
"Drittwirkung der Grundrechte"?

Überlegungen zu "Streikrecht" und "Drittwirkung" i. S. von BGE 111 II 245-259

I. Vorbemerkungen

Wie bereits im 19. Jahrhundert verstand man bis in die jüngere Vergangenheit die verfassungsmässigen Rechte des Bürgers vorab als *Freiheitsrechte*, die, privatrechtlich gesprochen, negatorischen Gehalt haben, d. h. den Einzelnen davor schützen, durch staatliches Normsetzen oder Handeln unzulässig beschränkt zu werden. Diesem Verständnis wird neuerdings eine andere Konzeption gegenübergestellt: Jene von der Verfassung gewährten Rechte, die nicht mehr Freiheitsrechte, sondern "*Grundrechte*" heissen, sollen nicht bloss "defensiv", sondern "*konstitutiv*" oder "*institutionell*" verstanden werden: "Grundrechte sind Mass und Ziel staatlicher Ordnung. Sie sollen nicht nur staatlichen Zwang in Schranken halten, sondern es ist ihnen auch ein klarer Auftrag an den Staat zu entnehmen, für die Grundrechtsverwirklichung im weiten gesellschaftlichen Raum (sic!) zu sorgen. Entsprechend beeinflussen Grundrechte die gesamte Rechtssetzung und jede Einzelfallentscheidung; sie sind bei jeder staatlichen Tätigkeit zu berücksichtigen¹."

Eine der Auswirkungen dieses veränderten Verfassungsverständnisses ist nun die Theorie, dass diese neu gedeuteten Grundrechte eine "*Drittwirkung*" oder "*Horizontalwirkung*" in dem Sinne entfalten würden, dass sie sich nicht bloss an den Staat richten, sondern auch von den Privaten zu beachten seien, da "sich die normative Geltung der Grundrechte nicht im vertikalen Verhältnis zwischen Bürger und Staat erschöpfe, sondern auch die horizontalen Rechtsbeziehungen zwischen Privaten erfasse"². Diese Doktrin hat, wenn nicht allgemeine Anerkennung, so doch Eingang in die verfassungsrechtliche Diskussion gefunden³. { 37/38 }

¹ J. P. MÜLLER: Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie (Bern 1982) 8/9 (zit. "Elemente"). In gleichem Sinne P. SALADIN: Grundrechte im Wandel (3. A. Bern 1982) bes. 292 ff.

² J. P. MÜLLER (zit. Anm. 1) 80; weiterhin P. SALADIN (zit. Anm. 1) 307-320. – Von diesen beiden Autoren werden im folgenden noch berücksichtigt: J. P. MÜLLER: Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts (Diss. Bern 1964); DERS.: Soziale Grundrechte in der Verfassung? (Referat Schweiz. Juristenverein) ZSR 107 (1973) 690 ff.; J. P. MÜLLER / STEFAN MÜLLER: Grundrechte, Besonderer Teil (Bern 1985) (zit. "Müller, BT"); P. SALADIN: Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern als Gegenstand des Verfassungsrechts, in: FS für H. Hinderling (Basel 1976) 175-212 (zit. "Familie").

³ Vgl. neben den vorstehend genannten insbes. G. MÜLLER: Die Drittwirkung der Grundrechte, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung 79 (1978) 235 ff.; U. HÄFELIN / W. HALLER: Schweizerisches Bundesstaatsrecht (Zürich 1984) N. 1105-1117; Y. HANGARTNER: Grundzüge des schweiz. Staatsrechts, Bd. II: Grundrechte (Zürich 1982) 50-54; J.-F. AUBERT: Traité de droit constitutionnel suisse, Supplément 1967-1982 (Neuenburg 1982) 201 ff. Während bei den drei erstgenannten Werken eine kritisch differenzierende Haltung vorwiegt, ist das letztgenannte deutlicher ablehnend. Ebenso K. WESPI: Die Drittwirkung der Freiheitsrechte

Praktische Auswirkungen dieser "Drittwirkungstheorie", d. h. irgendwelcher Einfluss auf den Rechtsgang, waren bisher nicht zu erkennen; die Privatrechtler, Adressaten dieser Lehre, haben bisher von ihr keine⁴ Notiz genommen⁵. Dies hätte auch weiterhin so bleiben können, wenn nicht das Bundesgericht in einem kürzlich veröffentlichten Entscheid Anlass genommen hätte, diese Theorie aufzugreifen (BGE 111 II 245-259; Praxis 1986 Nr. 187). Zur Entscheidung standen die rechtlichen *Folgen eines Streiks*. Aus diesem in der Schweiz seltenen Anlass hat die I. Zivilabteilung des hohen Gerichts tief Luft geholt, um einerseits die Frage einer verfassungsrechtlichen Gewährleistung eines "Streikrechts" zu erörtern und andererseits zu prüfen, ob – eben im Sinne der Theorie der "Drittwirkung" – ein allenfalls bestehendes verfassungsmässiges "Streikrecht" auch die zivilrechtlichen Beziehungen der beteiligten privaten Parteien beeinflussen könne. Diese Ausführungen rufen nach einer Auseinandersetzung, und dies besonders deshalb, weil von der Sache her keinerlei Notwendigkeit bestand, die Fragen "Streikrecht?" und "Drittwirkung?" überhaupt aufzuwerfen, andererseits auf beide Fragen eine abschliessende Antwort nicht erteilt wird. Das Vorgehen des Gerichts kann daher nur als Aufruf zur Stellungnahme an die Wissenschaft verstanden werden, dem um so eher gefolgt werden muss, als das bisherige Stillschweigen der Privatrechtler als deren Zustimmung gedeutet wird⁶.

In der Schweiz kämpfen heute an vorderster Front der Drittwirkungslehre in Bern wirkende Staatsrechtler (die in Anm. 1 genannten Autoren), die ihrerseits in HANS HUBER einen Vorläufer haben⁷. Insgesamt könnte beinahe von einer "Berner Schule" gesprochen werden. Darin vermag der Schreibende allerdings nicht den Anlass einer Pflicht zu erkennen, auf eine kritische Auseinandersetzung zu verzichten; glücklicherweise darf er erwarten, mit einer solchen das freundschaftlich-kollegiale Einvernehmen mit seinen Diskussionspartnern nicht zu gefährden.

(Diss. Zürich 1968). – Zur ganzen Problematik bereits in den sechziger Jahren M. USTERI: Zwischen wirtschaftlicher Kollektiv- und Einzeltyrannie, *Wirtschaft und Recht* 1961, 90 ff.; DERS.: Theorie der Verwaltung in Formen des Privatrechts, *Annuario di dir. comparato e di studi legislativi*, vol. 38 (Rom 1964) 223 ff.

⁴ Nur bedingt macht hievon eine Ausnahme GROSSEN, ZSR 79 (1960) II 15a ff., der im Zusammenhang seines Referates für den Schweizerischen Juristenverein über Persönlichkeitsschutz auf die damals noch embryonale Theorie zu sprechen kommt und Sympathie erklärt. Ob man daraus, mit dem Bundesgericht, Zustimmung zu den heute vertretenen Auffassungen ableiten kann, ist fraglich.

⁵ Ähnlich ist auch die Lage in *Deutschland*, wo die Theorie zur Hauptsache ihren Ursprung hat. In der zivilrechtlichen Diskussion spielt die "Drittwirkungslehre" auch dort keine Rolle; in den folgenden Lehrbüchern wird, durchwegs ohne jede praktische Schlussfolgerung, diese wie folgt erwähnt: ESSER / SCHMIDT: *Schuldrecht I Allg. Teil* (6. A. Heidelberg 1984) §§ 1/II/1, 3/IV/2 (verhältnismässig einlässlicher Hinweis); LARENZ: *Allg. Teil des Deutschen bürgerl. Rechts* (5. A. München 1980) § 4/III, S. 70 ff. (überwiegend ablehnend); DERS.: *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. I (13. A. 1982) (ablehnend); W. FLUME: *Allg. Teil des BGB*, Bd. II (Rechtsgeschäfte) (3. A. 1979) 20-22 (ablehnend); E. WOLF: *Allg. Teil des bürgerl. Rechts* (3. A. 1982) 142 ff., 244 (scharf ablehnend); DERS.: *Lehrbuch des Schuldrechts I. Allg. Teil* (1978) 94 (ablehnend); W. FIKENTSCHER: *Schuldrecht* (7. A. 1985) (keine Erwähnung der Theorie). – Vgl. im übrigen den informationsreichen Überblick von einem Privatrechtler über die Lage in Deutschland: C. W. CANARIS: *Grundrechte und Privatrecht*, AcP 184 (1984) 201-246.

⁶ Vgl. BGE 111 II 255.

⁷ Vgl. HANS HUBER: Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen, ZSR 74 (1955) I 173-207. In gewissem Sinn vorangegangen ist *Hans Merz*, der in seinen, eine Stärkung der Kontrolle der Kartelle postulierenden Publikationen, Art. 31 BV als Argument gebraucht (vgl. die Hinweise bei GROSSEN [zit. Anm. 4] Anm. 57).

II. Zur Theorie der "Drittwirkung"

Die "Lehre von der Dritt- und Horizontalwirkung der Grundrechte", die nach dem hier diskutierten Entscheid (BGE 111 II 253 E. b) auf der "Einsicht" beruht, "dass dem Schwachen Gefährdungen seiner Grundrechte nicht nur durch staatliche Übergriffe, sondern auch durch soziale und gesellschaftliche Macht erwachsen", und die andererseits "Ausdruck eines gewandelten Grundrechtsverständnisses" ist, demzufolge "die Grundrechte elementare Ordnungsprinzipien für die gesamte Rechtsordnung darstellen und daher normierend auch in das Privatrecht eingreifen", ist weder in der Schweiz noch in Deutschland, wo diese Idee ihren Ursprung hat, in einer dogmatisch eindeutig strukturierten Doktrin verkörpert. Das Bundesgericht referiert über die verschiedenen möglichen Verständnisgehalte (ähnlich wie folgend Ziff. 1-3), stellt fest, "eine abschliessende Stellungnahme zu diesen umstrittenen Modalitäten der Drittwirkung ist hier nicht nötig", um schliesslich zu sagen, dass "zumindest die indirekte Drittwirkung im Sinn des Gebots grundrechtskonformer Auslegung privatrechtlicher Normen ... beinahe durchwegs anerkannt" sei (S. 255).

Nach Ansicht des Schreibenden werden drei verschiedene Sachverhalte mit "Drittwirkung" in Zusammenhang gebracht, die wenig gemein haben, daher klar gesondert werden sollten: { **38/39** }

1. Die "direkte Drittwirkung"

Danach sollen die "Grundrechte den Privatrechtsverkehr unmittelbar" binden, die Verfassungsgrundsätze direkt in die privatrechtlichen Beziehungen eingreifen, dies, so muss man beifügen, in Abänderung der durch die Privatrechtsgesetzgebung geschaffenen Rechtslage. Diese Maximalposition wird in der Schweiz kaum offen vertreten⁸. Bezogen auf das schweizerische Verfassungsrecht scheint mir die Feststellung unabweislich, dass die Theorie der "direkten Drittwirkung" mit der Bundesverfassung, Art. 113 Abs. III, nicht vereinbar, d. h. verfassungswidrig ist⁹: Mit einer Durchsetzung der Grundrechte i. S. "direkter Drittwirkung" würde das Bundesgericht der Privatrechtsgesetzgebung, soweit diese nicht grundrechtskonform ist¹⁰ zugunsten des Verfassungsrechts die Anwendung verweigern.

2. "Drittwirkung" der Grundrechte als Anweisung an die Adresse des Gesetzgebers ("gesetzgebungs-programmatische Drittwirkung")

Diese Ausprägung der "Drittwirkungs-Theorie" steht für deren Vorkämpfer im Vordergrund: So sagt J. P. MÜLLER: "In erster Linie ist dem Gesetzgeber aufgetragen, die

⁸ So auch die Beurteilung durch U. HÄFELIN / W. HALLER (zit. Anm. 3) N. 1114. – In Deutschland lehnen die "direkte Drittwirkung" ab MAUNZ / DÜRIG: Komm. zum Grundgesetz (Stand 1985) Art. 1/III N. 128 ff. und STARK: Das Bonner GG, Komm. Mangoldt / Klein, Bd. I. (München 1985) Art. 1 N. 197-200. Anders anscheinend (für Deutschland) teilweise W. LEISNER: Grundrechte und Privatrecht (München 1960).

⁹ So auch HANGARTNER (zit. Anm. 3) 53.

¹⁰ Und nur dieser Fall ist überhaupt der Betrachtung wert: Deckt sich das aus der Privatrechtsgesetzgebung abgeleitete Resultat mit dem, was die Verfassungsrechtler als in der Verfassung niedergelegt erkennen, besteht kein Anlass, sich auf die Verfassung statt auf die einschlägige Gesetzgebung zu berufen. – Nicht erfasst wird vom hier Gesagten der Fall des *Schweigens* der privatrechtlichen Quellen; dazu die folgende Ziff. 3.

privatrechtlichen Beziehungen im Sinne der Grundrechte auszugestalten. Soweit er dieser Aufgabe nachgekommen ist, realisiert sich die Drittwirkung im Wege des Gesetzesvoflzugs"¹¹. P. SALADIN spricht von einer "zunehmenden Bereitschaft, eine Horizontalwirkung der Grundrechte anzuerkennen", und stellt fest: "In den Grundrechten wird – wie in vielen Verfassungsnormen – ein umfassender Gestaltungsauftrag an den Gesetzgeber erkannt"¹²."

Von dieser Lehre braucht der Privatrechtspraktiker keine Notiz zu nehmen, weil der Gesetzgeber deren Adressat ist. Diese Form der "Drittwirkung" darf vom Richter nicht beachtet werden, da er sich an die erlassenen, nicht die zu erlassenden Gesetze zu halten hat. Anders die Wissenschaft, zu deren Aufgaben nicht bloss die Beschreibung des geltenden, sondern auch die Vorbereitung des erst zu setzenden Rechts gehört. Allerdings müssen diese beiden Funktionen klar auseinandergehalten werden, nicht zuletzt im Hinblick auf die unterschiedliche Bedeutung der Publikationen für den Richter.

3. "Drittwirkung" im Bereich der Unbestimmtheit des Privatrechts; "indirekte Drittwirkung"

Es verbleibt als dritte mögliche Erscheinungsform der "Drittwirkung" die teilweise als "indirekt" (oder "mittelbar") bezeichnete Lesart, wonach die Grundrechte im Privatrecht nur dann bedeutsam werden, "wenn die Grundrechte über Generalklauseln, unbestimmte Rechtsbegriffe und andere Formen offener Normierung auf das Privatrecht ausstrahlen"¹³. Soweit unter "Drittwirkung" nichts anderes gemeint ist, bestehen wenigstens dem Grundsatz nach keine Bedenken: Bei der Auslegung soll alles bedacht werden – sogar die Verfassung^{14,15}

Das Gebot der Verfassungskonformität bleibt m. E. nicht auf die Auslegung, d. h. den Fall unklarer oder unbestimmter Erkenntnisgrundlagen, beschränkt, sondern muss noch mehr gelten, wenn eine positivrechtliche Erkenntnisgrundlage überhaupt fehlt, eine *Gesetzeslücke* vorliegt¹⁶.

Sind gegenüber "Drittwirkung", soweit diese als { 39/40 } Postulat verfassungskonformer Gesetzesauslegung oder auch verfassungskonformer Lückenfüllung verstanden wird, keine

¹¹ J. P. MÜLLER, Elemente (zit. Anm. 1) 86.

¹² P. SALADIN (zit. Anm. 1) 308 unten und 309 oben, weiterhin 318.

¹³ GEORG MÜLLER: Drittwirkung der Grundrechte, ZBl 79 (1978) 233-244, hier 241, ähnlich das Bundesgericht im zit. BGE S. 254.

¹⁴ Immerhin muss die Gefahr erkannt werden, dass mit der richterlichen Überprüfung der Verfassungskonformität der Auslegung der Gesetze deren Inhalt selber unter Kontrolle genommen wird, weshalb das Bundesgericht zu Recht Zurückhaltung übt; vgl. dazu P. SALADIN (zit. Anm. 1) 382 f. – Vgl. zur Frage im allgemeinen U. HÄFELIN: Die verfassungskonforme Auslegung, in: Festschrift für Hans Huber (Bern 1981) 241-259.

¹⁵ Der Schreiber darf darauf hinweisen, dass er eine verwandte These bereits in zartem Jugendalter (1953 oder 1954) entwickelt hat, als er, beim Verfassen seiner Doktorarbeit, vor die Aufgabe gestellt wurde, die Methode der Inhaltsbestimmung von OR 20 (Sittenwidrigkeit der Verträge, in casu im Zusammenhang ärztlicher Eingriffe) zu untersuchen und zur Auffassung gelangte, dass *die in der gesamten positiven Rechtsordnung erkennbare Werthierarchie als massgeblich gelten müsse*. Vgl. BUCHER: Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte (Zürich 1956) 225 ff. Dabei wurde allerdings eher an das Strafrecht als an die Verfassung gedacht, da dieses infolge geringerer Abstraktionshöhe eher inhaltliche Rückschlüsse zulässt.

¹⁶ Allerdings darf diese Feststellung nicht zum Anlass genommen werden, überlieferte privatrechtliche Prinzipien, bloss weil sie im Gesetz nicht festgeschrieben sind, als einen Tatbestand traditioneller Lückenfüllung zu deklarieren, um in einer Neuorientierung die Herstellung der Verfassungskonformität zu fordern.

Gegenargumente im Grundsätzlichen erkennbar, wird die Frage entscheidend, ob sich für die Verwirklichung dieser (indirekten, mittelbaren) Drittwirkung Anwendungsbeispiele finden lassen.

III. Kasuistik vorgeschlagener Drittwirkungs-Tatbestände

Im Rahmen der Theorie der "Drittwirkung" ist bis heute keine systematische Darstellung der sich aus ihr für das Privatrecht ergebenden praktischen Auswirkungen vorgelegt worden. In der folgenden Übersicht wird, dem Aufbau der BV folgend, versucht, anhand der verschiedenorts verstreuten Stellungnahmen einen Überblick über den potentiellen Anwendungsbereich der Lehre zu gewinnen und die Beispiele zu würdigen.

1. BV Art. 4; Rechtsgleichheit

Das Rechtsgleichheitsgebot, grundlegendstes aller Verfassungsprinzipien, wird von allgemeiner "Drittwirkung" sogar seitens deren Promotoren dispensiert¹⁷; zu diskutieren bleiben marginale Aspekte^{18, 19}. Der von der Bundesgerichtspraxis aus BV Art. 4 abgeleitete Anspruch auf rechtliches Gehör ist in privatrechtlichen Verhältnissen ohne Gehalt. Zwar wird von J. P. MÜLLER in diesem Zusammenhang eine "Pflicht der Eltern, in wichtigen Angelegenheiten auf die Meinung des Kindes Rücksicht zu nehmen", abgeleitet; das ist indessen hier im Ernst nicht weiter zu verfolgen, da auch dieser Verfasser erkennt, dass der entsprechende Anspruch "gerichtlich kaum durchsetzbar" sei²⁰. Das gleichenorts angeregte "Anhörungsrecht" der Arbeitnehmer zur Vermeidung der Rechtsmissbräuchlichkeit der Kündigung geht an der Sache vorbei: Rechtsmissbräuchlichkeit setzt eine Verletzung zu beachtender materieller Prinzipien voraus, während Gehörsverweigerung eine Verletzung von Formalgrundsätzen ist. Eine materiell nicht rechtsmissbräuchliche Kündigung kann nicht wegen Unterlassung der Anhörung ungültig sein, sowenig eine rechtsmissbräuchliche durch

¹⁷ Vgl. MÜLLER, BT (zit. Anm. 2) 197.

¹⁸ *Keine Betrachtung erfordert* der im Jahre 1981 eingefügte Abs. II von BV Art. 4, der in Satz 3 ("Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit") eine klare arbeitsvertragsrechtliche Norm statuiert, deren ungewohnte Plazierung in der Verfassung keinen eigentlichen "Drittwirkungstatbestand" konstituiert. – Während das weibliche Geschlecht nur in Ausnahmefällen aus der Verfassungsnovelle Nutzen ziehen wird, bekommt es *generell* Nachteile zu spüren, wenn man i. S. aktueller Bestrebungen mit der Verfassung Ernst machen und die AHV-Bezugsalter angleichen will (dabei würde mit gleichem Rentenalter versicherungstechnisch noch keineswegs Gleichstellung verwirklicht; auf Grund der höheren Lebenserwartung müsste das Eintrittsalter höher oder die Renten kleiner sein). Nicht zu sprechen von der Militärdienstpflicht (bzw. der durch BV Art. 4/II verfassungswidrig gewordenen Militärpflichtersatzabgabe) usw. – Was zeigen mag, wie wenig aussichtsreich es ist, gesellschaftliche Verhältnisse mit Verfassungsprinzipien, mögen sie noch so einleuchtend tönen, angemessen zu regeln.

¹⁹ Der Grundsatz der *Gleichbehandlung im Gesellschaftsrecht* kann ebenfalls nicht mit BV Art. 4 in Zusammenhang gebracht werden: Er folgt einerseits aus einleuchtenden und unbestrittenen privatrechtlichen Grundsätzen, ist aber andererseits prinzipiell dispositives Recht (was er, aus der Verfassung abgeleitet, nicht sein dürfte); allfällige der Verzichtbarkeit des Anspruchs auf Gleichbehandlung gesetzte Schranken bedürfen klarer privatrechtlicher Grundlage und können nicht aus BV Art. 4 abgeleitet werden.

²⁰ MÜLLER, BT (zit. Anm. 2) 238.

Anhörung geheilt würde²¹.

2. BV Art. 22^{ter}; Eigentumsgarantie

Vor allem P. SALADIN (zit. Anm. 1, S. 206-210, § 6) behauptet eine "Drittwirkung" der verfassungsmässigen Eigentumsgarantie. Zwar anerkennt auch er als Ausgangspunkt, "dass das Grundrecht der Eigentumsgarantie im Verhältnis unter Privaten durch das Zivilrecht und durch die Zivilprozessordnung aktualisiert werde", verlangt indessen eine "grundrechtskonforme Auslegung" dieser "ausführenden Gesetzgebung" (S. 208). Aber unter den in diesem Zusammenhang von ihm zur Diskussion gestellten Belegen ist ein wirkliches Beispiel von "Drittwirkung" nicht zu erkennen. Die in Anm. 285 bzw. Anm. 175 (S. 168) genannten BGE betreffen die "Entschädigungspflicht des Staates aus übermässigen Immissionen von einem in staatlichem Eigentum stehenden Grundstück auf eine Nachbarliegenschaft", d. h. eine Frage, die man gemeinhin als öffentlich-rechtliche betrachtet. Gleiches gilt für die weiterhin (S. 209) genannten BGE 90 I 184 f. oder BGE 91 I 409 ff., welche die Zulässigkeit der staatsrechtlichen Beschwerde interessierter privater Grundeigentümer gegenüber der Erteilung bzw. Verweigerung von Baubewilligungen an Dritte betreffen.

3. BV Art. 31; Handels- und Gewerbefreiheit (HGF)

P. SALADIN räumt ein, dass die HGF "weder unmittelbar noch mittelbar von Privaten gegenüber anderen { 40/41 } Privaten angerufen" werden kann²². Eine weit zurückreichende Boykott-Rechtsprechung des Bundesgerichts stützte sich denn auch allein auf privatrechtliche Gesichtspunkte (ursprünglich aOR Art. 50, entsprechend heute OR 41, dann ZGB Art. 28), ohne verfassungsrechtlicher Abstützung zu bedürfen²³. Richtig ist allerdings, dass in den Jahren vor Erlass des Kartellgesetzes Literatur²⁴ und Judikatur, um eine Ausweitung des Schutzes vor Kartellen zu erreichen, sich auf BV Art. 31 berufen haben und diese Berufung grundsätzlich auch legitim war; diese Entwicklung kommt mit dem Inkrafttreten des Kartellgesetzes von 1964 zum Abschluss²⁵.

²¹ Abgesehen davon kann mit Bezug auf eine *Kündigung* nur ganz ausnahmsweise von *Rechtsmissbrauch* gesprochen werden; BGE 107 II 171 bejaht dies mehr aus grundsätzlichen Erwägungen, gibt der Feststellung jedoch keine Folge. Weil eine Kündigung, innerhalb der gesetzlichen Schranken, ohne jeden Rechtfertigungsgrund möglich ist, kann ihr auch nicht dessen Fehlen vorgeworfen werden (so verdeutlichend nun BGE 111 II 243).

²² P. SALADIN (zit. Anm. 1) 264; vgl. weiterhin 269 ff., 311.

²³ Vgl. BGE 22 S. 183 f.; 25 II 801, 30 II 282 f. E. 5, 6; vor allem BGE 86 II 374 E. 4 mit abundantem Judikatunachweis. Hier wird auch gesagt: "Diese Bestimmung (sc. BV Art. 31) bietet unmittelbar nur Schutz gegen Eingriffe des Staates ... Sie verrät aber dennoch, dass die schweizerische Wirtschaft auf freiem Wettbewerb beruhen soll." (S. 376).

²⁴ Vgl. Hinweise Anm. 7.

²⁵ Wenn in BGE 92 II 168 ff. tatsächlich die von P. SALADIN (zit. Anm. 1) 274 f. festgestellte Tendenz der *ausweitenden Anwendung des Übervorteilungs-Tatbestandes* von OR 21 zutage treten sollte, dann kann ich darin keinerlei Zusammenhang mit einer "Drittwirkung" der HGF erkennen, abgesehen davon, dass der Entscheid, vorab in seiner Begründung fragwürdig ist. Vgl. dazu die Bemerkungen von H. MERZ in ZBJV 104 (1968) 54 und BUCHER: OR Allgemeiner Teil (Zürich 1979) 203 und Anm. 13.

4. BV Art. 49; Glaubens- und Gewissensfreiheit

P. SALADIN erkennt auch in der "Religionsfreiheit" einen der "Drittwirkung" fähigen Verfassungsgrundsatz (zit. Anm. 1, S. 27-30, § 4). Die angeführten Beispiele vermögen dies nicht zu belegen: BGE 20 S. 274 ff., BGE 20 S. 744 ff. und BGE 49 I 138 ff. betreffen den polizeilichen *Schutz von Versammlungen von religiösen Minderheiten* bzw. die polizeirechtliche Freiheit, derartige Versammlungen oder Prozessionen abzuhalten; Fragen, die so wenig als die vorstehend unter Ziff. 2 genannten als privatrechtliche qualifiziert werden können.

Eine "Drittwirkung" (*in casu* der Glaubens- und Gewissensfreiheit) kann nun allerdings dem Grundsatz nach in BGE 4 S. 434 ff. festgestellt werden, der auch im "Streikrechts- und Drittwirkungs-Entscheid" (BGE 111 II S. 256) als Präjudiz aufgeführt wird. Indessen verbieten es die Umstände des Falles, dem Entscheid mehr denn ein Kuriositäts-Interesse entgegenzubringen: Zu beurteilen war die Scheidungsklage eines Ehemannes, der seine Frau aus dem Haus geworfen hatte, das eingetretene Zerwürfnis mit deren Übertritt zu einer freien Religionsgemeinschaft begründend. Das Bestehen eines konfessionellen Bestimmungsrechtes des Ehemannes war wohl nicht einmal von diesem selber behauptet, jedenfalls aber nicht von den die Klage gutheissenden Vorinstanzen angenommen worden. Der Sinn der Bezugnahme auf BV Art. 49 ist nicht zu ersehen; diese stellt entweder ein Verlegenheitsargument oder – zur Zeit vor Erlass des ZGB! – einen Versuch der Begründung der bundesgerichtlichen Zuständigkeit zur Aufhebung des kantonalen Urteils dar.

5. BV Art. 55; Pressefreiheit

a) Ehrverletzungen

An den Ausgangspunkt zu stellen ist die Erkenntnis, dass eine Verwirklichung des "Drittwirkungs-Postulats" zwangsläufig dazu führen müsste, privatrechtliche Ehrenschaft-Sanktionen (ZGB Art. 28), soweit auf Presseerzeugnisse bezogen, als durch BV Art. 55 überhaupt ausgeschlossen zu betrachten. Da niemand diese Auffassung vertritt, muss *Nichtrealisierbarkeit der Drittwirkung im Bereich des Ehrenschaftes* als hauptsächliches Resultat zur Kenntnis genommen werden.

Nun trifft es allerdings zu, dass eine abundante Bundesgerichtspraxis (vor Erlass des StGB) nicht bei der ursprünglichen Auffassung blieb, wonach die Pressefreiheit nur innerhalb der durch das gemeine (Straf)Recht gezogenen Schranken beansprucht werden könne²⁶, sondern das kantonale (Straf)Recht auf seine Vereinbarkeit mit den Postulaten einer freien Presse überprüf²⁷. Massgeblich werden, unter gebührender Erwähnung der Informationsaufgaben der Presse, die Gesichtspunkte, ob die inkriminierte Äusserung im Hinblick auf diese Informationsaufgabe erfolgt, in welchem Fall eine Bestrafung durch BV Art. 55 ausgeschlossen wird, während bei Fehlen "eines solchen höheren, in gewissem Sinne idealen Zweckes" (BGE 37 I 377) die Berufung auf BV Art. 55 versagt. Die auf Grund dieser Bestimmung unter der Herrschaft kantonalen Rechts ergangenen Entscheidungen können vielleicht noch heute bei der Abgrenzung des durch ZGB Art. 28 verliehenen Schutzes gegen

²⁶ Besonders wichtig BGE II S. 422; ähnlich BGE 8 S. 411; 16 S. 638, 21 S. 364.

²⁷ Leading cases sind BGE 26 I 41, 26 I 292 ff., sodann 37 I 375, 377. Weitere bei P. SALADIN (zit. Anm. 1) 63 lit. d.

Äusserungen der Massenmedien Anregung geben. Nur liegt darin keine "Drittwirkung": Die fraglichen Entscheidungen ergingen in einem verfassungsrechtlichen Konflikt, jenem der Abgrenzung von Bundes(verfassungs)recht und kantonalem (Straf)Recht; wenn das Bundesgericht zu einer Lösung der Abwägung der Schutzwürdigkeit entgegenstehender Interessen (des Betroffenen, der Presse) kommt, ist das eine Methode, die vorab von der Privatrechtsdogmatik entwickelt wurde, der { 41/42 } Handhabung eines Freiheitsrechts wie der Pressefreiheit von Natur aus jedoch fremd ist: Nach dieser soll Sinn und Unsinn, Richtiges und Falsches, Nötiges und Überflüssiges gleichermaßen publiziert werden dürfen; geschützt wird die Freiheit um ihrer selbst willen und ohne Bezugnahme auf inhaltliche Gesichtspunkte, was ja Zensur bedeuten würde, die es durch BV Art. 55 gerade auszuschliessen galt. Als Freiheitsrecht im ursprünglichen Sinn verstanden kann BV Art. 55 für die Handhabung von ZGB Art. 28 keine Anhaltspunkte bieten²⁸, was hier vor allem im Interesse dieser Verfassungsnorm festgestellt sei: Auch in aller Zukunft wird es hoffentlich ein vorbehaltloses Freiheitsrecht bleiben, Unsinn nicht bloss zu sagen, sondern auch zu drucken, ohne dass im "Vertikalverhältnis" zum Staat die – erst im Verhältnis unter Privaten sich rechtfertigende – Abwägung der Legitimität der Publikation überhaupt aufkommen dürfte.

b) Positive Ansprüche abzuleiten aus BV Art. 55?
("Fall Seelig", BGE 80 II 29)

Im auch vom Bundesgericht herangezogenen "*bekanntem Fall Seelig*" (S. 256) hatte der Journalist, der von einem Kinobesitzer nicht zu dessen Vorführungen zugelassen wurde, auf Grund von Art. 28 ZGB in Verbindung mit BV Art. 55 geklagt, war aber abgewiesen worden. Der Entscheid findet entschiedenen Widerspruch²⁹; eine einlässliche Analyse des Problems oder eine Begründung dieser Position des Widerspruches ist dem Schreibenden nicht bekannt.

De lege lata ist der "*Entscheid Seelig*" richtig, und dessen Resultat, ob beliebt oder nicht, bleibt das einzig mögliche. Um Seelig zu helfen, müsste man entweder eine *Kontrahierungspflicht* annehmen oder eine *Durchbrechung der aus den Eigentums- bzw. Besitzverhältnissen fliessenden Wegweisungsbefugnis* als der Möglichkeit, von der Sache (dem Vorführungsraum) jeden, der nicht über einen privatrechtlichen Rechtstitel verfügt, fernzuhalten³⁰. Hinreichende Gründe hiefür sind bis heute weder in der einen noch der anderen Hinsicht genannt worden.

Auch Art. 28 ZGB kann hier keine Hilfe bringen. Die Persönlichkeitsrechte haben wie alle absoluten, d. h. gegen jedermann wirkenden, Rechte nur negativen Gehalt, geben Anspruch auf Unterlassen, nicht auf ein Tun. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz wurde, wenn auch begründeterweise bloss zögernd, bei den Boykott-Fällen gemacht, die aber immer eine ernste

²⁸ Die von P. SALADIN (zit. Anm. 1) 64 angeführten BGE 68 II 131, 71 II 193 und 91 II 401 lassen aus den genannten Gründen nicht Beispiele "einer ausgewogenen verfassungskonformen Interpretation" des Persönlichkeitsschutzes des ZGB erkennen; tatsächlich scheint mir gegenteils ein Zutagetreten privatrechtlicher Gesichtspunkte in einem öffentlich-rechtlichen Zusammenhang vorzuliegen, die Art. 55 BV im Ausgangspunkt fremd sind.

²⁹ J. P. MÜLLER, *Elemente* (zit. Anm. 1) 50; P. SALADIN (zit. Anm. 1) 72, 86, 304, 317.

³⁰ Vgl. BGE 97 I 914. Ähnlich wie das Bundesgericht RGZ 133 S. 388 (1931). – Nicht beipflichten kann ich der (rein privatrechtlichen, auf "Drittwirkung" verzichtenden) ablehnenden Argumentation von P. JÄGGI in SJZ 1954, S. 353-356.

persönliche Beeinträchtigung auf seiten des Verletzten, auf seiten des Verletzers dagegen das Organisieren einer Sperre durch alle Anbieter (Boycott) bzw. die Ausnützung einer Monopolstellung voraussetzte. Keine dieser beiden Voraussetzungen kann im Fall Seelig erkannt werden³¹. – Da der Persönlichkeitsschutz nach ZGB Art. 28 ganz auf Schutz des Einzelnen ausgerichtet ist und allein dessen höchstpersönliche Verhältnisse zu berücksichtigen hat, ist er zum vornherein nicht geeignet, das Allgemeinanliegen einer freien Presse zu schützen³²; aus ZGB Art. 28 lässt sich keine Presseförderungsnorm machen.

Wer *de lege ferenda* das Resultat des "Seelig-Entscheidens" nicht zu akzeptieren bereit ist, muss eine klare rechtliche Grundlage für eine *Kontrahierungspflicht* des Kinobesitzers schaffen. Mit privatrechtlichen Generalklauseln ist dies nicht zu erreichen. Was bleibt, ist die Möglichkeit der *Statuierung durch öffentlich-rechtliche Sondervorschriften*, wie sie bei Transportanstalten, öffentlichen Diensten usw. längst bekannt sind. Es könnte statuiert werden, dass bei von Privaten veranstalteten, gegen Entgelt allgemein zugänglichen Anlässen in näher zu bestimmendem Umfang gegen die übliche Gebühr Pressevertreter zuzulassen seien, ebenso, dass in Gaststätten, im Rahmen der verfügbaren Plätze, jedermann zu beherbergen sei usw. Gegen derartige Vorschriften – über deren Wünschbarkeit sich keine wissenschaftlichen Aussagen machen lassen – wird der Privatrechtler nichts einwenden, falls sie von einem zuständigen Gesetzgeber in gehörigem Verfahren erlassen werden. Nicht akzeptiert werden kann jedoch, wenn eine verfassungsrechtliche Theorie mit der Behauptung an das Privatrecht herantritt, die Pflicht, einen Pressevertreter zum Film (oder den Farbigen in die { 42/43 } Bar, den Ungekämmten ins Luxusrestaurant?) zuzulassen, folge aus der Verfassung und sei i. S. der Lehre von der "Drittwirkung" vom Privatrecht in die Realität umzusetzen.

6. BV Art. 56; Vereinsfreiheit

An "Drittwirkungen" der Vereinsfreiheit erwägt J. P. MÜLLER den "*Anspruch auf Benützung privaten Eigentums*" zur Abhaltung von Versammlungen auf privatem Grund, der jedoch vom Bundesgericht verworfen wird³³, sowie den "*Schutz vor ungerechtfertigtem Ausschluss*" eines Vereinsmitgliedes, der in zwei Fällen (BGE 85 II 525 ff., BGE 90 II 346 ff.) erörtert wurde³⁴. Obwohl diese Entscheidungen im Ergebnis Zustimmung verdienen, kann darin nicht eine Wirkung verfassungsrechtlicher Vereinsfreiheit erkannt werden. Die in ersterem Entscheid (S. 543) verwendete Formel, dass dem Vereinsrecht Genüge getan werde, wenn "Einwendungen in irgendeiner Form" vorgebracht werden könnten, ist zu sehr verallgemeinert, was das Beispiel der zweifelsfrei möglichen rein geselligen Vereinigungen, bei denen eine von jeder sachlichen Begründung losgelöste

³¹ Die im Kino "Studio 4" gezeigten Filme konnten wohl auch in anderen Städten gesehen werden.

³² Eine hinreichend ernsthafte "persönliche Beeinträchtigung" i. S. der früheren Boycott-Rechtsprechung (vgl. BGE 22 S. 183 f.; 32 II 361, 366 E. 3, 370, E. 4 bis hin zu 86 II 374 E. 4) fällt bei den gegebenen Verhältnissen gar nicht erst in Betracht, könnte aber m. E. angenommen werden, wenn Seelig hauptberuflich und nicht bloss "nebenbei auch noch" Filmkritiker gewesen wäre, andererseits die Eintrittssperre nicht nur von einem einzigen, sondern allen der zahllosen Zürcher Kinos ausgesprochen worden wäre.

³³ MÜLLER, BT (zit. Anm. 2) 137 Anm. 34 weist hin auf BGE 97 I 914, scheint aber dieses Resultat zu bedauern, da er auf die "differenziertere" Betrachtungsweise des Supreme Court der USA hinweist, der schon umgekehrt entschieden hat (a. a. O. 138).

³⁴ MÜLLER, BT (zit. Anm. 2) Ziff. 4 lit. a und Anm. 42, 44.

Ausschliessung zulässig sein muss, illustriert. Ein geordnetes Verfahren vorzuschreiben hat nur Sinn, wenn nach sachlichen Gesichtspunkten entschieden werden muss; ist ein Abstrahieren von sachlichen Gesichtspunkten zulässig, bleibt für die Vorstellung der Gehörsverweigerung (wie jener des Rechtsmissbrauchs) kein Raum.

7. "Drittwirkung" der BV im Familienrecht?

P. SALADIN will zeigen, dass in der Eltern-Kind-Beziehung das Verfassungsrecht berücksichtigt werden sollte³⁵. Der Versuch, auf die Probleme der kleinsten Form der menschlichen Gemeinschaft die Prinzipien zu übertragen, welche für die Festlegung der Struktur der grössten Gemeinschaft, des Staates, aufgestellt sind, führt kaum zu fassbaren konkreten Folgerungen. Manche Feststellung ist unproblematisch, aber selbstverständlich³⁶. Andere Fragen sind praktisch bedeutungslos, nicht einmal von theoretischer Relevanz³⁷. Dass in der schwierigen Frage der Begrenzung der Elternpflicht in der Ausbildung ihrer Kinder (die heute, in der Sicht des Schreibenden, der Gefahr einer unangemessenen Ausweitung ausgesetzt ist) die Verfassung eine Hilfe bieten könne, muss bezweifelt werden; wollte man mit der "Drittwirkung" wirklich Ernst machen, müsste die Verwerfung eines verfassungsmässigen "Rechts auf Bildung" in einer Volksabstimmung des Jahres 1973 zum Anlass genommen werden, die Ausbildungsansprüche der Kinder zu reduzieren (während SALADIN das entgegengesetzte Resultat vorzuschweben scheint; vgl. S. 183 f.). – Vieles ist *de lege ferenda* argumentiert³⁸, fällt demnach ausserhalb vorliegender Betrachtung.

8. Das "Streikrecht" zur Diskussion gestellt in BGE 111 II 251 E. 4 lit. a

Anlass für das Bundesgericht, sich mit der Lehre der "Drittwirkung" auseinanderzusetzen, war die Beurteilung von Folgen eines Streiks; dadurch war die Frage gestellt, ob das allfällige Bestehen eines verfassungsmässig gewährten "Streikrechts" sich auch im Privatrecht auswirke. Aus Platzgründen können nur die an anderer Stelle entwickelten Ergebnisse zusammengefasst werden³⁹.

Nimmt man an, dass ein "Streikrecht" durch die Bundesverfassung gewährleistet sei⁴⁰, hat die Feststellung einen mehr oder weniger klaren Sinn: Es soll der Staat die Durchführung von Streiks weder unter Strafe stellen noch polizeilich verhindern noch durch andere Massnahmen, z. B. Einführung einer Zwangsschlichtung, gegenstandslos machen. Wird die

³⁵ P. SALADIN, Familie (zit. Anm. 2).

³⁶ "Die unabdingbare Rechtsfähigkeit des Kindes schliesst ein, dass es unabdingbares Grundrechtssubjekt ist" (187): Das ergibt sich aus ZGB Art. 11. Ebenso wenig kann zweifelhaft sein, dass auf Grund von ZGB Art. 19/II "Beschwerdeführung wegen Verletzung persönlichkeitsnaher Grundrechte" (189) dem urteilsfähigen Unmündigen zusteht.

³⁷ So m. E. die Frage, ob dem Recht des Kindes auf Ausbildung "ein korrespondierendes ungeschriebenes Verfassungsgebot kindlichen Gehorsams gegenüber den Eltern ... zur Seite zu stellen sei" (197).

³⁸ Ausbau der "Freiheit der Berufswahl", 189 f., Herabsetzung der Religionsmündigkeit (jetzt 16 Jahre, BV Art. 49 III und ZGB alt Art. 277 III bzw. rev. Art. 303) 191 f., 207 ff., Schaffung eines eigentlichen Rechtsmittels gegenüber elterlichen Entscheidungen, vor allem solchen "gegen die Verweigerung elterlicher Zustimmung zu lebensgestaltenden Entscheidungen" (212).

³⁹ Vgl. BUCHER, in "recht; Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis", Heft 1, 1987.

⁴⁰ So z. B. F. GYGI, Wirtschaftsverfassungsrecht (Bern 1981) 180 und andere im zit. BGE, S. 251 Genannte.

Vorstellung eines "Streikrechts" i. S. der "Drittwirkungs-Theorie" vom Verfassungsrecht ins Privatrecht verpflanzt, entbehrt die Vorstellung eines "Streikrechts" klarer Konturen, wird sinnlos, da die an die Annahme eines "Streikrechts" geknüpften Rechtsfolgen nicht erkennbar sind. Bezogen auf das Rechtsverhältnis zwischen Streikenden zu ihrem Arbeitgeber⁴¹ sind { 43/44 } ganz verschiedene Fragen offen, die nicht kurzerhand mit einem Schlagwort zu beantworten sind; jede für sich fordert Behandlung nach den ihr zukommenden Sachgesichtspunkten: Der *Lohnanspruch* wird, wie niemand bestreitet, für die Dauer des Streiks aufgehoben, so dass diesbezüglich von einem "Streikrecht" zu sprechen (oder die Vertragsnichterfüllung zu leugnen) sinnlos ist. Durch diese Feststellung wird umgekehrt die Frage, ob dem Arbeitgeber ein Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung i. S. von OR 337d zuwachse, nicht präjudiziert, ebensowenig die Behandlung zahlreicher Detailfragen der Auswirkungen der Streiks auf die Berechnung der Ferienansprüche, die Tragung der Sozialversicherungsbeiträge usw. Im konkreten Fall hatte das Bundesgericht zu entscheiden, ob der Streik, so wie durchgeführt, *einen wichtigen Grund sofortiger Vertragsauflösung i. S. von OR Art. 337* darstelle. Diese Regel, die auf eine Interessenabwägung hinausläuft und dem richterlichen Ermessen weiten Spielraum gewährt, niemals aber nach dem Vorliegen eines "Streikrechts" fragt, wird vom Bundesgericht, offenbar unter dem Einfluss der "Streikrechtsthese", dahin verstanden, dass es gälte, den Streik als "rechtmässig" oder "unrechtmässig" zu qualifizieren (wozu vom Gesetz aus kein Anlass bestand), welcher schematisierende Ausgangspunkt der Würdigung des Sachverhaltes Abbruch tut⁴².

Mit der Ablehnung der Vorstellung eines "Streikrechts" im Privatrecht soll keineswegs gelehnet werden, dass der Streik eine typisierte Sondersituation ist, die eine Sonderbehandlung verdient; liegen keine arbeitsrechtlichen Sondervorschriften vor, kann – etwa in der Frage der Schadenersatzpflicht der Streikenden – eine nach den Regeln von ZGB Art. 1 zu bewältigende Gesetzeslücke angenommen werden, die nur durch Erwägen von Sachargumenten, nicht durch Wälzen vager Verfassungsprinzipien, einer angemessenen Lösung zugeführt werden kann.

IV. Würdigung

1. Unerheblichkeit der bisher sichtbar gewordenen Beispiele

Überblicken wir die aus den Stellungnahmen der Anhänger der Lehre zusammengesuchten Beispiele der behaupteten "Drittwirkung" i. S. "verfassungskonformer Privatrechtsfindung", ergibt sich das Folgende:

⁴¹ Es bestehen auch – möglicherweise problembelastete – Rechtsbeziehungen des Streikenden zu der den Streik veranlassenden Gewerkschaft wie zu anderen (streikenden und nicht streikenden) Arbeitnehmern, in welchem Verhältnis die Vorstellung eines dem Einzelnen zustehenden "Streikrechts" zum vornherein sinnlos scheint.

⁴² Der Streik hatte einige Tage gedauert und wurde einen Tag über die vom Arbeitgeber gesetzte Frist hinaus ausgedehnt. Als "wichtiger Grund" im engeren Sinn erscheint daher nicht der Streik insgesamt, sondern lediglich dessen letzter Tag, d. h. die Ausdehnung über die gesetzte Frist. Das wird vom Bundesgericht verkannt, das den Streik gesamthaft als "unrechtmässig" qualifiziert, weil dessen Auslösung ungerechtfertigt gewesen sei. Wollte man mit dieser Betrachtung Ernst machen, würde sich ergeben, dass ein wichtiger Grund sofortiger Entlassung selbst dann vorgelegen hätte, wenn die Streikenden den Streik binnen der vom Arbeitgeber angesetzten Frist abgebrochen hätten!

- ein Teil der Beispiele ist nicht einschlägig, die behaupteten Auswirkungen nicht privatrechtlich (Ziff. 2, 4);
- ein Teil der vorgeschlagenen Beispiele erweist sich bei Zusehen als unbegründet (Gehörsanspruch von Arbeitnehmern betr. Kündigung oder von Körperschaftsmitgliedern betr. Ausschluss);
- soweit zutreffende zivilrechtliche Postulate vertreten werden, ergeben sich diese aus dem traditionellen Privatrecht, und ein zusätzlicher, aus der Verfassung gewonnener Gehalt kann nicht ersehen werden; in einem Fall wird gar "Drittwirkung" behauptet, wenn Prinzipien angewendet werden, welche die verfassungsrechtliche Praxis aus dem Privatrecht übernommen hat, die ihr ursprünglich fremd und dort selbst heute nicht verallgemeinerungsfähig sind (Interessenabwägung bei der Pressefreiheit).

Insgesamt ergibt sich das Bild einer Reihe von Problemen fragwürdigen Gewichts, die mit viel Aufwand zusammengesucht sind, um (ergebnislos) eine verfassungsrechtliche These zu stützen. Dabei gibt es so viele Probleme, die ungesucht auf uns zukommen!

2. Fehlende Verdeutlichung im Einzelfall, welche der verschiedenen "Drittwirkungen" praktiziert wird

"Drittwirkung" ist vorerst nicht mehr als ein Wort; es wurde gezeigt, dass sich hinter ihm gänzlich verschiedene Dinge verbergen können (Ziff. II). Es fällt nun auf, dass im hier betrachteten Schrifttum streckenweise Klarheit darüber fehlt, welches nach dem Willen ihrer Autoren die Tragweite der vorgetragenen Auffassungen ist: Sollen die vorgetragenen Beispiele lediglich die hier als "gesetzgebungs-programmatisch" bezeichnete Drittwirkung oder aber die "indirekte Drittwirkung" (Ziff. II par. 2 und 3) illustrieren? Erst die Antwort auf diese Frage entscheidet darüber, ob die vorgetragenen Resultate vom Richter zu berücksichtigen sind oder nicht. Schwerwiegender ist die Vermengung der hier grundsätzlich allein betrachteten "indirekten Drittwirkung" (Postulat "verfassungskonformer Auslegung" usw.) mit der { 44/45 } nach schweizerischem Verfassungsrecht nicht angängigen "direkten Drittwirkung" (Ziff. II par. 1). Auch wenn niemand im Grundsätzlichen und offen das Praktizieren dieser letzteren Theorie, d. h. eine Anwendung von aus der Verfassung abgeleiteter Grundsätze auch *contra legem*, in Widerspruch zu geltendem Privatrecht, fordert, finden sich doch in konkreten Zusammenhängen Stellungnahmen, die nicht anders zu interpretieren sind: Wer im "Fall Seelig" die entgegengesetzte Meinung vertritt, postuliert (*contra legem*) die "direkte Drittwirkung" der von ihm angeführten verfassungsrechtlichen Grundsätze, denn es kann ihm nicht verborgen sein, dass mit einer "verfassungskonformen Auslegung unbestimmter Privatrechtsbegriffe" das geforderte Resultat nicht zu erreichen ist, sondern dieses ein Beiseiteschieben höchst eindeutiger privatrechtlicher Regeln zugunsten (bloss angeblich)⁴³ in der Verfassung niedergelegter Grundsätze voraussetzt.

⁴³ Seelig wurde nicht am Publizieren, sondern am Sammeln von Informationen gehindert. Die Anrufung der Pressefreiheit (BV Art. 55) ist zum vornherein nicht schlüssig.

3. Berücksichtigung der "obiter dicta", nicht Abstellen auf die "ratio decidendi"

Mit Bezug auf Urteilsbegründungen haben wir von unseren englischsprachigen Kollegen gelernt zu unterscheiden zwischen der "ratio decidendi", d. h. den unentbehrlichen und das Entscheidungs-Ergebnis tragenden Argumenten, und den blossen "obiter dicta", die entbehrt werden könnten, deren Fehlen die Schlüssigkeit der Begründung nicht in Frage stellen würde. Heute stellen wir in der Schweiz und gerade auch beim Bundesgericht ein früher nicht bekanntes Ausbreiten von "obiter dicta" fest⁴⁴. Die Unterscheidung wird im Hinblick auf die Theorie der Bindungswirkung der Präjudizien ("stare decisis") aufgestellt; grundsätzlich gilt, dass nur das im Rahmen der "ratio decidendi" Gesagte bindend ist, die künftige Entwicklung beeinflussen soll. Bei der Lektüre der hier besprochenen Autoren (die sich indessen in der Gesellschaft des Bundesgerichts befinden, wobei nicht klar ist, wer von wem gelernt hat) bekommt man den Eindruck, dass hauptsächlich "obiter dicta" als Belege angeführt werden, während die Frage, ob das Zitierte auch tatsächlich "entscheidend" sei, ausgeschaltet bleibt. Das vermag erst zu erklären, dass zur Stützung der das Privatrecht betreffenden These zur Hauptsache staats- und verwaltungsrechtliche oder strafrechtliche Präjudizien angeführt werden, die schon vom Ausgangspunkt her in ihrer "ratio decidendi" nicht "Drittwirkung", wie hier besprochen, demonstrieren können.

Diese mehr auf das Herausstellen der *Entwicklungslinien des ideologischen Instrumentariums jurizieller Entscheidbegründung* denn auf die Analyse der beurteilten Fakten und des Gehalts der sie betreffenden Sachentscheidung ausgerichtete Betrachtung verfehlt das aus der traditionellen (privatrechtlichen) Sicht Wesentliche. Sie ist überdies gefährlich: Bei Urteilsbegründungen kann man heute im deutschen Sprachbereich, besonders wohl in der Schweiz, und hier eher im Bereich des öffentlichen Rechts als im Privatrecht, als zugrundeliegende Taktik erkennen, primär und weitläufig die die Gegenposition stützenden Gesichtspunkte herauszustellen, um dann um so kürzer und bündiger schlussfolgernd den Entscheid zu begründen nach dem Motto: Auch wenn man all das berücksichtigt, kann man trotzdem nur entgegengesetzt entscheiden. Wenn der Betrachter, statt den konkreten Entscheidgehalt zu berücksichtigen, systematisch auf die "antipositionelle Begründungsphraseologie" abstellt, kann sich ein Resultat ergeben, das die *spiegelbildliche Umkehrung der Realität* darstellt. Liegt darin der Grund, dass die Promotoren der "Drittwirkung" anhand von Urteilszitaten ein verheissungsvolles Bild der Bedeutung dieser Lehre zeichnen können, während in Wahrheit die wenigen wirklichen Präjudizien in ihrer ratio decidendi für diese vernichtend sind⁴⁵? { 45/46 }

⁴⁴ Es kann nur von *Übermass* gesprochen werden. Dabei ist allerdings festzuhalten, dass das einleitende Darlegen von Antipositionen zum getroffenen Entscheid, wie heute in der Schweiz im Mode, im englischen Sprachraum in gleicher Form viel weniger angetroffen wird, daher "obiter dicta" hier und dort nicht ganz dasselbe sind. – Dem Schreibenden sind die grossen "obiter dicta" von BGE 111 II 249 in zweifacher Hinsicht zum Verhängnis geworden: Ohne die Ausführungen zum "Streikrecht" und diejenigen zur "Drittwirkung" (250 E. 4) hätte er keinen Anlass gehabt, sich diesen ihm an sich fernliegenden Dingen zuzuwenden.

⁴⁵ Hier vorab das negative Ergebnis des "Falles Seelig", das nicht hindert, dass dieser, in seiner "obiter-Argumentation", als Beispiel für die "Drittwirkung" ausgewertet wird und als Beleg der Regel dienen muss, bei der "Konkretisierung" von ZGB Art. 28 sei auf BV Art. 55 zurückzugreifen (z. B. P. SALADIN, zit. Anm. 1, 72, J. P. MÜLLER, Elemente, zit. Anm. 1, 84 sowie ihm folgend BGE 111 II 256). – BGE 91 II 408 E. 3f, vom Bundesgericht im vorliegenden Entscheid S. 256 angeführt als die Frage der Drittwirkung "noch offenlassend", lässt die Frage nur im Grundsätzlichen ("obiter") offen, beantwortet sie aber in der Sachanalyse (der "ratio

4. Resultat

a) Praktische Unerheblichkeit

Vergleichen wir die Ergebnisse (Ziff. III) mit den von der "Drittwirkungslehre" erhobenen Ansprüchen, zeigen sich auffällige Kontraste. Nicht nur sind keine Anwendungsbeispiele von nennenswerter praktischer Bedeutung sichtbar geworden, sondern es fehlt auch bereits an Anschauungsmaterial von "Gefährdung der Grundrechte des Schwachen durch soziale und gesellschaftliche Macht", die durch entsprechende Fassung privatrechtlicher Mechanismen beeinflusst werden könnten. Der Schreibende kann jedenfalls diese, die "Drittwirkungslehre" angeblich notwendig machende Ausgangssituation weder im "Streikfall" (in dem das Bundesgericht mit bewegten Worten sich auf diese beruft) noch im "Fall Seelig" erkennen. Den Streikenden stand anscheinend eine in Schwierigkeiten befindliche, wenn nicht um ihr Überleben kämpfende Firma gegenüber⁴⁶. Wo liegt "gesellschaftliche Macht" im Verhältnis Kinoinhaber-Filmkritiker? Wenn schon diese – hier wie regelmässig im Privatrecht sinnlose – Frage beantwortet werden müsste, könnte die Macht am ehesten beim Filmkritiker erkannt werden, der nach Laune seine persönlichen Ansichten in der (seinerzeit) auflagestärksten Tageszeitung des Landes verbreiten kann, während sich die Macht der Laune des Kinoinhabers darin erschöpft, von seinem Theater (bloss eines von hunderten!) einzelne fernzuhalten.

Wenn man den hohen, der "Drittwirkungslehre" von ihren Vertretern zugewiesenen "Stellenwert" erwägt⁴⁷, so hat man, nach Inspektion der angebotenen Beispiele, Mühe, nicht an Horaz zu denken und seinen Berg, der eine Maus gebiert. Worin dürfte die Maus erblickt werden? Der Schreibende könnte sie am ehesten in der Boykott-Rechtsprechung erkennen, wo in der Tat BV Art. 31 zwar nicht die Entscheidungen im Ergebnis beeinflusst, wohl aber ein brauchbares Argument geliefert hat. Diese Maus ist allerdings seit dem Jahre 1964 (Inkrafttreten der Kartellgesetzgebung) tot.

b) Gefahren

Blicke die hier behandelte Theorie nur ohne Anwendungsbeispiele, würde sie nicht einer Auseinandersetzung rufen. Sie ist aber auch gefährlich, und sei es nur durch Verwirrung der Begriffe. Ein Beispiel hierfür ist der hier behandelte Entscheid, wo die Bezugnahme auf die Vorstellung eines "Streikrechts" keineswegs bloss überflüssig war, sondern die eigentliche Behandlung der Sachprobleme behindert hat und die Diskussion zu einer Schlagwort-Kontroverse entarten liess⁴⁸.

Wenige Monate nach dem besprochenen Entscheid der 1. Zivilabteilung hat sich die

decidendi") entschieden negativ ("denn die Frage ... wird durch Art. 55 BV nicht näher beantwortet als durch Art. 28 ZGB"). In den vom Bundesgericht weiterhin noch angeführten BGE 71 II 191 und 111 II 213 E. 3c handelt es sich um Ehrverletzungstatbestände, bei denen zwar BV Art. 55 angerufen wurde, dies jedoch in beiden Fällen das Resultat in keiner Weise beeinflusst hat. Schliesslich ist BGE 4 S. 434, wie in Ziff. III gezeigt, nicht einschlägig. – Das Suchen nach weiteren, zweifellos bestehenden Negativbeispielen ist nicht unsere Aufgabe; immerhin Hinweis auf BGE 44 II 80.

⁴⁶ Was nicht im BGE zum Ausdruck kommt, wohl aber ZR 84 (79) 185/6 indirekt entnommen werden kann.

⁴⁷ P. SALADIN (zit. Anm. 1) 206 bringt sogar den Ausdruck "*kopernikanische Umwertung*" in den Zusammenhang der "Drittwirkung". Vgl. weiterhin 308/9.

⁴⁸ Vgl. die Hinweise in Ziff. III/8 und der dort zit. Aufsatz in "recht".

II. Zivilabteilung ihrerseits zum Thema "Drittwirkung" geäußert, allerdings im Gegensatz zur Schwesterabteilung mit deutlich formulierter Reserve. Nicht nur liefert daher der erst während des Verfassens der vorliegenden Zeilen bekannt gewordene Entscheid zu diesem Thema ein weiteres die "Drittwirkung" ablehnendes Präjudiz⁴⁹; beeindruckend, ja beängstigend ist, dass die Vorinstanz ihr (im Ergebnis wohl richtiges, vom Bundesgericht bestätigtes) Urteil u. a. auf im konkreten Fall absurde, aus der Drittwirkungstheorie abgeleitete Argumente stützt, welche das Bundesgericht zu Recht (an sich "obiter", aber mit Blick auf den Entscheid der I. ZA nicht ohne Grund) als unhaltbar deklariert⁵⁰.

5. Folgerungen

Den Promotoren der "Drittwirkung" dürfen nicht die beiden zuletzt genannten argumentativen Fehlleistungen angelastet werden, da sie die fraglichen Fehlargumente nicht ihrerseits vertreten haben. Trotzdem können sie sich der Mitverantwortung nicht ganz entschlagen: Wer, ohne den Anwendungsbereich und deren Begrenzung deutlich zu machen, allgemeine Grundsätze verkündet, darf sich nicht wundern, wenn von diesen nicht nur in möglichen, sondern auch in unmöglichen Zusammenhängen Gebrauch gemacht wird. { 46/47 }

Die "Drittwirkungstheorie" ist, in der Sicht der sie Vertretenden, wichtige Ausdrucksform des neuen, "konstitutiv-institutionellen" Verständnisses der Grundrechte⁵¹. Es gilt nun aber: "Konstitutives Grundrechtsdenken hat zeitweise zu einer Überstrapazierung der Grundrechtsidee geführt. Ihre normative Leistungsfähigkeit wird dort überschätzt, wo die gesamte Rechtsordnung nur noch als konsequente Ausformung des in den Grundrechten angelegten Normprogramms verstanden wird. Ein Grundrechtsverständnis, welches die richtige Lösung sozialer Gestaltungsaufgaben und -konflikte primär als Grundrechtsproblem sieht, beschneidet den politischen Prozess der Demokratie". Ebenso gut hätte es der Schreibende nicht sagen können; der Text stammt, samt Auszeichnung, von J. P. MÜLLER⁵². Die hier geschilderte Gefahr scheint dem Schreibenden im Bereich der "Drittwirkung" real zu sein. Einmal kann als Grund der Benützung dieses Arguments oft die Absicht erkannt werden, die Notwendigkeit des Erlasses einer (öffentlich-rechtlichen) Norm im gewohnten politischen demokratischen Prozess zu erübrigen durch die Behauptung, das Resultat sei durch

⁴⁹ BGE 111 II 333, hier zit. S. 337 E. 5: "Mit Recht sodann wenden sich die Beklagten auch gegen die Anrufung der Art. 22^{ter} und 22^{quater} BV durch die Vorinstanz. Ungeachtet dessen, dass ein Teil der schweizerischen Lehre die Drittwirkung von Grundrechten bejaht ..., kommt eine unmittelbare Anwendung der Normen der Bundesverfassung zur Eigentumsgarantie auf das Verhältnis der Stockwerkeigentümer unter sich ... nicht in Frage ...".

⁵⁰ Im fraglichen Fall stritten sich Stockwerkeigentümer über die Zulässigkeit bestimmter Nutzungsformen; die Entscheidung musste abhängen von der Beurteilung der Tragweite von Benutzungsbeschränkungen, wie niedergelegt in dem von der Stockwerkeigentümergeinschaft erlassenen Reglement. Da die Möglichkeit der gesamthaften Preisgabe der Eigentümerstellung (durch Verkauf oder Schenkung) selbstverständliches (vielleicht sogar verfassungsrechtlich geschütztes?) Element des privatrechtlichen Eigentums ist, sollte es sich zum vornherein verbieten, bei der Beurteilung irgendwelcher weniger weitgehender Verfügungen über Eigentum die Eigentumsgarantie der BV zu bemühen. In Anwaltskreisen scheint nun aber die Auffassung immer weitere Verbreitung zu finden, dass ein Prozessargument, wenn es nur aus der Verfassung bezogen wird, nicht leicht zu abenteuerlich ist, um keine Erfolgsaussichten zu haben.

⁵¹ Vgl. etwa P. SALADIN (zit. Anm. 1) 309 oben, 310.

⁵² J. P. MÜLLER, Elemente (zit. Anm. 1) 11.

verfassungskonforme Auslegung des Privatrechts zu erreichen (z. B. Kontrahierungszwang betr. Presse usw.; oben Ziff. III/5/b)⁵³. Vor allem aber ist in privatrechtlichen Zusammenhängen besonders nachteilig, dass durch Einbezug der "Verfassungsdimension" die Diskussion auf eine *höhere Abstraktionsstufe* gehoben wird, damit aber zwangsläufig *Realitätsbezug* einbüsst.

Die obigen Einwendungen stellen das Grundpostulat, die gesamte Rechtsordnung, von der Verfassung bis hinunter zu allen Einzelerlassen, als einheitliche Ordnung zu verstehen und alle Einzelerlasse mit Blick auf die Gesamtordnung zu handhaben, an sich nicht in Frage. In diesem Sinne ist "Drittwirkung" im Grundsätzlichen von jeher unbestritten präsent und auch künftig gegeben; von ihren Propagatoren darf jedoch erwartet werden, dass sie nicht weiterhin, gewissermassen mit erhobenem Mahnfinger, den Privatrechtlern das Prinzip abstrakt verkünden, sondern ihre These anhand konkreter Beispiele belegen und dabei sich nicht scheuen, das gefundene Resultat in verallgemeinerungsfähige Regeln zu kleiden, die praktischen Auswirkungen des Ganzen zu erwägen und für diese wissenschaftlich die Verantwortung zu übernehmen. Was bisher vorgelegt wurde, löst sich bei näherem Zusehen in Nichts auf.

V. Schlussbemerkungen

Verfassungsrecht und Privatrecht scheinen Welten zu trennen. Heute wenigstens, und besonders in Bern. FRITZ FLEINER hat sich noch intensiv mit römischem Recht befasst, ja es gar vertretungsweise gelesen⁵⁴, dies offenkundig in der Meinung, daraus Nutzen für seine Staats- und Verwaltungsrechtslehren zu ziehen. Heute das umgekehrte Bild: Verfassungsrechtler, weit davon entfernt, sich mit Privatrecht abzugeben, jedoch in Sorge um diese Disziplin und glaubend, dass das Privatrecht, wesensmässig auf Wahrung von Partikularinteressen ausgerichtet, nicht länger sich selber überlassen bleiben dürfe, sondern der ständigen Konfrontation mit dem Verfassungsrecht bedürfe, um die Durchsetzung des Eigennutzes in Schranken zu halten und den Gemeinnutz und höhere Gerechtigkeitsgesichtspunkte angemessen zur Geltung zu bringen.

Die mit BGE 111 II 249 unvermeidlich gewordene Auseinandersetzung mit der "Drittwirkungslehre" bringt dem in der Praxis stehenden Juristen zum Bewusstsein, dass das Verfassungsrecht und dessen Doktrinen beanspruchen, das Rechtsverständnis im allgemeinen und die Handhabung des Privatrechts im besonderen zu beeinflussen und zu bestimmen; die hier besprochenen Entscheidungen zeigen, dass dieser Anspruch, obwohl in casu ergebnislos, im Begriffe steht, in einem weiteren Sinn verwirklicht zu werden. Nun weichen die vom "verfassungsrechtlichen Modernismus" praktizierten Methoden grundlegend vom überlieferten Wissenschaftsmodell ab⁵⁵; der Privatrechtler kann es sich daher nicht länger

⁵³ Ein weiteres Beispiel, im Zusammenhang von StGB Art. 173, bei P. SALADIN (zit. Anm. 1) 317.

⁵⁴ So A. IM HOF: Zum Andenken an Fritz Fleiner, ZSR 57 (1938) 349-357, bes. S. 356.

⁵⁵ In Ziff. IV/2 und 3 sind nur einzelne Teilaspekte dieser Abweichung sichtbar geworden. Eine umfassende Untersuchung der Methodenunterschiede ist dringend geboten; der Privatrechtler befürchtet, dass unabdingbare *wissenschaftliche Spielregeln* in Frage gestellt sind (Verzicht auf das Herausstellen generalisierungsfähiger Regeln zugunsten 'punktuelle Argumentation'? Preisgabe des Postulats der Trennung wissenschaftlicher Erkenntnis vorgegebener Rechtsregeln von subjektiver rechtspolitischer Stellungnahme? Prinzipienlosigkeit in der Handhabung des vorgefundenen Präjudizienmaterials? usw.).

leisten, hievon keine Notiz zu nehmen. Die Privatrechtswissenschaft, die ihr Haus in Ordnung halten will, wird diese Methodeneinflüsse kritisch unter Kontrolle zu nehmen haben, was auch die Aufgabe einschliesst, sich mit den Ursprüngen dieser Einflüsse, mit den von der modernen Verfassungstheorie vertretenen Auffassungen und angewendeten Methoden, kritisch auseinanderzusetzen.*

* Hier sei der Hinweis nachgetragen, auf die kurz danach erschienenen Auslassungen von RENÉ A. RHINOW im selben Band der SJZ (S. 99-100) "So nicht! – Zum Stil wissenschaftlicher Kritik ...". Diese den Stil betreffenden, in moralischen Tadel ausmündeten und keinerlei Sachargumente enthaltenden Ausführungen hat der Schreibende als das Versprechen einer späteren, sich auf die Sache selber einlassenden Entgegnung verstanden. Diese Erwartung ist bis heute nicht in Erfüllung gegangen. (8. Mai 2001 EB).