

eigenen Umfrage, Schätzungen über den Vorbörsenumsatz anzustellen, um so mittels anderer bekannter Informationen die wirtschaftliche Bedeutung eruieren zu können. Ein weiteres Kapitel ist der Organisation gewidmet.

In einem zweiten Teil geht der Autor zuerst auf die bestehenden Rechtsquellen ein und grenzt den offiziellen Handel vom inoffiziellen und ausserbörslichen Handel sowie vom Handel an der SOFFEX ab. Die zentralen Kapitel sind der Zulassung an der Vorbörse von Effektenhändlern einerseits und Effekten andererseits sowie der Aufsicht des Vorbörsenhandels gewidmet. Gerade diese Kapitel zeigen, dass das Vorbörsenreglement sehr summarisch ist und grosse rechtsfreie Bereiche existieren.

Weitere Kapitel sind dem Börsenschiedsgericht und der Frage der mit dem Vorbörsenhandel verknüpften finanziellen Leistungen gewidmet. Bei der Lektüre dieses Kapitels wird deutlich, dass der Gesetzgeber jeweils zu Beginn dieses Jahrhunderts sich der Risiken, die dem Wertpapierhandel inhärent sind, durchaus bewusst war. Zur Sicherstellung der Ansprüche verfügte er die Hinterlegung einer Kautions durch den Wertpapierhändler. Auch der Effektenbörsenverein seinerseits verfügte die Hinterlegung einer Kautions. Zudem haben sich die einzelnen Mitglieder des Effektenbörsenvereins noch um einen privaten Versicherungsschutz bemüht. Problematisch ist jedoch die Erhebung der Börsenabgabe, die als Gegenleistung für die Benutzung der Börse erhoben wird. Hier fehlt die gesetzliche Grundlage. Im übrigen vertritt der Autor die Ansicht, dass sie auch das Kostendeckungsprinzip verletze. Der Autor untersucht in der Folge die Rechtsnatur des Vorbörsenreglementes und geht der Frage der Legalität des vorbörslichen Handels nach. Hier zeigt sich deutlich, dass das Vorbörsenreglement vom Regierungsrat auf Grund von Art. 11 des Zürcher Wertpapiergesetzes hätte genehmigt werden müssen. Dies unterblieb indessen. Persönliche Anfragen des Autors bei der Zürcher Volkswirtschaftsdirektion ergaben, dass diese sich auf den Standpunkt stellt, nur der Handel in kotierten Werten unterstehe der Genehmigungspflicht des Regierungsrates. Dieser Auffassung kann sicher nicht gefolgt werden, denn auf Grund von Art. 1 des Zürcher Wertpapiergesetzes untersteht der gesamte Wertpapierhandel der Aufsicht des Zürcher Regierungsrates. Zudem spielt sich der vorbörsliche Verkehr in den Lokalitäten der Börse ab,

Ein letztes Kapitel ist den vergleichbaren Institutionen im In- und Ausland gewidmet.

Der Autor hat ein schwieriges Thema abschliessend behandelt. Seine Schlussfolgerungen sind klar. Die Realität hat sich von der gesetzlichen Regelung so weit entfernt, dass eine Neuregelung der ganzen Problematik erwünscht, ja sogar notwendig ist. Durch die Tatsache, dass die Vorbörse auf einem privaten Reglement einer öffentlich-rechtlichen Institution beruht, ist die Problematik der öffentlich-rechtlichen Aufsicht ebensoweit in den Hintergrund gerückt wie bei der SOFFEX, die rein privatrechtlich organisiert ist. Es ist festzustellen, dass diese beiden Lücken in der Regelung bzw. Mängel in den Vorschlägen für ein neues eidgenössisches Rahmengesetz für das Börsenwesen ausgemerzt werden müssen. Die Arbeit des Autors kann den entsprechenden Kommissionen sicher wertvolle Hinweise geben, wie aber auch dem Praktiker, der sich mit Börsenrecht beschäftigt.

