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 2

Herbstsemester 2026

Gruppe 1

Prof. Dr. iur. Hans-Ueli Vogt

Inhaltsverzeichnis

Dritter Teil: Leitgedanken der Rechtsordnung 3

I. Einführung 3

II. Gerechtigkeit 4

A. Einführung 4

B. Gesichtspunkte einer gerechten Ordnung 5

C. Einzelfallgerechtigkeit versus Regelfallgerechtigkeit 15

1. Allgemeines 15

2. Schaffung generell-abstrakter Regeln 16

3. Anwendung generell-abstrakter Regeln 22

III. Rechtssicherheit 69

IV. Schutz von Vertrauen 118

A. Allgemeines 118

B. Auslegung von Willenserklärungen nach dem Vertrauensprinzip 121

C. Unrichtige Verfügungen oder Auskünfte einer Behörde 126

V. Interessenabwägung und Verhältnismässigkeit 131

A. Allgemeines 131

B. Erwerb einer beweglichen Sache vom Nichtberechtigten 132

C. Einschränkung von Freiheitsrechten 144

I. Einführung

Lektüre: FORSTMOSER/VOGT, § 12 N. 1–6

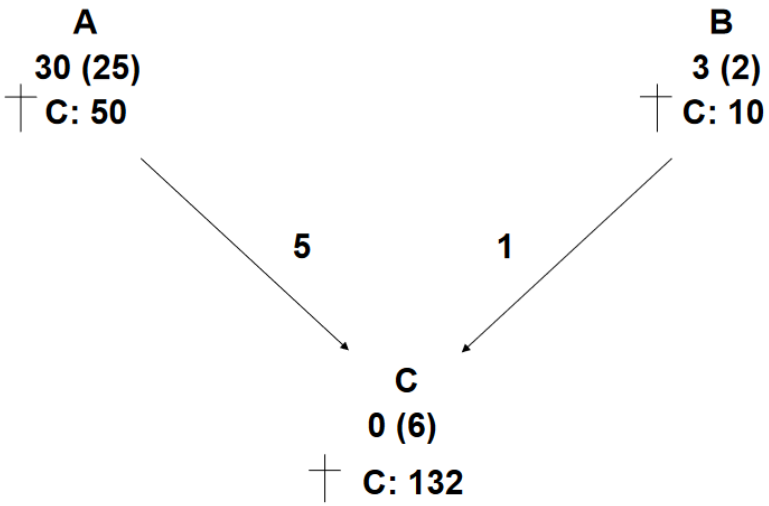
- grundlegende, in allen Rechtsgebieten bedeutende Prinzipien (Grundsätze), Ziele und Wertungen
- Überblick
  - Gerechtigkeit
  - Rechtssicherheit
  - Schutz von Vertrauen
  - Verhältnismässigkeit und Interessenabwägung
  - Praktikabilität, Durchsetzbarkeit und Effizienz

Notizen:

II. Gerechtigkeit

Lektüre: FORSTMOSER/VOGT, § 12 N. 9–223

A. Einführung



Notizen:

B. Gesichtspunkte einer gerechten Ordnung

- Celsus: *ius est ars boni et aequi*
- Ulpian: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*
- Gerechtigkeit als Gleichheit
  - absolute Gleichbehandlung
  - relative Gleichbehandlung: Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandeln
  - Kriterien einer relativen Gleichbehandlung
    - Beitragsleistung (als absolute Grösse oder gemessen an der Grösse des erbrachten Opfers)
    - Leistungsfähigkeit
    - Bedürfnis
- Gerechtigkeit als Richtigkeit (Sachgerechtigkeit)

Beispiele:

Absolute Gleichbehandlung:

Schweizerisches Zivilgesetzbuch **210**

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

Dritter Teil: Das Erbrecht
Erste Abteilung: Die Erben
Dreizehnter Titel: Die gesetzlichen Erben

Art. 457

A. Verwandte[505] Erben
I. Nachkommen

1 Die nächsten Erben eines Erblassers sind seine Nachkommen.

2 Die Kinder erben zu gleichen Teilen.

[...]

505 Fassung dieses Wortes gemäss Ziff. I 3 des BG vom 30. Juni 1972, in Kraft seit 1. April 1973 (AS **1972** 2819; BBl **1971** I 1200).

Relative Gleichbehandlung:

220

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

vom 30. März 1911 (Stand am 8. Juli 2025)

Zweiter Abschnitt: Rechte und Pflichten der Aktionäre

Art. 660[436]

A. Recht auf Gewinn- und Liquidationsanteil

I. Im Allgemeinen

1 Jeder Aktionär hat Anspruch auf einen verhältnismässigen Anteil am Bilanzgewinn, soweit dieser nach dem Gesetz oder den Statuten zur Verteilung unter die Aktionäre bestimmt ist.

2 Bei Auflösung der Gesellschaft hat der Aktionär, soweit die Statuten über die Verwendung des Vermögens der aufgelösten Gesellschaft nichts anderes bestimmen, das Recht auf einen verhältnismässigen Anteil am Ergebnis der Liquidation.

3 Vorbehalten bleiben die in den Statuten für einzelne Kategorien von Aktien festgesetzten Vorrechte.

Art. 661

II. Berechnungsart

Die Anteile am Gewinn und am Liquidationsergebnis sind, sofern die Statuten nicht etwas anderes vorsehen, im Verhältnis der auf das Aktienkapital einbezahlten Beträge zu berechnen.

436 Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 4. Okt. 1991, in Kraft seit 1. Juli 1992 (AS **1992** 733; BBl **1983** II 745).

Schweizerisches Strafgesetzbuch

311.0

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

Art. 34

1. Geldstrafe. Bemessung

[1] Bestimmt es das Gesetz nicht anders, so beträgt die Geldstrafe mindestens drei und höchstens 180 Tagessätze.[24] Das Gericht bestimmt deren Zahl nach dem Verschulden des Täters.

[2] Ein Tagessatz beträgt in der Regel mindestens 30 und höchstens 3000 Franken.[25] Das Gericht kann den Tagessatz ausnahmsweise bis auf 10 Franken senken, wenn die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters dies gebieten.[26] Es kann die maximale Höhe des Tagessatzes überschreiten, wenn das Gesetz dies vorsieht. Es bestimmt die Höhe des Tagessatzes nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters im Zeitpunkt des Urteils, namentlich nach Einkommen und Vermögen, Lebensaufwand, allfälligen Familien- und Unterstützungspflichten sowie nach dem Existenzminimum.[27]

24 Fassung gemäss Ziff. I 1 des BG vom 19. Juni 2015 (Änderungen des Sanktionenrechts), in Kraft seit 1. Jan. 2018 (AS **2016** 1249; BBl **2012** 4721).
25 Fassung gemäss Ziff. I 1 des BG vom 19. Juni 2015 (Änderungen des Sanktionenrechts), in Kraft seit 1. Jan. 2018 (AS **2016** 1249; BBl **2012** 4721).
26 Fassung des zweiten und dritten Satzes gemäss Anhang Ziff. 5 des BG vom 19. Juni 2020 (Aktienrecht), in Kraft seit 1. Jan. 2023 (AS **2020** 4005; **2022** 109; BBl **2017** 399).
27 Vierter Satz eingefügt durch Anhang Ziff. 5 des BG vom 19. Juni 2020 (Aktienrecht), in Kraft seit 1. Jan. 2023 (AS **2020** 4005; **2022** 109; BBl **2017** 399).

Beispiel:

Urteilskopf

138 I 321

30. Auszug aus dem Urteil der I. sozialrechtlichen Abteilung i.S. M. und Mitb. gegen Kantonsrat des Kantons Zürich (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten)
8C_63/2012 vom 30. August 2012

Regeste

Art. 8 und 9 BV; abstrakte Normenkontrolle; Ziff. I.I. Abs. 1 des Beschlusses des Kantonsrats des Kantons Zürich vom 28. Februar 2011 über die Festsetzung der Besoldungen der Mitglieder des Sozialversicherungsgerichts.
Die der angefochtenen Regelung zugrunde liegende unterschiedliche Entlöhnung der Mitglieder des Sozialversicherungsgerichts gegenüber jener der Richterinnen und Richter des Ober- und des Verwaltungsgerichts verstösst mit Blick auf die Unterschiede in der Rechtsmittelfunktion der obersten kantonalen Gerichte weder gegen das Gebot der Rechtsgleichheit noch gegen das Willkürverbot (E. 2-6).

Sachverhalt ab Seite 322

BGE 138 I 321 S. 322

A. Im Rahmen der Schaffung des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich legte der Kantonsrat im Beschluss vom 3. Januar 1994 über die Festsetzung der Besoldungen der Mitglieder des Sozialversicherungsgerichts (LS 212.83; OS 52, 600) die jährliche Besoldung vollamtlicher Mitglieder im ersten Dienstjahr im ersten Maximum der Besoldungsklasse 27 der Beamtenverordnung fest. Die Besoldung der Richterinnen und Richter am Ober- und am Verwaltungsgericht richtete sich demgegenüber für das erste Dienstjahr nach dem ersten Maximum der Besoldungsklasse 29 der Beamtenverordnung.
Im Zuge der Anpassung der Beschlüsse betreffend die Besoldung der Richterinnen und Richter an den obersten kantonalen Gerichten an eine Revision des kantonalen Personalrechts stellten die Mitglieder des Sozialversicherungsgerichts am 6. September 2010 den Antrag, wie die Mitglieder des Ober- und des Verwaltungsgerichts in Lohnklasse 29 eingereiht zu werden. Mit Beschluss vom 28. Februar 2011 setzte der Kantonsrat des Kantons Zürich die Anfangsbesoldung der Richterinnen und Richter am Sozialversicherungsgericht rückwirkend per 1. Januar 2011 fest. In Ziff. I.I. Abs. 1 traf er folgende Anordnung: "Die jährliche Besoldung der vollamtlichen Mitglieder des Sozialversicherungsgerichts entspricht im ersten Dienstjahr Lohnstufe 17 der Lohnklasse 27 gemäss Anhang 2 zur Vollzugsverordnung zum Personalgesetz vom 19. Mai 1999."

B. Sämtliche zu jenem Zeitpunkt am Sozialversicherungsgericht tätigen ordentlichen Richterinnen und Richter liessen am 15. April 2011 beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich Beschwerde gegen Ziff. I.I. Abs. 1 des am 18. März 2011 im Amtsblatt des Kantons Zürich (ABl 2011 729) publizierten Beschlusses führen.

BGE 138 I 321 S. 323

Auf den in der Beschwerdeantwort vom Kantonsrat gestellten verfahrensrechtlichen Antrag, das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich habe gesamthaft in den Ausstand zu treten, trat der Präsident der 4. Abteilung des Verwaltungsgerichts mit Verfügung vom 15. Juli 2011 nicht ein. Mit Urteil 8C_712/2011 vom 18. Oktober 2011 wies das Bundesgericht die vom Kantonsrat dagegen eingereichte Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ab, soweit es darauf eintrat.

Mit Entscheid vom 6. Dezember 2011 wies das Verwaltungsgericht die Beschwerde vom 15. April 2011 ab.

C. Die 13 betroffenen Richterinnen und Richter führen Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit dem Antrag, es sei Ziff. I.I. Abs. 1 des Beschlusses des Kantonsrats vom 28. Februar 2011 über die Festsetzung der Besoldungen der Mitglieder des Sozialversicherungsgerichts aufzuheben und es seien diese rückwirkend auf den 1. Januar 2011 in der Lohnklasse 29 gemäss Anhang 2 zur Vollzugsverordnung vom 19. Mai 1999 zum Personalgesetz des Kantons Zürich einzureihen, entsprechend dem Antrag der Minderheit der Justizkommission des Kantonsrats vom 30. November 2010. Eventualiter sei der Kantonsrat anzuweisen, die entsprechende Einreihung vorzunehmen. Subeventualiter sei die Sache zu neuem Beschluss an den Kantonsrat zurückzuweisen.

Der Kantonsrat schliesst auf Abweisung der Beschwerde.

Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

[...]

3.

3.1 Die Beschwerdeführer rügen eine Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots (**Art. 8 Abs. 1 BV** und Art. 11 Abs. 1 der Verfassung des

Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 [KV/ZH; SR 131.211]), indem den Mitgliedern des Sozialversicherungsgerichts aufgrund des angefochtenen Besoldungsbeschlusses eine gegenüber den Mitgliedern des Ober- und des Verwaltungsgerichts um zwei Lohnklassen tiefere Einstufung zugestanden werde. Sie machen zudem geltend, die besoldungsmässige Ungleichbehandlung verstosse gegen das Willkürverbot (**Art. 9 BV**), da sie offensichtlich unhaltbar sei und dem Gerechtigkeitsgedanken in stossender Weise zuwiderlaufe.

3.2 Das Gebot der rechtsgleichen Behandlung (**Art. 8 Abs. 1 BV**) - und der mit diesem eng verbundene Grundsatz des Willkürverbots (**Art. 9 BV**) - ist verletzt, wenn ein Erlass hinsichtlich einer entscheidwesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder wenn er Unterscheidungen unterlässt, die sich auf Grund der Verhältnisse aufdrängen. Die Rechtsgleichheit ist verletzt, wenn Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Die Frage, ob für eine rechtliche Unterscheidung ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist, kann zu verschiedenen Zeiten unterschiedlich beantwortet werden, je nach den herrschenden Anschauungen und Zeitverhältnissen. Dem Gesetzgeber bleibt im Rahmen dieser Grundsätze und des Willkürverbots ein weiter Spielraum der Gestaltung, den das Bundesgericht nicht durch eigene Gestaltungsvorstellungen schmälert (**BGE 137 V 121** E. 5.3 S. 125 mit Hinweisen).

3.3 Dies gilt insbesondere auch in Besoldungsfragen im öffentlich-rechtlichen Dienstrecht. Den politischen Behörden steht bei der Ausgestaltung der Besoldungsordnung ein grosser Spielraum zu. Innerhalb der Grenzen des Willkürverbots und des Rechtsgleichheitsgebots sind sie befugt, aus der Vielzahl denkbarer Anknüpfungspunkte die Tatbestandsmerkmale auszuwählen, die für die Einteilung und Besoldung massgebend sein sollen, und damit festzulegen, welche Kriterien eine Gleich- bzw. eine Ungleichbehandlung rechtfertigen. Verfassungsrechtlich wird verlangt, dass sich die für die Besoldungshöhe relevanten Anknüpfungspunkte vernünftig begründen lassen. In der Gerichtspraxis werden Motive wie Alter, Dienstalter, Erfahrung, Leistung, Aufgabenbereich oder übernommene Verantwortung als sachliche Kriterien zur Festlegung der Besoldungsordnung erachtet (**BGE 131 I 105** E. 3.1 S. 107; **BGE 129 I 161** E. 3.2 S.165; **BGE 123 I 1** E. 6b S. 8;

BGE 121 I 102 E. 4c S. 105, **BGE 121 I 49** E. 3b S. 51; Urteile 8C_991/2010 vom 28. Juni 2011 E. 5.3; 8C_199/2010 vom 23. März 2011 E. 6.2).

4.

4.1 Gemäss **Art. 73 Abs. 3 KV/ZH** verwalten sich die Gerichte unter der Leitung der obersten kantonalen Gerichte selbst. **Art. 74 Abs. 2 KV/ZH** bezeichnet Ober-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsgericht als oberste kantonale Gerichte. Damit erlangen diese verfassungsmässigen Bestand. Nach den zutreffenden Erwägungen des kantonalen Gerichts kann allein daraus jedoch kein Grundsatz der völligen Gleichstellung der erwähnten Instanzen (vgl. NIKLAUS SCHMID, in: Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, 2007, N. 1 ff. zu **Art. 74 KV/ZH**) und somit auch keine Pflicht zur Gleichstellung ihrer Mitglieder im Hinblick auf die Besoldung abgeleitet werden.

4.2

4.2.1 Die Vorinstanz legt im angefochtenen Entscheid zutreffend dar, dass das Obergericht in erster Linie als Rechtsmittelinstanz in zivil- und strafrechtlichen Angelegenheiten zuständig ist (§ 48 ff. des Gesetzes des Kantons Zürich vom 10. Mai 2010 über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG; LS 211.1), für welche gemäss Kantonsverfassung zwei gerichtliche Instanzen vorgesehen sind (**Art. 76 KV/ZH**). Als Rechtsmittelinstanz in verwaltungsrechtlichen Angelegenheiten ist das Verwaltungsgericht zuständig (Art. 41 ff. des Zürcher Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG/ZH; LS 175.2]). Für verwaltungsrechtliche Anordnungen gewährleistet das Gesetz die wirksame Überprüfung durch eine Rekursinstanz sowie den Weiterzug an ein Gericht (**Art. 77 Abs. 1 KV/ZH**). Aufgrund einer statistischen Würdigung der Tätigkeitsgebiete der beiden Gerichte hat die Vorinstanz für das Bundesgericht verbindlich festgestellt (**Art. 97 Abs. 1 BGG**), dass Ober- und Verwaltungsgericht in über 90 Prozent der Fälle nicht als einzige, sondern als Behörde urteilen, welche erstinstanzliche Entscheide unterer kantonaler Gerichte überprüft. Dies wird von den Beschwerdeführern nicht in Frage gestellt.

4.2.2 Eine entsprechende Bestimmung für das Sozialversicherungsgericht fehlt in der Kantonsverfassung. Dieses beurteilt als einzige kantonale Instanz Beschwerden und Klagen auf dem Gebiet des Sozialversicherungsrechts (§§ 2 und 3 des Gesetzes des Kantons Zürich vom 7. März 1993 über das Sozialversicherungsgericht [GSVGer; LS 212.81]; ZÜND/PFIFFNER RAUBER, Gesetz über das

Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, 2. Aufl. 2009, S. 17 ff.; vgl. auch **Art. 57 ATSG** [SR 830.1], welcher für das von diesem Gesetz erfasste Bundessozialversicherungsrecht eine einzige kantonale Instanz vorschreibt; dazu: UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 2. Aufl. 2009, N. 6 zu **Art. 57 ATSG**).

4.2.3 Das Verwaltungsgericht führt im angefochtenen Entscheid aus, das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich urteile zwar als höchste, jedoch - im Gegensatz zum zur Hauptsache als zweite oder dritte kantonale Instanz zuständigen Ober- und Verwaltungsgericht - als einzige kantonale Gerichts- bzw. Rechtsmittelinstanz. Dem Sozialversicherungsgericht sei keine gerichtliche Behörde vorgelagert. Die vorinstanzlichen Erwägungen, wonach das in **Art. 52 Abs. 1 ATSG** vorgesehene Einspracheverfahren daran nichts ändere, sind zutreffend. Das sozialversicherungsrechtliche Einspracheverfahren ist zwar ein rechtsmittelmässiger Prozess, der jedoch Teil des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens bildet (**BGE 133 V 50** E. 4.2.2 S. 55; KIESER, a.a.O., N. 2 zu **Art. 52 ATSG**). Es lässt sich daher nicht mit dem im Verwaltungsrecht teilweise vorgesehenen verwaltungsinternen Rekursverfahren vergleichen (ISABELLE HÄNER, in: Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, 2007, N. 7 ff. zu **Art. 77 KV/ZH**). In der Invalidenversicherung als dem weitaus grössten Sachgebiet der Bundessozialversicherung entfällt zudem die Einsprachemöglichkeit (**Art. 57a IVG**; KIESER, a.a.O., N. 48 zu **Art. 52 ATSG**).

5.

5.1 Nach den Feststellungen der Vorinstanz liegt bei einer Einreihung der Mitglieder des Sozialversicherungsgerichts in die Lohnklasse 27 deren Besoldung tiefer als jene der Mitglieder von Ober- und Verwaltungsgericht, aber höher als die übliche Besoldung der Mitglieder der Bezirksgerichte. Aus der Tatsache, dass Verwaltungs- und Obergericht zur Hauptsache als zweite oder dritte kantonale Instanz tätig sind, während das Sozialversicherungsgericht als einzige Gerichts- bzw. Rechtsmittelinstanz waltet, folgert die Vorinstanz, es bestehe in funktionaler Hinsicht ein gewichtiger Unterschied zwischen den drei obersten kantonalen Gerichten, welcher erheblich genug sei, um eine lohnmässig tiefere Einstufung der Mitglieder des Sozialversicherungsgerichts gegenüber jenen des Ober- und des Verwaltungsgerichts sachlich zu rechtfertigen.

5.2 Die Beschwerdeführer sind allerdings der Auffassung, der Status des Sozialversicherungsgerichts als einzige kantonale

Rechtsmittelinstanz vermöge keine unterschiedliche Besoldung zu begründen. Auch wenn dessen Mitglieder als einzige Instanz urteilten, ändere dies nichts daran, dass es sich wie bei Ober- und Verwaltungsgericht nicht nur um ein oberstes kantonales Gericht im Sinne von **Art. 74 Abs. 2 KV/ZH**, sondern auch um ein oberes Gericht und damit um eine Vorinstanz zum Bundesgericht gemäss Art. 75 Abs. 2, 80 Abs. 2 und 86 Abs. 2 BGG handle. Da das Sozialversicherungsgericht den beiden anderen kantonalen Gerichten verfassungs- und gesetzmässig hinsichtlich Status und Funktion gleichgestellt sei, verbiete sich eine besoldungsmässige Ungleichbehandlung.

5.3

5.3.1 Es ist nicht zu bezweifeln, dass die Mitglieder des kantonalen Sozialversicherungsgerichts eine anspruchsvolle Aufgabe mit hoher Verantwortung zu erfüllen haben. Die an eine richterliche Tätigkeit zu stellenden Grundanforderungen treffen jedoch für alle Gerichtsinstanzen zu, unabhängig davon, ob sie erstinstanzlich für die richtige und vollständige Sachverhaltsfeststellung und die richtige Rechtsanwendung verantwortlich sind oder als Rechtsmittelinstanz den Entscheid der Vorinstanz überprüfen. Bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung der gerügten Ungleichbehandlung darf jedoch berücksichtigt werden, dass das Sozialversicherungsgericht in erster Linie Verwaltungsverfügungen bzw. Einspracheentscheide zu beurteilen hat und somit erstinstanzlich tätig wird, während Ober- und Verwaltungsgericht in der überwiegenden Anzahl der Fälle gerichtliche Entscheidungen auf ihre Rechtmässigkeit hin überprüfen. Auch wenn Bundesgerichtsgesetz und Kantonsverfassung den oberen bzw. obersten kantonalen Gerichten diesbezüglich keine besondere Funktion zuweisen (vgl. allerdings **Art. 76 KV/ZH**), handelt es sich bei der Frage, ob ein Gericht erstinstanzlich oder als Rechtsmittelbehörde tätig ist, um ein prägendes Merkmal der Gerichtsbarkeit. Die Stellung eines

Gerichts im Instanzenzug bzw. dessen rechtsprecherische Tätigkeit stellt daher ein sachliches Kriterium dar. Sie betrifft eine rechtliche Unterscheidung, die als vernünftiger Grund für die Lohndifferenz gelten kann (vgl. E. 3.2 f. hievor). Dass die funktional verschiedenen Zuständigkeiten eines Gerichts in diesem Zusammenhang nicht ohne Einfluss sind, zeigt sich nicht zuletzt auch mit Blick auf die Bezirksgerichte, deren Mitglieder (noch) tiefer besoldet werden, als jene des Sozialversicherungsgerichts.

5.3.2 Den Beschwerdeführern ist durchaus zuzugestehen, dass auch vertretbare Gründe vorliegen mögen, welche gegen eine ungleiche

BGE 138 I 321 S. 328

Entlöhnung sprechen können. Dies zeigt insbesondere auch ein Blick auf die von diesen erwähnte Diskussion der Vorlage im Kantonsrat, wo das System gleich hoher Löhne für die obersten kantonalen Gerichte relativ knapp verworfen wurde (Protokoll des Zürcher Kantonsrats 2007-2011, S. 13739-13758, Sitzung vom 28. Februar 2011). Insofern sich der beanstandete Besoldungsunterschied zwischen den Mitgliedern des Sozialversicherungsgerichts und jenen des Ober- und des Verwaltungsgerichts jedoch auf objektive Motive stützen kann und mit sachlich haltbaren Argumenten begründen lässt, verstösst er als solcher weder gegen das Willkürverbot noch gegen die Rechtsgleichheit.

5.3.3 Soweit die Beschwerdeführer geltend machen, die Vorinstanz begründe nicht, inwiefern der funktionale Unterschied (einzige Instanz statt vorwiegend zweite kantonale Instanz) für die Frage der Besoldung relevant sein sollte, kann ihnen nicht gefolgt werden. Die Gesichtspunkte, welche als sachlicher Grund für die Unterscheidung sprechen, werden im angefochtenen Entscheid in ausreichender Weise zur Sprache gebracht, weshalb die Begründungspflicht gewahrt ist.

5.3.4 Den Beschwerdeführern ist darin beizupflichten, dass dem kantonalen Sozialversicherungsgericht, gemeinsam mit Ober- und Verwaltungsgericht, die Funktion einer Vorinstanz zum Bundesgericht und damit eines oberen Gerichts im Sinne der genannten Bestimmungen des BGG zukommt. Diese bundesrechtliche wie auch die ins Feld geführten kantonalrechtlichen Gemeinsamkeiten der drei verfassungsmässig obersten kantonalen Gerichte (gemeinsame Justizverwaltung, Prüfung von Beschwerden gegen Erlasse, Gleichbehandlung des Gerichtspersonals, Wählbarkeitsvoraussetzungen [**Art. 40 KV/ZH**], Wahl durch den Kantonsrat, Wahlorgan und Vorgesetzte des Generalsekretärs sowie des juristischen und administrativen Personals) vermögen nichts daran zu ändern, dass eine wesentliche Ungleichheit und damit ein sachlicher Grund für die unterschiedliche Besoldung der Mitglieder des Sozialversicherungsgerichts ausschlaggebend ist. Wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, ist nicht massgebend, ob auch andere Kriterien eine Lohndifferenz zu rechtfertigen vermöchten oder ob das Nichtabstellen auf weitere Kriterien die Rechtsgleichheit verletzt, sondern ob das konkret gewählte Kriterium des funktionalen Unterschiedes zwischen den obersten kantonalen Gerichten sachlich begründet ist und verfassungsmässig standhält. Wie bereits dargelegt, besitzen die kantonalen Behörden bei der Ausgestaltung ihrer Besoldungsordnung einen erheblichen Spielraum

BGE 138 I 321 S. 329

(E. 3.2 hievor). Das Bundesgericht greift von Verfassungs wegen bloss ein, wenn der Kanton mit den Unterscheidungen, die er trifft, eine Grenze zieht, die sich nicht vernünftig begründen lässt, die unhaltbar und damit in den meisten Fällen auch geradezu willkürlich ist (**BGE 131 I 105** E. 3.1 S. 107; **BGE 129 I 161** E. 3.2 S.165; Urteil 1C_358/2007 vom 2. April 2008 E. 5). Dies trifft vorliegend nach dem Gesagten (E. 5.3.1) nicht zu.

5.3.5 Das Bundesrecht schreibt dem Kanton keine bestimmte Wahl der Bemessungskriterien vor. Ein Vergleich mit der zum Bildungsbereich ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichts führt insofern nicht weiter, als sich die richterliche Tätigkeit durchaus an anderen Massstäben orientieren kann. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer ergeben sich auch aus dem kantonalen Personalgesetz keine verbindlichen Vorgaben. Gemäss § 1 Abs. 3 des Gesetzes des Kantons Zürich vom 27. September 1998 über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals (Personalgesetz; LS 177.10) findet dieses auf die Mitglieder der obersten Gerichte keine Anwendung. Folglich verstösst es nicht gegen das Willkürverbot, wenn die Besoldungseinreihung der Mitglieder des Sozialversicherungsgerichts nicht gemäss den personalrechtlich relevanten Kriterien von § 8 Abs. 2 der kantonalen Personalverordnung vom 16. Dezember 1998 (LS 177.11) begründet wurde. Die Einwendungen der Beschwerdeführer erweisen sich daher als unbehelflich. Es liegt im Ermessen der kantonalen Behörde und entzieht sich damit der Bewertung des Bundesgerichts, wenn sie die funktionale Stellung im Instanzenzug als massgeblich betrachten will.

5.3.6 Wenn der Kanton Zürich, anders als andere Kantone - in denen sozialversicherungsrechtliche Streitigkeiten teilweise durch das Verwaltungsgericht beurteilt werden - für die obersten kantonalen Gerichte keine einheitliche Einstufung der Richterinnen und Richter vorgesehen hat und auch die Besoldung am Bundesgericht nicht vom Rechtsgebiet abhängt, stellt dies keine Verletzung der Rechtsgleichheit dar. Die Rechtsgleichheit bezieht sich nur auf den Zuständigkeitsbereich ein und derselben Behörde (**BGE 133 I 249** E. 3.4 S. 255; **BGE 125 I 173** E. 6c S. 179). Aufgrund der föderalistischen Grundordnung der Schweiz ist die Organisation der kantonalen Gerichtsbehörden unterschiedlich geregelt. Die Kantone sind nicht verpflichtet, ein einheitliches oberes Gericht für sämtliche öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zu schaffen (ESTHER TOPHINKE, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 14 zu **Art. 86 BGG**) und müssen von daher auch keine einheitliche Besoldung vorsehen.

BGE 138 I 321 S. 330

5.3.7 Da überdies kein Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung durch unterschiedliche kantonale Behörden besteht, welche zudem nicht der gleichen Aufsicht unterstehen (Urteil 2P.283/2001 vom 25. Februar 2002 E. 5.1.1), hat die Vorinstanz das Argument der Beschwerdeführer bezüglich einer gleichen Einreihung der Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber an Ober-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsgericht zu Recht verworfen. Aus demselben Grund hat es mit Blick auf die in die Kompetenz des Regierungsrates bzw. der obersten Gerichte fallende Zuständigkeit auch hinsichtlich der lohnmässigen Einstufung des Generalsekretärs in Lohnklasse 28 eine Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots verneint. Dies ist mit Blick auf das in E. 3.3 Gesagte nicht zu beanstanden.

6. Die Zulässigkeit der Lohnunterschiede ist auch eine Frage des Ausmasses (vgl. bereits erwähntes Urteil 8C_991/2010 E. 5.5). Nach den Darlegungen der Vorinstanz liegt die Differenz der Jahresbesoldungen zwischen den Mitgliedern des Sozialversicherungsgerichts und jenen des Ober- und des Verwaltungsgerichts bei rund 13 Prozent. Es ist mit Blick auf den dem Kanton in Besoldungsfragen zukommenden Spielraum (E. 3) nicht zu beanstanden, wenn das kantonale Verwaltungsgericht zum Schluss gelangt, dies sei zwar nicht unerheblich, im Hinblick auf den funktionellen Unterschied jedoch verfassungsmässig vertretbar. Die Beschwerdeführer machen im Übrigen nicht geltend, der beanstandete Besoldungsunterschied halte sich nicht in einem vernünftigen Rahmen. Dieser erscheint jedenfalls nicht unvertretbar.

Notizen:

C. Einzelfallgerechtigkeit versus Regelfallgerechtigkeit

1. Allgemeines

- gerechte Entscheidung eines einzelnen Falles: Einzelfallgerechtigkeit, "Billigkeit"
- gerechte Regeln für eine Vielzahl von Fällen: Regelfallgerechtigkeit
- gleiche Beurteilung von gleich gelagerten Fällen
  - effiziente Lösung einer Vielzahl von Fällen
  - Steuerung des Verhaltens der Normadressaten und Möglichkeit der Normadressaten, ihr Verhalten an den Regeln auszurichten
  - Berücksichtigung von Auswirkungen einer Regel, die über den Einzelfall hinausgehen

Notizen:

2. Schaffung generell-abstrakter Regeln

- Rechtsetzungslehre, Regelungstechnik
- Generalisierung und Typisierung versus Individualisierung und Konkretisierung, zum Beispiel:
  - Fristen
  - Geschwindigkeitsbegrenzungen
  - gesetzlicher Erbanspruch und Pflichtteil
  - elterliche Sorge und Kindeswohl

Beispiele:

Strassenverkehr:

Strassenverkehrsgesetz **741.01**
(SVG)[1]

vom 19. Dezember 1958 (Stand am 1. April 2025)

Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft,
gestützt auf die Artikel 82 Absätze 1 und 2, 110 Absatz 1 Buchstabe a, 122 Absatz 1 und 123 Absatz 1 der Bundesverfassung[2,3]
nach Einsicht in eine Botschaft des Bundesrates vom 24. Juni 1955[4],
beschliesst:

[...]

Art. 32

Geschwindigkeit

1 Die Geschwindigkeit ist stets den Umständen anzupassen, namentlich den Besonderheiten von Fahrzeug und Ladung, sowie den Strassen-, Verkehrs- und Sichtverhältnissen. Wo das Fahrzeug den Verkehr stören könnte, ist langsam zu fahren und nötigenfalls anzuhalten, namentlich vor unübersichtlichen Stellen, vor nicht frei überblickbaren Strassenverzweigungen sowie vor Bahnübergängen.

2 Der Bundesrat beschränkt die Geschwindigkeit der Motorfahrzeuge auf allen Strassen.[109]

3 Die vom Bundesrat festgesetzte Höchstgeschwindigkeit kann für bestimmte Strassenstrecken von der zuständigen Behörde nur auf Grund eines Gutachtens herab- oder heraufgesetzt werden. Der Bundesrat kann Ausnahmen vorsehen.[110]

109 Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 20. März 1975, in Kraft seit 1. Jan. 1977 (AS **1975** 1257, **1976** 2810 Ziff. II Abs. 2; BBl **1973** II 1173).
110 Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 14. Dez. 2001, in Kraft seit 1. Jan. 2003 (AS **2002** 2767; BBl **1999** 4462).

Verkehrsregelnverordnung (VRV)[1]

741.11

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

Der Schweizerische Bundesrat,

gestützt auf die Artikel 2 Absätze 1 Buchstabe b und 2, 9 Absätze 1bis, 2 und 3, 30 Absatz 1, 31 Absätze 2bis und 2ter, 41 Absatz 2bis, 55 Absatz 7 Buchstabe a, 57 und 106 Absätze 1 und 5 des Strassenverkehrsgesetzes vom 19. Dezember 1958[2] (SVG),[3]

verordnet:

[...]

Art. 4a[48] Allgemeine Höchstgeschwindigkeiten; Grundregel
(Art. 32 Abs. 2 SVG)

1 Die allgemeine Höchstgeschwindigkeit für Fahrzeuge beträgt unter günstigen Strassen-, Verkehrs- und Sichtverhältnissen:

a. 50 km/h in Ortschaften;

b. 80 km/h ausserhalb von Ortschaften, ausgenommen auf Autostrassen und Autobahnen;

c. 100 km/h auf Autostrassen;

d. 120 km/h auf Autobahnen.[49]

1 Fassung gemäss Ziff. I der V vom 25. Jan. 1989, in Kraft seit 1. Mai 1989 (AS **1989** 410).
2 SR **741.01**
3 Fassung gemäss Ziff. I der V vom 20. Mai 2020, in Kraft seit 1. Jan. 2021 (AS **2020** 2139).

48 Eingefügt durch Ziff. I der V vom 22. Dez. 1976 (AS **1976** 2810). Fassung gemäss Ziff. I der V vom 19. Okt. 1983, in Kraft seit 1. Jan. 1984 (AS **1983** 1651).

49 Fassung gemäss Ziff. I der V vom 20. Dez. 1989, in Kraft seit 1. Jan. 1990 (AS **1990** 66).

Schiffsverkehr:

747.201.1

Verordnung über die Schifffahrt auf schweizerischen Gewässern

(Binnenschifffahrtsverordnung, BSV)[1]

vom 8. November 1978 (Stand am 1. Januar 2022)

Der Schweizerische Bundesrat,

gestützt auf die Artikel 24*b* Absätze 5 und 6 sowie 56 des Bundesgesetzes vom 3. Oktober 1975[2] über die Binnenschifffahrt (BSG),
in Ausführung des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995[3] über die technischen Handelshemmnisse,[4]

verordnet:

[…]

26 Regeln für Fahrt und Stillliegen

Art. 41 Allgemeine Verhaltensregeln

[1] Der Schiffsführer richtet die Geschwindigkeit so ein, dass er seinen Verpflichtungen im Verkehr jederzeit nachkommen kann. Er führt jedes Manöver deutlich und rechtzeitig aus.

[2] Kurs- oder Geschwindigkeitsänderungen dürfen nicht zur Gefahr eines Zusammenstosses führen.

[…]

Art. 55[123] Fahrt bei unsichtigem Wetter

[1] Bei unsichtigem Wetter (z.B. Nebel, Schneetreiben, starker Regen) müssen alle Schiffe ihre Geschwindigkeit den gegebenen Umständen anpassen. Dabei sind die Art und der Umfang der vorhandenen Navigationsausrüstung sowie die Signalisation des befahrenen Gewässers oder des Gewässerabschnittes zu berücksichtigen.

123 Fassung gemäss Ziff. I der V vom 15. Jan. 2014, in Kraft seit 15. Febr. 2014 (AS **2014** 261).

Pflichtteil im Erbrecht:

Schweizerisches Zivilgesetzbuch 210

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

Zweiter Abschnitt: Die Verfügungsfreiheit

Art. 470

A. Verfügbarer Teil
I. Umfang der Verfügungsbefugnis

1 Wer Nachkommen, den Ehegatten, die eingetragene Partnerin oder den eingetragenen Partner hinterlässt, kann bis zu deren Pflichtteil über sein Vermögen von Todes wegen verfügen.[513]

2 Wer keine der genannten Erben hinterlässt, kann über sein ganzes Vermögen von Todes wegen verfügen.

Art. 471[514]

II. Pflichtteil

Der Pflichtteil beträgt die Hälfte des gesetzlichen Erbanspruchs.

513 Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 18. Dez. 2020 (Erbrecht), in Kraft seit 1. Jan. 2023 (AS **2021** 312; BBl **2018** 5813).

514 Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 18. Dez. 2020 (Erbrecht), in Kraft seit 1. Jan. 2023 (AS **2021** 312; BBl **2018** 5813).

Elterliche Sorge:

Schweizerisches Zivilgesetzbuch **210**

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

Art. 298[387]

A[ter]. Scheidung und andere eherechtliche Verfahren

1 In einem Scheidungs- oder Eheschutzverfahren überträgt das Gericht einem Elternteil die alleinige elterliche Sorge, wenn dies zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist.

2 Es kann sich auch auf eine Regelung der Obhut, des persönlichen Verkehrs oder der Betreuungsanteile beschränken, wenn keine Aussicht besteht, dass sich die Eltern diesbezüglich einigen.

2bis Es berücksichtigt beim Entscheid über die Obhut, den persönlichen Verkehr oder die Betreuungsanteile das Recht des Kindes, regelmässige persönliche Beziehungen zu beiden Elternteilen zu pflegen.[388]

2ter Bei gemeinsamer elterlicher Sorge prüft es im Sinne des Kindeswohls die Möglichkeit einer alternierenden Obhut, wenn ein Elternteil oder das Kind dies verlangt.[389]

3 Es fordert die Kindesschutzbehörde auf, dem Kind einen Vormund zu bestellen, wenn weder die Mutter noch der Vater für die Übernahme der elterlichen Sorge in Frage kommt.

387 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:

3. Anwendung generell-abstrakter Regeln

- Bindung der Gerichte und Behörden an das Recht
  - Rechtsetzung durch den Gesetzgeber (Politik):
    Entscheidung darüber, was gerecht und was ungerecht ist
  - Rechtsanwendung durch die Gerichte und Behörden (Rechtssystem):
    Entscheidung darüber, was rechtmässig und was unrechtmässig ist
- Raum für Einzelfallgerechtigkeit bei der Anwendung generell-abstrakter Regeln (siehe Folie 51)

Quelle:

Alles, was Recht ist

Unzuständig für Gerechtigkeit

Markus Felber

Die guten alten Römer mit ihrem feinen Sinn für Recht haben die Zuständigkeit für Gerechtigkeit der Göttin Justitia anvertraut. Indem sie diese schwierige Aufgabe einer göttlichen Instanz übertrugen, machten sie für alle Zeiten klar, dass irdische Justiz für Gerechtigkeit nicht zuständig ist. Oder wie es Friedrich Dürrenmatt in seinem Roman «Justiz» treffend sagte: «Die Gerechtigkeit wohnt in einer Etage, zu der die Justiz keinen Zutritt hat.»

Das bedeutet nun aber keineswegs, dass es Justiz nicht braucht auf dieser Welt. Sie ist zwar nicht für Gerechtigkeit zuständig, aber immerhin für Rechtsfrieden. Sie ist gewissermassen zivilisierter Ersatz für das Faustrecht. Oder moderner ausgedrückt ein öffentlicher Dienstleistungsbetrieb für geregelte Streitschlichtung. Dabei muss sie sich an Gesetz und Verfahrensregeln halten, und die wiederum sind keineswegs immer darauf angelegt, in jedem Fall der Gerechtigkeit zum Durchbruch zu verhelfen. Gerechtigkeit wird daher beim Amten der Richter höchstens als eine Art positiver Kollateralschaden anfallen. Erwartet oder gar verlangt werden darf das nicht, denn Rechtsprechung ist nicht Gerechtsprechung, sondern Gesetzesauslegung. Ein Bundesrichter brachte das Dilemma vor Jahren einmal während einer Urteilsberatung auf den Punkt, als er sagte: «Das Gerechtigkeitsempfinden in meinem Bauch gebietet, die Beschwerde gutzuheissen, doch findet mein Kopf keine Begründung dafür.»

Im Übrigen ist gar nicht schlecht, dass die Justiz – den Römern sei Dank – für Gerechtigkeit nicht zuständig ist. Denn so einvernehmlich und laut die Gesellschaft nach Gerechtigkeit ruft, so disharmonisch wird das Geschrei, wenn es diese Gerechtigkeit konkret zu definieren gilt. Die Justiz tut gut daran, auf ihrer Unzuständigkeit für Gerechtigkeit zu bestehen und die ihr vorgetragenen Streitfälle gesetzeskonform zu lösen. Gäbe sie vor, darüber hinaus auch Gerechtigkeit zu schaffen, verlöre sie im Handumdrehen ihre Glaubwürdigkeit und damit das Vertrauen, auf das sie bei ihrem Amten dringend angewiesen ist. Das Feld kann getrost den Politikern überlassen werden, die Vertrauensverlust bekanntlich schadlos überstehen. In Deutschland werden neu gewählte Kanzler übrigens ausdrücklich darauf vereidigt, «Gerechtigkeit gegen jedermann» zu üben …

Markus Felber, NZZ am Sonntag, 3. November 2013

Notizen:

3. Anwendung generell-abstrakter Regeln *(Fortsetzung)*

- Generalklauseln
  - Ermessen (des Gerichts [Art. 4 ZGB] oder einer Behörde)
  - unbestimmte Rechtsbegriffe (z.B. "wichtige Gründe")

Quelle:

Schweizerisches Zivilgesetzbuch 210

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

Art. 4

III. Gerichtliches[5] Ermessen

Wo das Gesetz das Gericht auf sein Ermessen oder auf die Würdigung der Umstände oder auf wichtige Gründe verweist, hat es seine Entscheidung nach Recht und Billigkeit zu treffen.

5 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.

[…]

Dritter Abschnitt: Strafzumessung

Art. 47

1. Grundsatz

[1] Das Gericht misst die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters.

[2] Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden.

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

6B_612/2024

Arrêt du 18 septembre 2024

Ire Cour de droit pénal

Composition
Mmes et MM. les Juges fédéraux
Jacquemoud-Rossari, Présidente,
Denys, Muschietti, van de Graaf et von Felten.
Greffière : Mme Meriboute.

Participants à la procédure
A._____,
représenté par Me Camille Duroux, avocate,
recourant,

contre

Ministère public du canton du Valais,
Procureure générale,
rue des Vergers 9, case postale, 1950 Sion,
intimé.

Objet
Quotité de la peine (viol)

recours contre l'arrêt du Tribunal cantonal du Valais,
Cour pénale I, du 18 juillet 2024 (P1 24 45).

Faits :

A.
Par jugement du 15 mars 2024, le Tribunal du IIIe arrondissement des districts de Martigny et St-Maurice a acquitté A._____ du chef de prévention de mise en danger de la vie d'autrui et l'a condamné pour viol à une peine privative de liberté de 30 mois dont 15 mois fermes, le solde de la peine étant suspendu durant un délai de deux ans et la détention avant jugement étant déduite. Il a également ordonné l'expulsion de A._____ du territoire suisse pour une durée de dix ans et l'a astreint à verser à B._____ une indemnité de 10'000 fr. avec intérêts, à titre de tort moral.

B.
Par arrêt du 18 juillet 2024, la Cour pénale I du Tribunal cantonal du Valais a partiellement admis l'appel formé par le ministère public en ce sens qu'elle a condamné A._____ à une peine privative de liberté de 42 mois, sous déduction de la détention subie dès le 5 juillet 2023.
En substance, il en ressort les éléments suivants.

B.a. Le 1er juillet 2023, vers 23h, B._____ s'est rendue dans le bar C._____ à U._____. Alors qu'elle était sortie fumer une cigarette, elle a fait la connaissance de deux hommes, l'un d'entre eux étant A._____. Elle leur a proposé d'entrer dans le bar où il y avait de la musique. Comme ils n'avaient pas d'argent, elle leur a payé un verre. Ils ont ensuite dansé.
Vers 2h du matin, heure de la fermeture de l'établissement, B._____ a quitté le bar seule. A._____ se trouvait déjà à l'extérieur avec d'autres clients. B._____ a pris le chemin de son domicile situé à quelques centaines de mètres. Lorsque A._____ lui a proposé de la raccompagner, elle a décliné l'invitation. || l'a tout de même suivie. Pendant le trajet, elle lui a indiqué qu'elle n'habitait pas loin et qu'il pouvait la laisser, ce qu'il a ignoré. Alors qu'ils étaient parvenus à proximité de chez elle, A._____ a tenté de l'embrasser sur la bouche, ce qu'elle a refusé en le repoussant avec les mains. Énervé, il l'a basculée sur la pelouse avant de se coucher sur elle en lui tenant les poignets. Elle a essayé de le repousser et de crier mais il a rapidement mis une de ses mains sur sa bouche, l'empêchant par moments de respirer. Avec l'autre main, il a relevé sa robe et enlevé sa culotte avant de la pénétrer avec son sexe. Après quelques minutes de va-et-vient, elle a réussi à appeler à l'aide. A._____ s'est retiré sans éjaculer et a pris la fuite.

B.b. B._____ a porté plainte le jour même.

C.
A._____ forme un recours en matière pénale au Tribunal fédéral contre l'arrêt cantonal du 18 juillet 2024. Il conclut, avec suite de frais et dépens, principalement à la réforme de cet arrêt en ce sens que le jugement de première instance est confirmé. Subsidiairement, il conclut à l'annulation de l'arrêt attaqué et au renvoi de la cause à la cour cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants.
Il sollicite en outre le bénéfice de l'assistance judiciaire et l'octroi de l'effet suspensif.

Considérant en droit :

1.
Le recourant se plaint d'une violation de l'art. 47 CP. De plus, invoquant une violation de son droit d'être entendu, il se plaint d'une motivation insuffisante concernant la peine.

1.1. Selon l'art. 47 CP, le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur. Il prend en considération les antécédents et la situation personnelle de ce dernier ainsi que l'effet de la peine sur son avenir (al. 1). La culpabilité est déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné, par le caractère répréhensible de l'acte, par les motivations et les buts de l'auteur et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures (al. 2). La culpabilité de l'auteur doit être évaluée en fonction de tous les éléments objectifs pertinents, qui ont trait à l'acte lui-même, à savoir notamment la gravité de la lésion, le caractère répréhensible de l'acte et son mode d'exécution. Du point de vue subjectif, sont pris en compte l'intensité de la volonté délictuelle ainsi que les motivations et les buts de l'auteur. À ces composantes de la culpabilité, il faut ajouter les facteurs liés à l'auteur lui-même, à savoir les antécédents, la réputation, la situation personnelle (état de santé, âge, obligations familiales, situation professionnelle, risque de récidive, etc.), la vulnérabilité face à la peine, de même que le comportement après l'acte et au cours de la procédure pénale (**ATF 149 IV 217** consid. 1.1; **142 IV 137** consid. 9.1).

1.2. Le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans la fixation de la peine. Le Tribunal fédéral n'intervient que lorsque l'autorité cantonale a fixé une peine en dehors du cadre légal, si elle s'est fondée sur des critères étrangers à l'art. 47 CP, si des éléments d'appréciation importants n'ont pas été pris en compte ou, enfin, si la peine prononcée est exagérément sévère ou clémente au point de constituer un abus du pouvoir d'appréciation (**ATF 149 IV 217** consid. 1.1; **144 IV 313** consid. 1.2). L'exercice de ce contrôle suppose que le juge exprime, dans sa décision, les éléments essentiels relatifs à l'acte ou à l'auteur qu'il prend en compte, de manière à ce que l'on puisse constater que

tous les aspects pertinents ont été pris en considération et comment ils ont été appréciés, que ce soit dans un sens aggravant ou atténuant (art. 50 CP; **ATF 149 IV 217** consid. 1.1; **144 IV 313** consid. 1.2). Le juge peut passer sous silence les éléments qui, sans abus du pouvoir d'appréciation, lui apparaissent non pertinents ou d'une importance mineure. La motivation doit ainsi justifier la peine prononcée, en permettant de suivre le raisonnement adopté, même si le juge n'est pas tenu d'exprimer en chiffres ou en pourcentages l'importance qu'il accorde à chacun des éléments qu'il cite. Un recours ne saurait toutefois être admis simplement pour améliorer ou compléter un considérant lorsque la décision rendue apparaît conforme au droit (**ATF 149 IV 217** consid. 1.1; **144 IV 313** consid. 1.2).

1.3. La cour cantonale a reconnu le recourant coupable de viol. Le cadre légal de cette infraction s'étendait d'un à dix ans de peine privative de liberté (cf. art. 190 CP dans sa teneur en vigueur jusqu'au 30 juin 2024).
La cour cantonale a retenu que dans sa situation personnelle aucun élément n'influençait sa culpabilité. Âgé de 51 ans, le recourant n'avait jamais fréquenté l'école et n'avait pas de formation professionnelle. Célibataire, il était le père de dix enfants nés de six femmes différentes. Ils étaient indépendants financièrement, à l'exception de deux d'entre eux, encore en formation. En 2022, le recourant avait travaillé en Suisse durant sept mois comme manoeuvre dans le bâtiment avant de retourner au Portugal. Au moment des faits, il avait regagné la Suisse depuis quatre mois pour des missions temporaires et vivait dans un studio à U._____ avec trois autres personnes. Son dernier salaire s'élevait à 3'900 fr. au moyen duquel il payait sa part au loyer de 400 francs.
Pour la cour cantonale, l'acte commis par le recourant, avec conscience et volonté, était grave. Il avait eu lieu de nuit alors que la victime était isolée et vulnérable car prise de boisson. Le recourant s'en était pris à l'intégrité sexuelle d'une femme qui avait été durablement marquée par une agression durant laquelle elle s'était vue mourir. La victime souffrait désormais d'un état de stress post-traumatique en raison duquel elle avait dû être suivie par un psychologue.
Sous couvert de la raccompagner à son domicile et de prolonger une soirée qui s'était jusque-là bien déroulée, le recourant avait passé outre le refus de la victime pour lui imposer une relation sexuelle sans préservatif. Celle-ci lui avait d'abord clairement dit qu'elle ne voulait pas qu'il la raccompagne, l'avait repoussé lorsqu'il avait essayé de l'embrasser et s'était ensuite débattue et avait tenté de crier. Face à cette défense énergique, il s'était montré brutal pour arriver à ses fins et, usant de sa supériorité physique, l'avait empêchée d'appeler à l'aide en lui mettant la main sur la bouche, coupant par moments la respiration de sa victime. C'étaient d'ailleurs finalement les cris de celle-ci qui l'avaient mis en fuite. Ces circonstances témoignaient d'une énergie criminelle très importante que le recourant avait dirigée contre une personne qui s'était pourtant montrée bienveillante avec lui durant la soirée. Sur le plan subjectif, la cour cantonale a déduit de ces éléments une volonté délictuelle élevée. Ses mobiles étaient égoïstes. Le recourant, incapable de supporter la frustration engendrée par le refus de la victime, l'avait soumise à sa volonté d'entretenir des relations sexuelles et avait fait fi de son libre arbitre.
Compte tenu de ces éléments, la cour cantonale a estimé qu'il fallait partir du principe que la gravité objective et subjective était telle qu'une peine proche du milieu de l'échelle des peines envisageables devait être prononcée.
De plus, elle a retenu que sa collaboration lors de la procédure avait été mauvaise. Il était allé jusqu'à affirmer que la victime l'avait forcé à entretenir des relations sexuelles avec lui en le menaçant de le dénoncer pour viol s'il ne s'exécutait pas. Il n'y avait pas l'ombre d'une prise de conscience chez le recourant dont la responsabilité était entière. Le recourant n'avait pas d'antécédents judiciaires, ce qui avait un effet neutre sur la fixation de la peine. Enfin, aucune circonstance atténuante ou aggravante n'entrait en ligne de compte.
Eu égard à l'ensemble de ces éléments, la cour cantonale a fixé une peine privative de liberté de 4 mois. Celle-ci étant supérieure à trois ans, l'octroi du sursis, tant complet que partiel, était exclu.

1.4. Le recourant prétend que la cour cantonale aurait mal apprécié sa culpabilité.

1.4.1. Il essaye vainement de relativiser l'intensité du moyen de contrainte utilisé et les pressions subies par la victime. Il affirme qu'il n'aurait pas été brutal, que la victime n'aurait pas été vulnérable malgré son alcoolisation, qu'elle ne se serait pas "vu mourir" nonobstant le fait que sa main l'empêchait de respirer et qu'elle n'aurait pas de séquelles profondes suite au viol. Ce faisant le recourant s'écarte des faits retenus par la cour cantonale sans démontrer que ceux-ci auraient été établis de manière arbitraire, si bien que ses critiques sont irrecevables (cf. art. 106 al. 2 LTF).
Le recourant invoque également le fait qu'il n'avait pas fait usage d'une arme ou d'un objet dangereux. Or l'absence de tels moyens dangereux a eu pour effet que la cour cantonale n'a pas retenu l'aggravante de la cruauté au sens de l'art. 190 al. 3 aCP. Ainsi, il ne peut prétendre à une atténuation de sa culpabilité pour ce motif.

1.4.2. Le recourant soutient que la cour cantonale aurait dû atténuer sa culpabilité en raison "de la brièveté de l'acte". Pour ce faire, il se prévaut de l'arrêt 7B_15/2021 du 19 septembre 2023 en affirmant que la durée relativement courte d'un viol serait un facteur de diminution de la culpabilité. Le recourant ne saurait tirer une telle conclusion générale. Cet arrêt ne renferme qu'une formule isolée et inadéquate, alors que la question de la durée de l'acte n'a pas fait l'objet de développement de la part du Tribunal fédéral. De manière générale et contrairement à ce que pourrait laisser supposer l'arrêt précité, il convient de rappeler que la durée d'une agression sexuelle est sans lien avec la gravité de la lésion du bien juridique protégé. La désignation de "viol de courte durée" constitue un non-sens, tant l'atteinte au bien juridique protégé est consommée dès les premiers instants de l'acte sexuel. Sous l'angle de la culpabilité, on ne saurait récompenser l'auteur d'un viol en fonction de la durée de son activité criminelle. En aucun cas la durée "relativement courte" d'un viol ne saurait être érigée en facteur atténuant. En effet, le fait qu'un auteur agisse avec une certaine rapidité ne peut nullement être considéré comme un élément à décharge. En revanche, rien n'empêche de prendre en compte la durée de l'activité criminelle dans un sens aggravant de la culpabilité dans la mesure où son prolongement dans le temps est susceptible de correspondre au déploiement d'une énergie criminelle d'autant plus conséquente.
Partant, le grief est rejeté dans la mesure où il est recevable.

1.4.3. Sans même invoquer l'interdiction de l'arbitraire dans ce contexte, le recourant rediscute ses motivations en affirmant qu'il était plausible qu'il puisse avoir cru que l'intimée consentirait à un rapport sexuel en raison de son prétendu comportement dans le bar. Le recourant se contente de se livrer à une libre discussion des faits et d'opposer sa propre appréciation à celle de la cour cantonale. Un tel procédé, purement appellatoire, est irrecevable. Au demeurant, c'est à juste titre que la cour cantonale a retenu une volonté délictuelle élevée et des mobiles égoïstes. En effet, l'intimée lui avait clairement dit qu'elle ne voulait pas qu'il la raccompagne, l'avait repoussé lorsqu'il avait essayé de l'embrasser et s'était ensuite débattue et avait tenté de crier. Incapable de supporter la frustration découlant d'un tel refus, le recourant avait soumis sa victime à sa volonté d'entretenir des relations sexuelles et avait fait fi de son consentement.

1.5. Comme l'a relevé la cour cantonale, à raison, selon la jurisprudence constante, l'absence d'antécédents a en principe un effet neutre sur la peine et n'a pas à être pris en considération dans un sens atténuant (**ATF 141 IV 61** consid. 6.3.2; **136 IV 1** consid. 2.6; arrêt 6B_1093/2023 du 8 novembre 2023 consid. 3.3).
Pour le surplus, en tant que le recourant soutient qu'il aurait eu un bon comportement en prison et une volonté d'aller de l'avant, il invoque des éléments non constatés dans l'arrêt attaqué sans qu'il ne démontre, par une critique répondant aux exigences de motivation accrue de l'art. 106 al. 2 LTF, qu'ils auraient été arbitrairement omis. Partant, ses critiques sont irrecevables.

1.6. Le recourant soutient que la peine serait exagérément sévère en comparaison avec d'autres arrêts du Tribunal fédéral.

1.6.1. Le recourant se réfère à trois arrêts du Tribunal fédéral (6B_355/2023 du 19 octobre 2023; 6B_849/2022 du 21 juin 2023 et 6B_922/2023 du 19 mars 2024) pour affirmer cela. Il convient tout d'abord de constater que le Tribunal fédéral n'a nullement, dans l'arrêt 6B_355/2023 et 6B_922/2023, examiné la quotité de la peine qui avait été prononcée. Pour ce qui est de l'arrêt 6B_849/2022, également cité par le recourant à l'appui de son grief, il se distingue de la présente affaire notamment parce qu'il ne concernait pas la même infraction. Il n'était pas question d'un viol mais de contrainte sexuelle, de sorte qu'une comparaison est par essence hasardeuse. En outre, selon une jurisprudence bien établie, toute comparaison avec d'autres affaires est délicate, vu les nombreux paramètres entrant en ligne de compte pour la fixation de la peine. Les disparités en cette matière s'expliquent normalement par le principe de l'individualisation des peines, voulu par le législateur; elles ne suffisent pas en elles-mêmes pour conclure à un abus du pouvoir d'appréciation (**ATF 141 IV 61** consid. 6.3.2).

1.7. Le recourant soutient que la cour cantonale n'aurait pas exposé les critères retenus pour lui infliger une peine privative de liberté de 42 mois. Selon lui, la motivation serait lacunaire et ne permettrait pas de comprendre la sévérité de la peine.
En l'espèce, la cour cantonale a pris en compte les critères pertinents gouvernant la fixation de la peine conformément à l'art. 47 CP, sans omettre d'éléments d'appréciation importants, ni en se fondant sur des critères étrangers à cette disposition. Il n'existe aucune violation du droit d'être entendu du recourant, dont il se prévaut également.
Au surplus, la peine infligée au recourant n'apparaît pas exagérément sévère au point de constituer un abus du large pouvoir d'appréciation dont dispose le juge. Les griefs tirés de la violation de l'art. 47 CP doivent donc être rejetés dans la mesure de leur recevabilité.

[…]

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.
Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.
La demande d'assistance judiciaire est admise. Me Camille Duroux est désignée comme avocate d'office du recourant et une indemnité de 3'000 fr., supportée par la caisse du Tribunal fédéral, lui est allouée à titre d'honoraires.

3.
Il est statué sans frais.

4.
Le présent arrêt est communiqué aux parties et au Tribunal cantonal du Valais, Cour pénale I.

Lausanne, le 18 septembre 2024

Au nom de la Ire Cour de droit pénal
du Tribunal fédéral suisse

La Présidente : Jacquemoud-Rossari

La Greffière : Meriboute

Beispiel:

220

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

vom 30. März 1911 (Stand am 8. Juli 2025)

Art. 337

IV. Fristlose Auflösung
1. Voraussetzungen
a. aus wichtigen Gründen

1 Aus wichtigen Gründen kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer jederzeit das Arbeitsverhältnis fristlos auflösen; er muss die fristlose Vertragsauflösung schriftlich begründen, wenn die andere Partei dies verlangt.[207]

2 Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf.

3 Über das Vorhandensein solcher Umstände entscheidet der Richter nach seinem Ermessen, darf aber in keinem Fall die unverschuldete Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung als wichtigen Grund anerkennen.

207 Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 18. März 1988, in Kraft seit 1. Jan. 1989 (AS **1988** 1472; BBl **1984** II 551).

Notizen:

3. Anwendung generell-abstrakter Regeln *(Fortsetzung)*

- Willkürverbot (Art. 9 BV)

Quelle:

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft 101

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

Art. 9 Schutz vor Willkür und Wahrung von Treu und Glauben

Jede Person hat Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden.

Beispiel:

Urteilskopf

99 Ia 143

17. Urteil vom 11. Juli 1973 i.S. Schmid gegen Winzeler, Stadtrat von Schaffhausen und Obergericht als Verwaltungsgericht des Kantons Schaffhausen.

Regeste

Art. 4 BV; Willkürliche Auslegung von Bauvorschriften.
Es ist willkürlich, eine kantonale Vorschrift, wonach der Bau von Hochhäusern nur bewilligt werden darf, wenn sie die Umgebung nicht wesentlich benachteiligen, so auszulegen, dass übermässiger Schattenwurf zwar als wesentliche Benachteiligung angesehen, bei der Prüfung eines konkreten Hochhausprojektes aber nur darauf abgestellt wird, ob dessen Schattenwurf allein, d.h. ohne Rücksicht auf die Schattenwirkungen bereits bestehender Bauten, ein Nachbargrundstück wesentlich benachteiligt. Dies gilt um so mehr, wenn eine kommunale Vorschrift den Bau von Hochhäusern, die ausdrücklich kein Nachbargrundstück durch Schattenwurf unzumutbar beeinträchtigen dürfen, nur im Rahmen von Gesamtüberbauungen zulässt.

Sachverhalt ab Seite 143

BGE 99 Ia 143 S. 143

A.- Art. 53 Abs. 1 des Baugesetzes für den Kanton Schaffhausen (BauG) vom 9. November 1964 bestimmt:
"Eine Baute darf nicht höher als 24 m sein."

BGE 99 Ia 143 S. 144

Art. 54 besagt unter dem Marginale "Ausnahmen":
"Auf Antrag des Gemeinderates kann der Regierungsrat über 24 m hohe Bauten bewilligen, wenn:
1. eine solche Baute das Orts- und Landschaftsbild nicht beeinträchtigt und auf einen verkehrstechnisch geeigneten Ort zu stehen kommt;
2. genügend grosse Freiflächen geschaffen werden;
3. das Mass der Ausnützung der betreffenden Zone nicht überschritten wird;
4. die Umgebung nicht wesentlich benachteiligt wird."
Das kantonale Baugesetz ist ein Rahmengesetz. Die Gemeinden dürfen im Rahmen ihrer Zuständigkeit weitergehende Vorschriften aufstellen. Die Stadt Schaffhausen hat auf Grund des Baugesetzes am 23. April 1968 eine Bauordnung (Bauo) erlassen. Sie regelt in Abschnitt IV die Wohnzonen. Art. 32 befasst sich mit den Gesamtüberbauungen und lautet:
"Als Gesamtüberbauung im Sinne der nachfolgenden Bestimmungen gelten mehrere, auf Grund eines Richtmodells projektierte, aufeinander abgestimmte Wohnbauten, sofern,
a) es sich hinsichtlich Verkehrslage um zweckmässige Projekte handelt, die sich in die Umgebung gut einfügen;
b) das Baugrundstück oder die zusammengehörenden Einzelparzellen mindestens 5000 m2 umfassen;
c) die in der Gesamtüberbauung zugelassenen Bauten mit mehr als sechs Geschossen die Nachbargrundstücke weder durch Schattenwurf noch durch Lichtentzug in unzumutbarer Weise beeinträchtigen."
Bei Gesamtüberbauungen erhöht sich die für die einzelnen Wohnzonen vorgesehene Ausnützungsziffer um 10% (Art. 34 Abs. 2 Bauo). Im übrigen ist die Höhe der Bauten unter Vorbehalt der Beachtung von Art. 54 BauG nicht auf 24 m beschränkt.
Für die Erteilung der Baubewilligung ist grundsätzlich der Gemeinderat zuständig (Art. 60 BauG). Indessen bedarf u.a. die Schaffung von Räumen zum Einstellen von Motorfahrzeugen einer Bewilligung des Regierungsrates bzw. der Baudirektion (Art. 61 BauG). Baubewilligungsentscheide der Gemeinde können an den Regierungsrat weitergezogen werden. Gegen erstinstanzliche Entscheide oder Rekursentscheide des Regierungsrates kann gemäss Art. 34 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 20. September 1971 Beschwerde beim Obergericht als Verwaltungsgericht erhoben werden.

BGE 99 Ia 143 S. 145

B.- Emil Schmid, Landwirt in Schaffhausen, ist Eigentümer der Grundstücke Nr. 6120 und 6140 in Schaffhausen; sie liegen in der Wohnzone mit mittlerer Ausnützung. Zwischen seinen Grundstücken und der Winkelriedstrasse hat Emil Winzeler, Architekt in Neuhausen, auf Grund eines anfangs der sechziger Jahre entworfenen Plans noch vor dem Inkrafttreten des BauG und der Bauo zwei Hochhäuser erstellt. Sie werfen ihren Schatten auf die erwähnten Grundstücke des Emil Schmid. Im Plan war der Bau eines dritten Hochhauses mit 14 Stockwerken vorgesehen. Nachdem aber Winzeler die ihm gehörende Landfläche durch den Kauf des Grundstückes Nr. 6171 vergrössert hatte, plante er ein 47 m hohes Gebäude mit 16 Stockwerken. Am 23. März 1972 reichte er den Baubehörden der Stadt Schaffhausen das Gesuch ein für die Erstellung dieses Wohnhochhauses, Hochhaus "ob de Gruebe" genannt, einer dreigeschossigen Autoeinstellhalle sowie verschiedener Autoabstellplätze auf GB Nr. 6137 und zum Teil auf den Nrn. 6124, 6153 und 6615. Winzeler war der Meinung, das Projekt bilde Teil einer Gesamtüberbauung. Am 25. April 1972 genehmigte der Stadtrat Schaffhausen das Baugesuch, soweit er sich dafür als zuständig erachtete. Der Regierungsrat erteilte am 16. Mai 1972 die Bewilligung für die Überschreitung der in Art. 53 BauG festgelegten Bauhöhe von 24 m, ohne näher auszuführen, inwieweit die von Art. 54 BauG aufgestellten Bedingungen für den Höherbau erfüllt seien. Auf Antrag des Stadtrates bewilligte darauf die kantonale Baudirektion ihrerseits am 16. Juni 1972 das Hochhausprojekt mit Bezug auf die geplante, in ihren Zuständigkeitsbereich fallende Autoeinstellhalle.

Nach der Baupublikation reichte Emil Schmid beim Bezirksrichter Schaffhausen gegen das Bauvorhaben "öffentlich- und privatrechtliche Einsprache" ein. Da diese ausschliesslich öffentlich-rechtliche Beschwerdegründe zum Gegenstand hatte, leitete sie der Bezirksrichter als Rekurs an den Regierungsrat weiter, soweit das Rechtsmittel sich gegen die vom Stadtrat und der Baudirektion erteilte Baubewilligung richtete. Soweit Schmid jedoch den vom Regierungsrat bewilligten Höherbau beanstandete, überwies der Bezirksrichter die Einsprache dem Obergericht des Kantons Schaffhausen als Verwaltungsgericht. Am 3. Oktober 1972 wies der Regierungsrat den Rekurs ab. Schmid zog diesen Entscheid an das Verwaltungsgericht weiter. In seiner Beschwerdeschrift erklärte er u.a., zur Vereinfachung

BGE 99 Ia 143 S. 146

der Sachlage ziehe er die anhängige Verwaltungsgerichtsbeschwerde zurück und ersetze sie durch die neue Beschwerde. Am 10. November 1972 schrieb infolgedessen das Obergericht die ihm vom Bezirksrichter überwiesene Beschwerde als erledigt am Protokoll ab und verpflichtete Schmid, dem Beschwerdegegner Winzeler eine Parteientschädigung von Fr. 7500.-- zu bezahlen. Mit Urteil vom 2. Februar 1973 wies es sodann die Beschwerde ab. Es hielt dafür, für die Bewilligung von über 24 m hohen Bauten sei nach BauG der Regierungsrat allein zuständig, doch sei, da man im zur Beurteilung stehenden Fall ein anderes Vorgehen gewählt habe, auf die ganze Beschwerde einzutreten. Es stellte ferner fest, in der Stadt Schaffhausen könnten Hochhäuser nur auf Grund einer Gesamtüberbauung erstellt werden. Liege gar keine Gesamtüberbauung im Sinne von Art. 32 Bauo vor, müsse die Baubewilligung verweigert werden. Das von Art. 32 Bauo verlangte Richtmodell sei kein verbindlicher Plan, es unterliege keinem behördlichen Beschluss und erfordere keine Genehmigung durch eine Aufsichtsinstanz. Es sei vielmehr eine verwaltungsinterne Entscheidungsgrundlage, um abzuklären, ob mehrere aufeinander abgestimmte Wohnbauten als Gesamtüberbauung anerkannt werden könnten. Das Richtmodell solle der Behörde bei ihrem Entscheid behilflich sein, um festzustellen, ob die Voraussetzungen nach Art. 32 lit. a-c Bauo und gegebenenfalls diejenigen nach Art. 54 BauG erfüllt seien. Änderungen eines ursprünglichen Richtmodells könnten zugelassen werden, wenn damit die Voraussetzungen der Anerkennung der Gesamtüberbauung erfüllt blieben.

Nach Ansicht des Beschwerdeführers könne keine Gesamtüberbauung vorliegen, weil die Hochbauten seine Grundstücke durch unzumutbare Schattenwürfe beeinträchtigen würden; dabei seien die Schattenzeiten zu berücksichtigen, die von allen zur Überbauung gehörenden Hochhäusern verursacht werden. Ob durch den Schattenwurf die Nachbargrundstücke in unzumutbarer Weise beeinträchtigt würden, sei eine Rechtsfrage, bei deren Beantwortung ein unbestimmter Rechtsbegriff anzuwenden sei. Den kantonalen Behörden stehe ein gewisser Beurteilungsspielraum zu, insbesondere wenn dabei örtliche Verhältnisse zu würdigen seien, ein Grenzfall vorliege und die Auslegung schwierig sei. Ein solcher Beurteilungsspielraum sei dem Regierungsrat zuzugestehen. Dieser betrachte in Anlehnung

BGE 99 Ia 143 S. 147

an die Richtlinien des Regionalplanungsamtes Zürich die 2-stündige Schattendauer als Grenzwert, wobei in Grenzfällen unter Umständen auch eine längere Schattendauer zu dulden sei. Dabei habe man grundsätzlich nur die Auswirkungen eines konkreten Projektes in Betracht zu ziehen. Wenn man bei der Beurteilung eines Baugesuches regelmässig auch auf die in der Nachbarschaft bestehenden Bauten abstellen müsste, würde der bauwillige Grundeigentümer in seiner Baufreiheit zusätzlich beschränkt. Dies sei nach Ansicht des Regierungsrates weder in der Absicht des Gesetzgebers gewesen noch könne es der Sinn der auf die konkreten Zonenverhältnisse abgestimmten Bauvorschriften sein. Mit dieser Auslegung habe sich der Regierungsrat im Rahmen des ihm zustehenden Beurteilungsspielraumes gehalten. Die Mitberücksichtigung weiterer

Hochhäuser in der näheren Umgebung könnte zudem auch nach Meinung des Obergerichtes nicht auf Art. 32 lit. c Bauo abgestützt werden. Öffentlich-rechtliche Beschränkungen des Grundeigentums bedürften der klaren gesetzlichen Grundlage; an einer solchen würde es fehlen. Hochhausprojekte sollten zwar hinsichtlich ihrer Einwirkungen auf Nachbargrundstücke unter Berücksichtigung der umstehenden Bauobjekte überprüft werden können. Dass ein Teil des Baulandes des Beschwerdeführers durch die bestehenden Hochhäuser und das zur Diskussion stehende Projekt tatsächlich mit einer sehr langen Schattenzeit beeinträchtigt werde, die unter Umständen eine Verwendung für die zonengemässe Überbauung mit Wohnhäusern verhindere, könne aber aus rechtlichen Gründen nicht verhindert werden. Ob sich allenfalls eine Umzonung gewisser Parzellen des Beschwerdeführers aufdränge, sei von den zuständigen Rechtsetzungsinstanzen zu prüfen. Das Hochhausprojekt Winzeler erreiche mit seinem Schattenwurf die Zweistundengrenze nur knapp und übersteige sie an wenigen Punkten nur leicht, so dass nicht davon gesprochen werden könne, das Nachbargrundstück des Beschwerdeführers werde durch diese Baute in unzumutbarer Weise beeinträchtigt.

Der Beschwerdeführer mache schliesslich eine Verletzung von Art. 54 Ziff. 1 und 4 BauG geltend. Mit Bezug auf die Fragen des Lichtentzuges und des Schattenwurfs sei Art. 54 Ziff. 1 durch Art. 32 Bauo verschärft worden. Es könne deshalb auf das zu Art. 32 Bauo Gesagte verwiesen werden. Weitere Quellen für eine Benachteiligung der Umgebung im Sinne von Art. 54

Ziff. 4 mache der Beschwerdeführer nicht geltend und das Verwaltungsgericht, das den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären habe, finde auch keine solchen.

C.- Gegen das Urteil des Verwaltungsgerichtes führt Emil Schmid staatsrechtliche Beschwerde mit dem Antrag, es seien der Entscheid des Obergerichtes vom 2. Februar 1973 sowie die ihm vorangegangenen Entscheide des Regierungsrates und des Stadtrates aufzuheben.

D.- Emil Winzeler beantragt, es sei auf die Beschwerde nicht einzutreten, eventuell sei sie abzuweisen.

Erwägungen

[...]

4. Lichtentzug und Schattenwurf eines Gebäudes auf benachbarte Grundstücke gehören zu den sogenannten negativen Immissionen. Wie weit diesen mit den Mitteln des Privatrechtes begegnet werden könnte, kann offenbleiben, da im vorliegenden Verfahren der privatrechtliche Immissionsschutz nicht in Frage steht. In neuerer Zeit hat sich das öffentliche Baurecht der Frage angenommen und verbietet zuweilen Bauten, insbesondere Hochhäuser, die durch Lichtentzug und Schattenwurf angrenzende Grundstücke beeinträchtigen würden. Solche baurechtliche Eigentumsbeschränkungen stehen im öffentlichen Interesse, insbesondere im Interesse an geordnetem und gesundem Wohnen. Um vor der Bundesverfassung standhalten zu können, müssen sie aber auch auf gesetzlicher Grundlage beruhen (**BGE 98 Ia 38** E. 2, 199 E. 1, **BGE 97 I 795** E. 2 b).

Das Baurecht des Kantons Schaffhausen bestimmt in Art. 54 BauG, unter welchen Voraussetzungen über 24 m hohe Bauten erstellt werden dürfen. Für die Beurteilung der Beschwerde fällt nur Ziff. 4 in Betracht, da vor Bundesgericht nicht mehr streitig ist, ob die weitern Bedingungen von Art. 54 erfüllt sind. Danach darf durch das Hochhaus die Umgebung nicht wesentlich benachteiligt werden. Damit ist wohl in erster Linie eine Beeinträchtigung der Umgebung in aesthetischer Beziehung gemeint und insoweit stellt Ziff. 4 eine Ergänzung von Ziff. 1, bezogen auf die unmittelbare Nachbarschaft, dar. Der Gesetzeswortlaut gestattet es aber, auch weitere ist. Sie ist dann gegeben, wenn die zonengemässe Benutzung der anstossenden Grundstücke verunmöglicht wird. Das trifft bei Schattenwürfen zu, durch die eine Überbauung der betroffenen Nachbargrundstücke unzumutbar wird. Bei der Beurteilung, ob der Schattenwurf des projektierten Hochhauses die Grundstücke des Beschwerdeführers im Sinne von Art. 54 Ziff. 4 BauG wesentlich benachteilige, stellte der Regierungsrat auf die vom zürcherischen Amt für Regionalplanung im Jahre 1967 erarbeitete "Anleitung zur Bestimmung des Schattenverlaufes von hohen Gebäuden, Die 2-Stunden-Schattenkurve" ab. Diese Studie kommt zum Schluss, dass ein Hochhaus an einem mittleren Wintertag nicht mehr als zwei Stunden Schatten auf einen bestimmten Punkt werfen sollte. Der Regierungsrat oder das Verwaltungsgericht hätten auch eine andere Methode wählen oder eine eigene entwickeln oder sich für jeden Einzelfall die Entscheidung vorbehalten können, was als wesentliche Beeinträchtigung zu gelten habe. Es ist nicht verfassungswidrig, wenn dem Regierungsrat dabei ein gewisser Beurteilungsspielraum zuerkannt wird, denn, wie das Verwaltungsgericht mit Recht annimmt, ist der Begriff der wesentlichen Beeinträchtigung ein unbestimmter Rechtsbegriff, der zwar einheitlich ausgelegt werden muss, bei dessen Anwendung im Einzelfall aber gelegentlich eine Wahl zwischen verschiedenen Möglichkeiten zu treffen ist, die sich nicht immer bis ins Letzte begründen lässt. Hingegen steht dieser Beurteilungsspielraum nicht offen bei der Ermittlung von Sinn, Umfang und Tragweite der gesetzlichen Vorschrift. Bei der Frage, ob bei einer Baubewilligung gemäss Art. 54 BauG bzw. Art. 32 Bauo nur auf die Schattenwirkungen des zu bewilligenden Bauprojektes abzustellen ist, geht es um den Sinn der gesetzlichen Vorschriften, so dass das Verwaltungsgericht hier dem Regierungsrat zu Unrecht einen Beurteilungsspielraum einräumte. Immerhin hat das Bundesgericht die von den kantonalen Instanzen vorgenommene Auslegung nur auf Willkür hin zu prüfen.

5. Die kantonalen Baubehörden sind der Auffassung, dass ein Nachbargrundstück beim Bau eines Hochhauses u.a. durch übermässigen Schattenwurf im Sinne von Art. 54 Ziff. 4 BauG benachteiligt werden kann. Zu entscheiden ist aber, ob dabei nur auf die Schattenwirkungen des zu bewilligenden Projektes auf ein bestimmtes Grundstück abzustellen ist oder auch auf solche, die von bereits bestehenden Gebäuden ausgehen.

BGE 99 Ia 143 S. 151

Entgegen dem Entscheid des Regierungsrates und des Verwaltungsgerichtes sind auch bereits bestehende Bauten zu berücksichtigen. Sie wirken durch ihren Bestand unter Umständen bereits auf das in Frage stehende Nachbargrundstück ein. Ob die Auswirkungen eines neuen Bauvorhabens tragbar sind, ist deshalb nicht isoliert zu prüfen, sondern nur unter Mitberücksichtigung von allenfalls bereits bestehenden Schattenwürfen anderer Bauten auf das gleiche Grundstück. Eine andere Auslegung würde den Schutzzweck von Art. 54 Ziff. 4 BauG offensichtlich verfehlen, die Norm somit klar verletzen und wäre damit willkürlich (**BGE 97 I 352**, **BGE 96 I 627**). Mit Recht weist der Beschwerdeführer darauf hin, dass andernfalls je nach den Umständen der angestrebte Schutzzweck überhaupt nicht erreicht werden könnte, indem die Summierung der Schattenwürfe von immer neuen Hochbauten die zonengemässe Überbauung eines Grundstückes verunmöglicht, weil jedes einzelne Hochhaus zwar keinen übermässigen Schatten wirft, wohl aber mehrere miteinander, was für die Grundstücke des Beschwerdeführers zutrifft, wie das Verwaltungsgericht zugesteht. In einem solchen Falle drängt es sich somit auf, neue Bauprojekte im Interesse der Nachbarn zu beschränken. In diesem Sinne trifft z.B. die bernische Bauverordnung vom 26. November 1970 eine klare Ordnung, indem sie in Art. 130 Abs. 3 bestimmt, dass dort, wo topographische Gegebenheiten oder bestehende Bauten die Besonnung einer Liegenschaft bereits erheblich einschränken, die Beschattungstoleranzen, die die Verordnung im übrigen aufstellt, angemessen zu reduzieren sind.

Das Verwaltungsgericht befürchtet, durch eine solche Gesetzesauslegung werde eine öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung geschaffen, für die es an der klaren gesetzlichen Grundlage fehle. Die Besorgnis ist unbegründet. Art. 54 BauG enthält, wenn auch nur in allgemeiner Form, eine genügende Ordnung, weil die Beschränkung der Baufreiheit mit dem Zweck der Bestimmung in Einklang steht und auch das angewandte Mittel als von ihr gewollt erscheint.

6. Dieses Ergebnis folgt erst recht aus Art. 32 Bauo. Er verschärft Art. 54 BauG insoweit, als Bauten mit mehr als sechs Geschossen, d.h. Hochhäuser, nur in Gesamtüberbauungen und nicht schlechthin zugelassen sind (zum Begriff vgl. ZAUGG, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, S. 143,

BGE 99 Ia 143 S. 152

FRIEDRICH/SPÜHLER/KREBS, Bauordnung der Stadt Winterthur, S. 110 ff., kritisch H. EGGER, Einführung in das zürcherische Baurecht, 3. Auflage, S. 114 f.). Eine Gesamtüberbauung besteht nach Art. 32 Bauo aus mehreren aufeinander abgestimmten Wohnbauten. Die Überbauung gilt aber u.a. nur dann als Gesamtüberbauung, wenn die Bauten die Nachbargrundstücke weder durch Schattenwurf noch Lichtentzug in unzumutbarer Weise beeinträchtigen. Mit dem Verbot der Beeinträchtigung schliesst Art. 32 Bauo an Art. 54 BauG an, wobei dieser insofern weiter gefasst ist, als er bereits eine wesentliche Benachteiligung der Umgebung verbietet.

Die Gesamtüberbauung setzt ausserdem voraus, dass die Bauten auf Grund eines Richtmodells projektiert wurden. Was darunter zu verstehen ist, sagt die Bauordnung nicht. Die Frage kann indes offenbleiben, da vor Bundesgericht nicht streitig ist, dass das Hochhaus "ob de Gruebe" im Rahmen einer Gesamtüberbauung erstellt werden soll. Das zur Beurteilung stehende Projekt für sich allein genommen, kann nicht als Gesamtüberbauung gelten, obschon es mindestens zwei Bauten umfasst, denn es müssten Wohnbauten sein, was nicht zutrifft. Das erforderliche Richtmodell ist offenbar anfangs der sechziger Jahre vom Beschwerdegegner erstellt worden. Damals hatte die Stadt Schaffhausen indessen noch keine Bauordnung und es konnte deshalb auch keine Rede davon sein, die Gesamtüberbauung auf Grund eines Richtmodells zu planen. Nach Inkrafttreten des BauG und der Bauo hat Winzeler kein neues Richtmodell ausgearbeitet. Dass die früher erstellte Überbauungsstudie, die zum Teil schon ausgeführt ist, als Richtmodell im Sinne der Bauo anerkannt wird und damit auch das geplante Hochhaus als Teil der Gesamtüberbauung gelten und als solcher bewilligt werden kann, sofern die übrigen Voraussetzungen nach Bauo erfüllt sind, ist von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden.

Auch wenn das Richtmodell, wie schon sein Name andeutet, nur gewisse Richtlinien für die künftige Überbauung festlegt und spätere Abweichungen in Einzelheiten zulässt, weisen doch Wortlaut und Sinn von Art. 32 Bauo eindeutig darauf hin, dass bei einer Gesamtüberbauung die Auswirkungen sämtlicher im Richtmodell enthaltener Bauten zu berücksichtigen sind, wenn diese mit ihrem Schattenwurf ein Grundstück im Sinne von Art. 32 Ziff. 4 unzumutbar beeinträchtigen. Der Sinn der

Gesamtüberbauung liegt darin, eine von den Baubedingungen der allgemeinen Bauzonen abweichende Überbauung mit in der Regel stärkerer Ausnutzungsmöglichkeit zu gestatten. Da dabei die Nachbarn den Schutz verlieren, den ihnen die allgemeine Zonenordnung gewährt, ist es folgerichtig, die Gesamtüberbauung nur unter Anwendung besonderer Vorsichtsmassregeln zuzulassen, wie sie Art. 32 Bauo vorsieht. Unerheblich ist, ob die Gesamtüberbauung nach der behördlichen Genehmigung des Richtmodells in einem Zuge oder zeitlich gestaffelt ausgeführt wird, sofern nur das Richtmodell mit Bezug auf jene Eigenschaften verbindlich bleibt, die für die Anerkennung der vorgesehenen Überbauung als Gesamtüberbauung massgebend sind. Wenn der letzte Bau, wie im vorliegenden Fall, in zeitlich erheblichem Abstand erfolgt, muss bei der Prüfung des Projektes darauf geachtet werden, dass dieser Bau zusammen mit den übrigen Bestandteilen des Projektes keine unzumutbare Beeinträchtigung der Nachbargrundstücke nach sich zieht. Daraus folgt, dass die Schattenwürfe aller zur Gesamtüberbauung gehörenden Bauten zusammen auf das Grundstück des Beschwerdeführers zu berücksichtigen sind. Eine andere Auffassung verstösst gegen den Wortlaut und gegen den Sinn der Bestimmung und ist unhaltbar. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen, und der angefochtene Entscheid ist aufzuheben.

7. Der Beschwerdegegner bestreitet die vom Beschwerdeführer vertretene und vom Verwaltungsgericht anerkannte Auffassung, wonach alle Schattenwürfe der verschiedenen Hochhäuser zusammen die Grundstücke des Beschwerdeführers in unzumutbarer Weise beeinträchtigen würden. Er macht in der Beschwerdeantwort geltend, die Schattenwürfe beträfen diese Grundstücke nur am Rande. Das Verwaltungsgericht unterliess es, diesen Sachverhalt abzuklären, weil es die im BauG und in der Bauo enthaltenen Vorschriften willkürlich auslegte und damit die Beschwerde willkürlich abwies. Es wird Sache des allfälligen weiteren Verfahrens sein zu untersuchen, wie gross die Schattenwürfe der bestehenden Bauten und des geplanten Hochhauses zusammen auf die Grundstücke des Beschwerdeführers sind, ob dadurch deren Überbauung an Stellen, die für eine Überbauung vernünftigerweise in Frage kommen, verunmöglicht wird, und ob deshalb die Grundstücke des Beschwerdeführers unzumutbar beeinträchtigt werden.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Notizen:

3. Anwendung generell-abstrakter Regeln *(Fortsetzung)*

- Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB, Art. 9 BV), zum Beispiel:
  - widersprüchliches Verhalten (*venire contra factum proprium*)
  - zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstituts
  - interesselose, schikanöse Rechtsausübung

Quellen:

Schweizerisches Zivilgesetzbuch 210

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

B. Inhalt der Rechtsverhältnisse
I. Handeln nach Treu und Glauben

Art. 2

[1] Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln.

[2] Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz.

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft 101

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

Art. 9 Schutz vor Willkür und Wahrung von Treu und Glauben

Jede Person hat Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden.

Beispiele:

Widersprüchliches Verhalten (venire contra factum proprium):

Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4A_48/2008 /len

Urteil vom 10. Juni 2008
I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Corboz, Präsident,
Bundesrichterin Klett, Bundesrichter Kolly,
Gerichtsschreiberin Feldmann.

Parteien
A._____,
Beschwerdeführer,
vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Thierry Calame
und Lara Dorigo,

gegen

X._____ AG,
Beschwerdegegnerin,
vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Martin Hitz und Peter Volkart.

Gegenstand
Patentverletzung,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts
des Kantons Thurgau vom 22. Mai 2007.

Sachverhalt:

A.
A._____ (Kläger, Beschwerdeführer) war Inhaber des am 21. Oktober 1985 angemeldeten europäischen Patents EP 001, dessen Schutzdauer am 20. Oktober 2005 ablief. Er behauptet, die X._____ AG (Beklagte, Beschwerdegegnerin) habe dieses Patent während der Schutzdauer verletzt.
A.a Der Kläger gelangte am 12. Mai 2006 an das Obergericht des Kantons Thurgau mit den Begehren, die Beklagte habe über ihre angeblichen Verletzungshandlungen während der Zeit vom 30. April 1986 bis zum 20. Oktober 2005 Rechnung zu legen (Ziffer 1) und die Beklagte sei zu verpflichten, nach Wahl des Klägers den durch die Verletzungshandlungen erzielten Schaden zu ersetzen oder den Gewinn herauszugeben (Ziffer 2).
A.b Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klage mit der Begründung, der angeblich verletzte Patentanspruch 11 des EP 001 sei in der Schweiz nichtig, sie habe keine Verletzung begangen und allfällige Ansprüche des Klägers seien jedenfalls verwirkt und verjährt.

B.
Das Obergericht des Kantons Thurgau wies die Klage mit Urteil vom 22. Mai 2007 ab. Das Gericht kam zum Schluss, der Kläger habe nicht erst, wie er behaupte, im Jahre 2004 von den angeblichen Verletzungshandlungen erfahren, sondern darum bereits Mitte 1994 gewusst. Da er es nicht nur während der Abklärungen zur Verbesserung der Lamellentechnik im Blick auf eine Zusammenarbeit mit der Beklagten vermieden habe, diese auf die behauptete Patentverletzung anzusprechen, sondern auch später keine Patentverletzung geltend gemacht habe, habe die Beklagte in guten Treuen davon ausgehen dürfen, der Kläger halte an seinen ursprünglichen Vorwürfen nicht fest. Das Obergericht erkannte, der Anspruch des Klägers sei aufgrund seines langjährigen rechtsmissbräuchlichen Zuwartens verwirkt.

C.
Mit Beschwerde in Zivilsachen stellt der Beschwerdeführer die Rechtsbegehren, das Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 22. Mai 2007 sei aufzuheben und die Sache sei zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen, eventuell sei die Klage im Sinne seiner Rechtsbegehren vom 7. Dezember 2006 gutzuheissen. Er rügt, die Vorinstanz habe Art. 2 Abs. 2 und Art. 8 ZGB verletzt mit der Annahme, sein Anspruch sei verwirkt; sie habe den Sachverhalt willkürlich festgestellt insbesondere mit der Annahme, er habe die patentverletzenden Gegenstände seit dem Jahre 1994 gekannt und nach dem Scheitern der Zusammenarbeit Anlass gehabt, den Vorwurf der Patentverletzung zu wiederholen. Sie habe sodann unzureichend geprüft, ob die Beschwerdegegnerin einen wertvollen Besitzstand erlangt habe und deren Gutgläubigkeit zu Unrecht bejaht. Zudem habe sie Art. 29 BV verletzt.

D.
Die Beschwerdegegnerin beantragt in der Antwort, die Beschwerde sei abzuweisen. Das Obergericht des Kantons Thurgau schliesst in der Vernehmlassung unter Hinweis auf den angefochtenen Entscheid auf Abweisung der Beschwerde.

Erwägungen:

[...]
3.
Nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr muss der Inhaber eines Immaterialgüterrechtes seine Rechte durchsetzen, wenn er von deren Verletzung erfährt und darf diese nicht dulden, um seine Ansprüche in einem Zeitpunkt gegen den Usurpator geltend zu machen, in dem die Folgen für den Verletzer völlig unzumutbar geworden sind. Ein solches Vorgehen widerspricht nach konstanter Rechtsprechung dem Rechtsmissbrauchsverbot von Art. 2 Abs. 2 ZGB. Zwar ist eine Verwirkung wegen verspäteter Rechtausübung nicht leichthin anzunehmen, da nur der offenbare Missbrauch eines Rechtes nicht geschützt werden darf (**BGE 117 II 575** E. 4a S. 577). Verzögerte Rechtsausübung kann indes selbst dann missbräuchlich sein, wenn sie auf fahrlässiger Unkenntnis der Rechtsverletzung beruht, wenn dem Verletzer zuzubilligen ist, er habe die pflichtwidrig unterbliebene Reaktion in guten Treuen als Duldung auffassen dürfen (**BGE 117 II 575** E. 4b S. 578).

3.1 Bei der Verletzung von Kennzeichen ist nach der Praxis erforderlich, dass sich der Verletzer einen wertvollen Besitzstand aufgebaut hat (vgl. die Zusammenfassung der Praxis im Urteil 4C.371/2005 vom 2. März 2006 E. 3.1, publ. in: sic! 2006, S. 500). Die Voraussetzung des wertvollen Besitzstandes lässt sich nicht ohne weiteres auf die Verletzung anderer Immaterialgüterrechte übertragen (David, Der Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, SIWR Bd. I/2, 2. Aufl. 1998, S. 75). Damit die Folgen für den Verletzer völlig unzumutbar sind, ist zwar erforderlich, dass dieser in guten Treuen Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne weiteres rückgängig gemacht werden können. Derartige Dispositionen sind aber für die Produktion und den Absatz von Gütern regelmässig nötig. Dass Dispositionen getroffen worden sind, die sich nicht ohne weiteres rückgängig machen lassen, darf daher bei der Verletzung von Patenten ohne gegenteilige Anhaltspunkte regelmässig angenommen werden, wenn die Verletzung über lange Zeit geduldet worden ist. Die Rüge des Beschwerdeführers, die Vorinstanz habe unzureichend geprüft, ob die Beschwerdegegnerin einen wertvollen Besitzstand erlangt habe, ist unbegründet.

3.2 Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen der Verwirkung im angefochtenen Urteil zutreffend dargestellt. Sie hat in Würdigung der Beweise geschlossen, der Beschwerdeführer habe von der angeblichen Patentverletzung bereits seit Mitte 1994 Kenntnis gehabt, und er habe keinen Anlass gehabt, mit der Durchsetzung seiner Ansprüche rund 10 Jahre zuzuwarten; die Beschwerdegegnerin habe dagegen davon ausgehen dürfen, dass er seine Vorwürfe nicht aufrechterhalte, nachdem er mit ihr zur Verbesserung ihrer Produkte zusammengearbeitet habe. Der Beschwerdeführer rügt unter anderem, damit sei Art. 8 ZGB verletzt. Die allgemeine bundesrechtliche Beweisvorschrift von Art. 8 ZGB regelt die Folgen der Beweislosigkeit. Ist eine rechtserhebliche Tatsache weder bewiesen noch widerlegt, so ist Art. 8 ZGB verletzt, wenn die Beweislast falsch verteilt wird (vgl. **BGE 134 III 224** E. 7.2 S. 234; **133 III 507** E. 5.2 S. 510; **128 III 271** E. 2a/aa S. 273). Die Norm ist aber auch verletzt, wenn die Voraussetzung der Beweislosigkeit zu Unrecht bejaht oder verneint wird, weil der Beurteilung ein falsches Beweismass zugrundegelegt (vgl. zum Beweismass **BGE 132 III 715** E. 3.1 S. 719 f.; **130 III 321**) oder weil Beweislosigkeit angenommen wird, obwohl die beweisbelastete Partei taugliche Beweismittel prozessual gehörig angeboten hatte, diese aber nicht abgenommen worden sind (**BGE 122 III 219** E. 3c S. 223 f.; vgl. für den Gegenbeweis auch **BGE 129 III 18** E. 2.6 S. 24 f.; **115 II 305**). Wird dagegen in Beachtung des bundesrechtlich vorgegebenen Beweismasses in Würdigung der vorhandenen Beweise eine rechtserhebliche Tatsache als bewiesen oder als widerlegt erachtet, so ist die bundesrechtliche Beweisvorschrift von Art. 8 ZGB nicht verletzt, denn sie regelt die Beweiswürdigung nicht und schliesst auch die antizipierte Würdigung von Beweisen nicht aus (**BGE 131 I 153** E. 3 S. 157; **122 III 219** E. 3 c S. 223 f.). Die Vorinstanz hat ihrer Beweiswürdigung das Regelbeweismass der vollen Überzeugung zugrunde gelegt und ist zutreffend davon ausgegangen, dass Beweislosigkeit nicht vorliegt. Die Rüge der Verletzung von Art. 8 ZGB ist unbegründet.

4.
Der Beschwerdeführer beruft sich auf Art. 9 BV und rügt, die Vorinstanz habe willkürlich angenommen, dass er seit Mitte 1994 von den Handlungen der Beschwerdegegnerin Kenntnis gehabt habe, die er als patentverletzend erachtet. Denn es seien ihm keine patentverletzenden Radiatoren geliefert worden und er sei ohne diese Lieferung nicht in der Lage gewesen, die Verletzung zu erkennen. Ausserdem habe er auf die Beteuerungen der Beschwerdegegnerin vertrauen dürfen und sei auf eine Untersuchung der patentverletzenden Produkte nicht angewiesen gewesen, um diese zu verbessern. Schliesslich habe er auch nach dem Scheitern der Zusammenarbeit mit der Beschwerdegegnerin keinen Anlass gehabt, Patentverletzungsvorwürfe zu wiederholen. Seine Absichten seien im angefochtenen Entscheid willkürlich festgestellt worden; auch habe die Vorinstanz die Gutgläubigkeit der Beschwerdegegnerin willkürlich bejaht.

4.1 Willkürlich ist ein Entscheid nach konstanter Praxis, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Das Bundesgericht hebt einen Entscheid dabei nur auf, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist; dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht (**BGE 132 I 175** E. 1.2 S. 177; **129 I 8** E. 2.1 S. 9).

4.2 Die Vorinstanz ist von der Sachdarstellung des Beschwerdeführers ausgegangen, wonach er bereits vor einer Besprechung mit der Beschwerdegegnerin im Januar 1994 Kenntnis davon gehabt hatte, dass diese Heizkörper herstellte, welche gewisse Ähnlichkeiten mit seinem Patent aufwiesen und dass ihm bekannt war, dass die Beschwerdegegnerin ihrerseits in der Schweiz ein Patent (CH Nr. 002) angemeldet hatte, das mit seinem Patent gewisse Ähnlichkeiten zu haben schien. Sie hat die Vorbringen des Beschwerdeführers als nicht überzeugend verworfen, dass er wegen sprachlicher Schwierigkeiten die Patentschrift der Beschwerdegegnerin nicht habe verstehen können. Sie hat auch seine Behauptung als unglaubwürdig verworfen, dass er aufgrund der Reaktion der

Beschwerdegegnerin keinen Anlass zu weiteren Nachforschungen gehabt habe. Ausserdem hat sie angenommen, der Beschwerdeführer habe im Blick auf eine beabsichtigte Zusammenarbeit aufgrund seines Begehrens im Schreiben vom 12. Mai 1994 zwei Radiatoren geliefert bekommen und damit die behauptete Patentverletzung abklären können. Schliesslich hielt die Vorinstanz die Darstellung der Umstände nicht für überzeugend, unter denen der Beschwerdeführer zwar im Jahre 2004, nicht jedoch im Jahre 1994 Kenntnis von den Ähnlichkeiten der Heizkörper der Beschwerdegegnerin mit seinem Patent erhalten habe, die er als Verletzung qualifiziert.

4.3 Die Vorinstanz hat entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers in erster Linie erwogen, er hätte die von ihm als Verletzung seiner patentierten Erfindung qualifizierten Ähnlichkeiten der von der Beschwerdegegnerin hergestellten Heizkörper schon aus der Patentschrift CH Nr. 002 der Beschwerdegegnerin ersehen können. Sie hat insofern willkürfrei geschlossen, dass der Beschwerdeführer naheliegenderweise eine Übersetzung dieser Patentschrift in die englische Sprache bei seinen Patentanwälten in Auftrag gab, wenn er der deutschen Sprache nicht mächtig war und aus den Zeichnungen zu wenig deutlich ersehen konnte, ob die von ihm als möglich erachtete Verletzung vorliege. Die Behauptung des Beschwerdeführers, dass aus den Zeichnungen bzw. der Abbildung 5 nicht erkennbar sei, dass die von ihm als Verletzung qualifizierte Ähnlichkeit bestehe, vermag jedenfalls die Beweiswürdigung nicht als willkürlich auszuweisen. Die Vorinstanz hat die Behauptung des Beschwerdeführers in vertretbarer Weise als unglaubwürdig verworfen, dass er sich durch die Beteuerungen der Organe der Beschwerdegegnerin von einer genaueren Prüfung seines Verdachts habe abhalten lassen. Es ist notorisch, dass die Meinungen über die Frage in guten Treuen geteilt sein können, ob bestimmte Ausführungen in den Schutzbereich eines Patents fallen oder ob sie dieses nicht verletzen. Es ist schlechterdings nicht nachvollziehbar, dass ein Fachmann aufgrund blosser Beteuerungen auf eigene Abklärungen verzichten könnte und damit letztlich seiner eigenen Beurteilung weniger vertrauen würde als der nicht autorisierten Meinung eines - interessierten - Dritten. Die Vorinstanz ist jedenfalls nicht in Willkür verfallen mit dem Schluss, der Beschwerdeführer habe sich von eigenen Nachforschungen und insbesondere von einer eingehenden Prüfung der Patentschrift der Beschwerdegegnerin weder durch sprachliche Barrieren noch durch die gegenteiligen Beteuerungen der Organe der Beschwerdegegnerin abhalten lassen. Die Feststellung der Vorinstanz, dass die Ähnlichkeiten, auf die sich der Beschwerdeführer beruft, aus der Patentschrift CH Nr. 002 der Beschwerdegegnerin ersichtlich sind, bestreitet er im Übrigen nicht.

4.4 Die Vorinstanz ist entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers nicht in Willkür verfallen mit der Annahme, er habe im Jahre 2004 jedenfalls nicht mehr über die beanstandeten Produkte der Beschwerdegegnerin gewusst als im Jahre 1994. Sie hat dabei zusätzlich auch willkürfrei aus dem Schreiben des Beschwerdeführers vom 12. Mai 1994 abgeleitet, dass ihm die Beschwerdegegnerin auf seinen Wunsch (zwei) Muster ihrer Radiatoren zustellte. Sie hat dabei angenommen, dass der Beschwerdeführer in irgendeiner Weise reagiert hätte, wenn die Beschwerdegegnerin sich geweigert hätte, dem im Schreiben vom 12. Mai 1994 geäusserten Wunsch nach einer Überlassung des "X._____ Model" nachzukommen. Die Vorinstanz hat auch das Schreiben entgegen den Vorbringen des Beschwerdeführers nicht missverstanden, wenn sie daraus den Wunsch ableitete, die Beschwerdegegnerin möge zwei (recte drei) ihrer Radiatoren (Sample No. 1, No. 2 und No. 3) "X._____ Model" zur Verfügung stellen. Dass die Lieferung nicht an die Adresse des Beschwerdeführers, sondern an eine von ihm genannte Drittperson erfolgen sollte, ändert nichts daran, dass die Radiatoren in die Verfügungsgewalt des Beschwerdeführers gelangten. Wenn die Vorinstanz auch daraus schloss, dem Beschwerdeführer wäre es möglich gewesen, die von ihm behauptete Patentverletzung an den Ausführungen der Beschwerdegegnerin abzuklären, ist dies jedenfalls im Ergebnis vertretbar.

4.5 Die Vorinstanz hat auch ohne Willkür die Gutgläubigkeit der Beschwerdegegnerin bejaht. Die Rüge des Beschwerdeführers beruht auf der Annahme, dass die Beschwerdegegnerin um seine angeblich beschränkte Kenntnis gewusst habe, während die Vorinstanz ohne Willkür die volle Kenntnis des Beschwerdeführers um die Ausführung der Beschwerdegegnerin feststellte, die er als Verletzung erachtet. Ausserdem verkennt der Beschwerdeführer mit seiner Rüge, dass die Beschwerdegegnerin bzw. deren Organe durchaus in guten Treuen der Ansicht sein können, dass ihre Ausführungen nicht in den Schutzbereich seines Patents fallen, während er selbst den Schutzbereich seiner Erfindung anders definiert.

4.6 Die Vorinstanz hat die Beweise nicht willkürlich gewürdigt und den Sachverhalt nicht offensichtlich unrichtig festgestellt, wenn sie annahm, der Beschwerdeführer habe bereits im Jahre 1994 die Gegenstände der Beschwerdegegnerin gekannt, die er im Jahre 2004 als patentverletzend beanstandete. Sie hat aufgrund dieser Feststellung zutreffend geschlossen, dass der Beschwerdeführer nach rund 10-jährigem Zuwarten mit der Geltendmachung seiner Ansprüche rechtsmissbräuchlich handelt, so dass er seine angeblichen Ansprüche verwirkt hat. Die Rügen des Beschwerdeführers sind - soweit sie sich nicht ohnehin in einer appellatorischen Kritik erschöpfen - abzuweisen.

5.
Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Gerichtskosten sind dem Ausgang des Verfahrens entsprechend dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Er hat der Beschwerdegegnerin deren Parteikosten für das vorliegende Verfahren zu ersetzen (Art. 68 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

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

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 8'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.
Der Beschwerdeführer hat die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 9'000.-- zu entschädigen.

4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Thurgau schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 10. Juni 2008
Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin:

Corboz Feldmann

Urteilskopf

112 II 330

56. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 24. September 1986 i.S. Genossenschaft M. gegen Frau N. (Berufung)

Regeste

Art. 216 OR, **Art. 2 ZGB**. Grundstückkauf, Formmangel, Rechtsmissbrauch.
1. Die öffentliche Beurkundung eines Grundstückkaufes erfordert nach Bundesrecht, dass in der Urkunde auch das Vertretungsverhältnis richtig angegeben wird, wenn ein Dritter für eine Partei handelt (E. 1).
2. Berufung auf einen Formmangel, nachdem der Vertrag beidseitig freiwillig und irrtumsfrei erfüllt worden ist. Offengelassen, ob Formungültigkeit zur absoluten Nichtigkeit des Vertrages führt und der Mangel stets von Amtes wegen zu berücksichtigen ist (E. 2)
3. Umstände, unter denen die Berufung auf den Formmangel, insbesondere wegen dessen Art, sich als missbräuchlich erweist (E. 3).

Sachverhalt ab Seite 330

BGE 112 II 330 S. 330

A.- Am 21. Dezember 1981 beurkundete Notar X. einen Vertrag über 835 m2 Bauland in der Gemeinde Riom-Parsonz, das die Genossenschaft M. zum Preise von Fr. 120'000.-- an Frau N. verkaufte. Für die Genossenschaft handelte ihr Vorstand, der laut Vertrag durch A. vertreten war. Dazu kam ein Dienstbarkeitsvertrag über ein Durchfahrtsrecht, für das die Käuferin Fr. 20'000.-- zu bezahlen hatte. Frau N. bezahlte die beiden Beträge und wurde als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen.

BGE 112 II 330 S. 331

Die "Feinerschliessung" des Baulandes sollte gemäss Vertrag zusammen mit anderen Grundeigentümern bis spätestens im Herbst 1982 erfolgen. Da sie sich verzögerte und auch nach zwei Jahren noch nicht ausgeführt war, erklärte Frau N. am 19. Januar 1984 den Rücktritt vom Vertrag, dem sich die Genossenschaft widersetzte.

B.- Am 2. Juli 1984 klagte Frau N. beim Bezirksgericht Plessur gegen die Genossenschaft M. auf Feststellung, dass der Kaufvertrag wegen Rücktritts bzw. Nichteintritts einer Bedingung dahingefallen sei; sie verlangte ferner, dass die Beklagte ihr gegen Rückübertragung des Eigentums die bezahlten Fr. 140'000.-- nebst Zins Zug um Zug zurückzuerstatten habe.
Das Bezirksgericht hiess die Klage am 19. April 1985 gut, da die Klägerin zu Recht wegen Verzugs der Beklagten zurückgetreten sei. Die Beklagte appellierte an das Kantonsgericht von Graubünden, das die Klage am 11. November 1985 ebenfalls schützte, aber fand, dass der Kaufvertrag wegen Verstosses gegen Vorschriften über die öffentliche Beurkundung nichtig sei.

C.- Die Beklagte hat gegen das Urteil des Kantonsgerichts Berufung und wegen Verletzung von **Art. 4 BV** auch staatsrechtliche Beschwerde eingereicht. Mit der Berufung beantragt sie, das Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.
Das Bundesgericht heisst die Berufung dahin gut, dass es das angefochtene Urteil aufhebt und die Sache zur Prüfung der Frage, wie es sich mit dem Rücktritt der Klägerin nach Art. 107 f. OR verhält, an das Kantonsgericht zurückweist.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1. Das Kantonsgericht hält den Kaufvertrag vom 21. Dezember 1981 wegen fehlerhafter Beurkundung für nichtig. Es unterscheidet dabei zutreffend zwischen bundesrechtlichen Mindestanforderungen an die Beurkundung und zusätzlichen Formvorschriften des kantonalen Rechts (Art. 55 SchlT/ZGB; **BGE 106 II 147** ff.). Davon geht auch die Beklagte aus, da sie die Verletzung von Bundesrecht mit der Berufung, die Verletzung kantonalen Rechts dagegen mit der staatsrechtlichen Beschwerde rügt. Es rechtfertigt sich, die Berufung entgegen der Regel des **Art. 57 Abs. 5 OG** vorweg zu beurteilen, weil die Beschwerde gegenstandslos wird, wenn das Schicksal des Vertrages so oder anders nicht von der mangelhaften Beurkundung abhängt.

BGE 112 II 330 S. 332

a) Es steht fest, dass der Vorstand der Beklagten sich anlässlich der Beurkundung nicht, wie in der Urkunde angegeben, durch A., sondern durch B. vertreten liess. Nach Auffassung des Kantonsgerichts widerspricht die Beurkundung deswegen Bundesrecht, da die einwandfreie Bezeichnung der Parteien und ihrer Vertreter im Vertrag zu den bundesrechtlichen Mindestanforderungen gehöre und der Notar mit seiner Feststellung über die Mitwirkung der beteiligten Personen und deren Erklärungen auch seine Wahrheitspflicht verletzt habe. Für die Beklagte ist dagegen entscheidend, dass die Vertragsparteien in der Urkunde richtig angegeben worden sind; unrichtig sei nur die Bezeichnung ihres Vertreters, was den Vertrag aber nicht ungültig mache, da ein Vertreter auch formlos ermächtigt werden könne, ein Grundstück zu verkaufen.

Das Kantonsgericht nimmt mit Recht an, dass die Form des streitigen Vertrages schon den bundesrechtlichen Mindestanforderungen nicht genügt. Mit der öffentlichen Beurkundung des Grundstückkaufes soll eine sichere Grundlage für den Eintrag im Grundbuch geschaffen werden. Die Urkundsperson hat deshalb alle für das Rechtsgeschäft wesentlichen Tatsachen und Willenserklärungen der Parteien im Vertrag festzuhalten (**BGE 106 II 147** E. 1 und **BGE 99 II 161** E. 2a mit Zitaten). Zu diesen Tatsachen gehört auch die genaue Bezeichnung der Parteien, welche sich durch die Erklärungen berechtigen und verpflichten, sowie die Angabe des Vertretungsverhältnisses, wenn ein Dritter für eine Partei handelt (**BGE 45 II 565** und das in ZGBR 54/1973 S. 367 ff. veröffentlichte Urteil des Bundesgerichts vom 4. Juli 1972). Wieso es zulässig sein soll, dass die Urkundsperson im Vertrag einen Vertreter angibt, der nicht erscheint, den tatsächlich erscheinenden dagegen verschweigt, ist unerfindlich. Dass ein Vertreter auch formlos ermächtigt werden kann, ändert nichts am Erfordernis, dass das Vertretungsverhältnis in der Urkunde richtig wiederzugeben ist (**BGE 99 II 162** E. 2b).

b) Die Beklagte anerkennt, dass Formwidrigkeit einen formgebundenen Vertrag unter Vorbehalt von Rechtsmissbrauch nichtig macht. Es braucht daher vorerst nicht geprüft zu werden, ob das Vorgehen des Notars, wie das Kantonsgericht annimmt, bundesrechtlich auch sonst zu beanstanden sei, weil er bezüglich Anmerkungen und Vormerkungen lediglich auf das Grundbuch verwiesen und der Urkunde beigeheftete Belege über Quartierservituten nicht unterzeichnet habe.

2. Die Beklagte hielt den Versuch der Klägerin, den Kaufvertrag wegen Formwidrigkeit zu Fall zu bringen, schon im kantonalen

BGE 112 II 330 S. 333

Verfahren für missbräuchlich. Das Kantonsgericht liess diese Einrede nicht gelten, weil die Klägerin den Formfehler weder verschuldet noch beizeiten erkannt und deshalb den Vertrag aus Irrtum erfüllt habe. Die Beklagte hält an ihrer Einrede, die Klägerin handle missbräuchlich, auch vor Bundesgericht fest. Sie macht geltend, beide Parteien hätten den Vertrag vollständig erfüllt. Die Klägerin habe sich sodann um die Erschliessung der Parzelle gekümmert und erst hierauf wegen der Verzögerung, die dabei eingetreten sei, den Rücktritt erklärt; sie übe ihr Recht zweckwidrig aus und benehme sich daher missbräuchlich, wenn sie sich nun auf einen Formfehler berufe, um sich vom Vertrag loszusagen.

a) Das Bundesgericht hat seine Rechtsprechung zu solchen Einreden letztmals 1978 überprüft (**BGE 104 II 101** E. 3) und 1980 bestätigt (**BGE 106 II 151** E. 3). Es führte im ersten Entscheid insbesondere aus, die Frage, ob sich die Berufung auf Formwidrigkeit eines Vertrages wegen Rechtsmissbrauchs verbiete, entscheide sich nicht allgemein nach starren Regeln, sondern nach den Umständen des Einzelfalles. Dabei sei insbesondere die Tatsache, dass beide Parteien den Vertrag bereits freiwillig erfüllt hätten, von Bedeutung; sie schliesse zwar nicht aus, dass die Nichtigkeit des Vertrages dennoch berücksichtigt werde, lasse die Berufung auf den Formmangel aber doch als missbräuchlich erscheinen, wenn sich aus den übrigen Umständen, namentlich aus dem Verhalten der Parteien bei oder nach Vertragsschluss, nicht eindeutig das Gegenteil ergebe.

Diese Zusammenfassung der Rechtsprechung kann sich genau besehen nur auf **BGE 92 II 325** E. 3 stützen, während nach den übrigen Präjudizien, insbesondere nach **BGE 72 II 43** E. 3, die beidseitige freiwillige Erfüllung die Berufung auf den Formmangel nicht für sich allein, sondern nur in Verbindung mit zusätzlichen Gründen missbräuchlich macht. Die mit **BGE 92 II 325** E. 3 aufgestellte Regel ist von der Lehre als Änderung der Rechtsprechung verstanden (MERZ, in ZBJV 104/1968 S. 49) und auch im Anschluss an **BGE 104 II 101** E. 3 mehrheitlich gebilligt worden (GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, Skriptum zu OR Allg. Teil I N. 453; SCHÖNENBERGER/GAUCH, N. 156 zu **Art. 18 OR**; ebenso im Ergebnis von TUHR/PETER, OR I S. 238; BUCHER, OR Allg. Teil S. 148; BUCHER in ZBGR 56/1975 S. 74). Dass bei beidseitiger Erfüllung des formnichtigen Vertrages Rechtsmissbrauch zu vermuten ist, bedeutete im übrigen keine grundlegende Änderung, hatte doch schon die frühere Rechtsprechung angenommen, die Berufung auf den Formmangel nach Vertragserfüllung sei jedenfalls dann missbräuchlich, wenn der Mangel bei

BGE 112 II 330 S. 334

Vertragsschluss bewusst in Kauf genommen worden oder gar gewollt gewesen sei (**BGE 87 II 34**, **BGE 86 II 404**, **BGE 78 II 228**, **BGE 72 II 43** E. 3, **BGE 53 II 165**).

b) Auch die neuere Rechtsprechung hält für entscheidend, ob eine Partei sich des angerufenen Formmangels bei Abschluss des Vertrages oder doch bei dessen Erfüllung bewusst gewesen ist. Sie verlangt nicht bloss, dass der Vertrag beidseitig freiwillig, sondern auch irrtumsfrei erfüllt worden ist (**BGE 104 II 104** E. 3c). Das entspricht herrschender Lehre (BUCHER, S. 148; GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, N. 453) und bedeutet, dass die Berufung einer Partei auf einen Formmangel nicht rechtsmissbräuchlich ist, wenn sie den Vertrag in Unkenntnis des Mangels abgeschlossen und erfüllt hat (DESCHENAUX, in Schweiz. Privatrecht Bd. II S. 191; MERZ, N. 475 und 484 zu **Art. 2 ZGB**; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 80 zu **Art. 11 OR**). Wer einen formnichtigen Vertrag freiwillig erfüllt, ohne den Mangel zu kennen, verhält sich in der Tat nicht widersprüchlich, handelt folglich auch nicht missbräuchlich, wenn er sich nachträglich wegen des Mangels auf Nichtigkeit beruft. Das gilt selbst dann, wenn angenommen wird, die beidseitige Erfüllung des Vertrages heile den Formmangel, mache also nicht nur dessen Anrufung missbräuchlich (VON TUHR/PETER, S. 238; BUCHER, S. 147).

Eine andere Frage ist, ob unbekümmert um die Art des Mangels daran festgehalten werden kann, dass Formungültigkeit zur absoluten Nichtigkeit des Vertrages führe und der Formmangel stets von Amtes wegen zu berücksichtigen sei (**BGE 106 II 151** E. 3 mit Zitaten); sie stellt sich namentlich nach den kritischen Bemerkungen LIVERS (in ZBJV 118/1982 S. 117/18) über "ganz unannehmbare Konsequenzen", die sich dabei ergeben könnten. Dass das Hinwegsehen über einen Formmangel nicht eine absolute Heilung im Sinne von § 313 des deutschen BGB zur Folge hat, ist anerkannt (MEIER-HAYOZ, N. 141 zu **Art. 657 ZGB**; DESCHENAUX, S. 190 ff.; BUCHER, in Archiv für die civilistische Praxis 186/1986 S. 42 ff.). Ob aber aufgrund zutreffender Auslegung der Formvorschriften oder auf dem Umweg über das Missbrauchsverbot angenommen wird, dass eine beidseitig freiwillige Erfüllung den Mangel unbeachtlich mache, vermag das Ergebnis kaum entscheidend zu beeinflussen (Merz, N. 468 zu **Art. 2 ZGB**; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 108/9; GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, N. 457; VOLKEN, in Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung 15/1981 S. 465 ff.). Jedenfalls folgt daraus nicht notwendig, dass die freiwillige Erfüllung des Vertrages durch beide Parteien auch dann heilende Wirkung habe, wenn

BGE 112 II 330 S. 335

sie den Mangel nicht kennen. Es ist zudem wenig sinnvoll, die Formungültigkeit stets von Amtes wegen als absolute Nichtigkeit zu behandeln, dann aber diese Folge über **Art. 2 Abs. 2 ZGB** ohne Rücksicht auf die Motive der Parteien wieder zu korrigieren. Wie es sich damit grundsätzlich verhält, braucht vorliegend indes nicht weiter geprüft zu werden.

3. Nach dem angefochtenen Urteil hat die Klägerin die Mängel der Beurkundung weder beim Abschluss noch bei der Erfüllung des Vertrages erkannt, sich darüber also geirrt. Die gegenteiligen Behauptungen der Beklagten sind als Kritik an der Beweiswürdigung der Vorinstanz nicht zu hören (**BGE 96 II 27** E. 2b, **BGE 95 II 40** E. 3, **BGE 90 II 453**). Es steht ferner fest, dass die Klägerin am 19. Januar 1984 den Rücktritt vom Vertrag erklärt hat, weil das Grundstück nicht, wie vereinbart, bis spätestens Herbst 1982 erschlossen worden ist. Mit der Klage sodann wollte sie vorweg festgestellt wissen, dass der Kaufvertrag infolge Rücktritts bzw. Nichteintritts einer Bedingung dahingefallen sei. Erst im kantonalen Rechtsmittelverfahren berief sie sich auch auf Nichtigkeit des Kaufs wegen fehlerhafter Beurkundung, obschon der Vertrag längst beidseitig erfüllt worden war. Eine missbräuchliche Rechtsausübung ist nach Auffassung des Kantonsgerichts gleichwohl zu verneinen, weil die Beurkundung nicht nur gegen Übereilung schütze und eine fachmännische Beratung garantiere, sondern auch Klarheit über das Rechtsgeschäft schaffe und damit der Beweissicherung und der Rechtssicherheit diene.

a) Es trifft zu, dass das Gesetz mit der öffentlichen Beurkundung solche Zwecke verfolgt, insbesondere die Parteien schützen und auch allgemeinen Interessen dienen will (**BGE 90 II 281** E. 6, **BGE 84 II 642**, **BGE 78 II 224**; DESCHENAUX, S. 189; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 45 ff. zu **Art. 11 OR**; GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, N. 411 ff). Schutz vor Übereilung und Beweissicherung fallen aber kaum mehr ins Gewicht, wenn wie hier eine öffentliche Beurkundung tatsächlich stattgefunden hat; dass diese einen genügenden Grundbuchausweis ergab, zeigt die erfolgte Eintragung; die Rechtssicherheit verlangt schliesslich eher, dass der Eintrag aufrechterhalten wird. Deshalb darf angenommen werden, dass der Schutz- und Sicherungszweck der Beurkundung mit der beidseitigen Erfüllung des Vertrages entfällt. Selbst wenn diese Folge nicht leichthin einer Heilung des Formmangels gleichzusetzen ist, darf ihre Bedeutung bei der Frage, ob in der Berufung auf den Mangel eine zweckwidrige Rechtsausübung zu erblicken ist, nicht verkannt werden.

BGE 112 II 330 S. 336

Unter welchen Umständen diese Frage zu bejahen ist, kann der Rechtsprechung allerdings nicht mit Sicherheit entnommen werden, da sie sich dazu sehr unterschiedlich, ja widersprüchlich äussert. So wurde die Berufung auf den Formmangel wiederholt als zweckwidrig und missbräuchlich erklärt, weil eine Partei damit z.B. die Wertsteigerung des Grundstücks auf Kosten der Gegenpartei ausnützen oder sich vertraglichen Gewährleistungspflichten entziehen wollte (**BGE 92 II 327**, **BGE 90 II 157** E. 2d mit Hinweisen; DESCHENAUX, S. 192; MEIER-HAYOZ, N. 145 zu **Art. 657 ZGB**; VOLKEN, S. 464). Es ist aber auch entschieden worden, dass es nicht Sache der den Mangel anrufenden Partei sei, ein schutzwürdiges Interesse darzutun (**BGE 90 II 26** E. 2a); selbst spekulative Beweggründe machten ihr Vorgehen nicht missbräuchlich (**BGE 90 II 28** E. 2d, **BGE 86 II 262**; ebenso MERZ, N. 505 zu **Art. 2 ZGB**); es sei auch zulässig, dass die Partei sich vom Vertrag wegen Sachmängeln oder deshalb lossagen wolle, weil sie ihn sonst für unvorteilhaft halte (**BGE 87 II 33** E. 4b).

b) Vorliegend ist die strengere Betrachtungsweise am Platz. Die Klägerin war über zwei Jahre unangefochten als Eigentümerin der gekauften Parzelle im Grundbuch eingetragen. Sie hat sich auch als solche benommen, sich insbesondere zusammen mit anderen Grundeigentümern wiederholt um die Erschliessung des Baulandes bemüht. Weil sie dabei auf immer mehr Schwierigkeiten stiess, versuchte sie den Vertrag im Januar 1984 wegen Nichterfüllung oder Nichteintritts einer Bedingung rückgängig zu machen, berief sich aber erst im Verlaufe des Prozesses ergänzend auch auf den Formmangel. Gewiss hat sie davon erst nachträglich erfahren; dass sie sich bei sofortiger Aufdeckung des Mangels anders verhalten, sich insbesondere auf den Schutz- oder Sicherungszweck der Beurkundung berufen und von der Erfüllung abgesehen hätte, ist dem angefochtenen Urteil jedoch nicht zu entnehmen. Es geht deshalb zum vornherein nicht an, von einer irrtümlichen Vertragserfüllung zu sprechen, zumal aus ihren Bemühungen um die Erschliessung der Parzelle erhellt, wie sehr sie an einer Vertragserfüllung nach ihren Vorstellungen interessiert war. Ihre Berufung auf den Formmangel erweist sich nach ihrem eigenen Verhalten vielmehr als zweckwidrig und damit als missbräuchlich.

Zum gleichen Ergebnis gelangt man, wenn die Art des Formmangels berücksichtigt wird. Dieser betrifft weder die Willensäusserungen der Klägerin noch den Inhalt des Vertrages, sondern ausschliesslich die Identität des Vertreters, der für die Beklagte zur

BGE 112 II 330 S. 337

Beurkundung erschienen ist. Zwar geht es, wie eingangs ausgeführt, auch dabei um eine rechtserhebliche Tatsache, deren Falschbeurkundung den Vertrag ungültig macht. Entscheidend für die zweckwidrige Berufung auf den Mangel bleibt indes, wen die Formvorschrift schützen will (**BGE 72 II 43** E. 3; ebenso GUHL/MERZ/KUMMER, S. 108; DESCHENAUX, S. 192/93; MERZ, N. 484 zu **Art. 2 ZGB**). Die Identität eines Vertreters ist zweifellos von erheblicher Bedeutung für den Vertretenen, der sich seine Erklärungen anrechnen lassen muss; sie kann auch für den andern Vertragspartner bedeutsam werden, wenn der Vertretene sich seinen Verpflichtungen unter Hinweis auf fehlende Ermächtigung entziehen will. Dafür liegt hier aber nichts vor; die Beklagte will vielmehr den Vertrag und damit auch das Handeln ihres Vertreters gegen sich gelten lassen. Unter diesen Umständen steht es der Klägerin nicht an, sich auf die falsche Beurkundung des Vertretungsverhältnisses zu berufen, um eine Parzelle loszuwerden, an der sie mangels gelungener Erschliessung offenbar nicht mehr interessiert ist.

Aus dem Hinweis des Kantonsgerichts auf weitere Verstösse gegen eidgenössisches und kantonales Beurkundungsrecht ergäbe sich ebenfalls nichts zugunsten der Klägerin. Dass der Notar sich mit einer blossen Verweisung auf das Grundbuch begnügt hat, statt auch die Vormerkungen und Anmerkungen über die Parzelle in die Urkunde aufzunehmen, und dass er den Anhang zum Vertrag zwar mit seinem Stempel versehen, aber nicht unterzeichnet hat, hätte allenfalls den Grundbuchverwalter veranlassen können, die Urkunde zu beanstanden. Dies ist nicht geschehen; die Klägerin ist vielmehr vorbehaltlos als neue Eigentümerin der Parzelle im Grundbuch eingetragen worden, weshalb sich auch die Berufung auf eine allfällige Formungültigkeit infolge der weiteren Verstösse als zweckwidrig und missbräuchlich erwiese.

Zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstituts:

Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5A_498/2007/bnm

Urteil vom 28. Februar 2008
II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Raselli, Präsident,
Bundesrichterin Escher, Bundesrichter Meyer,
Gerichtsschreiber von Roten.

Parteien
F._____-Familienstiftung,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Rechtsanwalt Peter Niggli,

gegen

1. Schweizerische Eidgenossenschaft, 3003 Bern,
2. Kanton Obwalden, 6060 Sarnen,
3. Einwohnergemeinde E._____,
Beschwerdegegner,
alle drei vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Remigius Küchler,

Gegenstand
Widerspruchs- und Anfechtungsklage,

Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts
des Kantons Obwalden, als Appellationsinstanz in Zivilsachen, vom 5. Juli 2007.

Sachverhalt:
A.
S._____ errichtete am 18. Juli 1975 die "F._____-Familienstiftung". Er verpflichtete sich, der Stiftung als Grundkapital das Eigentum an der Liegenschaft L._____ zu verschaffen. Die Stiftung erwarb am 18. Oktober 1975 die Parzelle Nr. xxxx im Halte von 4'012 m² (Wohnhaus mit Umschwung). Im Jahr 2000 überbaute der Stifter das Grundstück neu mit einem Einfamilienhaus und dazugehörigem Pferdestall und Schwimmbad.

Laut Errichtungsurkunde bezweckt die Stiftung, die Liegenschaft L._____ (Parzelle Nr. xxxx) der Familie des Stifters zu erhalten und das wirtschaftliche und berufliche Fortkommen derselben nach Möglichkeit sicher zu stellen durch das Ausrichten von Beiträgen in näher umschriebenen Fällen, unter anderem an bedürftige oder in Not geratene Familienmitglieder. Die Beiträge werden vorab aus Kapitalerträgen und Stiftungszuwendungen bestritten (Art. 4) unter Vorbehalt eines Notstandes, der es gestattet, einen Viertel des Grundkapitals aufzuzehren (Art. 3 Abs. 2). Organe der Stiftung sind der Stiftungsrat (Art. 6 ff.), eine Stiftungsverwaltung, die einem Mitglied des Stiftungsrats oder einem Dritten übertragen werden kann (Art. 10 f.), sowie die Kontrollstelle (Art. 12). Der Stiftungsrat besteht aus zwei Mitgliedern (Präsident und Beisitzer). Als erste Mitglieder wurden der Stifter und seine Ehefrau eingesetzt. Im Fall des Ausscheidens eines Mitglieds aus dem Stiftungsrat bezeichnet das verbleibende das neue Mitglied (Art. 6). Einzelzeichnungsberechtigt ist der Präsident (Art. 7), dessen Stimme an der Stiftungsratssitzung bei Stimmengleichheit doppelt zählt (Art. 8 der Errichtungsurkunde).

S._____ demissionierte am 3. Oktober 2002 als Präsident des Stiftungsrats und bezeichnete X._____ als Präsidentin und Y._____ als Beisitzerin. Die Familienstiftung belastete die Parzelle Nr. xxxx am 14. Januar 2004 zu Gunsten von S._____ mit einem Wohnrecht.
B.
Die Schweizerische Eidgenossenschaft, der Kanton Obwalden und die Einwohnergemeinde E._____ (fortan: Beschwerdegegner) betrieben S._____ im März 2004 für ausstehende Steuern der Jahre 1987 bis 1992. Sie erhielten einen provisorischen Verlustschein über rund 4.9 Mio. Franken. Auf Grund eines Steuerarrestes gegen S._____ vom 11./17. Oktober 2005 mit anschliessender Nachpfändung vom 11. November 2005 wurde das Grundstück L._____, Parzelle Nr. xxxx mit Arrest belegt und gepfändet. Der betreibungsamtliche Schätzungswert beträgt rund 1 Mio. Franken (einschliesslich Inventar). Als Eigentümerin der Parzelle Nr. xxxx erhob die F._____-Familienstiftung (hiernach: Beschwerdeführerin) Eigentumsansprache, die die Beschwerdegegner bestritten.

Auf Klage der Beschwerdegegner entschied das Kantonsgericht Obwalden, der Anspruch der Beschwerdeführerin am Eigentum des Grundstücks Nr. xxxx wird für das Arrestverfahren Nr. 200511 / Betreibungsamt Obwalden aberkannt und es wird festgestellt, dass dieses Grundstück für das Verfahren der Arrestprosequierung dem Vollstreckungssubstrat S._____ zuzurechnen ist, ohne das zu seinen Gunsten eingeräumte Wohnrecht. Weiter wurde der Anspruch der Beschwerdeführerin am Eigentum der Fahrnisgegenstände Positionen 01 bis 27 und 33 gemäss Nachpfändung vom 11. November 2005 in den Betreibungen Nr. 20040743 bis 20040755 und 20041077 des Betreibungsamtes Obwalden aberkannt und festgestellt, dass diese Gegenstände dem Vollstreckungssubstrat S._____ zuzurechnen sind (Urteil vom 26. April 2006).

Die Appellation der Beschwerdeführerin wies das Obergericht des Kantons Obwalden ab (Urteil vom 5. Juli 2007).
C.
Dem Bundesgericht beantragt die Beschwerdeführerin, die Klage der Beschwerdegegner abzuweisen und ihrer Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Die Beschwerdegegner schlossen - ausser bezüglich der Fahrnisgegenstände - auf Abweisung des Begehrens um aufschiebende Wirkung und stellten ein Gesuch um Sicherstellung der Parteientschädigung, dessen Abweisung wiederum die Beschwerdeführerin antrug. Das Obergericht hat auf Vernehmlassungen verzichtet. Es wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung gewährt, das Gesuch um Sicherstellung hingegen abgewiesen (Präsidialverfügungen vom 26. September 2007 und vom 4. Oktober 2007). In der Sache sind keine Vernehmlassungen eingeholt worden.

Erwägungen:
1.
Die Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG ist grundsätzlich zulässig. Sie gestattet die Rüge der Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich verfassungsmässiger Rechte (Art. 95 Abs. 1 lit. a BGG; **BGE 133 III 446** E. 3.1 S. 447; **133 I 201** E. 1 S. 203), so dass die Erhebung der subsidiären Verfassungsbeschwerde entgegen der Annahme der Beschwerdeführerin nicht erforderlich ist (Art. 113 BGG). Auf die Beschwerde kann eingetreten werden. Formelle Einzelfragen werden im Sachzusammenhang zu erörtern sein.
2.
Hauptstreitpunkt ist der umgekehrte Durchgriff, der es ausnahmsweise gestatten soll, das Eigentum der Beschwerdeführerin, einer juristischen Person, in der Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner S._____ zu pfänden und nötigenfalls zu verwerten. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes vorauszuschicken:
2.1 Die rechtliche Selbstständigkeit juristischer Personen ist zu beachten. Ein Abweichen von diesem Grundsatz setzt erstens die Abhängigkeit der juristischen Person von einer hinter ihr stehenden Person und damit die Identität der wirtschaftlichen Interessen der juristischen Person und der sie beherrschenden Person voraus. Die Berufung auf die rechtliche Selbstständigkeit der juristischen Person muss zweitens dazu führen, dass Gesetzesvorschriften umgangen, dass Verträge nicht erfüllt oder dass sonstwie berechtigte Interessen Dritter offensichtlich verletzt werden. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, kann es sich ausnahmsweise rechtfertigen, vom beherrschten auf das beherrschende Subjekt oder umgekehrt "durchzugreifen" (zuletzt: **BGE 132 III 489** E. 3.2 S. 493 und 737 E. 2.3 S. 742), d.h. - fallbezogen - in die Zwangsvollstreckung gegen die beherrschende Person das Vermögen der beherrschten Person einzubeziehen (für den Arrest: **BGE 102 III 165** E. II/1 S. 169/170; **126 III 95** E. 4 S. 97 f.).

2.2 Die erste Voraussetzung des Durchgriffs besteht in der wirtschaftlichen Identität von juristischer Person und ihrem Mitglied. Sie beinhaltet die Möglichkeit der Beherrschung und bedingt ein Abhängigkeitsverhältnis, das irgendwie - zulässig oder unzulässig, lang- oder kurzfristig, zufällig oder planmässig - geartet sein kann und das auf Anteilseignerschaft oder aber auf anderen Gründen beruht wie vertraglichen Bindungen oder familiären, verwandtschaftlichen und freundschaftlichen Beziehungen. Die zweite Voraussetzung des Durchgriffs besteht in der rechtsmissbräuchlichen Berufung auf die rechtliche Selbstständigkeit der juristischen Person. Es bedarf nicht der Gründung einer juristischen Person zu missbräuchlichen Zwecken, sondern es genügt die missbräuchliche Verwendung bzw. die missbräuchliche Berufung auf die Trennung zwischen juristischer Person und beherrschender Person. Zur Annahme von Rechtsmissbrauch müssen geradezu eine Massierung unterschiedlicher und ausserordentlicher Verhaltensweisen im Sinne eigentlicher Machenschaften und eine qualifizierte Schädigung Dritter vorliegen. Typische Fallgruppen sind namentlich die Sphären- und Vermögensvermischung, d.h. die ungenügende Beachtung der Selbstständigkeit der juristischen Person gegenüber der beherrschenden Person, die Fremdsteuerung, z.B. durch Verfolgung von Sonderinteressen der beherrschenden Person zulasten der juristischen Person, oder die Unterkapitalisierung der juristischen Person in einer Weise, dass ihre Lebensfähigkeit gefährdet ist (vgl. für einen Überblick: Weber, Juristische Personen, SPR II/4, Basel 1998, § 10/III/B S. 188 ff., und für eine Zusammenstellung der teilweise nicht veröffentlichten Rechtsprechung: Groner, Wann haftet ein Aktionär - und warum?, SJZ 101/2005 S. 1 ff., S. 4 ff. Ziff. III/A).
2.3 Das Durchgriffsproblem kann sich bei allen juristischen Personen und damit auch bei Stiftungen (vgl. **BGE 115 Ib 517** E. 13d/aa S. 554), insbesondere bei Familienstiftungen stellen (vgl. Weber, a.a.O., § 6/IV/C, S. 104 bei Anm. 130; Vez, La fondation: lacunes et droit désirable, Diss. Fribourg 2004, S. 83 f. N. 279 und S. 95 N. 322). Die Stiftung ist ein rechtlich verselbstständigtes Zweck- oder Sondervermögen. Möglichkeiten der Einflussnahme und Beherrschung der Stiftung bestehen vorab auf der Ebene der Organisation (vgl. **BGE 120 II 137** E. 3c-d S. 140 ff.), weshalb insbesondere die zur Vertretung der Stiftung befugten Personen im Handelsregister eingetragen werden müssen (Art. 81 Abs. 2 ZGB), eine Revisionsstelle vorgeschrieben ist (Art. 83a-83b ZGB) und eine staatliche Aufsicht besteht (Art. 84 ZGB). Familienstiftungen indessen bedürfen keiner Eintragung in das Handelsregister (Art. 52 Abs. 2 ZGB), unterstehen der staatlichen Aufsicht nicht (Art. 87 Abs. 1 ZGB) und sind von der Pflicht befreit, eine Revisionsstelle zu bezeichnen (Art. 87 Abs. 1bis ZGB). In Anbetracht der gesetzlichen Regelung kann die Gefahr der missbräuchlichen Verwendung einer Familienstiftung durch die sie vertretenden Personen bestehen. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (S. 6 Ziff. 9-10) stellt sich die Durchgriffsfrage vor allem auch bei Familienstiftungen.
3.
Das Obergericht hat die wirtschaftliche Identität der Beschwerdeführerin mit ihrem Stifter, dem heutigen Schuldner, bejaht.

3.1 Gemäss den Bestimmungen der Errichtungsurkunde über den Stiftungsrat (Art. 6 ff.) ist dessen Präsident allein verfügungsberechtigt. Er zeichnet für die Stiftung (Art. 7) und kann sämtliche Beschlüsse auch gegen den Willen des zweiten Mitglieds des Stiftungsrats durchsetzen, zumal seine Stimme an der Stiftungsratssitzung bei Stimmengleichheit doppelt zählt (Art. 8 der Errichtungsurkunde). In tatsächlicher Hinsicht steht fest, dass der Schuldner von 1975 bis 2002 einzelzeichnungsberechtigter Präsident des Stiftungsrats war. Formell hat er diese Funktion im Oktober 2002 abgegeben. Das Obergericht ist davon ausgegangen, dass der Schuldner gleichwohl - faktisch - die Stiftung weiterhin beherrscht habe. Es hat dargelegt, dass zwischen dem Schuldner und den beiden neu eingesetzten Stiftungsrätinnen persönliche und geschäftliche Beziehungen bestanden hätten und dass dem Schuldner dadurch die indirekte Verfügungsmacht über die Stiftung erhalten geblieben sei. Einen Beleg dafür hat das Obergericht namentlich in der Tatsache erblickt, dass die Stiftungsrätinnen dem Schuldner ein Wohnrecht eingeräumt hätten. Dieses Wohnrecht am Grundkapital der Stiftung habe nicht in deren Interesse gelegen, hätte doch der Stiftungszweck durch den Abschluss eines Mietvertrags besser erreicht werden können, wenn überhaupt davon ausgegangen werden wollte, beim Schuldner habe die für Leistungen der Stiftung vorausgesetzte "Notlage" vorgelegen (E. 5a S. 22 f. und E. 5i S. 30 f. des angefochtenen Urteils).

Stichhaltiges wendet die Beschwerdeführerin dagegen nicht ein. Sie anerkennt, dass der Schuldner Präsident ihres Stiftungsrats während langer Jahre war und damit sämtliche Entscheidungsbefugnisse in seiner Person vereinigt hat (S. 5 Ziff. 6 und S. 6 f. Ziff. 12). Dass seine Stellung auch nach der formellen Demission als Präsident des Stiftungsrats nicht geändert hat, vermag die Beschwerdeführerin mit der einfachen Behauptung des Gegenteils nicht erfolgreich in Frage zu stellen (S. 8 Ziff. 17). Sie zeigt in keiner nachvollziehbaren Weise auf, inwiefern dem Schuldner ein Wohnrecht an der gesamten Liegenschaft eingeräumt werden musste, obwohl der Schuldner als Destinatär der Stiftung auf Grund seiner angeblichen Notlage ohnehin Anspruch darauf gehabt hätte, im Sinne des Stiftungszweckes das Einfamilienhaus zu bewohnen (S. 7 Ziff. 15 der Beschwerdeschrift). Als einleuchtend und naheliegend erscheint die unwidersprochene Erklärung des Obergerichts, der Schuldner habe sich im Frühjahr 2004 zusätzlich für Fall von Zwangsvollstreckungen absichern wollen, weil Ende 2003 die Steuerforderungen und Steuerbussen gegen ihn rechtskräftig wurden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.315-318/2003 vom 24. Oktober 2003, versendet am 12. November 2003).

Auf Grund der festgestellten Tatsachen und Indizien durfte das Obergericht annehmen, dass der Schuldner bei der Beschwerdeführerin eine beherrschende Stellung eingenommen hat, und zwar bis Oktober 2002 direkt in der Funktion des Präsidenten des Stiftungsrats und danach indirekt auf Grund seiner engen Beziehungen zu den von ihm neu eingesetzten Stiftungsrätinnen.
3.2 Die Errichtungsurkunde sieht eine Kontrollstelle vor (Art. 12). Organisatorisch ist damit eine gewisse Beschränkung der weitreichenden Entscheidungsbefugnisse des Stiftungsratspräsidenten gewährleistet. Nach Art. 12 bestimmt der Stiftungsrat jeweils auf die Dauer von vier Jahren eine Kontrollstelle (Abs. 1), die alle zwei Jahre die Stiftungsrechnung prüft, eine allfällige Wertschriftenverwaltung überwacht und dem Stiftungsrat über ihre Tätigkeit Bericht und Antrag erstattet (Abs. 2). In tatsächlicher Hinsicht steht fest, dass bis im Oktober 2002 keine Kontrollstelle vorhanden war und die alsdann neu eingesetzte Kontrollstelle der Steuerbehörde mitteilen musste, es fehlten Jahresrechnungen der Stiftung, und dass die Beschwerdeführerin ihre Buchführung weiterhin nicht belegt hat. Das Obergericht hat daraus gefolgert, das Fehlen der vorgeschriebenen Kontrollstelle sowie das Unterlassen der Buchführung hätten es dem Schuldner ermöglicht, frei und ohne Kontrolle über das Vermögen der Beschwerdeführerin wie über sein eigenes zu verfügen (E. 5b S. 23 f. des angefochtenen Urteils).

Die Beschwerdeführerin behauptet nichts Gegenteiliges und weist lediglich darauf hin, dass seitens der Aufsichtsbehörde all die vielen Jahre nie eine Rüge laut geworden sei (S. 7 Ziff. 13 der Beschwerdeschrift). Welche Aufsichtsbehörde gemeint sein soll, ist unklar. Die Beschwerdeführerin untersteht als Familienstiftung keiner staatlichen Stiftungsaufsicht (E. 2.3 hiervor) und hat gemäss aktenkundigem Auszug aus dem Handelsregister auch keiner Aufsichtsbehörde unterstanden (KB 80). Richtig ist, dass bei Familienstiftungen eine gewisse Kontrolle durch die Steuerbehörden stattfindet (Künzle, Stiftungen und Nachlassplanung, in: Stiftung in der juristischen und wirtschaftlichen Praxis, Zürich 2001, S. 1 ff., S. 18). Diesbezüglich hat das Obergericht aber - unwidersprochen (vgl. S. 7 Ziff. 16 der Beschwerdeschrift) - festgehalten, dass die Steuerbehörden die Beschwerdeführerin nicht als selbstständiges Steuersubjekt anerkannt und das Stiftungsvermögen direkt beim Schuldner besteuert haben (E. 5b S. 23 f. des angefochtenen Urteils; vgl. zu dieser Praxis: Riemer, Berner Kommentar, 1975, N. 596 des System. Teils und N. 34 zu aArt. 88/89 ZGB; Wipfli, Besteuerung der Vereine, Stiftungen und übrigen juristischen Personen, Diss. Basel 2000, Druck Muri/Bern 2001, S. 196 und S. 200 ff.).

In Anbetracht der Sachlage durfte das Obergericht davon ausgehen, dass der Schuldner als Stifter in seinen umfassenden Entscheidungsbefugnissen weder durch die vorgesehene Kontrollstelle noch von Seiten staatlicher Behörden eingeschränkt war.
3.3 Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass der Schuldner die Beschwerdeführerin allein beherrscht hat. Bis zu seinem formellen Rücktritt im Oktober 2002 haben ihm wegen der Organisation der Stiftung sämtliche Entscheidungsbefugnisse in allen Belangen zugestanden, die er ohne nachhaltige Kontrolle ausüben konnte. Nach seinem Ausscheiden aus dem Stiftungsrat hat die entscheidende Einflussmöglichkeit des Schuldners auf Grund seiner Beziehung zu den beiden neuen Stiftungsrätinnen fortbestanden.
4.
Die Art und Weise, wie der Schuldner seine umfassenden Entscheidungsbefugnisse ausgeübt hat, belegen eine missbräuchliche Verwendung der Beschwerdeführerin. Das Obergericht durfte ohne Verletzung von Bundesrecht das Vorliegen sowohl der Sphären- und Vermögensvermischung als auch der Fremdsteuerung bejahen.
4.1 Eine ungenügende Beachtung der Selbstständigkeit der Beschwerdeführerin als juristischer Person durch den Schuldner als sie beherrschende Person hat das Obergericht zur Hauptsache darin erblickt, dass der Schuldner die als Stiftungsvermögen zugewendete Liegenschaft über Jahre hinweg selber bewohnt hat, ohne die Voraussetzungen (z.B. Notlage) zu erfüllen, die erst einen Anspruch auf Leistungen der Stiftung begründen. Es hat daraus weitergehend gefolgert, bei der Beschwerdeführerin handle es sich um eine nichtige Unterhalts- oder Genussstiftung (E. 4b/cc S. 18 f., E. 5f. S. 27 f. und E. 6a S. 33). Die Beurteilung hat das Obergericht durch das Verhalten des Schuldners bei der Überbauung der Liegenschaft und im Pfändungsverfahren bestätigt gesehen. Der Schuldner habe zwischen seiner und der Person der Beschwerdeführerin nicht unterschieden (E. 5d S. 26 f. und E. 5g S. 28 des angefochtenen Urteils).
-:-
Die Beschwerdeführerin wendet ein, der Schuldner sei ihr Destinatär und habe deshalb die Liegenschaft bewohnen dürfen, bestreitet aber nicht oder jedenfalls nicht ausreichend substantiiert, dass der Schuldner die Voraussetzungen für Leistungen gemäss dem Stiftungszweck früher nicht erfüllt hat; er soll sich erst seit ein paar Jahren in der vorausgesetzten Notlage befinden (S. 4 f. Ziff. 4-7 der Beschwerdeschrift). In rechtlicher Hinsicht ist heute unbestritten, dass sich der Stifter bestimmte Sonderrechte am Stiftungsvermögen vorbehalten kann (vgl. Riemer, a.a.O., N. 368 ff. des System. Teils). Dass eigentliche Sonderrechte zu Gunsten des Stifters begründet worden wären, ist hier indessen nicht festgestellt. Auf Grund des obergerichtlichen Sachverhalts muss vielmehr davon ausgegangen werden, dass der Schuldner als Stifter und Präsident des Stiftungsrats während langer Jahre rechtswidrig gehandelt und das Stiftungsvermögen zweckwidrig genutzt hat. Dieses Verhalten kann ein Indiz für die wahren Absichten des Stifters sein und die Annahme einer Simulation oder Gesetzesumgehung rechtfertigen (vgl. Riemer, a.a.O., N. 65 und N. 155 des System. Teils). Selbst wenn hier nicht so weit gegangen werden wollte, weil inzwischen die Voraussetzung einer Notlage im Sinne des Stiftungszweckes eingetreten sein könnte, durfte das Verhalten des Stifters und heutigen Schuldners zumindest dahin gehend gewürdigt werden, er habe zwischen seiner Person und der Beschwerdeführerin nie unterschieden.

Das zusätzlich berücksichtigte Verhalten des Schuldners im Zusammenhang mit der Überbauung und im Pfändungsverfahren durften als Bestätigung der Würdigung angesehen werden. Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin geht es nicht darum, dass der Schuldner als damaliger Stiftungsratspräsident die Baueingaben und Verträge unterzeichnen musste (S. 7 Ziff. 14 der Beschwerdeschrift). Aufgefallen ist dem Obergericht vielmehr, dass der Schuldner persönlich als Bauherr und nicht für die Beschwerdeführerin als Bauherrin gehandelt und eine Klarstellung der tatsächlichen Vertretungsverhältnisse nicht für nötig befunden hat (E. 5d S. 26 f. des angefochtenen Urteils). Auch daraus durfte geschlossen werden, dass der Schuldner keinen Unterschied zwischen sich und der Beschwerdeführerin gemacht und ihr Eigentum als sein Eigentum betrachtet hat.
4.2 Eine Verfolgung von Sonderinteressen des Schuldners als beherrschender Person zulasten der Beschwerdeführerin als juristischer Person hat das Obergericht darin erblickt, dass der Schuldner

bereits im Jahre 1991 Konten der Beschwerdeführerin für die Abwicklung eigener Liegenschaftsgeschäfte eingerichtet und benutzt und Inhaberobligationen mit Grundpfandverschreibungen, die zulasten des Grundstücks der Beschwerdeführerin begründet wurden, für seine eigenen Zwecke verwendet habe. Noch wenige Monate vor seinem formellen Ausscheiden aus dem Stiftungsrat habe der Schuldner am 10. Juli 2002 Grundpfandverschreibungen mit Inhaberobligationen im Betrag von insgesamt Fr. 650'000.-- bei einem Vorgang von Fr. 885'000.-- errichten lassen. Der Schuldner habe diese Grundpfandverschreibungen zu Zwecken eingesetzt, die der Aufgabe der Stiftung fremd seien, und dadurch faktisch das Stiftungsvermögen in Widerspruch zum Stiftungszweck und zur Vorschrift der Errichtungsurkunde über die Erhaltung des Grundkapitals (Art. 3 Abs. 2) ausgehöhlt (E. 5c S. 25 f., E. 5h S. 28 f. und E. 6a S. 32 ff. des angefochtenen Urteils). Die obergerichtliche Würdigung, die sich auf eine Vielzahl einzeln aufgezählter Belege und Indizien stützt, vermag die Beschwerdeführerin mit ihren gegenteiligen Behauptungen nicht in Frage zu stellen, geschweige denn mit dem nicht näher begründeten Vorbringen zu entkräften, der Schuldner habe Geld - wenn überhaupt - stets im Namen, im Interesse und zu Gunsten der Beschwerdeführerin angelegt (S. 6 f. Ziff. 12-13 der Beschwerdeschrift). Unter diesen Umständen muss davon ausgegangen werden, der Schuldner habe mit dem Vermögen der Beschwerdeführerin zu deren Lasten eigene Interessen verfolgt.
4.3 Insgesamt muss davon ausgegangen werden, dass der Schuldner das Vermögen der Beschwerdeführerin ab deren Gründung als sein eigenes betrachtet und auch verwendet hat und die Selbstständigkeit der Beschwerdeführerin als juristischer Person in keinem Zeitpunkt ernst genommen oder beachtet hat. Dass er die Beschwerdeführerin lediglich gegenüber Steuerbehörden und nunmehr in den gegen ihn gerichteten Betreibungen als eigenes Rechtssubjekt anerkannt wissen wollte, hat das Obergericht zur Annahme berechtigt, der Schuldner berufe sich missbräuchlich auf die Trennung zwischen der Person der Beschwerdeführerin und ihm selber.
5.
Die Voraussetzungen eines Durchgriffs durften aus den dargelegten Gründen (E. 2-4 hiervor) bejaht werden mit der Folge, dass in die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner das Vermögen der Beschwerdeführerin einzubeziehen ist. Bei diesem Ergebnis kann dahingestellt bleiben, ob die Familienstiftung als nichtige Unterhalts- oder Genussstiftung zu qualifizieren ist, wie dies das Obergericht zusätzlich angenommen hat (E. 4 S. 16 ff. des angefochtenen Urteils). Die Widerspruchsklage der Beschwerdegegner durfte gutgeheissen werden.

[...]

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Die Gerichtskosten von Fr. 10'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
3.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Obwalden, als Appellationsinstanz in Zivilsachen, sowie dem Betreibungsamt Obwalden (Flüelistrasse 1, 6061 Sarnen) schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 28. Februar 2008
Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

Raselli von Roten

Interessenlose, schikanöse Rechtsausübung:

Urteilskopf

93 II 317

44. Urteil der I. Zivilabteilung vom 24. Oktober 1967 i.S. Kalbermatten gegen Theler.

Regeste

Werkvertrag. Unechte Solidarität. Berufung.
Zulässigkeit der Berufung. Streitwert von Klage und Widerklage (Erw. 1).
Berufungsbegründung, Anforderungen (Erw. 2 lit. d).
Unechte Solidarität zwischen Unternehmer und Architekt gegenüber dem Bauherrn. Beschränkung der Haftung des einen belangten Solidarschuldners, weil sein Verschulden durch dasjenige des andern als gemildert erscheint? (Erw. 2).
Werkvertrag über die Erstellung eines Sport-Schwimmbeckens. Verbesserungspflicht des Unternehmers wegen Nichteinhaltung der vereinbarten Länge von 25 m. Rechtsmissbräuchliches Beharren des Bestellers auf genauer Vertragserfüllung? (Erw. 4).
Fälligkeit des Werklohnes bei Mängeln des Werkes (Erw. 5).

Sachverhalt ab Seite 318

BGE 93 II 317 S. 318

A.- Der Eigentümer des Thermalbades Brigerbad, Hans Kalbermatten, Turn- und Sportlehrer und kantonaler Turninspektor, liess eine neue Badeanlage erstellen. Er übertrug im März 1960 dem Bauunternehmer Julius Theler die Erd-, Maurer- und Betonarbeiten für das Sport- und das Kinderbecken und für die Thermal-Badegrotte, sowie die Kanalisationsarbeiten. Diese Arbeiten wurden in der Zeit vom Juni 1960 bis September 1961 ausgeführt. Der Unternehmer stellte Rechnungen im Gesamtbetrage von Fr. 220'090.10, woran der Bauherr Abschlagszahlungen von rund Fr. 170'000.-- leistete. Die Bezahlung des Saldos von Fr. 48'744.05 verweigerte er wegen mangelhafter Ausführung verschiedener Arbeiten.

B.- Mit Klage vom 30. Dezember 1964 forderte Theler von Kalbermatten Bezahlung des Saldos von Fr. 48'744.05 nebst 5% Zins seit 26. April 1961. Diese Forderung setzte er in der Folge auf Grund der Ergebnisse des Beweisverfahrens auf Fr. 38'586.-- nebst Zins herab.

BGE 93 II 317 S. 319

Der Beklagte anerkannte hieran Fr. 23'000.--, machte jedoch verrechnungs- und widerklageweise Gegenforderungen von Fr. 27'000.-- geltend, nämlich
- Fr. 15'000.-- für Verdienstausfall,
- Fr. 2'000.-- für Ersatz eines Schiebers,
- Fr. 10'000.-- für Mehrarbeiten des Architekten.

Demgemäss beantragte er, die Klage abzuweisen und die Widerklage im Betrage von Fr. 4'000.-- nebst 5% Zins ab Inkrafttreten des Urteils zu schützen. Ferner beantragte er, der Widerbeklagte sei zu verurteilen, auf seine Kosten das Sportbecken so umzugestalten, dass es die vertraglichen Ausmasse von 25 m Länge besitze. Diese Arbeiten seien während der Periode durchzuführen, während welcher die Badeanstalt geschlossen ist. Subsidiär stellte er das Begehren, der Widerbeklagte habe ihm als Entschädigung für die Nichteinhaltung der vertraglichen Ausmasse des Sportbeckens Fr. 30'000.-- nebst 5% Zins ab Rechtskraft des Urteils zu bezahlen.
Der Kläger beantragte, die Widerklage abzuweisen.

C.- Das Kantonsgericht des Kantons Wallis schützte nach Durchführung eines Beweisverfahrens (Zeugeneinvernahmen, Parteiverhör, Gutachten Sachverständiger) die Klage im aufrechterhaltenen Betrage von Fr. 38'586.-- nebst 5% Zins seit 26. April 1961; die Widerklage wies es ab.

D.- Der Beklagte hat die Berufung an das Bundesgericht ergriffen. Gemäss seinen Berufungsbegehren anerkennt er nunmehr von der Hauptklage Fr. 35'886.--, erklärt aber diesen Betrag mit den aufrechterhaltenen Gegenforderungen von Fr. 15'000.-- für Verdienstausfall und Fr. 2'000.-- für den Ersatz eines Schiebers zu verrechnen, so dass sich der anerkannte Klageanspruch auf Fr. 18'886.-- vermindert. Ferner hält er an seinem Widerklagebegehren auf Umgestaltung des Sportbeckens und subsidiär an seiner Schadenersatzforderung von Fr. 30'000.-- fest; bei Gutheissung dieses subsidiären Begehrens wäre somit nach Verrechnung mit der restlichen Klageforderung von Fr. 18'886.-- die Widerklage im Betrage von Fr. 11,l 14.- zu schützen.
Der Kläger beantragt, die Berufung abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen.

BGE 93 II 317 S. 320

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

[...]

4. a) Der Beklagte hat mit der Widerklage weiter beantragt, der Kläger sei zu verpflichten, das Sportbecken auf seine Kosten so umzugestalten, dass es die vertraglich vereinbarte Länge von 25 m aufweise; für den Fall der Abweisung dieses Begehrens hat er subsidiär Schadenersatzansprüche von Fr. 30'000.-- geltend gemacht.
Die Vorinstanz hat sowohl das Haupt- wie das Eventualbegehren abgewiesen. Nach ihren verbindlichen Feststellungen hat das Sportbecken zwar nicht die vereinbarte Länge von

BGE 93 II 317 S. 325

25 m, sondern es ist um 5,5 bis 8 cm kürzer. Die Vorinstanz ist jedoch zum Schluss gelangt, es müsse die Betriebsbestimmung und die wirtschaftliche Nutzung der Gesamtanlage mitberücksichtigt werden, und so betrachtet beeinträchtige der geringfügige Längenunterschied die Brauchbarkeit des Sportbeckens nicht. Dem Beklagten sei weder in der Vergangenheit daraus ein Schaden erwachsen, noch sei für die Zukunft mit einem solchen zu rechnen. Der Beklagte könne daher weder die unentgeltliche Verbesserung des Werkes gemäss **Art. 368 Abs. 2 OR** verlangen, die schätzungsweise Fr. 30'000.-- kosten würde, noch habe er Anspruch auf Herabsetzung des Werklohnes wegen Minderwerts des Werkes oder auf Schadenersatz.

b) Dieser Betrachtungsweise kann nicht gefolgt werden. Für die Beurteilung des streitigen Begehrens ist nicht von **Art. 368 OR** auszugehen; denn die Parteien haben, wie die Vorinstanz selber feststellt, einen besonderen Vertrag auf Grund der vom Kläger eingereichten Offerte abgeschlossen. Die somit massgebende Offerteingabe des Klägers verweist zunächst in Ziff. 1 der "Allgemeinen Bestimmungen" auf die "Allgemeinen Bedingungen für die Ausführung von Hocharbeiten des SIA". Damit sind die vom SIA herausgegebenen "Normalien für die Ausführung von Bauarbeiten" (Ausgabe 1948) gemeint. Diese bestimmen in Art. 26 der "Allgemeinen Bedingungen für Bauarbeiten" unter dem Titel "Haftung für Mängel" in Abs. 1:

"Der Unternehmer haftet gemäss Bauvertrag und Gesetz für sorgfältige Ausführung des Werkes... sowie für die Erfüllung der zugesicherten Eigenschaften und für die Tauglichkeit zu dem im Vertrag vorausgesetzten Gebrauch."

Bei Mängeln hat nach Art. 27 Abs. 3 der Bauherr dem Unternehmer eine angemessene Frist zur Behebung anzusetzen; kommt der Unternehmer seiner Verbesserungspflicht nicht nach, so ist nach Art. 27 Abs. 4 der Bauherr berechtigt, "einen dem Minderwert des Werkes entsprechenden Abzug an der Abrechnungssumme zu machen oder, sofern es dem Unternehmer nicht übermässige Kosten verursacht, auf seinem Verbesserungsanspruch zu beharren oder unter Vorbehalt von **Art. 368 Abs. 3 OR** die Annahme zu verweigern, alles vorbehältlich des Anspruchs auf Schadenersatz bei Verschulden".

Ziff. 12 der Allgemeinen Bestimmungen der Offerteingabe sagt dann aber:

"Bei der Ausführung von Maurer- und Eisenbetonarbeiten gewährt die Bauleitung dem Unternehmer eine Toleranz von höchstens 1 cm. Abweichen von den Planangaben über dieses Mass hinaus muss auf Verlangen der Bauführung unverzüglich vom Unternehmer auf eigene Kosten abgeändert werden."

Damit haben die Parteien für die Ansprüche des Bauherrn bei Massmängeln eine besondere Regelung vorgesehen, die sowohl von der gesetzlichen als auch von der in Art. 26/27 der SIA-Bedingungen vorgesehenen Ordnung abweicht, was nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit zulässig war (**BGE 89 II 235** Erw. 4). Nach dieser klaren Vertragsbestimmung kann der Bauherr bei einer Überschreitung der Toleranzgrenze, wie sie hier vorliegt, vom Unternehmer vorbehaltlos die Verbesserung des Mangels auf eigene Kosten verlangen. Nach dem Grundsatz, dass Verträge zu halten sind, ist der Kläger daher verpflichtet, die erforderliche Abänderung des Sportbeckens vorzunehmen. Wie hoch die Kosten dieser Abänderung sind, ist unerheblich, und ebenso braucht der Beklagte keinen Schaden infolge der nicht vertragsgemässen Ausführung des Werkes nachzuweisen.

Die Vorinstanz hält es für unwahrscheinlich, dass der Beklagte überhaupt ernstlich beabsichtigt habe, sportliche Veranstaltungen dieser Art durchzuführen, weil sie den Gesamtbetrieb der Anlage in hohem Masse stören würden und darum unwirtschaftlich wären. Diese auf blossen Vermutungen beruhende Auffassung wird aber schon dadurch widerlegt, dass der Beklagte erhebliche Mehrkosten für Felssprengungen

BGE 93 II 317 S. 327

usw. in Kauf nahm, um ein den reglementarischen Massvorschriften entsprechendes Becken zu erhalten. Zudem pflegen Amateur-Sportschwimmer ihr Training in die Zeit vor oder nach ihrer Berufsarbeit, also ausserhalb des gewöhnlichen Badebetriebes, zu verlegen, und durch die Zuleitung warmen Wassers aus der Thermalquelle könnten Trainingsschwimmen auch ausserhalb der Badesaison, namentlich in den Monaten Mai und Oktober, veranstaltet werden. Im übrigen muss es dem Beklagten anheimgestellt bleiben, ob er eine allfällige Störung des gewöhnlichen Badebetriebes durch sportliche Veranstaltungen in Kauf nehmen will oder nicht.

Dass der Beklagte bis jetzt auf die Durchführung solcher Veranstaltungen verzichtet hat, ist verständlich, weil eine Anerkennung des Schwimmbeckens von vornherein ausgeschlossen war. Aus dem Verzicht des Beklagten auf ihre Durchführung lässt sich daher entgegen der Meinung der Vorinstanz nichts ableiten.

d) Der Kläger ist somit in Gutheissung des Hauptbegehrens des Beklagten zu verpflichten, auf seine Kosten das Sport-Schwimmbecken so umzugestalten, dass es das vertragliche Ausmass von 25 m Länge aufweist (mit einer Toleranz von ± 1 cm für den Beton, die bei den Beendigungsarbeiten, wie Anbringung der Plättchen, leicht ausgeglichen werden kann). Inwieweit ihm für die dadurch verursachten Kosten ein Rückgriff auf die Bauleitung zusteht, bildet wiederum nicht Gegenstand des vorliegenden Prozesses.

Die für die Umgestaltung erforderlichen Arbeiten sind gemäss dem Begehren des Beklagten ausserhalb der normalen Badesaison auszuführen. Um jeder Meinungsverschiedenheit der Parteien in dieser Hinsicht vorzubeugen, ist im Urteilsdispositiv anzuordnen, dass die Umgestaltungsarbeiten bis zum 30. April 1968 ausgeführt werden müssen.

Da das Hauptbegehren auf Herstellung des vertragsgemässen Zustandes geschützt wird, ist das bloss subsidiär gestellte Begehren auf Leistung von Schadenersatz wegen Nichteinhaltung der vertraglichen Ausmasse gegenstandslos.

[...]

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.- In teilweiser Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Wallis vom 8./9. Februar 1967 aufgehoben, und es wird erkannt:

a) Der Beklagte wird verpflichtet, an den Kläger Fr. 35'886.-- zu bezahlen; dieser Betrag ist nach Ablauf von 30 Tagen seit der Abnahme der in nachfolgender lit. b aufgeführten Arbeiten mit 5% zu verzinsen.

b) Der Kläger wird verpflichtet, auf seine Kosten das Sport-Schwimmbecken des Beklagten so umzugestalten, dass es das vertragliche Ausmass von 25 m Länge (mit einer Toleranz von ± 1 cm für den Beton) aufweist; diese Arbeiten müssen bis zum 30. April 1968 ausgeführt werden.

2.- Die weitergehenden Berufungsbegehren werden abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

c) Dem Begehren auf Herstellung des vertragsgemässen Zustandes wäre der Schutz nur zu versagen, wenn es als offenbarer Rechtsmissbrauch im Sinne von **Art. 2 ZGB** erschiene und darum gegen das Gebot zum Handeln nach Treu und Glauben verstiesse. Das ist jedoch nicht der Fall, da der Beklagte für sein Beharren auf richtiger Vertragserfüllung stichhaltige Gründe geltend machen kann. Er hat die Beckenlänge von genau 25 m ausbedungen, um das Becken für sportliche Wettkämpfe oder wenigstens für Trainingsschwimmen für solche verwenden zu können. Das ist aber nur möglich, wenn das Schwimmbecken genau 25, 331/3 oder 50 m misst; auch für blosse Trainingsschwimmen sind zu kurze Becken höchst unangenehm, weil sie keine brauchbaren Zeitmessungen erlauben.

Notizen:

3. Anwendung generell-abstrakter Regeln *(Fortsetzung)*

- Verhältnismässigkeit und Opportunitätsprinzip bei der Rechtsdurchsetzung

Beispiele:

Schweizerisches Strafgesetzbuch **311.0**

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

Art. 66*a*[72]

1*a*. Landesverweisung. a. Obligatorische Landesverweisung

[1] Das Gericht verweist den Ausländer, der wegen einer der folgenden strafbaren Handlungen verurteilt wird, unabhängig von der Höhe der Strafe für 5–15 Jahre aus der Schweiz:

a. vorsätzliche Tötung (Art. 111), Mord (Art. 112), Totschlag (Art. 113), Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord (Art. 115), strafbarer Schwangerschaftsabbruch (Art. 118 Abs. 1 und 2);

[…]

[2] Das Gericht kann ausnahmsweise von einer Landesverweisung absehen, wenn diese für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen. Dabei ist der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren oder aufgewachsen sind.

72 Eingefügt durch Ziff. I 1 des BG vom 20. März 2015 (Umsetzung von Art. 121 Abs. 3–6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer), in Kraft seit 1. Okt. 2016 (AS **2016** 2329; BBl **2013** 5975).

Schweizerisches Strafgesetzbuch **311.0**

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

Art. 67

2. Tätigkeitsverbot, Kontakt- und Rayonverbot.

a. Tätigkeitsverbot, Voraussetzungen

[…]

3 Wird jemand wegen einer der nachfolgenden Straftaten zu einer Strafe verurteilt oder wird deswegen gegen ihn eine Massnahme nach den Artikeln 59–61, 63 oder 64 angeordnet, so verbietet ihm das Gericht lebenslänglich jede berufliche und jede organisierte ausserberufliche Tätigkeit, die einen regelmässigen Kontakt zu Minderjährigen umfasst:

a. Menschenhandel (Art. 182), sofern er die Straftat zum Zwecke der sexuellen Ausbeutung an einem minderjährigen Opfer begangen hat;

b. sexuelle Handlungen mit Kindern (Art. 187), sexuelle Handlungen mit Abhängigen (Art. 188) oder sexuelle Handlungen mit Minderjährigen gegen Entgelt (Art. 196);

c.[96] sexueller Übergriff und sexuelle Nötigung (Art. 189), Vergewaltigung (Art. 190), Missbrauch einer urteilsunfähigen oder zum Widerstand unfähigen Person (Art. 191), Ausnützung einer Notlage oder Abhängigkeit (Art. 193), Täuschung über den sexuellen Charakter einer Handlung (Art. 193*a*), Exhibitionismus (Art. 194), Förderung der Prostitution (Art. 195), unbefugtes Weiterleiten von nicht öffentlichen sexuellen Inhalten (Art. 197*a*) oder sexuelle Belästigungen (Art. 198), sofern er die Straftat an oder vor einem minderjährigen Opfer begangen hat;

d. Pornografie (Art. 197):

1. nach Artikel 197 Absatz 1 oder 3,

2. nach Artikel 197 Absatz 4 oder 5, sofern die Gegenstände oder Vorführungen sexuelle Handlungen mit Minderjährigen zum Inhalt hatten.[97]

[…]

4bis Das Gericht kann in besonders leichten Fällen ausnahmsweise von der Anordnung eines Tätigkeitsverbotes nach Absatz 3 oder 4 absehen, wenn ein solches Verbot nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Straftaten abzuhalten, wie sie Anlass für das Verbot sind. Von der Anordnung eines Tätigkeitsverbotes darf jedoch nicht abgesehen werden, wenn der Täter:

a.[100] verurteilt worden ist wegen Menschenhandel (Art. 182), sexueller 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); oder

b. gemäss den international anerkannten Klassifikationskriterien pädophil ist.[101]

96 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).

97 Fassung gemäss Ziff. I 1 des BG vom 16. März 2018 (Umsetzung von Art. 123*c* BV), in Kraft seit 1. Jan. 2019 (AS **2018** 3803; BBl **2016** 6115).

Zürcher Urteil mit Signalwirkung

Mann verbreitet Pornografie – und kriegt kein lebenslängliches Tätigkeitsverbot

Ein 19-Jähriger, der ein verbotenes Pornografie-Foto auf dem Handy hatte, darf weiterhin mit Kindern arbeiten.



Thomas Hasler
Publiziert 11.09.2021, 10:10



Der Beschuldigte anerkannte, dass er sich der verbotenen Pornografie schuldig gemacht hat.
Illustration: Benjamin Güdel

Der junge Schweizer war von einer unbekannten Person via Snapchat gefragt worden, ob er Interesse an «Bildern von Frauen» habe. Als er dies bejahte, erhielt er eine Woche nach seinem 19. Geburtstag ein Bild, das ihn seinen eigenen Angaben zufolge «schockte»: Auf einem Sofa räkelte sich mit gespreizten Beinen ein gemäss seiner Schätzung etwa elf- bis zwölfjähriges Mädchen, das als einziges Kleidungsstück ein Frotteetuch auf dem Kopf trug.

«Jugendlicher Blödsinn»

«Aus jugendlichem Blödsinn» habe er das Foto via Snapchat an eine Person weitergeschickt, die er nicht näher, sondern nur online kennen gelernt hatte. Er habe damit, «so blöd es tönt, auch andere schocken wollen», sagte der 19-Jährige vor dem Obergericht. Er anerkannte, dass er sich der verbotenen Pornografie schuldig gemacht hat. Ans Obergericht wandte er sich, weil er mit dem lebenslänglichen Tätigkeitsverbot nicht einverstanden war, das ihm die Einzelrichterin am Bezirksgericht Horgen auferlegt hatte.

Denn wird jemand bestraft, weil er Bilder oder Videos besass und weiterschickte, die «sexuelle Handlungen mit Minderjährigen zum Inhalt hatten», sieht das Strafgesetzbuch quasi automatisch ein lebenslängliches Verbot vor, beruflich oder ausserberuflich organisiert mit Minderjährigen, also Personen unter 18 Jahren, zu arbeiten.

Unklar, was «ein besonders leichter Fall» ist

Von diesem Verbot darf nur «in besonders leichten Fällen ausnahmsweise» abgewichen werden, aber auch nur dann, «wenn ein solches Verbot nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Straftaten abzuhalten, wie sie Anlass für das Verbot sind». Bei besonders schweren Sexualdelikten ist ein Verzicht ebenso ausgeschlossen wie bei einem Täter, der «gemäss den international anerkannten Klassifikationskriterien pädophil ist».

Verbot trotz günstiger Prognose

So hatte die Einzelrichterin am Bezirksgericht Horgen ein lebenslängliches Tätigkeitsverbot und sogar eine Bewährungshilfe angeordnet, obwohl sie (bei einem Strafrahmen bis zu fünf Jahren Gefängnis) die von der Staatsanwaltschaft beantragte bedingte Geldstrafe von 120 Tagessätzen und eine Busse von 900 Franken wegen des leichten Verschuldens weiter auf 80 Tagessätze und eine Busse von 400 Franken senkte.

Die Richterin glaubte dem jungen Mann, «dass wohl keine pädosexuellen Beweggründe im Vordergrund der Weiterleitung des Bildes standen». Trotzdem könne «nicht abschliessend beurteilt» werden, ob der 19-Jährige nicht doch pädophil sei. Denn selbst wenn er sage, er fühle sich nicht zu Kindern hingezogen, habe das Bild mit dem elf- oder zwölfjährigen Mädchen doch «einen klar kinderpornografischen Inhalt und somit einen klaren Bezug zu Pädophilie».

Die Einzelrichterin ging davon aus, dass es sich «um eine einmalige Entgleisung» gehandelt habe, dass der Mann sich «zukünftig wohl verhalten» werde und ihm deshalb eine «günstige Prognose» gestellt werden könne. Trotz dieser Beurteilung würde es für die Richterin «zu weit gehen, aus dem Nichtvorliegen einer Negativprognose auf keinerlei Wiederholungsgefahr für einschlägige Sexualstraftaten zu schliessen». Fazit: Der Fall des Mannes kann im Sinne des Gesetzes nicht als «besonders leicht» beurteilt werden. Deshalb kann auf das lebenslängliche Tätigkeitsverbot auch nicht verzichtet werden.

Obergericht reduzierte auch die Strafe

Ohne das Horgner Urteil inhaltlich zu erwähnen, griff das Obergericht, erstmals mit einem solchen Fall konfrontiert, korrigierend ein. Es reduzierte die bedingte Geldstrafe weiter auf 60 Tagessätze und strich die Busse ganz. Vor allem aber hob es das lebenslängliche Tätigkeitsverbot und die Bewährungshilfe ersatzlos auf. Die zwei Richterinnen und der Richter sprachen nicht von einem «besonders leichten Fall», sondern von einem objektiv und subjektiv «sehr leichten Verschulden».

Das sehr leichte Verschulden zeigt sich in der geringen Strafe. Das Gericht erinnerte daran, dass das Strafgesetzbuch für das Weiterschicken eines Pornobildes wie jenes des 19-Jährigen eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren vorsehe. Dass der nicht vorbestrafte Mann die Straftat nicht geplant hatte, die Folgen seines Handelns zu wenig bedachte, sich aufgrund seines jugendlichen Alters «der Problematik nicht voll bewusst» war, aber einsichtig und reuig ist, beeinflusste den Entscheid selbstverständlich.

Bedeutung über den Einzelfall hinaus?

Welche Überlegungen des Gerichts könnten über den Einzelfall des 19-Jährigen hinaus von grundsätzlicher Bedeutung bei der Beurteilung sein, ob es sich im Fall von verbotener Pornografie um einen «besonders leichten Fall» handelt? Das sei, meinte das Obergericht, jeweils um eine «Ermessensfrage». Zentral ist, dass das Tätigkeitsverbot nicht notwendig erscheint, um weitere einschlägige Straftaten zu verhindern. Ein Verzicht auf das Verbot «scheint bei einer guten Prognose angezeigt», sagte die vorsitzende Richterin.

Nur kurz ging das Obergericht auf einen Aspekt ein, der beim Entscheid des Gesetzgebers, eine Ausnahme vom Verbot überhaupt vorzusehen, eine entscheidende Rolle gespielt hatte: der Grundsatz der Verhältnismässigkeit. «Bei der Beurteilung aller Faktoren», so das Obergericht, wäre ein lebenslängliches Tätigkeitsverbot im Fall des 19-Jährigen «unverhältnismässig». Denn es würde «eine zu grosse Einschränkung für sein restliches Leben» bedeuten.

Notizen:

III. Rechtssicherheit

Lektüre: FORSTMOSER/VOGT, § 12 N. 278–282, 294–313, 314–338

- Begriff der Rechtssicherheit
  - Klarheit, Voraussehbarkeit und Beständigkeit des Rechts und der Rechtsverhältnisse
  - Beständigkeit des Rechts (siehe Folie 55)
    - keine zu häufigen Gesetzesänderungen
    - konstante Rechtsprechung
  - Rechtsfrieden
  - stabiles, funktionierendes Rechtssystem

Beispiel:

Urteilskopf

138 I 61

6. Auszug aus dem Urteil der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung i.S. Kiener Nellen gegen Regierungsrat des Kantons Bern (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten)
1C_176/2011 vom 20. Dezember 2011

Regeste

Eidgenössische Volksabstimmung über die Unternehmenssteuerreform vom Februar 2008, Abstimmungsfreiheit, nachträglicher Rechtsschutz, Zuständigkeit; Art. 29, 29a, 34 und 189 BV, **Art. 77 ff. BPR**.
Grundzüge des Rechtsschutzes in Stimmrechtssachen vor und nach dem Inkrafttreten der Justizreform (E. 3).
Rechts- und Rechtsmittelweg bei Unregelmässigkeiten anlässlich von eidgenössischen Abstimmungen (E. 4.1). Problematik erst nachträglich bekannt gewordener Unregelmässigkeiten des Abstimmungsverfahrens (E. 4.2).
Verfassungsrechtlicher Anspruch auf Revision oder Wiedererwägung; Anwendung auf kantonale und eidgenössische Stimmrechtssachen (E. 4.3). Zuständigkeit des Bundesgerichts (E. 4.4). Voraussetzungen (E. 4.5 und 4.6). Entscheidbefugnis des Bundesgerichts (E. 4.7).
Voraussetzungen für die materielle Beurteilung der Rüge der Verletzung der Abstimmungsfreiheit (E. 5).
Grundzüge der Abstimmungsfreiheit; Anforderungen an Abstimmungserläuterungen; Geltung auf Bundesebene (E. 6).
Überprüfung von Abstimmungserläuterungen des Bundesrates; Prüfung der Informationslage vor Abstimmungen unter dem Gesichtswinkel der Abstimmungsfreiheit (E. 7).
Informationen vor der umstrittenen Volksabstimmung (E. 8.2 und 8.3); Tragweite von Prognosen (E. 8.4); Fehlen wesentlicher Elemente für die Meinungsbildung verletzt die Abstimmungsfreiheit (E. 8.6); prozessuale Folgen (E. 8.7).

Sachverhalt ab Seite 63

BGE 138 I 61 S. 63

B. Anfang März 2011 wurde bekannt, dass zahlreiche Unternehmen von den Möglichkeiten des Unternehmenssteuerreformgesetzes II Gebrauch machen würden und dass dadurch beträchtliche Steuerausfälle entstünden. Anlässlich einer Fragestunde im Nationalrat (AB 2011 N 350 ff.) und einer Pressekonferenz vom 14. März 2011 bestätigte Bundesrätin Widmer-Schlumpf, dass die Steuerausfälle infolge des Unternehmenssteuerreformgesetzes II wesentlich höher ausfallen würden als bei der Ausarbeitung der Vorlage angenommen und in den Erläuterungen des Bundesrates zur Abstimmung ausgewiesen worden war. Sie räumte ein, dass die Erläuterungen im sog. Abstimmungsbüchlein in dieser Hinsicht nicht vollständig gewesen seien.

C. Am 17. März 2011 reichte Margret Kiener Nellen beim Regierungsrat des Kantons Bern eine als "Abstimmungsbeschwerde/Revision nach **Art. 77 BPR**" bezeichnete Eingabe ein. Sie rügte eine Verletzung der Abstimmungsfreiheit wegen unzutreffender und unvollständiger Information der Stimmberechtigten und verlangte im Wesentlichen die Aufhebung der eidgenössischen Abstimmung.

BGE 138 I 61 S. 64

Mit Entscheid vom 30. März 2011 trat der Regierungsrat auf die Eingabe nicht ein, soweit sie als Abstimmungsbeschwerde zu qualifizieren sei. In Anbetracht der absoluten Verwirkungsfrist von Art. 77 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die politischen Rechte sei die Beschwerde verspätet. Soweit die Eingabe als Gesuch um Wiedererwägung des bundesrätlichen Erwahrungsbeschlusses vom 10. April 2008 zu betrachten sei, werde sie zur weitern Behandlung dem Bundesrat überwiesen. Dieser allein sei hierfür zuständig. In der Rechtsmittelbelehrung wies der Regierungsrat darauf hin, dass beim Bundesgericht Beschwerde geführt werden könne. Es erscheine vorderhand nicht geklärt, durch welche Instanz und in welcher Form das aus der Bundesverfassung abgeleitete Recht auf richterliche Überprüfung der Regularität einer Abstimmung gewährt werde, wenn die allfällige Unregelmässigkeit erst im Nachgang zu einer bereits erwahrten eidgenössischen Volksabstimmung zutage trete.

D. Margret Kiener Nellen hat am 11. April 2011 beim Bundesgericht unter dem Titel "Abstimmungsbeschwerde/Revision (**Art. 80 Abs. 1 BPR** und **Art. 82 lit. c BGG**)" Beschwerde erhoben. Sie stellt folgende Anträge:

> "1. Es sei der Beschluss des Regierungsrates des Kantons Bern über die Ergebnisse der Eidgenössischen Volksabstimmung vom 24. Februar 2008 in Sachen Unternehmenssteuerreformgesetz II - publiziert im Amtsblatt vom 5. März 2008 - aufzuheben.
>
> 2. Es sei die eidgenössische Abstimmung vom 24. Februar 2008 in Sachen Unternehmenssteuerreformgesetz II in allen Kantonen, eventualiter im Kanton Bern, für ungültig zu erklären.
>
> 3. Es sei die Abstimmung über das Unternehmenssteuerreformgesetz II in allen Kantonen, eventualiter im Kanton Bern, neu anzusetzen.
>
> 4. Soweit das Bundesgericht den Anträgen 1-3 nicht entsprechen sollte, sei subeventualiter festzustellen, dass in der Eidgenössischen Volksabstimmung vom 24. Februar 2008 in Sachen Unternehmenssteuerreformgesetz II die politischen Rechte der Beschwerdeführerin (Garantie der freien Willensbildung und der unverfälschten Stimmabgabe, **Art. 34 Abs. 2 BV**) verletzt worden sind. (...)"

Die Beschwerdeführerin macht geltend, durch die unzutreffenden und unvollständigen Erläuterungen des Bundesrates sei sie als Stimmbürgerin irregeführt und dadurch in der Abstimmungsfreiheit im Sinne von **Art. 34 Abs. 2 BV** verletzt worden. Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Laufental-Abstimmungen sei die Abstimmung vom 24. Februar 2008 aufzuheben und ein Datum für eine neue Abstimmung über die Vorlage anzusetzen.

BGE 138 I 61 S. 65

E. Das Bundesgericht eröffnete mit dem Bundesrat am 12. Mai 2011 den Meinungsaustausch. In seiner Antwort vom 10. Juni 2011 erachtete sich der Bundesrat zur Behandlung des ihm vom Regierungsrat überwiesenen Gesuchs für zuständig. In einem weitern Schreiben vom 23. Juni 2011 hielt das Bundesgericht an seiner Auffassung fest. Mit Entscheid vom 29. Juni 2011 trat der Bundesrat auf das ihm von der Kantonsregierung überwiesene Ersuchen von Margret Kiener Nellen nicht ein (VPB 2012.5). Er hielt fest, dass die Voraussetzungen für eine Revision oder Wiedererwägung des Erwahrungsbeschlusses fehlten.

Das Bundesgericht weist die Beschwerde im Sinne der Erwägungen ab, soweit darauf einzutreten war.

(Zusammenfassung)

Erwägungen

Erwägungen:

[...]

8.7 Damit stellt sich die Frage nach den prozessualen Folgerungen, die aus der Verletzung der Abstimmungsfreiheit zu ziehen sind. Die Beschwerdeführerin stellt den Antrag, die Abstimmung vom

24. Februar 2008 für ungültig zu erklären und eine neue Abstimmung anzusetzen; im Eventualpunkt ersucht sie um förmliche Feststellung der Verletzung der Abstimmungsfreiheit.

Das Unternehmenssteuerreformgesetz wurde im Wesentlichen auf den 1. Januar 2009 in Kraft gesetzt; einzelne Teile galten bereits ab dem 1. Januar 2008, andere ab dem 1. Januar 2010 bzw. 2011. Das Gesetzeswerk steht somit bereits seit einiger Zeit in Kraft. In dieser Zeit haben die betroffenen Unternehmen ihre entsprechenden Dispositionen getroffen. Sie haben von den Möglichkeiten der Unternehmenssteuerreform bereits Gebrauch gemacht. Davon zeugen etwa die zahlreichen Anmeldungen für Rückzahlungen von Kapitaleinlagereserven. Allenfalls haben die Unternehmen im Vertrauen auf die Gesetzesgrundlage Vorkehrungen in Aussicht genommen, um in naher Zukunft die gebotenen Möglichkeiten umzusetzen. Der Grundsatz der Rechtssicherheit gebietet im Sinne von **Art. 5 BV** Beständigkeit von in Kraft stehendem Gesetzesrecht. Es würde den Grundsätzen von Treu und Glauben nach **Art. 9 BV** krass widersprechen, wenn die auf das Unternehmenssteuerreformgesetz gestützten Dispositionen nachträglich durch Aufhebung der Volksabstimmung ihre Grundlage verlieren und demnach dahinfallen würden. Unter Aspekten der Rechtsgleichheit wäre kaum denkbar, dass bisher getroffenen Dispositionen aus Gründen von Treu und Glauben Bestand zugebilligt würde, neu angemeldete Vorkehren aber wegen Aufhebung der gesetzlichen Grundlage nicht mehr berücksichtigt würden (vgl. **BGE 130 I 26** E. 8.1 S.60; Urteil 1C_168/2008 vom 21. April E. 4, in: ZBl 111/2010 S. 56; je mit Hinweisen). Auf der andern Seite haben die Behörden die Unternehmenssteuerreform bereits umgesetzt und in zahlreichen Fällen angewendet. Bei dieser Sachlage ist auch unter praktischen Gesichtspunkten kaum vorstellbar, wie all die vorgenommenen Vorkehren steuertechnisch rückwirkend aufgehoben würden. Schliesslich ist allgemein zu bedenken, dass eine Wiederholung einer Abstimmung kaum mehr unter gleichen Voraussetzungen und Bedingungen vorgenommen werden kann (vgl. TSCHANNEN, Stimmrecht, a.a.O., N. 229 S. 140). Aus einer gesamten Abwägung heraus ergibt sich, dass die Aufhebung der Abstimmung vom 24. Februar 2008 nicht in Betracht fällt. Demnach ist der entsprechende Antrag der Beschwerdeführerin abzuweisen.

[...]

Notizen:

III. Rechtssicherheit *(Fortsetzung)*

- Beispiele
  - Verjährung und Verwirkung (z.B. Art. 60 und 127 OR, Art. 521 und Art. 533 ZGB)
    - Begrenzung von Rechten bzw. ihrer Durchsetzbarkeit in zeitlicher Hinsicht
    - Unterschiede zwischen Verjährung und Verwirkung

Beispiele:

Urteilskopf

137 III 16

3. Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. A.X. und B.X. gegen Y. AG (Beschwerde in Zivilsachen)
4A_249/2010 vom 16. November 2010

Regeste

Beginn der Verjährung des Anspruchs auf Schadenersatz bei Verletzung vertraglicher Pflichten (**Art. 130 Abs. 1 OR**).
Die Forderungen auf Schadenersatz und Genugtuung aus vertragswidriger Körperverletzung werden sogleich mit der Verletzung der vertraglichen Pflicht fällig. Ab diesem Zeitpunkt beginnt die Verjährung zu laufen, nicht erst mit Eintritt des Schadens, auch wenn dieser (wie bei Asbestschäden) erst nach Ablauf von mehr als 10 Jahren eintreten und festgestellt werden kann. Das Institut der Verjährung gilt für alle Schuldner und Gläubiger. Es beruht auf einer Abwägung der Interessen beider Parteien und führt nicht zu einer Diskriminierung der Asbestopfer oder behinderter Personen (E. 2).

Sachverhalt ab Seite 17

BGE 137 III 16 S. 17

A. C.X. arbeitete seit Beginn der Lehre 1962 als Maschinenschlosser bei der Z. beziehungsweise deren Rechtsnachfolgerinnen (heute "Y. AG"; Beschwerdegegnerin) als Turbinenmonteur beziehungsweise ab 1978 als Turbinentechniker im Innendienst mit nur mehr sporadischen Auslandseinsätzen. Anfang 2004 wurde bei ihm ein malignes Pleuramesotheliom (Brustfellkrebs) diagnostiziert, das am 10. November 2005 zu seinem Tod führte. Mit Klage vom 25. Oktober 2005 hatte er beim Arbeitsgericht Baden Teilklage eingereicht, mit welcher er Fr. 212'906.- nebst Zins als Schadenersatz und Genugtuung verlangte, da die Erkrankung durch Asbestexposition am Arbeitsplatz verursacht worden sei. Nach seinem Tod traten seine beiden Töchter A.X. und B.X. (Beschwerdeführerinnen) in den Prozess ein.

B. Der Klage war vor Arbeitsgericht kein Erfolg beschieden. Die von den Beschwerdeführerinnen erhobene Appellation wies das Obergericht des Kantons Aargau mit Urteil vom 2. März 2010 ab. Es erkannte, für den Beginn der 10-jährigen Verjährungsfrist nach **Art. 127 OR** sei bei positiver Vertragsverletzung der Zeitpunkt der Pflichtverletzung und nicht derjenige des Schadenseintritts massgeblich. Es erachtete daher sämtliche der Beklagten angelasteten

BGE 137 III 16 S. 18

Handlungen, welche diese vor dem 25. Oktober 1995 (das heisst mehr als 10 Jahre vor der Klageeinreichung als erste Verjährungsunterbrechung) begangen haben soll, als verjährt. Dies betrifft namentlich den Zeitraum zwischen 1966 und 1978, in welchem der verstorbene Kläger gemäss der Klageschrift regelmässig und intensiv mit Asbeststaub in Kontakt gekommen sein soll. Dass nach diesem Zeitpunkt ein weiterer für die Erkrankung kausaler Kontakt erfolgt sei, hielt das Obergericht nicht für erwiesen, ebenso wenig wie eine Pflichtverletzung in diesem Zeitpunkt.

C. Mit Beschwerde in Zivilsachen wiederholen die Beschwerdeführerinnen das erstinstanzliche Hauptbegehren und beantragen eventuell die Rückweisung der Sache an das Obergericht zur materiellen Neubeurteilung. Die Beschwerdegegnerin schliesst auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde, während das Obergericht auf Vernehmlassung verzichtet. Das Bundesgericht hat die Angelegenheit am 16. November 2010 an einer öffentlichen Sitzung beraten. Es weist die Beschwerde ab.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Die Verjährung gewährt dem Schuldner die Möglichkeit, sich nach einem bestimmten Fristenlauf der Durchsetzung einer Forderung zu widersetzen, indem er die Verjährungseinrede erhebt. Die Verjährung darf vom Richter nicht von Amtes wegen berücksichtigt werden (**Art. 142 OR**). Sie beschlägt weder den Bestand noch die Entstehung einer Forderung, sondern allein deren Durchsetzbarkeit (vgl. **BGE 133 III 6** E. 5.3.4 S. 26; SPIRO, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalfristen, Bd. I, 1975, S. 457; ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, 2. Aufl. 1997, S. 798 und 823 f.).

2.1 Das Gesetz sieht die Verjährung in erster Linie um der öffentlichen Ordnung willen vor: Das öffentliche Interesse an der Rechtssicherheit und am gesellschaftlichen Frieden verlangt, dass gewöhnliche Forderungen, die nicht geltend gemacht werden, nach einer gewissen Zeit nicht mehr durchgesetzt werden können. Die Rechtssicherheit ist beeinträchtigt, wenn Prozesse über Forderungen möglich bleiben, deren Entstehung oder Erlöschen wegen durch Zeitablauf verursachten Beweisschwierigkeiten nicht mehr zuverlässig feststellbar sind. Dem Gläubiger zu gestatten, mit der Geltendmachung einer gewöhnlichen Forderung beliebig zuzuwarten, ohne

BGE 137 III 16 S. 19

deswegen einen Rechtsnachteil zu erleiden, verbietet sich aber auch, weil unbereinigte Rückstände die Beziehungen unter den Rechtsgenossen belasten und der Schuldner nicht dauernd im Ungewissen darüber gelassen werden darf, ob eine Forderung, die längere Zeit nicht geltend gemacht wurde und mit der er daher natürlicherweise immer weniger rechnet, schliesslich doch noch eingeklagt wird. Zudem muss der Schuldner aus praktischen Gründen davor bewahrt werden, die Belege für seine Zahlungen während unbeschränkter Zeit aufbewahren zu müssen. Für den Gläubiger führt die Verjährung zu einem nicht nur in seinem eigenen, sondern auch im Interesse klarer Rechtsbeziehungen erwünschten Ansporn, seine Forderungen innert vernünftiger Frist geltend zu machen und die Austragung von Streitigkeiten darüber nicht zu verzögern. Der

Einrichtung der Verjährung liegt auch der Gedanke zugrunde, dass eine länger dauernde Untätigkeit des Gläubigers die Unbegründetheit oder die Tilgung der Forderung wahrscheinlich macht oder sogar als Verzicht auf die Forderung gedeutet werden kann (so schon **BGE 90 II 428** E. 8 S. 437 f.; vgl. **BGE 136 II 187** E. 7.4 S. 194 f.; **BGE 134 III 294** E. 2.1 S. 297; SCHWANDER, Die Verjährung ausservertraglicher und vertraglicher Schadenersatzforderungen, 1963, S. 2).

2.2 Mit Ablauf von zehn Jahren verjähren alle Forderungen, für die das Bundeszivilrecht nicht etwas anderes bestimmt (**Art. 127 OR**). Diese Norm gilt unter anderem für die aus der Verletzung vertraglicher Pflichten entstehenden Forderungen auf Leistung von Schadenersatz und Genugtuung. Der Beginn der Verjährungsfrist untersteht in diesen Fällen **Art. 130 Abs. 1 OR**, d.h. die zehnjährige allgemeine Verjährungsfrist läuft von der Fälligkeit der Forderung an, und zwar unabhängig davon, ob der Gläubiger seine Forderung kennt (**BGE 87 II 155** E. 3c S. 163; **53 II 336** E. 3b S. 342 f.).

2.3 Die Pflicht des Schuldners, Schadenersatz und Genugtuung zu leisten, und das Recht des Gläubigers, sie zu verlangen, entstehen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht erst, wenn dieser die Folgen der Pflichtverletzung erkennen kann. Beruhen sie auf einer Körperverletzung, so erwachsen sie im Zeitpunkt, in dem der Schuldner pflichtwidrigerweise auf den Leib des andern einwirkt. Das folgt aus **Art. 46 Abs. 2 OR**, der überflüssig wäre, wenn erst die Erkennbarkeit und Feststellbarkeit der Folgen der Verletzung dem Gläubiger ein Recht auf Ersatz des Schadens sowie auf Genugtuung und als Ausfluss des materiellen Rechts den Anspruch auf Rechtsschutz (**BGE 86 II 41** E. 4 S. 44 f.) gäbe. **Art. 46 Abs. 2**

BGE 137 III 16 S. 20

OR gilt nicht nur für unerlaubte Handlungen, sondern kraft der Verweisung des **Art. 99 Abs. 3 OR** auch für vertragswidriges Verhalten. Der Verletzte kann vom Zeitpunkt der Verletzung an verlangen, dass ihm der Schuldner allen aus ihr erwachsenen Schaden, auch den erst künftig in Erscheinung tretenden, ersetze und ihm Genugtuung leiste (**BGE 87 II 155** E. 3b S. 162 f.). Wenn die Zeit der Erfüllung weder durch Vertrag noch durch die Natur des Rechtsverhältnisses bestimmt ist, kann gemäss **Art. 75 OR** sogleich geleistet und gefordert werden. Die Forderungen auf Schadenersatz und Genugtuung aus vertragswidriger Körperverletzung werden daher nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts grundsätzlich sogleich mit der Verletzung der vertraglichen Pflicht fällig (**BGE 87 II 155** E. 3c S. 163; **BGE 106 II 134** E. 2d S. 139), womit die Verjährung ab diesem Zeitpunkt zu laufen beginnt.

[...]

2.4.1 Die Annahme, vertragliche Schadenersatzansprüche aus positiver Vertragsverletzung würden nicht bereits mit der Pflichtverletzung, sondern erst mit Schadenseintritt fällig, womit die Verjährung erst ab diesem Zeitpunkt zu laufen beginne, würde nicht nur das Institut der Verjährung aushöhlen, indem der Vertragspartner bei Eintritt weiteren Schadens auch nach Jahren noch neue Schadenersatzansprüche geltend machen könnte (vgl. VOSER, a.a.O., S. 126). Sie hätte in letzter Konsequenz zur Folge, dass mangels Fälligkeit kein vertraglicher Schadenersatz für erst in der Zukunft entstehenden Schaden eingeklagt werden könnte und in zeitlichen Abständen der jeweils eingetretene Schaden geltend gemacht werden müsste. Dies erscheint nicht sinnvoll und wäre praktisch kaum durchführbar (vgl. BREHM, Berner Kommentar, 3. Aufl. 2006, N. 8 Vorbemerkungen zu **Art. 45 und 46 OR**; MATTHIAS LEEMANN, Die Rente als Art des Schadenersatzes im Haftpflichtrecht, 2002, S. 26 f.). Insoweit besteht entgegen der Auffassung der

Beschwerdeführerinnen kein Grund, von der bisherigen Rechtsprechung abzuweichen und vertragliche Schadenersatzansprüche anders zu behandeln als ausservertragliche. Die abweichenden Vorschriften betreffen die Verjährung, nicht die Fälligkeit der Ansprüche. Sofern im Zeitpunkt der positiven Vertragsverletzung für alle Beteiligten erkennbar ist, welcher Schaden in welcher Frist auftreten wird, führt der mit der Vertragsverletzung einsetzende Fristenlauf der Verjährung denn auch zu keinen wesentlichen Schwierigkeiten, selbst wenn der Schaden erst lange nach Ablauf der Verjährungsfrist eintritt, da dieser zukünftige Schaden abgeschätzt, eingeklagt und zugesprochen werden kann. In derartigen Fällen besteht objektiv kein Grund, mit der Schadensliquidation bis zum Schadenseintritt zuzuwarten.

[...]

2.4.4 Die Problematik des zu beurteilenden Falles liegt nicht primär darin, dass zwischen der behaupteten Pflichtverletzung und dem Schadenseintritt mehr als zehn Jahre verstrichen sind, sondern darin, dass der Schaden während der zehnjährigen Verjährungsfrist nicht liquidierbar ist (vgl. SPIRO, a.a.O., S. 63 ff.). Zufolge der Ungewissheit, ob die Asbestexposition überhaupt gesundheitliche Konsequenzen nach sich zieht, und der langen Zeit (15 bis 45 Jahre), welche zwischen der Asbestexposition und einem allfälligen Krankheitsausbruch verstreicht, kann, selbst wenn der Nachweis einer Pflichtverletzung gelingt, vor Ablauf der Verjährungsfrist objektiv nicht festgestellt werden, ob Schadenersatz geschuldet ist. Da nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit feststeht, dass nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ein Schaden eintreten wird, kann der Geschädigte in diesem Zeitraum noch nicht mit Aussicht auf Erfolg auf Schadenersatz klagen. Obwohl das schadenstiftende Ereignis stattgefunden hat und grundsätzlich abgeschlossen ist, lässt sich die zukünftige Entwicklung nicht mit hinreichender Sicherheit überblicken, um den zu erwartenden Schaden abschätzen zu können (vgl. **BGE 88 II 498** E. 7 S. 509). Der Eintritt des Schadens im wirtschaftlichen Sinne hängt vom Ausbruch der Krankheit ab und damit von einem zukünftigen ungewissen Ereignis (vgl. SPIRO, a.a.O., S. 41). Der Gesetzgeber hat diesen für den Geschädigten auftretenden Schwierigkeiten in gewissen Bereichen, in denen

erfahrungsgemäss mit Spätschäden zu rechnen ist, mit Spezialregelungen Rechnung getragen (vgl. **BGE 106 II 134** E. 2c S. 138 f.). Er hat beispielsweise in Art. 10 des Kernenergiehaftpflichtgesetzes vom 18. März 1983 (KHG; SR 732.44) und Art. 40 des Strahlenschutzgesetzes vom 22. März 1991 (StSG; SR 814.50) eine Verjährungsfrist von 30 Jahren vorgesehen. In **Art. 13 KHG** wird für die Kernenergiehaftung der Versicherungsschutz für Spätschäden geregelt, die zufolge Verjährung nicht mehr geltend gemacht werden können. Auch in diesen Bereichen wurde indessen weder auf das Institut der Verjährung verzichtet, noch der Schadenseintritt zum Ausgangspunkt der Verjährung gemacht. Obwohl sich die Problematik von Spätschäden auch in anderen Bereichen stellt, hat sich der Gesetzgeber nicht für eine generelle Verlängerung der Verjährungsfristen in derartigen Fällen entschieden. Damit bleibt es für Asbestschäden bei der zehnjährigen Verjährungsfrist, welche im zu beurteilenden Fall vor der ersten verjährungsunterbrechenden Handlung abgelaufen ist. Insoweit erweist sich die Beschwerde als unbegründet.

2.5 Nicht stichhaltig sind schliesslich die von den Beschwerdeführerinnen erhobenen Rügen, mit denen sie eine Verletzung ihrer Grundrechte (**Art. 8 Abs. 2 BV**) beziehungsweise der EMRK (Art. 6 und Art. 8 Abs. 1 i.V.m. **Art. 14 EMRK**) geltend machen. Das Bundesgericht hat bereits festgehalten, dass das Institut der Verjährung als solches das in **Art. 6 EMRK** gewährleistete Recht auf ein faires Verfahren und den freien Zugang zum Gericht nicht verletzt, auch wenn es im Einzelfall dazu führen kann, dass ein Berechtigter seinen Anspruch im Moment, in welchem er davon Kenntnis erhält, nicht mehr durchsetzen kann (**BGE 136 II 187** E. 8.2 S. 201 f.). Diese Problematik besteht für alle Gläubiger, wenn sich erst nach langer Zeit herausstellt, dass eine Vertragsverletzung zu einem Schaden führt. Eine Diskriminierung behinderter Personen liegt entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen nicht vor. Die Ungleichbehandlung zwischen Asbestopfern und Personen, deren berufsbedingte Krankheiten noch innerhalb der Verjährungsfrist ausbrechen, erklärt sich mit Blick auf die Interessen des Schuldners, der nicht auf unbestimmte Zeit im Unklaren über seine Leistungspflicht gelassen werden soll. Der Schuldner kann nicht erkennen, ob der Geschädigte keine Klage erhebt, weil noch kein Schaden eingetreten ist, oder weil der Geschädigte anerkennt, dass keine Vertragsverletzung begangen wurde. Es soll dem Schuldner nicht zugemutet werden, die Beweise für die pflichtkonforme Vertragserfüllung beliebig lange

BGE 137 III 16 S. 24

aufbewahren zu müssen (**BGE 90 II 428** E. 8 S. 438), es sei denn, der Gläubiger gebe rechtzeitig durch Unterbrechung der Verjährung zu erkennen, dass er allfällige Ansprüche in einem späteren Zeitpunkt geltend zu machen gedenkt. Der Gesetzgeber hat eine Abwägung zwischen den Interessen des Gläubigers und denjenigen des Schuldners vorgenommen und die Verjährungsfrist entsprechend festgesetzt. Eine Diskriminierung der Asbestgeschädigten ist nicht gegeben. Worin eine Verletzung von **Art. 8 Abs. 2 BV** oder von **Art. 14 EMRK** i.V.m. **Art. 8 Abs. 1 EMRK** liegen sollte, ist nicht ersichtlich.



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

DEUXIÈME SECTION

AFFAIRE HOWALD MOOR ET AUTRES c. SUISSE

(Requêtes nos 52067/10 et 41072/11)

ARRÊT

STRASBOURG

11 mars 2014

DÉFINITIF

11/06/2014

Cet arrêt est devenu définitif en vertu de l'article 44 § 2 de la Convention. Il peut subir des retouches de forme.



En l'affaire Howald Moor et autres c. Suisse,

La Cour européenne des droits de l'homme (deuxième section), siégeant en une chambre composée de :

Guido Raimondi, *président,*
Işıl Karakaş,
Peer Lorenzen,
András Sajó,
Helen Keller,
Paul Lemmens,
Robert Spano, *juges,*

et de Stanley Naismith, *greffier de section,*

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 11 février 2014,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette date :

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouvent deux requêtes (nos 52067/10 et 41072/11) dirigées contre la Confédération suisse et dont trois ressortissantes de cet État (« les requérantes »), Mme Renate Anita Howald Moor (« la première requérante »), et Mmes Caroline Moor et Monika Moor (« les deuxième et troisième requérantes »), ont saisi la Cour respectivement le 4 août 2010 et le 10 juin 2011 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Les requérantes ont été représentées par Me D. Husmann, avocat à Zürich. Le gouvernement suisse (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M. Frank Schürmann, de l'Office fédéral de la justice.

3. Invoquant notamment l'article 6 § 1 de la Convention, les requérantes se plaignent d'une violation du droit d'accès à un tribunal en raison de la péremption de leurs prétentions (quant à la première requérante) et de la prescription de leurs prétentions (quant aux deuxième et troisième requérantes) alors que, selon elles, le *dies a quo* du délai absolu avait commencé à courir avant qu'elles aient pu avoir objectivement connaissance de leurs droits.

4. Les requêtes ont été attribuées à la deuxième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Le 7 décembre 2011, celle-ci a décidé de communiquer les requêtes au Gouvernement.

[...]

EN DROIT

I. SUR LA JONCTION DES REQUÊTES

64. Considérant que les deux requêtes concernent la même question, à savoir le droit d'accès à un tribunal, la Cour décide de les joindre.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 § 1 DE LA CONVENTION ET DE L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 6

[...]

2. L'appréciation par la Cour

a) Sur le grief tiré de l'article 6 § 1

i. Les principes se dégageant de la jurisprudence de la Cour

70. La Cour rappelle que le droit à un procès équitable, garanti par l'article 6 § 1 de la Convention, doit s'interpréter à la lumière du principe de la prééminence du droit, qui exige l'existence d'une voie judiciaire effective permettant de revendiquer les droits civils (voir, entre autres, *Běleš et autres c. République tchèque*, n° 47273/99, § 49, CEDH 2002-IX, et *Eşim c. Turquie*, n° 59601/09, § 18, 17 septembre 2013). Elle réaffirme que chaque justiciable a droit à ce qu'un tribunal connaisse de toute contestation relative à ses droits et obligations de caractère civil. C'est ainsi que l'article 6 § 1 de la Convention consacre le droit à un tribunal, dont le droit d'accès, à savoir le droit de saisir un tribunal en matière civile, constitue un aspect particulier (*Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, § 36, série A n° 18, et *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne* [GC], n° 42527/98, § 43, CEDH 2001-VIII).

71. La Cour rappelle ensuite sa jurisprudence selon laquelle le droit d'accès à un tribunal n'est pas absolu et se prête à des limitations implicitement admises, car il appelle de par sa nature même une réglementation par l'État, lequel jouit à cet égard d'une certaine marge d'appréciation (*García Manibardo c. Espagne*, n° 38695/97, § 36, CEDH 2000-II). Toutefois, ces limitations ne sauraient restreindre l'accès ouvert à un justiciable de manière ou à un point tels que son droit à un tribunal s'en trouve atteint dans sa substance même (*Stanev c. Bulgarie* [GC], n° 36760/06, § 230, CEDH 2012). La Cour rappelle en outre que les

limitations appliquées ne se concilient avec l'article 6 § 1 de la Convention que si elles poursuivent un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (voir, parmi d'autres, *Pedro Ramos c. Suisse*, nº 10111/06, § 37, 14 octobre 2010, *Levages Prestations Services c. France*, 23 octobre 1996, § 40, *Recueil* 1996-V, *Stubbings et autres c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1996, § 50, *Recueil* 1996-IV, et *Stagno c. Belgique*, nº 1062/07, § 25, 7 juillet 2009).

72. Parmi ces restrictions légitimes figurent les délais légaux de péremption ou de prescription qui, la Cour le rappelle, dans les affaires d'atteinte à l'intégrité de la personne, ont plusieurs finalités importantes, à savoir garantir la sécurité juridique en fixant un terme aux actions, mettre les défendeurs potentiels à l'abri de plaintes tardives peut-être difficiles à contrer, et empêcher l'injustice qui pourrait se produire si les tribunaux étaient appelés à se prononcer sur des événements survenus loin dans le passé à partir d'éléments de preuve auxquels on ne pourrait plus ajouter foi et qui seraient incomplets en raison du temps écoulé (*Stubbings*, précité, § 51, et *Stagno*, précité, § 26).

73. Enfin, la Cour renvoie à l'arrêt *Eşim* (précité). Dans cette affaire, le requérant avait été blessé en 1990 lors d'un conflit militaire et les médecins n'avaient découvert la balle de pistolet logée dans sa tête qu'en 2007. Les tribunaux internes avaient jugé que la prétention ainsi que l'action en dommages-intérêts étaient prescrites. La Cour a conclu à la violation du droit d'accès à un tribunal, estimant que, dans les affaires d'indemnisation des victimes d'atteinte à l'intégrité physique, celles-ci devaient avoir le droit d'agir en justice lorsqu'elles étaient effectivement en mesure d'évaluer le dommage subi.

ii. L'application des principes susmentionnés à la présente affaire

74. En l'espèce, la Cour note d'emblée que le présent litige porte sur un problème complexe, à savoir la fixation du *dies a quo* du délai de péremption ou de prescription décennale en droit positif suisse dans le cas des victimes d'exposition à l'amiante. Considérant que la période de latence des maladies liées à l'exposition à l'amiante peut s'étendre sur plusieurs décennies, elle observe que le délai absolu de dix ans – qui selon la

législation en vigueur et la jurisprudence du Tribunal fédéral commence à courir à la date à laquelle l'intéressé a été exposé à la poussière d'amiante – sera toujours expiré. Par conséquent, toute action en dommages-intérêts sera *a priori* vouée à l'échec, étant périmée ou prescrite avant même que les victimes de l'amiante aient pu avoir objectivement connaissance de leurs droits.

75. Ensuite, la Cour constate que les prétentions des victimes de l'amiante, qui ont été exposées à cette substance jusqu'à son interdiction générale en Suisse, en 1989, sont toutes périmées ou prescrites au regard du droit en vigueur. Elle observe également que le projet de révision du droit de la prescription suisse ne prévoit aucune solution équitable – ne serait-ce qu'à titre transitoire, sous la forme d'un « délai de grâce » – au problème posé.

76. Par ailleurs, la Cour ne méconnaît pas que les requérantes ont touché certaines prestations. Elle se demande cependant si celles-ci sont de nature à compenser entièrement les dommages résultés pour les intéressées de la péremption ou de la prescription de leurs droits.

77. Par ailleurs, même si elle est convaincue des buts légitimes poursuivis par les règles de péremption ou de prescription appliquées, à savoir notamment la sécurité juridique, la Cour s'interroge sur le caractère proportionné de leur application à la présente espèce. En effet, elle admet, comme le soutiennent les requérantes, que l'application systématique de ces règles à des victimes de maladies qui, comme celles causées par l'amiante, ne peuvent être diagnostiquées que de longues années après les événements pathogènes, est susceptible de priver les intéressés de la possibilité de faire valoir leurs prétentions en justice.

78. Prenant en compte la législation existant en Suisse pour des situations analogues et sans vouloir préjuger d'autres solutions envisageables, la Cour estime que, lorsqu'il est scientifiquement prouvé qu'une personne est dans l'impossibilité de savoir qu'elle souffre d'une certaine maladie, une telle circonstance devrait être prise en compte pour le calcul du délai de péremption ou de prescription.

79. Partant, au vu des circonstances exceptionnelles de la présente espèce, la Cour estime que l'application des délais de péremption ou de prescription a limité l'accès à un tribunal à un point tel que le droit des requérantes s'en est trouvé atteint dans sa substance même, et qu'elle a ainsi emporté violation de l'article 6 § 1 de la Convention (voir, *mutatis mutandis*, *Stagno*, précité, § 33, avec les références qui y sont citées).

80. Ces éléments suffisent à la Cour pour conclure qu'il y a eu en l'espèce violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

[...]

Notizen:

III. Rechtssicherheit *(Fortsetzung)*

- Beispiele
  - Formvorschriften; u.a. folgende Zwecke:
    - Beweis
    - Schutz der Parteien vor unüberlegtem Handeln
    - Schaffung von Klarheit betreffend Bestand und Inhalt von Rechtsverhältnissen (Rechtssicherheit)

Beispiele:

Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) **220**

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

Art. 216

A. Formvorschriften

1 Kaufverträge, die ein Grundstück zum Gegenstande haben, bedürfen zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung.

[...]

Schweizerisches Zivilgesetzbuch **210**

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

Art. 656

B. Erwerb
I. Eintragung

1 Zum Erwerbe des Grundeigentums bedarf es der Eintragung in das Grundbuch.

[...]

232.11

Bundesgesetz über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (Markenschutzgesetz, MSchG)

vom 28. August 1992 (Stand am 1. Juli 2025)

Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft,
gestützt auf Artikel 122 der Bundesverfassung[1],[2]
nach Einsicht in eine Botschaft des Bundesrates vom 21. November 1990[3],
beschliesst:

[...]

2. Abschnitt: Entstehung des Markenrechts; Priorität

Art. 5 Entstehung des Markenrechts

Das Markenrecht entsteht mit der Eintragung im Register.

Notizen:

III. Rechtssicherheit *(Fortsetzung)*

- Beispiele
  - Rechtskraft von Entscheiden
    - keine Anfechtung eines Entscheids mit einem ordentlichen Rechtsmittel mehr möglich
    - Ausschluss eines identischen bzw. des gegenteiligen Begehrens gestützt auf den gleichen Sachverhalt *(res iudicata)*

Notizen:

III. Rechtssicherheit *(Fortsetzung)*

- Gesetzgebung: Rechtssicherheit als rechtspolitische Forderung
- Rechtsprechung: Schranken einer Praxisänderung
    - Vorbemerkung: Bindungswirkung von Entscheiden
        - Rechtskraftwirkung im konkreten Einzelfall (siehe Folie 54)
        - präjudizielle Wirkung von Entscheiden
    - Voraussetzungen einer Praxisänderung
        1. Ernsthafte und sachliche Gründe
        2. Grundsätzlichkeit der Praxisänderung
        3. Überwiegendes Interesse an der richtigen Rechtsanwendung gegenüber dem Interesse an der Rechtssicherheit

Beispiel:

Urteilskopf

93 I 254

32. Urteil vom 17. Mai 1967 i.S. Toggenburger gegen Regierungsrat und Verwaltungsgericht des Kantons Zürich.

Regeste

Ausbeutung von Kiesgruben. Abstand von der öffentlichen Strasse. Naturschutz.
Die einer Polizeierlaubnis beigefügte Auflage bedarf einer gesetzlichen Grundlage (Erw. 2).
Abstand der Kiesgruben von der öffentlichen Strasse; gesetzliche Grundlage, rechtsgleiche Behandlung, Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Erw. 2 a-c).
Wiederauffüllung der Kiesgruben nach der Ausbeutung. Inwiefern besteht im Kanton Zürich eine gesetzliche Grundlage, um die Wiederauffüllung auch in Landschaften ohne "bedeutenden Schönheitswert" vorzuschreiben? (Erw. 3).

Sachverhalt ab Seite 255

BGE 93 I 254 S. 255

Aus dem Tatbestand:

A.- Das zürch. Gesetz vom 20. August 1893 betreffend das Strassenwesen (StrG) bestimmt in § 37:

"Abgrabungen längs den öffentlichen Strassen und Fusswegen sind innerhalb der Entfernung von 1 m vom Strassengebiet unzulässig.

Überdies steht es bei Strassen I. und II. Klasse der Direktion der öffentlichen Bauten, bei Strassen III. Klasse und öffentlichen Fusswegen den Gemeinderäten zu, die nötigen das Strassengebiet sowohl als den Verkehr sichernden Anordnungn zu treffen."

Nach § 182 Abs. 1 des zürch. EG/ZGB ist der Regierungsrat u.a. berechtigt, zur Sicherung von Landschaften, Ortschaftsbildern und Aussichtspunkten auf dem Verordnungswege die nötigen Verfügungen zu treffen und Strafbestimmungen aufzustellen. Gestützt hierauf hat der Regierungsrat am 9. Mai 1912 die Verordnung betreffend den Natur- und Heimatschutz (HSchV) erlassen. Nach § 1 dieser Verordnung geniessen den in § 182 EG/ZGB vorgesehenen Schutz "in der freien Natur befindliche Gegenstände, denen für sich allein oder in ihrem Zusammenhang ein wissenschaftliches Interesse oder ein bedeutender Schönheitswert zukommt..... Der Schutz erstreckt sich insbesondere.... d) auf Aussichtspunkte und Landschaftsbilder". Die in § 1 genannten Objekte dürfen ohne Bewilligung der zuständigen Behörde nicht verunstaltet oder in ihrer Wirkung beeinträchtigt werden (§ 2 Abs. 1 HSchV), und es ist insbesondere die Ausführung von Hoch- und Tiefbauten, die jene Folge hätten, zu untersagen (§ 2 Abs. 2 HSchV).

B.- Der Beschwerdeführer Emil Toggenburger ist Eigentümer eines Grundstücks in der Gemeinde Elgg, das 40'156 m2 hält und im Osten auf eine Länge von 130 m an eine Staatsstrasse I. Klasse grenzt, die dort unmittelbar der Kantonsgrenze entlang führt. Nachdem er im Jahre 1961 begonnen hatte, im Grundstück Kies und Sand auszubeuten, erteilte ihm die Baudirektion des Kantons Zürich mit Verfügung vom 12. Februar 1963 die Bewilligung hiezu unter zahlreichen "Bedingungen", von denen Ziff. 7 den von der Strasse einzuhaltenden Abstand und Ziff. 12 die Wiederauffüllung der Grube nach der Ausbeutung betrafen. Einen Rekurs hiegegen hiess der Regierungsrat

teilweise gut. Gegen dessen Entscheid erhob der Beschwerdeführer verwaltungsgerichtliche Beschwerde

a) beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich wegen Verletzung kantonalen Rechts und

b) beim Bundesgericht wegen Verletzung von Bundesrecht. Die letztere wurde sistiert bis zum Entscheid des kantonalen Verwaltungsgerichts. Dieses hiess die Beschwerde in einzelnen Punkten gut, darunter in bezug auf die Pflicht zur Wiederauffüllung der Grube. Die noch streitigen "Bedingungen" lauten nun:

"7. Die Ausfahrt hat in die Strasse I. Kl. Nr. 10 Aadorf-Frauenfeld zu erfolgen. Längs dieser Strasse muss der Streifen zwischen Strassengrenze und der vom Regierungsrat mit Beschluss vom 13. September 1945 in einem Abstand von 13 m von der Strassenaxe oder 8,1 m von der Grenze genehmigten Baulinie vom gewachsenen Boden belassen werden. Im Anschluss daran ist eine einfüssige Böschung zu erstellen.

12. Die Wiederauffüllung der Grube, sowie die Humusierung und Berasung der Oberfläche ist binnen zweier Jahre nach vollständiger Ausbeutung der Grube, spätestens aber bis Ende 1974, zu vollenden."

Den Erwägungen des Entscheids des kantonalen Verwaltungsgerichtes ist zu entnehmen:
zu Ziff. 7: § 37 Abs. 2 StrG sei nicht eine blosse Ausführungsvorschrift zu Abs. 1, wonach Abgrabungen innerhalb einer Entfernung von 1 m vom Strassengebiet unter allen Umständen unzulässig seien, sondern sei als strassenpolizeiliche Generalklausel aufzufassen, die zu Verboten und Geboten ermächtige. Danach stehe es im Ermessen der Baudirektion, den Bereich des Abgrabungsverbotes zu erweitern und die Art der Böschung vorzuschreiben. Dieses Ermessen sei nicht überschritten, wenn hier zur Sicherung von Strassengebiet und -verkehr bei einer Strasse I. Klasse das auf eine Tiefe von rund 7 m vorgesehene Abgraben nur insoweit erlaubt werde, als ein 8,1 m breiter Schutzstreifen und eine einfüssige Böschung bestehen bleiben. Auch werde der Beschwerdeführer durch die dahingehende neuere Praxis der Baudirektion selbst dann nicht rechtsungleich behandelt, wenn früher geringere Abstände und steilere Böschungen hingenommen worden sein sollten.
zu Ziff. 12: Als Grundlage des Gebots, die Grube wieder aufzufüllen, habe der Regierungsrat namentlich die §§ 1 und 2 HSchV bezeichnet. Bei der Auslegung dieser Bestimmungen und des ihnen zugrunde liegenden § 182 Abs. 1 EG/ZGB sei der

BGE 93 I 254 S. 257

Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten. Es wäre mit diesem Grundsatz nicht vereinbar und auch wenig sinnvoll, wenn zum Schutz von Landschaften mit bedeutendem Schönheitswert die einschneidenden Eigentumsbeschränkungen gemäss § 2 Abs. 2 HSchV angeordnet werden könnten, bei Landschaften ohne diese besondere Qualifikation dagegen jede Beeinträchtigung oder Verunstaltung hingenommen werden müsste. Der Wortlaut von § 1 Abs. 1 HSchV, wonach der Schutz auf Landschaften mit "bedeutendem Schönheitswert" beschränkt sei, habe zurückzutreten gegenüber § 182 Abs. 1 EG/ZGB, der allgemein "Landschaften" schützen wolle. Die zuständige Behörde müsse auf Grund dieser Bestimmungen die Möglichkeit haben, auch das natürliche Landschaftsbild ohne besonderen Schönheitswert vor Verunstaltung und starker Beeinträchtigung mit angemessenen Geboten und Verboten zu schützen. Während die Kiesausbeutung in Landschaften von bedeutendem Schönheitswert vollständig verboten werden dürfe (**BGE 87 I 516**), dürfe in Landschaften, die eines besondern Schönheitswerts entbehrten oder die schon früher störende Eingriffe erfahren hätten, die Anlage und der Betrieb von Kiesgruben zum Schutze der Natur Beschränkungen unterworfen werden. Das auszubeutende Grundstück liege in einer landwirtschaftlich beworbenen, baumlosen Ebene, die von bewaldeten Hügelzügen umgeben sei, was der Landschaft einen reizvollen Charakter gebe, und Kiesgruben träten darin als hässliche Krater und Ödflächen in Erscheinung. Der Beschwerdeführer gebe zu, dass Kiesgruben in der Regel wieder aufgefüllt werden und dass für die Ablagerung von Aushub in der Umgebung grosser Städte sogar etwas bezahlt werde. Unter diesen Umständen liege in der Auflage, die Grube wieder aufzufüllen, keine Rechtsverletzung, noch verstosse sie gegen die Rechtsgleichheit.

D.- Gegen den Entscheid des kantonalen Verwaltungsgerichts führt Emil Toggenburger staatsrechtliche Beschwerde. Die beiden ersten Beschwerdebegehren hat er in der Folge wieder zurückgezogen. Mit den Beschwerdebegehren 3 und 4 beantragt er Aufhebung der der Bewilligung zur Kies- und Sandausbeutung beigefügten "Bedingungen" Ziff. 7 und 12. Als Beschwerdegründe werden Verletzungen des **Art. 4 BV** sowie der Eigentumsgarantie geltend gemacht. Die Begründung dieser Rügen ist, soweit wesentlich, aus den nachstehenden Erwägungen ersichtlich.

BGE 93 I 254 S. 258

E.- Das Verwaltungsgericht und der Regierungsrat des Kantons Zürich beantragen Abweisung der Beschwerde.

F.- Eine Instruktionskommission des Bundesgerichts hat am 3. April 1967 mit den Parteien die umstrittene Kiesgrube des Beschwerdeführers sowie die von diesem und vom Regierungsrat erwähnten Vergleichsobjekte besichtigt. Für das Ergebnis des Augenscheins wird auf die nachstehenden Erwägungen ver.
wiesen.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. (Prozessuales).

2. Das Rechtsbegehren 3 richtet sich gegen die vom Verwaltungsgericht bestätigte Ziff. 7 der Verfügung der Baudirektion vom 12. Februar 1963. Von den drei darin dem Beschwerdeführer gemachten Auflagen sind die beiden, welche die Ausfahrt aus der Kiesgrube und die Böschung betreffen, unbestritten. Angefochten ist lediglich die Auflage, wonach der 8,1 m breite Streifen zwischen der Strasse und der im Jahre 1945 gezogenen Baulinie "vom gewachsenen Boden belassen werden muss", was bedeutet, dass auf diesem Streifen nicht abgebaut werden darf. Eine derartige einer Polizeierlaubnis beigefügte Auflage bedarf einer gesetzlichen Grundlage (**BGE 88 I 215**; IMBODEN, Schweiz. Verwaltungsrechtsprechung 2. A. Bem. II zu Nr. 49 und IV zu Nr. 84). Dies gilt insbesondere dann, wenn die Auflage, wie hier, auf eine Beschränkung des Eigentums hinausläuft.
a) Das Verwaltungsgericht hat die streitige Auflage wie schon die Vorinstanzen auf § 37 Abs. 2 StrG gestützt. Die Beschwerde macht geltend, dieser Abs. 2 sei bloss eine den Abs. 1 ergänzende Vorschrift und berechtige die Behörde nicht, den dort für Abgrabungen vorgeschriebenen Abstand von 1 m von der Strasse nach freiem Ermessen zu verbreitern; die gegenteilige Auslegung von § 37 Abs. 2 StrG verletze klares Recht und die Eigentumsgarantie.
aa) Der Vorwurf der Verletzung klaren Rechts ist unbegründet. Abs. 2 von § 37 StrG ermächtigt die Behörden allgemein, die nötigen das Strassengebiet und den Verkehr sichernden Anordnungen zu treffen. Nichts zwingt dazu, diese Bestimmung als blosse Ergänzung von Abs. 1 zu betrachten, nach welchem Abgrabungen innerhalb einer Entfernung von 1 m von öffentlichen Strassen unzulässig sind. Die Auslegung, dass Abs. 1 lediglich den Mindestabstand für Abgrabungen festsetze und

Abs. 2 die Behörde ermächtige, nötigenfalls darüber hinauszugehen, erscheint als mindestens so sinnvoll und ist keinesfalls willkürlich. Die Vorschrift bezweckt den Schutz des Strassenkörpers und der Benützer der Strasse, und dieser Zweck spricht, namentlich auch im Hinblick auf die Haftung des Strasseneigentümers nach **Art. 58 OR**, durchaus für die von den kantonalen Behörden vertretene weitere Auslegung.
bb) Wie gross der Abstand einer Kiesgrube von der Strasse richtigerweise sein soll, hängt von zahlreichen Umständen wie Tiefe der durch die Ausbeutung entstehenden Grube, Beschaffenheit des Bodens, Breite und Übersichtlichkeit der Strasse, Art und Dichte des Verkehrs auf dieser usw. ab. Zu dem danach angezeigten Abstand darf eine Sicherheitsmarge hinzugerechnet werden, zumal sich die künftige Zunahme des Verkehrs und der dadurch bewirkten Erschütterungen nicht genau berechnen lassen. Ferner durfte im vorliegenden Falle berücksichtigt werden, dass die Kantonsgrenze dem östlichen Strassenrand entlang verläuft und der Kanton Zürich die Strasse daher nur auf der Westseite, gegen die Kiesgrube des Beschwerdeführers hin, verbreitern kann.

Die kantonalen Behörden haben den Abstand unter Würdigung aller Umstände auf 8,1 m vom derzeitigen Strassenrand festgelegt, was unbestrittenermassen der Baulinie entspricht, die bei der Erstellung von Hochbauten eingehalten werden müsste. Nun bildet aber eine Hochbaute für die Sicherheit der Strasse und des Verkehrs auf ihr keine grössere, sondern eher eine kleinere Gefahr als eine tiefe, durch Kiesausbeutung entstehende Grube. Wenn daher die kantonalen Behörden die Gesamtheit der hier zu beachtenden tatsächlichen Verhältnisse in der Weise gewürdigt haben, dass sie fanden, für die Grube des Beschwerdeführers sei derselbe Abstand von der Strasse wie für eine Hochbaute einzuhalten, so hält das dem Vorwurfe der Willkür stand.

b) Als rechtsungleiche Behandlung rügt der Beschwerdeführer zunächst, dass sich das Verwaltungsgericht im angefochtenen Entscheid über eine 73-jährige Auslegung des § 37 StrG hinweggesetzt habe. Das Bundesgericht hat indessen stets erkannt, dass **Art. 4 BV** einer sachlich begründeten Praxisänderung nicht entgegenstehe (**BGE 89 I 428** /9 mit Verweisungen) und es einer Behörde, namentlich wenn es um die Sicherheit des öffentlichen Verkehrs gehe, nicht verwehrt sei, veränderten Verhältnissen

BGE 93 I 254 S. 260

Rechnung zu tragen, Erfahrungen auszuwerten, die bisherige Praxis zu überprüfen und sie gegebenenfalls neuer oder besserer Erkenntnis folgend zu ändern (**BGE 78 I 101** Erw. 5, **BGE 83 I 151** Erw. 6). Nun erklärt das Verwaltungsgericht, dass eben diese Voraussetzungen hier zutreffen und die Baudirektion "in ihrer neuern Praxis an Staatsstrassen für Abgrabungen unter ähnlichen Verhältnissen Abstände von 8-10 m" vorschreibe. Dem hält der Beschwerdeführer entgegen, dass bei einer Reihe anderer Kiesgruben unter vergleichbaren Verhältnissen auch in neuerer Zeit viel geringere Abstände geduldet worden seien und immer noch würden.

Die Besichtigung der vom Beschwerdeführer und vom Regierungsrat angerufenen Vergleichsobjekte hat ergeben, dass eine Reihe früher bewilligter Gruben kleinere Abstände aufweist. Diese Vergleichsobjekte sind aber - auch wenn man von der besonders tiefen Grube in Weiach, wo ein Strassenstück abgerutscht ist, absieht - nicht geeignet, den Standpunkt der kantonalen Behörden zu widerlegen, sondern lassen es vielmehr als richtig und geboten erscheinen, die Praxis zu verschärfen und entsprechend dem gesteigerten Verkehr und der zu erwartenden weiteren Verkehrszunahme grössere Abstände zu verlangen.

Der Augenschein hat ferner ergeben, dass einzelne in neuerer Zeit bewilligte Gruben in Missachtung entsprechender Auflagen bis nahe an die Strassengrenze ausgebeutet worden sind. Dass das obere und untere Strassenpersonal das nicht bemerkt habe, ist unglaubhaft, wiewohl bei 776 Gruben im ganzen Kantonsgebiet der eine oder andere Verstoss leicht übersehen werden mag. Indessen ist dargetan worden, dass die Baudirektion in der letzten Zeit gegen derartige Verstösse energisch eingeschritten ist und die rasche Wiederauffüllung der unerlaubterweise abgegrabenen Gebiete erzwingt, womit der Vorwurf der rechtsungleichen Behandlung auch in dieser Beziehung widerlegt ist.

Urteilskopf

135 I 79

10. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung i.S. X. und Y. gegen Stadtschulrat Schaffhausen und Erziehungsrat des Kantons Schaffhausen (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten)
2C_149/2008 vom 24. Oktober 2008

Regeste

Art. 15 BV und **Art. 9 EMRK**; Glaubens- und Gewissensfreiheit; Dispensation vom gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht aus religiösen Gründen.
Aktuelles Rechtsschutzinteresse; Legitimation der Eltern (E. 1).
Allgemeine Voraussetzungen für Praxisänderungen (E. 3).
Nach dem angerufenen muslimischen Gebot dürfen Gläubige nicht den weitgehend nackten Körper des anderen Geschlechts sehen (E. 4.2).
Glaubensinhalte, die ein religiös motiviertes Verhalten begründen oder bestimmte Bekleidungsweisen nahelegen, sind grundsätzlich nicht zu überprüfen (E. 4.4).
Der Kerngehalt der Religionsfreiheit wird durch das in Frage stehende Glaubensgebot nicht berührt (E. 5).
Genügende gesetzliche Grundlage für den obligatorischen, gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht an der Unterstufe der öffentlichen Grundschulen im Kanton Schaffhausen (E. 6).
Bei der Interessenabwägung sind insbesondere die vielfältigen Bestrebungen zur Integration der muslimischen Bevölkerungsgruppe zu berücksichtigen (E. 7.2).
Verbunden mit flankierenden Massnahmen stellt das angefochtene Obligatorium auch für muslimische Kinder keinen unzulässigen Eingriff in die Religionsfreiheit dar (E. 7.3).

Sachverhalt ab Seite 80

BGE 135 I 79 S. 80

A. Der tunesische Staatsangehörige A. ersuchte am 25. Oktober 2006 den Stadtschulrat der Stadt Schaffhausen, seine beiden Söhne X. (geb. 1995) und Y. (geb. 1997) vom obligatorischen Schwimmunterricht an der Primarschule U. (5. bzw. 4. Klasse) zu dispensieren. Die zuständige Kreisschulbehörde lehnte das Gesuch ab. Der

BGE 135 I 79 S. 81

Erziehungsrat des Kantons Schaffhausen wies den Rekurs, den X. und Y. gegen diesen Entscheid erhoben hatten, ebenfalls ab. Die beim Obergericht des Kantons Schaffhausen dagegen eingereichte Beschwerde blieb ohne Erfolg.

B. Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beantragen X. und Y. dem Bundesgericht, den Entscheid des Obergerichts aufzuheben.
Das Bundesgericht beurteilt die Beschwerde in öffentlicher Sitzung und weist sie ab.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

[...]

2.

2.1 Streitgegenstand bildet die Frage, ob die beiden Beschwerdeführer männlichen Geschlechts gestützt auf die Glaubens- und Gewissensfreiheit (**Art. 15 BV** und **Art. 9 EMRK**) Anspruch auf Dispensation vom Besuch des gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterrichts an der Primarschule Schaffhausen haben.

2.2 Die kantonalen Instanzen haben dies verneint und änderten damit ihre eigene bisherige Praxis, nach welcher Knaben und

BGE 135 I 79 S. 82

Mädchen islamischen Glaubens eine solche Dispensation gewährt wurde. Die zuvor eingenommene Haltung der Behörden stützte sich auf einen Entscheid des Bundesgerichts aus dem Jahre 1993, in dem ein Recht muslimischer Schülerinnen auf Befreiung vom Schwimmunterricht grundsätzlich anerkannt worden war (**BGE 119 Ia 178** ff.). Die inzwischen eingetretenen soziokulturellen Veränderungen haben bei den kantonalen Behörden in dieser Frage zu einem Meinungsumschwung geführt. Die Vorinstanz legt im angefochtenen Entscheid die Gründe, die eine Praxisänderung rechtfertigten, näher dar. So spreche eine Güterabwägung unter den heute gegebenen tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen gegen eine Dispensation muslimischer Schulkinder - Knaben und Mädchen - vom gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht, da es einerseits nicht um eine zentrale, allgemein anerkannte Forderung muslimischen Glaubens gehe und anderseits erhebliche und überwiegende Interessen der Geschlechtergleichstellung und der gesellschaftlichen Integration der Ausländer eine Teilnahme aller Schüler an diesem Unterricht erforderten.
Die Beschwerdeführer bestreiten, dass triftige Gründe für die vorgenommene Praxisänderung vorliegen. Die Vorinstanz übersehe, dass die Religionsfreiheit alle Glaubenssätze - auch die weniger zentralen - schütze, eine erfolgreiche Integration Toleranz in Glaubensfragen voraussetze und sich die Verhältnisse seit dem letzten Entscheid des Bundesgerichts überhaupt nicht verändert hätten.

3. Eine Änderung der Praxis lässt sich regelmässig nur begründen, wenn die neue Lösung besserer Erkenntnis der ratio legis, veränderten äusseren Verhältnissen oder gewandelter Rechtsanschauung entspricht; andernfalls ist die bisherige Praxis beizubehalten (**BGE 132 III 770** E. 4 S. 777). Eine Praxisänderung muss sich deshalb auf ernsthafte sachliche Gründe stützen können, die - vor allem im Interesse der Rechtssicherheit - umso gewichtiger sein müssen, je länger die als falsch oder nicht mehr zeitgemäss erachtete Rechtsanwendung gehandhabt worden ist (**BGE 126 II 122** E. 5 S. 129). Es ist zu prüfen, ob die von der Vorinstanz angeführten Argumente so gewichtig sind, dass sich eine Änderung der vom Bundesgericht eingehend begründeten Rechtsprechung rechtfertigt.

4.

4.1 Knaben und Mädchen streng islamischen Glaubens ist es untersagt, an einem gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht

BGE 135 I 79 S. 83

teilzunehmen. Das gilt aus religiös-erzieherischen Gründen bereits für die Zeit vor Eintritt der Geschlechtsreife. Eine Ausnahme besteht nur für im Koran näher umschriebene Angehörige (**BGE 119 Ia 178** E. 4d S. 186).

4.2 Die Beschwerdeführer berufen sich auf diese Glaubensregel. Sie haben im kantonalen Verfahren eine am 5. Februar 2007 verfasste Erklärung des Imams der Grossen Moschee von Genf eingereicht, woraus hervorgeht, dass Schwimmen nicht erlaubt sei, wo Mädchen und Knaben zusammen seien; es gelte zu verhindern, dass sie gegenseitig ihre Reize betrachteten. Die Beschwerdeführer machen ausdrücklich geltend, nach den muslimischen Geboten dürften sie als Gläubige nicht den weitgehend nackten Körper des anderen Geschlechts sehen; beim Schwimmen träfen sie auf Mädchen, die viel weniger bekleidet seien, als dies der Glaube erlaube; der Koran auferlege dem Gläubigen, den Blick zu senken, wenn ihm Menschen begegneten, deren Awra (Körper zwischen Bauchnabel und Knie) nicht bedeckt sei; dieses Gebot könnten die Beschwerdeführer beim gemeinsamen Schwimmen mit den Mädchen nicht einhalten. Da die Beschwerdeführer insoweit keine Einschränkung anbringen, ist davon auszugehen, dass dieses Gebot für sie unabhängig von der Glaubenszugehörigkeit der Mädchen gilt.

4.3 Die Vorinstanz anerkennt, dass die Beachtung der erwähnten religiösen Vorschrift verfassungsrechtlichen Schutz geniesst. Sie führt jedoch aus, dass nur ein Teil der muslimischen Bevölkerung den Koran in diesem strengen Sinn interpretiere. Für die anderen genüge es, dass der Körper hinreichend bedeckt und die Intimsphäre geschützt sei. Das Verbot des gemischtgeschlechtlichen Schwimmens zähle deshalb nicht zu den zentralen Forderungen des muslimischen Glaubens, sondern sei Ausfluss einer sehr strengen dogmatischen bzw. patriarchalischen Auffassung, die von vielen Muslimen nicht geteilt werde. Dafür könne zwar der Schutz der Religionsfreiheit beansprucht werden, doch komme ihm bei der Interessenabwägung ein geringeres Gewicht zu als anderen Glaubensinhalten.

4.4 Der religiös neutrale Staat kann Glaubensregeln nicht auf ihre theologische Richtigkeit - insbesondere nicht auf ihre Übereinstimmung mit den heiligen Schriften - überprüfen (vgl. **BGE 119 Ia 178** E. 4c S. 185). Ebenso ist es ihm verwehrt, die Bedeutung einer religiösen Vorschrift und damit ihr Gewicht bei der Interessenabwägung selber festzustellen. In diesem Punkt haben die staatlichen Organe

vielmehr von der Bedeutung auszugehen, welche die religiöse Norm für die Beschwerdeführer hat. In einem neuen Entscheid hat das Bundesgericht in Bestätigung dieser Rechtsprechung erklärt, Glaubensinhalte, die ein religiös motiviertes Verhalten begründen oder bestimmte Bekleidungsweisen nahelegen, seien grundsätzlich nicht zu überprüfen (**BGE 134 I 56** E. 4 und 5.2).

Das verkennt die Vorinstanz, wenn sie dem Verbot des gleichgeschlechtlichen Schwimmens deshalb einen geringen Stellenwert einräumt, weil es für die Mehrheit der Muslime nicht zu den zentralen Forderungen ihres Glaubens gehöre. Die Beschwerdeführer teilen in dieser Hinsicht gerade nicht die religiösen Auffassungen der Mehrheit der hier lebenden Muslime. Sie machen vielmehr geltend, es stehe für sie ein absolutes Verbot in Frage, über das sie sich nicht hinwegsetzen könnten. Im kantonalen Verfahren ist die Glaubwürdigkeit dieser Behauptung nicht in Zweifel gezogen worden. Wie das Bundesgericht bereits früher festgestellt hat, hängt eine erfolgreiche Berufung auf die Religionsfreiheit nicht davon ab, ob eine religiöse Überzeugung stark vom Landesüblichen abweicht oder ob sie von allen Glaubensangehörigen gleichermassen befolgt wird. Dieses Grundrecht schützt vielmehr ebenso die Überzeugungen religiöser Minderheiten (**BGE 119 Ia 178** E. 7e S. 193 und E. 8a S. 194).

4.5 Indem die Vorinstanz der von den Beschwerdeführern angerufenen religiösen Glaubensregel nur einen beschränkten Stellenwert einräumt, weicht sie von der bisherigen und erst kürzlich bestätigten Rechtsprechung in einem zentralen Punkt ab. Ihre dafür angeführte Begründung vermag nicht zu überzeugen, so dass insoweit kein Anlass für eine Praxisänderung besteht.

4.6 Es ist demnach davon auszugehen, dass die Verpflichtung zur Teilnahme am gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht einen Eingriff in die Religionsfreiheit der Beschwerdeführer darstellt.

[...]

7.

7.1 Das Obligatorium des Schulbesuches - einschliesslich der vom kantonalen Recht statuierten Pflicht zur Teilnahme am Schwimmen im Rahmen des Sportunterrichts - dient der Wahrung der Chancengleichheit aller Kinder und darüber hinaus auch derjenigen zwischen den Geschlechtern bzw. der Gleichstellung von Mann und Frau

BGE 135 I 79 S. 87

in der (Aus-)Bildung; sie fördert zudem die Integration von Angehörigen anderer Länder, Kulturen und Religionen und ist somit unbestrittenermassen von gewichtigem öffentlichen Interesse (**BGE 119 Ia 178** E. 7c). Dies wird von den Beschwerdeführern zu Recht nicht in Frage gestellt. Soweit im zitierten Urteil das Schwimmen als verzichtbarer Lehrinhalt bezeichnet wird, kann daran - nachdem inzwischen am 26. März 1997 die UNO-Kinderrechtskonvention vom 20. November 1989 (KRK; SR 0.107) in Kraft getreten ist, welche insbesondere festschreibt, dass bei allen Massnahmen, die Kinder betreffen, das Wohl des Kindes vorrangig zu berücksichtigen ist (**Art. 3 Ziff. 1 KRK**) - nicht festgehalten werden. Denn heute werden immer mehr Wassersportarten auch von Kindern und Jugendlichen ausgeübt (Aquaparks, Thermalbäder, Kanufahren, Riverrafting, Wasserwandern, Windsurfen etc.). Es ist deshalb zunehmend von Bedeutung, dass schon Kinder mit dem Element Wasser vertraut gemacht werden und schwimmen können. Mitunter ertrinken heute Kinder und Jugendliche - u.a. auch bei Schulanlässen -, weil sie nicht schwimmen können (vgl. Urteil 6S.358/2004 vom 10. November 2004: Tod eines Schülers, der beim Besuch eines Aquaparks verschwieg, dass er Nichtschwimmer war). Dem gemeinsam geführten Sportunterricht kommt im in der Schweiz bestehenden gesellschaftlichen Umfeld zudem eine - im Interesse des Kindes liegende - wichtige sozialisierende Funktion zu. Insbesondere gilt es zu vermeiden, dass die Kinder islamischen Glaubens bereits auf der Schulstufe in eine Aussenseiterrolle gedrängt werden.

Es besteht somit ein erhebliches öffentliches Interesse am Besuch des Schwimmunterrichts durch alle Schüler, die den sich dabei stellenden Anforderungen körperlich auch gewachsen sind.

7.2 Das öffentliche Interesse, dass alle Schüler den obligatorischen gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht besuchen, ist abzuwägen gegenüber dem Interesse der Beschwerdeführer, sich auf die Einhaltung einer nach ihrer Auffassung wesentlichen religiösen Regel berufen zu können. Dabei ist von Bedeutung, dass nicht etwa die Teilnahme an einer Veranstaltung in Frage steht, die inhaltlich einen Bezug zu religiösen Überzeugungen hätte, wie dies bei der Erteilung von Religionsunterricht oder bei eigentlichen Kulthandlungen der Fall wäre. Es geht nicht um den Inhalt des Lehrstoffes - auch Muslime halten Sport- und Schwimmunterricht für sinnvoll -, sondern allein um die äusseren Bedingungen der Unterrichtserteilung.

BGE 135 I 79 S. 88

Seit dem Entscheid des Bundesgerichts im Jahre 1993 haben die bereits in jenem Entscheid berücksichtigten wichtigen Integrationsanliegen in der Öffentlichkeit noch vermehrtes Gewicht erhalten. Ihre ausdrückliche Aufnahme im Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer ([AuG; SR 142.20] Art. 4 und 53 ff. AuG; vgl. auch **Art. 85 Abs. 2 KV/SH** [SR 131.223]) belegt diese Entwicklung. Verändert hat sich auch die religiöse Zusammensetzung der schweizerischen Wohnbevölkerung: Während im Jahre 1990 noch 152'200 Angehörige islamischer Gemeinschaften in der Schweiz lebten, waren es im Jahr 2000 bereits 310'800 (davon 88,3 % Ausländer [56,4 % aus Ex-Jugoslawien, v.a. aus dem Kosovo; 20,2 % aus der Türkei], 3,9 % Schweizer seit der Geburt: vgl. CLAUDE BOVAY, Eidgenössische Volkszählung 2000, Religionslandschaft in der Schweiz, Bundesamt für Statistik, Neuenburg, Dezember 2004).

Heute wird ihre Zahl auf gegen 400'000 geschätzt (UWE STOLZ, Schweiz auf dem Weg zum Islam-Staat, http://www.israswiss.ch). Die islamische Wohnbevölkerung liegt jedenfalls bereits seit 1980 zahlenmässig nach der römisch-katholischen und der evangelisch-reformierten an dritter Stelle. Diese Zahlen zeigen, dass Streitigkeiten über einen Dispens vom Schwimmunterricht zwar auch Muslime schweizerischer Nationalität treffen können; sie präsentieren sich indessen schwergewichtig als Problem der Ausländerintegration. Die Vorinstanz spricht daher denn auch zu Recht von einer "multikulturellen Schulrealität". Diese verlangt heute noch vermehrt als früher Anstrengungen zur Angewöhnung und Einbindung der Kinder und Jugendlichen aus anderen Kulturen in die hier geltenden gesellschaftlichen Rahmenbedingungen. Nur auf diese Weise kann ihre Teilnahme am wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Leben und damit der soziale Frieden und die Chancengleichheit gewährleistet werden. Aufgabe des Verfassungsstaates ist namentlich, ein Mindestmass an innerem Zusammenhalt von Staat und Gesamtgesellschaft herzustellen, welches für ein harmonisches, von Achtung und Toleranz geprägtes Zusammenleben notwendig ist (vgl. Probleme der Integration von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz, Bundesamt für Migration, Juli 2006, S. 86).

Von Ausländern darf und muss erwartet werden, dass sie zum Zusammenleben mit der einheimischen Bevölkerung bereit sind und die schweizerische Rechtsordnung mit ihren demokratischen und rechtsstaatlichen Grundsätzen - die der Staat auch gegenüber kulturell begründeten abweichenden Ansprüchen zu bewahren hat -

BGE 135 I 79 S. 89

sowie die hiesigen sozialen und gesellschaftlichen Gegebenheiten akzeptieren (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 8. März 2002 zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, BBl 2002 3714, 3797 ff.). Wer in ein anderes Land emigriert, muss regelmässig gewisse Einschränkungen und Änderungen seiner Lebensgewohnheiten in Kauf nehmen. Dies bedeutet keineswegs eine Preisgabe der Religionsfreiheit. Es geht dabei regelmässig nicht um den Kerngehalt dieses Grundrechts, sondern lediglich um Konflikte, die daraus entstehen können, dass gewisse kulturell-religiös verankerte, inhaltlich aber das Alltagsleben betreffende Verhaltensnormen mit den hier geltenden Regeln kollidieren. Glaubensansichten entbinden jedoch nicht von der Erfüllung der bürgerlichen Pflichten. Diese in der bisherigen Bundesverfassung (**Art. 49 Abs. 5 aBV**) noch ausdrücklich verankerte Regel muss als Grundsatz weiterhin gelten.

Im sozialen Einbindungsprozess kommt der Schule eine besonders wichtige Aufgabe zu (vgl. Botschaft, a.a.O., BBl 2002 3800 f.). Sie soll zunächst eine Grundbildung vermitteln. Dieses Ziel kann sie nur erreichen, wenn seitens der Schüler die Verpflichtung besteht, die obligatorischen Fächer und Veranstaltungen zu besuchen. Im Gegenzug muss die Schule ein offenes, gesellschaftsübliches Umfeld bieten und den Geboten der weltanschaulichen Neutralität und der Laizität strikt nachleben. In diesem Rahmen darf die Schule angesichts der grossen Bedeutung des Pflichtangebots aber darauf bestehen, dass ihre Lehrveranstaltungen für alle obligatorisch sind und dass sie nicht für alle persönlichen Wünsche eine abweichende Sonderregelung vorsehen oder zulassen muss. Dies gilt auch für Ausnahmen zur Beachtung religiöser Gebote, die mit dem Schulprogramm kollidieren. Dem obligatorischen Schulunterricht kommt hier grundsätzlich der Vorrang zu, weshalb allfällige Ausnahmen nur mit Zurückhaltung zu gewähren sind. Der Sportunterricht dient zudem in hohem Mass der Sozialisierung der Schüler. Diesen Zweck kann er nur erfüllen, wenn der Unterricht (wie auch Klassenlager und Skilager etc.), wie in der Schweiz allgemein üblich, gemeinsam stattfindet.

Bei der Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, dass es beim hier in Frage stehenden Verbot darum geht, dass die beiden männlichen Beschwerdeführer beim Besuch des obligatorischen gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterrichts gezwungen wären, bestimmte Teile des weiblichen Köpers im Bereich vom Bauchnabel bis zu

BGE 135 I 79 S. 90

den Knien zu sehen. Es liegt auf der Hand, dass sich solche Anblicke für die Beschwerdeführer beim gemeinsamen Schwimmunterricht mit Mitschülerinnen in Badekostümen nicht vermeiden lassen. Dies gilt indessen in der Schweiz für viele Bereiche des alltäglichen Lebens. Denn es lässt sich nicht verhindern, dass die Beschwerdeführer hier täglich Frauen und Mädchen erblicken, bei welchen der in Frage stehende Körperbereich teilweise unverhüllt sichtbar ist. Bauchfreie Bekleidung und kurze Röcke gehören (auch) in der Schweiz zum üblichen Strassenbild. Im Alltag kann den Beschwerdeführern die Konfrontation mit in der Schweiz gängigen Bekleidungsformen somit ohnehin nicht erspart werden. Dies gilt auch in den übrigen europäischen Staaten. In all diesen Ländern werden Kinder nicht nur durch Begegnungen auf der Strasse, sondern auch durch Abbildungen in den Medien mit knapp bekleideten menschlichen Körpern des anderen Geschlechts konfrontiert und müssen damit umzugehen lernen.

Es kommt weiter hinzu, dass die hier in Frage stehende Glaubensregel auch nicht mit den für die Mädchen islamischen Glaubens geltenden Bekleidungsvorschriften gleichgestellt werden kann. Diese gebieten den Frauen das Verhüllen des eigenen Körpers und richten sich an die Gläubigen selber. Die Frauen können selber entscheiden, ob sie diese Gebote befolgen wollen. Anders verhält es sich beim verpönten Anblick von Körperteilen des anderen Geschlechts. Hier kann der gläubige Schüler nicht verlangen, dass die Mitschülerinnen anderen Glaubens ihren Körper entsprechend den islamischen Bekleidungsvorschriften verhüllen, nur um ihm diesen Anblick zu ersparen.

Die Anerkennung eines Rechts, muslimische Kinder generell vom kollektiven Schwimmunterricht zu befreien, würde den vielfältigen Bestrebungen zur Integration dieser Bevölkerungsgruppe zuwiderlaufen. Namentlich würde damit den betroffenen Kindern erheblich erschwert, sich an das in der hiesigen Gesellschaft übliche natürliche Zusammensein mit dem anderen Geschlecht zu gewöhnen. Die Kinder müssten zur Vermeidung des Anblicks von Personen des anderen Geschlechts in Badekostümen sogar auf die Benützung öffentlicher Badeanstalten und Strandbäder verzichten.

7.3 Wenn daher die Behörden des Kantons Schaffhausen gestützt auf die im angefochtenen Entscheid angestellten grundsätzlichen Erwägungen die bisherige Dispensationspraxis nicht weiterführen,

sondern den gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht - verbunden mit flankierenden Massnahmen (eigene körperbedeckende Badebekleidung, getrenntes Umziehen und Duschen) - auch für muslimische Kinder vorschreiben wollen, kann darin kein unzulässiger Eingriff in die Religionsfreiheit erblickt werden.

Der vorliegende Fall ist im Übrigen nicht vergleichbar mit dem in **BGE 134 I 114** beurteilten Sachverhalt. Dort ging es nicht um regelmässig stattfindenden obligatorischen Unterricht, sondern um die einmal abzulegende Maturitätsprüfung: Streitig war die Verweigerung eines Dispenses gegenüber einem Schüler, welcher einer dem Gebot der Samstags-Ruhe strikt verpflichteten Glaubensgemeinschaft angehört, von schriftlichen Maturitätsprüfungen an einem Samstag. Diese Grundrechtseinschränkung erachtete das Bundesgericht als unverhältnismässig, da insbesondere wegen krankheits- und unfallbedingten Absenzen ohnehin Nachholtermine an anderen Tagen vorgesehen werden mussten und nichts entgegenstand, den Schüler an solchen Terminen zur Prüfung aufzubieten.

Urteilskopf

135 III 304

44. Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. A. gegen Departement Volkswirtschaft und Inneres des Kantons Aargau (Beschwerde in Zivilsachen)
4A_584/2008 vom 13. März 2009

Regeste

Art. 934 OR, Art. 53 lit. C aHRegV bzw. **Art. 36 HRegV**; Pflicht zur Eintragung eines Gemüsebaubetriebs in das Handelsregister.
Intertemporal anwendbares Recht (E. 3). Zur Frage der Eintragungspflicht von Betrieben der bodenabhängig produzierenden Urproduktion, insbesondere von Landwirtschafts- und Gemüsebaubetrieben (E. 4 und 5).

Sachverhalt ab Seite 305

BGE 135 III 304 S. 305

A. Das Handelsregisteramt des Kantons Aargau forderte A. (Beschwerdeführer) am 28. August 2007 auf, seine Einzelfirma "Gemüsebau A." bis am 16. September 2007 zur Eintragung im Handelsregister anzumelden. Der Beschwerdeführer machte Weigerungsgründe geltend.
Am 26. September 2007 überwies der Handelsregisterführer die Angelegenheit an die Justizabteilung des Departements Volkswirtschaft und Inneres des Kantons Aargau (DVI) als kantonale Aufsichtsbehörde (Beschwerdegegner). Der Beschwerdeführer weigerte sich weiterhin, die verlangte Anmeldung vorzunehmen. In der Folge erliess das DVI am 7. April 2008 eine Verfügung, in der es feststellte, dass A., Gemüsebau, in B., eintragungspflichtig sei, und in der es den Handelsregisterführer beauftragte, die Eintragung ins Handelsregister zu veranlassen.
Der Beschwerdeführer gelangte gegen diese Verfügung an das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau, welches die Beschwerde mit Urteil vom 3. November 2008 abwies.

B. Der Beschwerdeführer beantragt mit Beschwerde in Zivilsachen, dieses Urteil des Verwaltungsgerichts aufzuheben und festzustellen, dass keine Pflicht zum Eintrag ins Handelsregister bestehe.
Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

3. Der angefochtene Entscheid stützt sich auf **Art. 934 OR** und auf die dazu erlassenen Ausführungsbestimmungen in der eidgenössischen Handelsregisterverordnung (HRegV; SR 221.411). Am 1. Januar 2008 ist eine revidierte Fassung von **Art. 934 OR** vom 16. Dezember 2005 und eine totalrevidierte Fassung der Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 in Kraft getreten (AS 2007 4791 ff., 4833 und 4851 ff.).
Nach Art. 180 der HRegV vom 17. Oktober 2007 richten sich Verfahren betreffend Eintragungen von Amtes wegen, die vor dem Inkrafttreten dieser Verordnung eingeleitet wurden, nach den Vorschriften des alten Rechts. Die Vorinstanz erwog, die vorliegende Streitsache sei in Anwendung dieser Bestimmung nach der HRegV vom 7. Juni 1937 (im Folgenden: aHRegV) zu beurteilen, da das

BGE 135 III 304 S. 306

Handelsregisteramt des Kantons Aargau das Eintragungsverfahren am 28. August 2007 eröffnet habe. Dies ist zutreffend und blieb unbestritten. Ohnehin wäre der vorliegende Fall nicht anders zu beurteilen, wenn er aufgrund der Bestimmung über die Eintragungspflicht in Art. 36 der neuen HRegV beurteilt würde, wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt (vgl. dazu auch MICHAEL GWELESSIANI, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 2008, N. 139 ff. zu **Art. 36 HRegV**).

Zur Frage, ob die alte oder die neue Fassung von **Art. 934 OR** anwendbar sei, hat sich die Vorinstanz nicht geäussert. Die Frage kann auch vorliegend offenbleiben, da der Randtitel und der Text dieser Gesetzesbestimmung bei der Revision rein redaktionell umformuliert wurden und keine materielle Änderung erfolgte (Botschaft vom 19. Dezember 2001 zur Revision des Obligationenrechts [GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht], BBl 2002 3148 ff., 3238).

4. Zur Eintragung ins Handelsregister ist nach aArt. 934 Abs. 1 OR verpflichtet, wer ein Handels-, ein Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt (gleich lautend: Art. 52 Abs. 1 aHRegV). Als Gewerbe ist eine selbständige, auf dauernden Erwerb gerichtete wirtschaftliche Tätigkeit zu betrachten (Art. 52 Abs. 3 aHRegV). Nach Art. 53 lit. C aHRegV gehören zu den andern, nach kaufmännischer Art geführten Gewerben diejenigen, die nicht Handelsgewerbe (nach lit. A) oder Fabrikationsgewerbe (nach lit. B) sind, jedoch nach Art und Umfang des Unternehmens einen kaufmännischen Betrieb und eine geordnete Buchführung erfordern. Wenn ihre jährliche Roheinnahme die Summe von 100'000 Franken nicht erreicht, sind sie von der Eintragungspflicht befreit (Art. 54 aHRegV). Die erwähnten Merkmale (kaufmännische Betriebsführung, geordnete Buchführung, Minimalroheinnahmen) müssen kumulativ erfüllt sein, was nach den Umständen des Einzelfalles zu beurteilen ist (vgl. **BGE 130 III 707** E. 4.3; Urteil 2A.210/1992 vom 26. November 1993 E. 3 mit Hinweisen, in: ASA 64 S. 144).

Es ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer mit seinem Gemüsebaubetrieb ein "anderes" Gewerbe im Sinne von Art. 52 Abs. 3 und Art. 53 lit. C aHRegV (d.h. ein anderes als ein Handels- oder Fabrikationsgewerbe) mit einem Fr. 100'000.- übersteigenden jährlichen Umsatz (Roheinnahme) führt, und die Voraussetzungen

seiner Eintragungspflicht insoweit bestehen. Der Streit dreht sich einzig um die Frage, ob es sich dabei um ein nach kaufmännischer Art geführtes und damit auch unter diesem Gesichtspunkt eintragungspflichtiges Gewerbe im Sinne von **Art. 934 OR** und von Art. 53 lit. C aHRegV handelt.

Die Vorinstanz erwog, die Eintragungspflicht in das Handelsregister hänge nicht an sich davon ab, ob ein Betrieb der Landwirtschaft (bzw. Urproduktion) zugeordnet werden könne. Entscheidend sei vielmehr, ob solche Betriebe die Kriterien von Art. 53 lit. C aHRegV erfüllten, d.h. nach Art und Umfang des Unternehmens einen kaufmännischen Betrieb und eine geordnete Buchführung erforderten. Ob dies der Fall sei, beurteilte die Vorinstanz aufgrund von verschiedenen Indizien, namentlich auch solcher, die bei Handwerksbetrieben oder bei freien Berufen auf eine kaufmännische Tätigkeit schliessen lassen.

Der Beschwerdeführer rügt sinngemäss, die Vorinstanz sei damit zu Unrecht von der bundesgerichtlichen Praxis (**BGE 97 I 417**) abgewichen, indem sie entschieden habe, die Eintragungspflicht sei unabhängig davon zu beurteilen, ob ein Betrieb der Landwirtschaft zuzurechnen oder ob er ein Handelsbetrieb sei. Ein Hinweis dafür, dass sein Gemüsebaubetrieb der Urproduktion angehöre, sei die Unterstellung der Betriebe des produzierenden Gartenbaus per 1. Januar 1994 unter das Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB; SR 211.412.11). Mithin seien solche Betriebe gleich zu behandeln wie herkömmliche Landwirtschaftsbetriebe. Auf dem Betrieb finde kein Handel von Gemüse statt, sondern ausschliesslich ein Verkauf von selbstangebauten Produkten an Grossabnehmer und im Hofládeli, wie auf vielen Landwirtschaftsbetrieben auch.

5.

5.1 Es ist richtig, dass Betriebe der bodenabhängig produzierenden Urproduktion nach einer älteren Rechtsprechung von der Pflicht zur Eintragung in das Handelsregister ausgenommen waren. Immerhin hat das Bundesgericht in **BGE 97 I 417** E. 2 S. 418 f. ausgeführt, Betriebe der Urproduktion, insbesondere der Landwirtschaft, seien eintragungspflichtig, wenn sie mit einem Grosshandel der gewonnenen Erzeugnisse verbunden seien oder sonstwie nach kaufmännischer Art geführt würden und daher unter Art. 53 lit. C aHRegV fielen. Im gleichen Entscheid (E. 2 S. 419 f.) hielt es aber an seiner bisherigen Praxis fest (**BGE 81 I 78** E. 2**; 78 I 63** E. 3), nach der

BGE 135 III 304 S. 308

landwirtschaftliche Betriebe von der Eintragungspflicht ausgenommen seien, selbst wenn sie über eine "vorwiegend auf Selbstversorgung gerichtete Bauernwirtschaft" hinausgingen und von ihrer Grösse her nach kaufmännischen Grundsätzen geführt sowie buchhalterisch erfasst werden müssten und sie mit einem Grosshandel der gewonnenen Erzeugnisse verbunden seien, da die Anwendbarkeit des Handelsrechts für sie keinen Sinn habe (vgl. dazu auch JEAN-PIERRE LEU, Les conditions de l'obligation de tenir une comptabilité [Art. 957 CO], Der Schweizer Treuhänder 1974 S. 35 ff., 44; GOTTHARD STEINMANN, Zur Frage der Buchführungspflicht im Wehrsteuerrecht, insbesondere auch bei den sog. "anderen" kaufmännischen Gewerben, Steuer Revue 1979 S. 7 ff., 15).

Nach konstanter Rechtsprechung trifft es sodann auch zu, dass Gemüsebaubetriebe (Gemüsegärtnereien) als Gewerbe der Bodenkultur bzw. der landwirtschaftlichen Urproduktion der Landwirtschaft zugerechnet werden. Dies gilt selbst dann, wenn in einem solchen Betrieb besondere technische Einrichtungen wie Gewächshäuser oder ein Kühlhaus verwendet und in den Gewächshäusern teilweise nicht Freilandpflanzen kultiviert werden, die nicht Bestandteile des Bodens sind, soweit die Urproduktion vorherrschend bleibt (**BGE 97 I 417** E. 3a**; 78 I 63** E. 3 S. 68 f.; Urteil vom 12. September 1967 E. 3, in: ASA 37 S. 206 ff.). Nicht zur Landwirtschaft gerechnet werden hingegen Baumschulbetriebe und Handelsgärtnereien, mit denen eine markantere kaufmännische Tätigkeit verfolgt werde, indem ihre Erzeugnisse von Anfang an für einen Verkauf an eine breite Kundschaft bestimmt seien (**BGE 97 I 417** E. 2 S. 419; **BGE 81 I 78** E. 2 S. 80; vgl. dazu auch LEU, a.a.O., S. 44 f.). Die Frage der Gleichstellung von Gemüsebaubetrieben mit der Landwirtschaft wurde in nach **BGE 97 I 417** ergangenen Urteilen des Bundesgerichts nicht mehr besprochen.

Hingegen hat das Bundesgericht in einem späteren Entscheid die Voraussetzungen einer Eintragungspflicht von Landwirtschaftsbetrieben in das Handelsregister in Anlehnung an verschiedene Lehrmeinungen teilweise neu umschrieben, ohne sich auf die bisherige Rechtsprechung zu beziehen (**BGE 110 Ib 24** E. 2b S. 26). Danach bleiben Landwirtschaftsbetriebe (wie nach herkömmlicher Ansicht) im Allgemeinen ausserhalb des Handelsrechts und unterliegen daher der Buchführungspflicht nicht. Dieser Grundsatz gilt, wie im Entscheid weiter ausgeführt wird, allerdings nicht unbegrenzt. Ein Landwirtschaftsbetrieb (Urproduktion) stellt ein eintragungs- und

BGE 135 III 304 S. 309

damit buchführungspflichtiges Handelsgewerbe dar, wenn mit ihm ein Grosshandel der gewonnenen Produkte bzw. wenn er mit einer zusätzlichen Handelstätigkeit verbunden wird. Eine Eintragungspflicht besteht ausserdem, wenn der Landwirtschaftsbetrieb nur ein Nebengewerbe eines dem gleichen Inhaber gehörenden und seiner Natur nach eintragungspflichtigen (Haupt-)Gewerbes darstellt (vgl. Art. 56 aHRegV). Im konkreten Fall qualifizierte das Bundesgericht einen landwirtschaftlichen Betrieb, in dem Heu produziert wurde, als blossen Nebenbetrieb einer - unbestrittenermassen eintragungspflichtigen - Schweine-Grossmästerei und eines Heuhandels (**BGE 110 Ib 24** E. 3c/d S. 27 f.). Damit wurde am Grundsatz, dass Landwirtschafts- und Gemüsebaubetriebe von der Eintragungspflicht befreit sind, festgehalten. Dagegen wurde damit die Rechtsprechung aufgegeben, wonach Landwirtschaftsbetriebe und die diesen gleichgestellten Gemüsebaubetriebe generell von der Eintragungspflicht ausgenommen seien, weil die Anwendbarkeit des Handelsrechts für diese - unabhängig von weiteren Umständen - keinen Sinn ergäbe.

Diese Rechtsprechung wurde in mehreren späteren Entscheiden bestätigt.
In einem Urteil aus dem Jahre 1998 hat das Bundesgericht einen Weinbaubetrieb als eintragungspflichtig erklärt, in dem der Verkauf an Private direkt aus dem Weinkeller eine untergeordnete Rolle spielte und ein eigentlicher Weingrosshandel betrieben wurde (nicht veröffentlichtes Urteil 2P.128/1997 vom 3. Dezember 1998 E. 4d und 5).
In einem Urteil aus dem Jahre 1991 (Urteil 2A.71/1991 vom 15. November 1991 E. 5a, in: ASA 61 S. 525) wurde zur grundsätzlichen Nichtunterstellung von Landwirtschaftsbetrieben unter die Eintragungspflicht bzw. die Buchführungspflicht (**Art. 957 OR**) erläutert, dass bei solchen wie bei den handwerklichen Betrieben kein allgemeines Interesse an deren Bekanntmachung und "Geschäftsführung" bestehe. Entscheidend seien vor allem die persönlichen Fähigkeiten des Betriebsinhabers. Zwar sei der Kapitaleinsatz zwecks Anschaffung lohnsparender Maschinen in der Landwirtschaft in neuerer Zeit immer erheblicher geworden. Demgegenüber seien die Lohnkosten in der Regel bescheiden. Der Landwirt vermöge daher den Überblick über seine finanziellen Verhältnisse zumeist auch ohne eigentliche Buchhaltung zu behalten, weshalb die sich mit der Eintragung im Handelsregister ergebende Pflicht zur Buchführung

BGE 135 III 304 S. 310

ebenfalls aus dieser Sicht keiner zwingenden Notwendigkeit entspreche. In diesem, wie auch in einem weiteren Urteil aus dem Jahre 1996, war für die schliesslich bejahte Eintragungspflicht bzw. Buchführungspflicht der zu beurteilenden Betriebe nicht in erster Linie der Umstand entscheidend, dass ein Grosshandel mit den gewonnenen Erzeugnissen getätigt wurde. Ausschlaggebend war eher, dass es sich dabei gar nicht um Gewerbe der Bodenkultur bzw. der landwirtschaftlichen Urproduktion und damit nicht um Landwirtschaftsbetriebe im herkömmlichen Sinn handelte, sondern um nach kaufmännischer Art geführte Grossbetriebe der Aufzucht und Mast von Tieren bzw. der Legehennenhaltung, bei denen die für die Urproduktion typische Tätigkeit der Gewinnung organischer Stoffe aus der Bodenbearbeitung weitgehend fehlte oder zumindest unbeachtlich war (Urteil 2A.71/1991, a.a.O., E. 5 und 6; Urteil 2A.262/1994 vom 8. Oktober 1996 E. 3 und 4).

5.2 Es ist demnach zunächst zu prüfen, ob der Betrieb des Beschwerdeführers einen Betrieb der bodenabhängig produzierenden Urproduktion darstellt. Wenn nicht, kommt die Regel der grundsätzlichen Befreiung von der Eintragungspflicht von vornherein nicht zum Tragen.
Die Vorinstanz hat festgehalten, die Produktion erfolge ausschliesslich in Gewächshäusern und seit 2001 werde ganz auf den Freilandanbau verzichtet. Sie hat indes keine Feststellungen darüber getroffen, ob im streitbetroffenen Betrieb vorwiegend bodenabhängig produziert wird, wie der Beschwerdeführer behauptet, und damit ein Betrieb der Urproduktion vorliegt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts (Erwägung 5.1 vorne, 2. Absatz) kann allerdings bei einer Gemüsegärtnerei grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass eine schwergewichtig bodenabhängige Produktion erfolgt.

5.3 Der streitbetroffene Betrieb fällt demnach unter die Regel der grundsätzlichen Befreiung von der Eintragungspflicht. Als Nächstes ist zu prüfen, ob er nach den Kriterien der dargestellten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. E. 5.1 vorne, namentlich **BGE 110 Ib 24** E. 2b) dennoch im Handelsregister eingetragen werden muss.
Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass der Gemüsebaubetrieb des Beschwerdeführers im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein eintragungspflichtiges Gewerbe wäre, weil er bloss ein Nebengewerbe eines eintragungspflichtigen

BGE 135 III 304 S. 311

(Haupt-)Gewerbes darstellte oder weil er ein Betrieb der Urproduktion ist, der mit einer zusätzlichen Handelstätigkeit verbunden wäre.

Es stellt sich hingegen die Frage, ob eine Eintragungspflicht bejaht werden kann, weil mit den im Betrieb gewonnenen Erzeugnissen ein Grosshandel betrieben wird. Der Beschwerdeführer bestreitet dies, indem er geltend macht, es finde auf seinem Betrieb kein Handel von Gemüse statt. Er verkaufe ausschliesslich die selbstangebauten Produkte an Grossabnehmer und im Hofladeli. Er mache damit das, was Dutzende von anderen Landwirten ebenfalls ausübten, indem sie neben der Belieferung von Grossabnehmern (Molkereien, Mühlen, Schlachthöfe etc.) auch noch einen Hofverkauf betrieben.

5.3.1 Das Bundesgericht hat in verschiedenen Entscheiden das Vorliegen eines Grosshandels in diesem Sinne bejaht, wobei es allerdings nie abstrakt festlegte, welches die massgeblichen Kriterien für die Annahme eines solchen seien. Im unveröffentlichten Urteil 2P.128/1997 vom 3. Dezember 1998 E. 5b hat es die Führung eines Grosshandels bei einem Weinbaubetrieb bejaht, der durch Verkäufe an verschiedene Wiederverkäufer und nur zu einem kleinen Anteil durch Verkäufe an Endverbraucher einen jährlichen Umsatz zwischen rund Fr. 328'000.- und Fr. 682'000.- erzielte (vgl. dazu auch KÄFER, Berner Kommentar, 2. Aufl. 1981, N. 70 zu **Art. 957 OR**). Im Urteil 2A.262/1994 vom 8. Oktober 1996 E. 4c schloss das Bundesgericht bei einem Betrieb, der Viehhandel sowie Mast und Aufzucht von Tieren mit Jahresumsätzen von rund Fr. 2 Mio. betrieb, auf einen Grosshandel, wobei dies allerdings insoweit nicht entscheidwesentlich war, als die Fläche des Landwirtschaftsbetriebs keine ausreichende Futtergrundlage für die vielen Tiere gewährleistete und damit gar keine bodenabhängig produzierende Urproduktion vorlag; zu entscheiden war damit letztlich nur, ob das Unternehmen gemäss allgemeinen Kriterien nach Art und Umfang einen kaufmännischen Betrieb und eine geordnete Buchhaltung im Sinne von Art. 53 lit. C aHRegV erforderte. Desgleichen qualifizierte das Bundesgericht im Urteil 2A.71/1991 vom 15. November 1991 E. 5b und 6 (in: ASA 61 S. 525) einen mit einer grossen Geflügelfarm und einer Schweinemästerei mit rund 100 Plätzen verbundenen Landwirtschaftsbetrieb zwar sinngemäss als Grosshandelsbetrieb. Für die Eintragungspflicht entscheidend war aber auch hier, dass die für das Vorliegen eines landwirtschaftlichen Betriebs massgebende Tätigkeit der Gewinnung organischer Stoffe durch

Bodenbearbeitung weitgehend fehlte oder zumindest unbeachtlich war (E. 5a in fine und E. 6; vgl. dazu auch KÄFER, a.a.O., N. 67 zu **Art. 957 OR**).

5.3.2 Die Vorinstanz hat in tatsächlicher Hinsicht festgehalten, der Gemüsebaubetrieb des Beschwerdeführers beschäftige rund 15 Arbeitnehmende und es werde ein stellvertretender Betriebsleiter gesucht. Gestützt darauf und aufgrund der Betriebsgrösse sei davon auszugehen, dass der Jahresumsatz über Fr. 100'000.- liege. Weiter stehe fest, dass im Betrieb vorwiegend Tomaten, Gurken und Salate in sehr grossen Mengen produziert und in den Handel gebracht würden. Der Beschwerdeführer betreibe einen spezialisierten Gewächshausbau bzw. eine industrielle Grossproduktion von Gemüse und es sei nach dem Bau der neuen Produktionsanlage im Jahr 2005 auf eine kapitalintensive Unternehmung zu schliessen, weshalb der Betrieb auf eine stabile Produktion angewiesen sei und mit festen Abnehmern zusammenarbeite. Ständige Hauptabnehmerin sei die X. und neben dem Gemüsebau existiere ein betriebseigener Verkaufsladen. Die Grösse des Betriebs und die intensive Nutzung der Produktionsfläche erforderten zweifellos eine straffe Betriebsorganisation. Der Beschwerdeführer räume denn auch selber ein, dass sein Betrieb eine geordnete Buchhaltung erfordere.

Die Vorinstanz hat damit zwar keine präzisen Feststellungen über den Jahresumsatz des streitbetroffenen Betriebes getroffen. Angesichts der Tatsache, dass der Betrieb 15 Arbeitnehmende beschäftigt und ein stellvertretender Betriebsleiter gesucht wird, kann aber ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass der Jahresumsatz mehrere hunderttausend Franken beträgt.

Eine Besonderheit des vorliegenden Betriebes gegenüber den von der dargestellten Rechtsprechung als Betreiber eines Grosshandels eingestuften Unternehmen liegt allerdings nach den vorinstanzlichen Feststellungen darin, dass die Produktion - abgesehen vom Verkauf an Private im eigenen Gemüseladen - an eine einzige wiederverkaufende Hauptabnehmerin, die X., abgeliefert

wird. Ob darin ein Grosshandel mit den im Betrieb gewonnenen Erzeugnissen im Sinne der Rechtsprechung gesehen werden kann, ist fraglich, kann indessen offenbleiben, da die Eintragungspflicht unabhängig davon zu bejahen ist.

5.4 Die Rechtsprechung, nach der Landwirtschaftsbetriebe und die diesen gleichgestellten Gemüsebaubetriebe von der Pflicht zur

BGE 135 III 304 S. 313

Eintragung in das Handelsregister, von den vorstehend dargestellten Ausnahmen abgesehen, befreit sind (vgl. E. 5.1), ist historisch zu verstehen und gründet auf einem überholten Bild der Landwirtschaft als einer "eigentlichen (...) Bauernwirtschaft", die vorwiegend auf Selbstversorgung ausgerichtet ist (vgl. **BGE 78 I 63** E. 3 S. 68), wenn sie auch auf Betriebe ausgedehnt wurde, bei denen die Selbstversorgung neben dem Verkauf der Erzeugnisse an Dritte nur noch eine untergeordnete Rolle spielte (KÜNG, Berner Kommentar, 2. Aufl. 2001, N. 54 zu **Art. 934 OR**; PATRY, Grundlagen des Handelsrechts, in: Schweizerisches Privatrecht Bd. VIII/1, 1976, S. 80). Überdies ist sie auf Familienbetriebe ausgerichtet, die ohne oder mit wenigen fremden Arbeitskräften auskommen. Dieses Bild stimmt heute in vielen Fällen nicht mehr mit der Realität überein, in der die Landwirte oftmals als eigentliche Unternehmer agieren, deren Handeln sich nicht grundsätzlich von dem von anderen zur Eintragung verpflichteten Gewerbetreibenden unterscheidet, indem sie ihre Betriebe nach kaufmännischen Methoden führen, zunehmend über bedeutende und kostspielige technische Hilfsmittel verfügen und nicht nur einige Hilfskräfte, sondern eine grössere Zahl von Arbeitnehmern beschäftigen (vgl. dazu schon PATRY, a.a.O., S. 81 f.). Es rechtfertigt sich daher nicht mehr, Landwirtschafts- und Gemüsebaubetriebe nur nach einigen speziellen Kriterien (namentlich bei Vorliegen eines Grosshandels mit den Erzeugnissen) der Eintragungspflicht zu unterstellen, sondern die Eintragungspflicht wie bei anderen Betrieben, namentlichen solchen des Handwerks sowie Baumschulen oder Handelsgärtnereien, danach zu beurteilen, ob nach den gesamten Umständen des Einzelfalls ein bedeutendes Gewerbe vorliegt, das im Sinne von Art. 53 lit. C aHRegV nach Art und Umfang des Unternehmens einen kaufmännischen Betrieb und eine geordnete Buchführung erfordert (so auch BOSSARD, Zürcher Kommentar, 1984, N. 26 zu **Art. 957 OR**). Eine entsprechende Wendung hat die Rechtsprechung auch im Zusammenhang mit der Frage der Eintragungspflicht der Angehörigen von freien Berufen vollzogen (vgl. dazu **BGE 130 III 707** E. 4.2/4.3 S. 711 f. mit zahlreichen Hinweisen; KÜNG, a.a.O., N. 53 zu **Art. 934 OR**). Im Auge zu behalten ist dabei der Zweck des Handelsregisters, im Interesse der Geschäftstreibenden und des Publikums im Allgemeinen die kaufmännischen Betriebe und die sie berührenden, rechtserheblichen Tatsachen allgemein bekannt zu machen, sowie die Wirkungen des Eintrags, die, abgesehen von den an den Eintrag anknüpfenden

BGE 135 III 304 S. 314

Publizitätswirkungen, hauptsächlich in der Verschaffung des Firmenrechtes und Firmenschutzes bestehen sowie in der Konkurs- und Wechselbetreibungsfähigkeit und der Unterwerfung unter die Buchführungspflicht (**BGE 75 I 74** E. 1 S. 78; ferner: **BGE 108 II 122** E. 5 S. 129; **BGE 104 Ib 321** E. 2a S. 322; vgl. auch die Umschreibung in Art. 1 der neuen HRegV).

Die wichtigsten Indizien dafür, dass ein "anderes Gewerbe" im Sinne von Art. 53 lit. C aHRegV nach Art und Umfang des Unternehmens einen kaufmännischen Betrieb und eine geordnete Buchführung erfordert, sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung unter Berücksichtigung des Zwecks des Handelsregisters die Unterhaltung von Geschäftsbeziehungen zu einem grösseren Kreis von Lieferanten und Kunden, die Beanspruchung und Gewährung von Kredit in erheblichem Ausmass sowie die Beschäftigung von Personal, insbesondere wenn dies in einem Ausmass erfolgt, dass der Betriebsinhaber die fachliche Arbeit nicht selbst besorgt und sich auf die kaufmännische und technische Oberleitung beschränkt (**BGE 81 I 78** E. 2 S. 80**; 75 I 74** E. 2 S. 80; Urteil 2A.61/1988 vom 17. Februar 1989 E. 2, in: ASA 60 S. 197; Urteil vom 12. September 1967 E. 3, in: ASA 37 S. 206 ff., 209; KÄFER, a.a.O., N. 64 ff. zu **Art. 957 OR**; BOSSARD, a.a.O., N. 20 zu **Art.**

957 OR; LEU, a.a.O., S. 45 f.; STEINMANN, a.a.O., S. 13; PATRY, a.a.O., S. 80; vgl. auch die Mitteilung des Eidgenössischen Amts für das Handelsregister vom 29. November 2001 an die kantonalen Handelsregisterbehörden, REPRAX 2/2002 S. 40 f., nach der bei der Beschäftigung von Personal die Voraussetzungen von Art. 53 lit. C aHRegV regelmässig erfüllt seien).

Unter diesen Gesichtspunkten besteht kein Zweifel, dass der Gemüsebaubetrieb des Beschwerdeführers zum Eintrag in das Handelsregister verpflichtet ist. Es handelt sich dabei um einen Grossproduktionsbetrieb mit erheblichem Kapitalbedarf, der nicht nur rund 15 Angestellte beschäftigt, sondern darüber hinaus einen stellvertretenden Betriebsleiter sucht, und wegen seiner Grösse und Bedeutung klarerweise nach kaufmännischen Grundsätzen und mit einer straffen Organisation geführt werden muss. Der Beschwerdeführer behauptet nicht und es kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Verkäufe an die X. gegen Barzahlung erfolgen. Bei Verkauf auf Kredit ist indessen eine ordentliche Abrechnung nur mit einer auf Grund von Lieferscheinen geführten Buchhaltung möglich. Schon aus diesem Grund und für die Lohnabrechnung der

Angestellten ist offensichtlich eine ordentliche Buchführung unerlässlich, was vom Beschwerdeführer denn auch eingeräumt wird. Die Vorinstanz hat somit kein Bundesrecht verletzt, indem sie die Eintragungspflicht dieses Betriebes bejahte.

Quelle:

NZZ

«Jedes Jahr wird die Gesetzesflut grösser»: Fünf Irrtümer über die Regulierungswut in der Schweiz

Neujahr ist die Zeit für neue Regeln – jedes Jahr treten Hunderte davon in Kraft. Doch wer ist dafür verantwortlich, und wo wird am meisten vorgeschrieben? Ein Zürcher Forschungsteam hat dies untersucht.

Daniel Gerny

28.12.2023, 05.30 Uhr 7 min



Das Bundeshaus in Bern mit der Statuengruppe der drei allegorischen Figuren Helvetia, Exekutive und Legislative.

Gaëtan Bally / Keystone

Ab 1. Januar werden Frauen wie Männer erst im Alter von 65 Jahren pensioniert. Es ist die politisch bedeutsamste Rechtsänderung für das kommende Jahr – aber es ist bei weitem nicht die einzige. Über 400 neue Verfassungs-,

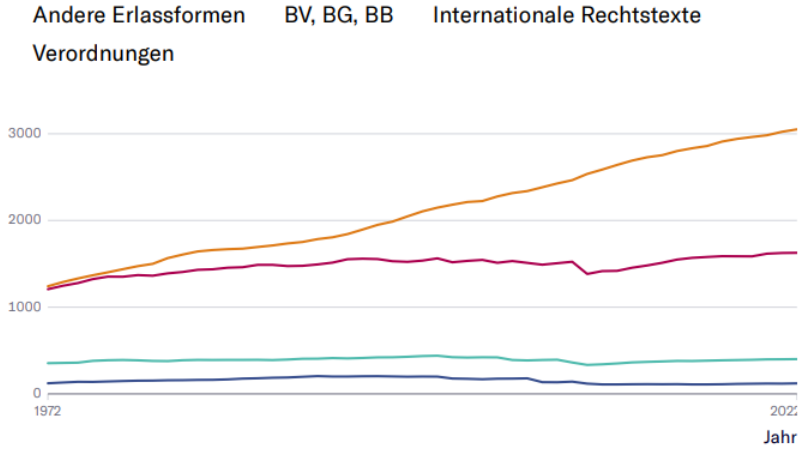
Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen treten am Montag in Kraft. Das Neujahr wird so zum Sinnbild des ausufernden Staates mit seiner angeblichen Regulierungswut.

Doch wie entwickelt sich das Recht tatsächlich weiter? Kerstin Noëlle Vokinger, Professorin für Recht und Medizin an der Universität Zürich, und David Schneider, wissenschaftlicher Mitarbeiter an Vokingers Lehrstuhl, wollten es genau wissen. Tausende von Erlassen aus den letzten 50 Jahren (1972 und 2022) haben sie zu diesem Zweck untersucht. Sie wollten herausfinden, wie sich der Gesetzgebungsprozess verändert – und wer für die wachsende Regelungsdichte verantwortlich ist. Dabei stiessen sie auf viele erwartbare Resultate, aber auch auf einige Überraschungen.

Irrtum Nummer 1: Es gibt immer mehr Gesetze

Die Zahl der Bundesgesetze bleibt praktisch konstant

Entwicklung der Zahl in Kraft stehender Erlasse, nach Erlassform



Quelle: Vokinger/Schneider, Entwicklung in der Gesetzgebung 1972–2022 NZZ / art.

Erstaunlich aber wahr: Die Zahl der in Kraft stehenden Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse hat zwischen 1972 und 2022 kaum zugenommen – um nur gerade gut 13 Prozent. Heute sind gut fünfzig Gesetze mehr in Kraft, als dies vor 50 Jahren der Fall war. «Das hat uns überrascht», sagt Kerstin Noëlle Vokinger. «Wir konnten uns zunächst, ehrlich gesagt, keinen Reim darauf machen.» Wie lässt sich dies mit der angeblichen Gesetzesflut in Einklang bringen?

Tatsächlich gibt es verschiedene Ursachen. Die vielleicht wichtigste: Es verschwinden auch Gesetze, ohne dass es auffällt: «Wir nehmen sehr deutlich wahr, wenn ein neues Gesetz in Kraft tritt», erklärt Vokinger. Dass alte Gesetze wegfallen, realisiert dagegen kaum jemand. Das Bundesgesetz über verdeckte Ermittlungen war beispielsweise jahrelang ein grosses Politikum. Seit 2013 ist es nicht mehr in Kraft, weil das Dennoch täuscht der Eindruck nicht, dass es immer mehr Vorschriften und Regeln gibt – sie finden sich allerdings längst nicht alle in Gesetzen: Während pro Jahr etwa ein zusätzliches Gesetz in Kraft tritt, kommen 8 neue Verordnungen hinzu. Demokratiepolitisch ist dies nicht unproblematisch, weil Parlament und Volk hier nicht mitreden können. So zum Beispiel bei der Festsetzung der Medikamentenpreise, wie Vokinger ausführt: Obwohl diese die Bürgerinnen und Bürger stark betreffen, wird fast alles auf Verordnungsstufe geregelt.

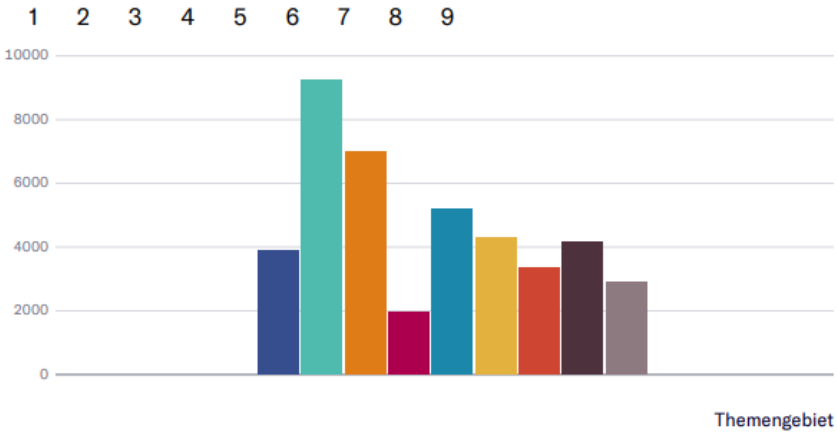
Auffällig ist zudem, dass die Zahl der völkerrechtlichen Erlasse regelrecht explodiert ist. Darin widerspiegeln sich auch die Globalisierung und die Internationalisierung des

Rechts. Doch dieser Effekt dürfe nicht überbewertet werden, sagt Schneider: Nicht alle Staatsverträge bedürften eines gesetzlichen Nachvollzugs auf nationaler Ebene. Etwa wenn es darum gehe, die Details von Projekten in der Entwicklungszusammenarbeit oder Doppelbesteuerung zu regeln.

Irrtum Nummer 2: Früher verfasste man kürzere Gesetze

Das typische Gesetz hat 4661 Wörter

Durchschnittliche Zahl der Wörter pro Erlass, nach Themengebiet



1. Staat, Volk, Behörden; 2. Privatrecht; 3. Strafrecht; 4. Schule, Wissenschaft, Kultur; 5. Landesverteidigung; 6. Finanzen; 7. Energie, Verkehr; 8. Gesundheit, soziale Sicherheit; 9. Wirtschaft, technische Zusammenarbeit.
Quelle: Vokinger/Schneider, Entwicklung in der Gesetzgebung 1972–2022 NZZ / art.

Die folgende Formulierung aus einem real existierenden Gesetzestext ist selbst für Fachleute eine Zumutung (der nächste Absatz kann auch übersprungen werden):

«Erstellt der Betrieb sowohl Wohnungen nach Absatz 1 wie auch solche nach Absatz 2, so wird der Höchstanteil von 33 Prozent reduziert um den Wert, der sich daraus ergibt, dass der Quotient aus der Fläche der Wohnungen nach Absatz 1

und der Summe der Flächen der Wohnungen nach den Absätzen 1 und 2 mit 13 Prozent multipliziert wird.»

Dieses verschachtelte Monstrum befindet sich im Zweitwohnungsgesetz (ZWG) und ist in Juristenkreisen seit Jahren beliebtes Beispiel für die Absurditäten aus dem eigenen Berufsleben. Für Nichtjuristen ist es ein Beleg dafür, dass Gesetze immer komplizierter und länger werden.

Die Zahlen von Vokinger und Schneider belegen dies – zumindest was die Länge betrifft: Im Schnitt wird jedes Gesetz pro Jahr um 39 Wörter länger. Das entspricht etwa 0,3 Artikeln pro Erlass und pro Jahr. Ein typischer Gesetzesartikel weist heute im Schnitt 67 Wörter auf. Die oben aufgeführte Bestimmung aus dem ZWG umfasst allein nicht weniger als 51 Wörter – obwohl es sich nur um einen einzigen Absatz handelt.

Gesetze und ihre Bestimmungen werden vor allem deshalb länger, weil die zu regelnden Materien komplizierter werden – insbesondere wenn es um technische Aspekte geht. Aber auch das Gesundheitswesen gehört zu den Gebieten, bei denen es schwierig ist, Gesetzestexte ohne Fachkenntnis Umso interessanter ist es, dass nicht alle älteren Gesetze kürzer sind – im Gegenteil: Einige der Erlasse vom Beginn des vorletzten Jahrhunderts sind sogar besonders lang: So zum Beispiel das Zivilgesetzbuch (ZGB) oder das Obligationenrecht (OR). Die beiden Gesetze tragen mit dazu bei, dass Erlasse aus dem Bereich Privatrecht mit durchschnittlich 9222 Wörtern

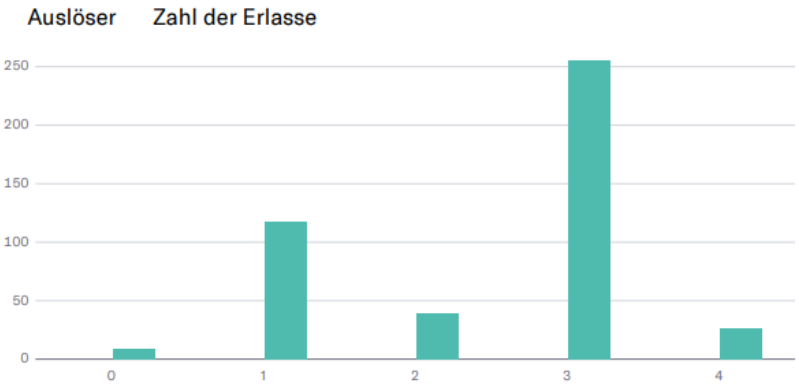
fast doppelt so lang sind wie ein Schweizer Durchschnittsgesetz (4661 Wörter).

Schneider und Vokinger haben dafür eine mögliche Erklärung: Weil die Materie vor hundert Jahren weniger komplex war und es in gewissen Lebensbereichen einen klaren Bedarf für eine Lösung gab, sei die Gesetzgebung tendenziell einfacher gewesen. Derart ausführliche Gesetze wie das ZGB, die mit fast tausend Artikeln verschiedenste Lebensbereiche regeln, seien heute kaum mehr denkbar.

Irrtum Nummer 3: Volk und Parlament geben in der Schweiz den Takt vor

Die Verwaltung löst die meisten Gesetzesprojekte aus

Initiierung eines Erlasses durch Verwaltung, Parlament, Bundesrat und Volk



0. Standesinitiative (Kantone); 1. Motion (Parlament); 2: parlamentarische Initiative (Parlament); 3. Verwaltung; 4. Volksinitiative.
Quelle: Vokinger/Schneider, Entwicklung in der Gesetzgebung 1972–2022 NZZ / dgy.

In der Schweiz mit ihrer direkten Demokratie hat das Volk das letzte Wort. Spoiler: Diese Aussage trifft zwar zu, doch es ist nur die halbe Wahrheit. Den Takt gibt nicht das Volk vor – und auch nicht das Parlament. Vokinger und Schneider haben 447 Gesetzgebungsprojekte und Verfassungsrevisionen

analysiert, bei denen die Botschaften dazu digital vorlagen. Sie wollten wissen, wer die Erlasse initiiert hat.

Der wahre Taktgeber ist die Exekutive: Erstaunlich ist dabei vor allem das Ausmass ihres Einflusses. Die Verwaltung hat 255 aller untersuchten Gesetzesprojekte angerissen, also mehr als 60 Prozent. Nimmt man die Verordnungen hinzu, die bei dieser Fragestellung aus technischen Gründen nicht berücksichtigt werden konnten, wird erst recht deutlich, wie gross die Übermacht der Verwaltung ist.

Das Parlament hat mit Motionen und parlamentarischen Initiativen nur gut halb so viele Gesetzesprojekte lanciert wie die Exekutive. Und das Volk stand mit 26 Volksinitiativen sogar nur in gut 5 Prozent aller Fälle am Anfang. Ganz am Schluss stehen allerdings die Kantone: Von 447 Gesetzesprojekten haben sie nur gerade 9 ausgelöst.

Irrtum Nummer 4: Der Staat bestimmt immer stärker, was auf unseren Teller kommt

Bedeutungsverlust von Milch und Fett

Die fünf Rechtsgebiete mit den meisten in Kraft stehenden Erlassen

1972	2022
Milch, Milchprodukte, Speiseöle und Speisefette (44 Erlasse)	Berufsbildung (234 Erlasse)
Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (41 Erlasse)	Doppelbesteuerung (53 Erlasse)
Luftfahrt (33 Erlasse)	Arbeitsverhältnis des Bundespersonals (45 Erlasse)
Arbeitsverhältnis des Bundespersonals (31 Erlasse)	Luftfahrt (39 Erlasse)
Zollordnung im Allgemeinen (30 Erlasse)	Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (37 Erlasse)

Vokinger/Schneider, Entwicklung in der Gesetzgebung 1972–2022

NZZ / dgy.

Die Milchwirtschaft über alles: Betrachtet man die fünf Rechtsgebiete mit der grössten Regelungsdichte, so lag das Lebensmittelrecht 1972 mit grossem Abstand vorne. 44 Erlasse betrafen die Gebiete Milch, Milchprodukte, Speiseöle und Speisefette. In 41 weiteren Erlassen ging es um Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände. Doch das sind längst vergangene Zeiten.

Inzwischen ist der Lebensmittelbereich aus den Top 5 der wichtigsten Rechtsgebiete so gut wie verdrängt. Dafür gibt es heute 234 Erlasse zum Thema Berufsbildung. Das Inkrafttreten des Berufsbildungsgesetzes hat im Jahr 2002 einen Schub von Verordnungen zu den einzelnen Berufen ausgelöst – eine Folge der Technisierung in diesem Bereich.

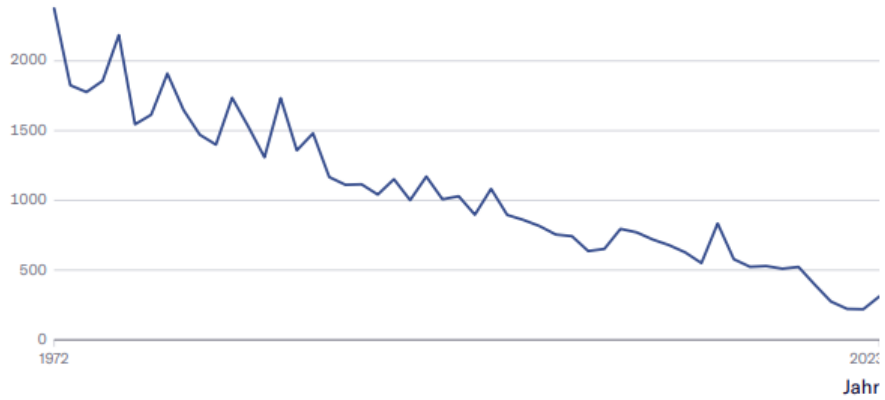
Das sagt viel über die Lebensrealität in der Schweiz. Und es gibt eine erstaunliche Parallele zu den Konsumausgaben: Im gleichen Zeitraum gingen auch die Ausgaben der Schweizer Haushalte für Nahrungsmittel stark zurück: 1970 betrug der Anteil an den gesamten Konsumausgaben noch knapp über 30 Prozent. 2019 waren es unter 10 Prozent – Ausdruck einer Gesellschaft, für die Nahrungsmittel zum Selbstläufer geworden sind.

Vokinger erwartet allerdings, dass das Lebensmittelrecht in den kommenden Jahren wieder an Bedeutung gewinnen wird. Der Trend zu gesunden und nachhaltig produzierten Lebensmitteln dürfte sich auch in der Gesetzgebung niederschlagen, meint sie.

Irrtum Nummer 5: Neuerungen werden immer schwieriger

Von über 2000 auf unter 500 Tage

Entwicklung der durchschnittlichen Zeit zwischen den Revisionen



Vokinger/Schneider, Entwicklung in der Gesetzgebung 1972–2022

NZZ / art.

Viel ist die Rede von Blockaden in der Politik, von Reformstau und von der Schwierigkeit, das Rechtssystem rasch anzupassen. Doch betrachtet man die Zahlen, so scheint das genaue Gegenteil der Fall. Die Dynamik in der Gesetzgebung hat in den letzten Jahren enorm zugenommen. Revisionen und Reformen sind heute um ein Vielfaches häufiger als vor 50 Jahren.

Während die durchschnittliche Zeit zwischen Revisionen im Jahr 1972 noch 2378 Tage betrug, hat sich dieser Abstand im Jahr 2022 auf 219 Tage verkürzt. Dieser Trend gilt für alle Erlasstypen – also für die Bundesverfassung, Gesetze und Verordnungen. Es ist also keineswegs so, dass dem Bundesrat und dem Parlament keine Revisionen mehr gelingen. Im Gegenteil: Sie scheinen so häufig, dass die Zeit für echte Reformen fehlt.

Gut möglich, dass auch diese Entwicklung auf die immer komplexer werdende Materie, die zunehmende Internationalisierung und den technologischen Wandel zurückzuführen ist. Und dennoch: Die starke Häufung von Revisionen in den letzten 50 Jahren deutet auf ein Qualitätsproblem hin. In Juristenkreisen wird dies seit langem kritisiert. Die Zahlen von Vokinger und Schneider Manche Erlasse erweisen sich gar als so ungeeignet, dass sie revidiert werden müssen, noch bevor sie zur Anwendung kommen. Ein Beispiel dafür ist die Bestimmung über Organisationsverbote im Nachrichtendienstgesetz. Schon kurz nach dem Inkrafttreten stellte sich heraus, dass die Vorschrift nicht praktikabel war. Inzwischen ist der Fehler

behoben worden – eine Revision, die man sich hätte sparen können.

Solche Fälle sind die Ausnahme. Doch es stellt sich die Frage, ob die vielen Gesetzesprojekte und -revisionen ihr Ziel überhaupt erreichen. «Wahrscheinlich nur teilweise», vermuten Vokinger und Schneider – und sehen darin die Fragestellung für ein nächstes Forschungsprojekt: Nötig seien vertiefte Analysen zum Erfolg der Erlasse: Erreichen sie die gesetzgeberischen Ziele? Und wie oft treten unerwünschte Nebenwirkungen auf?

Kerstin Noëlle Vokinger, David Schneider: Entwicklung in der Gesetzgebung und Gesetzesqualität 1972 bis 2022, Zürich 2023.

Notizen:

IV. Schutz von Vertrauen

Lektüre: FORSTMOSER/VOGT, § 12 N. 224–274

A. Allgemeines

- Schutz des berechtigten Vertrauens darauf, dass eine bestimmte Rechtslage bzw. ein bestimmtes Rechtsverhältnis besteht
- mögliche Rechtsfolgen einer Enttäuschung von Vertrauen
  - Die Rechtslage bzw. das Rechtsverhältnis besteht entsprechend der Vertrauensgrundlage, obwohl nicht alle Voraussetzungen dafür erfüllt sind.
  - Der in seinem Vertrauen Enttäuschte hat Anspruch auf Schadenersatz (siehe z.B. Art. 26 OR).
- Schutz von Vertrauen aufgrund der Pflicht, nach "Treu und Glauben" zu handeln (siehe Art. 9 BV, Art. 2 Abs. 1 ZGB, Art. 52 ZPO)
- Verhältnis zur Rechtssicherheit

Quellen:

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft 101

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

Art. 9 Schutz vor Willkür und Wahrung von Treu und Glauben

Jede Person hat Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden.

Schweizerisches Zivilgesetzbuch

210

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

B. Inhalt der Rechtsverhältnisse
I. Handeln nach Treu und Glauben

Art. 2

[1] Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln.

[...]

Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO)

272

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

3. Titel: Verfahrensgrundsätze und Prozessvoraussetzungen

1. Kapitel: Verfahrensgrundsätze

Art. 52 Handeln nach Treu und Glauben

[1] Alle am Verfahren beteiligten Personen haben nach Treu und Glauben zu handeln.

[2] Unrichtige Rechtsmittelbelehrungen sind gegenüber allen Gerichten insoweit wirksam, als sie zum Vorteil der Partei lauten, die sich darauf beruft.[44]

44 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).

Notizen:

B. Auslegung von Willenserklärungen nach dem Vertrauensprinzip

- Zustandekommen eines Vertrages aufgrund übereinstimmende gegenseitiger Willenserklärungen (Konsens) (Art. 1 Abs. 1 OR)
- Arten des Konsenses
  - tatsächlicher Konsens aufgrund übereinstimmender wirklicher Willen (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR)
  - normativer Konsens aufgrund einer Übereinstimmung der nach Treu und Glauben (Vertrauensprinzip) ausgelegten Willenserklärungen
- Exkurs: Tatfrage und Rechtsfrage

Quellen:

220

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

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

Erste Abteilung: Allgemeine Bestimmungen
Erster Titel: Die Entstehung der Obligationen
Erster Abschnitt: Die Entstehung durch Vertrag

Art. 1

A. Abschluss des Vertrages
I. Übereinstimmende Willensäusserung
1. Im Allgemeinen

1 Zum Abschlusse eines Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich.

2 Sie kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein.

[…]

Art. 18

D. Auslegung der Verträge, Simulation

1 Bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als nach Inhalt ist der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen.

[…]

Pra 91 (2002) Nr. 88

Bundesgericht, I. Zivilabteilung

Entscheid vom 12.02.2002 i.S. A. c. X AG (4C.298/2001)

Bearbeitet von Sylvia Frei. lic.iur., Rechtsanwältin, Richterin am Kassationsgericht des Kantons Zürich

(Publikation in der Amtlichen Sammlung nicht vorgesehen.)

Konkurrenzverbot, Auslegung des Inhaltes desselben (Art. 18 und 340 OR). *Das Vertrauensprinzip bedeutet, dass sich ein Konkurrenzverbot nicht nur auf die Sachbereiche beziehen kann, welche darin ausdrücklich erwähnt sind, sondern auch auf solche, die von den Parteien nach Treu und Glauben als davon erfasst betrachtet werden durften und mussten. Dies gilt auch für formbedürftige Verträge, da auch bei ihnen der Wille der Parteien ohne Begrenzung durch den Vertragswortlaut zu erforschen ist (* E. 1 c *). Unterscheidung zwischen allgemeinen oder unternehmensbezogenen einerseits und partiellen, tätigkeitsbezogenen Konkurrenzverboten andererseits (* E. 2 b *und c).*

Sachverhalt

Die X AG (Klägerin) ist auf den Bau und Vertrieb von Saunen, Whirlpools, Dampfbädern sowie Solarien und damit zusammenhängenden Produkten spezialisiert. Mit Arbeitsvertrag vom 1./3. Juli 1998 stellte sie A. (Beklagter) als Stellvertreter des Geschäftsführers an. Der Beklagte wurde darin als für die Planung der Projekte, das Offert- und Auftragswesen, Montage-Organisation und Abrechnungen, Einkauf, Verkauf, für die telefonische und persönliche Kundenbetreuung und allgemeine Büroarbeiten verantwortlich bezeichnet. Dieser Anstellungsvertrag wurde am 10. Februar 1999 durch einen neuen ersetzt, wobei im Wesentlichen das Monatsgehalt erhöht und die Spesenvergütungen geregelt wurden. In beiden Verträgen war in Ziffer 7 ein Konkurrenzverbot vorgesehen, dessen Geltungsbereich im neuen gegenüber dem ursprünglichen Vertrag um die Kantone Schaffhausen und Thurgau erweitert wurde und schliesslich wie folgt lautete:

«Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, während zwei Jahren nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses weder direkt noch indirekt auf dem Gebiet Sauna, Sauna-Zubehör, Dampfbad, Whirl-Pool und Besonnungsgeräte in den Kantonen Aargau, Schwyz, Basel-Stadt und -Land, Bern, Graubünden, Luzern, Schaffhausen, Solothurn, St. Gallen, Thurgau, Unter- und Obwalden, Zürich und Zug tätig zu werden.»

Mit Schreiben vom 25. November 1999 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis auf den 29. Februar 2000. Am 23. Dezember 1999 unterzeichnete er bei der Y AG einen Anstellungsvertrag mit Stellenantritt per 1. März 2000. Die Y AG vertreibt hauptsächlich Infrarot-Wärmekabinen, Tepidarien und Dampfbäder. Sie übertrug dem Beklagten die Verantwortung für die Planung und Durchführung von Messen, Verkauf, Beratung und Lieferungen von Infrarot-Wärmekabinen, die telefonische Nacherfassung von potentiellen Kunden sowie die einfache Korrespondenz und Fakturierung. In Ziffer 8 dieses Anstellungsvertrages wurde unter dem Titel «Bestehendes Konkurrenzverbot» Folgendes festgehalten:

«Aufgrund des Konkurrenzverbotes des Arbeitnehmers durch die Firma X AG, betreffend Dampfbadanlagen, wird nachfolgende Regelung getroffen:

– Sämtliche Aktivitäten bezüglich Dampfbadanlagen werden durch den Geschäftsführer, Herrn B., abgewickelt.

– Diese Regelung erlischt am 1. März 2002, oder nach Freigabe des Konkurrenzverbotes durch die Firma X AG.»

Am 11. April 2000 gelangte die Klägerin gegen den Beklagten an das Arbeitsgericht Zürich. Sie verlangte eine Feststellung, dass der Beklagte durch seine derzeitige Tätigkeit das Konkurrenzverbot verletze. Weiter sei der Beklagte im Sinne einer Teilklage zur Bezahlung eines vorläufigen Schadenersatzes von Fr. 6000.– zu verpflichten. Das Arbeitsgericht Zürich hiess mit Urteil vom 31. Juli 2000 das Feststellungsbegehren gut, wies jedoch das Schadenersatzbegehren ab. Auf Appellation des Beklagten und Anschlussappellation der Klägerin bestätigte das Obergericht des Kantons Zürich diesen Entscheid am 16. August 2001.

Dagegen gelangte der Beklagte mit Berufung an das Bundesgericht. Er beantragt die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die vollständige Abweisung der Klage. Die Klägerin schliesst auf Abweisung des Rechtsmittels und Bestätigung des obergerichtlichen Urteils.

Aus den Erwägungen

1. a) Die Vorinstanz erkannte, der Beklagte habe mit seiner Tätigkeit für den neuen Arbeitgeber im Bereich der Infrarot-Wärmekabinen das Konkurrenzverbot betreffend Tätigkeit auf dem «Gebiet Sauna» verletzt. Infrarot-Wärmekabinen seien Gegenstand des Verbots, obwohl diese im Wortlaut der Konkurrenzklausel nicht ausdrücklich genannt seien.

Demgegenüber vertritt der Beklagte die Meinung, die Konkurrenzklausel sei sowohl nach ihrem Wortlaut wie auch nach Treu und Glauben dahingehend zu verstehen, dass die Parteien den Handel mit Infrarot-Wärmekabinen nicht hätten erfassen wollen.

b) Ziel der Vertragsauslegung ist es, in erster Linie den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien festzustellen (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR). Nur wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Während das Bundesgericht die objektivierte Vertragsauslegung als Rechtsfrage prüfen kann, beruht die subjektive Vertragsauslegung auf Beweiswürdigung, die vorbehaltlich der Ausnahmen von Art. 63 Abs. 2 und Art. 64 OG der bundesgerichtlichen Überprüfung im Berufungsverfahren entzogen ist (BGE 126 III 119 E. 2 a; 126 III 375 E. 2 e/aa S. 379 f.; 121 III 118 E. 4 b/aa S. 123, je m.Hinw.). Der Vorrang der empirischen oder subjektiven vor der normativen oder objektivierten Vertragsauslegung, ergibt sich aus Art. 18 OR als Auslegungsregel. Die Verletzung dieses Grundsatzes kann deshalb mit Berufung gerügt werden (BGE 121 III 118 E. 4 b/aa S. 123; vgl. auch BGE 123 III 35 E. 2 b S. 40, je m.Hinw.).

Das Obergericht stellte keinen übereinstimmenden tatsächlichen Willen der Parteien fest. Vielmehr legte es die Konkurrenzklausel nach dem Vertrauensprinzip aus. Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, die Vorinstanz habe damit den Grundsatz des Vorranges der subjektiven vor der objektiven Vertragsauslegung verletzt.

c) Das Vertrauensprinzip (vgl. die vorstehende Erwägung 1 b) bedeutet, dass sich ein Konkurrenzverbot nicht nur auf jene Sachbereiche beziehen kann, welche darin ausdrücklich erwähnt sind, sondern auch auf solche, die von den Parteien nach Treu und Glauben als davon erfasst betrachtet werden durften und mussten. Es beschlägt damit auch Produkte, welche die Parteien im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gar nicht kannten, die aber die gleichen oder ähnliche Bedürfnisse befriedigen und damit das im Konkurrenzverbot genannte Produkt auf dem Markt substituieren (BGE 92 II 22 E. 1 d S. 25 f. = Pra 55 Nr. 99 ; ZK-Staehelin, N 20 zu Art. 340 OR; BK-Rehbinder, N 2 zu Art. 340 OR; Streiff/von Känel, Arbeitsvertrag, 5. Aufl., Zürich 1992, N 7 und 13 zu Art. 340).
Daran ändert auch der Umstand nichts, dass das Konkurrenzverbot zu seiner Gültigkeit der schriftlichen Form bedarf. Die in Art. 18 Abs. 1 OR verankerte Auslegung nach dem Willensprinzip gilt uneingeschränkt ebenfalls für formbedürftige Verträge. Auch bei ihnen ist der Wille der Parteien ohne Begrenzung durch den Vertragswortlaut zu erforschen und erst danach die Frage zu stellen, ob das Rechtsgeschäft den gesetzlichen Formvorschriften entspricht (BK-Kramer, N 59 zu Art. 18 OR; ZK-Jäggi/Gauch, N 477 zu Art. 18 OR). Die Form bestimmt nicht die Auslegung, sondern die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts. Eine Ungültigkeit ist erst dann gegeben, wenn der Geschäftswille nicht formgenüglich verurkundet ist und nicht bereits dann, wenn das subjektive Vertragsverständnis der Parteien nicht mit dem objektiven Wortsinn ihrer Erklärungen übereinstimmt (BGE 121 III 118 E. 4 b/bb).

Nach den für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz (Art. 63 Abs. 2 OG) bietet die neue Arbeitgeberin des Beklagten mit den Infrarot-Wärmekabinen eine gleichartige Leistung an, welche die gleichen oder ähnliche Bedürfnisse befriedigt wie Saunen. Auch richtet sie sich damit an das gleiche Zielpublikum, wie die alte Arbeitgeberin mit dem Vertrieb von Saunen. Die Vorinstanz ging somit richtigerweise davon aus, dass der Beklagte mit seiner Tätigkeit bezüglich Infrarot-Wärmekabinen bei seiner neuen Arbeitgeberin die Klägerin konkurrenziert. Angesichts dieses Umstands schloss sie zutreffend, die Tätigkeit sei nach Treu und Glauben als vom Konkurrenzverbot erfasst zu betrachten. Sie stellte zu Recht nicht nur auf den Wortlaut der Vertragsklausel ab.

Was der Beklagte gegen dieses Vertragsverständnis vorbringt, insbesondere über die Bedeutung des im Vertragswortlaut verwendeten Begriffs «Sauna», ist nicht stichhaltig. Die vorinstanzliche Feststellung, der Beklagte habe mit seiner Tätigkeit im Bereich Infrarot-Wärmekabinen gegen das Konkurrenzverbot verstossen, ist nicht zu beanstanden. Die Berufung erweist sich insoweit als unbegründet.

2. a) Die Tätigkeit der neuen Arbeitgeberin im Bereich der Dampfbäder wird vom Konkurrenzverbot unbestrittenermassen erfasst. Die Vorinstanz erachtete das Konkurrenzverbot durch die Tätigkeit des Beklagten für die neue Arbeitgeberin als verletzt: Es handle es sich bei ihr um ein kleineres Unternehmen; bei solchen Verhältnissen sei nicht gewährleistet, dass der Beklagte nicht doch im Bereich der Dampfbadanlagen konkurrenzierend tätig werde, ohne dass dies nach aussen in Erscheinung treten müsse.

Der Beklagte macht geltend, er kümmere sich bei seiner neuen Arbeitgeberin nicht um den Bereich Dampfbad. Eine Tätigkeit seinerseits in diesem Bereich sei in seinem Arbeitsvertrag mit der neuen Arbeitgeberin bis zum Ablauf des Konkurrenzverbots ausdrücklich ausgeschlossen. Mit Dampfbädern habe ausschliesslich der Geschäftsführer zu tun.

Wenn dieser verhindert sei, werde seine Vertretung durch eine Drittfirma gewährleistet.

b) Der Beklagte verkennt mit diesen Vorbringen die mögliche Tragweite eines Konkurrenzverbots. Es ist zwischen allgemeinen oder unternehmensbezogenen Konkurrenzverboten einerseits und partiellen oder tätigkeitsbezogenen andererseits zu unterscheiden (BK-Rehbinder, N 2 zu Art. 340 OR). Beim partiellen, tätigkeitsbezogenen Konkurrenzverbot ist es dem Arbeitnehmer nur verboten, selber in seinem bisherigen Arbeitsgebiet im neuen Unternehmen tätig zu sein. Das allgemeine, unternehmensbezogene Konkurrenzverbot verbietet demgegenüber jede Tätigkeit in einem Konkurrenzunternehmen. Hier wird nur auf das Unternehmen als Ganzes geblickt. Allerdings kann das Konkurrenzverbot auch hier nur Bestand haben, wenn der Arbeitnehmer bei seinem früheren Arbeitgeber erworbene Kenntnisse über den Kundenkreis oder über Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse verwenden und diesen dadurch erheblich schädigen könnte (Art. 340 Abs. 2 OR).

c) Ob ein allgemeines, unternehmensbezogenes oder ein partielles, tätigkeitsbezogenes Konkurrenzverbot vorliegt, ist eine Frage der Vertragsauslegung. Der Wortlaut der vorliegenden Konkurrenzverbotsklausel lässt insofern kaum einen Zweifel zu. Sie verbietet es dem Beklagten, auf den genannten Sachgebieten «direkt oder indirekt» tätig zu werden. Unter einer indirekten Tätigkeit auf einem Gebiet ist ohne weiteres auch die Mitarbeit in einem entsprechenden Betrieb zu verstehen, ungeachtet ob der Arbeitnehmer selber auf dem im Konkurrenzverbot genannten Gebiet aktiv wird. Es ist demnach nicht von Bedeutung, ob der Beklagte mit dem Verkauf von Dampfbädern direkt etwas zu tun hat. Seine Ausführungen über seine Aufgaben im neuen Betrieb sind insofern für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens ohne Belang.

d) Die Arbeitsorganisation im Betrieb der neuen Arbeitgeberin spielt demgegenüber eine Rolle, soweit es um die Frage geht, ob die Verwendung der an der früheren Stelle erworbenen Kenntnisse des Beklagten den Kläger erheblich schädigen könnte (Art. 340 Abs. 2 OR). Dass eine solche Schädigungsmöglichkeit besteht, liegt hier auf der Hand, hatte der Beklagte nach den Feststellungen im kantonalen Verfahren doch bezüglich der von der Klägerin vertriebenen Produkte Einblick in Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse sowie den Kundenkreis. Er verfügt damit über Informationen, die von der neuen Arbeitgeberin konkurrenzierend ausgenutzt werden könnten. An der Möglichkeit einer Schädigung ändert es nichts, wenn sich ausschliesslich der Geschäftsführer und nicht der Beklagte um die Dampfbäder kümmert. Diese organisatorische Massnahme reicht in keiner Weise aus, um zu verhindern, dass Informationen vom Beklagten zum Geschäftsführer fliessen und von diesem verwendet werden können.

Das Obergericht hat somit richtigerweise geschlossen, dass die Tätigkeit des Beklagten bei der neuen Arbeitgeberin gegen das vertragliche Konkurrenzverbot verstosse.

3. Die Berufung ist abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen. Das Verfahren ist unentgeltlich (Art. 343 Abs. 3 OR). Der Beklagte hat indessen die Klägerin für das bundesgerichtliche Verfahren zu entschädigen (Art. 159 Abs. 2 OG).

Notizen:

C. Unrichtige Verfügungen oder Auskünfte einer Behörde

1. Vertrauensgrundlage
2. Tatsächliches, berechtigtes Vertrauen
3. Betätigung des Vertrauens
4. Keine überwiegenden dem Vertrauensschutz entgegenstehenden Interessen

Beispiel:

Urteilskopf

114 Ia 209

34. Arrêt de la Ire Cour de droit public du 8 juin 1988 dans la cause X. et divers consorts contre Conseil d'Etat du canton de Genève (recours de droit public)

Regeste

Baurecht: Zonenkonformität eines Bauvorhabens.
Beschwerdelegitimation (E. 1a); Ausnahme von der bloss kassatorischen Natur der staatsrechtlichen Beschwerde (E. 1b).
Weigerung, auf ein Bauvorhaben des Dienstleistungssektors Zonenvorschriften einer Industriezone anzuwenden, die für Industrie (nichtverschmutzende Industrie), Handels- und Dienstleistungsbetriebe bestimmt ist. Entscheid für willkürlich erklärt (E. 2); gleichzeitige Feststellung eines Verstosses gegen das Prinzip des Vertrauensschutzes (E. 3).

Sachverhalt ab Seite 209

BGE 114 Ia 209 S. 209

En décembre 1984 et janvier 1985, X. et consorts ont promis d'acheter deux parcelles sises au lieu-dit "La Susette", sur le territoire de la commune genevoise du Grand-Saconnex.
Une loi cantonale du 14 septembre 1979 autorise à cet endroit l'application, aux conditions fixées par la loi générale sur les zones de développement du 29 juin 1957 (LGZD), des règles de la zone industrielle au sens de la loi sur les constructions et installations diverses (LCI), cela pour permettre la création d'un quartier

BGE 114 Ia 209 S. 210

BGE 114 Ia 209 S. 210

destiné aux activités industrielles non polluantes, commerciales et de service. L'art. 2 LGZD subordonne la délivrance d'autorisations de construire à l'approbation préalable par le Conseil d'Etat d'un plan localisé d'aménagement et des conditions particulières applicables au projet présenté. A cet égard, un plan d'aménagement du quartier de "La Susette" a été approuvé le 21 juillet 1982 et son règlement dispose que "les terrains sont réservés aux activités industrielles non polluantes, commerciales ou de service" (art. 2). Par ailleurs, la loi générale sur les zones de développement industriel du 13 décembre 1984 (LGZDI) prévoit aussi, à son art. 4, qu'en vue de la délivrance d'une autorisation de construire dans ces zones, le Conseil d'Etat peut autoriser l'application des normes de la zone industrielle, au sens de la LCI, à différentes conditions.

Le 18 avril 1985, les promettants-acheteurs ont sollicité du Département des travaux publics du canton de Genève une autorisation préalable pour la construction d'un bâtiment destiné à recevoir avant tout des bureaux, des entrepôts et un parking souterrain de 114 places. Le projet avait été établi en fonction du plan d'aménagement de "La Susette". Après un échange de correspondances et l'établissement d'un nouveau projet, le département leur délivra l'autorisation préalable le 29 octobre 1985; celle-ci portait sur l'implantation, la destination, le gabarit, le volume et la dévestiture du projet. Elle précisait que "les conditions d'application des normes de la zone de développement seront observées".

La vente des deux parcelles eut lieu le 3 décembre 1985 et les acquéreurs ont été inscrits au registre foncier, comme propriétaires, le 24 janvier 1986. Le 24 février suivant, le Conseiller d'Etat chargé du Département des travaux publics leur fit toutefois savoir que le Conseil d'Etat devait tout d'abord prendre un arrêté de déclassement avant la délivrance de l'autorisation définitive de construire et que l'autorisation préalable délivrée était donc censée l'avoir été à titre de simple renseignement.

Statuant sur la requête en autorisation de construire définitive le 21 octobre 1987, le Conseil d'Etat genevois refusa de lui appliquer les normes de la zone industrielle, en bref pour les motifs suivants: les normes de la zone de développement industriel de "La Susette" permettaient certes, outre des activités du secteur secondaire, des activités commerciales ou de service; toutefois, vu les projets déjà autorisés dans cette zone, en particulier

BGE 114 Ia 209 S. 211

d'importants projets relevant du secteur tertiaire, le solde des terrains non bâtis se devait désormais d'être réservé à des activités industrielles ou artisanales; en conséquence, plus aucune dérogation n'y serait accordée au profit d'activités hôtelières, commerciales ou de service; des projets de modification des plans directeur et d'aménagement de "La Susette" étaient d'ailleurs en cours, modifications qui n'avaient cependant pas encore été adoptées.

Par la voie du recours de droit public, X. et consorts ont demandé au Tribunal fédéral d'annuler cet arrêté du Conseil d'Etat, en invoquant la violation des **art. 4, 22ter et 31 Cst.** Le Tribunal fédéral a admis le recours, annulé l'arrêté attaqué et invité le Conseil d'Etat à appliquer les normes de la zone industrielle au projet des recourants.

Erwägungen

Considérant en droit:

[...]

3. Il y a lieu d'examiner si, outre le caractère arbitraire qu'elle revêt visiblement en l'espèce, la décision attaquée s'avère aussi contraire au principe de la bonne foi, comme le font valoir par ailleurs les recourants.

a) Le principe de la bonne foi confère au citoyen, à certaines conditions, le droit d'exiger de l'autorité qu'elle se conforme aux promesses ou assurances précises qu'elle lui a faites et ne trompe pas la confiance qu'à juste titre il a placée dans ces promesses et assurances. Selon la jurisprudence (**ATF 109 V 55** consid. 3, **ATF 108 Ib 385**, **ATF 107 V 160** /161; cf. ANDRE GRISEL, Traité de droit administratif, 1984, I p. 390 ss), les conditions d'exercice de ce droit sont les suivantes:

1) que l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées;

2) qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de sa compétence;

3) que l'administré ait eu de sérieuses raisons de croire à la validité de l'acte suivant lequel il a réglé sa conduite;

4) qu'il se soit fondé sur l'acte en question pour prendre des

dispositions qu'il ne saurait modifier sans subir un préjudice;

5) que la loi n'ait pas changé depuis le moment où l'assurance a été donnée.

b) Il est manifeste que la première de ces conditions (1) est remplie dans le cas particulier.

Quant à la deuxième (2), le Conseil d'Etat soutient que la décision d'autorisation préalable du 29 octobre 1985 émane du Département des travaux publics et qu'elle ne le lie dès lors pas, puisque c'est à lui, gouvernement cantonal, qu'il incombe d'autoriser ou non l'application des normes de la zone industrielle. Certes, l'autorisation préalable a été prise par le département et il fallait encore, au stade de la demande définitive, une décision de déclassement du Conseil d'Etat. Il s'agit toutefois de deux autorités de la police des constructions, dont l'une est subordonnée à l'autre (cf. art. 2 et 6 al. 1 et 5 LGZD; art. 4 et 5 al. 1 et 3 LGZDI, qui attestent de cette subordination pour la délivrance des autorisations en zone de développement, respectivement en zone de développement industriel). Le dossier révèle à ce propos que si le Conseil d'Etat a décidé, en février 1986, de ne plus autoriser d'activités du secteur tertiaire à "La Susette", c'est sur la proposition du département qu'il a pris cette décision. L'arrêté attaqué se borne à reprendre le point de vue de l'autorité subalterne, qui tend à remettre en cause l'autorisation préalable du 29 octobre 1985. L'argument tiré de la coexistence de deux autorités distinctes n'a donc, en l'espèce, guère de poids. Au demeurant, l'administré peut également invoquer sa bonne foi lorsqu'il n'a pas été en mesure, même avec l'attention voulue, de se rendre compte de l'incompétence de l'autorité (cf. GRISEL, op.cit., p. 391; WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, p. 110/111). Il faut admettre à cet égard que les autorités cantonales ont fait preuve d'ambiguïté dans le cas particulier.

Le Département des travaux publics avait constaté, en délivrant l'autorisation préalable, que l'affectation projetée était conforme aux règles de la zone de développement en cause. Dans sa lettre du 24 février 1986, il a cependant estimé que cette autorisation devait être considérée comme une prise de position sans portée juridique sur une simple demande de renseignements. Il faut ainsi examiner si les recourants avaient de sérieuses raisons de croire à la validité de l'acte du 29 octobre 1985 (condition 3). Conformément à l'art. 5 al. 1 LCI, la demande préalable tend à obtenir du département une réponse sur, notamment, l'implantation

et la destination du projet présenté. Régulièrement publiée dans la Feuille d'avis officielle, cette réponse vaut décision et entre définitivement en force, faute de recours, sur les objets qu'elle agrée (art. 5 al. 5 et 214 al. 1 LCI). L'autorisation préalable délivrée en l'espèce constatait expressément et sans réserve que le projet soumis était conforme du point de vue de sa destination. La thèse selon laquelle cette autorisation n'aurait constitué en fait qu'une réponse sans engagement à une demande de renseignements n'est pas soutenable. La demande préalable a en effet été traitée comme telle et a fait l'objet, comme on vient de le voir, d'une décision qui n'a du reste pas été attaquée. Rien ne laissait apparaître qu'il pût s'agir d'un simple renseignement ne liant pas l'administration. Le Conseil d'Etat admet d'ailleurs, dans sa réponse au recours, que pour éviter d'induire en erreur les administrés, le département a été amené à traiter comme demandes de renseignements des requêtes préalables lorsqu'une décision de déclassement était ensuite encore nécessaire. Mais alors, ce fait ressortait clairement de la réponse du département, comme dans le cas N. susmentionné (arrêt du 24 mai 1988). En l'espèce, les recourants pouvaient donc se fier au contenu de l'autorisation préalable du 29 octobre 1985 pour prendre des dispositions en vue de la réalisation de leur projet. De fait, ils ont mis à exécution leur promesse d'achat des deux parcelles en signant les contrats de vente du 3 décembre 1985, et il n'est pas contesté qu'ils ne sauraient modifier les dispositions ainsi prises sans subir un préjudice (condition 4).

Quant à la dernière condition (5), on relève que la situation juridique n'a pas changé entre le moment où l'autorisation préalable a été délivrée et le déclassement refusé. Certes, il existe un projet de modification des règles de la zone; il a toutefois été soumis à l'enquête publique après que la décision a été rendue, et le Conseil d'Etat ne prétend d'ailleurs pas que ce projet pourrait être opposé à la demande des recourants.

c) Enfin, l'intérêt public poursuivi en l'espèce ne l'emporte pas manifestement sur l'intérêt privé des recourants à réaliser leur projet. Les autorités cantonales ne sauraient donc, exceptionnellement, se délier de leurs engagements (cf. GRISEL, op.cit. p. 397). Il en va ici différemment du cas, jugé par le Tribunal fédéral, où l'autorisation préalable avait été délivrée et le déclassement refusé par le Conseil d'Etat, parce que le bâtiment envisagé entrait en conflit avec un projet de construction de route nationale et qu'il n'eût pas été raisonnable d'autoriser une construction pour risquer

de devoir la démolir par la suite (arrêt S.I. Perly-Soleil du 19 novembre 1975, publié dans SJ 1976, p. 545 ss, consid. 6).

4. Les considérations qui précédent permettent d'admettre, dans les circonstances du cas particulier, l'existence d'une violation à la fois de l'interdiction de l'arbitraire (consid. 2) et du principe de la bonne foi (consid. 3). Cela étant, le Tribunal fédéral peut admettre le recours et inviter l'autorité intimée, conformément au consid. 1b, à appliquer les normes de la zone industrielle au projet des recourants. Un examen particulier des autres griefs soulevés (violation du principe de la légalité, inégalité de traitement, détournement de pouvoirs, atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, ainsi qu'à la garantie de la propriété) s'avère dès lors superflu.

Notizen:

V. Interessenabwägung und Verhältnismässigkeit

Lektüre: FORSTMOSER/VOGT, § 1 N. 40–58, § 12 N. 283–293

A. Allgemeines

- Interessenabwägung
  - Interessen: (i) rechtliche und tatsächliche Interessen; (ii) individuelle und kollektive, insbesondere öffentliche Interessen
  - Methode der Interessenabwägung: *1.* Bestimmung der rechtlich massgeblichen Interessen; *2.* Gewichtung und Abwägung der Interessen; *3.* Erzielen eines Interessenausgleichs (durch den Gesetzgeber bzw. ein Gericht oder eine Behörde), mit dem allen Interessen angemessen Rechnung getragen wird
- Verhältnismässigkeit
  - Eine Norm oder ein Entscheid soll die Interessen der Betroffenen nicht stärker einschränken, als es zum Schutz der entgegenstehenden Interessen erforderlich ist.
  - "so viel und so weit wie nötig, so wenig wie möglich", "nicht mit Kanonen auf Spatzen schiessen"
  - Verhältnismässigkeit als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV; siehe auch Folie 51)

Notizen:

B. Erwerb einer beweglichen Sache vom Nichtberechtigten

- Interesse des Eigentümers an der Rückerlangung seiner Sache versus das Interesse des Dritterwerbers am Schutz seines Vertrauens in die Verfügungsfähigkeit des Veräusserers und das Interesse an einem funktionsfähigen Geschäftsverkehr
- verhältnismässiger Interessenausgleich:
  - Vertrauensschutz bzw. Eigentumsverlust bei "anvertrauten" Sachen (Art. 714 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 933 ZGB)
  - kein Vertrauensschutz bzw. Eigentumsverlust bei "abhanden gekommenen" Sachen während fünf Jahren (Art. 714 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 934 Abs. 1 ZGB, siehe aber auch Art. 934 Abs. 1bis ZGB)
  - kein Vertrauensschutz bzw. Eigentumsverlust bei "abhanden gekommenen" Sachen, die auf einer Versteigerung, einem Markt oder von einem Kaufmann erworben wurden, wenn dem Empfänger der Kaufpreis erstattet wird (Art. 714 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 934 Abs. 2 ZGB)
  - kein Vertrauensschutz bzw. Eigentumsverlust bei bösem Glauben (Art. 714 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 936 ZGB)

Beispiele:

Schweizerisches Zivilgesetzbuch **210**

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

Art. 714

B. Erwerbsarten
I. Übertragung
1. Besitzüber-
gang

[1] Zur Übertragung des Fahrniseigentums bedarf es des Überganges des Besitzes auf den Erwerber.

[2] Wer in gutem Glauben eine bewegliche Sache zu Eigentum übertragen erhält, wird, auch wenn der Veräusserer zur Eigentumsübertragung nicht befugt ist, deren Eigentümer, sobald er nach den Besitzesregeln im Besitze der Sache geschützt ist.

Schweizerisches Zivilgesetzbuch

210

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

Art. 933

4. Verfügungs- und Rückforderungsrecht
a. Bei anvertrauten Sachen

Wer eine bewegliche Sache in gutem Glauben zu Eigentum oder zu einem beschränkten dinglichen Recht übertragen erhält, ist in seinem Erwerbe auch dann zu schützen, wenn sie dem Veräusserer ohne jede Ermächtigung zur Übertragung anvertraut worden war.

Art. 934

b. Bei abhanden gekommenen Sachen

1 Der Besitzer, dem eine bewegliche Sache gestohlen wird oder verloren geht oder sonst wider seinen Willen abhanden kommt, kann sie während fünf Jahren jedem Empfänger abfordern. Vorbehalten bleibt Artikel 722.[687]

1bis Das Rückforderungsrecht für Kulturgüter im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 des Kulturgütertransfergesetzes vom 20. Juni 2003[688], die gegen den Willen des Eigentümers abhanden gekommen sind, verjährt ein Jahr, nachdem der Eigentümer Kenntnis erlangt hat, wo und bei wem

2 Ist die Sache öffentlich versteigert oder auf dem Markt oder durch einen Kaufmann, der mit Waren der gleichen Art handelt, übertragen worden, so kann sie dem ersten und jedem spätern gutgläubigen Empfänger nur gegen Vergütung des von ihm bezahlten Preises abgefordert werden.

3 Die Rückleistung erfolgt im Übrigen nach den Vorschriften über die Ansprüche des gutgläubigen Besitzers.

[...]

Art. 936

d. Bei bösem Glauben

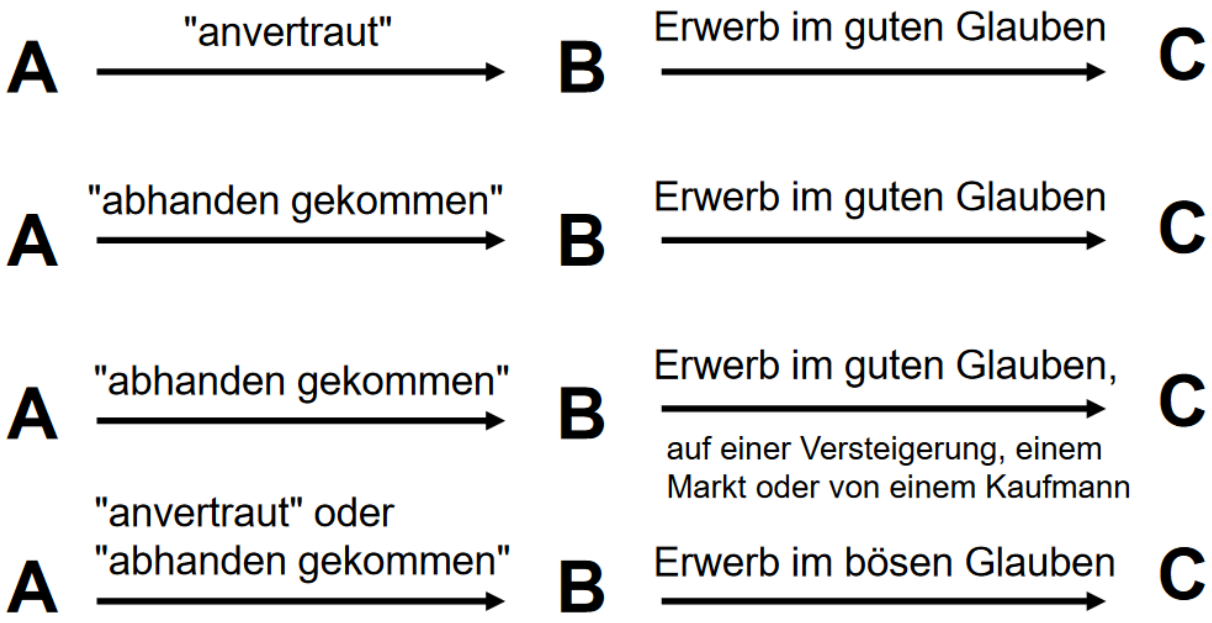
1 Wer den Besitz einer beweglichen Sache nicht in gutem Glauben erworben hat, kann von dem früheren Besitzer jederzeit auf Herausgabe belangt werden.

2 Hatte jedoch auch der frühere Besitzer nicht in gutem Glauben erworben, so kann er einem spätern Besitzer die Sache nicht abfordern.

687 Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 4. Okt. 2002 (Grundsatzartikel Tiere), in Kraft seit 1. April 2003 (AS **2003** 463; BBl **2002** 4164 5806).
688 SR **444.1**

Notizen:

B. Erwerb einer beweglichen Sache vom Nichtberechtigten (Fortsetzung)



Beispiel:

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

5A_71/2022

Urteil vom 14. September 2022

II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Herrmann, Präsident,
Bundesrichter Marazzi, von Werdt, Schöbi, Bovey,
Gerichtsschreiber Sieber.

Verfahrensbeteiligte
A._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Thomas Castelberg,
Beschwerdeführer,

gegen

B._____,
vertreten durch Rechtsanwältin Seraina Aebli,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Herausgabe (Eigentum),

Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden, II. Zivilkammer, vom 22. Dezember 2021 (ZK2 21 32).

Sachverhalt:

A.

A.a. Mit schriftlichem Vertrag vom 20. Januar 2006 schenkte C._____ das Carigiet-Bild "yyy" ihrer Nichte B._____. Das Bild befand sich im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses im Haus, das die Schenkerin bewohnte. Gemäss Vertrag behielt sich die Schenkerin die Nutzniessung am Gemälde vor, solange sie in diesem Haus wohnte.

A.b. Mit öffentlich beurkundetem Vertrag vom 27. Januar 2006 verkaufte C._____ ihr Haus ihrem Enkel A._____. Der Kaufpreis entsprach dem Verkehrswert der Liegenschaft gemäss amtlicher Schätzung. Gleichzeitig begründeten die Vertragsparteien eine lebenslängliche Nutzniessung zugunsten der Verkäuferin.
Ziffer IV.4 der weiteren Vertragsbestimmungen lautete, wie folgt: "Die Einrichtungsgegenstände sind Gegenstand des vorliegenden Kaufvertrages, soweit diese nicht durch Schenkungen und oder Vermächtnisse Drittpersonen zugewendet werden."

A.c. Am 3. September 2009 verfasste C._____ einen handschriftlichen Testamentszusatz, mit dem sie A._____ sämtliche Möbel, Bilder, Teppiche und sämtliches Inventar vermachte.

A.d. Am 8. März 2017 zog C._____ ins Altersheim. B._____ ersuchte daraufhin A._____, das Carigiet-Bild ihr als Eigentümerin herauszugeben.

A.e. Am 13. Dezember 2017 verstarb C._____.

B.

B.a. Nach erfolgloser Schlichtung klagte B._____ am 15. August 2019 beim Regionalgericht Imboden auf Herausgabe des Bildes. Mit Entscheid vom 9. Februar 2021 hiess das Regionalgericht die Klage gut und verpflichtete A._____, das Bild herauszugeben.

B.b. Am 30. Juni 2021 erhob A._____ gegen diesen Entscheid erfolglos Berufung beim Kantonsgericht Graubünden (Urteil vom 22. Dezember 2021; eröffnet am 27. Dezember 2022).

C.
Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 31. Januar 2022 wendet sich A._____ (Beschwerdeführer) an das Bundesgericht. Er verlangt unter Kosten- und Entschädigungsfolge und unter Aufhebung des Urteils des Kantonsgerichts und des Entscheids des Regionalgerichts die Klageabweisung.
Das Bundesgericht hat die vorinstanzlichen Akten, aber keine Vernehmlassungen eingeholt.

Erwägungen:

1.
Die fristgerecht von der vorinstanzlich unterlegenen Partei erhobene Beschwerde richtet sich gegen einen kantonal letztinstanzlichen, auf Rechtsmittel hin ergangenen Endentscheid betreffend die Herausgabe einer beweglichen Sache (Art. 641 Abs. 2 ZGB; *rei vindicatio*). Der Streit ist vermögensrechtlicher Natur, wobei der Streitwert den gesetzlichen Mindestbetrag von Fr. 30'000.-- überschreitet. Die Beschwerde in Zivilsachen ist zulässig (Art. 72 Abs. 1, Art. 74 Abs. 1 Bst. b, Art. 75.
2.

2.1. Mit der Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 f. BGG geltend gemacht werden. Das Bundesgericht wendet Bundesrecht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG) und prüft mit freier Kognition, ob der angefochtene Entscheid Recht verletzt. Indes prüft es grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (**BGE 140 III 115** E. 2). Wird eine Rechtsfrage aufgeworfen, ist das Bundesgericht weder an die von den Parteien geltend gemachten Gründe noch an die rechtliche Würdigung der Vorinstanz gebunden. Es kann die Beschwerde aus einem anderen als dem von der beschwerdeführenden Partei angerufenen Grund gutheissen und es kann sie mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen (**BGE 141 III 426** E. 2.4

[einleitend]). Das Bundesgericht befasst sich nur mit formell ausreichend begründeten Einwänden (Art. 42 Abs. 2 BGG). In der Beschwerdebegründung ist daher in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid rechtswidrig sein soll. Die Begründung muss sachbezogen sein und sich auf den Streitgegenstand beziehen und beschränken. Die beschwerdeführende Partei hat in gezielter Auseinandersetzung mit den für das Ergebnis des angefochtenen Entscheids massgeblichen Erwägungen plausibel aufzuzeigen, welche Rechte bzw. Rechtsnormen die Vorinstanz verletzt haben soll (**BGE 142 I 99** E. 1.7.1; **140 III 86** E. 2 S. 89).

2.2. Was den Sachverhalt angeht, legt das Bundesgericht seinem Urteil die vorinstanzlichen Feststellungen zugrunde (Art. 105 Abs. 1 BGG). Diesbezüglich kann nur vorgebracht werden, diese Feststellungen seien offensichtlich unrichtig, das heisst willkürlich, oder würden auf einer anderen Bundesrechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG (z.B. einer Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV oder Art. 8 ZGB) beruhen. In der Beschwerde ist überdies darzutun, inwiefern die Behebung der gerügten Mängel für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG). Es gilt das strenge Rügeprinzip nach Art. 106 Abs. 2 BGG. Das Bundesgericht prüft daher nur klar und detailliert erhobene und soweit möglich belegte Rügen, während es auf ungenügend substanziierte Rügen und rein appellatorische Kritik am Sachverhalt nicht eintritt (**BGE 141 IV 317** E. 5.4; **140 III 264** E. 2.3 S. 266). Tatfrage ist auch die Beweiswürdigung, womit die Anfechtung der diesbezüglichen vorinstanzlichen Feststellungen ebenfalls der qualifizierten Begründungspflicht unterliegt (Urteil 5A_438/2018 vom 30. Oktober 2018 E. 1.3; vgl. auch **BGE 144 V 50** E. 4.1).

3.

3.1. Die Vorinstanz hat die Berufung mit doppelter Begründung abgewiesen. Zum einen hält sie dafür, dass es sich beim Carigiet-Bild, dessen Herausgabe die Beschwerdegegnerin verlangt, nicht um einen Einrichtungsgegenstand gemäss Ziffer IV.4 des Kaufvertrags vom 27. Januar 2006 handelt, weshalb es dem Beschwerdeführer nicht übertragen worden sei. Zum andern spricht die Vorinstanz dem Beschwerdeführer den guten Glauben zum Erwerb des Eigentums ab. Wie von der Rechtsprechung verlangt, wehrt sich der Beschwerdeführer gegen beide Begründungen (vgl. **BGE 142 III 364** E. 2.4 mit Hinweisen).

3.2.

3.2.1. Zur Gutgläubigkeit des Beschwerdeführers erwägt die Vorinstanz, dass der Kaufvertrag in Ziffer IV.4 Schenkungen und/oder Vermächtnisse der Verkäuferin über Einrichtungsgegenstände an Drittpersonen vorbehalte. Die Formulierung könne im Sinne der Gegenwarts- wie auch der Zukunftsform verstanden werden. Eine Beschränkung des Vorbehalts auf gegenwärtige und künftige Schenkungen mache Sinn, zumal die Parteien über bereits rechtsgültig verschenkte Gegenstände keine Vereinbarungen mehr treffen könnten. Aus dieser Formulierung der Klausel könne der Beschwerdeführer nichts für sich ableiten. Entweder sei über ein Gegenstand bereits verfügt worden oder er würde unter die Vorbehaltsklausel fallen. Jedenfalls könne und dürfe der Beschwerdeführer nach Treu und Glauben nicht davon ausgehen, dass er bestimmte Gegenstände jemals erhalten werde. Aufgrund des Wortlauts der Vorbehaltsklausel habe er allen Grund gehabt, sich nach deren Tragweite zu erkundigen. Hätte der Beschwerdeführer einen Erwerb des Bildes sicherstellen wollen, hätte er eine Konkretisierung der Vorbehaltsklausel verlangen und dieses vom Vorbehalt ausnehmen müssen. Dies alles habe ihm bei zumutbarer Aufmerksamkeit bewusst sein müssen. Ein gutgläubiger Erwerb des Carigiet-Bildes sei damit ausgeschlossen. Wer seinem Vertragspartner das Recht einräume, über Vertragsgegenstände weiterhin frei zu verfügen, könne sich nicht ohne offensichtlichen Widerspruch gleichzeitig auf den Standpunkt stellen, er habe im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses von einer bereits erfolgten Schenkung nichts gewusst und sei daher in seinem gutgläubigen Erwerb zu schützen.

Mit dem Grundstückkaufvertrag vom 27. Januar 2006 sei der Verkäuferin die lebenslängliche Nutzniessung an der Liegenschaft eingeräumt worden. Ihr sei somit das Recht auf den Besitz, den Gebrauch, die Verwaltung und die Nutzung der Liegenschaft verblieben. Somit sei es beim Vertragsabschluss nicht zu einer Übergabe des Kaufobjekts an den Käufer gekommen. Der Erwerber, der sich auf den guten Glauben berufen wolle, müsse sich diejenigen Umstände entgegenhalten lassen, die ihm bei der Übergabe der Sache bekannt geworden wären. Bei einem mit dem Eigentumsübergang zusammenfallenden Besitzesantritt hätte sich aber zweifellos herausgestellt, dass das Carigiet-Bild bereits mittels Schenkung in das Eigentum der Beschwerdegegnerin übergegangen war und C._____ nicht mehr darüber verfügen konnte, zumal die Schenkung nur eine Woche vor Abschluss des Kaufvertrags erfolgt sei. Somit sei ein gutgläubiger Erwerb auch unter diesem Gesichtspunkt ausgeschlossen.
Zu keinem anderen Ergebnis führe der Testamentszusatz vom 3. September 2009. Dieser bestätige zunächst, dass C._____ die volle Verfügungsberechtigung über sämtliche Einrichtungsgegenstände in Form von Schenkungen und Vermächtnissen behalten habe und dass diese Gegenstände nicht bereits mit dem Grundstückkaufvertrag auf den Beschwerdeführer übertragen worden seien. Der Testamentszusatz könne sich nur auf Gegenstände beziehen, über die nicht bereits durch Schenkung oder Vermächtnis anderweitig verfügt worden sei. Soweit der Beschwerdeführer mit dem Testamentszusatz seinen guten Glauben zu belegen versuche, könne ihm schliesslich schon deshalb nicht gefolgt werden, weil der Zusatz erst rund dreieinhalb Jahre nach Abschluss des Kaufvertrags erfolgt sei.

3.2.2. Der Beschwerdeführer wendet ein, es komme entgegen dem Kantonsgericht auf seinen guten Glauben hinsichtlich der Verfügungsmacht der Grussmutter bei Inkrafttreten des Kaufvertrags und nicht darauf an, ob diese aufgrund der Vorbehaltsklausel nach Vertragsabschluss noch Einrichtungsgegenstände gültig habe verschenken können. Der Beschwerdeführer habe keinen Grund gehabt, am Eigentum der Grossmutter am Bild zu zweifeln. Nicht massgebend sei, dass aufgrund der Vorbehaltsklausel die Möglichkeit bestanden habe, dass das Bild später verschenkt werde. Der Beschwerdeführer sei der festen Überzeugung gewesen, seine Grossmutter würde nichts ohne seine Kenntnis und Zustimmung verschenken und ihn wie bei allen Schenkungen oder sonstigen Rechtsgeschäften von gewisser Tragweite beiziehen, wie sie dies auch bei anderen Gelegenheiten getan habe. Die vorinstanzliche Behauptung, dass sich bei einem mit dem Eigentumsübergang zusammenfallenden Besitzesantritt zweifellos herausgestellt hätte, dass das Carigiet-Bild bereits ins Eigentum der Beschwerdegegnerin übergegangen war, sei haltlos. Das Haus wäre vollständig möbliert inkl. des Carigiet-Bildes übergeben worden und es hätte keinen Hinweis auf die fehlende Verfügungsberechtigung der Grossmutter gegeben. Dies sei bei der Übergabe des Hauses am 8. März 2017 denn auch der Fall gewesen.
Die Gutgläubigkeit sei zu vermuten. Es bestehe für den Erwerber keine allgemeine Erkundigungspflicht. Eine solche setze einen konkreten Verdacht voraus. Vorbehalten blieben Geschäftszweige, die in besonderem Masse dem Angebot von Waren zweifelhafter Herkunft ausgesetzt seien. Vorliegend gehe es um ein Vertragsverhältnis zwischen Grossmutter und Enkelsohn, wobei zwischen den Vertragsparteien ein sehr enges Verhältnis bestanden habe. Der Beschwerdeführer habe keinerlei Verdacht oder Anlass zu Misstrauen in Bezug auf die Verfügungsberechtigung seiner Grossmutter an dem Carigiet-Bild gehabt. Vielmehr habe er davon ausgehen dürfen, dass C._____ ihn spätestens anlässlich der Beurkundung des Grundstückkaufvertrags und der Besprechung von dessen Ziffer IV.4 über eine solch gewichtige Schenkung, die lediglich eine Woche zuvor erfolgt sei, informiere. Dies gelte umso mehr, als die Verkäuferin gewusst habe, dass er, der Beschwerdeführer davon ausgehen würde, dass das Carigiet-Bild in ihrem Eigentum stand. Es liege folglich kein Fall von Art. 3 Abs. 2 ZGB vor und das Urteil der Vorinstanz sei offensichtlich unbillig und in stossender Weise ungerecht. Der offensichtlich durch eine juristische Laiin angefertigte Testamentszusatz vom 3. September 2009 bestätige denn auch nicht, dass die Einrichtungsgegenstände nicht bereits mit dem Grundstückkaufvertrag auf den Beschwerdeführer übergegangen seien. Vielmehr wiederhole und verdeutliche dieser den Wunsch der Grossmutter, dass dem Beschwerdeführer diese Gegenstände zukommen sollten.

3.3.

3.3.1. Zur Übertragung des Fahrniseigentums bedarf es des Überganges des Besitzes auf den Erwerber (Art. 714 Abs. 1 ZGB). Der Besitz wird übertragen durch die Übergabe der Sache selbst oder der Mittel, die dem Empfänger die Gewalt über die Sache verschaffen (Art. 922 Abs. 1 ZGB). Ohne Übergabe kann der Besitz einer Sache erworben werden, wenn ein Dritter oder der Veräusserer selbst auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses im Besitz der Sache verbleibt (Art. 924 Abs. 1 ZGB [Besitzeskonstitut]). Wer eine bewegliche Sache in gutem Glauben zu Eigentum oder zu einem beschränkten dinglichen Recht übertragen erhält, ist in seinem Erwerbe auch dann zu schützen, wenn sie dem Veräusserer ohne jede Ermächtigung zur Übertragung anvertraut worden war (Art. 933 ZGB). Dies gilt auch dann, wenn der Erwerb des Eigentums mittels Besitzeskonstitut erfolgt (vgl. Urteil 5C.179/2002 vom 28. März 2003 E. 1.6 mit Hinweisen; STARK/LINDENMANN, Berner Kommentar, 4. Aufl. 2016, N. 84 zu Art. 933 ZGB; SUTTER-SOMM, Schweizerisches Privatrecht V/1, Eigentum und Besitz, 2. Aufl. 2014, Rz. 1429, der den gutgläubigen Erwerber im Fall des Besitzeskonstituts nur in dem Umfang schützen möchte, als er auch bei körperlicher Sachübergabe geschützt wäre).

3.3.2. Umstritten ist, ob der Beschwerdeführer bezüglich der Verfügungsmacht der Grossmutter über das streitbetroffene Bild gutgläubig war, als ihm am 27. Januar 2006 das Haus samt Einrichtungsgegenständen verkauft wurde. Diesbezüglich gilt, was folgt: Das Dasein des guten Glaubes wird vermutet (Art. 3 Abs. 1 ZGB). Diese Vermutung greift aber nur, wenn derjenige, der sich auf den guten Glauben beruft, den Nachweis dafür erbringt, den Umständen entsprechend aufmerksam gewesen zu sein (Art. 3 Abs. 2 ZGB). Namentlich wenn konkrete Verdachtsgründe vorliegen sowie beim Handel mit Kunst- und mit Occasionsgegenständen trifft den Käufer rechtsprechungsgemäss die Obliegenheit abzuklären, ob der Verkäufer auch tatsächlich befugt ist, über die Sache zu verfügen (**BGE 139 III 305** E. 3-5; Urteile 5A_962/2017 vom 29. März 2018 E. 5.1; 5A_925/2013 vom 15. April 2014 E. 3).

3.3.3. Der Beschwerdeführer weist zu Recht darauf hin, dass der streitbetroffene Kauf nicht unter die bisher vom Bundesgericht beurteilten Fälle bejahter Erkundigungsobliegenheiten im Kunst- und Occasionshandel fällt. Das allein weist den angefochtenen Entscheid allerdings noch nicht als bundesrechtswidrig aus. Art. 3 Abs. 2 ZGB knüpft an die Umstände des Einzelfalls an und verlangt vom Gericht einen Billigkeitsentscheid (Art. 4 ZGB). Die Vorinstanz verletzt kein Bundesrecht, wenn sie in Ziffer IV.4 des Grundstückkaufvertrags vom 27. Januar 2006 einen Umstand erblickt, der den Beschwerdeführer hätte veranlassen müssen, sich bei der Verkäuferin nach bereits erfolgten Verfügungen zu erkundigen. Wer wie der Beschwerdeführer damit einverstanden ist, dass die Verkäuferin weiterhin frei über Einrichtungsgegenstände verfügen kann, darf allenfalls bereits erfolgte Verfügungen nicht einfach ignorieren. Entsprechend hätte sich der Beschwerdeführer bei der Verkäuferin erkundigen müssen, ob das Carigiet-Bild bereits Gegenstand einer Schenkung oder eines Vermächtnisses ist. Daran ändert die besondere Nähe des Beschwerdeführers zur Verkäuferin nichts und dieser macht auch nicht geltend, die Grossmutter hätte ihm gegenüber eine vertragliche Aufklärungspflicht verletzt.
Der Beschwerdeführer behauptet nicht, dass er solche Erkundigungen angestellt hätte und erst recht macht er nicht geltend, dass seine Grossmutter ihm nicht die Wahrheit gesagt hätte, wenn er sie nach bereits erfolgten Schenkungen und Vermächtnissen gefragt hätte. Davon ist umso weniger auszugehen, als die Schenkung im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses erst eine Woche zurücklag und die Grossmutter keinen Grund gehabt hätte, dem Beschwerdeführer diese zu verheimlichen, nachdem er sogar mit der künftigen Veräusserung von Einrichtungsgegenständen einverstanden war. Im Ergebnis kann sich der Beschwerdeführer nicht erfolgreich auf seinen guten Glauben berufen, und zwar weder im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch später, als er das Haus tatsächlich in Besitz genommen hat. Entsprechend ist er auch nicht Eigentümer des Carigiet-Bildes geworden. Daran

ändert nichts, dass er spätere Ausserungen von C._____, namentlich den Testamentszusatz vom 3. September 2009, so verstanden haben will, dass er und nicht die Beschwerdegegnerin das Bild erhalten soll. Vor Bundesgericht ist ganz im Gegenteil nicht mehr strittig, dass das Eigentum am Bild bereits mit der Schenkung vom 20. Januar 2006 auf B._____ überging.

3.3.4. Steht fest, dass der Beschwerdeführer nicht Eigentümer des Carigiet-Bildes wurde, vermag er dem ihm gegenüber geltend gemachten Herausgabeanspruch bereits aus diesem Grund nichts entgegenzusetzen und kann die vor der Vorinstanz weiter strittige Frage offen bleiben, ob es sich bei diesem Bild um einen Einrichtungsgegenstand im Sinn von Ziffer IV.4 dieses Vertrags handelt.

4.
Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Eine Entschädigung der Beschwerdegegnerin (Art. 68 Abs. 1 BGG) entfällt, da diese zur Beschwerde keine Stellung nehmen musste.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 4'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht von Graubünden, II. Zivilkammer, mitgeteilt.

Lausanne, 14. September 2022

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Herrmann

Der Gerichtsschreiber: Sieber

Notizen:

C. Einschränkung von Freiheitsrechten

- Voraussetzungen für Einschränkungen von Freiheitsrechten (siehe Art. 36 BV)
    1. Bestimmung des mit einem Eingriff in ein Freiheitsrecht verfolgten Ziels
    2. Eignung des Eingriffs zur Erreichung des Ziels
    3. Erforderlichkeit des Eingriffs zur Erreichung des Ziels
    4. Verhältnismässigkeit (im engeren Sinn) zwischen dem Eingriff (an dem ein öffentliches Interesse oder Drittinteresse besteht) und der Beeinträchtigung der Ausübung des Freiheitsrechts
- Interessenabwägung: öffentliches Interesse oder Drittinteresse *versus* das Interesse des Einzelnen an der Ausübung des Freiheitsrechts

Beispiele:

2C_545/2014

Arrêt du 9 janvier 2015

IIe Cour de droit public

Composition
MM. les Juges fédéraux Zünd, Président,
Donzallaz et Stadelmann.
Greffier: M. Tissot-Daguette.

Participants à la procédure
A._____, représenté par
Me Alix de Courten, avocate,
recourant,

contre

Service de la consommation et des affaires vétérinaires, chemin des Boveresses 155, 1066 Epalinges,
Département de la sécurité et de l'environnement du canton de Vaud, Place du Château 1, 1014 Lausanne.

Objet
Euthanasie d'un chien,

recours contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour de droit administratif et public, du 29 avril 2014.

Faits :

A.
A._____, qui a une vue fortement réduite suite à un accident, est détenteur d'un chien de race Hovawart né le 17 juin 2007 et appelé Chalom.
- Le 7 octobre 2009, en rentrant d'une promenade, Chalom a échappé au contrôle de la personne qui le promenait, est sorti de la voiture de cette dernière et s'est mis à poursuivre trois petites filles. Il en a renversé une et blessé deux autres. Ces deux dernières présentaient des empreintes de crocs à la hauteur de l'épaule. Sur demande du vétérinaire cantonal, un rapport d'évaluation de Chalom relatif à cet événement a été effectué par la vétérinaire comportementaliste B._____, employée auprès du Service de la consommation et des affaires vétérinaires du canton de Vaud (ciaprès: le Service vétérinaire). Ce rapport a été rendu le 18 mai 2010 et retenait en particulier que le comportement du chien constituait une agression de poursuite, agression par le jeu. Il recommandait en outre de continuer les cours déjà entrepris auprès d'un éducateur canin.

- Le 19 mai 2010, Chalom a mordu l'épouse de l'intéressé au bras gauche. Celui-ci a expliqué au Service vétérinaire que Chalom n'était pas dans son état normal, car il se réveillait d'une anesthésie totale subie dans la matinée. Il a fourni un certificat du vétérinaire indiquant que suite à l'injonction combinée de Domitor et de Morphasol, certaines réactions imprévisibles de l'animal pouvaient intervenir durant 48 heures. Suite à cette morsure, la municipalité de domicile de l'intéressé a notamment ordonné le maintien en laisse de Chalom sur le domaine public et recommandé la continuation des cours d'éducation. Elle a par ailleurs informé l'intéressé qu'en cas de nouvel incident, d'autres mesures pourraient être prises (saisie, placement, voire euthanasie).
- Le 25 septembre 2010, Chalom a mordu le sous-locataire de l'intéressé au bras droit. Ce dernier a expliqué au Service vétérinaire qu'il s'apprêtait à donner des croquettes à son chien lorsque cette personne s'est approchée de l'animal pour le caresser. Le 6 octobre 2010, sur l'initiative de l'intéressé, le vétérinaire comportementaliste C._____ a réalisé une consultation comportementale de l'animal. Il a conclu que ce dernier incident correspondait à une réaction par irritation. Il a informé le Service vétérinaire, par lettre du 5 novembre 2010, qu'une prise en charge avait été mise en place et que A._____ avait décidé de faire procéder à une castration chirurgicale de Chalom. Dans une lettre du 31 octobre 2011 (adressée en copie au Service vétérinaire), le vétérinaire comportementaliste a informé l'intéressé qu'au vu des résultats qu'il avait obtenus avec Chalom, il considérait qu'il n'était plus nécessaire de recourir aux services d'un vétérinaire comportementaliste et/ou d'une monitrice spécialisée pour la prise en charge du chien. Le 9 novembre 2011, le vétérinaire cantonal a en conséquence recommandé à la municipalité de lever les mesures prises à l'encontre de Chalom, ce que celle-ci a fait le 10 février 2012.
- Le 6 juillet 2012, Chalom a gravement mordu la nouvelle sous-locataire de l'intéressé (lèvre supérieure gauche et lèvre inférieure droite arrachées nécessitant une greffe; paupière inférieure gauche également arrachée et nécessitant une greffe; sutures au menton; plaie profonde à l'avant-bras gauche). Interrogé par la police municipale, l'intéressé a expliqué que sa sous-locataire, avec son accord, avait donné à manger au chien, en se penchant ensuite pour le caresser. C'est à ce moment-là qu'elle avait été mordue. Le vétérinaire cantonal a ordonné le séquestre préventif du chien et son évaluation comportementale. La vétérinaire comportementaliste B._____ a rendu un nouveau rapport, dans lequel elle a en particulier retenu que le comportement de Chalom constituait une agression compétitive déclenchée par l'aliment. Elle a préconisé l'euthanasie du chien, son replacement avec des mesures de sécurité adaptées n'étant légalement pas possible.

B.

B.a. Par décision du 19 juillet 2012, le vétérinaire cantonal a ordonné le séquestre définitif et l'euthanasie de Chalom. Il a retenu que l'animal devait être considéré comme dangereux, dès lors qu'il avait agressé plusieurs personnes, dont des enfants. Il a souligné que cette dangerosité était d'autant plus inquiétante au vu de la gravité de la morsure subie le 6 juillet 2012. Il a estimé que l'euthanasie était justifiée afin de protéger l'intégrité physique d'êtres humains et, de façon plus générale, la sécurité publique. L'intéressé a contesté ce prononcé devant le Département de la sécurité et de l'environnement du canton de Vaud (ci-après: le Département).

B.b. Par décision incidente du 14 septembre 2012, le Département a autorisé A._____ à soumettre son chien à une expertise privée. Le 22 octobre 2012, l'intéressé a ainsi produit un rapport d'expertise rédigé par la vétérinaire comportementaliste D._____ et fixant notamment certaines conditions à respecter pour la détention du chien, ainsi qu'une lettre datée du 24 août 2012 que lui a adressée le vétérinaire comportementaliste C._____, premier expert privé consulté.

Par décision du 28 mars 2013, le Département a rejeté le recours et confirmé la décision du vétérinaire cantonal. Il a retenu que l'euthanasie de Chalom, chien devant être considéré comme dangereux, était une mesure justifiée qui respectait le principe de la proportionnalité. Il a pris en compte la gravité des incidents, l'incapacité de l'intéressé de prévenir ces accidents et l'impossibilité de replacer le chien. A._____ a interjeté recours contre cette décision auprès de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal du canton de Vaud (ci-après: le Tribunal cantonal).

B.c. Devant le Tribunal cantonal, l'intéressé a déposé deux courriers des époux E._____, un couple de zurichois disposé à recueillir Chalom. Ce couple expliquait qu'il était spécialisé dans la race Hovawart et qu'il avait déjà été détenteur d'un tel chien. Les époux se sont dit prêts à respecter les conditions fixées par l'experte. Par la suite, le recourant a encore requis l'audition de l'experte D._____ et du vétérinaire comportementaliste C._____. A titre subsidiaire, il a demandé la mise en oeuvre d'une deuxième expertise comportementale. Lors d'une audience d'instruction le 5 février 2014, le Tribunal cantonal a procédé aux deux auditions requises par l'intéressé et à celle de la vétérinaire comportementaliste du service vétérinaire.

Par arrêt du 29 avril 2014, le Tribunal cantonal a rejeté le recours de A._____. Après avoir écarté des réquisitions de preuves supplémentaires demandées par l'intéressé, l'instance précédente a jugé que Chalom devait être considéré comme étant un chien dangereux. Elle a reconnu que la seule mesure envisageable qui permettait de préserver la vie du chien tout en étant suffisante sur le plan de la sécurité publique était l'enfermement. Toutefois, cette solution n'étant pas compatible avec la dignité de l'animal, elle a conclu à la proportionnalité de l'euthanasie, seule mesure propre à écarter le danger que représente Chalom.

C.
Agissant par la voie du recours en matière de droit public, A._____ demande en substance au Tribunal fédéral, sous suite de frais et dépens, outre l'effet suspensif, principalement d'annuler l'arrêt du 29 avril 2014 du Tribunal cantonal et de renvoyer la cause à celui-ci pour nouvelle instruction et décision dans le sens des considérants, subsidiairement de réformer l'arrêt du 29 avril 2014 en levant le séquestre du chien et en autorisant le placement de celui-ci auprès des époux E._____. A._____ se plaint de violation de son droit d'être entendu, de constatation inexacte des faits, de violation du principe de la proportionnalité et d'application arbitraire du droit cantonal.

Par ordonnance du 10 juillet 2014, le Président de la IIe Cour de droit public du Tribunal fédéral a admis la demande d'effet suspensif.

Le Tribunal cantonal et le Service vétérinaire renoncent à se déterminer. Le Département conclut au rejet du recours. Dans des observations finales, A._____ confirme ses conclusions.

Considérant en droit :

[...]

5.
Le principe de la proportionnalité est exprimé de manière générale à l'art. 5 al. 2 Cst. Il exige que la mesure prise par l'autorité soit apte et nécessaire afin d'atteindre le but d'intérêt public ou privé poursuivi (cf. **ATF 136 I 87** consid. 3.2 p. 91 s.). Une mesure est disproportionnée lorsque l'objectif visé peut être atteint par une autre mesure, moins contraignante. En l'occurrence, il convient donc en premier lieu d'examiner si le placement de Chalom auprès des époux E._____, mesure préconisée par le recourant, consisterait en une mesure suffisante afin d'écarter les risques que cet animal représente pour la société et, en conséquence, afin de sauvegarder la sécurité publique.

5.1. Il ressort notamment des diverses expertises reprises dans l'arrêt contesté, et en particulier de celle de la vétérinaire comportementaliste D._____, que lors des événements des 25 septembre 2010 et 6 juillet 2012, l'agression du chien n'était pas compétitive, mais d'irritation, dans le contexte du comportement alimentaire. Cette agression était motivée par la peur. Selon les experts, un replacement chez un tiers, en l'espèce auprès du couple E._____, est possible à certaines conditions strictes et précises. Il faut en effet que la personne en charge du chien présente des connaissances cynologiques poussées (l'experte vétérinaire D._____ parle à ce propos d'éducateur canin expérimenté, d'éleveur expérimenté ou de gardien d'animaux expérimenté) et que le milieu de vie dans lequel le chien évoluera garantisse que celui-ci ne puisse pas entrer en contact avec des personnes autres que le détenteur et un petit nombre d'adultes conscients des règles à suivre. Ces règles doivent notamment être strictes en ce qu'elles concernent les moments durant lesquels Chalom se nourrit. A ce propos, les experts C._____ et D._____ sont d'accord pour admettre qu'il faut veiller à ce que le chien reçoive sa nourriture (que ce soit un repas ou une simple friandise) dans un lieu où personne ne se rendra tant qu'il n'aura pas fini de manger. Ils préconisent une pièce ou un enclos fermé à clé. De plus, ils relèvent qu'il ne faut jamais s'approcher de Chalom lorsque celui-ci est susceptible d'avoir trouvé un élément comestible (y compris des miettes tombées sur le sol de la maison ou des restes de nourriture qui peuvent se trouver dans la nature) et qu'il est nécessaire de museler systématiquement le chien lorsque des tiers sont présents.

5.2. Au vu de ce qui précède, c'est à raison que l'autorité précédente a retenu que les conditions que les époux E._____ se sont engagés à respecter sont extrêmement contraignantes et exigent une grande discipline. On doit encore ajouter que ces conditions, déjà très difficiles à respecter dans des situations normales de la vie courante, deviennent impossibles à suivre dans des situations exceptionnelles, telles par exemple des périodes de vacances, des cas d'empêchements du détenteur du chien ou de visites inopinées de tiers chez ledit détenteur.

Ainsi, le fait que le Tribunal cantonal juge que compte tenu des conditions à respecter, qui sont à ce point strictes qu'elles confinent à l'impossible, un placement du chien auprès des époux E._____ ne permette pas d'exclure le risque de nouvelles morsures, ne saurait être considéré comme étant insoutenable. De plus, même si selon les experts la source du comportement agressif était différente, les deux événements précédant ceux des 25 septembre 2010 et 6 juillet 2012 ne peuvent être passés sous silence et témoignent malgré tout d'une forte inclination de Chalom à adopter un comportement agressif dans d'autres circonstances que celles liées à son alimentation. Un placement du chien auprès de tiers ne saurait donc être considéré comme étant une mesure apte à sauvegarder la sécurité publique.

6.
Dans les motifs de son mémoire, le recourant estime encore qu'à défaut de placement auprès des époux E._____, un enfermement définitif en chenil devrait être possible.

A ce propos, il faut constater que c'est également à bon droit que le Tribunal cantonal a écarté cette mesure. En effet, l'art. 3 let. a LPA (qui viendrait à s'appliquer si l'animal n'était pas euthanasié; cf. consid. 2.2 ci-dessus) dispose notamment que la dignité est la valeur propre de l'animal, qui doit être respectée par les personnes qui s'en occupent et qu'il y a atteinte à la dignité de l'animal lorsque la contrainte qui lui est imposée ne peut être justifiée par des intérêts prépondérants (cf. Christoph Errass, 20 Jahre Würde der Kreatur, in RJB 149/2013 p. 187, p. 226 ss; Nils Stohner, Importrestriktionen aus Gründen des Tier- und Artenschutzes im Recht der WTO, thèse Berne 2006, p. 110 s.). Selon l'art. 71 al. 1 de l'ordonnance fédérale du 23 avril 2008 sur la protection des animaux (OPAn; RS 455.1), les chiens doivent être sortis tous les jours et en fonction de leur besoin de mouvement. Lors de ces sorties, ils doivent aussi, dans la mesure du possible, pouvoir se mouvoir librement sans être tenus en laisse. Ce traitement contribue à favoriser la dignité du chien

(arrêt 2C_49/2010 du 8 octobre 2010 consid. 4.5.2). Or, le séjour au chenil et la détention du chien attaché à une chaîne courante ne sont pas considérés comme des sorties (art. 71 al. 2 OPAn). Par conséquent, l'appréciation faite des déclarations de la vétérinaire du Service vétérinaire, qui a clairement dit qu'un enfermement définitif dans un chenil ne serait pas compatible avec la dignité de l'animal, est pleinement soutenable. Cette conclusion n'est en outre pas incompatible avec les déclarations du vétérinaire C._____ qui parle de garantie de la dignité de l'animal en cas d'enfermement temporaire, durant les repas.

7.
En conséquence, la mesure d'euthanasie de Chalom, ordonnée par le Service vétérinaire et confirmée en dernière instance cantonale par l'autorité précédente, est la seule mesure apte et nécessaire pour exclure tout risque de nouvelle morsure et ainsi atteindre le but d'intérêt public poursuivi. Le recours, entièrement mal fondé, doit donc être rejeté.

8.
Succombant, le recourant supporte les frais judiciaires (art. 66 al. 1 LTF). Il n'est pas alloué de dépens (art. 68 al. 1 et 3 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.
Le recours est rejeté.

2.
Les frais judiciaires, arrêtés à 2'000 fr., sont mis à la charge du recourant.

3.
Le présent arrêt est communiqué au mandataire du recourant, au Service de la consommation et des affaires vétérinaires, au Département de la sécurité et de l'environnement ainsi qu'au Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour de droit administratif et public.

Lausanne, le 9 janvier 2015

Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse

Le Président : Zünd

Le Greffier : Tissot-Daguette

Urteil vom 28. Oktober 2013

I. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Fonjallaz, Präsident,
Bundesrichter Merkli, Eusebio,
Gerichtsschreiber Störi.

Verfahrensbeteiligte
1. X._____,
2. Y._____ Sàrl,
3. Z._____ SA,
Beschwerdeführer,
alle vertreten durch Rechtsanwalt Markus Spielmann,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn.

Gegenstand
Beschlagnahmung eines Fahrzeugs,

Beschwerde gegen das Urteil vom 11. Juli 2013
des Obergerichts des Kantons Solothurn, Beschwerdekammer.

Sachverhalt:

A.

Am 14. Mai 2013 fuhr X._____ mit einem "Porsche Panamera 4S" in Welschenrohr auf der Hauptstrasse in Richtung Balsthal. Im Bereich einer Baustelle mit einer signalisierten Höchstgeschwindigkeit von 60 km/h geriet er in eine Radarkontrolle. Dabei wurde eine Geschwindigkeit von 145 km/h gemessen, was nach Abzug der Toleranz von 6 km/h eine massgebende Geschwindigkeitsüberschreitung von 79 km/h ergab.

Die Solothurner Staatsanwaltschaft eröffnete gegen X._____ gleichentags ein Strafverfahren wegen qualifiziert grober Verkehrsregelverletzung im Sinn von Art. 90 Abs. 3 SVG und beschlagnahmte das Tatfahrzeug.

Am 3. Juni 2013 erhoben X._____, die Y._____ Sàrl und die Z._____ SA Beschwerde mit den Anträgen, den Beschlagnahmebefehl aufzuheben und das Fahrzeug seiner Eigentümerin, der Z._____ SA, auszuhändigen.

Am 11. Juli 2013 wies das Obergericht des Kantons Solothurn die Beschwerde ab.

B.

Mit Beschwerde in Strafsachen beantragen X._____, die Y._____ Sàrl und die Z._____ SA, das Urteil des Obergerichts und den Beschlagnahmebefehl aufzuheben und das Fahrzeug der Z._____ SA herauszugeben oder eventuell die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

C.

Das Obergericht beantragt unter Verweis auf den angefochtenen Entscheid, die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Die Staatsanwaltschaft stellt denselben Antrag und hält ergänzend fest, das Eigentum der Z._____ SA am Tatfahrzeug sei nicht rechtsgenüglich glaubhaft gemacht; diese sei daher nicht zur Beschwerde befugt.

Erwägungen:

[...]

2.3. Umstritten ist, ob die Einziehung des Tatfahrzeugs in Betracht fällt.

2.3.1. Der Gesetzgeber hat im Rahmen des Handlungsprogramms des Bundes für mehr Sicherheit im Strassenverkehr ("Via sicura") die Strafbestimmungen des SVG per 1. Januar 2013 verschärft. Dabei hat er zu den beiden bisherigen Kategorien von Verkehrsregelverletzungen - der als Übertretung strafbaren einfachen (Art. 90 Abs. 1 SVG) und der als Vergehen strafbaren groben Verkehrsregelverletzung (Art. 90 Abs. 2 SVG) - eine dritte Kategorie von als Verbrechen strafbaren, besonders bzw. qualifiziert groben Verkehrsregelverletzungen hinzugefügt (Art. 90 Abs. 3 SVG). Danach wird mit Freiheitsstrafe zwischen einem und vier Jahren bestraft, "wer durch vorsätzliche Verletzung elementarer Verkehrsregeln das hohe Risiko eines Unfalls mit Schwerverletzten oder Todesopfern eingeht, namentlich durch besonders krasse Missachtung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit, waghalsiges Überholen oder Teilnahme an einem nicht bewilligten Rennen mit Motorfahrzeugen". In Art. 90 Abs. 4 SVG wird sodann aufgelistet, welche Geschwindigkeitsübertretungen in jedem Fall nach Abs. 3 geahndet werden. Wird, was dem Beschwerdeführer 1 vorgeworfen wird, die zulässige Höchstgeschwindigkeit von 60 km/h um mindestens 60 km/h überschritten, liegt eine qualifiziert grobe Geschwindigkeitsüberschreitung im Sinn von Abs. 3 vor.

2.3.2. Nach Art. 90a Abs. 1 SVG kann der Strafrichter "die Einziehung eines Motorfahrzeugs anordnen, wenn:
a.eine grobe Verkehrsregelverletzung in skrupelloser Weise begangen wurde; und
b. der Täter durch die Einziehung von weiteren groben Verkehrsregelverletzungen abgehalten werden kann".

In der Botschaft wird dazu ausgeführt, die Einziehung stelle einen Eingriff in die von Art. 26 BV geschützte Eigentumsgarantie dar und sei nur in Ausnahmefällen verhältnismässig und gerechtfertigt. Ihre Zulässigkeit hänge stark vom Einzelfall ab. Nicht jede grobe Verkehrsregelverletzung solle automatisch zur Einziehung des Tatfahrzeugs führen. Von der Möglichkeit der Einziehung dürfe nur Gebrauch gemacht werden, wenn die Verkehrsregelverletzung in skrupelloser Weise begangen worden sei und sie geeignet sei, den Täter von weiteren groben Verkehrsregelverletzungen abzuhalten; das urteilende Gericht sei verpflichtet, darüber eine Prognose abzugeben (BBl 2010 S. 8484 f.).

2.3.3. Mit Art. 90a SVG wollte der Gesetzgeber die an sich nach Art. 69 StGB schon bisher mögliche und in verschiedenen Kantonen auch praktizierte Einziehung von Fahrzeugen auf Bundesebene einheitlich regeln (CÉDRIC MIZEL, Le délit de chauffard et sa répression pénale et administrative, in: AJP 2013 S. 189 ff., S. 199). Damit kann die bisherige Praxis jedenfalls teilweise weiterhin Geltung beanspruchen.

Die Einziehungsvoraussetzungen von Art. 90a Abs. 1 lit. a SVG sind bei Verkehrsdelikten im Sinn von Art. 90 Abs. 3 und 4 SVG in der Regel gegeben. Die Einziehung ist aber nicht auf diese Fälle beschränkt, sondern fällt auch bei groben Verkehrsregelverletzungen im Sinn von Art. 90 Abs. 2 SVG in Betracht. Für die kumulativ zu erfüllende Einziehungsvoraussetzung von Art. 90a Abs. 1 lit. b SVG kann an die bisherige Praxis angeknüpft werden (Darstellung bei JÜRG KRUMM, Die Sicherungseinziehung von Motorfahrzeugen, AJP 2013 S. 375 ff., insbesondere S. 380 ff.). Danach hat das Gericht im Sinn einer Gefährdungsprognose zu prüfen, ob das Fahrzeug in der Hand des Täters in der Zukunft die Verkehrssicherheit gefährdet bzw. ob dessen Einziehung geeignet ist, ihn vor weiteren groben Verkehrswidrigkeiten abzuhalten (**BGE 137 IV 249** E. 4.4; Urteil 1B_168/2012 vom 8. Mai 2012 E. 2; zum Ganzen: **BGE 139 IV 250** E. 2.3).

2.3.4. Wie oben in E. 2.1 dargelegt, sind diese Fragen zur Problematik einer allfälligen Einziehung nicht abschliessend zu klären; das wird Sache des Strafrichters sein, dem das Bundesgericht vorliegend nicht vorzugreifen hat. Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich für die hier allein zu beurteilende Zulässigkeit der Beschlagnahme Folgendes:

Der Beschwerdeführer 1 ist einer qualifiziert groben Verkehrsregelverletzung im Sinn von Art. 90a Abs. 3 und 4 SVG dringend verdächtig, mithin eines Verbrechens und damit einer Straftat, deren Schwere die Einziehung eines Personenwagens rechtfertigen könnte. Damit liegt es im Bereich des Möglichen, dass diese Straftat die Einziehungsvoraussetzung von Art. 90 Abs. 1 lit. a SVG erfüllt. Das Gleiche gilt für die Voraussetzung von lit. b: Der Beschwerdeführer 1 hat verschiedene Gefängnis- und eine Zuchthausstrafe erwirkt und wurde auch zweimal wegen grober Verkehrsregelverletzungen verurteilt. Zudem sind weitere Strafuntersuchungen gegen ihn hängig, wobei es auch um Strassenverkehrsdelikte geht. Es könnte durchaus sein, dass das sehr leistungsstarke, sportliche Tatfahrzeug weitere Geschwindigkeitsexzesse des Beschwerdeführers 1 begünstigt. Dessen Einziehung fällt daher aus materiellrechtlichen Gründen nicht von vornherein ausser Betracht, womit die zu ihrer Sicherung erfolgte Beschlagnahme grundsätzlich nicht zu beanstanden ist.

2.4. Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV) muss die Beschlagnahme des Fahrzeugs geeignet und erforderlich sein, um dessen Einziehung sicherzustellen; dass sie angesichts der Schwere des strafrechtlichen Vorwurfs grundsätzlich gerechtfertigt ist, wurde bereits dargelegt (oben E. 2.3.4 zweiter Absatz). Fraglich erscheint, ob die Beschlagnahme des Fahrzeugs zur Sicherung einer allfälligen Einziehung erforderlich ist. Der unter anderem auch wegen Verkehrs- und Vermögensdelikten massiv vorbestrafte Beschwerdeführer 1 ist bereits wieder in Strafverfahren verwickelt; er scheint Mühe zu haben, sich gesetzeskonform zu verhalten und bietet daher keine Gewähr, sich den Konsequenzen einer allfälligen Verurteilung zu unterziehen und das Fahrzeug im Fall einer Einziehung herauszugeben; daran ist umso mehr zu zweifeln, als die Eigentumsverhältnisse am Fahrzeug offenbar nicht restlos geklärt sind. Eine mildere Massnahme, den Strafverfolgungsbehörden den Zugriff auf das Fahrzeug zu sichern, ist nicht ersichtlich. Insgesamt erscheint die Beschlagnahme daher auch unter diesem Gesichtspunkt vertretbar.

3.

Die Beschwerde ist somit als unbegründet abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens tragen die Beschwerdeführer die Kosten (Art. 66 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

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

3.

Dieses Urteil wird den Beschwerdeführern, der Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn und dem Obergericht des Kantons Solothurn, Beschwerdekammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 28. Oktober 2013

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

Der Präsident: Fonjallaz

Der Gerichtsschreiber: Störi

Notizen: