung verstanden wird. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch bedeutet der Begriff "unmittelbar", ohne räumlichen oder zeitlichen Abstand, ohne vermittelndes Glied (vgl. Duden, Das Bedeutungswörterbuch, 3. Aufl., Mannheim 2002, S. 944; G. WAHRIG, Deutsches Wörterbuch, Hrsg. Renate Wahrig-Burfeind, Gütersloh 1996, S. 1631) bzw. "directement", en ligne directe, sans détour, sans intermédiaire (Grand Dictionnaire Encyclopédique Larousse, Bd. 3,

Paris 1982, S. 3278). Entsprechend geht die Lehre allgemein davon aus, die Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden beziehe sich auf die Länge bzw. die "Intensität" der Kausalkette. Der unmittelbare Schaden sei innerhalb der Kausalkette direkte Folge des schädigenden Ereignisses, während mittelbarer Schaden erst durch das Hinzutreten weiterer Schadensursachen bewirkt werde (ANTON K. SCHNYDER, Basler Kommentar, 3. Aufl., N. 7 zu **Art. 41 OR**; HEINZ REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., S. 75 Rz. 334; HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., S. 11 Rz. 44; FRANZ WERRO, La responsabilité civile, S. 31 f. Rz. 106 ff.; MAX KELLER/CAROLE SCHMIED-SYZ, Haftpflichtrecht, 5. Aufl., S. 16; vgl. auch BGE 12 S. 165 E. 6 S. 171 und die Hinweise unter E. 2.1). Demnach ist gemäss dem Wortlaut von **Art. 208 Abs. 2 OR** davon auszugehen, die Haftung des Verkäufers für die dem Käufer durch die Lieferung fehlerhafter Ware unmittelbar verursachten Schäden erfasse auch durch Mängel der Ware hervorgerufene Schäden, soweit sie innerhalb der Kausalkette als direkte Folge des Mangels erscheinen.

2.5.2 Bezüglich der Entstehungsgeschichte von **Art. 208 Abs. 2 und 3 OR** ist zu beachten, dass die Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem bzw. direktem und indirektem Schaden bereits im gemeinen Recht vorgenommen wurde (GIGER, a.a.O., N. 24 zu **Art. 195 OR**; DOERIG, a.a.O., S. 20 ff.). Als Beispiel eines direkten Schadens nannte POTHIER (1699-1772), dass ein Bauer eine kranke Kuh erwirbt und seine weiteren Tiere zu Folge der Übertragung der Krankheit eingehen; eine weiter entfernte und indirektere Folge (une suite plus éloignée et plus indirecte) liege dagegen vor, wenn der Bauer auf Grund der Erkrankung seiner (Zug-)Ochsen seine Felder nicht bearbeiten und er in der Folge seine Schulden nicht mehr bezahlen könne (ROBERT-JOSEPH POTHIER, Traité des Obligations, Rz. 166 f., abgedruckt in: Oeuvres de Pothier, Hrsg. M. Siffrein, Paris 1821, Bd. 1, S. 189 f.). In Anlehnung an die Doktrin des gemeinen Rechts begrenzte der französische Code Civil von 1804 (im Folgenden: CCfr.) die vertragliche Haftung des Schuldners bei Nichterfüllung des Vertrages in Art. 1150 auf den Schaden, der zur Zeit des Vertragsschlusses vorausgesehen wurde oder vorauszusehen war, soweit der Schuldner den Vertrag nicht vorsätzlich (par son dol) nicht erfüllte. Auch bei vorsätzlicher Nichterfüllung hat der Schuldner gemäss Art. 1151 CCfr. den Schaden nur zu ersetzen, soweit dieser eine unmittelbare und direkte Folge (une suite

immédiate et directe) der Nichterfüllung ist. In der französischen Lehre wird zur Abgrenzung der Unmittelbarkeit zum Teil auf POTHIER verwiesen (JEAN CARBONNIER, Droit civil, 4. Les Obligations, 15. Aufl., Paris 1991, S. 291 Rz. 157; HENRI MOTULSKY, Die Zurechenbarkeit des Kausalzusammenhangs im französischen Schadenersatzrecht, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 25/1960 S. 242 ff., 248). Auch das von BLUNTSCHLI verfasste Privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich von 1855 (PGB) stellte auf die Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden ab. Gemäss § 1004 PGB haftete der Schuldner in Fällen der leichten Fahrlässigkeit nur für das unmittelbare, nicht aber auch für das mittelbare Interesse, das in § 997 PGB als Schaden definiert wurde, welcher nur in Verbindung mit anderweitigen Umständen den Gläubiger betroffen hat. BLUNTSCHLI umschrieb das mittelbare Interesse als den Schaden, der "um des Zusammenhangs willen, in dem die Sache zu anderen vermögensrechtlichen Verhältnissen des Gläubigers steht, diesen betroffen hat", und nannte als Beispiel den entgangenen Gewinn (JOHANN C. BLUNTSCHLI, Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, Zürich 1855, Bd. 3, S. 67). Das alte Obligationenrecht von 1881 (aOR) beschränkte in

Anlehnung an § 1004 PGB und Art. 1150 f. CCfr. die allgemeine vertragliche Schadenersatzpflicht bei leichtem Verschulden auf den Schaden, der bei Eingehung des Vertrages als unmittelbare Folge der Nichterfüllung oder der nicht gehörigen Erfüllung des Vertrages vorhergesehen werden konnte (Art. 110 und 116 Abs. 1 aOR). Für Schaden in weiterem Umfang war nur bei schwerem Verschulden und nach richterlichem Ermessen Ersatz zu leisten (Art. 116 Abs. 3 aOR). Bei vollständiger Entwehrung oder Wandelung sah das alte Obligationenrecht bezüglich des dem Käufer durch die Entwehrung bzw. die Lieferung fehlerhafter Ware unmittelbar verursachten Schadens eine Kausalhaftung vor (Art. 241 Abs. 1 Ziff. 4 und Art. 253 aOR). Bei Verschulden des Verkäufers war dieser verpflichtet, auch weiteren Schaden zu vergüten (Art. 241 Abs. 2 und Art. 253 aOR mit Verweis auf Art. 241 aOR). Die Mehrheit der Doktrin zum alten Obligationenrecht stellte bezüglich der Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden auf die Intensität des Kausalzusammenhangs ab und nahm an, entgangener Gewinn gehöre zum mittelbaren Schaden (vgl. FISCHER, a.a.O., S. 168 f. und 171 f. mit Hinweisen). Das Bundesgericht hat den entgangenen Gewinn zunächst ebenfalls als mittelbaren Schaden qualifiziert (BGE

14 S. 654 E. 2 S. 656). In späteren Entscheiden nahm es jedoch unter Einbezug von Art. 116 aOR an, entgangener Gewinn könne unmittelbarer Schaden sein, wenn voraussehbar sei, dass das Interesse des Käufers sich auf einen durch Weiterverkauf der Ware erstrebten Gewinn erstrecke (**BGE 23 II 1092** E. 4 S. 1100 f.; **24 II 62** E. 10 S. 70 f.; vgl. auch **BGE 26 II 739** E. 8 S. 749 f.). Hinsichtlich der geplanten Revision des alten Obligationenrechts schlug BURCKHARDT vor, die Regelung der allgemeinen Vertragshaftung an die ausservertragliche Haftung anzupassen und daher auf die Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden zu verzichten, zumal sich die Praxis insoweit mit verschwimmenden Massstäben "abgequält" habe (C. CHR. BURCKHARDT, Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechts in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht, ZSR 22/1903 S. 469 ff., 500). In der Folge hat der Gesetzgeber bei der Revision des Obligationenrechts von 1911 darauf verzichtet, die allgemeine vertragliche Haftung in **Art. 97 ff. OR** auf den unmittelbaren Schaden zu begrenzen (vgl. SCHÖNLE/HIGI, a.a.O., N. 72 zu **Art. 195 OR**; SCHUBIGER, a.a.O., S. 66 f.). Dagegen hat der Gesetzgeber diese Haftungsbegrenzung bei der kausalen Haftung des Verkäufers bei vollständiger Entwehrung und Wandelung in **Art. 195 Abs. 1 Ziff. 4 und Art. 208 Abs. 2 OR** beibehalten. Damit hat der Gesetzgeber zum einen zum Ausdruck gebracht, dass er bei der Wandelung an der verschuldensunabhängigen Haftung des Verkäufers für den unmittelbar durch die Lieferung fehlerhafter Ware hervorgerufenen Schaden festhielt und insoweit keine Anpassung an Rechte anderer Staaten gewollt war, welche keine solche Haftung kannten. Zum anderen hat er gezeigt, dass er die verschuldensunabhängige Haftung des Verkäufers weiterhin auf unmittelbar verursachte Schäden begrenzen und in diesem Rahmen die vom alten Recht her bekannten Abgrenzungsschwierigkeiten in Kauf nehmen wollte. Dafür, dass der Gesetzgeber der Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden eine gegenüber dem alten Recht geänderte Bedeutung geben wollte, bestehen keine Anhaltspunkte. Demnach bestätigt das historische Auslegungselement, dass bezüglich dieser Unterscheidung gemäss der gemeinrechtlichen Tradition auf die Länge des Kausalzusammenhangs zwischen Schadensursache und Schaden abzustellen ist.