Dr. Andreas Rohr, Zürich

Polydor-Werner, Susanne: Rückabwicklung und Aufrechterhaltung fehlerhafter Dauerschuldverträge. Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht 114. XXIV, 228 S. (Zürich 1988, Schulthess.) Broschiert Fr. 40.—.

Wie bereits der Titel im Wort «Rückabwicklung» andeutet, befasst sich die angezeigte Arbeit nur mit Dauerschuldverträgen, mit deren Erfüllung bereits begonnen wurde. Und nur um fehlerhafte Verträge geht es. Fehlerhaftigkeit wird dabei verstanden als Unwirksamkeit, und diese als Oberbegriff «für alle Formen der sogenannten «Nichtigkeit», «Unverbindlichkeit» usw., sobald nur alle Bedingungen dafür erfüllt sind, dass die Vertragswirkung ausgeschlossen ist» (S. 13). Solange einem Vertrag ein Ungültigkeitsgrund anhaftet, aber noch nicht feststeht, ob die Vertragswirkung ausbleibt, liegt keine Unwirksamkeit vor. «Im Bereiche der Willensmängel wird also beispielsweise die ordnungsgemässe Geltendmachung nach Art. 31 OR vorausgesetzt» (S. 14).

Die Autorin versucht das nicht leichte Thema in fünf Kapiteln in den Griff zu bekommen. Nach einleitenden Bemerkungen zur Aufgabenstellung wendet sie sich im zweiten Kapitel der *dauerhaften Aufrechterhaltung fehlerhafter Dauerschuldverträge* zu. Gemeint sind Fälle, in denen die Unwirksamkeit nicht mehr geltend

gemacht werden kann, wie z. B. bei Teiltätigkeit gemäss Art. 20 Abs. 2 OR, wenn nach dem hypothetischen Parteiwillen der Vertrag auch ohne den nichtigen Teil geschlossen worden wäre. Gewisse im Gesetz vorgesehene Mechanismen zur Aufrechterhaltung bleiben allerdings ausser Betracht; so etwa die «Heilung» eines Willensmangels durch Zeitablauf (Art. 31 OR, vgl. oben). Umgekehrt werden gewisse Tatbestände, in denen gar kein Ungültigkeitsgrund vorliegt, in die Betrachtung einbezogen. So wird auf die Rechtsprechung eingetreten, wonach trotz Nichteinigung über den Mietzins ein gültiges Vertragsverhältnis anzunehmen ist, sofern sich die Parteien nur über die Entgeltlichkeit der Gebrauchsüberlassung geeinigt haben. In den einschlägigen Entscheidungen (BGE 100 II 330f., 108 II 112ff.) ging es um das Problem, ob der Mietzins ein wesentlicher Punkt ist, die Nichteinigung darüber somit das Zustandekommen eines gültigen Vertrags verhindert. Dies hat das Bundesgericht verneint. Man kann sich allerdings fragen, ob diese Rechtsprechung gerechtfertigt ist. Bejaht man die objektive Wesentlichkeit des Mietzinses, so sind zwar die Parteien nicht gebunden, dies schliesst jedoch nicht aus, bereits gehalten Gebrauch mit vertragsgleichen Ansprüchen zu entgelten (dogmatisch wäre dies z. B. über das Rechtsmissbrauchsverbot zu rechtfertigen). In der Terminologie der angezeigten Arbeit würde es sich dann um einen fehlerhaften Vertrag handeln, der vorübergehend aufrechterhalten wird.

Diese Problematik (der *vorübergehenden Aufrechterhaltung fehlerhafter Verträge*) gelangt erst im fünften Kapitel zur Darstellung (nach Behandlung der Rückabwicklungsprobleme). Für den praktisch wichtigen Fall fehlerhafter Arbeitsverträge sieht Art. 320 Abs. 2 OR die vorübergehende Aufrechterhaltung ausdrücklich vor. Die Autorin verzichtet auf eine eingehende Darstellung der Bestimmung, dafür geht sie ausführlich auf andere Lösungsansätze ein (Rechtsmissbrauchsverbot, faktisches Vertragsverhältnis, Annahme eines zweiten Vertragsschlusses, Lückenfüllung; S. 180ff.).

Die *Rückabwicklungsproblematik* wird zur Hauptsache mit Bezug auf Gebrauchsüberlassungsverträge untersucht. Die Selbstverständlichkeit, dass der zum Gebrauch überlassene Gegenstand im Falle der Unwirksamkeit des Vertrags vindiziert werden kann, die Gegenleistung (infolge Vermischung) hingegen lediglich kondiziert, wird nur am Rande erwähnt (S. 36 unten 37, 61). Eingehend behandelt wird die Frage, inwieweit der Gebrauch finanziell zu vergüten ist. Die Anspruchsgrundlage: Bereicherungsrecht oder Art. 938ff. ZGB, lässt die Autorin offen, da in beiden

Fällen das gleiche Ergebnis resultiere (S. 40ff.). Ihre Argumente im einzelnen darzulegen, ist hier kein Raum. Hervorgehoben sei bloss, dass nach wohl zutreffender Auffassung Art. 938 ZGB (bei Gebrauchsüberlassungsverträgen) einen Anspruch auf Gebrauchsersatz auch gegen den gutgläubigen Besitzer nicht ausschliesst. Das lässt sich historisch begründen (S. 55) und wird auch von massgeblichen Autoren bejaht. Unzutreffend daher BGE 110 II 244ff., wo das Bundesgericht davon ausging, Art. 938 ZGB schliesse einen Ersatzanspruch für die Gebrauchsüberlassung aus, falls der «Leasingnehmer» um die Ungültigkeit des Vertrags nicht gewusst habe. (Das Bundesgericht hat im übrigen ein faktisches Vertragsverhältnis angenommen, gleichzeitig aber entschieden, das Entgelt für die Gebrauchsüberlassung richte sich nicht nach dem unwirksamen Vertrag.)

Die Autorin beschränkt ihre Untersuchung auf Dauerschuldverhältnisse. Analoge Probleme stellen sich jedoch auch bei «einfachen» Schuldverhältnissen, die bereits (teilweise) erfüllt wurden. Wurde etwa ein formungültiger Grundstückkauf vollzogen, fragt sich, ob eine Rückabwicklung zulässig oder der Vertrag (definitiv) aufrechtzuerhalten ist; im ersteren Fall fragt sich weiter, ob und allenfalls in welchem Umfang der Käufer Ersatz zu leisten hat für Gebrauch und Nutzung des Grundstücks (vgl. meine Bemerkungen in: *Der Grundstückkauf*, St. Gallen 1989, Nr. 245ff.). Entscheidend ist letztlich nicht so sehr, ob ein Dauerschuldverhältnis vorliegt, sondern ob Vertragsleistungen bereits erbracht und während einer gewissen Dauer beansprucht wurden. Die angezeigte Arbeit wäre sicher kohärenter geworden, wenn die Untersuchung in diesem Sinne ausgedehnt worden wäre. Auch wäre für die Diskussion der Rückabwicklungsproblematik der vermehrte Einbezug von Bestimmungen, welche die Rückabwicklung nicht fehlerhafter Verträge betreffen (z. B. Art. 226ü OR, 716 ZGB), zweifellos fruchtbar gewesen.

Prof. Dr. iur. Alfred Koller, Hochschule St. Gallen

Bayer, Walter: Der grenzüberschreitende Beherrschungsvertrag. Ein Beitrag zur Dogmatik des deutschen internationalen Konzernrechtes. Mannheimer rechtswissenschaftliche Abhandlungen 6. XII, 165 S. (Heidelberg 1988. C. F. Müller, Juristischer Verlag.) Geb. Fr. 74.90.

Diese ausführliche Dissertation hat zum Ziel, die internationalprivatrechtliche Anknüpfung der grenzüberschreitenden Beherrschungsverträge des deut-