

Buchbesprechungen Recensions

HANS GIGER, *In dubio pro libertate II. Ausgewählte Schriften des privaten und öffentlichen Rechts mit rechtspolitischer, rechtsphilosophischer, rechtsdogmatischer und rechtsvergleichender Ausrichtung, Band II (1994–2022), Festgabe zum 93. Geburtstag, Stämpfli, Bern 2023, 1620 S., CHF 199.–, ISBN 978-3-7272-2690-8.*

ALEXANDER BRUNNER*

Der Rezensent der anzuzeigenden Festschrift für den bekannten Zürcher Professor HANS GIGER hat es auf Anfrage der zahlreichen Herausgeberschaft gerne übernommen, das schwergewichtige Werk der interessierten Leserschaft vorzustellen und seine vielfältigen Facetten aufzuzeigen. Das fällt umso leichter, als der Rezensent auf seine Rede zum Festanlass im UniTurm der Universität Zürich nach der Würdigung durch den Dekan Bezug nehmen kann. Anschliessend folgen Highlights, die das Werk nach zahlreichen Richtungen hin repräsentiert und die für Theorie und Praxis des Rechts von grosser Bedeutung sind.

Das gewichtige Werk vorzustellen, hat den Rezensenten vorerst überrascht. Aber der UniTurm war als Kontext bestens geeignet als Ort regelrechter Gefechte vor nicht allzu langer Zeit. Denn auch HANS GIGER und der Rezensent waren jeweils am Fechten, jedoch nicht im Fechtraum, sondern in Praxis und Lehre und auch in der Presse. Der überraschende Auftrag der Herausgeberschaft ergibt auch mit folgender Erklärung Sinn. Reichskanzler OTTO VON BISMARCK hat einmal gesagt, es sei gut, dass die Menschen nicht wüssten, wie Würste und wie Gesetze gemacht werden. Er wusste, wovon er sprach. Er war aber kein Demokrat. In einer echten Demokratie gibt es keine Feinde, es gibt nur Gegner; Gegner, die unterschiedliche Perspektiven entwickeln. Und hier hilft das Bild des grossen Philosophen LEIBNIZ, der in *Perspektiven* dachte, als er sich bei der *Wahrheitsfrage* eine Stadt vorstellte.

Eine Stadt kann von verschiedenen Seiten betrachtet werden. Sie bleibt trotzdem immer die gleiche Stadt. Aber jede Sichtweise bleibt legitim als Teil und gehört zum Ganzen. In der Politphilosophie gilt das auch für die Gesetzgebung. Was soll gelten? Das Bewahren des bestehenden Zustands (*konservativ*) – das Gerechte, die Gleichheit (*sozial*) – die Freiheit (*liberal*)? HANS GIGER hat sich diesem *Spannungsfeld* immer wieder ausgesetzt, was auch sein Werk und unsere Begegnungen beeinflusste. Sein Werk ist geprägt von drei – keineswegs stets synchronen – Momenten: Erstens Rhetorik und Hermeneutik, zweitens Fragen der Rechtsanwendung und drittens Sozialisierung des Rechts. Aber der Reihe nach:

Erstens: Rhetorik: Unvergessen sind die einzig von HANS GIGER an der Zürcher Fakultät angebotenen Seminare *«Rhetorik für Juristen»*. Sie haben vielen angehenden Juristen vor über 40 Jahren die Berufslaufbahn erleichtert. In den *öffentlichen Beratungen* an den Strafkammern des Obergerichts war es mit diesem Rüstzeug viel einfacher, die komplexen Fall-Analysen in Worte zu fassen und den Parteien und dem anwesenden Publikum verständlich zu machen.