Die Regelung des Kaufrechts wurde seit 1911 nicht revidiert. Eine Anpassung an die seitherige internationale Rechtsentwicklung ist daher nicht erfolgt.

2.5.3 In systematischer Hinsicht ist zu beachten, dass der Käufer bei der Wandelung die Sache nebst dem inzwischen bezogenen Nutzen dem Verkäufer zurückgeben muss und dieser den gezahlten Kaufpreis samt Zinsen zurückzuerstatten hat (**Art. 208 Abs. 1 und 2 OR**). Demnach trifft der so genannte Mangelschaden, d.h. die durch den Mangel bewirkte Wertverminderung der gelieferten Sache, bei der Wandelung den Verkäufer und nicht den Käufer (HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, a.a.O., S. 104 f.). Entgegen der Annahme des Klägers kann sich daher der in **Art. 208 Abs. 2 OR** genannte unmittelbare Schaden des Käufers nicht auf den Mangelschaden beziehen.

Weiter fällt in Betracht, dass die kausale Haftung des Verkäufers für den durch die Lieferung fehlerhafter Ware unmittelbar verursachten Schaden in **Art. 208 Abs. 2 OR** nach der im gleichen Absatz geregelten Verpflichtung des Verkäufers zum Ersatz der Prozesskosten und der Verwendungen entsprechend den Vorschriften über die vollständige Entwehrung genannt wird. Aus diesem Zusammenhang könnte geschlossen werden, der Gesetzgeber habe - da bei der Entwehrung die Kaufsache keinen Mangel aufweist - mit dem durch die Lieferung fehlerhafter Ware verursachten Schaden nicht die durch die Mängel verursachten Schäden, sondern nur die mit der Rückgabe der Ware verbundenen Unkosten gemeint. Indessen stellt die nebenordnende Konjunktion "und" bzw. "en outre" klar, dass der Schadenersatz für den durch die Lieferung fehlerhafter Ware unmittelbar verursachten Schaden zusätzlich zum Ersatz der Prozesskosten und den Verwendungen geschuldet ist. Dies entspricht auch der inhaltlich übernommenen Regelung in Art. 253 aOR. Danach war der Verkäufer bei der Wandelung verpflichtet, den gezahlten Kaufpreis samt Zinsen zurückzuerstatten und überdies dem Käufer den Schaden zu ersetzen, welcher demselben durch die Lieferung fehlerhafter Ware unmittelbar verursacht worden ist. Erst anschliessend sah Art. 253 aOR vor, dass im Übrigen die Bestimmungen des Art. 241 aOR (bezüglich des Kostenersatzes bei der vollständigen Entwehrung) entsprechende Anwendung finden. Demnach kann aus der Haftung für die Prozesskosten und die Verwendungen gemäss den Vorschriften über die vollständige Entwehrung nicht geschlossen werden, die Haftung für den durch die Lieferung fehlerhafter Ware verursachten Schaden erfasse nur die mit der Rückabwicklung des Kaufvertrages verbundenen Kosten des Käufers.

BGE 133 III 257 S. 271

2.5.4 Nach dem Gesagten ergeben sich weder aus der Entstehungsgeschichte noch dem systematischen Zusammenhang triftige Gründe dafür, dass der Gesetzgeber den aus dem Wortlaut von **Art. 208 Abs. 2 OR** abzuleitenden Sinn nicht gewollt habe. Demnach sieht diese Bestimmung für den dem Käufer durch die Lieferung fehlerhafter Ware verursachten Schaden eine verschuldensunabhängige Haftung vor, wobei bezüglich der Beschränkung auf den unmittelbar verursachten Schaden auf die Länge der Kausalkette zwischen der Lieferung fehler- bzw. mangelhafter Ware und dem eingetretenen Schaden abzustellen ist (vgl. E. 2.5.1 hiervor).

Daran vermag nichts zu ändern, dass in der Lehre geltend gemacht wird, die kausale Haftung für Mangelfolgeschäden gemäss **Art. 208 Abs. 2 OR** stelle auch bei der Beschränkung auf die unmittelbare Verursachung im Vergleich zur allgemeinen verschuldensabhängigen Vertragshaftung und zur Schadenersatzpflicht bei anderen Verträgen über Sachleistungen eine systemwidrige, sachlich nicht gerechtfertigte Ausnahmeregelung dar (vgl. die Hinweise in E. 2.1; BUCHER, a.a.O., S. 104 f.; FISCHER, a.a.O., S. 287; vgl. ferner SCHÖNLE, a.a.O., S. 485 f.). Ob diese rechtspolitische Kritik berechtigt ist, haben gemäss dem Prinzip der Gewaltenteilung die gesetzgebenden und nicht die rechtsanwendenden Behörden zu entscheiden (vgl. E. 2.4 hiervor). Dass ein Abweichen von **Art. 208 Abs. 2 OR** ausnahmsweise zulässig sei, weil der Gesetzgeber beim Erlass dieser Bestimmung einem offensichtlichen Versehen erlegen oder ihre Anwendung auf Grund veränderter Umstände als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren sei, macht der Kläger nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich.

2.6 Zusammenfassend ergibt sich, dass das Obergericht kein Bundesrecht verletzte, wenn es davon ausging, **Art. 208 Abs. 2 OR** erfasse auch dem Käufer durch die Mängel der gelieferten Sache unmittelbar verursachte Schäden.

3.

3.1 Der Kläger macht für den Fall, dass das Bundesgericht Mangelfolgeschäden nicht grundsätzlich vom Anwendungsbereich von **Art. 208 Abs. 2 OR** ausschliesst, geltend, dass die Einstallung der gekauften Papageien und die dadurch verursachte Stresssituation zum Ausbruch der Krankheit geführt habe. Der Schaden an der Zucht des Beklagten sei daher nicht ohne Hinzutreten weiterer Schadensursachen in direkter Folge der Mangelhaftigkeit entstanden. Vielmehr sei

die Kausalkette lang, weshalb der Mangelfolgeschaden nicht mehr als "unmittelbar" im Sinne von **Art. 208 Abs. 2 OR** qualifiziert werden könne.

3.2 Gemäss der vorstehenden Erwägung liegt im Sinne von **Art. 208 Abs. 2 OR** ein unmittelbarer Schaden vor, der innerhalb der Kausalkette direkt durch die Lieferung fehlerhafter Ware und nicht erst durch das Hinzutreten weiterer Schadensursachen verursacht wurde. Wo im Einzelfall die Abgrenzung vorzunehmen ist, beurteilt sich nach richterlichem Ermessen (SCHÖNLE/HIGI, a.a.O., N. 70 f. zu **Art. 195 OR**; vgl. auch HONSELL, Basler Kommentar, a.a.O., N. 8 zu **Art. 208 OR**). Ermessensentscheide prüft das Bundesgericht grundsätzlich frei, es übt dabei aber Zurückhaltung und schreitet nur ein, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgegangen ist, wenn sie Tatsachen berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt Umstände ausser Betracht gelassen hat, die hätten beachtet werden müssen. Es greift ausserdem in Ermessensentscheide ein, wenn sich diese als offensichtlich unbillig erweisen (**BGE 132 II 117** E. 2.2.5 S. 121; **BGE 130 III 28** E. 4.1 S. 32, je mit Hinweisen).

Als Beispiel eines unmittelbaren Schadens wird in der Lehre unter Verweis auf POTHIER der Verlust des Viehbestands des Käufers zufolge der Übertragung einer Krankheit der gekauften Kuh angeführt (VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Aufl., 1. Bd., S. 89 Fn. 10; vgl. auch HANS-PETER KATZ, Sachmängel beim Kauf von Kunstgegenständen und Antiquitäten, Diss. Zürich 1973, S. 75, der die Übertragung von Holzwürmern von der gekauften Antiquität auf andere Objekte des Käufers als direkten Schaden qualifiziert). Weiter wird in der Lehre ein unmittelbarer Schaden angenommen, wenn die Mangelhaftigkeit einer Geschirrspülmaschine dazu führt, dass Wasser ausläuft und den Boden des Käufers beschädigt. Dagegen erscheine als Folge einer hinzutretenden Schadensursache, wenn das auslaufende Wasser in elektrische Installationen eindringe und hierdurch einen Kurzschluss mit Brand bewirke (KELLER/SIEHR, a.a.O., S. 90). Diese Beispiele zeigen, dass ein Mangelfolgeschaden nicht bereits deshalb als entfernte Folge eines Mangels zu qualifizieren ist, weil sich dieser erst beim normalen Gebrauch der Sache im Rahmen des üblichen oder vereinbarten Verwendungszwecks schädigend auswirkte (SCHÖNLE, a.a.O., S. 484).

3.3 Im vorliegenden Fall hat sich die Krankheit der gekauften Papageien direkt auf den Vogelbestand des Käufers übertragen, weshalb insoweit ein unmittelbarer Kausalzusammenhang vorliegt. Daran vermag nichts zu ändern, dass die Übertragung erst durch die Einstallung und den damit verbundenen Stress möglich wurde, zumal die neue Einstallung zwingend mit dem Verkauf verbunden war und damit zur üblichen Verwendung gehörte, welche nicht als selbständige hinzutretende Schadensursache zu betrachten ist. Demnach hat das Obergericht das ihm bei der Beurteilung der Unmittelbarkeit der Schadensverursachung zustehende Ermessen nicht überschritten, wenn es annahm, der Verlust des Vogelbestandes des Beklagten sei als unmittelbarer Schaden zu qualifizieren.

Nationalrat

Conseil national

Consiglio nazionale

Cussegl naziunal

20.491 n Pa. Iv. (Vogt) Steinemann. Keine unbegrenzte Kausalhaftung des Verkäufers für Mangelfolgeschäden

Bericht der Kommission für Rechtsfragen vom 3. Februar 2023

Die Kommission hat an ihrer Sitzung vom 3. Februar 2023 die von Nationalrat Hans-Ueli Vogt am 16. Oktober 2020 eingereichte und von Nationalrätin Barbara Steinemann übernommene parlamentarische Initiative vorgeprüft.

Die Initiative verlangt eine dahingehende Änderung des Obligationenrechts (OR), dass der Verkäufer nur für einen Schaden haftet, soweit dieser vorausgesehen werden konnte.

Antrag der Kommission

Die Kommission beantragt mit 14 zu 7 Stimmen bei 3 Enthaltungen, der Initiative keine Folge zu geben. Die Minderheit (*Graber*, Addor, Bregy, Geissbühler, Reimann Lukas, Schwander, Tuena) beantragt, der Initiative Folge zu geben.

Berichterstattung: Fehlmann Rielle

Im Namen der Kommission
Die Präsidentin:

Christa Markwalder

Inhalt des Berichtes
1 Text und Begründung
2 Stand der Vorprüfung
3 Erwägungen der Kommission



1 Text und Begründung

1.1 Text

Artikel 208 Absatz 2 des Obligationenrechts (OR) ist wie folgt zu ergänzen:
Absatz 2: ... verursacht worden ist. Der Verkäufer haftet indes nur, soweit dieser Schaden vorausgesehen werden konnte.

1.2 Begründung

Wenn jemand sechs Papageien für 4800 Franken verkauft und die Papageien beim Käufer erkranken, versterben und auch zum Versterben des gesamten Zuchtbestandes des Käufers führen (ohne jedes Verschulden des Verkäufers), so muss der Verkäufer dem Käufer den Schaden an dessen Zuchtbestand ersetzen. Der Schaden betrug in dem vom Bundesgericht beurteilten Fall (BGE 133 III 257 ff.) fast 2 Millionen Franken. Das scheint unbillig und ist rechtsökonomisch nicht sinnvoll.
Gemäss Bundesgericht ergibt sich das genannte Ergebnis aus der Auslegung (und Abgrenzung) von Artikel 208 Absatz 2 und 3 OR. Die verschuldensunabhängige Haftung des Verkäufers für Mangelfolgeschäden wird in der Lehre jedoch als systemwidrig und sachlich ungerechtfertigt kritisiert. Doch: "Ob diese rechtspolitische Kritik berechtigt ist, haben gemäss dem Prinzip der Gewaltenteilung die gesetzgebenden und nicht die rechtsanwendenden Behörden zu entscheiden." (BGE 133 III 257 E. 2.5.4, S. 271). Dementsprechend wurde in der Lehre gefordert, der Gesetzgeber habe hier "Klärung und Rechtssicherheit zu schaffen" (Schmid, ZBJV 2010, S. 604).
Die beantragte Ergänzung von Artikel 208 Absatz 2 OR ist eine mögliche Klärung der Rechtslage. Sie würde am Grundsatz der verschuldensunabhängigen Haftung des Verkäufers für Mangelfolgeschäden nichts ändern (obwohl in der Lehre bereits der Grundsatz als solcher kritisiert wird), jedoch das Erfordernis des adäquaten Kausalzusammenhangs durch die zusätzliche Voraussetzung der Voraussehbarkeit des Schadens ergänzen, und zwar namentlich auch, was dessen Umfang betrifft ("soweit"). Dabei ist eine objektive Beurteilung vorzunehmen ("vorausgesehen werden konnte"). Mit der genannten Ergänzung hätte im Papageien-Fall ein vermittelndes, vernünftiges Ergebnis erzielt werden können, in Anwendung richterlichen Ermessens. Im Rahmen der Umsetzung der parlamentarischen Initiative können aber auch andere Regelungsvorschläge geprüft werden, die dem Ziel dienen, die Haftung des Verkäufers für Mangelfolgeschäden auf ein vertretbares Mass zu beschränken.

2 Stand der Vorprüfung

Die Kommission nahm am 3. Februar 2022 eine erste Vorprüfung vor und gab der Initiative damals mit 11 zu 10 Stimmen bei 3 Enthaltungen Folge. Ihre ständerätliche Schwesterkommission entschied am 13. Oktober 2022, diesem Beschluss nicht zuzustimmen.

3 Erwägungen der Kommission

Die Kommission folgt den Argumenten ihrer ständerätlichen Schwesterkommission, wonach aufgrund eines einzelnen Gerichtsentscheids kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht, zumal das aktuelle System in den meisten Fällen zufriedenstellend ist. Die vorgesehene Gesetzesänderung birgt zudem die Gefahr, auch in anderen Bereichen angewendet zu werden, wodurch ein hybrides System zwischen Kausal- und Verschuldenshaftung entstehen würde. Darüber



hinaus ist für den Sommer ein Bericht zur Modernisierung des Gewährleistungsrechts angekündigt, womit das Thema dann erneut behandelt wird.
Die Kommissionsminderheit hält an der ursprünglichen Position der Kommission fest: Sie will der Initiative Folge geben und in der zweiten Phase eventuell einen präziseren Gesetzestext verfassen, um jedwede Amerikanisierung des Schweizer Rechtssystems zu verhindern.

Notizen:

C. Lückenarten und Lückenfüllung

- offene Lücken: das Gesetz, ausgelegt bis an die Grenze des möglichen Wortsinns, enthält eine erforderliche Regelung nicht
    - Lückenfüllung oftmals mittels Analogie (siehe auch Folie 69)
- verdeckte Lücken (Ausnahmelücken): das Gesetz, ausgelegt aufgrund des Wortsinns, enthält zwar eine Regelung, doch fehlt eine aufgrund seines Zwecks erforderliche Ausnahmeregelung
    - Lückenfeststellung durch teleologische Reduktion (siehe auch Folie 69)
- Lückenfüllung "modo legislatoris": "nach der Regel entscheiden, die [das Gericht] als Gesetzgeber aufstellen würde" (Art. 1 Abs. 2 ZGB)

Beispiele:

Urteilskopf

126 III 129

26. Urteil der I. Zivilabteilung vom 7. Dezember 1999 i.S. Kodak SA gegen Jumbo-Markt AG (Berufung)

Regeste

Erschöpfungsgrundsatz im Patentrecht. Parallelimporte patentrechtlich geschützter Produkte.
Die Frage der Zulässigkeit von Parallelimporten im Patentrecht ist weder im nationalen noch im für die Schweiz geltenden internationalen Recht geregelt, weshalb von einer echten Lücke auszugehen ist (E. 1-3).
Die traditionelle schweizerische Rechtsauffassung, die Rechtsvergleichung sowie eine Abwägung der betroffenen Interessen sprechen für den Grundsatz der nationalen Erschöpfung im Patentrecht, zumal die Unterschiede zwischen Marken- und Urheberrecht einerseits und Patentrecht anderseits eine einheitliche Behandlung der Erschöpfungsfrage nicht als zwingend erscheinen lassen (E. 4-8).
Auf patentrechtliche Einfuhrmonopole kann das Kartellrecht Anwendung finden (E. 9).

Sachverhalt ab Seite 130

BGE 126 III 129 S. 130

Die Kodak SA (Klägerin) ist infolge einer Patentabtretung Inhaberin des schweizerischen Teils des Europäischen Patents EP 0 028 099 (Kodak-Farbnegativfilme), welches im Übrigen ihrer Muttergesellschaft, der Eastman Kodak Company, Rochester/USA zusteht. Die Klägerin ist eine reine Vertriebsgesellschaft. Sie bezieht von verschiedenen Kodak-Produktionsgesellschaften Farbnegativ-Filme unter der Bezeichnung Kodak Gold 200 (mit 12, 24 und 36 Bildern pro Film) sowie Einwegkameras mit Kodak Gold 400-Farbnegativ-Filmen insbesondere unter der Bezeichnung "Fun Flash", "Fun Waterproof" und "Fun Wide Angle" für den Vertrieb in der Schweiz. Sie hat für die Schweiz die exklusive Kodak-Vertriebsberechtigung und beliefert Grossisten und Detailhändler.

Die Jumbo Markt AG (Beklagte) verkauft unter anderem Kodak-Produkte, die sie teilweise über die von der Klägerin autorisierten Quellen in der Schweiz bezieht. Daneben bietet sie ihren Kunden aber auch Farbnegativfilme Kodak Gold 200 und Kodak Einwegkameras (mit dem Film Kodak Gold 400) an, die aus Grossbritannien stammen. Diese Filme und Kameras sind vom Schutzbereich des EP 0 028 099 erfasst. Sie sind in England mit Zustimmung der für Grossbritannien zuständigen Kodak-Gesellschaft in Verkehr gebracht worden, und es handelt sich um ordnungsgemäss für den englischen Markt bestimmte Kodak-Produkte.

Am 19. Dezember 1996 klagte die Kodak AG gegen die Jumbo Markt AG beim Handelsgericht des Kantons Zürich im Wesentlichen mit dem Antrag, der Verkauf der nicht von der Klägerin in den Verkehr gebrachten Kodak-Produkte sei der Beklagten unter Androhung der Ungehorsamstrafe zu verbieten (Rechtsbegehren Ziffer 1), die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den durch den widerrechtlichen Vertrieb der Filme und Einwegkameras erzielten, gerichtlich festzustellenden Gewinn herauszugeben (Ziffer 2), die Beklagte habe die Bezugsquellen der Filme und Einwegkameras gemäss Begehren 1 zu bezeichnen (Ziffer 3) und die Klägerin sei

schliesslich für berechtigt zu erklären, das Ziffer 1 betreffende Urteilsdispositiv auf Kosten der Beklagten in zwei Fachzeitschriften für den Fotohandel sowie je einer Tageszeitung in der deutschen, französischen und italienischen Schweiz sowie im Fürstentum Liechtenstein zu publizieren.

Das Handelsgericht des Kantons Zürich wies die Klage mit Urteil vom 23. November 1998 ab. Das Gericht erkannte, dass im Patentrecht ebenso wie im Marken- und Urheberrecht der Grundsatz internationaler Erschöpfung gelte.

Mit Berufung vom 11. Januar 1999 stellt die Klägerin die Anträge, das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 23. November 1998 sei aufzuheben, die Klage sei bezüglich Rechtsbegehren Ziffer 1 gutzuheissen und bezüglich der Rechtsbegehren Ziff. 2 bis 4 zur Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die Beklagte schliesst in ihrer Antwort auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des Urteils des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 23. November 1998.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1. a) Das Patent verschafft seinem Inhaber das ausschliessliche Recht, die Erfindung gewerbsmässig zu nutzen (Art. 8 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1954 über die Erfindungspatente [PatG; SR 232.14]). Als Benützung gelten neben dem Gebrauch und der Ausführung insbesondere auch das Feilhalten, der Verkauf, das Inverkehrbringen sowie die Einfuhr zu diesen Zwecken (**Art. 8 Abs. 2 PatG**).

Dem Patentinhaber allein ist somit vorbehalten, der Erfindung entsprechend hergestellte, patentrechtlich geschützte Waren in Verkehr zu bringen. Benutzt er die Erfindung in dieser Weise und veräussert er eine patentrechtlich geschützte Sache, so gerät sein ausschliessliches Recht zur gewerbsmässigen Benützung der Erfindung für diesen Gegenstand mit den Befugnissen des Erwerbers aus sachenrechtlichem Eigentum in Konflikt. In der Lehre ist anerkannt, dass das sachenrechtliche Eigentum hier vorgeht und der Erwerber sowie seine Rechtsnachfolger die Befugnisse aus dem Sacheigentum ausüben können, ohne die Rechte des Patentinhabers zu verletzen.

b) Das freie Benutzungsrecht des Sacheigentümers wurde im 19. Jahrhundert theoretisch mit einer stillschweigenden Lizenz erklärt, die der Patentberechtigte dem Erwerber und dessen Rechtsnachfolgern einräume (ALOIS TROLLER, Immaterialgüterrecht, Bd. II,

3. Auflage 1985, S. 764). Diese Theorie liegt offenbar dem britischen Recht der "implied licence" nach wie vor zugrunde (vgl. PERRET, Importations parallèles et droit des brevets d'invention, in: Mélanges Dessemontet, Lausanne 1998, S. 181; BEIER, Die Zulässigkeit von Parallelimporten patentierter Erzeugnisse, GRUR Int. 1996 S. 4; GLADWELL, The Exhaustion of Intellectual Property Rights, European Intellectual Property Review, Bd. 8 1986, S. 366; ähnlich für Japan auch das Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 1. Juli 1997, GRUR Int. 1998 S. 168 ff., insb. Ziff. 3 (4) S. 169/70; so auch der japanische Report bei TELLEKSON, Should the Theory of International Exhaustion of Intellectual Property Rigths Be Universally Accepted and Applied in an Identical Manner to Each of the Different Categories of These Rights?, Revue Internationale de la Concurrence, 2. 1999, S. 17).

Die aktuelle schweizerische Doktrin folgt dagegen mit der kontinentaleuropäischen der von JOSEF KOHLER entwickelten Lehre über den Zusammenhang der Benutzungsarten. Danach werden die durch das Patentrecht vermittelten Befugnisse für einen Gegenstand verbraucht, konsumiert oder erschöpft, wenn die am Patent berechtigte Person eine patentgeschützte Sache veräussert oder wenn die Sache mit ihrem Einverständnis in Verkehr gesetzt wird (BLUM/PEDRAZZINI, Das Schweizerische Patentrecht, 2. Auflage 1975, Bd. I, Anm. 13 zu Art. 8; TROLLER, a.a.O.; vgl. auch HEATH, Parallel Imports and International Trade, International Review of Industrial Property and Copyright Law [IIC] 1997, S. 625; KOHLER, Handbuch des deutschen Patentrechts, Mannheim 1900, S. 452 ff., 457; BENKARD/BRUCHHAUSEN, Patentgesetz, 9. Auflage München 1993, N. 15-17 zu **§ 9 PatG**; COHEN JEHORAM, Prohibition of Parallel Imports Through Intellectual Property Rights, IIC 1999, S. 497/8). In dieser Weise erschöpft sich durch das Inverkehrsetzen namentlich die Befugnis des Patentinhabers zu gewerbsmässigem Gebrauch und weiterem Feilhalten, Verkauf und Inverkehrbringen des patentgeschützten Gegenstandes (TROLLER, a.a.O.; BLUM/PEDRAZZINI, a.a.O.). Dieser Grundsatz ist allgemein anerkannt und wird von den Parteien nicht in Frage gestellt, soweit der Gegenstand vom Patentinhaber selbst oder mit seinem Einverständnis in der Schweiz in Verkehr gebracht wird (PEDRAZZINI/VON BÜREN/MARBACH, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bern 1998, S. 48 N. 140).

Streitig ist allein, ob die Befugnisse aus dem Schweizer Patent ebenfalls erschöpft werden, wenn die Waren vom schweizerischen Patentinhaber oder mit dessen Zustimmung im Ausland in Verkehr

gebracht werden (Grundsatz der internationalen Erschöpfung), eventuell nur bei Inverkehrsetzung in bestimmten andern Ländern (regionale Erschöpfung, vgl. dazu COTTIER/STUCKI, Parallelimporte im Patent-, Urheber- und Muster- und Modellrecht aus europarechtlicher und völkerrechtlicher Sicht, in: Conflit entre importations parallèles et propriété intellectuelle?, Comparativa 60, Genève 1996, S. 35, 47/8), oder ob die Einfuhr derartiger Waren in die Schweiz das Patent verletzt, wenn sie gegen den Willen des Patentinhabers erfolgt (Grundsatz der nationalen Erschöpfung).

2. Zunächst ist zu prüfen, ob sich aus den anwendbaren gesetzlichen Normen beantworten lässt, welcher Grundsatz der Erschöpfung dem schweizerischen Patentrecht zugrunde liegt.

a) **Art. 8 Abs. 2 PatG** gewährleistet dem Patentinhaber das ausschliessliche Recht zur Einfuhr patentierter Gegenstände. Aus der Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung wird klar, dass daraus nicht eine Positivierung des Grundsatzes der nationalen Erschöpfung abgeleitet werden kann. Die Aufnahme auch der Einfuhr als dem Patentinhaber vorbehaltene Benützung wurde nämlich bei der Revision vom 16. Dezember 1994 im Rahmen der notwendigen Rechtsanpassungen für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen zusätzlich in **Art. 8 Abs. 2 PatG** eingefügt. In der Botschaft vom 19. September 1994 führte der Bundesrat zur Begründung aus, die bis dahin nicht ausdrücklich erwähnte Einfuhr zum Zwecke der anderen in **Art. 8 Abs. 2 PatG** genannten Verwendungen gelte gemäss Art. 28 Abs. 1 des Abkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte an geistigem Eigentum (TRIPs-Abkommen; SR 0.632.20 Anhang 1.C) ebenfalls als Benützungshandlung. Die entsprechende Gesetzesänderung werde es dem Patentinhaber erlauben, sich bereits bei der Einfuhr patentverletzender Erzeugnisse zur Wehr zu setzen. Diese Möglichkeit

sei insofern von Bedeutung, als es in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten bereite, importierte Erzeugnisse zu beschlagnahmen, nachdem sie bereits Eingang in die landesweiten Vertriebs- und Verteilungskanäle gefunden haben (GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994, BBl 1994 IV 984). Die redaktionelle Änderung von **Art. 8 PatG** vom 16. Dezember 1994 hat die geltende Rechtslage nicht geändert (vgl. **BGE 97 II 169** E. 2a S. 172). Für die Einfuhr regelt **Art. 8 Abs. 2 PatG** den Konflikt patentrechtlicher Befugnisse gegenüber den Rechten aus dem Sacheigentum ebenso wenig wie für die anderen, in dieser Bestimmung aufgeführten patentrechtlichen Nutzungsbefugnisse.

BGE 126 III 129 S. 134

b) Für den Grundsatz der nationalen Erschöpfung wird in der Lehre insbesondere das strenge Territorialitätsprinzip im schweizerischen Patentrecht angeführt.

Nach der Praxis des Bundesgerichts kommt dem schweizerischen Patentgesetz ein strikt territorialer Geltungsbereich zu. Dies bedeutet namentlich, dass der Schutz des schweizerischen Patentes an den Landesgrenzen endet (**BGE 122 III 81** E. 5a S. 87; **BGE 115 II 279**; **BGE 100 II 237** E. 2; **BGE 97 II 169** E. 2a S. 173; **BGE 92 II 293** E. 4). Der mit dem Patentgesetz angestrebte Schutz gilt bloss innerhalb der Landesgrenzen und Patentverletzungen werden nur erfasst, wenn sie sich in der Schweiz auswirken, wenn also die in Nachahmung der Erfindung widerrechtlich hergestellten oder benutzten Gegenstände auf schweizerisches Gebiet gelangen. Dies schliesst etwa aus, den Ort des Vertragsschlusses in der Schweiz unbekümmert darum zu berücksichtigen, ob die Gegenstände ausschliesslich für Drittländer bestimmt sind, weil diesfalls der Schutzbereich des Gesetzes auf das Ausland ausgedehnt würde (**BGE 100 II 237** E. 2 S. 238; **35 II 643**). Auch die Herstellung von Erzeugnissen im Ausland in Verletzung eines in der Schweiz geschützten Patentes wird vom Geltungsbereich des Patentgesetzes nur erfasst, wenn die Gegenstände in die Schweiz eingeführt werden, um hier vertrieben oder auch bloss gelagert und dann wieder ausgeführt zu werden (**BGE 100 II 237** E. 2 S. 239 mit Hinweisen). Dass die unbefugte Benützung einer patentierten Erfindung nach dem Territorialitätsprinzip nur dann gegen schweizerisches Recht verstösst, wenn sie in der Schweiz erfolgt, heisst dagegen nicht, im Ausland erfolgte Handlungen seien in jedem Fall unbeachtlich. Vielmehr genügt, dass die widerrechtliche Benützung in der Schweiz vom Ausland aus veranlasst oder gefördert worden ist, und die handelnde Person ist für jedes Tun oder Unterlassen unbesehen um den Ort der Handlung nach schweizerischem Recht verantwortlich, wenn solches Verhalten rechtserhebliche Ursache einer in der Schweiz erfolgten Benützung ist (**BGE 97 II 169** E. 2a S. 173; **BGE 92 II 293** E. 4 S. 296).

Das Territorialitätsprinzip besagt somit, dass das Patentgesetz nur Anwendung findet, sofern die Benutzung der geschützten Erfindung im Sinne von **Art. 8 PatG** auf schweizerischem Hoheitsgebiet erfolgt und insofern der Erfolg hier eintritt (VISCHER, IPRG-Kommentar, Zürich 1993, N. 3 sowie 5/6 zu Art. 110). Es ergibt sich daraus nicht, dass für die Anwendung des schweizerischen Rechtes Ereignisse allein deshalb unbeachtlich wären, weil sie sich im Ausland zugetragen haben (MARBACH, Der Stellenwert ausländischer Sachverhalte

BGE 126 III 129 S. 135

bei der Beurteilung nationaler Markenrechte, ZBJV 124bis/1988 S. 320/1; BIERI-GUT, Parallelimport und Immaterialgüterrechte nach schweizerischen Spezialgesetzen und dem Recht der EU, AJP 1996 S. 560; COTTIER/STUCKI, a.a.O., S. 35; vgl. auch BERNHARDT/KRASSER, Lehrbuch des Patentrechts, 4. Auflage München 1986, S. 582; LOEWENHEIM, Nationale und internationale Erschöpfung von Schutzrechten im Wandel der Zeiten, GRUR Int. 1996 S. 309 mit Hinweisen in Fn. 36). Seit jeher selbstverständlich ist in dieser Hinsicht auch, dass für Fragen der Neuheit oder des Standes der Technik nicht allein auf schweizerische Veröffentlichungen zurückgegriffen werden kann. Inwiefern Sachverhalte, die sich im Ausland zugetragen haben, für die Anwendung des Patentgesetzes beachtlich sind, lässt sich aus dem Territorialitätsprinzip als solchem nicht beantworten. Namentlich steht es einer internationalen Erschöpfung des Patentrechts nicht grundsätzlich entgegen (vgl. **BGE 122 III 469** E. 5e S. 479 in Bezug auf das Markenrecht).

Wie bereits in **BGE 124 III 321** E. 2d S. 328 festgestellt wurde, ist somit davon auszugehen, dass die hier zu entscheidende Problematik gesetzlich nicht geregelt ist.

[...]

4. Gemäss **Art. 1 Abs. 2 ZGB** soll das Gericht bei Vorliegen einer echten Lücke nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde.

Richterliche Lückenfüllung besteht in der Bildung einer Rechtsregel in umfassender Würdigung der generell-abstrakten Interessenlage unter dem Gesichtspunkt der Realien, der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit (MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, N. 317 zu **Art. 1 ZGB**). Die Verpflichtung auf die Realien rückt dabei diejenige Norm in den Vordergrund, welche im Verkehr bisher beachtet worden ist (dazu E. 5 hienach). Zudem gilt es, das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung zu beachten. Die richterliche Rechtsregel soll sich nach Möglichkeit in das vorgegebene System einpassen, dem Gedanken Rechnung tragend, dass gleichgelagerte Rechtsfragen ohne Not nicht unterschiedlich beantwortet werden sollten. Die Lückenfüllung ist damit auf den Weg der Analogie verpflichtet, auf die Gesetzesanalogie wenn eine positive Norm Gleichwertiges regelt, auf die Rechtsanalogie wenn eine solche Norm fehlt, aber aus dem Geist der positiven Rechtsordnung ein Prinzip auszumachen ist, welches regelfähig umgesetzt werden kann (dazu E. 6 hienach; zum Ganzen MEIER-HAYOZ, a.a.O., N. 345 ff.). Namentlich im traditionell grenzüberschreitenden Rechtsverkehr lässt sich überdies eine sachgerechte Rechtsfindung und damit auch Lückenfüllung ohne rechtsvergleichende Grundlage nicht verwirklichen (MEIER-HAYOZ, a.a.O., N. 366 ff.). Dies gilt besonders, wo sich vordringlich wirtschaftspolitische Fragen stellen und darauf zu achten ist, dass durch einen isolationistischen Rechtszustand weder Privilegierungen noch Diskriminierungen auf dem internationalen Markt begründet werden (dazu E. 7 hienach). Sind schliesslich sich widerstrebende

BGE 126 III 129 S. 139

Interessen betroffen, muss - namentlich bezüglich verschiedener Verfassungsnormen mit unterschiedlicher Schutzrichtung - eine Interessenabwägung vorgenommen werden (E. 8 hienach).

[...]

8. An der wirtschaftlichen Nutzung einer die Technik bereichernden Erfindung sind verschiedene Wirtschaftsgruppen interessiert. Sie sind von der mit der Erschöpfung angesprochenen Begrenzung der Rechte der Patentinhaber unterschiedlich betroffen.

a) Das Patent verleiht dem Inhaber ein zeitlich beschränktes ausschliessliches Nutzungsrecht (vgl. TROLLER, a.a.O. Bd. II., S. 606, 620; BLUM/PEDRAZZINI, a.a.O., Anm. 2 zu Art. 8). Dieses kann als ein von der Rechtsordnung geschaffenes Monopol umschrieben werden (BORNER, Nationale oder internationale Erschöpfung von Patenten, sic! 4/1999 S. 476). Es beruht auf dem Gedanken der Belohnung für die Bereicherung der Technik und soll dem Erfinder eine Gegenleistung für die Veröffentlichung der Erfindung zugunsten der Allgemeinheit verschaffen. Das befristete Monopol soll dem Patentinhaber die Erzielung eines Gewinnes und die Amortisation seiner Aufwendungen ermöglichen und insofern mit wirtschaftlichen Anreizen zur Forschungstätigkeit motivieren und entsprechend den technischen Fortschritt fördern.

Die Patentinhaber sind daran interessiert, die Befugnisse aus dem Patent möglichst weitgehend und umfassend zur Erzielung von Gewinnen nutzen zu können. Sie können sich auf die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie berufen, zu deren Schutzobjekt die Immaterialgüterrechte gehören (GEORG MÜLLER, Kommentar BV, N. 2 zu **Art. 22ter BV** mit Verweisen; vgl. auch COMTE, a.a.O., S. 479).

BGE 126 III 129 S. 149

Die Händler sind grundsätzlich daran interessiert, bei der Vermarktung immateriellrechtlich geschützter Güter ungehinderten Zugang zu möglichst vielen Bezugsquellen zu haben, um die preiswertesten Angebote nutzen zu können. Sie können sich nicht nur aufgrund des erworbenen Sacheigentums auf die Eigentumsgarantie, sondern zusätzlich auf die Handels- und Gewerbefreiheit berufen, welche auch die aussenwirtschaftliche Befugnis gewährleistet, Waren ein- und auszuführen (**BGE 124 III 321** E. 2g S. 331; **BGE 122 III 469** E.5g/aa S. 480).

Die Konsumenten schliesslich kommen tendenziell in den Genuss günstigerer Preise, wenn der Handel gleichwertige Waren bei Anbietern beschaffen kann, die in einem Preiswettbewerb stehen. Entscheidende Voraussetzung für günstigere Konsumentenpreise ist allerdings, dass der Wettbewerb auf Handelsstufe funktioniert, wovon bei Parallelimporten nicht ohne weiteres ausgegangen werden kann (vgl. die "NERA"-Studie der EU im Zusammenhang mit Parallelimporten von Marken-Waren: NERA/SJ Berwin & Co/IFF Research, The Economic Consequences of the Choice of Regime of Exhaustion in the Area of Trademarks, Executive Summary, Final Report for DG XV of the European Commission, London 8. Februar 1999 sowie die Ausführungen von COHEN JEHORAM, a.a.O. in IIC 1999, S. 496 über die ausgebliebenen Preiseffekte des Übergangs von der internationalen zur regionalen Erschöpfung in den Niederlanden und MAGER, a.a.O., S. 637). Der Konsumentenschutz ist dem Bund als Aufgabe übertragen, wobei die allgemeinen Interessen der schweizerischen Gesamtwirtschaft sowie die Handels- und Gewerbefreiheit zu wahren sind (**Art. 31sexies BV**).

Diese betroffenen Interessen sind gegeneinander abzuwägen und unter den in den divergierenden Verfassungsnormen zum Ausdruck kommenden Wertungen ist praktische Konkordanz herzustellen (JÖRG PAUL MÜLLER, Kommentar BV, N. 138 der Einleitung zu den Grundrechten).

b) Mit der Theorie der Erschöpfung wird das Verwertungsmonopol der Patentinhaber zugunsten der Händler und der Endverbraucher auf ein Monopol zur ersten Veräusserung der patentgemäss hergestellten Sache beschränkt. Der mit der ersten Veräusserung patentgeschützter Produkte erzielbare Gewinn soll dem Erfinder die Realisierung des Wertes ermöglichen, der dem mit der Erfindung erreichten technischen Fortschritt entspricht. Durch den befristeten Patentschutz wird der Wettbewerb bei der ersten Inverkehrsetzung der patentgemäss hergestellten Sachen ausgeschlossen und dem

BGE 126 III 129 S. 150

Patentinhaber so die Abschöpfung des Wertes seiner Erfindung ermöglicht, während der Handel und die entsprechende Konkurrenz um das beste Preis-Leistungs-Verhältnis mit patentgeschützten Waren erst nach der erstmaligen, ausschliesslich dem Erfinder vorbehaltenen Inverkehrsetzung zugelassen wird. Unter idealen Marktverhältnissen sollte der Preis, der vom Erfinder für seine Ware bei der ersten Inverkehrsetzung in Konkurrenz mit Produkten ohne technische Neuerung zu realisieren ist, dem (Markt-) Wert des erzielten technischen Fortschritts entsprechen. Im Binnenverhältnis wird mit der Lehre der Erschöpfung somit ein sachgerechter Ausgleich der betroffenen Interessen erreicht. Dies setzt indessen eine einheitliche und kohärente Rechts- und Marktordnung voraus.

c) Bei der Berücksichtigung ausländischer Sachverhalte stellt sich die Frage, ob der Ausgleich konfligierender Interessen der Patentinhaber einerseits und der Händler und Konsumenten anderseits ohne weiteres in gleicher Weise getroffen werden kann wie im internen schweizerischen Recht.

aa) Unter dem Gesichtspunkt des internationalen Freihandels ist auf den ersten Blick nicht einzusehen, weshalb eine im Ausland in Verkehr gesetzte patentgeschützte Sache anders als eine im Inland vermarktete behandelt werden sollte, sofern die patentierte Ware durch den Patentinhaber selbst oder mit seinem Einverständnis dem Verkehr übergeben worden ist (vgl. KUNZ-HALLSTEIN, a.a.O., S. 271; COTTIER/STUCKI, a.a.O., S. 58; ZÄCH, a.a.O., S. 310; BIERI-GUT, a.a.O., S. 573/4; BÜRGI/LANG, a.a.O., S. 379 ff.). Dementsprechend hat der EuGH in Bezug auf die regionale Erschöpfung im internen EU-Binnenmarkt den Patentinhabern verwehrt, die nationalen Märkte gegeneinander abzuschotten, indem sie sich auf ihr Patentrecht berufen, um Einfuhren in bestimmte Länder zu verhindern oder nur zu ihren Bedingungen zuzulassen (vgl. oben E. 7b). Allerdings zeichnet sich die Situation unter den EU- (und EWR-)Staaten dadurch aus, dass sie nicht nur durch einen Freihandelsraum verbunden sind, sondern durch eine gemeinsame Rechtsordnung, welche die Mitgliedstaaten verpflichtet, im Sinne regionaler Erschöpfung die Inverkehrsetzung in andern Mitgliedstaaten für ihre Gebiete wechselseitig anzuerkennen, und in deren Rahmen die Substanz der Immaterialgüterrechte garantiert ist (EuGH-Urteil Merck gegen Primecrown und Beecham gegen Europharm of Worthing vom 5. Dezember 1996, Rs C-267/95 und C-268/95, Slg. 1996 I-6285, I 6377 Rz. 12, vgl. auch I-6389 Rz. 47). Die Rechtsprechung des EuGH bezieht sich denn auch allein und ausschliesslich auf den

BGE 126 III 129 S. 151

Binnenmarkt unter den Mitgliedstaaten und gilt gerade nicht gegenüber Drittstaaten, mit denen (nur) Freihandelsabkommen bestehen (vgl. oben E. 7b). Den Mitgliedstaaten ist - jedenfalls aufgrund der Richtlinie im Markenrecht - gegenteils gar verwehrt, sich im Verhältnis zu Drittstaaten in gleicher Weise freihandelsrechtlich zu verhalten (EuGH-Urteil Silhouette gegen Hartlauer vom 16. Juli 1998, Rs C-355/96, Slg. 1998 I-4799).

bb) Da den einzelnen Staaten mangels Einigung im Rahmen des GATT/WTO/TRIPs-Übereinkommens die Frage der Erschöpfung überlassen bleibt, kann die Schweiz die internationale Erschöpfung zwar einseitig für die nationale Rechtsordnung vorsehen. Die Folge ist jedoch entsprechend einseitig begrenzt auf den schweizerischen Rechtsraum: Einfuhren aus Drittstaaten kann der schweizerische Patentinhaber nach dem Prinzip der internationalen Erschöpfung mindestens im Grundsatz nicht verhindern, soweit die Waren im Ausland mit seiner Zustimmung in Verkehr gebracht worden sind. Die Ausfuhr von in der Schweiz hergestellten und in Verkehr gebrachten Produkten und damit der gegenseitige Freihandel ist damit jedoch nicht zu erreichen. Zur Förderung des internationalen Freihandels mit technologischen Spitzenprodukten bedarf es einer entsprechenden Erschöpfungsregelung vielmehr auch im ausländischen Recht. Es hängt von der Ausgestaltung des ausländischen Patentrechts ab, ob die Inverkehrsetzung der patentgemäss hergestellten Ware in der Schweiz die Befugnisse auch des ausländischen Patents erschöpft oder nicht. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die nationalen Rechte fast ausschliesslich die nationale - in der EU erweitert auf die regionale - Erschöpfung vorsehen. Nahezu alle ausländischen Rechte verleihen ihren Patentinhabern die Befugnis, Einfuhren in den jeweiligen Geltungsbereich der Patente unbesehen darum zu verhindern, ob parallele ausländische Patente bestehen und ob die patentgeschützte Ware im jeweiligen Ausland rechtmässig in Verkehr gebracht worden ist. Soll das Ziel des Freihandels im Anschluss an die erste Inverkehrsetzung patentgeschützter Ware erreicht werden, müsste demnach die wechselseitige Anerkennung der Erschöpfung in einem (multilateralen) Abkommen verankert werden (VERMA, a.a.O., S. 565).

cc) Sodann ist nicht zu verkennen, dass im Zuge der Globalisierung und der entsprechenden Harmonisierung der Rechtsordnungen zwar eine Angleichung der rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen erfolgt, dass sie (vgl. KUNZ-HALLSTEIN, J-Vertrag vergleichbare Weltwirtschaftsordnung (noch) feh

BGE 126 III 129 S. 152

a.a.O., S. 271). Selbst für eine multinationale Regelung im Rahmen des GATT/WTO/TRIPs-Abkommens könnte ohne hinreichende Harmonisierung der nationalen Rechtsordnungen die Konsumation der Befugnisse durch die erstmalige Inverkehrsetzung einer patentgeschützten Ware kaum allein an das Einverständnis des Patentinhabers gebunden werden. Die internationale Erschöpfung dürfte vielmehr auch im Rahmen staatsvertraglicher Vereinbarung nur unter bestimmten materiellen Bedingungen oder mit bestimmten Beschränkungen in Frage kommen (vgl. dazu etwa HEATH, a.a.O., S. 632; BRONCKERS, a.a.O., S. 159; COHEN JEHORAM, a.a.O. in IIC 1999, S. 511; MAGER, a.a.O., S. 639/40); denn die Bedingungen, unter denen ein nach der patentierten Erfindung hergestellter Gegenstand im Ausland in Verkehr gebracht wird, sind nicht ohne weiteres mit den Verhältnissen im Inland vergleichbar. Namentlich kann nicht unbedingt angenommen werden, ein Patentinhaber habe den mit der Einräumung der Monopolstellung bei der erstmaligen Inverkehrsetzung der patentierten Ware erzielbaren Marktwert der Erfindung realisiert, wenn die Ware mit seinem Einverständnis im Ausland in Verkehr gebracht worden ist (vgl. PERRET, a.a.O. in Mélanges Dessemontet, S. 178/9).

So kann die geringere Kaufkraft im Land der ersten Inverkehrsetzung einen kostendeckenden Absatz der im Inland entwickelten patentierten Gegenstände verunmöglichen (weshalb die internationale Erschöpfung dazu führen kann, dass auf ein Angebot der patentierten Erzeugnisse in bestimmten Märkten überhaupt verzichtet wird, vgl. MAGER, a.a.O., S. 644). Zudem ist auch nicht auszuschliessen, dass im Ausland gar kein Patentschutz besteht, weil die massgebende Rechtsordnung im konkreten Fall keinen Schutz zur Verfügung stellt (vgl. **Art. 27 Abs. 2, 3 TRIPs**-Abkommen) oder weil kein Patent beansprucht worden ist. Möglich ist aber auch, dass im Gegensatz zur im Inland anerkannten Marktordnung im Ausland staatliche Vorschriften wie Preisbestimmungen oder Vermarktungspflichten den von der inländischen Rechtsordnung gewährleisteten Patentschutz mindestens beschränken, wenn nicht gar unmöglich machen. Mit dem TRIPs-Abkommen werden zwar gewisse minimale Schutzvorschriften zugunsten der Patentinhaber für alle Mitgliedstaaten verbindlich vorgeschrieben (**Art. 27 ff. TRIPs**). Dies schliesst jedoch nicht aus, dass auch abgesehen vom noch immer zulässigen unterschiedlichen Schutz-Niveau die rechtlichen Rahmenbedingungen im Ausland so verschieden sein können, dass der mit dem schweizerischen Patentrecht bei der erstmaligen Inverkehrsetzung

der Ware angestrebte Schutz nicht gewährleistet ist, auch wenn der Patentinhaber sich mit der Inverkehrsetzung einverstanden erklärt hat.

dd) Wenn auch die sachlichen Gründe, welche für die Beibehaltung der nationalen Erschöpfung sprechen, angesichts der neuesten Entwicklungen - insbesondere der Globalisierung der Märkte sowie der WTO-Abkommen - auch im Patentrecht zunehmend in Frage gestellt sein dürften (vgl. BAEUMER, a.a.O., S. 804/5), so kann nach dem Gesagten nicht unberücksichtigt bleiben, dass es nicht in der Macht schweizerischer Behörden liegt, die sachlich angemessene Regelung autonom einzuführen. Zu den eigentlichen Rechten aus dem schweizerischen Patent gehört nämlich unabdingbar die Monopolstellung bei der erstmaligen Inverkehrsetzung patentgeschützter Produkte unter den Bedingungen, wie sie die schweizerische Rechts- und Wirtschaftsordnung gewährleistet. Diese soll dem Patentinhaber im Inland auch dann zustehen, wenn im Ausland mit seinem Einverständnis Waren unter nicht vergleichbaren Bedingungen in Verkehr gebracht worden sind. Eine einseitige Statuierung des Grundsatzes der internationalen Erschöpfung vermag diesem Postulat nicht gerecht zu werden und einen sachgerechten Ausgleich der betroffenen Interessen nicht zu bewirken (vgl. für den Fall, in dem die Bedingungen im Ausland mit den inländischen vergleichbar sind, E. 9 hienach). Für den Grundsatz der nationalen Erschöpfung spricht zudem, dass der Patentinhaber die fehlende Harmonisierung der Rahmenbedingungen unter den beteiligten nationalen Rechtsordnungen nicht entgelten soll, sondern dass ihm der schweizerische Patentschutz auch gewährleistet bleiben soll, wenn er sich zur Inverkehrsetzung seiner Waren im Ausland trotz fehlenden analogen Schutzes entschliesst.

[...]

10. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Frage der nationalen oder internationalen Erschöpfung im schweizerischen Patentrecht nicht geregelt ist, so dass das Gericht gemäss **Art. 1 Abs. 2 ZGB** anstelle des Gesetzgebers zu entscheiden hat. Die traditionelle schweizerische Auffassung geht für das Patentrecht von der nationalen Erschöpfung aus (oben E. 5). Die Unterschiede zwischen Marken- und Urheberrecht auf der einen und dem Patentrecht auf der anderen Seite lassen eine einheitliche Behandlung der Erschöpfungsfrage nicht als zwingend erscheinen (oben E. 6). In rechtsvergleichender Sicht gehen durchwegs fast alle Staaten von nationaler Erschöpfung aus, die im europäischen Wirtschaftsraum auf die regionale Erschöpfung erweitert wird (oben E. 7). Eine einseitig statuierte internationale Erschöpfung vermag den zwischen den unterschiedlichen Wirtschaftsgruppen bestehenden Interessenkonflikt nicht angemessen auszugleichen und die vom schweizerischen Patentrecht im Rahmen der Gesamtrechtsordnung bei der ersten Inverkehrsetzung eines patentierten Gegenstandes verliehene Monopolstellung nicht zu gewährleisten (oben E. 8). Für das schweizerische Patentrecht ist deshalb von der nationalen Erschöpfung auszugehen, wobei auf patentrechtliche Einfuhrmonopole das Kartellrecht Anwendung finden kann (oben E. 9).

BGE 90 II 269

31. Urteil der II. Zivilabteilung vom 23. Oktober 1964 i.S. M. gegen K.

Regeste

Vaterschaftsklage

2. Dieser positive Beweis der Vaterschaft kann durch ein anthropologisch-erbbiologisches Gutachten erbracht werden, auf dessen Durchführung die Parteien einen bundesrechtlichen Anspruch haben (Bestätigung der Rechtsprechung).

Sachverhalt

BGE 90 II 269 (269):

A.- Am 2. Dezember 1960 gebar die ledige M. eine Tochter. Mutter und Kind belangten K. auf Feststellung der Vaterschaft und bestimmte Vermögensleistungen.

BGE 90 II 269 (270):

K. lernte M. am 17. Februar 1960 kennen, innerhalb der vom 6. Februar bis 6. Juni 1960 dauernden kritischen Zeit. Schon am ersten Tag der Bekanntschaft kam es zu Geschlechtsverkehr. Die Freundschaft zwischen den beiden führte zu weitern intimen Beziehungen, letztmals am 14. März 1960. Damals verliess K. seinen Wohnort für einige Tage. Als er zurückkam, brach er das Verhältnis zu M. ab.

Anfangs 1960 hatte die Kindsmutter geschlechtliche Beziehungen zu L. und im Laufe des Monats Juni 1960 zu P.; diese beiden Männer wohnten wie K. im Barackenlager A.

B.- Das Bezirksgericht und das Obergericht des Kantons Aargau haben die Einrede des Beklagten geschützt, die Kindsmutter habe um die Zeit der Empfängnis einen unzüchtigen Lebenswandel geführt, und die Klage abgewiesen. Die Annahme unzüchtigen Lebenswandels gründet das Obergericht in seinem Urteil vom 20. März 1964 vor allem auf folgende, für das Bundesgericht verbindlich festgestellte Tatsachen:

Am 17. Februar 1960 suchten B. und der Beklagte mit seinem Wagen die Erstklägerin am späten Nachmittag an ihrer Arbeitsstätte in W. auf. Sie luden die ihnen nicht näher bekannte Erstklägerin ein, mit auf ihr Zimmer im Barackenlager A. zu kommen, wobei sie das mit der Einladung verfolgte Ziel nicht verschwiegen. Das Mädchen folgte den beiden und liess sich durch das Fenster in das Zimmer schaffen, das der Beklagte, B. und C. bewohnten. C., welcher dem Mädchen gänzlich unbekannt war, lag zu dieser Zeit schon im Bett. Als sich der Beklagte nach der Ankunft im Zimmer entfernte, um sein Nachtessen einzunehmen, begab sich die Erstklägerin mit B. in dessen Bett; bei ausgelöschtem Licht kam es zu Geschlechtsverkehr. Nach Rückkehr des Beklagten vom Nachtessen hatte das Mädchen intime Beziehungen mit C., dem Beklagten und B., wobei die genaue Reihenfolge nicht mehr abgeklärt werden konnte; jedenfalls blieb es zuletzt

bis zu seinem Weggehen beim Beklagten im Bett. Die Erstklägerin gab sich C. hin, nachdem der Beklagte sie dazu mit der Bemerkung aufgefordert hatte, sie solle diesen Zimmergenossen beruhigen und zum Schlafen bringen.

Das Obergericht lehnte die von den Klägerinnen beantragte Durchführung eines Blutgruppengutachtens und eines anthropologisch-erbbiologischen Gutachtens mit der Begründung ab, der Wortlaut von Art. 315 ZGB schliesse die Klage schlechthin und damit auch weitere Beweiserhebungen aus, wenn die Kindsmutter wie im vorliegenden Fall um die Zeit der Empfängnis einen unzüchtigen Lebenswandel geführt habe.

C.- Die Klägerinnen haben Berufung an das Bundesgericht ergriffen. Sie machen geltend, die Vorinstanz habe die Einrede aus Art. 315 ZGB zu Unrecht geschützt. Sie beantragen jedenfalls Durchführung einer Blutgruppenuntersuchung und eines anthropologisch-erbbiologischen Gutachtens und Gutheissung der Klage. - Der Beklagte begehrt Abweisung der Berufung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Ein unzüchtiger Lebenswandel gemäss Art. 315 ZGB liegt nach der Praxis des Bundesgerichtes dann vor, wenn sich die Kindsmutter um die Zeit der Empfängnis in sexueller Beziehung gewohnheitsmässig so hemmungslos zeigte, dass sich der Verdacht aufdrängt, sie habe nicht nur mit dem Beklagten - und allenfalls im Prozessverfahren genannten Dritten -, sondern auch noch mit unbekannten weitern Männern Umgang gehabt (vgl. BGE 89 II 275 /276; BGE 82 II 270 /271;BGE 79 II 26/27 und dort zitierte Entscheide). Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall erfüllt. Die Kindsmutter hat sich einige Tage vor dem 3. März 1960, dem mutmasslichen Zeitpunkt der Empfängnis, von zwei ihr nicht näher bekannten Männern einladen lassen, zur Ausübung des Geschlechtsverkehrs auf deren Zimmer zu kommen. Die Annahme

dieser Einladung und die der Einladung vom 17. Februar 1960 folgenden Ereignisse - mehrmalige Hingabe an den Beklagten und dessen zwei Zimmergenossen unter den von der Vorinstanz festgestellten Umständen - beweisen eine sittliche Verwahrlosung der Erstklägerin und rechtfertigen den Schluss, sie habe um die Zeit der Empfängnis einen unzüchtigen Lebenswandel geführt. Bei der grossen Leichtfertigkeit der Kindsmutter in geschlechtlichen Dingen scheint es wahrscheinlich, dass es bei den nachgewiesenen intimen Verhältnissen vor, in und nach der kritischen Zeit zu 5 verschiedenen Insassen des Lagers A. nicht geblieben ist und sie sich, trotz vorübergehender Bindung an den Beklagten, noch unbekannt gebliebenen Dritten hingegeben hat, die als Erzeuger des Kindes ebenfalls in Frage kommen.

2. Der unzüchtige Lebenswandel der Kindsmutter im Sinne von Art. 315 ZGB führt jedoch nur dann zur Klageabweisung, wenn die Klägerinnen nicht den positiven Nachweis der Vaterschaft des Beklagten durch ein anthropologisch-erbbiologisches Gutachten zu erbringen vermögen (s. BGE 89 II 273 f.; SCYBOZ, JdT 1962, 206; MERZ, ZBJV 100 [1964], 443 und 444).

Art. 315 ZGB bezweckt, die Vaterschaftsklage in all den Fällen auszuschliessen, in denen die Abstammung des Kindes zufolge unzüchtigen Lebenswandels der Kindsmutter nicht in zuverlässiger Weise festgestellt werden kann (EGGER, Kommentar, N. 2 zu Art. 315 ZGB; SILBERNAGEL, Kommentar, N. 7 zu Art. 315 ZGB; ROSSEL u. MENTHA, Manuel I, 477/478;BGE 39 II 14E 3,BGE 39 II 492,BGE 39 II 687/688,BGE 44 II 26,BGE 79 II 26, BGE 89 II 273 f. insbes. È 2). Ein pönales Moment fehlt dem Art. 315 ZGB im Gegensatz zu einer Reihe analoger Bestimmungen der alten kantonalen Rechtsordnungen; sein Grund ist nicht in einer moralischen Missbilligung der Kindsmutter zu erblicken (SILBERNAGEL, Kommentar, N. 6 und 7 zu Art. 315 ZGB;BGE 39 II 14E 3). Von dieser Zweckbestimmung des Gesetzgebers ausgehend, kam der Wirkung,

die an den unzüchtigen Lebenswandel geknüpft wurde - dem Ausschluss der Klage nämlich -, solange absolute Geltung zu, als ein positiver Nachweis der Vaterschaft praktisch unmöglich war. Das traf zur Zeit des Inkrafttretens des ZGB und in den darauf folgenden Jahrzehnten zu (vgl.BGE 44 II 26). Die seit BGE 87 II 65 f. anerkannte Möglichkeit, mittels eines anthropologischerbbiologischen Gutachtens positiv und mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die Vaterschaft nachzuweisen, stellt jedoch die bisherige Auslegung von Art. 315 ZGB in Frage.

Angenommen, man würde wie bisher bei unzüchtigem Lebenswandel der Kindsmutter die Vaterschaftsansprüche - in Anlehnung an den Wortlaut des Art. 315 ZGB - abweisen, so käme dies dort, wo der positive Nachweis der Vaterschaft des Beklagten erbracht ist oder erbracht werden kann, einer Bestrafung der Mutter für ihren Lebenswandel gleich, wobei die Strafe ebenso hart das völlig unschuldige Kind treffen würde. Dem Art. 315 ZGB ist jedoch sein ursprünglicher Zweck zu erhalten und die allgemeine Bestimmung, wonach bei unzüchtigem Lebenswandel die Klage abzuweisen ist, durch eine Ausnahmeregel zu ergänzen, in welcher der positive Nachweis der Abstammung des Kindes vom Beklagten vorbehalten wird.

3. Diesen positiven Nachweis wollen die Klägerinnen mit dem von ihnen beantragten anthropologisch-erbbiologischen Gutachten erbringen. Das Obergericht hat ihren Antrag zu Unrecht abgelehnt. Auf dieses Beweismittel haben sie einen bundesrechtlichen Anspruch (vgl. BGE 90 II 224 /25). Prozessuale oder materiellrechtliche Schranken stehen dem Anspruch nicht entgegen.

Bevor das anthropologisch-erbbiologische Gutachten durchgeführt wird, ist jedoch eine Blutgruppenbestimmung vorzunehmen, zu deren Anordnung bis heute noch kein Anlass bestand. Diese Bestimmung kann unter Umständen rascher und mit weniger Kosten eine endgültige Beurteilung der vorliegenden Vaterschaftssache ermöglichen:

BGE 90 II 269 (274):

Wird nämlich der Beklagte als Vater der Zweitklägerin ausgeschlossen, so ist die Klage abzuweisen; das anthropologisch-erbbiologische Gutachten wäre vom Richter zu verwerfen, da es das bereits feststehende Beweisergebnis nicht zu ändern vermöchte. Erfolgt kein Ausschluss des Beklagten durch Blutgruppenbestimmung, so sind die Klägerinnen zum positiven Nachweis zuzulassen, dass die Zweitklägerin vom Beklagten abstamme. Dieser Nachweis ist aber erst dann erbracht, wenn die Abstammung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bejaht werden kann.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichtes des Kantons Aargau - 2. Zivilabteilung - vom 20. März 1964 aufgehoben und die Streitsache an die Vorinstanz zurückgewiesen zur Durchführung eines Blutgruppengutachtens und eventuell einer anthropologisch-erbbiologischen Begutachtung sowie zu nachheriger Neubeurteilung.

Notizen:

V. Kritik der juristischen Methode

Lektüre: FORSTMOSER/VOGT, § 19 N. 147–172, § 21 N. 2–33

- Auslegung und Lückenfüllung
  - Verhältnis von Auslegung und Lückenfüllung
  - Rangfolge der Auslegungselemente und Methodenpluralismus
- Beschreibung des Rechtsanwendungsvorgangs
  - Zusammenspiel von Sachverhalt und Rechtsanwendung
  - Begründung des gewünschten Ergebnisses?
  - Bedeutung des richterlichen Vorverständnisses (persönlicher Hintergrund, gesellschaftliche und politische Anschauungen)
  - das "voluntative Element" bei der Rechtsanwendung

Notizen: