

3/2026

www.zbjv.ch

Organ für schweizerische
Rechtspflege und Gesetzgebung

ZBJV

Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
Revue de la société des juristes bernois

162. Jahrgang
Erscheint jeden Monat
März 2026

Redaktoren
Prof. Dr. Jörg Schmid
Prof. Dr. Frédéric Krauskopf



Stämpfli
Verlag

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Einleitungstitel des ZGB in den Jahren 2018 bis 2021

Veröffentlicht in den Bänden 144 bis 147

Prof. Dr. iur. BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Freiburg*

Inhaltsverzeichnis

1. **Rechtsfindung (Art. 1 und 4 ZGB)**
 - 1.1 Gesetzesauslegung (Art. 1 Abs. 1 ZGB)
 - 1.1.1 Allgemeines
 - 1.1.2 Klassische Auslegungselemente im Einzelnen
 - 1.1.2.1 Grammatikalisches Element
 - 1.1.2.2 Historisches Element
 - 1.1.2.3 Systematisches Element
 - 1.1.2.4 Teleologisches Element
 - 1.1.3 Methodenpluralismus
 - 1.1.4 Spezielle Konstellationen
 - 1.1.5 Praxisänderung
 - 1.1.5.1 Voraussetzungen
 - 1.1.5.2 Verwaltungsrecht
 - 1.1.5.3 Zivil- und Zivilprozessrecht
 - 1.1.5.4 Strafrecht
 - 1.1.5.5 Sozialversicherungsrecht
 - 1.2 Echte Lücken (Art. 1 Abs. 2 ZGB)
 - 1.2.1 Allgemeines
 - 1.2.2 Bestehen einer echten Lücke
 - 1.2.3 Lückenfüllung
 - 1.3 Ermessensentscheide (Art. 4 ZGB)
 - 1.3.1 Allgemeines
 - 1.3.2 Personenrecht
 - 1.3.3 Familienrecht
 - 1.3.4 Auftragsrecht
 - 1.3.5 Urheberrecht
 - 1.3.6 Prozessrecht

* Für die Unterstützung bei der Erstellung dieses Berichts danke ich meiner Unterassistentin BLaw CINDY KAMM und meinem Unterassistenten BLaw SANDRO FURRER.

- 2. Das Gebot, sich im Rechtsleben loyal zu verhalten (Art. 2 ZGB)**
 - 2.1 Vorbemerkung
 - 2.2 Das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB)
 - 2.2.1 Auslegung von Willenserklärungen nach dem Vertrauensprinzip
 - 2.2.2 Grundsatz von Treu und Glauben im Prozess
 - 2.3 Das Verbot des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB)
 - 2.3.1 Allgemeines
 - 2.3.2 Zweckwidrige Rechtsausübung (Durchgriff)
 - 2.3.3 Venire contra factum proprium
 - 2.3.4 Weitere Fälle
- 3. Der Schutz des guten Glaubens (Art. 3 ZGB)**
- 4. Bundesprivatrecht und kantonales öffentliches Recht (Art. 6 ZGB)**
- 5. Beweisrecht (Art. 8 und 9 ZGB)**
 - 5.1 Allgemeine Bemerkungen zum Beweis
 - 5.2 Beweislastverteilung
 - 5.2.1 Im Allgemeinen
 - 5.2.2 Beweiserleichterung durch tatsächliche Vermutungen
 - 5.3 Beweismass
 - 5.4 Beweis mit öffentlicher Urkunde

Ziel der vorliegenden Erörterung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist nicht die Auflistung sämtlicher in der amtlichen Sammlung im Zusammenhang mit Art. 1 bis 9 ZGB publizierter Entscheide. Vielmehr geht es darum, der Leserschaft einen Überblick darüber zu geben, wie sich die Rechtsprechung in den einzelnen von den Einleitungsartikeln geregelten Bereichen entwickelt hat. Zu diesem Zweck werden die Hauptaussagen der ausgewählten Entscheide zusammengefasst und in eine Struktur eingeordnet, die der Leserschaft die Orientierung erleichtern soll. Urteile, die nach Einschätzung der Referentin von besonderem Interesse sind, werden ausführlicher wiedergegeben. Gewisse allgemeine (vor allem einführende) Aussagen finden sich bereits in den früher erschienenen Übersichten¹; die erneute Wiedergabe soll dem besseren Verständnis dienen.

¹ Vgl. BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, ZBJV 150 (2014), S. 555 ff., und ZBJV 155 (2019), S. 79 ff.

Keine Erwähnung finden Art. 5 ZGB zum Verhältnis zwischen Bundesprivatrecht und kantonalem Privatrecht sowie Art. 7 ZGB zur Frage der Einheit des Bundesprivatrechts, da diese Bestimmungen während der Berichtsperiode in den amtlich publizierten Entscheiden nicht behandelt worden sind.

1. Rechtsfindung (Art. 1 und 4 ZGB)

1.1 Gesetzesauslegung (Art. 1 Abs. 1 ZGB)

1.1.1 *Allgemeines*

1. Ausgangspunkt der Auslegung ist stets der Wortlaut der fraglichen Bestimmung. Das Bundesgericht verwendet in diesem Zusammenhang verschiedene Textbausteine, die sich inhaltlich unterscheiden:

- Nach einer auch in der Berichtsperiode häufig verwendeten Umschreibung weicht das Bundesgericht von einem klaren Wortlaut² nur dann ab, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Norm wiedergibt; solche Gründe können sich aus dem historischen, dem teleologischen oder dem systematischen Element ergeben (so etwa BGE 144 II 121 ff. [126], E. 3.4; 145 II 328 ff. [332 f.], E. 3.1; vgl. auch BGE 144 III 164 ff. [171], E. 3.5, wonach dem «klaren Wortlaut [...] gegenüber der wenig aussagekräftigen Gesetzgebungsgeschichte der Vorrang» gebührt; in diese Richtung auch BGE 144 I 281 ff. [298 ff.], E. 5.4.4 und 5.4.5³). In verschiedenen Entscheiden der Berichtsperiode hat das Bundesgericht durchaus Gründe gefunden, um vom klaren Wortlaut einer Norm abzuweichen (vgl. etwa BGE 146 II 134 ff. [137 ff.], E. 9 zu Art. 36a Abs. 3 GSchG⁴; BGE 147 I 103 ff. [115 ff.], E. 13 mit Bezug auf eine Norm des bernischen Polizeigesetzes).

2 Bisweilen ist auch von einem «klaren, d. h. eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut» die Rede (zum Beispiel BGE 144 II 121 ff. [126], E. 3.4; 144 V 327 ff. [331], E. 3; 146 IV 145 ff. [149], E. 2.5; ähnlich BGE 145 II 153 ff. [159], E. 4.3.1).

3 Eine Übersetzung des italienischsprachigen Entscheids findet sich in Pra 108 (2019), Nr. 85.

4 BG über den Schutz der Gewässer (Gewässerschutzgesetz, GSchG) vom 24. Januar 1991 (SR 814.20).

- Gemäss einem anderen Textbaustein muss das Gesetz «in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden» (vgl. statt vieler BGE 144 III 100 ff. [103], E. 5.2; 146 III 63 ff. [67], E. 4.4.1; 147 I 136 ff. [142], E. 2.3.2). Das Gericht hat also *in jedem Fall* sämtliche Auslegungselemente zu prüfen⁵ (instruktiv zum Beispiel BGE 145 II 153 ff. [159 ff.], E. 4.3.2–4.3.4: keine direkte Diskriminierung im Sinn von Art. 3 Abs. 1 GlG⁶ aufgrund der sexuellen Orientierung; BGE 146 IV 249 ff. [252 ff.], E. 1.3–1.4: Begriff der giftigen Gase nach Art. 224 und 225 StGB; BGE 145 III 133 ff. [136 ff.], E. 6: örtliche Zuständigkeit für die Kraftloserklärung einer Inhaberoobligation mit Grundpfandverschreibung; dazu auch unten Ziff. 1.1.2.4; BGE 145 III 499 ff. [502 ff.], E. 3.3: Gegenstand der Abtretung nach Art. 230a Abs. 1 SchKG bei Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven bei ausgeschlagener Erbschaft).
- Bedauerlicherweise verwendet das Bundesgericht in diesem Zusammenhang bisweilen nach wie vor einen Textbaustein, der ein Heranziehen der übrigen Auslegungselemente nur zu verlangen scheint, wenn der Wortlaut unklar ist, so etwa in BGE 144 II 121 ff. (126), E. 3.4: «Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente, namentlich von Sinn und Zweck sowie der dem Text zugrunde liegenden Wertung».⁷ Dies hindert das Bundesgericht aber nicht notwendigerweise daran, trotz eines klaren Wortlauts auch die übrigen Auslegungselemente zu prüfen (so etwa in

⁵ Vgl. zum Beispiel die Formulierung in BGE 147 III 419 ff. [424], E. 6.2: «Es [= das Bundesgericht] legt die Norm nach deren Wortlaut in den drei Amtssprachen, nach deren Entstehungsgeschichte, deren systematischer Stellung im Rahmen des Gesetzes sowie der massgebenden Rechtsprinzipien und nach deren Sinn und Zweck im Lichte der Verfassung und übergeordneter Rechtsgrundsätze aus.»

⁶ BG über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GlG) vom 24. März 1995 (SR 151.1).

⁷ Ein Beispiel für einen unklaren Wortlaut findet sich etwa in BGE 146 III 217 ff. Der Entscheid befasst sich mit Art. 681 Abs. 2 ZGB, dem zufolge ein gesetzliches Vorkaufsrecht entfällt, «wenn das Grundstück an eine Person veräussert wird, der ein Vorkaufsrecht im gleichen oder in einem vorderen Rang zusteht».

BGE 144 V 327 ff. [331 f.], E. 3 und 4.1–4.2;⁸ 145 V 2 ff. [7 ff.], E. 4.2 und 4.3.1). Mit Bezug auf das methodische Vorgehen zumindest missverständlich ist ausserdem die Aussage, das Bundesgericht stütze sich lediglich dann auf ein wörtliches Verständnis des Textes, wenn sich daraus eindeutig eine materiell gerechte Lösung («s'il en découle sans ambiguïté une solution matériellement juste») oder «zweifelsfrei die sachlich richtige Lösung» ergibt (vgl. etwa BGE 145 V 2 ff. [7], E. 4.1; 146 IV 249 ff. [252 f.], E. 1.3; 147 IV 385 ff. [387], E. 2.1; 147 V 35 ff. [45], E. 7.1).

- Nach einem weiteren Textbaustein kann «ferner» (also über die Gründe hinaus, die sich aus dem historischen, dem systematischen oder dem teleologischen Element ergeben können) vom klaren Wortlaut «abgewichen werden, wenn die grammatikalische Auslegung zu einem Ergebnis führt, das der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann» (vgl. etwa BGE 144 IV 97 ff. [106], E. 3.1.1; 145 IV 252 ff. [257], E. 1.6.1; 146 III 426 ff. [428 f.], E. 3.1). Nach einer anderen Formulierung «können die Entstehungsgeschichte der Bestimmung (historisch), ihr Zweck (teleologisch) oder der Zusammenhang mit anderen Vorschriften (systematisch)» Anlass für die Annahme sein, dass der Wortlaut der Norm nicht deren wahren Sinn wiedergibt, «so namentlich, wenn die grammatikalische Auslegung zu einem Ergebnis führt, das der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann» (vgl. etwa BGE 145 II 153 ff. [159], E. 4.3.1; 146 V 28 ff. [35], E. 4.2).

Diese Frage stellt (und verneint) das Bundesgericht etwa in *BGE 147 III 41 ff.*, in dem es sich damit beschäftigt, ob ein betriebener Schuldner auch im Fall eines erfolglosen Rechtsöffnungsverfahrens die Nichtbekanntgabe der Betreibung verlangen kann. Gemäss Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG geben die Betreibungs- und Konkursämter Dritten von einer Betreibung keine Kenntnis, wenn «der Schuldner nach Ablauf einer Frist von drei Monaten seit der Zustellung des Zahlungsbefehls ein entspre-

8 Vgl. dazu E. 4.2 des zitierten Entscheids: «Die Interpretation dieser Bestimmung anhand der Auslegungskriterien der Entstehungsgeschichte, des normspezifischen Zwecks und des Bedeutungszusammenhangs mit anderen Vorschriften führt somit zum klaren Ergebnis, dass der Wortlaut ihren wahren Sinn zum Ausdruck bringt.»

chendes Gesuch gestellt hat, sofern der Gläubiger nach Ablauf einer vom Betreibungsamt angesetzten Frist von 20 Tagen den Nachweis nicht erbringt, dass rechtzeitig ein Verfahren zur Beseitigung des Rechtsvorschlages (Art. 79–84) eingeleitet wurde; wird dieser Nachweis nachträglich erbracht oder wird die Betreuung fortgesetzt, wird sie Dritten wieder zur Kenntnis gebracht». Das Bundesgericht verneint, dass der Schuldner über den Wortlaut der Bestimmung hinaus auch im Fall eines erfolglosen Rechtsöffnungsverfahrens einen Anspruch auf Nichtbekanntgabe hat. Es führt dazu aus, dass der (klare) Wortlaut nicht zu einem Ergebnis führt, das der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann, und stützt sich dafür insbesondere auf die Materialien und den Zweck der Norm (E. 3.3 und 3.4.3). Methodisch überzeugt der Entscheid in zweierlei Hinsicht nicht: Das Bundesgericht hält einerseits fest, das «grund- oder aussichtslose Einreichen von Rechtsöffnungsbegehren» sei im Parlament kein Thema gewesen, ohne sich damit auseinanderzusetzen, ob das als qualifiziertes Schweigen zu verstehen ist oder ob eine echte Lücke vorliegt (zu diesen Begriffen unten 1.2.2).⁹ Darüber hinaus ergibt sich aus dem Entscheid nicht mit der erforderlichen Klarheit, worin der Zweck von Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG liegt.¹⁰ Sollte es um den Schutz der Kreditwürdigkeit eines zu Unrecht betriebenen Schuldners gehen, ist schwer einzusehen, warum das Einleiten eines Rechtsöffnungsverfahrens, auf welches das Gericht – wie in casu – gar nicht erst eintritt, verhindern können soll, dass der Schuldner mit Erfolg um Nichtbekanntgabe der Betreuung ersucht.¹¹

9 Für die Annahme einer Lücke CHRISTOF BERNAUER, Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 5A_656/2019 vom 22. Juni 2020 (zur Publikation vorgesehen), A. gegen B. GmbH, Nichtbekanntgabe einer Betreuung an Dritte, AJP 2020, S. 1214 ff. (1215).

10 Kritisch auch JAMES T. PETER, Recht zum Ausschluss des Einsichtsrechts gestützt auf Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG, BGE 147 III 41 vom 22. Juni 2020 sowie BGer 5A_927/2020 vom 23. August 2021, ZZZ 57/2022, S. 103 ff. (109 f.), wonach das Bundesgericht den Gesetzeszweck aus der «als gegeben vermuteten Gesetzesauslegung» ableitet.

11 Vgl. dazu auch STÉPHANE ABBET, A. c. B. S. à r. l. (recours en matière civile), 22 juin 2020; 5A_656/2019; ATF 147 III 41, JdT 2021 II, S. 136 ff. (143).

2. In verschiedenen Entscheiden beschränkt sich das Bundesgericht bei Vorliegen eines klaren Wortlauts darauf, die Entstehungsgeschichte beizuziehen, und verzichtet – wenn diese den Wortlaut stützt – implizit auf die Prüfung des teleologischen und systematischen Elements (vgl. etwa BGE 146 III 185 ff. [187 ff.], E. 4.1: Unzulässigkeit des gemeinsamen Verzichts auf das Schlichtungsverfahren bei Streitigkeiten mit einem Streitwert von unter CHF 100 000.– gemäss Art. 199 Abs. 1 ZPO; BGE 146 V 378 ff. [379 ff.], E. 3: kein Anspruch auf Betriebszulagen zusätzlich zur Mutterschaftsentschädigung bei Mutterschaft selbständig erwerbstätiger Frauen gemäss Art. 8 Abs. 1 i. V. m. Art. 16e Abs. 2 EOG¹²).

3. Bisweilen fällt die Prüfung einzelner Elemente denkbar knapp aus:

- So hält das Bundesgericht in *BGE 145 I 297 ff.* zunächst fest, keines der Auslegungselemente spreche dafür, dass Art. 129 ZPO¹³ den zweisprachigen Kantonen hinsichtlich der Verwendung ihrer Amtssprachen vor ihren Gerichtsbehörden verpflichtende Vorgaben mache, und beschränkt dann seine weiteren Ausführungen auf das grammatikalische Element («selon la lettre claire de cet article»; E. 2.5).
- Art. 80 Abs. 2 BPR¹⁴ sieht in seiner seit dem 1. Januar 2008 in Kraft stehenden Version die Beschwerde an das Bundesgericht gegen Verfügungen der Bundeskanzlei über das Nichtzustandekommen einer Volksinitiative oder eines Referendums vor. In der früheren Version war die Beschwerde zulässig «gegen Verfügungen der Bundeskanzlei über das Zustandekommen einer Volksinitiative oder eines Referendums»¹⁵. Das Bundesgericht kommt in *BGE 146 I 126 ff.* zum Schluss, nach geltendem Recht sei es aufgrund der Gesetzesänderung nicht mehr möglich, gegen Entscheide der Bundeskanzlei über das Zustandekommen eines Referendums mit Beschwerde an das Bundesgericht zu gelangen. Weder in der Botschaft noch in der Lehre finde sich

12 BG über den Erwerbsersatz (Erwerbsersatzgesetz, EOG) vom 25. September 1952 (SR 834.1).

13 Art. 129 ZPO wurde in der Zwischenzeit mit einem Abs. 2 ergänzt (in Kraft seit 1. Januar 2025). Der bisherige Text der Norm findet sich nunmehr in Abs. 1.

14 BG über die politischen Rechte (BPR) vom 17. Dezember 1976 (SR 161.1).

15 Vgl. AS 2006 1205 ff. (1244).

eine Erklärung für diese Änderung. Der Wortlaut der Bestimmung sei aber klar, und es lägen keine Gründe vor, die im Sinn der Rechtsprechung ein Abweichen vom klaren Wortlaut erlauben würden (E. 1.3).

1.1.2 *Klassische Auslegungselemente im Einzelnen*

Im Folgenden werden allgemeine Aussagen des Bundesgerichts zu den vier Auslegungselementen wiedergegeben und/oder Beispiele aufgeführt, in denen das jeweilige Element im Vordergrund steht.

1.1.2.1 *Grammatikalisches Element*

1. Nach dem soeben Gesagten müssen bei der Auslegung einer Norm – unabhängig davon, ob der Wortlaut klar ist oder nicht – sämtliche Auslegungselemente geprüft werden. Mit Bezug auf das grammatikalische Element ist insbesondere zu berücksichtigen, dass bei Erlassen die Fassungen in allen drei Amtssprachen gleichermassen verbindlich sind (Art. 14 Abs. 1 PubLG¹⁶). Damit sind bei der Auslegung einer Norm jeweils alle Versionen heranzuziehen (vgl. etwa BGE 147 III 419 ff. [424], E. 6.2). Die drei Fassungen können im konkreten Fall übereinstimmen, ohne eine klare Antwort auf die sich stellende Frage zu geben (zum Beispiel BGE 144 III 29 ff. [35], E. 4.4.2: Bedeutung des Ausdrucks «die tatsächlich geschuldeten Zinsen» [«intérêts effectivement dus»; «interessi effettivamente dovuti»] nach Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB mit Bezug auf den Umfang der Sicherung beim Schuldbrief). Es kommt aber immer wieder vor, dass zwischen den sprachlichen Versionen Diskrepanzen bestehen. In einem solchen Fall muss der «sachlich überzeugenderen Lösung» der Vorrang gegeben werden (BGE 145 IV 99 ff. [106], E. 1.3).

2. Auch für die Berichtsperiode zeigt sich, dass die Diskrepanzen nicht etwa – wie zu erwarten wäre – zwischen den romanischen Versionen auf der einen und der deutschen Fassung auf der anderen Seite auftreten; vielmehr stimmen häufig der deutsche und der italienische Wortlaut überein, während die französische Fassung etwas anderes sagt. Zu erwähnen sind namentlich folgende Entscheide:

16 BG über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz, PubLG) vom 18. Juni 2004 (SR 170.512).

- In *BGE 145 II 328 ff.* geht es um einen Fall aus dem *bäuerlichen Bodenrecht*. Art. 64 Abs. 1 lit. f BGBB¹⁷ sieht im Rahmen der Ausnahmen vom Prinzip der Selbstbewirtschaftung vor, dass einem Nichtselbstbewirtschafter die Bewilligung zum Erwerb eines landwirtschaftlichen Grundstücks oder Gewerbes erteilt wird, wenn trotz einer öffentlichen Ausschreibung zu einem nicht überhöhten Preis kein «Angebot» (französisch: «demande»; italienisch: «offerta») eines Selbstbewirtschafters vorliegt. Unklar ist, ob ein Angebot im Sinn der Art. 3 ff. OR vorliegen muss, wie die deutsche und die italienische Version vermuten lassen, oder ob es gestützt auf die französische Fassung genügt, wenn ein Selbstbewirtschafter sein Interesse am Kauf bekundet. Das historische Element hilft bei dieser Frage nicht weiter. Das Bundesgericht kommt mit Blick auf das teleologische Element (Stärkung der Position des Selbstbewirtschafters im Fall eines Verkaufs) zum Schluss, dass die französische Version den wahren Sinn der Norm wiedergibt. Ein interessierter Selbstbewirtschafter ist in diesem Stadium des Verfahrens nämlich gar nicht in der Lage, ein Angebot im Sinn der Art. 3 ff. OR zu unterbreiten, da ihm die dafür erforderlichen Informationen noch nicht vorliegen (E. 3).
- Um den *Beginn einer neuen Verjährungsfrist* dreht sich *BGE 147 III 419 ff.*: Wird die Verjährung durch Schlichtungsgesuch, Klage oder Einrede unterbrochen, beginnt die Verjährung nach Art. 138 Abs. 1 OR erneut zu laufen, «wenn der Rechtsstreit vor der befassen Instanz abgeschlossen ist» («lorsque la juridiction saisie clôt la procédure»; «se la lite è conclusa davanti all'autorità adita»). Gestützt auf die Ratio legis und im Einklang mit der französischen Fassung kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass der Abschluss des Rechtsstreits vor der befassen Instanz im Sinn dieser Norm dann eintritt, wenn der Instanzenzug ausgeschöpft ist. Der deutsch- bzw. der italienischsprachige Wortlaut, der sich auf die einzelne Instanz statt auf den ganzen Instanzenzug abstützt («vor der befassen Instanz»; «davanti all'autorità adita»), gibt damit nicht den wahren Sinn der Bestimmung wieder (E. 7.2–7.4).

17 BG über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB) vom 4. Oktober 1991 (SR 211.412.11).

- *BGE 145 IV 99 ff.* beschäftigt sich mit der *internationalen Rechtshilfe in Strafsachen*. Nach Art. 84 Abs. 1 BGG¹⁸ setzt die Beschwerde gegen einen Entscheid auf diesem Gebiet unter anderem voraus, dass es um einen besonders bedeutenden Fall geht. Ein solcher liegt nach Abs. 2 der Norm namentlich dann vor, «wenn Gründe für die Annahme bestehen, dass elementare Verfahrensgrundsätze verletzt worden sind oder das Verfahren im Ausland schwere Mängel aufweist» («laddove vi sono motivi per ritenere che sono stati violati elementari principi procedurali o che il procedimento all'estero presenta gravi lacune»). Der französische Wortlaut weicht davon ab, indem er auch die Verletzung elementarer Verfahrensgrundsätze nur bei Verfahren im Ausland berücksichtigt («lorsqu'il y a des raisons de supposer que la procédure à l'étranger viole des principes fondamentaux ou comporte d'autres vices graves»). Das Bundesgericht hat im Entscheid die Frage zu beantworten, ob ein besonders bedeutender Fall im Sinn von Art. 84 BGG auch dann vorliegen kann, wenn Anhaltspunkte für die Verletzung elementarer Verfahrensgrundsätze im schweizerischen Rechtshilfeverfahren gegeben sind. Aus den Materialien ergibt sich nicht klar, ob dem Parlament die Abweichung in der französischen Fassung bewusst war und der Nationalrat diese allenfalls hat anpassen wollen.¹⁹ Es «erschiene nur schwer einleuchtend, wieso das Bundesgericht zwar bei schweren Mängeln des ausländischen Verfahrens eingreifen können sollte, nicht aber bei Verletzungen von elementaren Verfahrensgrundsätzen, etwa des rechtlichen Gehörs, im schweizerischen Rechtshilfeverfahren». Zusätzlich verweist das Bundesgericht auf seine einschlägige Praxis, die in verschiedenen Nichteintretensentscheiden im Resultat davon ausgeht, dass die drohende Verletzung grundlegender Verfah-

18 BG über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) vom 17. Juni 2005 (SR 173.110).

19 Das Bundesgericht hält hierzu fest, das Protokoll der nationalrätlichen Beratung erwähne eine Änderung von Absatz 2, die «nur den französischen Text» betreffe (AB 2005 N 647). Hier ging es aber um einen anderen Punkt, in dem die französischsprachige Version von den anderen Sprachversionen abwich. So wurde die im Ständerat verabschiedete Formulierung «lorsque la procédure à l'étranger ...» (AB 2005 S 136) durch «lorsque des motifs existent, qui permettent d'admettre que la procédure à l'étranger ...» ersetzt.

rensgrundsätze im schweizerischen Rechtshilfeverfahren unter Art. 84 Abs. 2 BGG fallen kann (E. 1.3). Im Ergebnis ist dem Entscheid zuzustimmen. In methodischer Hinsicht überzeugt er hingegen nicht, fehlen doch namentlich (zumindest explizite) Ausführungen zur Ratio legis.

- In *BGE 147 IV 47 ff.* geht es um die *Entschädigungspflicht der Privatklägerschaft* im Strafprozess. Konkret behandelt das Bundesgericht die Frage, ob die Privatklägerschaft – wie die antragstellende Person – im Fall eines Antragsdelikts gestützt auf Art. 432 Abs. 2 StPO²⁰ gegenüber der obsiegenden beschuldigten Person nur dann entschädigungspflichtig wird, wenn sie sich mutwillig oder grob fahrlässig verhalten hat. Der deutsch- und der italienischsprachige Wortlaut der Norm verneinen dies klar, wohingegen die französische Version keineswegs eindeutig ist. Das Bundesgericht zieht daraus ohne jede Ausführung zu den übrigen Auslegungselementen folgenden Schluss (E. 4.2.2): «Unter diesen Umständen ist der eindeutige Wortlaut der deutsch- und italienischsprachigen Fassungen von Art. 432 Abs. 2 StPO massgebend.»

1.1.2.2 Historisches Element

1. Gesetzesmaterialien sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung «zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen» (vgl. etwa *BGE 145 V 2 ff.* [6], E. 4.1; *146 V 74 ff.* [78], E. 5.1). Den Materialien kommt namentlich bei neueren Gesetzestexten eine besondere Stellung zu (vgl. statt vieler *BGE 144 I 242 ff.* [252], E. 3.1.2; *145 V 2 ff.* [6 und 9], E. 4.1 und 4.2.3). In methodischer Hinsicht zumindest missverständlich ist die Formulierung in *BGE 146 V 74 ff.*, wonach die gesetzssystematische, die geltungszeitliche und die teleologische Auslegung «am erhöhten Gewicht des entstehungszeitlichen Elements angesichts des sich aus den Materialien zu diesem an sich noch jungen Erlass klar ergebenden Willen des Gesetzgebers und der noch wenig veränderten Umstände nichts zu ändern» vermöchten (E. 5.4 in fine). Dadurch wird der (falsche) Eindruck erweckt, das historische Element gehe bei jüngeren

20 Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO) vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0).

Erlassen den übrigen Elementen in jedem Fall vor (zum «pragmatischen Methodenpluralismus» des Bundesgerichts vgl. unten 1.1.3).

2. Das strafrechtliche Legalitätsprinzip kann unter Umständen dazu führen, dass das historische Element keine Berücksichtigung findet. Das Bestimmtheitsgebot als Teilgehalt des Legalitätsprinzips verlangt, dass Straftatbestände hinreichend genau umschrieben sind («nulla poena sine lege certa»). Gemäss *BGE 144 I 242 ff.* wollte der Bundesrat bei der im Rahmen der *Via sicura* vorgenommenen Neuregelung von Art. 6 aOBG²¹ laut seiner Botschaft zwar auch juristische Personen als Fahrzeughalter bei geringfügigen Verstössen gegen die Strassenverkehrsordnung zur Verantwortung ziehen (Übertretungsbusse). Die Norm enthielt aber aufgrund ihres Wortlauts keine entsprechende ausdrückliche Rechtsgrundlage, die von den allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches abwich, wonach Art. 102 StGB über die Verantwortlichkeit von Unternehmen bei Übertretungen keine Anwendung findet (Art. 105 Abs. 1 StGB). Juristische Personen konnten demnach nicht für Übertretungen im Bereich des aOBG verurteilt werden (E. 3). Art. 7 Abs. 1 OBG²² sieht nunmehr die Strafbarkeit juristischer Personen als Fahrzeughalter explizit vor.

1.1.2.3 Systematisches Element

1. Das systematische Element ist gemäss *BGE 145 IV 268 ff.* ausschlaggebend mit Bezug auf die Frage, wie im Strafprozess die Entschädigung der Privatklägerschaft nach Art. 433 StPO zu verteilen ist, wenn mehrere beschuldigte Personen beteiligt sind. Konkret hat das Bundesgericht zu entscheiden, ob das Gericht für den Fall, dass es die Verfahrenskosten gestützt auf Art. 418 Abs. 1 StPO anteilmässig auf die beteiligten Personen verteilt, die angemessene Entschädigung der Privatklägerschaft für notwendige Aufwendungen gemäss Art. 433 Abs. 1 StPO im gleichen Verhältnis unter ihnen aufteilen muss. Art. 418 Abs. 1 StPO regelt die Aufteilung bei Beteiligung mehrerer Personen und spricht lediglich von den «Kosten» («frais»; «spese»). Die Norm steht im 1. Kapitel «Allgemeine Bestimmungen»

21 Ordnungsbussengesetz (OBG) vom 24. Juni 1970 (SR 741.03; nicht mehr in Kraft).

22 Ordnungsbussengesetz (OBG) vom 18. März 2016 (SR 314.1), in Kraft seit dem 1. Januar 2020. Die Ausdehnung der Strafbarkeit auf juristische Personen erfolgte auf den 1. Oktober 2023 (AS 2023 453).

des 10. Titels «Verfahrenskosten, Entschädigung und Genugtuung». Damit spricht aus systematischer Sicht nichts dagegen, neben den Verfahrenskosten auch die Entschädigung unter Art. 418 StPO zu subsumieren. Über die Entschädigung ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Anschluss an die Verfahrenskosten zu entscheiden. Verteilt das Gericht die Verfahrenskosten gestützt auf Art. 418 Abs. 1 StPO anteilmässig auf die beschuldigten Personen, ist diesen – in Auslegung von Art. 418 StPO anhand der Systematik des Gesetzes – die Entschädigung im gleichen Verhältnis aufzuerlegen (E. 1.2).

2. Unter dem Gesichtspunkt der Systematik ist auch die Übereinstimmung einer Norm mit übergeordnetem Recht zu beachten.²³ Bleiben mehrere Auslegungen einer bundesrechtlichen Gesetzesnorm möglich, ist nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung jene zu wählen, die der Verfassung am ehesten entspricht (vgl. etwa BGE 144 III 54 ff. [57 f.], E. 4.1.3.1; als Beispiel einer verfassungskonformen Auslegung vgl. BGE 145 IV 404 ff. bezüglich Art. 66a Abs. 1 lit. d StGB über die obligatorische Landesverweisung bei Diebstahl in Verbindung mit Hausfriedensbruch). Die verfassungskonforme Auslegung findet ihre Grenze allerdings «im klaren Wortlaut und Sinn» einer Norm (BGE 144 V 333 ff. [344], E. 10.1 in fine; 145 III 63 ff. [65], E. 2.1). Ein Abweichen von einem klar dokumentierten gesetzgeberischen Willen würde den Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung ebenfalls sprengen (BGE 146 V 378 ff. [379 f.], E. 3).

Die verfassungskonforme Auslegung *kantonal*er Normen wird als zulässig angesehen, sofern die betreffende Bestimmung «eine Lücke oder eine Unbestimmtheit» enthält; die Auslegung erfolgt ausgehend vom Wortlaut nach den üblichen Regeln, wobei auch hier der klare und eindeutige Wortsinn die Grenze der verfassungskonformen Auslegung darstellt (BGE 146 I 62 ff. [65], E. 4). Die verfassungskonforme Auslegung einer kantonalen Norm fällt ausser Betracht, wenn damit der klar zum Ausdruck gebrachte gesetzgeberische Wille grundlegend missachtet würde; in diesem Fall ist die betroffene Bestimmung aufzuheben (BGE 147 I 103 ff. [123 f. und 126], E. 14.4.3.1 und 14.5 mit Bezug auf eine Norm des bernischen Polizeigesetzes: Verstoss gegen Art. 13 BV und Art. 8 EMRK).

23 Vgl. etwa BETTINA HÜRLIMANN-KAUP/JÖRG SCHMID, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2024, Nr. 143.

1.1.2.4 Teleologisches Element

In der Berichtsperiode steht das teleologische Element etwa bei folgenden Entscheiden im Vordergrund:

- Für die *Zulassung zum Anwaltspraktikum* setzt Art. 7 Abs. 3 BGFA²⁴ den «Abschluss eines juristischen Studiums mit dem Bachelor» voraus. Das Bundesgericht kommt in *BGE 146 II 309 ff.* gestützt auf den Zweck der Norm zum Schluss, dass damit ein Bachelor im schweizerischen Recht gemeint ist, weil nur so sichergestellt werden kann, dass die Anwaltspraktikanten über ausreichende Grundkenntnisse verfügen, um ihre Tätigkeit ausüben zu können. Ein Master im schweizerischen Recht genügt damit für sich allein nicht (E. 4.4.4 und 4.4.5).
- Gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. d und e ZPO muss eine *Zivilklage* die Tatsachenbehauptungen und die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen enthalten. Gemäss *BGE 144 III 54 ff.* soll diese Regelung einerseits dem Gericht erlauben, den Gegenstand des Verfahrens und die Tatsachen, auf die der Kläger seine Ansprüche stützt, nachzuvollziehen und festzustellen, welche Beweismittel für welche Tatsachen angeboten werden. Andererseits soll sie der Gegenpartei ermöglichen, sich zu diesen zu äussern und Gegenbeweise vorzulegen. Aus dem Zweck der Norm ergibt sich somit, dass es von den Umständen und der Komplexität des Einzelfalls abhängt, wie ausführlich die Tatsachenbehauptungen in der Klage dargestellt werden müssen (E. 4.1.3.3 und 4.1.3.5).
- Für die *Kraftloserklärung von Grundpfandtiteln* sieht Art. 43 ZPO zwingend den Gerichtsstand am Ort der gelegenen Sache vor (Abs. 2); für die Kraftloserklärung der «übrigen» Wertpapiere ist das Gericht am Wohnsitz oder am Sitz des Schuldners zwingend zuständig (Abs. 3). In *BGE 145 III 133 ff.* stellt sich dem Bundesgericht die Frage, unter welchen der beiden Absätze die im ZGB nicht vorgesehene, aber gewohnheitsrechtlich anerkannte Inhaberobligation mit Grundpfandverschreibung fällt. Bei dieser wird ein Schuldbekenntnis, das eine Forderung bekräftigt, in die Form eines Wertpapiers gekleidet und mit einer Grundpfand-

24 BG über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA) vom 23. Juni 2000 (SR 935.61).

- verschreibung sichergestellt. Im rechtstechnischen Sinn handelt es sich nicht um einen Grundpfandtitel, da das Grundpfandrecht – anders als beim Schuldbrief – nicht im Wertpapier verkörpert ist. Dennoch ist die Inhaberoobligation mit Grundpfandverschreibung unter Art. 43 Abs. 2 ZPO zu subsumieren. Die Zuweisung der örtlichen Zuständigkeit für die Kraftloserklärung von Grundpfandtiteln an das Gericht des Ortes, an dem das Grundstück im Grundbuch aufgenommen ist, liegt nämlich in der Sachnähe dieses Gerichts begründet. Die Vertrautheit mit den örtlichen Begebenheiten steht beim Institut der Inhaberoobligation mit Grundpfandverschreibung noch stärker im Vordergrund als beim Schuldbrief, weil es nicht in der ganzen Schweiz verbreitet ist. Es rechtfertigt sich deshalb, den Begriff «Grundpfandtitel» nicht rein sachenrechtlich zu verstehen, sondern ihn anhand des Zwecks der prozessrechtlichen Norm auszulegen (E. 6, insbesondere 6.6).
- *Anspruch auf eine Witwen- und Witwerrente* haben gemäss Art. 23 AHVG²⁵ Witwen oder Witwer, wenn sie im Zeitpunkt der Verwitwung Kinder haben (Abs. 1). Mit der Wiederverheiratung erlischt der Anspruch (Abs. 4 lit. a); er lebt wieder auf, wenn die neue Ehe geschieden oder für ungültig erklärt wird (Abs. 5). In *BGE 147 V 297 ff.* geht es um die Frage, ob die Witwen- oder Witwerrente nur nach Auflösung der zweiten Ehe wiederaufleben kann oder auch bei Scheidung oder Ungültigerklärung weiterer eingegangener Ehen. Durch das Wiederaufleben der Rente soll der verwitwete Partner zusätzlich finanziell abgesichert werden. Daraus lässt sich nach Ansicht des Bundesgerichts allerdings nicht ableiten, die Möglichkeit des Wiederauflebens müsse unbegrenzt gegeben sein. Das Bundesgericht stellt zunächst in Frage, ob das Wiederaufleben nach Auflösung der zweiten Ehe in Anbetracht des Umstands, dass der zweite Ehegatte den Verlust des bisherigen Unterhaltsanspruchs nicht auszugleichen hat, überhaupt folgerichtig ist. Indem der Gesetzgeber dennoch ein Wiederaufleben vorsah, hat er sich erheblich vom Unterhaltsrecht entfernt. Ein Wiederaufleben des Rentenanspruchs aus erster Ehe lässt sich gemäss Bundesgericht bereits bei Auflösung der zweiten Ehe dogmatisch kaum rechtfertigen.

25 BG über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) vom 20. Dezember 1946 (SR 831.10).

Sinn und Zweck der Norm erlauben damit «erst recht keine ausdehnende Auslegung im Sinne eines Wiederauflebens des Witwen- oder Witwerrentenanspruchs auch nach Auflösung der dritten, vierten etc. Ehe» (E. 6.5, insbesondere 6.5.4). Diese Erwägungen erstaunen, da sie einen Entscheid des Gesetzgebers in Frage stellen und dessen Wirkung beschränken.

1.1.3 *Methodenpluralismus*

1. Ergeben sich aus den klassischen Auslegungselementen im konkreten Fall unterschiedliche Resultate, muss entschieden werden, welches Element den wahren Sinn der Norm wiedergibt und damit Vorrang hat. Das Bundesgericht folgt hierfür nach wie vor einem «pragmatischen Methodenpluralismus» (vgl. etwa BGE 145 V 2 ff. [6 f.], E. 4.1; 146 IV 249 ff. [253], E. 1.3) und lehnt es in konstanter Rechtsprechung ab, «die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen» (statt vieler BGE 146 III 217 ff. [219], E. 5; 146 V 51 ff. [63], E. 8.1; 147 IV 385 ff. [387], E. 2.1). Das zeigt sich in der Berichtsperiode etwa in folgenden Entscheiden, die alle zur StPO ergangen sind:

- Mit dem historischen und dem teleologischen Element begründet das Bundesgericht in *BGE 144 IV 240 ff.*, warum der in Art. 104 Abs. 2 StPO (Parteistellung von «weiteren» Behörden im Strafverfahren) verwendete Begriff der Behörden im Grundsatz eng verstanden werden muss. Aus dem systematischen Element, das grundsätzlich für einen weiten Behördenbegriff spricht, leitet es hingegen ab, dass es nicht darauf ankommen kann, ob die fragliche Organisation öffentlich- oder privatrechtlich organisiert ist (E. 2.4–2.5).
- Bei der Auslegung von Art. 255 Abs. 1 lit. a StPO kommt gemäss *BGE 145 IV 263 ff.* dem teleologischen Element entscheidende Bedeutung zu. Gemäss dem Wortlaut der Norm kann von der beschuldigten Person zur «Aufklärung des Verbrechens oder Vergehens, das Gegenstand des Verfahrens bildet, [...] eine Probe genommen und ein DNA-Profil erstellt werden». Daraus liesse sich ableiten, dieses Vorgehen sei nur zulässig, um schon begangene und den Strafverfolgungsbehörden bereits bekannte Straftaten aufzuklären. Aus der Ratio legis ergibt sich aber, dass die Erstellung eines DNA-Profiles den Strafverfolgungsbehörden

auch die Möglichkeit geben muss, ihnen noch unbekannte Täter zu identifizieren (E. 3.3; Bestätigung der Rechtsprechung).

- Art. 406 StPO sieht für das Berufungsverfahren unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit eines schriftlichen Verfahrens vor. Nach Abs. 2 der Norm kann die Verfahrensleitung mit dem Einverständnis der Parteien das schriftliche Verfahren anordnen, wenn (a.) die Anwesenheit der beschuldigten Person nicht erforderlich ist und wenn (b.) die Urteile eines Einzelgerichts Gegenstand der Berufung sind. Das Bundesgericht hat in *BGE 147 IV 127 ff.* zu entscheiden, ob diese beiden Voraussetzungen kumulativ oder alternativ zu verstehen sind. Während die Botschaft von einer alternativen Anwendung auszugehen scheint, spricht sich das Bundesgericht für die Kumulation aus. Es begründet dies einerseits damit, dass es schwer vorstellbar wäre, ein schriftliches Verfahren durchzuführen, obwohl es der Anwesenheit der beschuldigten Person bedarf. Andererseits entspricht ein enger Anwendungsbereich der Norm der gesetzlichen Konzeption des Berufungsverfahrens, wonach das schriftliche Verfahren die Ausnahme darstellt.²⁶

1.1.4 *Spezielle Konstellationen*

1. Überführt die Schweiz Recht der Europäischen Union in ihre Rechtsordnung, weil sie die schweizerische Regelung nach Möglichkeit dem EU-Recht angleichen möchte, müssen die parallelen Normen harmonisiert ausgelegt und angewendet werden (BGE 144 III 285 ff. [291], E. 2.2.2 [zu diesem Entscheid auch unten 1.1.5.3]; vgl. ausserdem BGE 146 II 265 ff. [273], E. 5.2.3 mit Blick auf die in Art. 12 PrSG²⁷ festgeschriebene Schweigepflicht der Vollzugsorgane). Damit ist die Praxis des EuGH zu den entsprechenden EU-Normen zu berücksichtigen, sofern sie im Rahmen dessen liegt, was der schweizerische Gesetzgeber mit dem autonomen Nachvollzug bezweckte (BGE 144 III 285 ff., a. a. O.; zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf die schweizerische Umsetzungsgesetzgebung zum Schengenabkommen vgl. BGE 146 II 201 ff. [209 f.], E. 4.2).

²⁶ Zur Bedeutung des Zwecks eines Rechtsinstituts, das innerhalb eines Gesetzes in einem Komplex von Regeln umschrieben wird, für die Ermittlung des Zwecks einer in diesem Komplex enthaltenen Einzelregel vgl. PAUL-HENRI STEINAUER, *Le Titre préliminaire du Code civil*, SPR II/1, Basel 2009, Nr. 304.

²⁷ BG über die Produktesicherheit (PrSG) vom 12. Juni 2009 (SR 930.11).

2. Der in Art. 13 Abs. 1 BV gewährleistete Anspruch jeder Person auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens entspricht materiell der Garantie von Art. 8 EMRK. Die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK kann deshalb herangezogen werden, um den Schutzbereich von Art. 13 Abs. 1 BV auszulegen (BGE 146 I 20 ff. [26 und 28], E. 5.1 und 5.3).

1.1.5 Praxisänderung

1.1.5.1 Voraussetzungen

1. Das Bundesgericht hält in konstanter Rechtsprechung fest, dass eine Praxisänderung nur aufgrund ernsthafter sachlicher Gründe vorzunehmen ist, wenn sich die neue Lösung aufgrund besserer Erkenntnis der Ratio legis, veränderter äusserer Verhältnisse oder gewandelter Rechtsanschauung aufdrängt; die Gründe müssen, namentlich im Interesse der Rechtssicherheit, umso gewichtiger sein, je länger die bisherige Rechtsanwendung Bestand gehabt hat (vgl. etwa BGE 144 I 181 ff. [190], E. 5.3.1; 145 I 227 ff. [232], E. 4; 145 V 50 ff. [54 f.], E. 4.3.1; 145 V 200 ff. [206], E. 4.5.3; 146 III 441 ff. [445], E. 2.3; vgl. auch BGE 147 III 402 ff. [408 f.], E. 5.3.4, in dem das Bundesgericht bei einer bereits seit über 62 Jahren bestehenden Rechtsprechung «sehr» gewichtige Gründe verlangt). Insbesondere kann die genauere oder vollständigere Kenntnis des gesetzgeberischen Willens eine Praxisänderung rechtfertigen (vgl. etwa BGE 144 IV 265 ff. [269], E. 2.2; 146 IV 126 ff. [130], E. 3). Damit ist es dem Bundesgericht aber auch verwehrt, einer Ausgestaltung des Gesetzes, die der Gesetzgeber zu Gunsten anderer Lösungsansätze nicht weiterverfolgt hat, über eine Änderung der Rechtsprechung zum Durchbruch zu verhelfen (BGE 145 V 50 ff. [56], E. 4.3.2 bezüglich der Umqualifizierung von Dividenden in AHV-pflichtigen Lohn). Hat der Gesetzgeber eine Norm unter Berücksichtigung der daraus resultierenden Auswirkungen aufgehoben und eine neue Regelung erlassen, führt der Umstand, dass das nunmehr geltende Recht nicht in jeder Hinsicht zufriedenstellend ist, nicht zu einem besseren Verständnis der Ratio legis, das eine Änderung der *nach* Inkrafttreten der Revision ergangenen Rechtsprechung rechtfertigen würde (BGE 147 V 133 ff. [145 f.], E. 5.4.2 bezüglich der Neufestlegung des Rentenbetrags infolge einer Änderung des Invaliditätsgrads). Hat das Bundesgericht erst wenige Monate zuvor (in einer unpublizierten Erwägung) hinsichtlich einer wiederholt bestätigten Rechtsprechung entschieden,

dass kein ernsthafter Grund für eine Praxisänderung vorliegt, besteht grundsätzlich kein Anlass, diese Frage erneut zu prüfen, zumal sich die Rechtsanschauung innerhalb eines derart kurzen Zeitraums offensichtlich nicht verändert hat (BGE 147 IV 274 ff. [282], E. 1.6).

Das Bundesgericht folgt den genannten Anforderungen an eine Praxisänderung primär mit Bezug auf seine eigene Rechtsprechung. Es schützt die Rechtsuchenden darüber hinaus aber auch vor ungerechtfertigten Praxisänderungen kantonaler Instanzen zu kantonalem Recht. Ein Anspruch auf Befolgung der Praxis einer untergeordneten Instanz in Fällen, in denen das Bundesgericht die sich stellende Rechtsfrage frei überprüfen kann, besteht hingegen nicht, da es seine Aufgabe ist, die richtige und einheitliche Auslegung und Anwendung von Bundes- und Völkerrecht sicherzustellen (BGE 146 I 105 ff. [111 f.], E. 5.2.2; vgl. zur Überprüfung der Zulässigkeit der Änderung der Praxis einer kantonalen Behörde zu kantonalem Recht auch BGE 144 I 181 ff. [190 f.], E. 5.3 [Voraussetzungen für eine Praxisänderung in casu erfüllt]).

2. Weicht eine Behörde von ihrer eigenen Praxis oder von derjenigen einer übergeordneten Instanz ab, ohne dass die genannten Voraussetzungen für eine Praxisänderung erfüllt sind, kommt es zu einem Konflikt mit dem Gleichbehandlungsgebot (Art. 8 BV) und dem Postulat der Rechtssicherheit (BGE 146 I 105 ff. [111], E. 5.2.2).

3. Betrifft eine Praxisänderung Fragen der Zulässigkeit eines Rechtsmittels (insbesondere hinsichtlich der Berechnung von Rechtsmittelfristen), ist sie nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung vorher anzukündigen. Es würde gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen, einer Person, die der bis anhin hinsichtlich einer Frist- oder Formvorschrift bestehenden Praxis gefolgt ist, eine ohne Vorankündigung erfolgte Praxisänderung entgegenzuhalten. Ein allgemeiner Vertrauensschutz gegen Änderungen der *materiellen* Praxis besteht hingegen nicht (BGE 146 I 105 ff. [111], E. 5.2.1).

4. In verschiedenen Entscheiden der Berichtsperiode sieht das Bundesgericht die Voraussetzungen für eine Praxisänderung nicht als erfüllt an:

- Nach ständiger Rechtsprechung tritt das Bundesgericht auf ein *Gesuch um Familiennachzug* gestützt auf Art. 8 EMRK nicht ein, wenn das betroffene Kind während der Dauer des Verfahrens (und damit vor dem Entscheid über den mutmasslichen Aufenthaltsan-

spruch) volljährig geworden ist; vorbehalten bleibt der Fall, dass das volljährige Kind von seinen Eltern abhängig ist, zum Beispiel aufgrund einer Behinderung. Ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, das sich gegen diese Praxis ausgesprochen hat, bietet dem Bundesgericht in *BGE 145 I 227 ff.* Anlass, sich mit deren Berechtigung auseinanderzusetzen. Es kommt zum Schluss, dass es keine neuen objektiven Elemente gibt, die eine Praxisänderung rechtfertigen würden (E. 6.7). Im Gegensatz zum Bundesverwaltungsgericht verneint es insbesondere das Bestehen einer der bisherigen bundesgerichtlichen Praxis entgegenstehenden gefestigten Rechtsprechung des EGMR (E. 6.4–6.6). Ob Situationen denkbar sind, in denen sich die Anwendung der geschilderten Praxis nicht rechtfertigt, lässt das Bundesgericht offen (E. 6.8).

- In *BGE 144 III 235 ff.* bestätigt das Bundesgericht seinen noch vor Inkrafttreten der ZPO ergangenen Grundsatzentscheid *BGE 136 III 467 ff.* zur *Schiedsfähigkeit arbeitsrechtlicher Ansprüche*. Nach diesem Entscheid muss sich ein Arbeitnehmer eine Schiedsklausel nicht entgegenhalten lassen, soweit er Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag geltend macht, die von Art. 341 Abs. 1 OR geschützt werden und auf die er nicht rechtsgültig verzichten kann. Die Frage nach der freien Verfügbarkeit eines arbeitsrechtlichen Anspruchs ist auch nach Inkrafttreten des nunmehr einschlägigen Art. 354 ZPO nach denselben Grundsätzen zu beurteilen, weshalb die bisherige Rechtsprechung zu beachten ist. Obwohl der Grundsatzentscheid mehrheitlich auf Kritik gestossen ist, lehnt das Bundesgericht es ab, eine Praxisänderung in dem Sinn vorzunehmen, dass sämtliche Forderungen des Arbeitnehmers schiedsfähig sind. Insbesondere in Anbetracht der Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers und des Verzichts des Gesetzgebers, die Schiedsfähigkeit arbeitsrechtlicher Ansprüche im Vergleich zur Rechtslage vor Inkrafttreten der ZPO auszuweiten, sieht es die Voraussetzungen für eine Praxisänderung nicht als erfüllt an (E. 2.2 und 2.3).
- Art. 340 Abs. 1 OR räumt dem Arbeitnehmer die Möglichkeit ein, sich gegenüber seinem Arbeitgeber schriftlich zur Unterlassung jeder konkurrenzierenden Tätigkeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu verpflichten. Gemäss Art. 340a Abs. 1 OR muss das *Konkurrenzverbot* nach Ort, Zeit und Gegenstand angemessen begrenzt werden; als objektiv wesentlicher Vertragspunkt ist der

Umfang des Konkurrenzverbots vom Erfordernis der Schriftform erfasst. Nach bisheriger Rechtsprechung ist das schriftlich vereinbarte Verbot «jeder konkurrenzierenden Tätigkeit» in gegenständlicher Hinsicht genügend bestimmt oder zumindest anhand der allgemeinen Auslegungsmethoden hinreichend bestimmbar und damit formgültig. Es liegen gemäss *BGE 145 III 365 ff.* keine gewichtigen Gründe vor, die Praxis dahingehend zu verschärfen, dass die verbotenen Tätigkeiten konkret umschrieben werden müssten, um dem Bestimmtheitsgebot zu genügen (E. 3).

- In *BGE 146 III 362 ff.* geht es um die Auslegung von Art. 75 Abs. 2 ATSG²⁸, der ein *Haftungsprivileg des Arbeitgebers* gegenüber dem Sozialversicherer im Fall eines Berufsunfalls vorsieht. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung (*BGE 143 III 79 ff.*) ist der nicht privilegierte Haftpflichtige dem regressierenden Sozialversicherer nur insoweit zur Erstattung verpflichtet, als er im Innenverhältnis mit dem Arbeitgeber als privilegiertem Haftpflichtigen den Schaden übernehmen müsste, wenn kein Regressprivileg gemäss Art. 75 Abs. 2 ATSG bestände. Die Beschwerde führenden Sozialversicherer machen eine bessere Erkenntnis der Ratio legis und ein qualifiziertes Schweigen (dazu unten 1.2.2) des Gesetzgebers geltend, nach dessen Intention mit der in Art. 72 Abs. 2 ATSG vorgesehenen Solidarhaftung die Stellung der Sozialversicherer habe gestärkt werden sollen; gestützt darauf verlangen sie eine Praxisänderung. Das Bundesgericht erkennt keine Anhaltspunkte für ein qualifiziertes Schweigen. Zwar sollten durch die Einführung der Solidarität die Sozialversicherer tatsächlich gestärkt werden. Daraus lässt sich aber nicht der weiter gehende Schluss ziehen, der Gesetzgeber habe beim Rückgriff auf den nicht privilegierten Haftpflichtigen, der seinerseits aufgrund des Haftungsprivilegs keinen Regress auf den privilegierten Schadenverursacher nehmen kann, im Sinn eines qualifizierten Schweigens immer die für den Sozialversicherer günstigere Lösung bevorzugen wollen. Die kritisierte Rechtsprechung entspricht dem Grundprinzip, dass die Subrogation des Sozialversicherers die Rechtsposition der nicht privilegierten haftpflichtigen Person unberührt lässt. Die Annahme, der Gesetzgeber habe von diesem Grundprinzip, ohne

28 BG über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 (SR 830.1).

es anzusprechen, im Rahmen eines qualifizierten Schweigens abweichen wollen, vermag das Bundesgericht nicht zu überzeugen (E. 3.1–3.4).

- Nach einer langjährigen Rechtsprechung ist der *Versorgungsschaden* (Art. 45 Abs. 3 OR) abstrakt durch Kapitalisierung auf den Zeitpunkt des Todes des Versorgers zu berechnen (einphasige Berechnung), womit sich die Kalkulation von derjenigen des Invaliditätsschadens unterscheidet, bei welcher der vergangene Schaden bis zum Urteilstag konkret und der zukünftige Schaden abstrakt berechnet wird (zweiphasige Berechnung). Für das Bundesgericht bestehen gemäss *BGE 147 III 402 ff.* keine hinreichend gewichtigen Gründe, die bestehende Praxis zum Versorgungsschaden hin zu einer zweiphasigen Berechnung zu ändern. Insbesondere gibt es auf Seiten der Doktrin keine (praktisch) einhellige Kritik an der einphasigen Berechnung, weshalb sich das Bundesgericht nicht veranlasst sieht, «in deren Licht seine Praxis zu überdenken». Ausserdem lagen die Kritikpunkte bereits vor, als das Bundesgericht seine Praxis wiederholt bestätigte (E. 5.3.4.1).
- In *BGE 144 IV 265 ff.* hält das Bundesgericht trotz verbreiteter Kritik in der Lehre an seiner Rechtsprechung fest, wonach die *Handlung eines Anstifters oder eines Gehilfen* wegen ihrer Akzessorietät zur Haupttat keinen selbständigen Anknüpfungspunkt zur Bestimmung des Begehungsorts im Sinn der Art. 3 und 8 StGB begründet. Wird die Haupttat ausschliesslich im Ausland verübt, fehlt es deshalb für eine in der Schweiz begangene Anstiftung oder Gehilfenschaft an einer schweizerischen Strafhoheit. Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass die bisherige Rechtsprechung dem Willen des Gesetzgebers entspricht und eine Änderung dem Legalitätssprinzip widersprechen würde (E. 2.5–2.9).
- Nach einer mehrfach bestätigten Rechtsprechung ist eine gestützt auf Art. 70 VStrR²⁹ erlassene *Strafverfügung* einem erstinstanzlichen Urteil im Sinn von Art. 97 Abs. 3 StGB gleichzusetzen, da der beschuldigten Person im Verwaltungsstrafverfahren weitgehende Mitwirkungsrechte eingeräumt werden. Der Umstand, dass ein Abwesenheitsurteil im Sinn von Art. 366 ff. StPO gemäss *BGE 146 IV 59 ff.* entgegen einem vor Inkrafttreten der StPO ergangenen Entscheid nicht als erstinstanzliches Urteil gemäss

29 BG über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) vom 22. März 1974 (SR 313.0).

Art. 97 Abs. 3 StGB gilt, wenn es zu einem späteren Zeitpunkt durch ein neues Urteil ersetzt wird, bringt das Bundesgericht in *BGE 147 IV 274 ff.* nicht dazu, seine Rechtsprechung zu Art. 70 VStrR zu ändern. Bei einem Verfahren in Abwesenheit sind die Mitwirkungsrechte der beschuldigten Person nämlich – anders als im Fall von Art. 70 VStrR – offensichtlich eingeschränkt. Darüber hinaus erklärt sich die neue Rechtsprechung hinsichtlich des Abwesenheitsurteils mit dem Inkrafttreten der StPO (namentlich von Art. 368 Abs. 3), wodurch die Gründe für die bisherige Rechtsprechung hinfällig geworden sind (E. 1.7).

- Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann auch bei selbstverschuldeter Bedürftigkeit ein *Anspruch auf Ergänzungsleistungen* bestehen. Der blosse Umstand, dass die fehlende Sanktionierung eines verschwenderischen Vermögensverzehr bei der Bemessung der Ergänzungsleistungen zunehmend als stossend empfunden wird, genügt gemäss *BGE 146 V 306 ff.* unter dem Blickwinkel der Rechtssicherheit nicht, um eine Praxisänderung zu rechtfertigen (E. 2.6.2).³⁰
- Vgl. ausserdem *BGE 144 III 175 ff.* (177 ff.), E. 2 und 3 zu Art. 27 LugÜ³¹: Massgeblichkeit des nationalen Verfahrensrechts für die Frage, ob eine negative Feststellungsklage ein besonderes Rechtsschutzinteresse voraussetzt; *BGE 147 II 13 ff.* (17 ff.), E. 3.1–3.6: persönliche Dimension des Spezialitätsprinzips im Zusammenhang mit der Steueramtshilfe nach DBA CH-US³² und vergleichbarer Bestimmungen anderer Doppelbesteuerungsabkommen.

30 Der Entscheid ist vor Inkrafttreten von Art. 11a des BG über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG) vom 6. Oktober 2006 (SR 831.30) über die Anrechnung von Einkünften und Vermögenswerten im Fall eines Vermögensverzichts ergangen. Abs. 3 der seit dem 1. Januar 2021 in Kraft stehenden Norm geht auch dann von einem Vermögensverzicht aus, wenn ab der Entstehung des Anspruchs auf eine Hinterlassenenrente der AHV beziehungsweise auf eine Rente der IV pro Jahr mehr als 10% des Vermögens verbraucht wurden, ohne dass ein wichtiger Grund dafür vorliegt.

31 Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ) vom 30. Oktober 2007 (SR 0.275.12).

32 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen vom 2. Oktober 1996 (SR 0.672.933.61).

5. Im Folgenden werden die wichtigsten Entscheide der Berichtsperiode, in der eine Praxisänderung erfolgt, nach Rechtsgebieten geordnet aufgeführt. Vorwegzunehmen ist, dass das Bundesgericht die Änderung in den allermeisten Fällen mit einer besseren Erkenntnis der Ratio legis begründet.

1.1.5.2 Verwaltungsrecht

In *BGE 145 II 270 ff.* weitet das Bundesgericht unter Hinweis auf eine bessere Erkenntnis der Ratio legis und in Bestätigung der Praxisänderung der Eidgenössischen Steuerverwaltung den Begriff der steuerausgenommenen «Vermittlung» im Finanzbereich im Sinn von Art. 21 Abs. 2 Ziff. 19 lit. a–e MWSTG³³ im Vergleich zur bisherigen Rechtsprechung aus. Der Gedanke der Rechtssicherheit steht der Änderung nicht entgegen, da die Eidgenössische Steuerverwaltung sie in enger Absprache mit den betroffenen Kreisen vorgenommen und vorab publiziert hat (E. 4.5.5).

1.1.5.3 Zivil- und Zivilprozessrecht

1. In *BGE 118 II 168 ff.* hat das Bundesgericht entschieden, dass Art. 273a Abs. 1 OR, wonach bei einer Familienwohnung auch der Ehegatte des Mieters die Kündigung anfechten kann, analoge Anwendung auf den Fall findet, dass die Ehegatten die Wohnung gemeinsam gemietet haben; es besteht mit anderen Worten zwischen ihnen keine notwendige materielle Streitgenossenschaft. Nach *BGE 140 III 598 ff.* ist bei mehreren Mietern dem klagenden Mieter die Aktivlegitimation abzusprechen, wenn er auf der Gegenseite neben dem Vermieter nicht auch den oder die anfechtungsunwilligen Mitmieter einklagt. In *BGE 145 III 281 ff.* stellt sich dem Bundesgericht nun die Frage, ob die in *BGE 140 III 598 ff.* begründete Rechtsprechung entgegen *BGE 118 II 168 ff.* auch dann gilt, wenn ein Ehepaar die Familienwohnung gemeinsam gemietet hat und nur einer der Ehegatten die Kündigung anfecht. Das Gericht kommt gestützt auf die Ratio legis von Art. 273a Abs. 1 OR zum Schluss, dass an einer analogen Anwendung der Bestimmung bei gemeinsamer Miete nicht festgehalten werden kann. Tatsächlich will die Norm den nicht mietenden Ehegatten

³³ BG über die Mehrwertsteuer (Mehrwertsteuergesetz, MWSTG) vom 12. Juni 2009 (SR 641.20).

davor schützen, dass der andere Gatte durch Unterlassen der Kündigungsanfechtung eigenmächtig die Rechte an der Familienwohnung preisgibt. Sind aber beide Ehegatten Mieter, braucht es keinen solchen Schutz, weil jeder von ihnen die Kündigung anfechten kann. Will der andere Gatte nicht gegen die Kündigung vorgehen, muss er im Anschluss an BGE 140 III 598 ff. auf der Passivseite in das Verfahren miteinbezogen werden (E. 3.4.2). Im zu beurteilenden Fall hat die Klägerin nur die Vermieterin und nicht auch ihren mitmietenden anfechtungsunwilligen Ehegatten eingeklagt. Das schadet ihr aber nicht, da der Einwand der Vermieterin, der Ehegatte hätte in das Verfahren miteinbezogen werden müssen, rechtsmissbräuchlich ist (vgl. die unpublizierte E. 3.5.2). Die Praxisänderung hätte sonst eine Abweisung der Klage zur Folge gehabt, da es um eine Frage der Sachlegitimation geht³⁴ und es keinen allgemeinen Vertrauensschutz gegen Änderungen der materiellen Praxis gibt (vgl. dazu oben 1.1.5.1). Wenn es sich – wie bei der in Art. 273 Abs. 1 OR geregelten Frist zur Anfechtung einer Kündigung³⁵ – um eine Verwirkungsfrist handelt, ist der Anspruch damit erloschen, weil eine erneute Eingabe bei der Schlichtungsbehörde nicht auf das Datum der ersten Eingabe zurückbezogen wird.³⁶

2. Das Mietrecht beschäftigt das Bundesgericht auch in BGE 147 III 14 ff., in dem primär die Änderung der tatsächlichen Verhältnisse zu einer Praxisänderung führt. Die bestehende Rechtsprechung zum Teuerungsausgleich (Anpassung von höchstens 40% des investierten Eigenkapitals) und zur zulässigen Rendite (Aufschlag von 0,5% auf den Referenzzinssatz) stammt aus den Jahren 1994 bzw. 1986 und damit aus einer Zeit, als Notrecht galt und der Referenzzinssatz bei 5,5% lag. Das damit verfolgte Ziel, dem Vermieter eine angemessene Rendite zu ermöglichen, lässt sich aufgrund des im Zeitpunkt des Entscheids auf 1,25% gesunkenen Referenzzinssatzes nicht mehr erreichen. Auch an der Begrenzung des Teuerungsausgleichs auf 40% des Eigenkapitals ohne Berücksichtigung der tatsächlich investierten Eigenmittel kann nicht festgehalten werden. Das Bundesgericht ändert seine Rechtsprechung in dem Sinn, dass das investierte Eigen-

34 ERNST STAEHELIN/SILVIA SCHWEIZER, in: Thomas Sutter-Somm et al. (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Art. 1–218 ZPO, 4. A., Zürich/Genf 2025, N 56 zu Art. 70 ZPO.

35 Vgl. etwa BGE 143 III 15 ff. (18), E. 4.1.

36 BGE 142 III 782 ff. (786), E. 3.1.4.

kapital zu 100% an die Teuerung angepasst werden kann und eine Rendite zulässig ist, welche um 2% über dem Referenzzinssatz liegt, sofern der Zinssatz 2% oder weniger beträgt (E. 8).

3. Entgegen der früheren (noch in BGE 137 III 352 ff. bestätigten) Rechtsprechung ist die private Schadensversicherung gemäss *BGE 144 III 209 ff.* gestützt auf Art. 72 Abs. 1 VVG³⁷ im Verhältnis zum kausal haftenden Unfallverursacher wie eine Sozialversicherung zu behandeln. Sie subrogiert mit anderen Worten in die Stellung des Geschädigten, soweit sie ihn entschädigt hat. Das Bundesgericht begründet seine Praxisänderung damit, dass sich der bereits vor fast einem Jahrhundert an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung geäußerten Kritik immer mehr Autoren mit überzeugenden Argumenten angeschlossen haben. Darüber hinaus ist eine geplante Gesetzesrevision, welche der breiten Kritik in der Praxis Rechnung tragen soll, im Rahmen eines Vernehmlassungsverfahrens, das seinerzeit zu einer nicht weiterverfolgten Totalrevision des VVG durchgeführt wurde, nicht auf Kritik gestossen. Schliesslich haben sich die äusseren Verhältnisse durch die Einführung zahlreicher Gefährdungshaftungstatbestände stark verändert (E. 2.3–2.5).³⁸

4. Übernimmt der schweizerische Gesetzgeber Normen aus dem Recht der Europäischen Union, um das schweizerische Recht an die europäische Rechtsentwicklung anzugleichen, müssen bei der Interpretation der schweizerischen Bestimmungen Auslegung und Anwendung der europäischen Normen berücksichtigt werden (vgl. dazu schon oben 1.1.4). Weicht die Rechtsprechung des EuGH mit Bezug auf eine autonom nachvollzogene Regelung aufgrund eines neuen Urteils von derjenigen des Bundesgerichts ab, kann dies ein ernsthafter Grund für eine Änderung der schweizerischen Praxis sein. Das gilt immerhin nur unter der Voraussetzung, dass keine besseren Gründe für die von der Lösung des EuGH abweichende schweizerische Praxis sprechen. Konkret geht es in *BGE 144 III 285 ff.* um die Erteilung eines ergänzenden Schutzzertifikats für Arzneimittel durch das Institut für Geistiges Eigentum (IGE). Grundlage dafür ist Art. 140b

37 BG über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG) vom 2. April 1908 (SR 221.229.1).

38 Die erwähnte Revision des VVG ist am 1. Januar 2022 in Kraft getreten. Die entsprechende Regelung findet sich nunmehr in Art. 95c Abs. 2 VVG.

PatG³⁹, welcher dem Art. 3 der europäischen SPC-Verordnung⁴⁰ nachempfunden ist. Die unterschiedliche Entwicklung der Rechtsprechung zu den beiden Normen hat in der Schweiz namentlich beim IGE zu Bestrebungen geführt, die Erteilungspraxis im Sinn der Rechtsprechung des EuGH zu ändern. Die interessierten Kreise befürworten eine solche Anpassung, was das Bundesgericht als gewichtiges Indiz für die Überzeugung ansieht, dass die Praxisänderung erfolgen sollte, damit das Ziel des Gesetzgebers (die Übereinstimmung der Regelung im Bereich der ergänzenden Schutzzertifikate) erreicht werden kann. Es geht im vorliegenden Fall nicht bloss um die unterschiedliche Beurteilung einzelner Streitfälle, sondern um ein grundsätzlich voneinander abweichendes Verständnis einer der Voraussetzungen für die Erteilung eines ergänzenden Schutzzertifikats. Ohne eine Anpassung der schweizerischen Praxis an die nunmehr gefestigte Rechtsprechung des EuGH wäre eine parallele Weiterentwicklung der Rechtspraxis in dieser Hinsicht nicht mehr möglich. Das Bundesgericht kommt deshalb zum Schluss, dass eine Praxisänderung als geboten erscheint (E. 2; zur Bedeutung der Praxisänderung für ein zu diesem Zeitpunkt bereits formell rechtskräftig erteiltes ergänzendes Schutzzertifikat vgl. E. 3.4–3.6).

5. In *BGE 145 III 303 ff.* geben im Bereich des LugÜ die überwiegend kritische Beurteilung der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung sowie ein dieser entgegenstehendes neueres Urteil des EuGH den Ausschlag für eine Praxisänderung. Demnach besteht der Deliktsgerichtsstand nach Art. 5 Ziff. 3 LugÜ für negative Feststellungsklagen am Handlungs- oder Erfolgsort nunmehr uneingeschränkt. Am zusätzlichen Erfordernis der Sach- und Beweisnähe im konkreten Fall wird nicht festgehalten (E. 4.1).

1.1.5.4 Strafrecht

In *BGE 108 IV 161 ff.* kam das Bundesgericht namentlich unter Berücksichtigung der Systematik des Gesetzes zum Schluss, dass das von Art. 179^{ter} StGB (Unbefugtes Aufnehmen von nichtöffentlichen

³⁹ BG über die Erfindungspatente (Patentgesetz, PatG) vom 25. Juni 1954 (SR 232.14).

⁴⁰ Verordnung (EG) Nr. 469/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Mai 2009 über das ergänzende Schutzzertifikat für Arzneimittel.

Gesprächen) geschütztes Rechtsgut der Geheim- oder Privatbereich ist und damit nicht jedes nichtöffentliche Gespräch strafrechtlichen Schutz genießt; nach dieser Rechtsprechung stellte namentlich die polizeiliche Befragung zur Abklärung eines Delikts kein durch die Norm geschütztes Privatgespräch dar. Ein Grossteil der Lehre kritisierte dieses Verständnis als zu eng. In *BGE 146 IV 126 ff.* nimmt das Bundesgericht nun gestützt auf die Entstehungsgeschichte, die Systematik des Gesetzes und den Zweck der Norm eine Praxisänderung zugunsten eines breiteren Verständnisses vor: Ein Gespräch ist dann «nichtöffentlich» im Sinn von Art. 179^{ter} StGB, wenn dessen Teilnehmer in Anbetracht der Umstände erwarten dürfen, dass ihre Äusserungen nicht für jedermann verständlich sind (E. 2 und 3).

1.1.5.5 Sozialversicherungsrecht

1. In *BGE 145 V 215 ff.* gibt das Bundesgericht seine langjährige Rechtsprechung auf, wonach primäre Abhängigkeitssyndrome bzw. Substanzkonsumstörungen von vornherein keine invalidenversicherungsrechtlich relevanten Gesundheitsschäden sein können und ihre funktionellen Auswirkungen daher nicht näher abgeklärt werden müssen. Das Gericht begründet die Praxisänderung mit seiner neueren Rechtsprechung zu den übrigen psychischen Störungen und einer vertieften Auseinandersetzung mit den Erkenntnissen der Medizin (E. 4–7; vgl. auch *BGE 147 V 234 ff.* [235 f.], E. 2.2 sowie [zur Frage der allfälligen Anpassung einer rechtskräftigen Verfügung über eine Dauerleistung aufgrund der Praxisänderung] E. 5 und 6).

2. Eine bessere Einsicht in die Ratio legis von Art. 5 Abs. 2 AHVG führt in *BGE 145 V 320 ff.* dazu, dass die Ausbildungsentschädigung für Lernvikare der Evangelisch-Reformierten Landeskirche des Kantons Zürich nunmehr als beitragspflichtiger Lohn und nicht mehr als beitragsfreie Zuwendung für die Aus- und Weiterbildung gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. g AHVV⁴¹ qualifiziert wird, will die Norm doch grundsätzlich alle Entgelte für geleistete Arbeit der Beitragspflicht unterstellen (E. 5.3–5.5 und 6).

41 V über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV) vom 31. Oktober 1947 (SR 831.101).

1.2 Echte Lücken (Art. 1 Abs. 2 ZGB)

1.2.1 *Allgemeines*

1. Nach Art. 1 Abs. 2 ZGB ist es Aufgabe des Gerichts, echte Lücken zu füllen. Eine solche liegt allerdings «nicht schon vor, wenn der Gesetzgeber eine Frage nicht im erwarteten, von der Verwaltung als vernünftig erscheinenden oder sich nahtlos in die übrige Bundesgesetzgebung einfügenden Sinne regelt»; hier besteht vielmehr eine sog. unechte Lücke (BGE 144 V 224 ff. [233], E. 6.1.2). In einem solchen Fall bleibt es dem Gericht nach traditioneller Auffassung im Prinzip verwehrt, eine Korrektur vorzunehmen (vgl. statt vieler BGE 144 IV 97 ff. [106 f.], E. 3.1.2). Unechte Lücken sind grundsätzlich vom Gesetzgeber zu schliessen, sofern er dies für erforderlich hält (BGE 144 V 224 ff. [233], E. 6.1.2; vgl. auch BGE 146 III 426 ff.: keine analoge Anwendung von Art. 156 Abs. 2 SchKG über die Herabsetzung verpfändeter Eigentümer- oder Inhabertitel auf gepfändete derartige Titel). Vorbehalten bleiben Fälle, in denen die Regelung des Gesetzes sachlich als derart unhaltbar erscheint, dass sich eine Korrektur durch das Gericht aufdrängt; dies lässt sich immerhin nicht schon bei einer überraschenden oder ungewöhnlichen Antwort des Gesetzes oder bei einem Abweichen von einer ähnlichen Lösung in analogen Konstellationen annehmen (BGE 144 II 281 ff. [292], E. 4.5.2). So ist es in Anbetracht des Grundsatzes «casum sentit dominus» nicht unhaltbar, wenn in einer bestimmten Situation niemand Ersatz für den eingetretenen Schaden leisten muss (BGE a. a. O.). Nicht gefolgt werden kann dem Bundesgericht, wenn es über die offensichtliche Unhaltbarkeit hinaus die Fälle vorbehält, in denen die Antwort des Gesetzes «auf einem offensichtlichen Versehen des Gesetzgebers, einer gesetzgeberischen Inkongruenz oder einer planwidrigen Unvollständigkeit beruht» (so BGE 146 V 121 ff. [126], E. 2.5; 147 V 423 ff. [428 f.], E. 4.2), da es hier die Fälle echter und unechter Lücken miteinander vermischt (zum Begriff der echten Lücke siehe sogleich 1.2.2). In einem anderen Textbaustein spricht das Bundesgericht davon, dass das Gericht eine unechte Lücke nur korrigieren darf, wenn «die Berufung auf den als massgeblich erachteten Wortsinn der Norm [...] einen Rechtsmissbrauch» darstellt (BGE 147 V 2 ff. [9], E. 4.4.1; vgl. auch den Hinweis auf den Rechtsmissbrauch in BGE 146 III 426 ff. [434], E. 3.3 in fine). In einem weiteren Entscheid nennt das Bundes-

gericht neben dem Rechtsmissbrauch auch die Verletzung der Verfassung (BGE 147 V 242 ff. [247], E. 7.2). Konkret geht es um Ergebnisse, die mit den Grundsätzen der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) und des Willkürverbots (Art. 9 BV) nicht vereinbar sind (BGE 145 V 75 ff. [81], E. 5.2.1 in fine).⁴²

2. In der Lehre ist umstritten, ob bereits von einer echten Lücke auszugehen ist, wenn die mittels der klassischen Elemente vorgenommene Auslegung eine planwidrige Unvollständigkeit ergibt (siehe sogleich 1.2.2), oder erst, wenn auch die Rechtsfortbildung in Form eines Analogieschlusses oder einer teleologischen Reduktion nicht möglich ist. Folgt man der ersten Ansicht, sind Analogieschluss und teleologische Reduktion Art. 1 Abs. 2 ZGB zuzuordnen. Die zweite Auffassung, die der Konzeption von Eugen Huber entspricht, führt dazu, dass diese Art der Rechtsfortbildung unter Art. 1 Abs. 1 ZGB fällt. Methodisch gesehen handelt es sich bei Analogieschluss und teleologischer Reduktion um Lückenfüllung.⁴³ Aufgrund der Struktur von Art. 1 ZGB fällt die Einordnung unter Abs. 2 jedoch ausser Betracht, da sonst die Lückenfüllung durch Gewohnheitsrecht – und damit durch eine ausserhalb des Gesetzes stehende Quelle – der Lückenfüllung anhand von Wertungen des Gesetzgebers vorgehen würde.⁴⁴ Die Praxis des Bundesgerichts ist hinsichtlich des Analogieschlusses (auch in der Berichtsperiode) uneinheitlich. In BGE 147 III 561 ff. ist die Rede von der «schillernden Bedeutungsvielfalt» des Lückenbegriffs (E. 6.5.2); in diesem Entscheid wendet das Bundesgericht eine Norm gestützt auf deren Zweck analog auf eine nicht vom Wortlaut erfasste Konstellation an, ohne die Frage nach dem Bestehen einer echten Lücke aufzuwerfen (E. 5.2.1). In BGE 144 IV 97 ff. hält das Bundesgericht dagegen fest, dass Lücken sich oft auf dem Weg der Analogie schliessen lassen (E. 3.1.2; ebenso BGE 145 IV 252 ff. [256], E. 1.6.1;

42 Zum Ansatz, die Gesetzeskorrektur methodisch auf das Willkürverbot (Art. 9 BV) abzustützen, vgl. THOMAS GÄCHTER, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, Unter besonderer Berücksichtigung des Bundessozialversicherungsrechts, Ein Beitrag zu Treu und Glauben, Methodik und Gesetzeskorrektur im öffentlichen Recht, Habil. Zürich 2005, S. 353 ff.

43 Etwas anders STEINAUER (Fn. 26), Nr. 386 ff., nach dessen Ansicht es darum geht, das Entstehen echter Lücken zu vermeiden.

44 Vgl. zum Ganzen SUSAN EMMENEGGER/AXEL TSCHENTSCHER, Berner Kommentar, Bern 2012, N 155 ff. und 392 zu Art. 1 ZGB.

146 III 426 ff. [429], E. 3.1); nach BGE 146 III 426 ff. setzt die analoge Anwendung einer Norm eine Lücke voraus (E. 3.1). Die teleologische Reduktion bezeichnet das Bundesgericht in BGE 145 III 109 ff. als «zulässigen Akt richterlicher Rechtsschöpfung» (E. 5.1) und rechnet sie damit der Lückenfüllung zu.

1.2.2 *Bestehen einer echten Lücke*

1. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt eine echte Lücke vor, «wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz diesbezüglich weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann» (vgl. statt vieler BGE 144 IV 97 ff. [107], E. 3.1.2; 147 V 2 ff. [9], E. 4.4.1). Ob der Gesetzgeber die entsprechende Konstellation nicht vorausgesehen oder aus anderen Gründen nicht geregelt hat, kann offenbleiben, solange keine Anhaltspunkte für ein qualifiziertes Schweigen bestehen (BGE 144 IV 97 ff. [111], E. 3.2.4). Hat der Gesetzgeber eine Rechtsfrage hingegen im Sinn eines qualifizierten Schweigens im negativen Sinn mitentschieden, fällt eine richterliche Lückenfüllung ausser Betracht (vgl. etwa BGE 144 IV 97 ff. [107], E. 3.1.2; 147 V 2 ff. [9], E. 4.4.1). So kann aus dem Umstand, dass das Gesetz für eine bestimmte Konstellation keine Haftung vorsieht, nicht auf das Vorliegen einer echten Lücke geschlossen werden; vielmehr geht das Gesetz davon aus, dass niemand haftet (BGE 144 II 281 ff. [292], E. 4.5.2: keine Haftung des Staates für an der Führerprüfung durch einen Fahrschüler am Prüfungsfahrzeug und an einem Strassensignal verursachte Schäden bei fehlendem Nachweis einer durch den Prüfungsexperten begangenen Pflichtverletzung).

2. Ob im konkreten Fall eine echte Lücke vorliegt, muss durch Auslegung ermittelt werden (BGE 144 IV 97 ff. [107], E. 3.1.2; 145 IV 252 ff. [256], E. 1.6.1; 146 III 426 ff. [429], E. 3.1; vgl. auch BGE 146 II 335 ff. [342], E. 6.2).

1.2.3 *Lückenfüllung*

1. Eine echte Lücke hat das Gericht zu füllen, indem es gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB nach der Regel entscheidet, die es als Gesetzgeber aufstellen würde. Dafür muss es die generell-abstrakte Interessenlage unter den Gesichtspunkten der Realien, der Gerechtigkeit und der

Rechtssicherheit umfassend würdigen. Die Regel soll sich möglichst in das vorgegebene System einordnen (Prinzip der Einheit der Rechtsordnung). Im Fall einander widerstrebender Interessen (zum Beispiel bei Verfassungsnormen, die unterschiedliche Schutzrichtungen aufweisen) hat das Gericht eine Interessenabwägung vorzunehmen (BGE 147 II 309 ff. [314], E. 4.4). Als Massstab für die Lückenfüllung gelten die Zielsetzungen und Werte, die dem Gesetz selbst zugrunde liegen (BGE 144 IV 97 ff. [107], E. 3.1.2; 145 IV 252 ff. [256], E. 1.6.1; 146 III 426 ff. [429], E. 3.1).

2. Keine Lückenfüllung liegt vor, wenn im Anschluss an eine Gesetzesänderung bereits bestehende Rechtsnormen neu interpretiert werden, um eine Harmonisierung mit der neuen Ausgangslage zu erreichen. Hierbei handelt es sich vielmehr um eine gesetzessystematische (allenfalls um eine objektiv-zeitgemässe) Auslegung des Gesetzes (BGE 145 III 169 ff. [172], E. 3.3).

3. Als Beispiel lässt sich aus der Berichtsperiode *BGE 144 IV 97 ff.* nennen, der sich mit einer Lücke in der StPO beschäftigt. Konkret geht es um die Frage, in welcher Eigenschaft (Auskunftsperson oder Zeuge) eine Person einzuvernehmen ist, die in einem getrennten Verfahren für die abzuklärende oder eine damit im Zusammenhang stehende Straftat rechtskräftig verurteilt wurde. Die StPO gibt darauf weder in Art. 162 (Zeuge) noch in Art. 178 lit. f (Auskunftsperson) eine Antwort. Namentlich gestützt auf Sinn und Zweck des Instituts der Auskunftsperson (Schutz der einzuvernehmenden Person) schliesst das Bundesgericht diese Lücke, indem es grundsätzlich Art. 162 ff. StPO analog anwendet, womit die Person als Zeugin einvernommen werden muss. Ausnahmsweise ist sie als Auskunftsperson einzuvernehmen, nämlich wenn im konkreten Fall Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sie über ihre Verurteilung hinaus als Täterin oder Teilnehmerin der abzuklärenden oder einer konnexen Straftat in Frage kommt (E. 3).

4. In methodischer Hinsicht nicht ganz klar ist das Vorgehen in *BGE 144 II 273 ff.* Es geht um die Frage, ob der Gesetzgeber bei der Ablösung der MWSTV 1994⁴⁵ durch das MWSTG 1999⁴⁶ bewusst

45 V über die Mehrwertsteuer (MWSTV) vom 22. Juni 1994 (SR 641.201; nicht mehr in Kraft).

46 BG über die Mehrwertsteuer (Mehrwertsteuergesetz, MWSTG) vom 2. September 1999 (SR 641.20; nicht mehr in Kraft).

keine übergangsrechtliche Bestimmung zur (absoluten) Verjährung altrechtlicher Mehrwertsteuerforderungen vorgesehen hat. Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass «eher» von einem qualifizierten Schweigen auszugehen ist (E. 2.2.5 und 2.2.6), hält aber dennoch auch altrechtlich eine 15-jährige absolute Verjährungsfrist für anwendbar. Es begründet dies mit seiner entsprechenden Rechtsprechung zum Übergang vom BdBst⁴⁷ zum DBG⁴⁸ (BGE 126 II 1 ff. [6], E. 3) und unter Hinweis auf den Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung (E. 2.2.7–2.2.9). Während das Bundesgericht im Entscheid über die direkte Bundessteuer aber eine echte Lücke in den Übergangsbestimmungen festgestellt hat (BGE a. a. O.), scheint es im Berichtsentcheid – allerdings ohne es explizit zu sagen – von einer unechten Lücke auszugehen. Der Hinweis in E. 2.2.9, es wäre stossend und mit dem Rechtsgleichheitsgebot kaum zu vereinbaren, wenn neurechtliche Steuerforderungen vor altrechtlichen absolut verjährt wären, weist darauf hin, dass das Bundesgericht eine unechte Lücke schliesst, um ein unhaltbares Ergebnis zu verhindern (vgl. dazu oben 1.2.1).

1.3 Ermessensentscheide (Art. 4 ZGB)

1.3.1 *Allgemeines*

1. Das Gesetz weist das Gericht in zahlreichen Fällen an, nach seinem Ermessen (also nach Recht und Billigkeit) zu entscheiden. Das Bundesgericht auferlegt sich bei der Überprüfung von Ermessensentscheiden praxisgemäss Zurückhaltung (vgl. etwa BGE 144 III 442 ff. [451], E. 4.3; 145 III 49 ff. [53], E. 3.3; 146 III 136 ff. [141 f.], E. 4.1). Es greift immerhin unter Willkür Gesichtspunkten ein, «wenn die kantonale Instanz den Ermessensspielraum über- oder unterschritten oder das Ermessen missbraucht hat und damit zu einem offensichtlich unbilligen, in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken widersprechenden Ergebnis gelangt ist [...]. Missbrauch liegt namentlich vor, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, wenn sie Gesichtspunkte be-

47 Bundesratsbeschluss über die Erhebung einer direkten Bundessteuer (BdBSt) vom 9. Dezember 1940 (SR 642.11; nicht mehr in Kraft).

48 BG über die direkte Bundessteuer (DBG) vom 14. Dezember 1990 (SR 642.11).

rücksichtigt hat, die keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt rechtserhebliche Umstände ausser Acht gelassen hat [...]. Aufzuheben und zu korrigieren sind ausserdem Ermessensentscheide, die sich als im Ergebnis offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen» (BGE 147 III 393 ff. [399], E. 6.1.8; Willkür der Vorinstanz mit Bezug auf die Frage, ob im Rahmen der Festlegung der Unterhaltsbeiträge für Kinder und Ehegatten nach Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB im konkreten Fall die Anzehrung von Vermögen zumutbar ist, in verschiedener Hinsicht bejaht [E. 6.3]; vgl. ausserdem BGE 146 IV 231 ff. [234], E. 2.3.1, letzter Absatz).

2. Bei der Beurteilung einer Ermessensfrage ist es nicht Aufgabe des Bundesgerichts, «als erste und einzige Instanz» Billigkeits-erwägungen vorzunehmen, weshalb es die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückweist (BGE 146 III 203 ff. [215], E. 6.4 in fine; vgl. zu diesem Entscheid auch unten 1.3.6).⁴⁹

3. Im Folgenden werden wesentliche, in der Berichtsperiode ergangene Entscheide des Privatrechts und des Zivilprozessrechts dargestellt.

1.3.2 *Personenrecht*

1. Macht eine Person gestützt auf Art. 28 ZGB eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung durch Medieninhalte geltend und beruft sich das Medienunternehmen auf den Rechtfertigungsgrund des überwiegenden privaten oder öffentlichen Interesses, muss das Gericht gemäss *BGE 147 III 185 ff.* gestützt auf Art. 4 ZGB auch bei einer Person der Zeitgeschichte anhand der Umstände des konkreten Falles prüfen, ob an der umstrittenen Berichterstattung ein schutzwürdiges Interesse besteht, welches schwerer wiegt als der Anspruch der betroffenen Person auf Respektierung ihrer Privatsphäre. Dabei müssen sowohl die Ziele als auch die eingesetzten Mittel des Urhebers der Persönlichkeitsverletzung schutzwürdig sein. Das gilt nicht nur hinsichtlich der Berichterstattung als solcher, sondern auch für die Frage, ob sich die betroffene Person gefallen lassen muss, dass sie in der

⁴⁹ Vgl. demgegenüber BGE 131 III 26 ff. (31), E. 12.2.2, wonach das Bundesgericht im Fall einer ungenügenden Begründung eines Ermessensentscheids durch die Vorinstanz nach seinem eigenen Ermessen entscheidet und eine Rückweisung an das kantonale Gericht nicht erforderlich ist.

Berichterstattung durch Nennung ihres Namens und die Publikation einer Fotografie identifiziert wird (E. 4.3.3 und 4.3.4).

2. Gestützt auf Art. 28b ZGB kann das Gericht zum Schutz gegen Gewalt, Drohungen oder Nachstellungen verschiedene Massnahmen wie Annäherungs-, Orts- und Kontaktverbote anordnen. Eine zeitliche Befristung der Massnahmen sieht die Norm nicht vor. Das Gericht hat gemäss *BGE 144 III 257 ff.* nach pflichtgemäßem Ermessen darüber zu entscheiden, ob es die Massnahme befristet oder unbefristet anordnet, wobei eine Befristung vor allem bei Nachstellungen regelmässig nicht sinnvoll wäre (E. 4.3.3).

3. In *BGE 145 III 49 ff.* befasst sich das Bundesgericht mit einem Gesuch um Namensänderung. Seit dem 1. Januar 2013 verlangt Art. 30 Abs. 1 ZGB dafür nicht mehr wichtige, sondern nur noch achtenswerte Gründe. Ob derartige Gründe vorliegen, ist ein Ermessensentscheid, d. h., es müssen die Umstände des konkreten Einzelfalls geprüft werden. Im Vergleich zur früheren Rechtslage erlaubt die jetzige Fassung der Norm eine flexiblere Bewertung. Immerhin müssen im Gesuch nach wie vor besondere Gründe geltend gemacht werden. Anders als vor der Revision können jedoch subjektive und emotionale Gründe berücksichtigt werden, sofern sie nicht geradezu belanglos sind. Zu berücksichtigen bleibt, dass der Name seine Identifizierungsfunktion nicht verlieren darf und der Grundsatz der Unveränderlichkeit des Namens bestehen bleiben muss (E. 3.2). Verlangt die Vorinstanz, dass der Gesuchsteller durch seinen aktuellen amtlichen Namen besonders beeinträchtigt («spécialement lésé») wird, zieht sie ein Kriterium heran, das in Anbetracht der mit der Revision erfolgten Flexibilisierung nicht mehr massgebend ist, und verletzt damit den ihr zustehenden Ermessensspielraum (E. 4.4).

1.3.3 Familienrecht

1. Im Fall einer Scheidung werden nach Art. 122 ZGB die während der Ehe bis zum Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens erworbenen Ansprüche aus der beruflichen Vorsorge dem Grundsatz nach ausgeglichen. Die erworbenen Austrittsleistungen werden gemäss Art. 123 Abs. 1 ZGB hälftig geteilt. Bezieht ein Ehegatte jedoch im Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens bereits eine Invalidenrente nach dem reglementarischen Rentenalter oder

eine Altersrente, fällt die Aufteilung der Austrittsleistung nicht mehr in Betracht; stattdessen muss die Rente geteilt werden. In diesem Fall entscheidet das Gericht gestützt auf Art. 124a ZGB nach Ermessen über die Teilung und beachtet dabei insbesondere die Dauer der Ehe sowie die Vorsorgebedürftigkeit der beiden Ehegatten. Bei seiner Ermessensausübung kann sich das Gericht nach *BGE 145 III 56 ff.* ausserdem an den in Art. 124b ZGB vorgesehenen Prinzipien orientieren. Diese Norm, die sich mit der Teilung der Austrittsleistung befasst, lässt eine Abweichung vom Grundsatz der hälftigen Aufteilung zu, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (E. 5.1). Ein solcher ist unter anderem gegeben, wenn ein Ehegatte in grober Weise seine Pflicht verletzt, zum Unterhalt der Familie beizutragen (E. 5.3 und 5.4). Das Gericht missbraucht sein Ermessen deshalb nicht, wenn es in einem derartigen Fall die Teilung der Rente verweigert (E. 6).

2. Hat ein Kind längere Zeit bei Pflegeeltern gelebt, kann die Kindesschutzbehörde den Eltern gestützt auf Art. 310 Abs. 3 ZGB die Rücknahme untersagen, wenn diese die Entwicklung des Kindes ernstlich zu gefährden droht. Die Bestimmung kommt gemäss *BGE 144 III 442 ff.* auch zur Anwendung, wenn das Kind seit der Scheidung der Eltern bei der Mutter und deren Partner lebt und der Vater das Kind nach dem Tod der Mutter zu sich nehmen will (E. 4.2). Bei der Beurteilung der Frage, ob die Rücknahme die Entwicklung des Kindes ernsthaft gefährden würde, steht dem Sachgericht ein Ermessen zu. Entscheidend ist, ob der betroffene Elternteil eine intakte seelische Verbindung zum Kind hat und seine Erziehungsfähigkeit und sein Verantwortungsbewusstsein es rechtfertigen, dass ihm die faktische Obhut übertragen wird. Sein Anspruch auf persönliche Betreuung muss gegen das Interesse des Kindes an einer stabilen Beziehung und einer geeigneten Förderung abgewogen werden. Dabei sind insbesondere auch der Wunsch des Kindes, dessen Alter und die Dauer der bestehenden Pflegelösung zu berücksichtigen. Unerheblich sind die Ursachen für die Gefährdung des Kindes im Fall der Rückplatzierung. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob den betroffenen Elternteil ein Verschulden trifft (E. 4.3).

1.3.4 Auftragsrecht

In *BGE 146 III 326 ff.* befasst sich das Bundesgericht mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Banken. Diese sehen regelmässig eine Risikotransferklausel vor, wonach ein Schaden, der auf-

grund des Fehlens der Legitimation des Auftraggebers oder der Fälschung von Überweisungsaufträgen eintritt, vom Kunden zu tragen ist. Vorbehalten bleibt der Fall, dass die Bank ein grobes Verschulden trifft (vgl. auch Art. 100 Abs. 1 OR). Es geht um eine Schadensabwälzung von der Bank auf den Kunden, die für Letzteren auch eine Haftung für den Zufall bedeutet (E. 6.1). Grobe Fahrlässigkeit liegt bei einem Verstoß gegen die grundlegenden Vorsichtsgebote vor, die jede vernünftige Person unter den gegebenen Umständen eingehalten hätte. Lediglich leicht fahrlässig handelt eine Person, die nicht alle Sorgfalt aufbringt, die man von ihr hätte erwarten können, ohne dass dieses (unentschuldbare) Fehlverhalten jedoch als Verstoß gegen die elementarsten Vorsichtsgebote anzusehen ist. Das Gericht beurteilt gestützt auf Art. 4 ZGB das Verhalten der fahrlässig handelnden Person anhand der Sorgfalt, welche die Gegenpartei namentlich gestützt auf die vertraglichen Vereinbarungen und die Gepflogenheiten der Branche erwarten durfte (E. 6.2). Bankgeschäfte müssen rasch ausgeführt werden können. Haben die Parteien vereinbart, dass der Kunde der Bank Aufträge per E-Mail übermitteln darf, muss die Bank nicht systematisch davon ausgehen, dass eine ihr über die E-Mail-Adresse des Kunden zugestellte Nachricht nicht von diesem stammt. Es obliegt vielmehr dem Kunden, dafür zu sorgen, dass seine E-Mail-Adresse nicht missbräuchlich verwendet wird. Die Bank verhält sich deshalb nur dann grob fahrlässig, wenn deutliche Hinweise für einen Adress- und damit für einen Identitätsdiebstahl vorliegen. Das ist zu bejahen, wenn für jede vernünftige Person erkennbar wäre, dass der per E-Mail übermittelte Auftrag aufgrund seiner Adresse, seines Texts (insbesondere in sprachlicher Hinsicht), seines Inhalts oder eines unüblichen Überweisungsorts und in Anbetracht der Situation des Kunden nicht von diesem stammen kann (E. 6.2.1.2; in casu grobe Fahrlässigkeit – im Gegensatz zur Einschätzung der Vorinstanz – verneint [E. 6.3]; vgl. zu diesem Entscheid auch unten 5.2.1).

1.3.5 Urheberrecht

In *BGE 145 III 72 ff.* hat das Bundesgericht die Frage zu beurteilen, ob der Access Provider, der seinen Kunden in einem automatisierten Prozess Zugang zum weltweiten Internet vermittelt, einen rechtlich relevanten Beitrag zu Urheberrechtsverletzungen durch Personen (Portalbetreiber, Hostler und Uploader) leistet, die Dritten in der

Schweiz Filme ohne Zustimmung der Rechteinhaberin zugänglich machen. Massgebend dafür ist, ob der Beitrag des Access Providers zum Verletzungserfolg als adäquat kausal anzusehen ist. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung «gilt ein Ereignis als adäquate Ursache eines Erfolgs, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt des Erfolgs also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint». Es handelt sich beim adäquaten Kausalzusammenhang um eine Generalklausel, die das Gericht im Einzelfall gestützt auf Art. 4 ZGB konkretisieren muss. Es geht mit anderen Worten um ein Werturteil, mit dem zu entscheiden ist, ob der Verletzungserfolg der haftpflichtigen Person billigerweise noch zugerechnet werden darf. Bei der vorliegend zu beurteilenden Konstellation beschränkt sich die Beteiligung des Access Providers darauf, die technische Infrastruktur zur Verfügung zu stellen, um einen Zugang zum weltweiten Internet von der Schweiz aus überhaupt zu ermöglichen. Keine der die Urheberrechtsverletzungen begehenden, unbekannten Personen (Portale, Hoster und Uploader) ist Kundin des Access Providers. Dessen Qualifizierung als Teilnehmer an den durch diese Drittpersonen begangenen Urheberrechtsverletzungen würde zu einer Verantwortlichkeit aller schweizerischen Access Provider für sämtliche im weltweiten Internet in Verletzung des Urheberrechts zur Verfügung gestellten Inhalte führen. Das hätte eine unzulässige «Systemhaftung» zur Konsequenz, da die auf Art. 50 Abs. 1 OR abgestützte zivilrechtliche Teilnehmerhaftung einen konkreten Beitrag zur direkten Urheberrechtsverletzung verlangt. Es fehlt damit an einem adäquaten Kausalzusammenhang (E. 2.3.2).

1.3.6 *Prozessrecht*

1. Nach Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Art. 107 Abs. 1 lit. a bis f ZPO lässt es zu, dass das Gericht in gewissen Fällen die Kosten stattdessen nach Ermessen verteilt; das gilt unter anderem, wenn das Verfahren als gegenstandslos abgeschlossen wird und das Gesetz nichts anderes vorsieht (lit. e). In *BGE 145 III 153 ff.* stellt sich dem Bundesgericht die Frage nach der Kostenverteilung mit Bezug auf eine Anschlussberufung für den Fall, dass die Berufung zurückgezogen und

damit abgeschrieben wird und in der Folge auch die Anschlussberufung dahinfällt. In einer solchen Konstellation wird der Hauptberufungskläger gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO grundsätzlich gegenüber dem Anschlussberufungskläger für die im Zusammenhang mit der Anschlussberufung entstandenen Kosten ersatzpflichtig. Die Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO lässt sich namentlich rechtfertigen, wenn sich die Anschlussberufung nicht auf den Gegenstand der Berufung beschränkt und teilweise offensichtlich unbegründete Begehren gestellt werden. Bei Art. 107 Abs. 1 ZPO verfügt das Gericht in zweierlei Hinsicht über Ermessen: einerseits mit Bezug auf die Frage, ob von den in Art. 106 ZPO vorgesehenen Verteilungsregeln abgewichen werden soll, und andererseits – sollte dies zu bejahen sein – hinsichtlich der konkreten Verteilung der Kosten (E. 3.3.2). Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz der Anschlussberufungsklägerin eine Entschädigung für ihre Anschlussberufung mit der Begründung verweigert, der Anschlussberufungskläger müsse das Risiko des Dahinfallens der Anschlussberufung und dementsprechend auch die aus dem Dahinfallen entstehenden Kosten tragen. Damit hat sie keinen Ermessensentscheid anhand der Umstände des Einzelfalls getroffen, sondern gestützt auf allgemeine Erwägungen einen Anspruch auf Ersatz des für die Anschlussberufung geleisteten Aufwands verneint. Durch dieses Vorgehen hat sie Art. 106 Abs. 1 ZPO verletzt (E. 3.3.3).

2. Besteht im Scheidungsverfahren eine prozessuale Bedürftigkeit des einen Ehegatten, kann das Gericht den anderen Ehegatten gestützt auf die Beistandspflicht nach Art. 159 Abs. 3 ZGB und die Unterhaltspflicht nach Art. 163 ZGB dazu verurteilen, seinem Ehegatten einen Prozesskostenvorschuss zu bezahlen. Dabei handelt es sich gemäss *BGE 146 III 203 ff.* um eine vorläufige Leistung, die derjenige Gatte, der den Vorschuss bezahlt hat, in Abhängigkeit vom Ausgang des Verfahrens grundsätzlich zurückfordern kann. Er hat aber auch das Recht zu verlangen, dass der Betrag an güterrechtliche und/oder zivilprozessuale Gegenforderungen des anderen Gatten angerechnet wird. Sowohl die Pflicht zur Bevorschussung als auch die Rückerstattungspflicht haben ihre Grundlage im materiellen Eherecht. Die Pflicht zur Rückerstattung wird damit nicht im Zusammenhang mit der Verteilung der Prozesskosten (Art. 106 ff. ZPO) beurteilt, sondern erst bei deren Liquidation (Art. 111 f. ZPO). Eine vollständige

Rückerstattung des Prozesskostenvorschusses kann sich immerhin im Einzelfall als unbillig im Sinn von Art. 4 ZGB erweisen. Ob es sich rechtfertigt, vom Grundsatz der Rückerstattung abzuweichen, ist anhand eines Vergleichs der wirtschaftlichen Situation der beiden Parteien nach Abschluss des Scheidungsverfahrens zu beurteilen (E. 6.3; in casu Rückweisung an die Vorinstanz, da diese bundesrechtswidrig den Anspruch auf Rückerstattung allgemein verneint und es deshalb unterlassen hat zu prüfen, ob ausnahmsweise die Voraussetzungen für eine Befreiung von der Rückerstattung gegeben sind).

Die Berichterstatterin hätte sich hier eine ausführlichere Begründung gewünscht. Gemäss Art. 4 ZGB hat das Gericht seine Entscheidung nach Recht und Billigkeit zu treffen, wenn das Gesetz es auf sein Ermessen, auf die Würdigung der Umstände oder auf wichtige Gründe verweist. Im vorliegenden Fall führt das Bundesgericht nicht aus, welche Norm es erlaubt, mit Bezug auf die Frage nach der Rückerstattung des Prozesskostenvorschusses Billigkeitsüberlegungen anzustellen; vielmehr begnügt es sich damit, auf einzelne kantonale Entscheide zu verweisen.

2. Das Gebot, sich im Rechtsleben loyal zu verhalten (Art. 2 ZGB)

2.1 Vorbemerkung

Das in Art. 2 ZGB festgeschriebene Gebot, sich im Rechtsleben loyal zu verhalten, findet auf das ganze Bundesprivatrecht Anwendung. Die Bestimmung enthält darüber hinaus einen allgemeinen Rechtsgrundsatz (vgl. auch Art. 5 Abs. 3 und 9 BV), der für alle Rechtsgebiete von Bedeutung ist.⁵⁰ Die Lehre unterscheidet die Funktionen der beiden Absätze von Art. 2 ZGB insofern, als sie das in Abs. 1 festgeschriebene Gebot des Handelns nach Treu und Glauben für die Auslegung und Ergänzung von Gesetz und Rechtsgeschäften heranzieht, während sie dem in Abs. 2 normierten Rechtsmissbrauchsverbot mit Bezug auf eine gesetzliche oder vertragliche Regel eine

50 Vgl. zum Beispiel HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID (Fn. 23), Nr. 267.

berichtigende Funktion zuweist.⁵¹ Diese in der Theorie klare Zweiteilung lässt sich allerdings in der Praxis nicht ohne Weiteres durchführen. Der enge Zusammenhang zwischen Abs. 1 und Abs. 2 zeigt sich zum Beispiel in Art. 271 Abs. 1 OR über die Anfechtung der Kündigung eines Mietverhältnisses, der eine *Lex specialis* zu Art. 2 ZGB darstellt. Nach dieser Bestimmung ist die Kündigung anfechtbar, wenn sie gegen Treu und Glauben verstösst. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt eine Kündigung generell dann als treuwidrig, wenn sie als reine Schikane angesehen werden muss, weil ein objektives, ernsthaftes und schützenswertes Interesse daran fehlt, oder wenn sie Interessen der Parteien berührt, die zueinander in einem krassen Missverhältnis stehen (BGE 145 III 143 ff. [146], E. 3.1 mit Hinweisen). Das sind aber typische Kategorien des Rechtsmissbrauchs (unnütze oder zweckwidrige Rechtsausübung, krasses Missverhältnis der Interessen; vgl. dazu auch unten 2.3).⁵² Eine gegen Art. 271 Abs. 1 OR verstossende Kündigung wird denn auch als «missbräuchlich» bezeichnet (vgl. etwa BGE 145 III 143 ff. [147], E. 3.2). Die enge Verflechtung der beiden Absätze von Art. 2 ZGB zeigt sich etwa auch im Strafverfahren: Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind im Prozess Strafbehörden und beschuldigte Person gleichermassen dem Grundsatz von Treu und Glauben verpflichtet (für die Strafbehörden vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. a StPO). Gelingt es einem Beschuldigten nicht, rechtzeitig eine Beschwerde zu formulieren, welche die gesetzlichen Anforderungen erfüllt, und reicht er bewusst eine mangelhafte Rechtsschrift ein, um eine Nachfrist zur Verbesserung zu erhalten, kommt sein Verhalten einem Rechtsmissbrauch gleich, weshalb es keinen Schutz verdient (BGE 147 IV 274 ff. [286], E. 1.10.1). Hier differenziert das Bundesgericht also ebenso wenig zwischen den beiden Grundsätzen.

51 Vgl. etwa HEINZ HAUSHEER/MANUEL JAUN, Die Einleitungsartikel des ZGB: Art. 1–10 ZGB, Bern 2003, N 12 zu Art. 2 ZGB.

52 Zu diesen und weiteren Kategorien vgl. auch PETER HIGI/ANTON BÜHLMANN/CHRISTOPH WILDISEN, Zürcher Kommentar, Art. 269–273c OR, Die Miete, 5. A., Zürich/Basel/Genf 2022, N 65 ff. zu Art. 271 OR.

2.2 Das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB)

In der Berichtsperiode sind im Zusammenhang mit Art. 2 Abs. 1 ZGB verschiedene Entscheide zur Auslegung von Willenserklärungen nach dem Vertrauensprinzip (unten 2.2.1) und zum Grundsatz von Treu und Glauben im Prozess (unten 2.2.2) ergangen:

2.2.1 *Auslegung von Willenserklärungen nach dem Vertrauensprinzip*

1. Das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben stellt die Grundlage dar für die Auslegung von Willenserklärungen nach dem Vertrauensprinzip.⁵³ Lässt sich bei einem Streit über das Zustandekommen oder den Inhalt eines Vertrags ein tatsächlich übereinstimmender Wille der Parteien nicht feststellen, bestimmt das Gericht den objektiven Willen der Parteien gemäss dem Vertrauensprinzip. Massgebend ist, wie die Willenserklärungen nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie anhand der gesamten Umstände verstanden werden durften und mussten (vgl. etwa BGE 144 III 43 ff. [48 f.], E. 3.3; 144 III 93 ff. [98 f.], E. 5.2.3; 144 III 327 ff. [333], E. 5.2.2.1; 146 V 28 ff. [33], E. 3.2). Hierbei muss das Gericht in Betracht ziehen, was sachgerecht ist, weil nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (BGE 144 III 327 ff. [333], E. 5.2.2.1).

2. Nach dem Vertrauensprinzip ist nicht allein der innere Wille der erklärenden Person entscheidend; eine Verpflichtung kann sich auch aus einem Verhalten ergeben, aus dem die andere Partei nach Treu und Glauben einen Bindungswillen ableiten konnte. Aufgrund des Vertrauensprinzips kann also einer Partei der objektive Sinn ihrer Erklärung oder ihres Verhaltens zugerechnet werden, selbst wenn dieser nicht ihrem inneren Willen entspricht. Hat ein pensionierter Mann seiner Partnerin einen bedeutenden Betrag für einen Hauskauf übergeben und lässt sich diese zu einem späteren Zeitpunkt auf seinen Wunsch hin vorzeitig pensionieren mit der Konsequenz einer erheblichen Renteneinbusse, kann sie gemäss Bundesgericht nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass ihr das Geld geschenkt worden ist, um die Renteneinbusse zu kompensieren; auf den inneren

⁵³ Vgl. etwa HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID (Fn. 23), Nr. 276.

Willen des Partners (Darlehen!) kommt es nicht an (BGE 144 III 93 ff. [98 ff.], E. 5.2.3 und 5.4).⁵⁴

3. Hinsichtlich der Auslegung von Willenserklärungen nach dem Vertrauensprinzip lassen sich weiter folgende Entscheide nennen:

- Das Vertrauensprinzip kommt gemäss *BGE 144 III 19 ff.* auch bei der Auslegung von *Stockwerkeigentümerreglementen* zum Zug. Das Gericht hat zu ermitteln, wie die zu beurteilende Reglementsbestimmung nach den gesamten Umständen verstanden werden durfte und musste. Handelt es sich um eine vorformulierte Bestimmung, ist sie im Gesamtzusammenhang des Reglementstextes und damit so auszulegen, dass nicht Teile des Reglements überflüssig werden (E. 4.1). Handelt es sich bei einem im Stockwerkeigentum stehenden Gebäude um ein Wohnhaus und umschreibt das Reglement den Zweck für sämtliche Wohnungen als «Wohnen», ergibt eine Auslegung des Reglements nach dem Vertrauensprinzip, dass der Betrieb eines Pflegeheims in einer der Wohnungen im konkreten Fall unzulässig ist (E. 4.4).
- In *BGE 147 III 153 ff.* befasst sich das Bundesgericht mit einer *Gerichtsstandsvereinbarung*. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist eine solche im Zweifel nicht restriktiv auszulegen; vielmehr ist davon auszugehen, dass die Parteien dem gewählten Gericht eine allgemeine Zuständigkeit zuweisen wollten. Bezieht sich die Vereinbarung gemäss ihrem Wortlaut generell auf alle im Zusammenhang mit dem Vertrag auftretenden Streitigkeiten, umfasst sie nicht nur Ansprüche aus dem Vertrag, sondern auch solche aus unerlaubten Handlungen, sofern diese gleichzeitig eine Vertragsverletzung darstellen oder im Zusammenhang mit dem Vertragsgegenstand stehen. Beschränkt sich die Vereinbarung ihrem Wortlaut nach allerdings auf Streitigkeiten hinsichtlich des Zustandekommens und der Auflösung des Vertrags sowie auf die sich aus dem Vertrag ergebenden Rechte und Pflichten, kann sie nach Treu und Glauben nicht in einem weiter gehenden Sinn verstanden werden. Wird der Ver-

⁵⁴ Zu Recht kritisch mit Bezug auf die Annahme eines normativen Konsenses über eine Schenkung in diesem Fall JÖRG SCHMID/ANNABELLE PESCHKE, ZBJV 155/2019, S. 421 ff. (439 f.).

trag gekündigt, erfasst sie deshalb Ansprüche aus Culpa in contrahendo nicht, die eine der Parteien geltend macht, weil kein neuer Vertrag abgeschlossen worden ist (E. 5.1 und 7.3).

- Gemäss *BGE 147 III 107 ff.* erfolgt auch die Auslegung einer *Schiedsvereinbarung* nach den für die Auslegung privater Willenserklärungen geltenden Regelungen. Als Besonderheit zu beachten ist die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung; namentlich muss berücksichtigt werden, dass der Verzicht auf ein staatliches Gericht zu einer starken Einschränkung der Rechtsmittelwege führt. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung darf deshalb nicht leichthin von einem Verzichtswillen ausgegangen werden; im Zweifelsfall ist eine restriktive Auslegung vorzunehmen (E. 3.1.2; vgl. auch *BGE 144 III 235 ff. [246]*, E. 2.3.4). Wie das Bundesgericht wiederholt entschieden hat, kann eine Schiedsklausel unter bestimmten Voraussetzungen auch auf Personen Anwendung finden, welche den Vertrag, der die Klausel enthält, nicht unterschrieben haben und darin auch keine Erwähnung finden. So wird bei einem Dritten, der sich in den Vollzug des Vertrags einmischt, eine Zustimmung zur Schiedsklausel durch konkludentes Verhalten angenommen. Handelt es sich beim Dritten allerdings um einen Subunternehmer, der vertraglich in die Abwicklung des Hauptvertrags eingebunden ist, kann die Vornahme von Garantiewerken nicht als Einmischung in den Vollzug des Vertrags angesehen werden. Auch das schriftliche Versprechen, das Bestmögliche zur Behebung der aufgetretenen Probleme zu unternehmen, lässt sich nach Treu und Glauben nicht als klare Willensäusserung des Subunternehmers verstehen, der im Hauptvertrag enthaltenen Schiedsklausel zuzustimmen und damit auf die staatliche Gerichtsbarkeit zu verzichten (E. 3.3.1 und 3.3.2; vgl. auch *BGE 145 III 199 ff. [202]*, E. 2.4).
- Das *Reglement einer privatrechtlichen Vorsorgeeinrichtung* als vorformulierter Inhalt des Vorsorgevertrags ist gemäss *BGE 144 V 376 ff.* nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Es gilt, ausgehend vom Wortlaut, unter Berücksichtigung des Zusammenhangs, in dem die auszulegende Bestimmung im Reglement steht, und mit Blick auf eine sachgerechte Regelung den objektiven Vertragswillen der Parteien zu ermitteln. Hierbei ist auch den Besonderheiten Allgemeiner Versicherungsbedingungen

Rechnung zu tragen. Das bedeutet insbesondere, dass die Unklarheits- und die Ungewöhnlichkeitsregel zur Anwendung kommen (E. 2.2).

- *BGE 144 V 84 ff.* beschäftigt sich mit der Auslegung von *verwaltungsrechtlichen Verträgen*. Hierfür ist – wie bei *privatrechtlichen Verträgen* – in erster Linie danach zu fragen, ob ein übereinstimmender wirklicher Wille der Parteien besteht. Lässt sich ein solcher nicht feststellen, kommt das Vertrauensprinzip zum Zug. Bei der objektiven Vertragsauslegung sind neben dem Wortlaut weitere Elemente wie etwa das verfolgte Ziel, die Interessenlage oder die Gesamtumstände heranzuziehen, wobei ein klarer Vertragswortlaut den Vorrang hat, sofern nicht ernsthafte Anhaltspunkte dafür bestehen, dass er nicht den Willen der Parteien wiedergibt. Im Fall der Auslegung eines öffentlich-rechtlichen Vertrags besteht in Zweifelsfällen die Vermutung, dass die Verwaltung nichts anordnen oder vereinbaren will, was den öffentlichen Interessen und der massgebenden Gesetzgebung widerspricht. Das bedeutet allerdings nicht, dass immer derjenigen Auslegung der Vorzug zu geben ist, die dem öffentlichen Interesse besser dient (E. 6.2).

2.2.2 Grundsatz von Treu und Glauben im Prozess

1. Rechtsbegehren sind nach Treu und Glauben auszulegen, wobei namentlich die abgegebene Begründung heranzuziehen ist. Weder eine offensichtlich ungewollte oder unbeholfene Wortwahl noch eine missglückte oder rechtsirrtümliche Ausdrucksweise schaden der Beschwerde führenden Person, sofern sich aus der Beschwerde ergibt, welche Begehren gestellt werden (*BGE 147 V 369 ff.* [373], E. 4.2.1).

2. Die nicht beweisbelastete Partei ist gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben verpflichtet, bei der Beweiserhebung mitzuwirken und diejenigen Elemente beizutragen, über die sie allein verfügt (vgl. *BGE 147 III 14 ff.* [21], E. 6.1 bezüglich der Anfechtung des Anfangsmietzinses, in dem das Bundesgericht in E. 6.1.2, 6.1.3 und 6.2 ausserdem aufzeigt, welche Konsequenzen der [nicht beweisbelastete] Vermieter zu gewärtigen hat, wenn er keine Unterlagen einreicht, die eine Kontrolle des Anfangsmietzinses erlauben würden, oder die eingereichten Dokumente dafür nicht ausreichen).

3. Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergibt sich das Gebot, festgestellte Verfahrensmängel rechtzeitig bzw. unverzüglich geltend zu machen (BGE 147 V 16 ff. [21], E. 6.3 in fine). Das gilt auch für Mängel in der Vorbereitung von Wahlen und Abstimmungen: Rügt eine stimmberechtigte Person derartige Mängel nicht sofort und vor der Durchführung des Urnengangs, verwirkt sie nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ihr Beschwerderecht im Grundsatz. Es würde gegen Treu und Glauben verstossen, den Mangel erst nach der Wahl oder Abstimmung geltend zu machen, wenn das Ergebnis nicht wie gewünscht ausgefallen ist (BGE 147 I 194 ff. [197 f.], E. 3.3: Konzernverantwortungsinitiative, Erfordernis des Ständemehrs).

4. Eine rechtsuchende Person darf nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass ein Gericht, das nach einer Rückweisung der Angelegenheit an die Vorinstanz erneut über den Fall urteilt, seinen im Rückweisungsentscheid enthaltenen Feststellungen und Erwägungen Rechnung trägt. Ändert das Gericht in der zweiten Entscheidung abrupt seinen Begründungsstandpunkt, ohne der rechtsuchenden Person vorher die Möglichkeit zu geben, sich zu den neuen Prüfungsgesichtspunkten zu äussern, und wirft es ihr gestützt darauf ein widersprüchliches prozessuales Verhalten vor, verstösst es gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (BGE 145 IV 99 ff. [113], E. 3.6: Rechtshilfverfahren betreffend Herausgabe von Vermögenswerten zur Einziehung).

2.3 Das Verbot des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB)

2.3.1 *Allgemeines*

1. Die Anrufung eines Rechtsmissbrauchs zielt nicht darauf ab, die Anwendung von Rechtsnormen auf bestimmte Konstellationen generell auszuschliessen, sondern weist das Gericht an, die Besonderheiten des Einzelfalls zu berücksichtigen, wenn die übliche Anwendung des Gesetzes aufgrund der Umstände nicht mit den Regeln von Treu und Glauben vereinbar ist (zum Verhältnis der beiden Absätze von Art. 2 ZGB vgl. bereits oben 2.1). Das Gesetz versagt nur dem offenbaren Missbrauch den Schutz; Rechtsmissbrauch ist deshalb restriktiv anzunehmen (BGE 144 III 407 ff. [409 f.], E. 4.2.3). Das Gericht hat von Amtes wegen zu prüfen, ob Rechtsmissbrauch vorliegt (BGE 145 III 26 ff. [28], E. 2.1).

2. Lehre und Rechtsprechung haben verschiedene Fallgruppen entwickelt, in denen typischerweise von einem Rechtsmissbrauch auszugehen ist.⁵⁵ Im Folgenden kommen davon die zweckwidrige Rechtsausübung (unten 2.3.2) und das *Venire contra factum proprium* (unten 2.3.3) zur Sprache. Jedoch lassen sich nicht alle Konstellationen in die Fallgruppen einordnen (unten 2.3.4).

2.3.2 Zweckwidrige Rechtsausübung (Durchgriff)

1. Das Bundesgericht hat sich in *BGE 144 III 541 ff.* mit Begriff, Voraussetzungen und Erscheinungsformen des Durchgriffs befasst, bei dem es sich um einen Anwendungsfall der zweckwidrigen Rechtsausübung handelt: Gründet eine natürliche Person eine juristische Person, ist grundsätzlich von zwei voneinander unabhängigen Rechtssubjekten mit getrennten Vermögen auszugehen. Das gilt selbst für den Fall einer Einmanngesellschaft, bei der zwischen dem Alleinaktionär und der juristischen Person wirtschaftlich gesehen Identität besteht. Ausnahmsweise kann eine Person aber für Verpflichtungen eines Schuldners herangezogen werden, mit dem sie eine wirtschaftliche Einheit bildet. Das ist dann der Fall, wenn die Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der juristischen Person einen Rechtsmissbrauch darstellt, namentlich aufgrund einer Gesetzesumgehung, einer Vertragsverletzung oder einer widerrechtlichen Verletzung von Interessen eines Dritten (E. 8.3.1; vgl. auch E. 8.3.3). Der Durchgriff auf die dahinterstehende Person setzt demnach Identität der beiden Personen in wirtschaftlicher Hinsicht oder zumindest eine wirtschaftliche Dominanz der einen Person über die andere voraus (zu den Anforderungen an den Umfang der Beteiligung der für einen Durchgriff massgeblichen Gesellschafter vgl. *BGE 145 III 351 ff.* [363 f.], E. 4.3.2). Darüber hinaus muss die Dualität der beiden Rechtssubjekte missbräuchlich angerufen werden, also mit dem Ziel, einen ungerechtfertigten Vorteil zu erlangen. Es existiert keine besondere Definition des Rechtsmissbrauchs im Zusammenhang mit dem Durchgriff. Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lassen sich immerhin folgende allgemeine Aussagen ableiten: Es ist nicht erforderlich, dass bereits mit der Gründung der juristischen Person missbräuchliche Ziele verfolgt werden, es genügt, wenn die juristische Person missbräuchlich

55 Vgl. statt vieler HAUSHEER/JAUN (Fn. 51), N 93 ff. zu Art. 2 ZGB.

verwendet wird oder die Berufung auf deren rechtliche Selbständigkeit verhindern soll, dass gesetzliche oder vertragliche Pflichten erfüllt werden müssen. Darüber hinaus müssen eine Massierung unterschiedlicher und ausserordentlicher Verhaltensweisen im Sinn eigentlicher Machenschaften und eine qualifizierte Schädigung von Drittpersonen gegeben sein. Abgesehen davon lassen sich die einen Rechtsmissbrauch darstellenden Fälle oder auch nur die Tatsachen, die dafür geprüft werden müssen, kaum verallgemeinern (E. 8.3.2 mit Hinweisen auf verschiedene Anwendungsfälle). Mit der Lehre unterscheidet das Bundesgericht zwischen «direktem» und «umgekehrtem» Durchgriff. Im ersten Fall werden die Pflichten der juristischen Person (auch) dem sie beherrschenden Gesellschafter zugerechnet, im zweiten Fall haftet die beherrschte juristische Person (auch) für die Pflichten ihres Gesellschafters (E. 8.3.4). Vom Durchgriff abzugrenzen ist der Fall, in dem eine Person nur scheinbar Eigentümerin einer Sache ist, da diese in Tat und Wahrheit im Eigentum einer anderen Person steht («Strohmann»; E. 8.3.5). Zum (in der Regel umgekehrten) Durchgriff im Zusammenhang mit dem Arrest von Vermögensstücken vgl. E. 8.3.6 und 8.4.

2. Neben dem soeben umschriebenen *Haftungsdurchgriff*, in dem ein Vermögen für die Schuld eines Dritten haftet, anerkennt das Bundesgericht auch den Fall, dass eine Vertragspflicht (zum Beispiel eine vertragliche Unterlassungs- und Nebenleistungspflicht) auf eine andere Person erstreckt wird (BGE 145 III 351 ff. [361], E. 4.2; Voraussetzungen eines umgekehrten Durchgriffs in casu nicht erfüllt).

2.3.3 *Venire contra factum proprium*

1. Einem Mitglied eines Stiftungsrates ist der Rechtsschutz gemäss *BGE 144 III 433 ff.* grundsätzlich zu versagen, wenn es seine Funktion nicht wahrnimmt und dann die Untätigkeit des Stiftungsrates vor der Aufsichtsbehörde beanstandet (E. 4.3 in fine).

2. Nach *BGE 146 III 254 ff.* liegt widersprüchliches Verhalten vor, das keinen Rechtsschutz verdient, wenn eine Person in zwei voneinander unabhängigen Prozessen gleichzeitig einerseits die Herstellung des vertragsgemässen Zustands und andererseits Schadenersatz verlangt für den Fall, dass der vertragsgemässe Zustand nicht hergestellt wird. Die beiden Begehren schliessen einander aus (E. 2.2.2.1).

3. Das Bundesgericht bejaht auch in *BGE 146 V 169 ff.* aufgrund folgender Konstellation ein widersprüchliches Verhalten: Zwischen einer als Sammelstiftung organisierten Vorsorgestiftung und den Gründerverbänden einer Pensionskasse bestand eine Anschlussvereinbarung, wonach die Pensionskasse Teil der Stiftung wird und die Stiftung die Funktionstüchtigkeit und -fähigkeit der Kasse sicherzustellen hat. Die Pensionskasse (als Teil der Stiftung) schloss mit den einzelnen, an das Vorsorgewerk angeschlossenen Arbeitgebern Beitrittsvereinbarungen ab (materiell-rechtlicher Anschluss der Arbeitgeber an eine Vorsorgeeinrichtung im Sinn von Art. 11 Abs. 1 BVG⁵⁶). In der Folge kündigten die Gründerverbände der Pensionskasse die Anschlussvereinbarung mit dem Ziel, die Pensionskasse in eine andere Vorsorgestiftung zu überführen. Die Kündigung erfolgte unter Missachtung der Rechte des Personals bzw. der allfälligen Arbeitnehmervertretung (vgl. Art. 11 Abs. 3^{bis} BVG). Die einzelnen Beitrittsvereinbarungen wurden nicht gekündigt. Streitig war, ob bereits die Kündigung der Anschlussvereinbarung zu einer Teilliquidation der Stiftung führt (vgl. Art. 53b BVG). Die Stiftung stellte sich auf den Standpunkt, es sei auch die Kündigung sämtlicher Beitrittsvereinbarungen erforderlich, damit ein Teilliquidationstatbestand gegeben sei. Das Bundesgericht lässt die Frage offen. Die Stiftung bestätigte den Gründerverbänden nämlich – im Wissen um die Verletzung der Rechte des Personals – nicht nur die Gültigkeit der Kündigung der Anschlussvereinbarung, sondern kündigte umgehend den Verbandsversicherungsvertrag, den sie mit verschiedenen Versicherungsgesellschaften hinsichtlich der Pensionskasse abgeschlossen hatte, womit jeglicher Versicherungsschutz für die aktiven, die abrechenbaren und nicht abrechenbaren Versicherungsverhältnisse sowie für die definitiv invaliden Versicherten erlosch. Damit zeigte die Stiftung, dass sie nicht nur auf der betrieblichen Anschlussebene (Anschlussvereinbarung) sondern auch auf der materiellen Ebene (Beitrittsvereinbarungen) an der Pensionskasse nicht mehr interessiert war. Ihr Vorgehen kann nur so verstanden werden, dass sie mit der Kündigung der Anschlussvereinbarung auch die Beitrittsvereinbarungen als aufgelöst ansah. Die Stiftung verhält sich deshalb widersprüchlich, wenn sie später auf einer formellen Kündigung der Bei-

56 BG über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG) vom 25. Juni 1982 (SR 831.40).

trittsvereinbarungen durch die Arbeitgeber beharrt und den Einwand der fehlenden Mitwirkung des Personals bei der Anschlussvereinbarung erhebt («äusserst widersprüchliches Verhalten [...], das keinen Schutz verdient»; vgl. zum Ganzen E. 3, insbesondere E. 3.2.3.2).

4. Schliesslich ist der Rechtsschutz nach *BGE 147 V 114 ff.* zu versagen, wenn eine Person einen Vermögenswert bei den Steuerbehörden nicht als Geschäftsvermögen angibt und sich damit zumindest implizit darauf beruft, einer selbständigen Erwerbstätigkeit nachzugehen, um in steuerrechtlicher Hinsicht zu profitieren, und dann im AHV-Beitragsverfahren geltend macht, es bestehe keine selbständige Erwerbstätigkeit, um so den entsprechenden beitragsrechtlichen Folgen zu entgehen (E. 3.3.1.4; das Bundesgericht bezieht sich in diesem Entscheid allerdings auf das Gebot von Treu und Glauben und nicht auf das Rechtsmissbrauchsverbot).

2.3.4 Weitere Fälle

1. Laut Art. 685a Abs. 1 OR können die Statuten einer AG bestimmen, dass Namenaktien nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragen werden dürfen. Die AG darf das Gesuch um Zustimmung gemäss Art. 685b Abs. 1 OR bei nicht börsenkotierten Namenaktien lediglich dann ablehnen, wenn sie sich auf wichtige Gründe berufen kann oder ein Übernahmeangebot zum wirklichen Wert der Aktien vorlegt. In letzterem Fall müssen keine Gründe genannt werden, geschweige denn wichtige Gründe vorliegen. Der Entscheid, mit dem die AG einen Erwerber durch Vorlage eines solchen Übernahmeangebots ablehnt, darf gemäss *BGE 145 III 351 ff.* immerhin nicht rechtsmissbräuchlich sein. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt ein offenkundiger Rechtsmissbrauch vor, «wenn der Entscheid sich nicht durch vernünftige wirtschaftliche Erwägungen rechtfertigen lässt bzw. keine in der Interessensphäre der Gesellschaft liegenden vertretbaren Gründe gegen die Anerkennung des Erwerbers sprechen oder die Interessen der Minderheit offensichtlich beeinträchtigt und Sonderinteressen der Mehrheit ohne Grund bevorzugt werden». Massgebend für die Rechtfertigung eines Beschlusses mittels vernünftiger wirtschaftlicher Erwägungen sind die Interessen der Gesellschaft und der Gesamtheit der Aktionäre (E. 3.2; Rechtsmissbrauch in casu verneint).

2. Gemäss Art. 92 Abs. 1 Ziff. 9a SchKG ist die AHV-Rente unpfändbar. Diese absolute Unpfändbarkeit steht gemäss *BGE 144 III 407 ff.* unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs. Handelt es sich bei der Rente um die einzige «fassbare» Einkommensquelle des Schuldners (zum Beispiel weil er lediglich faktisch am hohen Lebensstandard seines Ehepartners teilhat), kann der Gläubiger sich auf Art. 2 Abs. 2 ZGB berufen. Das Gericht hat dann zu prüfen, ob die Anrufung von Art. 92 Abs. 1 Ziff. 9a SchKG im konkreten Fall offensichtlich rechtsmissbräuchlich ist (E. 4.2 und 4.3; Rechtsmissbrauch in casu verneint).

3. Nach Art. 191 SchKG kann ein Schuldner selbst die Konkursöffnung beantragen, indem er sich beim Gericht zahlungsunfähig erklärt. Das Gericht eröffnet den Konkurs, wenn keine Aussicht auf eine Schuldenbereinigung besteht. Ein solches Verfahren rechtfertigt sich nach *BGE 145 III 26 ff.* unter der Voraussetzung, dass der Schuldner einen wirtschaftlichen Neustart anstrebt. Es darf ausserdem nicht darum gehen, einen einzelnen Gläubiger zu schädigen. Gibt ein (pensionierter) Schuldner die Insolvenzerklärung einzig deshalb ab, um die zu Gunsten des allein betreibenden Gläubigers verfügte Verdienstpfindung zu Fall zu bringen und mehr zum Leben zu haben als lediglich das Existenzminimum, handelt er rechtsmissbräuchlich (E. 2.2).

4. Das Bundesgericht bezeichnet in *BGE 144 II 49 ff.* in Fortführung seiner Rechtsprechung zum Zweitwohnungsgesetz⁵⁷ die Gesetzesumgehung als Sonderform des Rechtsmissbrauchs. Eine Anwendung der umgangenen Norm setzt damit voraus, dass der Rechtsmissbrauch offensichtlich ist (E. 2.2; vgl. auch den ebenfalls im Zusammenhang mit dem Zweitwohnungsgesetz ergangenen *BGE 145 II 99 ff.* [101 f.], E. 3.1 und 3.3). Demgegenüber geht die ganz überwiegende Lehre davon aus, dass Gesetzesumgehungen über Art. 1 ZGB zu regeln sind und Art. 2 Abs. 2 ZGB nur ganz ausnahmsweise zur Anwendung kommt, nämlich wenn ein Vorgehen nach Art. 1 ZGB (Auslegung bzw. Lückenfüllung) im konkreten Fall zu keiner sachgerechten Lösung führt.⁵⁸

⁵⁷ BG über Zweitwohnungen (Zweitwohnungsgesetz, ZWG) vom 20. März 2015 (SR 702).

⁵⁸ Vgl. etwa STEINAUER (Fn. 26), Nr. 504 mit Hinweisen.

3. Der Schutz des guten Glaubens (Art. 3 ZGB)

Art. 3 ZGB wurde in der Berichtsperiode nur in einem einzigen (publizierten) Entscheid thematisiert. In *BGE 146 III 121 ff.* befasst sich das Bundesgericht mit Abs. 2 der Norm, wonach sich nicht auf seinen guten Glauben berufen darf, wer bei der Aufmerksamkeit, die aufgrund der Umstände von ihm verlangt werden darf, nicht gutgläubig sein konnte. Konkret geht es um den Missbrauch einer Vollmacht, also um den Fall, dass der Vertreter von vornherein nicht die Absicht hat, im Interesse des Vertretenen zu handeln, sondern lediglich den Anschein der dem Dritten mitgeteilten Vollmacht ausnutzt, um ausschliesslich in seinem eigenen Interesse tätig zu werden. Informiert der Vertretene die Drittperson schriftlich über den Umfang der Vollmacht des Vertreters, ist er nach der Rechtsprechung grundsätzlich an die vom Vertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäfte gebunden, sofern diese zumindest abstrakt und objektiv vom Umfang der schriftlich mitgeteilten Vollmacht abgedeckt sind. Vorbehalten bleibt immerhin der Fall, dass die Drittperson bösgläubig ist oder sich nicht auf ihren guten Glauben berufen darf (E. 3.2.3). Diese Rechtsprechung gilt auch für eine Bankvollmacht, die der Vertretene dem Vertreter in aller Regel auf einem vorgedruckten, von der Bank erstellten Formular einräumt. Massgebend für die nach Art. 3 Abs. 2 ZGB erforderliche Aufmerksamkeit sind die konkreten Umstände des Einzelfalls. Damit kann sich eine Bank nicht darauf berufen, sie müsse nur dann eingreifen, wenn sie sicher sei, dass der Vertreter zum Nachteil des Vertretenen handle (E. 3.2.4). Im zu beurteilenden Fall hat der Vertreter gestützt auf eine schriftliche Generalvollmacht eine beträchtliche Summe veruntreut, indem er wiederholt Geld vom Konto der Vertretenen auf sein eigenes Konto transferierte und es dadurch schliesslich leerte, unter anderem um den Kauf verschiedener Liegenschaften zu finanzieren. Die involvierte Bank befand sich in einem offensichtlichen Interessenkonflikt, da der Vertreter sein Konto ebenfalls bei ihr führte und der veruntreute Betrag ihr als Sicherheit für Darlehen diente, die sie dem Vertreter eingeräumt hatte. Verschiedene Bankangestellte hatten Zweifel an der Rechtmässigkeit gewisser Transaktionen. Unter diesen Umständen hätte die Bank mit der vertretenen Kundin Kontakt aufnehmen müssen, um abzuklären, ob diese mit den Transaktionen einverstanden war. Da

sie das unterlassen hat, kann sie sich nicht auf ihren guten Glauben berufen (E. 3.4).⁵⁹

4. Bundesprivatrecht und kantonales öffentliches Recht (Art. 6 ZGB)

1. Gemäss Art. 6 ZGB werden die Kantone in ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen nicht beschränkt. Allerdings überschreiten sie «ihre Befugnisse, wenn sie dort legiferieren, wo der Bundesgesetzgeber ein Gebiet selber abschliessend geregelt hat, wenn die von ihnen erlassenen Bestimmungen nicht durch ein schutzwürdiges öffentliches Interesse gedeckt sind und wenn sie dem Sinn und Geist des Bundeszivilrechts widersprechen oder dessen Anwendung vereiteln» (BGE 146 III 377 ff. [379], E. 3.3; vgl. auch BGE 146 I 70 ff. [74], E. 5.2.1).

2. In der Berichtsperiode hat das Bundesgericht folgende Fragen im Zusammenhang mit dem Verhältnis zwischen Bundesprivatrecht und kantonalem öffentlichem Recht beurteilt:

- In *BGE 145 I 73 ff.* beschäftigt sich das Bundesgericht mit der Frage, ob die Regelung des Kantons Neuenburg hinsichtlich der *Errichtung von Lagerplätzen fahrender Gemeinschaften* gegen den bundesprivatrechtlichen Grundsatz der Vertragsfreiheit verstösst. Art. 12 Abs. 1 des Gesetzes über Lagerplätze fahrender Gemeinschaften⁶⁰ verpflichtet nämlich den Eigentümer eines ausserhalb der Zone «fahrende Gemeinschaften» liegenden Grundstücks auf der einen und die Vertreter einer fahrenden Gemeinschaft auf der anderen Seite, einen schriftlichen Rahmenvertrag abzuschliessen, damit ein Lager errichtet werden darf. Die Bestimmung verfolgt gemäss Bundesgericht ein schutzwürdiges öffentliches Interesse. Der Rahmenvertrag ermöglicht es den fahrenden Gemeinschaften, ihre Lebensweise zu praktizieren, da er – ohne dass eine Baubewilligung vorliegt – eine zeitlich begrenzte Abweichung von der bestehenden

⁵⁹ Vgl. zu dieser Entscheidung auch JÖRG SCHMID, ZBJV 157 (2021), S. 341 ff. (347 f.).

⁶⁰ Loi sur le stationnement des communautés nomades (LSCN) du 20 février 2018 (RSN 727.2).

Zonenordnung gestattet. Die Verpflichtung zum Abschluss eines Rahmenvertrags verletzt damit den Grundsatz der Vertragsfreiheit nicht (E. 6.3).

- Das Verbot, auf kantonaler Ebene in Bereichen zu legiferieren, die das Bundesrecht abschliessend regelt, gilt gemäss *BGE 146 I 70 ff.* dann nicht, wenn der Kanton mit der Legiferierung ein anderes Ziel verfolgt als der Bundesgesetzgeber (E. 5.2.1). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung haben die Kantone nicht das Recht, direkt in die Verträge zwischen Vermieter und Mieter einzugreifen, da das Bundesrecht dieses Gebiet abschliessend regelt. Hingegen steht es ihnen frei, zur *Bekämpfung des Mangels an preisgünstigen Mietwohnungen* verhältnismässige Massnahmen zu ergreifen, auch wenn sich diese indirekt auf das Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter auswirken können (E. 5.2.2). Bei den Regeln zum Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen im Zusammenhang mit der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen (Art. 269 ff. OR) geht es darum zu verhindern, dass der Vermieter im Einzelfall zum Nachteil des Mieters eine übermässige Rendite aus dem Mietobjekt erzielt; die Bestimmungen haben hingegen nicht zum Ziel, dem Vermieter eine Rendite in bestimmter Höhe zu garantieren. Massnahmen auf kantonaler oder kommunaler Ebene, die das knappe Angebot an preisgünstigen Mietwohnungen erhalten oder erhöhen wollen, verfolgen eine andere Stossrichtung als die Art. 269 ff. OR. An derartigen Massnahmen besteht nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung selbst dann ein schutzwürdiges öffentliches Interesse, wenn vom vergünstigten Wohnraum nicht nur Personen profitieren, die über ein tiefes Einkommen verfügen (E. 5.2.3). Die in Art. 16b der Bauordnung der Stadt Bern⁶¹ vorgesehene Regelung über den Schutz von bestehendem und die Erstellung von preisgünstigem Wohnraum zielt darauf ab, das knappe Angebot an solchen Mietwohnungen in der Stadt zu erhöhen und das Bedürfnis der Bevölkerung nach einem ausreichenden Angebot an Mietwohnungen im entsprechenden Preissegment zu befriedigen. Die in dieser Regelung vorgesehenen Massnahmen haben nicht primär den Zweck, im Einzelfall missbräuchlich hohe Mietzinsen zu bekämpfen. Das Bundesprivatrecht lässt damit Raum für die

61 Bauordnung der Stadt Bern (BO) vom 24. September 2006 (SSSB 721.1).

in Art. 16b BO vorgesehenen, im öffentlichen Interesse stehenden Massnahmen. Daran ändert auch nichts, dass sich die Norm indirekt auf das Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter auswirken vermag, da der Vermieter von betroffenen Mietwohnungen allenfalls gezwungen sein könnte, seinen Mietzins zu reduzieren (E. 5.3). Sollte sich das Problem des ungenügenden Angebots an preisgünstigen Mietwohnungen dereinst entschärfen und das öffentliche Interesse an den Massnahmen damit dahinfallen, wäre Art. 16b BO nicht mehr anzuwenden (E. 5.4).

5. Beweisrecht (Art. 8 und 9 ZGB)

Seit Inkrafttreten der ZPO am 1. Januar 2011 finden sich auf eidgenössischer Ebene über Art. 8 ZGB hinaus weitere Regeln zum Beweis (Art. 150 ff. ZPO). In Bezug auf die Beweislast und ihre Verteilung sowie das Beweismass bleibt Art. 8 ZGB jedoch die Grundregel.⁶² Zum Beweisrecht finden sich in der Berichtsperiode zahlreiche Entscheide. Die folgenden Ausführungen behandeln nur solche, in denen das Bundesgericht ausdrücklich auf Art. 8 ZGB Bezug nimmt oder sich zumindest nicht ausschliesslich auf die Bestimmungen der ZPO abstützt.

5.1 Allgemeine Bemerkungen zum Beweis

1. Der Wille einer Partei ist als innere Tatsache einem direkten Beweis nicht zugänglich. Er lässt sich direkt nur durch Parteiaussage und ansonsten durch Rückschlüsse aus dem äusseren Verhalten einer Person oder gestützt auf die Umstände beweisen (BGE 145 III 1 ff. [4 f.], E. 3.3).

2. Der Umfang des eingeklagten materiellen Anspruchs hat insofern einen Einfluss auf den Anspruch auf Beweisabnahme im Prozess im Sinn von Art. 8 ZGB und Art. 152 ZPO, als nur rechtserhebliche, streitige Tatsachen Gegenstand des Beweises bilden (BGE 147 III 139 ff. [143], E. 1.7.1).

⁶² JÜRGEN BRÖNNIMANN, Berner Kommentar zur ZPO, Band II, 2. A., Bern 2026, N 8 der Vorbem. zu Art. 150–193 ZPO.

5.2 Beweislastverteilung

5.2.1 Im Allgemeinen

1. Gemäss Art. 8 ZGB hat grundsätzlich derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Die Norm regelt die Frage, wen die Folgen der Beweislosigkeit treffen (sog. objektive Beweislast).⁶³ Die Frage nach der Beweislastverteilung stellt sich lediglich dann, wenn eine zu beweisende Tatsache nicht erwiesen ist (BGE 146 III 403 ff. [412], E. 10.3.2.2).

2. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen beweisen. Die Beweislast für rechtsvernichtende oder rechtshindernde Tatsachen trifft hingegen diejenige Partei, die sich auf den Untergang des Anspruchs beruft oder aber bestreitet, dass der Anspruch entstanden oder durchsetzbar ist.⁶⁴ Bei den Voraussetzungen der Urteilsunfähigkeit handelt es sich um rechtshindernde Tatsachen (BGE 144 III 264 ff. [271 f.], E. 6.1.2); Entsprechendes gilt für Tatsachen, welche zur Nichtigkeit eines Vertrags aufgrund von Form- oder Inhaltsmängeln führen (BGE 144 III 462 ff. [466 f.], E. 3.3.2).

3. Aus der Berichtsperiode lassen sich folgende Anwendungsbeispiele aufführen:

- Wer gestützt auf Art. 527 Ziff. 1 ZGB die *Herabsetzung* einer nicht der Ausgleichung unterworfenen Zuwendung verlangt, muss gemäss *BGE 145 III 1 ff.* beweisen, dass der Erblasser das fragliche Geschäft bei Vertragsschluss als (zumindest teilweise) unentgeltliches erkannt hat und insofern einen Zuwendungswillen hatte (insbesondere E. 3.2 und 3.3 in fine).
- Übergibt jemand einer anderen Person einen Geldbetrag und verlangt zu einem späteren Zeitpunkt dessen *Rückzahlung* mit der Begründung, es handle sich um ein Darlehen (Art. 321 OR), muss er nach *BGE 144 III 93 ff.* die Umstände beweisen, die darauf schliessen lassen, dass die Parteien eine Rückerstattungspflicht vereinbart haben. Ausnahmsweise kann der blosser Um-

⁶³ Vgl. statt vieler HANS PETER WALTER, *Berner Kommentar*, Bern 2012, N 171 zu Art. 8 ZGB.

⁶⁴ Vgl. etwa die Hinweise bei STEINAUER (Fn. 26), Nr. 697.

stand, dass eine Person eine Geldsumme erhält, ausreichen, um das Bestehen einer Rückerstattungspflicht anzunehmen; Voraussetzung dafür ist, dass sich die Übergabe des Geldes vernünftigerweise nicht anders als mit der Gewährung eines Darlehens erklären lässt (E. 5.1.1).

- Macht ein Arbeitgeber die *Arbeitnehmerhaftung* nach Art. 321e OR geltend, ist er laut *BGE 144 III 327 ff.* beweispflichtig für die Vertragsverletzung, den Schaden und den Kausalzusammenhang; der Arbeitnehmer hat die Möglichkeit, den Exkulpationsbeweis zu erbringen (E. 4.2.1). Entsprechendes gilt gemäss *BGE 147 III 463 ff.* bei der *Haftung des Beauftragten* nach Art. 398 OR (E. 4.1).
- Im Fall einer zwischen Finanzdienstleisterin und Kunden vereinbarten *Risikotransferklausel*, wonach der Kunde den aus einer fehlenden Legitimation des Auftraggebers oder aus der Fälschung von Überweisungsaufträgen resultierenden Schaden zu tragen hat, sofern die Finanzdienstleisterin kein grobes Verschulden trifft, liegt die Beweislast für ein derartiges Verschulden gemäss *BGE 146 III 326 ff.* beim Kunden (E. 6.2 in fine; vgl. zu diesem Entscheid auch oben 1.3.4).

4. Der Umstand, dass eine negative Tatsache bewiesen werden muss, hat grundsätzlich keine Auswirkung auf die Beweislast. Die Schwelle der rechtsgenügenden Beweiserhebung muss allerdings vernünftig angesetzt werden. Obliegt der beweisbelasteten Partei der in der Regel äusserst schwer zu erbringende Beweis des Nichtvorhandenseins einer Tatsache, muss die Gegenpartei nach Treu und Glauben bei der Beweisführung verstärkt mitwirken (*BGE 147 III 139 ff.* [145 f.], E. 3.1.2).

5. Welche Partei im konkreten Fall die *Beweisführungslast* trifft, hängt davon ab, ob die Verhandlungs- oder die Untersuchungsmaxime gilt.⁶⁵ Der Verhandlungsgrundsatz kann durch eine gerichtliche Frage- und Hinweispflicht gemildert werden. Bemüht sich das Gericht in einem solchen Fall erfolglos darum, die tatsächlichen Entscheidgrundlagen zu beschaffen, und gelingt es ihm deshalb nicht,

⁶⁵ ALEXANDRA JUNGO, Zürcher Kommentar, Zürich/Basel/Genf 2018, N 125 zu Art. 8 ZGB.

das Bestehen einer für den Entscheid erheblichen Tatsache zu bejahen oder zu verneinen, urteilt es gestützt auf Art. 8 ZGB nach Beweislastgesichtspunkten (BGE 145 III 474 ff. [486], E. 5.7.2 in fine im Zusammenhang mit der gerichtlichen Genehmigung einer antizipierten Vereinbarung über die Scheidungsfolgen).

6. Die in Art. 8 ZGB enthaltenen allgemeinen Beweislastregeln finden auch im öffentlichen Recht Anwendung (BGE 144 II 332 ff. [337 f.], E. 4.1.3 mit Bezug auf das Altlastenrecht; BGE 146 II 6 ff. [10], E. 4.2 und 147 II 338 ff. [344], E. 3.2 mit Bezug auf das Steuerrecht).

5.2.2 Beweiserleichterung durch tatsächliche Vermutungen

1. Wie eine gesetzliche Vermutung kann eine tatsächliche (auch: natürliche) Vermutung, also eine Vermutung, die «auf einer als durchgesetzt gewerteten Lebenserfahrung» beruht (BGE 147 III 73 ff. [76], E. 3.3), für die beweisbelastete Person eine Beweiserleichterung bedeuten. Voraussetzung dafür ist immerhin, dass es sich um einen sog. allgemeinen Erfahrungssatz handelt, der generell für gleichgelagerte Fälle Geltung beansprucht (tatsächliche Vermutung mit normativer Bedeutung).⁶⁶

2. Aus der Berichtsperiode lassen sich in diesem Zusammenhang folgende Fälle nennen:

- Gemäss *BGE 144 III 264 ff.* geht der Gesetzgeber zum Schutz von Vertrauen und Verkehrssicherheit ohne jeden weiteren Beweis von der *Urteilsfähigkeit volljähriger Personen* aus.⁶⁷ Damit muss einen Schwächezustand im Sinn von Art. 16 ZGB und die daraus resultierende Beeinträchtigung der Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln, beweisen, wer sich auf die Urteilsunfähigkeit der Person beruft (E. 6.1.2). Befand sich die volljährige Person allerdings im Moment der zu beurteilenden Handlung ihrer allgemeinen Verfassung nach bewiesenermassen in einem dauernden Schwächezustand im Sinn von Art. 16 ZGB, welcher nach der allgemeinen Lebenserfahrung ein vernunftgemässes

⁶⁶ Vgl. dazu etwa STEINAUER (Fn. 26), Nr. 655.

⁶⁷ In früheren Entscheiden hat das Bundesgericht nicht auf den Gesetzgeber verwiesen, sondern ist von einer tatsächlichen Vermutung ausgegangen; vgl. etwa BGE 134 II 235 ff. (240), E. 4.3.3; 124 III 5 ff. (8), E. 1b.

- Handeln nicht zulässt, besteht die tatsächliche Vermutung, dass die Person bezüglich der streitigen Rechtshandlung urteilsunfähig war. Von dieser Vermutung betroffen sind namentlich Personen in einem dauerhaften Zustand eines (alters- oder krankheitsbedingten) geistigen Abbaus. Wer sich auf die Urteilsfähigkeit einer solchen Person beruft, kann die Vermutung entkräften, indem er ein luzides Intervall darlegt oder aufzeigt, dass die Person trotz ihres Allgemeinzustands hinsichtlich der streitigen Handlung vernunftgemäss handeln konnte (E. 6.1.3).
- In *BGE 147 III 433 ff.* präzisiert das Bundesgericht seine Rechtsprechung zur Verteilung der Beweislast bei einer *Anfechtung des Anfangsmietzinses* gestützt auf Art. 270 OR. Während es in *BGE 139 III 13 ff.* noch festgehalten hat, die Missbräuchlichkeit sei vom Mieter zu beweisen, der Vermieter habe bei einer massiven Erhöhung aber die Pflicht, Gegenbeweise anzubieten und aufzuzeigen, dass es sich entgegen dem Anschein um einen Ausnahmefall handle,⁶⁸ geht es nunmehr davon aus, dass bei einer im Vergleich zum Vormietverhältnis erheblichen Erhöhung des Mietzinses eine tatsächliche Vermutung der Missbräuchlichkeit besteht (E. 3.3.1 in fine). Erheblich ist eine Erhöhung, die 10% deutlich übersteigt und sich nicht durch die Entwicklung des Referenzzinssatzes bzw. der schweizerischen Konsumentenpreise erklären lässt (E. 3.3.2 in fine). Allerdings darf vom Vermieter nicht der volle Beweis dafür verlangt werden, dass der Anfangsmietzins nicht missbräuchlich ist. Das wäre nur unter der Voraussetzung zulässig, dass eine Umkehr der Beweislast oder eine rechtliche Vermutung besteht. Tatsächlich hält die einschlägige Botschaft aber ausdrücklich fest, dass die Beweislast für die behauptete Missbräuchlichkeit beim Mieter liegt. Es genügt deshalb, dass der Vermieter im Fall einer erheblichen Erhöhung beim Gericht begründete Zweifel daran weckt, dass die tatsächliche Vermutung der Missbräuchlichkeit richtig ist (E. 4.2).
 - Beansprucht eine versicherte Person *Krankentaggelder*, muss sie nachweisen, dass sie ohne Krankheit einer Erwerbstätigkeit nachgehen würde. Das Bundesgericht bestätigt in *BGE 147 III 73 ff.* seine Rechtsprechung, wonach die versicherte Person,

68 Vgl. zu diesem Entscheid auch BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, ZBJV 150/2014, S. 555 ff. (581, 603 und 605).

sofern sie im Zeitpunkt der Erkrankung nicht arbeitslos war, von der tatsächlichen Vermutung profitiert, dass sie ohne Krankheit erwerbstätig wäre (E. 3.2). Es präzisiert diese Rechtsprechung, indem es festhält, dass die Vermutung immerhin nur dann zum Zug kommt, wenn die Person arbeitsunfähig geworden ist, bevor sie durch Kündigung ihre Arbeit verloren hat. Die Vermutung indiziert bei einer solchen Konstellation ausserdem eine weitere Erwerbstätigkeit im bisherigen Arbeitsverhältnis und zum bisherigen Lohn. Das ist nicht der Fall, wenn die Arbeitsunfähigkeit erst nach der Kündigung eingetreten ist. War die gekündigte Person immer erwerbstätig, spräche allenfalls auch hier die Lebenserfahrung für eine Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit, sobald die Person ihre Arbeitsfähigkeit wiedererlangt. Hingegen lässt sich nicht aus der Lebenserfahrung ableiten, dass dies zum gleichen Lohn wie bei der verlorenen Arbeitsstelle der Fall wäre (E. 3.2 und 3.3).

5.3 Beweismass

1. Grundsätzlich gilt ein Beweis dann als erbracht, wenn das Gericht vollkommen davon überzeugt ist, dass eine behauptete Tatsache vorliegt.⁶⁹ Dieses Regelbeweismass wird herabgesetzt, wenn eine sog. Beweisnot vorliegt, wenn also nach der Natur der Sache ein strikter Beweis unmöglich oder unzumutbar ist. Das ist namentlich der Fall, wenn sich die von der beweisbelasteten Partei behaupteten Tatsachen lediglich über Indizien, also nur mittelbar, beweisen lassen. Blosser Beweisschwierigkeiten im Einzelfall reichen demgegenüber nicht aus. Ist das Beweismass auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit herabgesetzt, gilt der «Beweis als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen» (BGE 144 III 264 ff. [269 f.], E. 5.2 und 5.3).

2. Für die Berichtsperiode hat sich dem Bundesgericht die Frage nach dem Beweismass insbesondere in folgenden Entscheiden gestellt:

69 Vgl. etwa JUNGO (Fn. 65), N 37 zu Art. 8 ZGB mit Hinweisen.

- Mit Bezug auf die *Urteilsfähigkeit* einer Person trägt das Bundesgericht in *BGE 144 III 264 ff.* dem Umstand Rechnung, dass es zwar viele, aber dennoch typisierbare Sach- und Verfahrenslagen gibt. Es gilt das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit, wenn der Geisteszustand einer bereits verstorbenen Person zu beurteilen ist. Geht es hingegen um eine noch lebende Person, hat das Gericht im konkreten Fall zu prüfen, welches Beweismass anzulegen ist. Das herabgesetzte Beweismass muss bei einem neunzig Jahre alten, bettlägerigen Mann zum Zug kommen, wenn dieser bzw. sein Umfeld bei der relativ kurz nach der streitigen Handlung erfolgenden ärztlichen Untersuchung keine weiteren Abklärungen zulässt und die Gerichtsgutachterin keine testpsychologischen Instrumente einsetzen kann, weil der Patient nicht in der Lage ist, einen Stift zu führen, und seine Sprachfunktion deutlich eingeschränkt ist. Das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit findet ebenfalls Anwendung bei einer Person, die acht Jahre zuvor im Alter von zwölf Jahren eine unerlaubte Handlung begangen hat, sowie bei einer neunzigjährigen Schenkerin mit Bezug auf eine drei Jahre früher vorgenommene Schenkung. Hingegen gilt das Regelbeweismass, wenn Ehegatten als Werkeigentümer mit einem Generalunternehmer einen Vergleich schliessen und nur wenige Tage später mit Revision geltend machen, der gerichtliche Vergleich sei wegen eigener Urteilsunfähigkeit unwirksam (E. 5.4 und 5.5).
- Zwei Entscheide befassen sich mit der *Festsetzung des Schadens* nach Art. 42 OR. Für den Fall, dass sich ein Schaden ziffernmässig nicht nachweisen lässt, weil ein strikter Beweis nach der Natur der Sache unmöglich oder unzumutbar ist, sieht Abs. 2 der Norm eine Beweiserleichterung vor. Das bedeutet nach *BGE 144 III 155 ff.* allerdings nicht, dass die geschädigte Person Forderungen in beliebiger Höhe stellen kann, ohne dazu nähere Angaben zu machen. Vielmehr muss sie, soweit es ihr möglich und zumutbar ist, sämtliche Umstände behaupten, die für den Bestand eines Schadens sprechen und die Schätzung von dessen Umfang erlauben. Tut sie dies nicht, kommt die Beweiserleichterung von Art. 42 Abs. 2 OR nicht zum Zug (E. 2.3 mit Hinweisen). Werden im Rahmen einer Anlageberatung Anlagen vertragswidrig getätigt und lassen sich die pflichtwidrigen

Transaktionen einzeln bestimmen, muss der aus diesen Transaktionen folgende Schaden je gesondert behauptet und bewiesen werden; es ist in diesem Fall nicht zulässig, den Schaden anhand des Verlusts zu berechnen, der im gesamten, beim Vertragspartner deponierten Vermögen aufgetreten ist (E. 2.3.4 und 2.3.5). Gemäss *BGE 147 III 463 ff.* liegt keine Beweisnot vor und fällt eine Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR ausser Betracht, wenn eine Bank einen Auftrag zum Kauf oder Verkauf börsenkotierter Aktien nicht ausführt, da sich deren Kurs an einem bestimmten Datum und damit auch der Schaden ohne Weiteres beziffern lassen (E. 4.2.3).

5.4 Beweis mit öffentlicher Urkunde

Nach Art. 9 Abs. 1 ZGB erbringen öffentliche Urkunden für die durch sie bezeugten Tatsachen vollen Beweis, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhalts nachgewiesen ist. Diese verstärkte Beweiskraft bezieht sich nur auf diejenigen Tatsachen, welche in der öffentlichen Urkunde als richtig bescheinigt werden, also auf das, was die Urkundsperson durch eigene Wahrnehmung festgestellt hat oder auf seine Richtigkeit hin überprüfen muss; in letzterem Fall gilt die erhöhte Beweiskraft unabhängig davon, ob die Prüfung erfolgt ist oder nicht. Der nicht verifizierte Inhalt eidesstattlicher Erklärungen oder von öffentlich beurkundeten Inventaren, die lediglich nicht überprüfte oder nicht überprüfbare Angaben der beteiligten Personen wiedergeben, fällt nicht unter Art. 9 Abs. 1 ZGB (*BGE 144 IV 13 ff. [16]*, E. 2.2.4 mit Bezug auf die eidesstattliche Erklärung [Affidavit], Anlageberater einer bestimmten Person zu sein).