Zweitens: Fragen der Rechtsfindung: Als Zürcher Einzelrichter in Zivilsachen trat der Rezensent traditionsgemäss den sogenannten Kasten aller Amtsvorgänger an. Darin befand sich ein Urteil, bei dem HANS GIGER als junger Auditor mitgewirkt hatte. Es war ein Urteil von über hundert Seiten. Es betraf den *Abzahlungsvertrag*, ein damals gesetzlich *nicht geregelter Vertragstypus*. Allein gestützt auf Art. 1 OR (Grundnorm für Vertragskonsens), auf Art. 1 ZGB (Grundnorm der Rechtsanwendung) und auf Art. 2 ZGB (Grundnorm von Treu und Glauben) wurde in diesem Urteil das Abzahlungsrecht erstmals konkretisiert und vorweggenommen. Aus jeder Zeile wurde ersichtlich, dass HANS GIGER den Entwurf verfasst hatte, denn er wurde entgegen allen Gepflogenheiten als Urheber in das Rubrum aufgenommen und – neben Einzelrichter und Gerichtsschreiber – als *«Auditor Dr. Hans Giger»* ausdrücklich erwähnt: Ein früher Beleg für die Analyse allgemeiner Rechtsgrundsätze zur Urteilsfindung (vgl. nun S. 659 ff.).

Drittens: Sozialisierung des Rechts: Eine gewisse Ambivalenz zeigte sich jedoch bei der Weiterentwicklung des Rechts, nachdem *das neue Paradigma «Konsum»*

bzw. die Stellung der Privathaushalte in der Gesamtwirtschaft den Zeitgeist in den 1950er Jahren zu beeinflussen begann. Diese neue paradigmatische Perspektive musste Rechtstheorie und -praxis grundlegend herausfordern und hier schieden sich auch die Geister von HANS GIGER und dem Rezensenten. Dem lagen nicht zuletzt die unterschiedliche Wahrnehmung von Interessen und die Wertungen eines Anwaltes und eines Richters zugrunde. Es fehlt bis heute neben der bereits bestehenden Rechtssoziologie der Justiz (allen voran MANFRED REHBINDER) eine solche der Anwaltschaft. Was hatte bei den neuen Denkansätzen im polit- und rechtsphilosophischen Umfeld zu gelten? Wie war im Zweifel zu entscheiden? Das wirkungsvollste Argument von HANS GIGER gegen einen (vermeintlich oder wirklich) überbordenden Schutz der Konsumenten am Markt war seine *Bevormundungsthese*. Sie fand vor allem im Parlament grossen Nachhall und brachte manchen Gesetzesentwurf zum Scheitern. In diesem Kontext wurden die Streitlagen jedoch immer in gegenseitiger Achtung ausgetragen und sie führten dank dieser kollegialen Gegnerschaft zuletzt hüben und drüben auch zu fairen Lösungen. Das gilt vor allem für das *Konsumkreditgesetz*, das sich schliesslich an das Aktienrecht mit seiner Überschuldungsprävention anlehnte und zum Vorbild des Europarechts wurde. Im Schweizer Konsumrecht ist die Bevormundungsthese folgerichtig obsolet und abgelöst worden durch das Wirtschaftsrecht. Das *Wirtschafts- und Konsumrecht* denkt nicht in Schutzprivilegien, sondern in legitimen Rechtspositionen der Marktteilnehmer.

Damit sind wir bei den Highlights der ausgewählten Schriften in der Festschrift *«In dubio pro libertate II (1994–2022)»*, was auch als eine Fortsetzung des Vorgängers *«In dubio pro libertate I (ausgewählte Schriften bis 1994)»* gelesen werden kann. Das umfangreiche wissenschaftliche Universum enthält einen *ersten Teil* (Grundsatzprobleme des Rechts), einen *zweiten Teil* (Normspezifische Probleme des Rechts) und einen *Anhang* mit einer Übersicht von mehr als 270 lezenswerten Veröffentlichungen.

Im ersten Teil stösst der Leser neben der erwähnten Sozialisierung des Rechts (S. 315 ff.) auf eine ganze Reihe von Beiträgen zur (A) Rechtsphilosophie, die sich konkretisierend bspw. mit der Frage der *Sterbehilfe* und dem Zwiespalt zwischen

* ALEXANDER BRUNNER, Prof. Dr. iur., Oberichter Handelsgericht Zürich a.D., ehemals n.a. Bundesrichter an der I. zivilrechtlichen Abteilung, Titularprofessor em. für Handels- und Konsumrecht sowie Verfahrensrecht an der Universität St. Gallen.

Freiheit und Verantwortung befassen. Zur (B) Rechtspolitik finden sich zehn Beiträge zur Rechtsetzung, die als Beispiele der *Rechtsetzungslehre* dienen, einer Disziplin, die für den demokratischen Rechtsstaat von eminentem Interesse ist, und die auch der allzu früh verstorbene Zürcher Kollege PETER NOLL gefördert hat. Für die Gerichte von grösstem Wert sind die im weiteren Abschnitt (C) Rechtsfindung dargelegten Analysen der Rechtsgrundsätze zur Urteilsfindung und Hinweise zur Rechtsprechung. Für Gerichte sind vor allem die *Rechtsfindungssysteme und -vorgänge* von praktischer Bedeutung (S. 847 ff. mit Diagrammen). HANS GIGER findet dabei ohne Scheu klare Worte zur Frage über «Entscheidungssicherheit oder Entscheidungslotterie?» und er stellt fest

(S. 866): «Das ist die ewige Frage, die alle mit der Rechtsanwendung Beschäftigten oder anderswie Involvierten wieder und wieder herausfordert: Dabei ist nur eines völlig klar: die Eruiertung der absoluten Wahrheit ist Utopie». Wichtig sei in diesem Kontext nur das Umsetzen erreichbarer Ziele und Raum für die Rechtsfortbildung. Diese Texte zeigen ein Denken, das der intellektuellen Bescheidenheit des kritischen Realismus eigen ist, einem Denken mit Menschenmass. Zur Rechtsprechung finden sich sodann eine Reihe von Anwendungsbeispielen. Herausgegriffen sei der gegen populistische Vorverurteilungen argumentierende Beitrag zum «Fall Polanski». Er erinnert heute auch nach der heissen Phase der #MeToo-Bewegung daran, dass Rechtsprechung

zwar stets in den Räumen des Zeitgeistes arbeitet, gleichwohl aber klaren rechtsstaatlichen Prinzipien verpflichtet bleibt, ohne die Freiheit nicht denkbar ist.

Im zweiten Teil findet der Leser schliesslich Beiträge zur theoretischen Normanalyse, Begriffslogik, Rechtsdogmatik, zum Privatrecht und Verfahrensrecht der Schiedsgerichte sowie zum internationalen Recht. Eine Spezialität ist sodann die eingehende Auseinandersetzung mit dem Strassenverkehrsrecht, die nur wenige in dieser Vielfalt und Tiefe bearbeitet haben. Gesamthaft zeigt das Werk mehrere Jahrzehnte erfolgreiches wissenschaftliches und interdisziplinäres Schaffen in Dienste der Allgemeinheit und des Rechts. Es ist für Gerichte und Anwaltschaft von grossem Gewinn.

Anzeige

Jean-François Mion

Les Credit Default Swaps : réflexions sur le droit européen des marchés financiers et ses effets extraterritoriaux

Cette thèse est consacrée à la qualification juridique des Credit Default Swaps sous l'angle du droit civil, afin d'évaluer la portée de l'ensemble des normes imposées par le droit réglementaire d'une part, et d'appréhender particulièrement les arbitrages réalisés par le législateur européen d'autre part.

International Perspectives on Commercial and Financial Law (IPCFL), Vol. 6
2024, 328 pages, broché
ISBN 978-3-03891-648-2
CHF 92.-

www.dike.ch/6482

INTERNATIONAL PERSPECTIVES ON COMMERCIAL AND FINANCIAL LAW

06

Les credit default swaps:
réflexions sur le droit européen
des marchés financiers
et ses effets extraterritoriaux

JEAN-FRANÇOIS MION

DIKE DIKE 