
Alexandra Gerber

Der Einfluss des ausländischen Rechts in der Rechtsprechung des Bundesgerichts

I. Einleitung

In diesem Referat soll untersucht werden, inwieweit ausländisches Recht durch die Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts rezipiert worden ist. Dabei geht es ausschließlich um den Einfluß des ausländischen Rechts auf die Anwendung des schweizerischen Rechtes, so daß alle völkerrechtlichen Entscheidungen bzw. Entscheidungen, die ausländisches Recht als solches zur Anwendung bringen, außer acht bleiben.

Da es mir unmöglich war, sämtliche Bundesgerichtsurteile zu untersuchen, habe ich mich auf die Urteile zwischen 1875 und 1989 konzentriert, die eine Änderung oder Präzisierung der Rechtsprechung beinhalten¹, allerdings unter Auslassung der Bände III und V der Amtlichen Sammlung. Darüber hinaus wurden andere, mehr oder wenig zufällig gefundene² Bundesgerichtsurteile miteinbezogen, so daß dem Referat insgesamt 300 Bundesgerichtsurteile zugrunde liegen, die alle in irgendeiner Weise auf ausländisches Recht Bezug nehmen³.

¹ Die Zusammenstellung dieser Urteile verdanke ich Herrn Thomas Probst, dessen Dissertation "*Die Änderung der Rechtsprechung. Eine rechtsvergleichende methodologische Untersuchung des Phänomens der höchstrichterlichen Rechtsprechungsänderung in der Schweiz (civil law) und den Vereinigten Staaten (common law)*" demnächst veröffentlicht wird. Neben (erklärten oder stillschweigenden) Rechtsprechungsänderungen und -präzisierungen enthielt die Liste auch einige vom Bundesgericht selbst als "Bestätigung der Rechtsprechung" deklarierte Urteile, in denen das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung gegenüber der Kritik der Lehre oder unterer Instanzen rechtfertigt, eine Rechtsprechungsänderung also ablehnt.

² Eine Suche in der Datenbank Swisslex nach verschiedenen Stichworten (z.B. "rechtsvergleich*", "deutsch* mit *praxis"; "*deutsch* mit recht*"; "Bundesgerichtshof*", "Bundesverfassungsgericht*" usw.) erbrachte keine befriedigenden Ergebnisse. Nur wenige Urteile wurden genannt, die zudem sämtliche jüngeren Datums waren (ab BGE 107).

³ Eine Zusammenstellung der bundesgerichtlichen Entscheidungen mit rechtsvergleichenden Erwägungen findet sich für die Jahre 1934 bis 1953 bei H. Uytterhoeven: *Richterliche Rechtsfindung und Rechtsvergleichung*, Bern 1959. Vgl. auch F. E. Klein, *L'application de la méthode comparative dans la jurisprudence du TF*, Rev. int. de droit comparé 1959, 321 ff.

II. Häufigkeit der Berücksichtigung ausländischen Rechts

Von den 1541 Urteilen, die eine Änderung oder Präzisierung der Rechtsprechung bewirken, enthalten immerhin 160, also etwa ein Zehntel, irgendeinen Hinweis auf ausländisches Recht - sei es ein Hinweis auf eine ausländische Norm oder ein Zitat eines Autors oder einer Gerichtsentscheidung des Auslands. Ich nehme an, daß der Anteil des ausländischen Rechts bei diesen Entscheidungen, die oft besonders ausführlich begründet sind, etwas höher liegt als sonst.

Auffallend ist der hohe Anteil ausländischen Rechts in den frühen Urteilen des Bundesgerichts, der zwischen 1890 und 1920 im Durchschnitt über 20% liegt. Zwischen 1921 und 1940 fällt der Durchschnitt auf 13% und sinkt zwischen 1941 und 1960 auf 7,2%. Von 1961 bis 1980 fällt der Anteil weiter auf 6,7%. In den 80er Jahren steigt der Anteil des ausländischen Rechts erstmals wieder an (11% zwischen 1981 und 1989), und zwar mit steigender Tendenz (um die 20% in den Jahren 1988 und 1989). Natürlich sind diese Zahlen mit Vorsicht zu betrachten, zumal wenn sie sich, wie dies in einigen Jahren der Fall ist, auf eine nur sehr kleine Zahl von Urteilen beziehen.

III. Intensität der Befassung mit ausländischem Recht

Die meisten Urteile enthalten lediglich einen kurzen Hinweis auf die Rechtslage in anderen Ländern oder ein Zitat von Werken oder Gerichtsentscheidungen des Auslands⁴. Dabei werden ausländische Autoren oft gar nicht als solche identifiziert, d.h. sie werden wie schweizerische Autoren zitiert, ohne daß das Bundesgericht erklärt, warum die zitierte Stelle auch auf das schweizerische Recht paßt.

Gerade im Strafrecht zitiert das Bundesgericht häufig deutsche Autoren ohne jegliche Erläuterung, so als ob diese das schweizerische Recht kommentiert hätten. Man kann (hoffentlich) davon ausgehen, daß die Richter vor einem solchen Zitat genau geprüft haben, ob die Rechtslage in Deutschland der schweizerischen wirklich vergleichbar ist; solche Überlegungen finden aber im Urteil keinen Niederschlag⁵.

⁴ Etwa zweihundert der oben unter Ziffer 1 erwähnten dreihundert Urteile.

⁵ Vgl. zum Beispiel BGE 116 IV 4 (7, 10) vom 17.4.1990 zur Bußenberechnung bei einer Hausfrau. Das Bundesgericht stützt sich auf den Systematischen Kommentar zum deutschen StGB sowie eine deutsche Dissertation, ohne mit einem Wort auf die Unterschiede bei der Bußenfestsetzung (Tagessatzsystem in Deutschland) und die eventuellen Unterschiede des Eherechts in Deutschland und der Schweiz einzugehen.

In der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichts fehlt zudem der Erscheinungsort in den Zitaten, so daß der nicht eingeweihte Leser gar nicht auf den Gedanken kommt, es könne sich um ein ausländisches Werk handeln⁶.

Etwa ein Fünftel der Urteile geben zumindest eine kurze Erläuterung des ausländischen Rechts; 12% der untersuchten Urteile setzen sich intensiv mit dem ausländischen Recht auseinander⁷.

Leider läßt sich von der Länge oder Kürze der Ausführungen nicht auf das Maß des Einflusses des ausländischen Rechts schließen. Es gibt Entscheidungen, etwa zur *clausula rebus sic stantibus*, die wahrscheinlich stark von der deutschen Diskussion beeinflusst worden sind, denen man diesen Einfluß in der Urteilsbegründung aber kaum ansieht⁸.

Aus jüngerer Zeit kann man die *Kruzifix-Entscheidung* des Bundesgerichts⁹ zitieren, in der sich, ganz zum Schluß, fast als Nachgedanke, die Bemerkung findet: "Abschließend ist festzuhalten, daß diese Erwägungen praktisch mit jenen zusammenfallen, die den Supreme Court der Vereinigten Staaten von Amerika dazu geführt haben, das Anbringen der Zehn Gebote in den Schulzimmern als Widerspruch zur Glaubensfreiheit, die im I. Amendment der Verfassung garantiert ist, zu erklären (Stone vs. Graham [per curiam], 449 US 39/1980: zur Begründung: Auer; the Supreme Law of the Land, Basel und Frankfurt a.M. 1990, S. 176 ff.)". Dennoch spielte die Rechtsvergleichung bei der Entscheidungsfindung eine große Rolle.

Umgekehrt gibt es Entscheidungen, die seitenlange Ausführungen zum ausländischen Recht enthalten, die Entscheidung der umstrittenen Rechtsfrage aber schließlich offenlassen. Auf die mögliche Funktion solcher Ausführungen werden wir weiter unten zu sprechen kommen.

IV. Berücksichtigte Rechtsordnungen

Weitaus am häufigsten wird das deutsche Recht, die deutsche Rechtsprechung oder Lehre zitiert (in über 90% der berücksichtigten Ent-

⁶ Z.B. K. Lehmann (*Das Recht der Aktiengesellschaften*, 1. Band, Berlin 1898; 2. Band Berlin 1904); E. Pietzcker (*Patentgesetz und Gebrauchsmusterschutzgesetz*, Berlin und Leipzig 1929); W. Lewis, (*Lehrbuch des Versicherungsrechts*, Stuttgart 1889). Charakteristisch auch BGE 56 I 191 (194f), in dem das Bundesgericht F. Fleiners "*Institutionen des Verwaltungsrechts*" zitiert (anstatt "*Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*").

⁷ Diese Zahlen beziehen sich wieder auf alle dreihundert Urteile, also nicht nur die Urteile, die eine Rechtsprechungsänderung oder -modifizierung enthalten.

⁸ Vgl. z.B. BGE 47 II 314 (318) vom 14.7.1921, in dem das Bundesgericht einer Klage auf Erhöhung eines Mietzinses wegen der gestiegenen Kosten des Heizmaterials stattgibt und den vergleichbaren Fall RGZ 100, 129 ff vom 21.9.1920; vgl. auch BGE 85 II 256 (266) vom 28.9.59 zur Subrogation: die Ausführlichkeit der Nachweise zum deutschen, französischen und italienischen Recht lassen auf eine intensivere Befassung mit dem ausländischen Recht schließen als dies in der Begründung zum Ausdruck kommt. Vgl. auch die Beispiele bei K. Spiro, *Über den Gerichtsgebrauch zum allgemeinen Teil des revidierten Obligationenrechts*, 1948, S. 169 ff.

⁹ BGE 116 Ia 252 vom 26.9.90 = EuGRZ 1991, 89 (95).

scheidungen, alleine oder zusammen mit anderen Rechtsordnungen)¹⁰. An nächster Stelle folgt das französische Recht (etwa 25%). An dritter Stelle rangiert das österreichische Recht (9%); erst dann kommt das italienische Recht (etwa 6%), gefolgt von Grossbritannien (3%), den USA und Belgien (je 2%) und den Niederlanden (1%). Je eine Erwähnung habe ich für Schweden, Spanien, Portugal, Rumänien und die Türkei¹¹ gefunden. Diese Zahlen sind sicher ungenau, wenn man sie auf die gesamte Rechtsprechung des Bundesgerichts bezieht, geben aber doch einen gewissen Eindruck von der Bedeutung der einzelnen Rechtsordnungen für diese Rechtsprechung.

Es gibt mehrere Entscheidungen, in denen das Bundesgericht das ausländische Recht nicht selbst zitiert, sondern sich auf Zusammenfassungen in der schweizerischen oder der deutschen Lehre bezieht¹².

Die Entscheidung BGE 57 II 237 (238f) verweist für die Prioritätswirkung eines früher angemeldeten Patentes auf die in einer Entscheidung des deutschen Reichsgerichts enthaltenen Nachweise für das österreichische, französische, britische und amerikanische Recht.

Warum dieses eindeutige Überwiegen des deutschen Rechts? Man kann mehrere Faktoren nennen, die sicherlich dazu beitragen, ohne das Phänomen aber ganz erklären zu können:

- die Verwandtschaft des schweizerischen und deutschen Rechts;
- die Sprache (die Mehrzahl der Richter, Gerichtsschreiber und Assistenten am Bundesgericht sprechen deutsch);
- die Ausbildung vieler Bundesrichter in Deutschland Ende des 19. und Anfang des 20. Jahrhunderts¹³;
- die große Zahl juristischer Veröffentlichungen in Deutschland.

Wahrscheinlich spielen noch eine Reihe weiterer Faktoren eine Rolle¹⁴; so könnte man etwa die Anschaffungspolitik der Bundesgerichtsbibliothek

¹⁰ Während des zweiten Weltkriegs ist ein Rückgang der Entscheidungen zu verzeichnen, die deutsches Recht zitieren; es gibt aber auch kaum Hinweise auf andere Rechtsordnungen. Unmittelbar nach Kriegsende ist bereits wieder ein Anstieg der Entscheidungen, die deutsches Recht berücksichtigen, zu verzeichnen.

¹¹ Und dies trotz der Verwandtschaft des schweizerischen und des türkischen ZGB!

¹² Vgl. z.B. BGE 59 II 279 (289) vom 29.6.32 (Hinweis auf die bei Pietzcker zitierte englische und amerikanische Rechtsprechung zum Patentrecht); BGE 107 Ia 198 (199f) vom 20.05.81 (Zitat Cohn in einer Anmerkung zu einem Urteil des deutschen BGH, NJW 1970, 1507 zum englischen "Verfahren nach Order 14").

¹³ A. Kölz, "Von der Herkunft des schweizerischen Verwaltungsrechts" in: FS-Schindler, 1989, S. 609; D. Schindler, *Die Staatslehre in der Schweiz*, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 1976, S. 262.

¹⁴ Vgl. etwa die "praktische Anleitung" Prof. Honsells für schweizerische Studierende (AJP 1992/4, S. 549): "Eine ausführliche Problemerkörterung kann häufig auf deutsche Lehrbücher, Kommentare, usw. nicht verzichten".

untersuchen, um zu sehen, welche Bücher den Bundesrichtern jeweils bei ihren Entscheidungen zur Verfügung standen.

Es wird oft bedauert, daß das Bundesgericht sich zu einseitig am deutschen Recht orientiere und andere Rechtsordnungen mit originellen Lösungsansätzen zu sehr vernachlässige¹⁵. Vielleicht kann die Existenz des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung in Lausanne hier einen Beitrag leisten.

Erwähnen möchte ich ein Gutachten, das vom Institut im Auftrag des Eidgenössischen Versicherungsgerichts zur Frage der Übernahme der *Kosten einer künstlichen Befruchtung in-vitro* durch die Krankenkassen erstattet wurde. Berücksichtigt wurden neben dem deutschen, dem französischen und dem italienischen Recht auch das Recht Österreichs, Schwedens, Spaniens, Großbritanniens und der Niederlande. Die Entscheidung des Bundesgerichts in dieser Sache liegt noch nicht vor.

V. Was wird zitiert?

Neben ausländischen Gesetzesbestimmungen finden sich auch Hinweise auf die Rechtslehre anderer Länder sowie Zitate ausländischer Gerichtsentscheidungen. Berücksichtigt werden fast nur höchstgerichtliche Entscheidungen¹⁶; besonders häufig zitiert werden das Reichsgericht (früher das Reichsoberhandelsgericht), der deutsche Bundesgerichtshof und die französische Cour de Cassation; in jüngerer Zeit auch das Bundesverfassungsgericht.

Als Beispiel für die Rezeption einer fremden Rechtsprechung läßt sich die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum klaglosen *Differenzgeschäft* nennen. Das Bundesgericht übernahm aus der Praxis des deutschen Reichsoberhandels- und des Reichsgerichts die Definition, wonach ein Differenzgeschäft vorliegt, wenn die Parteien übereingekommen sind, das Recht bzw. die Pflicht zur Lieferung oder zur wirklichen Abnahme des Vertrags auszuschließen, so daß Gegenstand des Vertrages lediglich die Kursdifferenz bildet. Das Bundesgericht verteidigte diesen Begriff zunächst gegen die Kritik von Literatur und kantonalen Gerichten¹⁷, gab ihn aber 1939 auf¹⁸. Das Bundesgericht verlangt nun die für den Börsenagenten erkennbare Absicht des Spekulanten, einen zur Hauptsache auf dem Zufall beruhenden Gewinn aus der Kursdifferenz zu erzielen; als Indizien für die Spielabsicht gelten u.a. das Fehlen jedes Zusammenhangs zwischen der Spekulation und dem Beruf oder Geschäft des Spekulanten. Dabei läßt das Bundesgericht unerwähnt, daß die deutsche Rechtsprechung bereits seit

¹⁵ So A.E. von Overbeck in einem unveröffentlichten Vortrag: *La jurisprudence du Tribunal fédéral suisse et le droit comparé*, Brüssel, 1983, S. 27; P. Caroni, *Die Einleitungsartikel des ZGB*, Bern 1982, S. 164 f; P. Liver, *Berner Kommentar*, 1966, Einleitung, S. 70 (bezogen auf die schweizerische Rechtswissenschaft).

¹⁶ In BGE 101 II 177 (193, 197 f) vom 3.07.75 findet sich das einzig mir bekannte Zitat einer Landgerichtsentscheidung (sog. Gütgemann Urteil des LG-Bonn zur Organtransplantation; vom BG als zu eng abgelehnt). BGE 112 II 220 (224) zitiert eine Entscheidung des Tribunale civile di Busto Arsizio vom 26.9.1984, Archivio giuridico della circolazione e dei sinistri stradali 1985, S. 818ff.

¹⁷ BGE 18, 524 (537) vom 24.9.1892; BGE 31 II 55 (61) vom 10.2.1905; BGE 61 II 112 (115) vom 25. 2. 1936.

¹⁸ BGE 65 II 21 vom 24.1.1939; bestätigt in BGE 78 II 61 vom 22. 1.1952.

den 20er Jahren ebenfalls auf das dem Vertragspartner erkennbare Fehlen eines wirtschaftlich berechtigten Zweckes abstellt¹⁹.

Schaut man sich speziell die Nachweise zum deutschen Recht an, so überwiegt eindeutig der Einfluß der deutschen Lehre; es gibt sogar Beispiele, in denen das Bundesgericht sich im Sinne der deutschen Lehre gegen die Praxis der deutschen Gerichte entscheidet²⁰, so daß als Ergebnis dieser "Rezeption" eine Divergenz zwischen der deutschen und schweizerischen Praxis entsteht.

Einige Autoren haben, vor allem in der frühen Rechtsprechung des Bundesgerichts, einen starken Einfluß ausgeübt. Besonders häufig zitiert werden etwa Staub's Kommentar zum Handelsrecht²¹, K. Lehmann zum Aktienrecht oder E. Pietzcker²² zum Patentrecht, um nur einige Beispiele aus dem Zivilrecht zu nennen. J. Kohler²³ hat vor allem die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Markenrecht stark geprägt²⁴.

Um so erstaunlicher ist es, wenn das Bundesgericht später eine Heranziehung der deutschen Rechtsentwicklung zur Korrektur einer von Kohler übernommenen Theorie kategorisch ablehnt: "... Damit ist der Meinung des Handelsgerichts, es sei nun 80 Jahre nach dem Erscheinen des Werkes von Josef Kohler über das Recht des Markenschutzes endlich Zeit, sich von der Nichtigkeitstheorie dieses Autors frei zu machen, der Boden entzogen. Die Nichtigkeit, obwohl seinerzeit vom BG auch durch Hinweis auf die erwähnte Lehrmeinung begründet, läßt sich aus dem schweizerischen Gesetz ableiten, wie die Behörden es noch in neuerer Zeit verstanden haben und es noch heute gilt. Auf den Sinn des deutschen Warenzeichengesetzes und auf die heutige deutsche Lehre kommt nichts an"²⁵.

¹⁹ RGZ 107 S. 22 (24) vom 28. 3. 1923; RGZ 146, 190 (192) vom 8. 12.1934.

²⁰ Insbesondere im Strafrecht; vgl. z.B. BGE 111 IV 134 (136) vom 13.08.85 zum Checkkartenmißbrauch (das BG lehnt mit der deutschen herrschenden Lehre und gegen die Rechtsprechung des BGH die Strafbarkeit wegen Betrugs ab).

²¹ Bearbeitet von H. Koenige, A. Pinner, F. Bonali, Berlin, Leipzig 1926 - 1932.

²² Vgl. Fn. 4.

²³ *Das Recht des Markenschutzes mit Berücksichtigung ausländischer Gesetzgebung mit besonderer Rücksicht auf die englische, anglo-amerikanische, französische, belgische und italienische Jurisprudenz*, Würzburg 1895, 2. Aufl. Mannheim und Leipzig 1910 und *Der unlautere Wettbewerb*, Berlin 1912.

²⁴ Vgl. BGE 25 II 772 (777) vom 17.11.1899; BGE 36 II 255 (257) vom 22.4.1910 (Übernahme des von Kohler vertretenen Universalitätsprinzips; aufgegeben in BGE 39 II 112 (116) vom 24.1.1913)

²⁵ BGE 91 II 4 (9) vom 19.1.1965; dagegen finden sich in anderen, neueren Entscheidungen zum Markenrecht durchaus Hinweise auf die deutsche Literatur; vgl. z.B. BGE 116 II 614 vom 29.10.1990; BGE 107 II 356 (360) vom 6.10.81; BGE 103 Ib 268 (273f) vom 10.12.77 (Berufung u.a. auf § 4 Ziff. 1 des deutschen Warenzeichengesetzes und Entscheidungen des deutschen Bundespatentgerichtes); BGE 64 II 109 (112) vom 2.3.1938.

VI. Rechtsgebiete²⁶

Das *internationale Privatrecht* ist das Rechtsgebiet, in dem der Einfluß der ausländischen Lehre und Rechtsprechung wohl am stärksten ist²⁷. Dies hängt sicherlich mit den internationalen Bezügen dieses Rechtsgebietes zusammen:

- dem internationalen Charakter der zu entscheidenden Sachverhalte,
- dem starken Einfluß völkerrechtlicher Verträge,
- der Notwendigkeit der Qualifikation fremder Rechtsinstitute,
- der Anwendung ausländischen Rechts als Ergebnis einer inländischen Kollisionsnorm.

Zum anderen aber war dieses Gebiet während langer Zeit nicht oder nur unvollständig kodifiziert, so daß sich, über die Grenzen hinweg, ein Dialog zwischen Rechtsprechung und Literatur entwickeln konnte.

Vom Sonderfall des IPR abgesehen überwiegt eindeutig das Zivilrecht. Dies ist besonders ausgeprägt in den frühen Entscheidungen des Bundesgerichts. Sehr stark ist der Einfluß des ausländischen Rechts im *Obligationenrecht*, beim *gewerblichen Rechtsschutz*²⁸, im *Urheber-*

²⁶ Da die SchKG-Entscheidungen im 3. Band der Amtlichen Sammlung nicht berücksichtigt wurden, wird der Bereich des Verfahrensrechtes ausgeklammert, obwohl sich, vor allem in frühen BG-Entscheidungen, etliche Hinweise auf die deutsche Zivilprozeßordnung und die deutsche Konkursordnung finden.

²⁷ Vgl. z.B. BGE 91 II 44 (48 ff) vom 23.1.65 (zur Rechtswahl im internationalen Schuldrecht: Berufung auf Julliot de la Morandière, Rabel, Wolff, Gamillscheg, Kegel und Batiffol sowie den Entwurf eines portugiesischen Zivilgesetzbuches und das französische Avant-projet des Code Civil (1955) oder BGE 97 I 389 (398 ff) vom 3.6.71 (Dal Bosco) zur Eheschließung zwischen einer Schweizerin und einem in der Schweiz geschiedenen Italiener in Dänemark mit sehr ausführlicher Darstellung der Meinungsverschiedenheiten in der deutschen Rechtsprechung und Lehre (das Bundesgericht kannte nur die Entscheidung BGHZ 41, 137 ff, noch nicht das kurz zuvor ergangene "Spanierurteil" des BVerfG); referiert wird auch der Meinungsstand in Österreich, Grossbritannien, Frankreich und der Entwurf eines Haager Abkommens über die Anerkennung von Scheidungen und Trennungen vom Okt. 1968. Zu den vom Bundesgericht auch in anderen Entscheidungen zitierten Autoren gehören v. Bar (*Theorie und Praxis des internationalen Privatrechtes*), Neumann, Regelsberger, Zitelmann, Raape, Neumayer, Neuner, Zweigert, Nussbaum, Rabel, Makarov, Neuhaus, Batiffol, Kegel und Firsching.

²⁸ Vgl. z.B. im Patentrecht BGE 34 II 50 (63) vom 15.2.1908 (Zitat Kent, *Kommentar zum deutschen Patentgesetz*); BGE 38 II 658 (661 f) vom 22.11.1912 (mit Hinweis auch auf die französische Praxis); BGE 39 II 340 (347) vom 7.6.1913 (mit Hinweisen auf Allfeld, *Kommentar zu den Gesetzen über das gewerbliche Urheberrecht*; Isay, *Kommentar zum reichsdeutschen Patentgesetz*; M. Seligsohn, *Kommentar zum gleichen Gesetz*; Kent, *Kommentar zum gleichen Gesetz*); BGE 57 II 222 (228) vom 10.2.1931 (zitiert Pietzcker und Osterrieth zu den Anforderungen an ein Kombinationspatent); BGE 57 II 237 (238f) vom 2.4.1931 (zur Prioritätswirkung, vgl. dazu oben Ziffer 4.1.); BGE 58 II 58 (66, 68) vom 20.1.32 (wiederum Pietzcker zum Kombinationspatent); BGE 59 II 279 (289) vom 29.6.32 (mit Hinweis auf die von Pietzcker zitierte englische und amerikanische Rechtsprechung); BGE 109 II 165 (168) vom 8.06.83 (Zitat BGH GRUR 1966, 141 und GRUR 1981, 525); die Übernahme der deutschen Rechtsprechung zur Exkulpationsmöglichkeit des

*recht*²⁹ und im *Recht des unlauteren Wettbewerbs*³⁰. Auch im *Sachenrecht* gibt es einige Urteile, die das deutsche³¹ oder das französische Recht³² zur Auslegung schweizerischer Bestimmungen oder zur Lückenfüllung³³ heranziehen.

In der wohl wichtigsten Entscheidung zur *Eigentumsübertragung an Fahrnis*³⁴ hat sich das Bundesgericht gegen das Abstraktionsprinzip des deutschen Rechts und für das Kausalitätsprinzip entschieden. Es zitiert dabei ausführlich, wenn auch recht einseitig, die Kritik der deutschen Lehre an der "künstlichen Konstruktion" des BGB und verweist auf das österreichische Recht, das dem Kausalitätsprinzip folgt.

Im *Erbrecht* gibt es zahlenmäßig weniger, dafür aber interessante Beispiele ausländischen Rechtseinflusses³⁵. Sehr viel geringer ist dagegen

Patentbewerbers für das Verhalten seiner Hilfspersonen wird dagegen abgelehnt in BGE 90 I 186 (190, 192 f) vom 7.9.1964; BGE 108 II 156 (158 ff) vom 4.06.82. Weitere Beispiele bei F.E. Klein, *L'application de la méthode comparative dans la jurisprudence du Tribunal fédéral*, in: *Rev. int. de droit comparé* 1959, 330.

29 Und zwar schon vor der Vereinheitlichung dieses Rechtsgebietes durch internationale Übereinkommen: vgl. BGE 64 II 109 (112) vom 2.3.1938 zum Urheberschutz für Werktitel. Die Entscheidung berücksichtigt neben der deutschen Literatur auch die Entwicklung in Spanien, der Türkei, Rumänien und Italien; BGE 74 II 106 (116 ff) vom 16.3.48 (Urheberrechtsverhältnisse an Tonfilmmusik; Berücksichtigung des deutschen, italienischen und österreichischen Rechts). Vorbildlich für die Auslegung eines internationalen Übereinkommens (Berner Übereinkunft) unter Berücksichtigung auch der ausländischen Rechtsprechung sind BGE 107 II 57 (66) vom 20.1.1981 und BGE 110 II 61 (64f) vom 20.3.84 (beide zum Kabelfernsehen); vgl. auch BGE 108 II 475 (484f) vom 21.12.82 (Heranziehung der jüngeren Entwicklung der RBÜ auch soweit noch nicht von der Schweiz ratifiziert zur Auslegung von Art. 22 URG; Hinweis auf deutsche und französische Regelungen zu Reprographierechten); BGE 110 II 61 (64f).

30 Hier überwog zunächst der Einfluß der französischen Rechtsprechung zur "concurrency déloyale"; bezeichnenderweise wird dieser französische Ausdruck auch in den deutschsprachigen Entscheidungen des Bundesgerichts gebraucht (vgl. BGE 23 II 1748 (1755f) vom 6.11.1897). Seit Erlaß des deutschen Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes verstärkt sich der Einfluß der deutschen Lehre (vgl. BGE 69 II 295 (297 f) vom 26.10.43; BGE 107 II 277 (283) vom 12.05.81; BGE 107 II 356 (360) vom 6.10.81; BGE 116 II 471 (473 ff) vom 15.10.1990; in der Entscheidung BGE 114 II 91 vom 24.3.1988 wird die Heranziehung des französischen Rechts, des common law sowie des Rechts der Benelux-Staaten wegen deren unterschiedlichen rechtlichen Grundlagen abgelehnt und die österreichische Rechtsprechung als zu weitgehend kritisiert. Dagegen deckten sich die deutsche Lehre und Rechtsprechung weitgehend mit dem schweizerischen Recht. Im Ergebnis lehnt das Bundesgericht jedoch die Übernahme der deutschen herrschenden Meinung, wonach bei Einbruch in ein lückenloses Preis- oder Vertriebssystem die Wettbewerbswidrigkeit immer zu bejahen sei, ab.

31 BGE 19 344 (349) vom 6.5.1893; BGE 43 II 15 (22) vom 15.2.1917; BGE 114 II 230 ff vom 19.05.1988. Abgelehnt wird die Übernahme der deutschen Lehre in BGE 83 II 201 ff vom 23.3.1957 (betrifft gegen eine Grunddienstbarkeit verstoßende Bauten).

32 BGE 41 II 21 (28 ff) vom 28.1.1915; BGE 68 II 24 (27) vom 12.3.42 (zur Eigentumsvermutung zugunsten des Besitzers).

33 Schönes Beispiel in BGE 60 II 178 vom 23.3.1934; vgl. dazu unten Ziff. 7.6.

34 BGE 55 II 302 (306f) vom 29. 11.1929.

35 BGE 116 II 117 (119 f) vom 22.03.1990 (Eigenhändige letztwillige Verfügung; vgl. dazu unten, Ziffer 7.7.); BGE 108 II 405 (408) vom 2.12.82 (Nichtigkeit des Versprechens, einen Erbvertrag abzuschließen); BGE 104 II 337 (339) vom 16.11.78 (Vermächtnis); BGE 98 II 73 (79ff) vom 20.4.1972 (eigenhändige letztwillige Verfügung; Einrede der Ungültigkeit wegen mangelhaften Willens und wegen Formmangels); BGE 77 II 228 (234f) vom 29.6.1951 (Ausgleichspflicht der

der Einfluß des ausländischen Rechts im *Familienrecht*. Hier findet man zwar einige, meist ältere Urteile zur Vaterschaftsanfechtung und zur Kindesanerkennung, die Hinweise auf ausländische Rechtsentwicklungen enthalten; im Eherecht und insbesondere im Ehescheidungsrecht wird dagegen rein national argumentiert³⁶.

Im *öffentlichen Recht* findet man einen Einfluß des französischen und deutschen Rechts anfänglich vor allem im allgemeinen Verwaltungsrecht³⁷. Der Einfluß, den die Lehrbücher von Otto Mayer und Fritz Fleiner auf das schweizerische Verwaltungsrecht gehabt haben, ist bekannt³⁸. Gelegentlich zitiert das Bundesgericht auch andere Werke des deutschen Staats- oder Verwaltungsrechts³⁹.

Die *Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis* ist ein Beispiel eines aus Deutschland ins schweizerische Recht übernommenen und später, im Anschluß an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wieder aufgegebenen Rechtsinstitutes⁴⁰.

Auch im allgemeinen Teil des *Strafrechts* findet man einen starken Einfluß der deutschen Doktrin⁴¹. Beispiele sind z.B. die Rechtsprechung

gesetzlichen Erben); BGE 70 II 255 (264) vom 16.11.1944 (Erbeinsetzungsvertrag und Schenkungen zu Lebzeiten); BGE 46 II 11 (18) vom 30.3.20 (Unwirksamer Erbvertrag); BGE 41 II 21 (28 ff) vom 28.1.1915 (Erbschaftsklage).

36 Entscheidungen, die auch ausländisches Recht beachten, habe ich nur für prozessuale Fragen des Scheidungsrechts gefunden (BGE 79 II 234 (238) vom 28.5.1953 zum Verzicht auf die Berufung; BGE 51 II 539 (542) vom 2.12.25 zur Fortsetzung eines beim Tod des Erblassers pendenten Scheidungsprozesses; BGE 116 II 385 vom 4.10.90 zur Scheidungsklage durch den gesetzlichen Vertreter eines Urteilsunfähigen).

37 In jüngerer Zeit finden vor allem die Vorschriften des deutschen Verwaltungsverfahrensgesetzes über den öffentlich-rechtlichen Vertrag und die hierzu ergangene Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes Beachtung; vgl. BGE 103 Ia 505 ff (512) vom 12.10.77; BGE 105 Ia 207 (211) vom 11.05.79; BGE 99 Ib 115 (120) vom 16.3.1973.

38 Vgl. zum Einfluß O. Mayers und F. Fleiners auf das schweizerische Verwaltungsrecht und dem damit verbundenen Phänomen einer indirekten Rezeption französischen Verwaltungsrechts A. Kölz, "Von der Herkunft des schweizerischen Verwaltungsrechts" in: FS-Schindler, 1989, 597 ff.

39 Z.B. Walz, *Staatsrecht des Großherzogtums Baden* (zur Subdelegation); Grünhut, *Das Enteignungsrecht* 1887; Layer, *Prinzipien des Enteignungsrechts*; in: Jellinek und Meyer, *Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen*; v. Rohland, *Zur Theorie und Praxis des Deutschen Enteignungsrechtes* 1875; Gerichtsentscheidungen werden seltener zitiert (vgl. z.B. BGE 47 II 242, 255: Entscheidungen des preußischen und sächsischen Oberverwaltungsgerichts sowie des Reichsgerichts zur Gewerbebefreiheit).

40 Vgl. A. Grisel, *Droit administratif*, 2. Aufl., 1984, Band I, S. 229; die Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis wurde von BGE 99 Ia 262 vom 4.4.73 im Anschluß an BVerfGE 33 Nr. 1 aufgegeben.

41 Hinweise auf das französische und österreichische Recht finden sich eher im besonderen Teil des Strafrechts. Das italienische Strafrecht wird sehr selten herangezogen; vgl. jedoch als Beispiel für die Übernahme eines italienischen Strafrechtstatbestands (!) BGE 106 IV 246 (252) vom 8.5.1980 (Raufhandel).

zum Fortsetzungszusammenhang⁴², zum Eventualdolus⁴³, zu Sanktionen und zur Strafzumessung⁴⁴ erwähnt. Es gibt aber auch einige Urteile, in denen das Bundesgericht es - aufgrund der unterschiedlichen Gesetzeslage⁴⁵ oder aus rechtspolitischen Überlegungen⁴⁶ - ablehnt, eine ausländische Lehrmeinung oder Praxis zu übernehmen.

Der Einfluß des deutschen Strafrechts scheint in letzter Zeit eher noch zuzunehmen; möglicherweise hängt dies mit der starken Präsenz deutscher Strafrechtslehrer in der Schweiz sowie einer besonders guten Kenntnis des deutschen Rechts im Kassationsgericht⁴⁷ zusammen.

VII. Gründe für das Heranziehen ausländischen Rechts

Welches sind nun die Gründe dafür, in einer bestimmten Situation fremdes Recht heranzuziehen, ausländische Gerichtsurteile oder Literatur zu zitieren? Bei der Beantwortung dieser Frage ist man meist auf Mutmaßungen angewiesen.

Verschiedene Situationen können unterschieden werden:

⁴² BGE 91 IV 64 (67) vom 9.8.65; BGE 102 IV 77 (78) vom 14.05.76; BGE 107 Ib 74 (75) vom 27.03.81; inzwischen hat sich der Kassationshof von diesem Rechtsinstitut distanziert (vgl BGE 116 IV 121 ff).

⁴³ BGE 96 IV 99 (101) vom 3.7.70; BGE 92 IV 65 (69) vom 6.5.66.

⁴⁴ BGE 117 IV 7 vom 16.1.91; BGE 116 IV 4 (7, 10) vom 27.04.90; BGE 115 IV 180 (185) vom 9.10.89; BGE 116 IV 300 (302) vom 22.11.90; BGE 116 IV 117 (120) vom 14.05.90.

⁴⁵ BGE 81 IV 276 (278) vom 22.12.1955 (keine Beschränkung der Geschäftsführerstellung nach Art. 159 StGB auf die rechtsgeschäftliche Vertretung nach außen in Anlehnung an die frühere, 1933 revidierte Fassung des § 266 DStGB); BGE 111 IV 127 (130) vom 19.11.85 (Lebensgefahr des Opfers beim Raub; keine genaue Parallele zur schweizerischen Vorschrift im deutschen Recht); BGE 108 IV 41 (46f) vom 17.05.82 (zur Einreihung einer strafbaren Handlung in eine der Deliktskategorien); BGE 85 IV 17 (20 f) vom 23.01.59 (weiterer Diebstahlsbegriff in Deutschland und Frankreich als in der Schweiz, da diesen Rechtsordnungen die Sachentziehung nicht bekannt sei).

⁴⁶ In BGE 84 IV 89 (90) vom 11.9.58 lehnt es das BG aus rechtspolitischen Gründen ab, das Kriterium der "Stoffgleichheit" beim Betrug zu übernehmen, übersieht aber, daß der Provisionsbetrug über die Konstruktion des Dreiecksbetrugs auch nach deutscher Praxis strafbar wäre. Sehr interessant ist die Entscheidung BGE 70 IV 152 (154) zum Versuch der Abtreibung an einer Nichtschwangeren ("...diese logisch bis ins Extrem befolgte subjektive Auffassung des Versuchs [des deutschen Reichsgerichts]" widerspricht allzusehr dem Rechtsgefühl, um sie Art 23 StGB zugrunde zu legen"). Die Begründung des BG ist heute wohl überholt; dennoch besteht bis heute ein Unterschied zwischen der schweizerischen hM, die den Versuch des untauglichen Täters ablehnt, und der deutschen hM, die die Versuchsstrafbarkeit bejaht.

⁴⁷ Bundesrichter Schubarth z.B. war zuvor Professor an der Universität Hannover; vergleiche auch dessen Kommentar zu Art. 148 StGB (Betrug) als Beispiel für die Berücksichtigung des deutschen und französischen Rechts in der schweizerischen Doktrin.

A. Im Rahmen historischer Auslegung

Im Rahmen der historischen Auslegung des schweizerischen Rechts werden vom Bundesgericht diejenigen ausländischen Normen herangezogen, die dem schweizerischen Gesetzgeber als Vorbild gedient haben oder die ihm jedenfalls bekannt gewesen sein müssen⁴⁸.

Ein Beispiel hierzu ist die Frage der *Kondition nach rechtsirrtümlicher Zahlung*. Zunächst verlangte das Bundesgericht, in Anlehnung an Doktrin und Praxis des gemeinen Rechts sowie des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches, das Vorliegen eines "rechtsgenügenden", d.h. entschuldbaren Rechtsirrtums⁴⁹. Diese Ansicht wird 9 Jahre später aufgegeben. Dabei beruft sich das Bundesgericht in erster Linie auf die Regelung der Gesetze, die dem OR Pate gestanden haben: das österreichische ABGB, das sächsische BGB, den Dresdner Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse sowie die französische Gerichtspraxis zu Art. 1377 C.Civ. Außerdem werden § 814 BGB und Art. 1146 CC ital. als Beispiele moderner Kodifikationen genannt, die im gleichen Sinn entschieden haben⁵⁰.

Ein Beispiel aus dem *Verwaltungsrecht* findet sich in BGE 31 I 645⁵¹. Das Bundesgericht geht ausführlich auf die französischen Enteignungsgesetze von 1850 und 1852 ein, auf die sich der Kanton Genf zur Rechtfertigung seines eigenen Enteignungsgesetzes bezieht. Es weist darauf hin, daß die französischen Gesetze Vorbild zahlreicher anderer Enteignungsgesetze wurden, etwa in Belgien, in Italien, Ungarn und Großbritannien. In einem Urteil zur Apothekengenehmigung nach waadtländischem Recht⁵² geht das Bundesgericht bis auf eine französische "déclaration royale" vom 25. April 1777 zurück, die von den Klägern zur Auslegung des kantonalen Rechts herangezogen wird.

In BGE 96 II 273⁵³ ging es um die Frage, ob eine *Stiftung* durch Erbvertrag errichtet werden kann. Art. 81 Abs. 1 ZGB sieht nur die Form der "letztwilligen Verfügung" vor. Das Bundesgericht führt aus, daß der Verfasser des ZGB Eugen Huber die Rechtsvergleichung als unentbehrliches Element der Arbeit des Gesetzgebers betrachtet⁵⁴ und zweifellos die Bestimmung von § 83 BGB, welche die Begründung einer Stiftung von Todes wegen auch durch Erbvertrag zuläßt, gekannt habe. Wenn das ZGB gleichwohl eine letztwillige Verfügung verlange, lasse sich das nicht auf ein Versehen, sondern nur auf eine bewußte Wahl zurückführen; um so mehr, als das deutsche Recht schon damals mit der angeführten Bestimmung im Kreis der Rechtsordnungen der Nachbarstaaten allein gestanden sei. Das Bundesgericht weist darüber hinaus auch auf deutsche Autoren hin, die sich gegen eine unwiderfliche Stiftungerrichtung von Todes wegen aussprechen.

⁴⁸ Vgl. z.B. BGE 74 IV 40 (44f) vom 16.9.1948 (zum subjektiven Tatbestand der Gläubigerbegünstigung); BGE 57 II 237 (238f) vom 2.4.1931 (Fortbestand der Prioritätswirkung eines früher angemeldeten Patents wenn das ursprüngliche Patent nachträglich erlischt); BGE 25 II 945 vom 6.12.1899 (analoge Anwendung der Art. 216f Betr.G. auf einen Nachlaßvertrag; Hinweis auf das Vorbild der Art. 542 und 544 des französischen Code de commerce; daneben wird auch deutsche Rechtsprechung und Literatur zur Solidarschuld im Konkurs verwertet); BGE 77 II 228 (234f) vom 29.6.1951 (Ausgleichspflicht aller gesetzlichen Erben, Orientierung an französischem und nicht an deutschem Erbrecht, da sich der schweizerische Gesetzgeber bei Aufstellung der Ausgleichungsnormen nicht vom deutschen, sondern vom französischen Recht leiten ließ).

⁴⁹ BGE 31 II 291 (295) vom 9.6.1905.

⁵⁰ BGE 40 II 249 (256) vom 3.4.1914; bestätigt von BGE 64 II 121 (129) vom 5.4.1938, wiederum unter Hinweis auf das ausländische Recht sowie die deutsche Lehre.

⁵¹ Perrin-Charbonnier contre Etat et Ville de Genève, 14.12.1905, insbes. S. 659 ff.

⁵² Société vaudoise de pharmacie et Morin c. Société coopérative des pharmacies populaires, 13.2.1907, BGE 33 I 12 (27 f).

⁵³ Vom 9.7.1970.

⁵⁴ Erl. 1. Ausg., 1. Heft, und 2. Ausg., 1. Band, je S. 6 unten ff.

Ähnlich argumentiert das Bundesgericht auch in der Entscheidung BGE 73 II 201⁵⁵ bei der Frage, ob ein Kind zur *Anfechtung der Ehelichkeit* legitimiert sei, wenn der Erzeuger inzwischen mit der Mutter die Ehe eingegangen ist. Das Gericht verneint die Frage, da man nicht annehmen könne, daß die Möglichkeit einer Klage durch das Kind bei der Ausarbeitung des ZGB übersehen worden sei angesichts der Aufmerksamkeit, die ihr in den Vorarbeiten und Kommentaren zum deutschen BGB gewidmet worden war. Diese Auffassung wird jedoch 15 Jahre später aufgegeben⁵⁶, unter Berufung auf die "wohlbegründete neuere Lehre", wonach eine Gesetzeslücke angenommen werden kann, "wenn die gesetzliche Regelung «nach den dem Gesetz selbst zugrundeliegenden Wertungen und Zwecksetzungen» «gemessen an seiner eigenen Absicht und Teleologie» als unvollständig und damit ergänzungsbedürftig erscheint, m.a.W wenn eine «planwidrige Unvollständigkeit» besteht (Meier-Hayoz, Larenz)". Hier zeigt sich wiederum ein Einfluß des deutschen Rechts, diesmal auf der Ebene der Methodenlehre, denn mit dem Begriff der "planwidrigen Unvollständigkeit" weicht das Bundesgericht von seiner traditionellen Unterscheidung zwischen echten und unechten Lücken ab.

B. Hinweisfunktion

Zum Teil dient der Verweis auf ausländisches Recht als Hinweis auf künftig auch in der Schweiz anstehende Probleme.

So kommt es vor, daß das Bundesgericht den Gesetzgeber dazu auffordert, ein bestimmtes Rechtsproblem zu regeln, und zugleich auf ausländische Lösungsmodelle hinweist⁵⁷.

In anderen Urteilen wirft das Bundesgericht eine bestimmte Rechtsfrage auf und verweist hierfür auf ausländische Entscheidungen, obwohl sich die Rechtsfrage im konkret zu entscheidenden Fall gar nicht stellt. In diesen Fällen liegt es nahe, den Hinweis auf die ausländische Rechtsprechung als Ankündigung einer Rechtsprechungsänderung des Bundesgerichts zu interpretieren, zumindest aber als Aufforderung an die schweizerische Doktrin, sich dieser Frage näher anzunehmen⁵⁸.

⁵⁵ Vom 9.7.1947.

⁵⁶ BGE 88 I 477 (483) vom 23.11.62.

⁵⁷ BGE 58 II 151 (156) vom 10.5.1932 (Fehlen von Vorschriften über sog. Nachgründungen bei Aktiengesellschaften); BGE 107 II 57 (66) vom 20.1.1981 (Kabelfernsehen); BGE 108 II 475 (484 f) vom 21.12.1982 (Reprographierechte an literarischen Werken).

⁵⁸ Z.B. BGE 115 Ia 234 (256) vom 15.03.1989 (deutsche Rechtsprechung und Literatur zur Anonymität des Spenders bei heterologer Insemination zitiert, obwohl nicht direkt angesprochen. BG deutet an, daß eine vorbehaltlose Garantie der Anonymität des Spenders fragwürdig wäre); BGE 116 II 519 (520, 521, 523) vom 23.10.1990 (Hinweis auf BGHZ 89, 263 ff; RGRK-Nüssgens, Anh. II zu § 823 N 7 zur Frage, ob die Mutter neben dem Kind Schadenersatzansprüche wegen ärztlicher Kunstfehler bei der Geburt geltend machen könne, obwohl solche Ansprüche nicht im Streit lagen); BGE 38 II 717 (721) vom 19.9.1912 (ausnahmsweise Anerkennung eines ausländischen Nachlaßvertrags); BGE 109 II 4 (6) vom 27.04.1983 (Hinweis auf BGH v. 18.3.1980, FamRZ 1980, S. 645 ff zur Frage, ob der Unterhalt für ein im Ehebruch gezeugtes Kind auch als Vermögensschaden iSv Art. 41 ff OR angesehen werden kann oder ob nicht ethische Gründe allgemeiner Art einer solchen Betrachtungsweise entgegenstehen müßten).

C. Ähnlichkeit des ausländischen Rechts

Zitiert das Bundesgericht ausländische Autoren, ohne auf den Inhalt des fremden Rechts näher einzugehen, dann geschieht dies meist in der Annahme, die ausländische und die schweizerische Regelung seien identisch oder zumindest sehr ähnlich⁵⁹. Das ist insbesondere der Fall, wenn schon der Gesetzgeber sich vom ausländischen Recht hat inspirieren lassen oder das Recht durch internationale Übereinkommen vereinheitlicht worden ist^{59a}.

Das OR übernahm einige Bestimmungen der deutschen *Wechselordnung* mit der Folge, daß die in der deutschen Literatur behandelten Streitfragen auch in die Rechtsprechung des Bundesgerichts Eingang fanden⁶⁰. Nach der Vereinheitlichung des Wechselrechts durch das Genfer Wechselrechtsübereinkommen vom 7. Juni 1930 berücksichtigen die Entscheidungen des Bundesgerichts vermehrt auch andere Rechtsordnungen⁶¹.

Bei der Revision des OR 1911 wurde der *Mäklervertrag* nach dem Vorbild der §§ 652 bis 656 BGB bundesrechtlich geregelt. Im Unterschied zum deutschen Recht wird der Mäklervertrag jedoch als besondere Form des Auftrages qualifiziert, mit der Folge, daß das Auftragsrecht subsidiär anwendbar ist⁶². Frühe Entscheidungen des Bundesgerichts stellen auf die Ähnlichkeit zwischen dem deutschen und dem schweizerischen Mäklerrecht ab⁶³ und zitieren ausführlich deutsche Literaturstimmen. Eine jüngere Entscheidung⁶⁴ unterstreicht dagegen die unterschiedliche Konzeption des Mäklervertrages im deutschen und im schweizerischen Recht und weist deshalb den Hinweis der Beklagten auf § 654 BGB und die zugehörigen deutschen Lehrmeinungen zurück.

Ausländische Autoren werden vor allem dann zitiert, wenn keine oder nur wenig schweizerische Doktrin zu einer bestimmten Frage existiert. Dies mag eine Erklärung für den starken Einfluß der deutschen Lehre in den ersten Jahren des Obligationenrechts sein. Zudem ist die Zahl der Publikationen in Deutschland ungleich höher als in der Schweiz, so daß die Wahrscheinlichkeit groß ist, in der deutschen Literatur zu einem be-

⁵⁹ Problematisch ist z.B. die Entscheidung BGE 46 II 11 (18) vom 30.3.20 (Berufung auf die deutsche Auslegungsregel zugunsten korrespondierender Testamente (§ 2270), obwohl die Schweiz diese Testamentsform - entgegen dem deutschen Recht - gerade nicht kennt; damit wird im Ergebnis die Unwirksamkeit des Testaments vermutet.

^{59a} M. von Escher, *Einheitsgesetz und Einheitsrecht: Ausländische Gerichtsurteile zum Genfer einheitlichen Wechsel- und Checkrecht und deren Einflüsse auf die inländische Rechtsprechung*. Schriftenreihe des Instituts für Internationales Recht und Internationale Beziehungen, Bd. 53, Basel 1992.

⁶⁰ Vgl. BGE 24 II 756 (758ff) vom 29.10.1898; BGE 25 II 502 (514f) vom 30.6.1899.

⁶¹ Vgl. BGE 77 II 250 (252) vom 19.6.1951, 91 II 362 (369f) vom 5.10.1965 und BGE 108 II 319 vom 14.10.1982 (deutsches, italienisches, französisches und österreichisches Wechselrecht).

⁶² G. Gautschi, *Berner Kommentar, Das Obligationenrecht*, 2. Abt., 5. Teilband, Einführung vor § 412, N. 1c).

⁶³ BGE 34 II 730 (732) vom 23.12.1908; 90 II 92 (96) vom 19.5.1964.

⁶⁴ BGE 106 II 224 (225) vom 15.10.1980 unter Berufung auf Gautschi, *aaO*.

stimmten Problem, das in der Schweiz noch nicht behandelt worden ist, eine Dissertation oder einen Aufsatz zu finden.

In den genannten Fällen geht es dem Bundesgericht eigentlich nicht um eine Übernahme ausländischen Rechts, sondern um eine Entscheidungshilfe für die Auslegung des eigenen, der ausländischen Norm ähnlichen Rechts. Dennoch kann es in solchen Fällen zu einer "schleichenden Rezeption" kommen: eine Lehrmeinung stützt sich ja nicht nur auf eine vereinzelte Gesetzesnorm, die durchaus mit dem schweizerischen Recht identisch sein kann, sondern ist in das ganze Umfeld des ausländischen Rechts eingebettet. Unmerklich fließen dann in die Rechtsprechung Denk- und Argumentationsmuster ein, die dem anderen Recht eigen sind. Bei wiederholter Orientierung an bestimmten ausländischen Lehrmeinungen besteht die Gefahr (oder die Chance?), daß Entwicklungen des ausländischen Rechts in das schweizerische Recht hineingetragen werden.

D. Kontrastwirkung

Wenn das Bundesgericht auf eine vom schweizerischen Recht abweichende Lösung im Ausland verweist, kann dies auch der Hervorhebung einer schweizerischen Eigenart und damit dem besseren Verständnis des eigenen Rechts dienen.

So stellt das Bundesgericht beispielsweise in einer *beamtenrechtlichen* Entscheidung⁶⁵ das schweizerische System der zeitlich befristeten Amtsdauer mit Wiederwahl dem deutschen und französischen System des Beamten auf Lebensdauer gegenüber. Die dominierende Stellung des Amtsdauersystems hänge mit dem schweizerischen Demokratieverständnis zusammen; sie solle dem Mißbrauch der Amtsgewalt durch praktisch unabsetzbare Beamte vorbeugen und durch die Wiederwahl einen mittelbaren Einfluß des Volkes auf die Besetzung der Beamtenstellen gewährleisten.

Zur Erklärung des schweizerischen *Betrugstatbestandes* führt das Bundesgericht aus: "Nach deutschem Recht genügt für die Erfüllung des Betrugstatbestandes, daß der Täter das Opfer vorsätzlich täuscht. Nach französischem Recht liegt Betrug erst vor, wenn sich der Täter zur Täuschung bestimmter "manoeuvres frauduleuses" bedient. Das schweizerische StGB nimmt als Kompromiß der gegensätzlichen kantonalen Strafgesetze eine Mittelstellung ein: wer in Bereicherungsabsicht jemanden durch einfache Lüge zu einer vermögensschädigenden Handlung veranlaßt, betrügt nicht. Es bedarf einer arglistigen Irreführung oder Ausnützung des Irrtums"⁶⁶.

⁶⁵ BGE 105 Ia 271 (273f) vom 4.5.1979; vgl. auch A. Kölz, *aaO* (FS- Schindler) S. 611.

⁶⁶ BGE 99 IV 75 (76) vom 18.5.73. Vgl. auch BGE 107 II 105 (111) vom 4.06.81 (zur Bestellung eines Beistands wegen Interessenkollision des Vormunds).

E. Ausländisches Recht als Lösungsmodell zur Lückenausfüllung

Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB schreiben dem schweizerischen Richter vor, bei Fehlen einer gesetzlichen Vorschrift das Gewohnheitsrecht anzuwenden, und - wenn auch ein solches fehlt - "nach der Regel zu entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde". Dabei soll der Richter "bewährter Lehre und Überlieferung" folgen. In der schweizerischen Lehre wird die Heranziehung der Rechtsvergleichung zur Lückenfüllung grundsätzlich befürwortet⁶⁷. Es wird u.a. auf die zunehmende Rolle der Rechtsvergleichung in der Gesetzgebung verwiesen⁶⁸, so daß der Richter, der Lücken des geschriebenen Rechts "modo legislatoris" auszufüllen habe, auch Rechtsvergleichung treiben müsse. Für den Spezialbereich des Seerechts ist dies sogar ausdrücklich in Art. 7 des Bundesgesetzes über die Seeschifffahrt unter der Schweizer Flagge⁶⁹ vorgeschrieben⁷⁰: "Kann der Bundesgesetzgebung, insbesondere diesem Gesetz und den als anwendbar erklärten Bestimmungen internationaler Übereinkommen keine Vorschrift entnommen werden, so entscheidet der Richter nach den allgemein anerkannten Grundsätzen des Seerechts und, wo solche fehlen, nach der Regel, die er als Gesetzgeber aufstellen würde, wobei er Gesetzgebung und Gewohnheit, Wissenschaft und Rechtsprechung der seefahrenden Staaten berücksichtigt."

In der Rechtsprechung des Bundesgerichts gibt es zahlreiche Beispiele für die Heranziehung ausländischen Rechts zur Lückenfüllung.

Ein typisches Beispiel ist die Rechtsprechung zum *Selbstkontrahieren*⁷¹. Das Bundesgericht stellt fest, daß das OR keine Bestimmung über die Berechtigung eines Stellvertreters zum Vertragsabschluß mit sich selbst enthält. Es untersucht dann zunächst das gemeine Recht, in dem diese Frage umstritten war. Anschließend füllt das Bundesgericht die Lücke in Anlehnung an § 181 BGB und seine Auslegung in der deutschen Lehre und Rechtsprechung. Auch die folgenden Urteile zum

⁶⁷ Vgl. H. Deschenaux, *Der Einleitungstitel, Schweizerisches Privatrecht*, Bd. 2, 1967, § 14 S. 116f; A. Meier-Hayoz, *Berner Kommentar*, Bd. 1, *Einleitung*, Bern 1966, Art. 1 ZGB N. 366 ff; K. Spiro, *Über den Gerichtsgebrauch zum allgemeinen Teil des revidierten Obligationenrechts*, 1948, 172 ff. So auch K. Zweigert: *Die Rechtsvergleichung als universelle Interpretationsmethode*, *RabelsZ* 15 (1949/50), 5 ff und K. Zweigert/H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Bd. I, *Grundlagen*, Tübingen 1984, § 2 S. 20 ff.

⁶⁸ Vgl. dazu schon E. Huber, *Code civil suisse, Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police*, tome I, Bern 1901, S. 6f.

⁶⁹ Vom 23. September 1953, RS 747.30; diesen Hinweis verdanke ich einem unveröffentlichten Vortrag von A.E. von Overbeck, *La jurisprudence du Tribunal fédéral suisse et le droit comparé*, Brüssel, 1983.

⁷⁰ Anders einzelne kantonale Zivilgesetze im 19. Jh, z.B. Art. 3 des waadtländischen Code civil von 1819 ("Il est défendu aux juges de citer, comme motif de leur jugement, une loi ou une autorité étrangère, pour expliquer le présent Code, ou pour y suppléer"). Weitere Beispiele bei A. Meier-Hayoz, *aaO*, Art. 1 ZGB, Nr. 361.

⁷¹ BGE 39 II 561 (566 ff) vom 2.10.1913.

Selbstkontrahieren gehen auf die deutsche Praxis ein, übernehmen diese aber nicht ohne weiteres. So wird etwa die Frage aufgeworfen, ob die in § 181 BGB statuierte Ausnahme für reine Erfüllungsgeschäfte auch in der Schweiz gelten solle⁷². Interessanterweise hat das Bundesgericht das Verbot des Selbstkontrahierens von vornherein in einer auf den Normzweck reduzierten Form übernommen (entscheidend sei, "ob und inwieweit bei bestimmten Arten von Geschäften die Gefahr einer Übervorteilung des Vertretenen durch den Vertreter bestehe⁷³"), während die deutsche Rechtsprechung § 181 BGB lange Zeit als strikt auszulegende "formale Ordnungsvorschrift" verstanden und erst viel später eine teleologische Reduktion der Norm vorgenommen hat⁷⁴.

In der Entscheidung BGE 89 II 444 (447)⁷⁵ vom 20.12.63 ging es um die Frage, ob ein *Vorkaufsrecht* ausgeübt werden kann, wenn im Kaufvertrag Nebenleistungen vereinbart worden waren, die der Vorkaufsberechtigte nicht erfüllen kann. Das Bundesgericht stellt fest, daß dieser Fall im schweizerischen Recht nicht geregelt ist, und zitiert § 507 BGB. Danach hat der Vorkaufsberechtigte statt der Nebenleistung deren Wert zu entrichten; läßt sich die Nebenleistung nicht in Geld schätzen, ist die Ausübung des Vorkaufsrechts ausgeschlossen, es sei denn, der Vertrag mit dem Dritten wäre auch ohne sie geschlossen worden. Das Bundesgericht stellt kurz die Auslegung dieser Bestimmung in der deutschen Doktrin dar und referiert den Meinungsstand der schweizerischen Lehre. Anschließend entscheidet sich das Bundesgericht für eine vollständige Übernahme der Regelung des § 507 BGB ins schweizerische Recht. Diese Lösung lasse sich auf den Wortlaut des Art. 681 Abs. 1 in fine ZGB abstützen, entspreche am besten dem Willen des Gesetzgebers und wahre die Interessen des vorkaufspflichtigen Miteigentümers.

Auch in anderen Entscheidungen zur Lückenfüllung⁷⁶ prüft das Bundesgericht, ob sich die Lösung des ausländischen Rechts in das schweizerische Rechtssystem einfügt und ob sie einen gerechten Interessenausgleich darstellt.

Ein gutes Beispiel für diese Prüfung findet sich im Fall BGE 60 II 178⁷⁷ zur Frage der *Subrogation* bei Zahlung auf ein Grundpfandrecht durch den persönlichen Schuldner, nachdem das Grundstück unter Überbindung der Schuldpflicht veräußert worden war. Es liegt kein gesetzlicher Fall der Subrogation nach OR oder ZGB vor. Eine Bestimmung entsprechend § 1164 BGB, der den Übergang

⁷² Offengelassen in BGE 89 II 321 vom 30.9.1963 mit Nachweisen zur früheren Rechtsprechung.

⁷³ So schon BGE 39 II 567f unter Berufung auf die deutsche Literatur, die in Fällen, wo eine solche Gefahr nicht bestand, eine stillschweigende Gestattung annahm. BGE 89 II 325 führt dazu aus: "Abgesehen von diesem Entscheide läßt die angeführte neuere Rechtsprechung für die Zulassung des Kontrahierens mit sich selbst den objektiven Umstand genügen, daß zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen kein Interessengegensatz besteht und eine Benachteiligung des Vertretenen folglich nicht zu befürchten ist. Dies hat seinen guten Grund; denn die Rechtsprechung, die in Ausfüllung einer Gesetzeslücke das Kontrahieren mit sich selbst grundsätzlich verbietet, wird im wesentlichen durch das Bestreben gerechtfertigt, die bei derartigen Geschäften regelmäßig vorhandene Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen zu vermeiden, und darf daher nicht angewendet werden, wenn diese Gefahr ausnahmsweise nicht besteht. Zur Annahme einer stillschweigenden Gestattung braucht der schweizerische Richter in solchen Fällen nicht Zuflucht zu nehmen, weil das schweizerische Recht, anders als das deutsche, keine Vorschrift enthält, die bestimmen würde, das Kontrahieren mit sich selbst sei ... nur zulässig, wenn es dem Vertreter gestattet wurde."

⁷⁴ BGHZ 59, 236; vgl. dazu K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., 1991, S. 392f.

⁷⁵ Vom 20.12.63.

⁷⁶ Vgl. z.B. auch BGE 42 II 219 (225) vom 20.5.1916 (Übergang des Spezifikationsrechts an den Schuldner im Gläubigerverzug entsprechend § 375 deutsches HGB); BGE 36 II 218 (221) vom 10.6.1910 (Haftung des Dienstherrn wegen Verletzung der vertragsgemäßen Fürsorgepflicht auch gegenüber den Hinterbliebenen des Dienstnehmers, wie in § 618 Abs. 3 iVm § 844 Abs. 2 und 845 BGB ausdrücklich vorgesehen).

⁷⁷ Vom 23.3.34.

der Hypothek an den zahlenden persönlichen Schuldner vorsieht, soweit dieser vom Eigentümer Ersatz verlangen kann, fehlt im schweizerischen Recht. Das Bundesgericht stellt ausführlich dar, daß eine Gesetzeslücke anzunehmen und die Anerkennung des streitigen Subrogationsfalles ein Gebot der Gerechtigkeit sei. Bei dieser Entscheidung hat man den Eindruck, das Bundesgericht habe sich zuerst für das als gerecht erkannte Ergebnis (Anerkennung der Subrogation) entschieden und erst dann nach einer positivrechtlichen Verankerung dieses Prinzips in einem ausländischen Recht Ausschau gehalten.

F. Ausländisches Recht als Ausdruck einer gerechten oder praktikablen Lösung

Insofern geht diese Kategorie nahtlos in eine andere über, in denen das ausländische Recht als Bestätigung für die Richtigkeit einer bestimmten Lösung, als Ausdruck einer gerechten, der Interessenlage am besten entsprechenden Regelung herangezogen wird.

Als Beispiel mag die Entscheidung BGE 41 II 21 vom 28.1.1915 dienen. Der Erbe einer verstorbenen Witwe klagte auf Herausgabe von Wertpapieren, die der Erblasserin gehört hatten. Der Besitzer der Wertschriften, bei dem die Erblasserin seit zwei Jahren gewohnt hatte, machte geltend, die Titel seien ihm geschenkt worden. Das Bundesgericht führt aus, daß an den Beweis des Klägers zur Entkräftung der *Eigentumsvermutung* des Besitzers kein allzu strenger Maßstab angelegt werden dürfe, wenn die Umstände von vornherein gegen das Eigentum des Besitzers sprechen, da sonst die Eigentumsvermutung dem Eigentümer gegenüber zu offener Unbilligkeit führen könnte. Dies sei insbesondere der Fall, wenn ein mit dem Erblasser zusammenlebender Hausgenosse den abwesenden Erben gegenüber Sachen des Erblassers, in deren Besitz er gelangte, als ihm geschenkt zu eigen beanspruche. Zur Bestätigung dieser Ansicht beruft sich das Bundesgericht auf die französische Judikatur, die die zu weitgehenden Konsequenzen des starren Grundsatzes des Art. 2279 CCF, "en fait de meubles, la possession vaut titre", durch Zulassung einer Ausnahme bei "possession équivoque" vermieden habe. Erscheine der Besitz als "équivoque", so greife die Eigentumsvermutung nicht mehr Platz, sondern es kämen die gewöhnlichen Beweisregeln wieder zur Anwendung⁷⁸.

Eine vor kurzem ergangene Entscheidung zum *Erbrecht*⁷⁹ befaßt sich mit der Frage, ob ein formell vollständiges, aber inhaltlich unrichtiges Datum zur Ungültigkeit eines Testaments führt. Das Bundesgericht führt aus, daß Art. 505 ZGB grundsätzlich die inhaltliche Richtigkeit der Datierung verlange. Diese Rechtsprechung sei bereits unter dem Einfluß der französischen Praxis gemildert worden⁸⁰. Die Rechtsprechung zu Art. 505 Abs. 1 ZGB habe im Schrifttum zahlreiche, mitunter heftige Kritik ausgelöst, die sich oft nicht nur gegen die Rechtsanwendung als solche, sondern ebenso gegen die auf den Gesetzgeber zurückzuführende Ausgestaltung der geltenden Formerfordernisse selbst richte.

⁷⁸ Es gibt eine weitere Entscheidung zu dieser Frage (BGE 68 II 24 (27) vom 12.3.42), in der sich das Bundesgericht ebenfalls auf diese französische Praxis stützt, um ein von ihm mißbilligtes Ergebnis (Beweisvermutung zugunsten eines "Devisenschmugglers") zu vermeiden. Wenn man den geschilderten Sachverhalt liest (jüdische Familie, in der Tschechoslowakei wohnhaft; Versteck der Devisen wegen der Wirren im Sudetengebiet 1938), kommen einem Zweifel über die Berechtigung dieses Vorgehens.

⁷⁹ BGE 116 II 117 (119 f) vom 22.03.1990. Sehr interessant ist auch die, ebenfalls zum *Erbrecht* ergangene, Entscheidung BGE 98 II 73 ff vom 20.4.1972; sie wird von K. Zweigert/ H. Kötz aaO S. 21 als vorbildlich für die rechtsvergleichende Auslegung nationaler Rechtsnormen bezeichnet.

⁸⁰ Zumindest die versehentlich unrichtig erfolgte Datierung führt - anders als die absichtliche Irreführung - dann nicht zur Ungültigkeit, wenn die richtige Angabe anhand der Testamentsurkunde, sei es aus dem Inhalt, sei es aus der materiellen Beschaffenheit der Urkunde, festgestellt werden kann. (vgl. BGE 45 II 151 ff; 50 II 6 ff; 54 II 357 ff; 64 II 409; 73 II 211; 75 II 343; 80 II 309; 93 II 16ff; 95 II 2 ff; 101 II 33f.)

Anschließend stellt das Bundesgericht fest, daß das bisweilen zu stoßenden Ergebnissen führende Erfordernis der wahren Orts- und Zeitangabe in den umliegenden Staaten zu bedeutsamen Änderungen der Rechtsprechung und teilweise der Gesetzgebung selbst geführt habe. Es folgen ausführliche Nachweise des deutschen, italienischen und französischen Rechts. Großes Interesse mißt das Bundesgericht vor allem der Rechtsprechung der französischen Cour de Cassation zu, die in einer bedeutsamen Praxisänderung 1983 entschieden hatte, daß ein ohne Angabe des Errichtungstages datiertes Testament auch dann unanfechtbar bleibe, wenn das vollständige Datum nicht erstellt werden könne; dies jedoch nur unter der Voraussetzung, daß die Frage der Datierung unerheblich sei. Letzteres treffe namentlich zu, wenn die Verfügungsfähigkeit des Testators außer Frage stehe und nicht mehrere, sich widersprechende Testamente vorlägen⁸¹. Nach intensiver Auseinandersetzung mit dem schweizerischen Schrifttum und dem Zweck der Formvorschrift kommt das Bundesgericht zu einem vergleichbaren Ergebnis. Danach soll ein erwiesenermaßen unrichtiges Datum dann nicht zur Ungültigkeit führen, wenn der Mangel nicht auf Absicht des Erblassers beruht und die Richtigkeit des Datums in keiner Weise von Bedeutung ist.

Nur wenige Monate später hatte das Bundesgericht den Fall eines unvollständigen Datums zu beurteilen, genau den Fall also, der der Praxisänderung der französischen Cour de Cassation zugrundelag⁸². Überraschenderweise beharre das BG hier auf dem Erfordernis der vollständigen Datumsangabe.

Es ließen sich zahlreiche weitere Beispiele anführen; die wenigsten Entscheidungen sind allerdings so ausführlich begründet wie die oben zitierten; oft begnügt sich das Bundesgericht mit einem knappen Hinweis auf das ausländische Recht.

Interessant als Beispiel selektiver, ergebnisbezogener Verwendung des ausländischen Rechts ist die jüngere Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Ansprüchen wegen der Tötung oder schweren Verletzung eines nahen Angehörigen⁸³.

Im ersten Urteil verlangte ein Vater Schadenersatz für einen *Nervenschock*, den er erlitten hatte, als zwei seiner Kinder durch einen Flugzeugabsturz getötet wurden. Das Bundesgericht betrachtet den Vater selbst als in einem absoluten Recht - der körperlichen Integrität - beeinträchtigt, also nicht als nur mittelbar Geschädigten. Dabei stützt sich das Bundesgericht auch auf die deutsche Rechtsprechung zum Schockschaden. Das französische Recht komme zum gleichen Ergebnis, stehe aber - so das Bundesgericht - von seinen rechtlichen Grundlagen her dem schweizerischen Recht nicht so nahe wie das deutsche Recht. Die entgegengesetzte österreichische Rechtsprechung wird unter Hinweis auf die Kritik der österreichischen Doktrin abgetan. In der nächsten Entscheidung⁸⁴ stand der Genugtuungsanspruch eines Ehemanns zur Entscheidung, dessen Frau durch einen Unfall schwer invalid geworden war. Auch in diesem Fall gewährte das Bundesgericht einen Anspruch wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts. Wiederum wird ausländisches Recht herangezogen, diesmal allerdings das französische und italienische Recht. Die sehr viel restriktivere deutsche Rechtsprechung, die in einem vergleichbaren Fall wohl kein Schmerzensgeld gewähren würde, wird dagegen nicht erwähnt. Man kann natürlich einwenden, in der ersten Entscheidung sei es um materiellen, in der zweiten um immateriellen Schadenersatz gegangen. In beiden Urteilen geht es jedoch im Kern um die Unterscheidung zwischen nicht ersatzfähigen bloßen Reflexschäden und ersatzfähigen Beeinträchtigungen eines eigenen, absolut geschützten Rechtsgutes. Eine Einschränkung findet das Bundesgericht interessanterweise in einer Resolution des Ministerkomitees des Europarates⁸⁵, die nur bei außerordentlichem *seelischen Schmerz* der Angehörigen ("souffrances d'un caractère exceptionnel") Genugtuung vorsieht.

81 Entscheid "Payan", Civ. I, 9. März 1983; bestätigt am 1. Juli 1986.

82 BGE 117 II S. 246; es fehlte das Errichtungsjahr.

83 BGE 112 II 118 (127) vom 11.03.1986.

84 BGE 112 II 220 (224 f) vom 22.4.1986.

85 Grundsatz Nr. 13 der Resolution 75-7 vom 14. März 1975.

Vgl. auch die strafrechtliche Entscheidung⁸⁶ zum *Postomatmißbrauch*. Das Bundesgericht verurteilt wegen Diebstahls und zitiert hierfür einen einzigen ausländischen Autor (aus Österreich). Nicht erwähnt wird dagegen, daß die ganz herrschende Meinung in Deutschland in solchen Fällen die Qualifikation als Diebstahl ablehnt. Sollte es sich bloß um ein Versehen handeln?

Zum Teil dient der Hinweis auf eine fremde Praxis dem Nachweis der Praktikabilität einer bestimmten Lösung.

In der Entscheidung BGE 116 II 385⁸⁷ z.B. überprüfte das Bundesgericht seine Rechtsprechung, wonach die *Scheidungsklage* nicht vom gesetzlichen Vertreter einer urteilsunfähigen Person erhoben werden kann und führt dabei aus: "Ein Blick auf ausländische Gesetzgebung macht klar, daß die vertretungsweise Geltendmachung des Scheidungsanspruchs nicht schlechterdings unmöglich sein muß"⁸⁸.

Es gibt einige wenige Fälle, in denen man von einer Gesetzeskorrektur des Bundesgerichts in Übereinstimmung mit einem ausländischen Recht sprechen könnte⁸⁹.

Das Bundesgericht hat beispielsweise entschieden, daß ein Zeuge, der seine Lügen, gleichgültig aus welchem Grunde, vor Abschluß der Einvernahme zurücknimmt, weder wegen vollendeten noch wegen versuchten *falschen Zeugnisses* bestraft werden kann⁹⁰ - dies im Einklang mit der deutschen und französischen Rechtsprechung, nicht aber dem schweizerischen Strafgesetz, das Strafbefreiung nur bei freiwilligem Rücktritt vorsieht und auch dann keinen obligatorischen Strafaufhebungsgrund kennt⁹¹.

⁸⁶ BGE 110 IV 80 (85) vom 28.09.84; vgl. dazu G. Jenny, *Aktuelle Fragen des Vermögens- und Urkundenstrafrechts*, ZBJV 124 (1988), S. 410 ff.

⁸⁷ Vom 4.10.90.

⁸⁸ Vgl. auch BGE 107 Ia 148 (150) vom 21.10.81 (Briefkontrolle von Gefangenenpost; das Personal, welches die Post vom Untersuchungsrichter zum Untersuchungsgefangenen und umgekehrt befördern muß, darf nicht in die Briefe Einsicht nehmen; kein Mehraufwand für den U-Richter, kontrollierte Briefe mit einem Klebstreifen oder auf andere Art wieder zu verschließen. Hinweis auf die deutsche Rechtslehre, die die Ansicht vertritt, Post müsse in einem verschlossenen Begleitumschlag an den Untersuchungsgefangenen weitergeleitet werden); BGE 36 I 448 (451) vom 4.10.1910 ("Au point de vue pratique il serait de beaucoup préférable de faire rentrer les frais de bénéfice d'inventaire dans les frais de la liquidation. Cette solution se justifie également en regard de la loi...Comp. solution analogue dans la Konkursordnung allemande, art. 224 ch. 4 et art. 57 KO").

⁸⁹ Die Grenze zur Gesetzesauslegung ist natürlich fließend. Als Beispiel einer Gesetzeskorrektur durch Vertragsauslegung könnte man BGE 44 II 416 (419) bezeichnen. Das Bundesgericht legt dar, daß die schweizerische Regelung der Gefahrtragung (Art. 185 OR) weder dem deutschen noch dem französischen Recht entspreche, da einerseits die Gefahr schon bei Vertragsschluß auf den Käufer übergehe, andererseits aber, im Gegensatz zum französischen Recht, die Tradition zum Eigentumsübergang erforderlich sei, und kommt zum Ergebnis, daß im vorliegenden Fall die Gefahrtragung durch den Verkäufer bis zum Zielort vereinbart worden sei ("usage commercial d'après lequel le vendeur qui assume les frais de transport en assume aussi les risques.... solution traditionnelle de droit suisse... conforme à la raison et à l'équité: en effet,... il serait choquant que la défenderesse qui n'avait à aucun point de vue à s'occuper du transport dût supporter les risques qui se sont ainsi réalisés au cours de ce transport et qui sont en relation étroite avec des circonstances personnelles à la recourante, à savoir sa nationalité et l'itinéraire qu'elle avait librement choisi. ")

⁹⁰ BGE 85 IV 30 (34) vom 25.3.59.

⁹¹ Vgl. G. Stratenwerth, *Strafrecht Besonderer Teil II* (1983), § 55 Rn. 34 mwN, der die Rechtsprechung des Bundesgerichts vom Ergebnis her billigt. In der Entscheidung BGE 104 II 337 (339) vom 16.11.78 lehnt es das BG dagegen mangels Vorliegens einer Gesetzeslücke ab, Art. 485 Abs. 1 ZGB, wie von Piotet vorgeschlagen, um eine § 2166 BGB entsprechende Regelung zu ergänzen.

G. Ausländisches Recht zur Unterstützung eines Parteistandpunktes

So wie das Bundesgericht sich auf ausländisches Recht zur Unterstützung seines Standpunktes beruft, so kann ausländisches Recht auch von den Parteien vorgebracht werden, um ihren Standpunkt zu untermauern und eventuell eine Rechtsprechungsänderung des Bundesgerichts zu bewirken. Hierzu ein Beispiel aus der Praxis des Instituts:

Eine Frau, die das Fahrzeug ihres Ehemannes lenkte, wurde bei einem Selbstunfall schwer verletzt. Sie klagte gegen die Halterversicherung ihres Ehemannes. Die Versicherung wandte ein, sie hafte nur bei Absicht oder grober Fahrlässigkeit des Ehemannes, nicht aber bei der hier gegebenen Kausalhaftung. Das kantonale Gericht verneinte ein *Haftungsprivileg unter Familienangehörigen* und verurteilte die Versicherung zum Ersatz des künftigen Invaliditätsschadens in Form einer indexierten Rente. Die Versicherung legte Berufung beim Bundesgericht ein. Einer der Anwälte bat das Institut um einen Überblick über eventuell bestehende Haftungsprivilegien sowie über die Frage der *Rentenindexierung* in den Nachbarländern Deutschland, Österreich, Frankreich und Italien. Unser Gutachten kam zum Ergebnis, daß es in den genannten Ländern zwischen Ehegatten, jedenfalls im Straßenverkehr⁹², kein Haftungsprivileg gebe. Zur Frage der Indexierung war vor allem auf die Rechtsprechung der Cour de Cassation hinzuweisen, die der Indexierung von Unfallrenten bis 1974 ablehnend gegenüber stand; diese Rechtsprechung wurde von der Chambre mixte des Kassationsgerichtshofes in einem Urteil vom 6. November 1974⁹³ aufgegeben unter Berufung auf den Grundsatz der "réparation intégrale du dommage". Als Folge dieses Urteils führte der französische Gesetzgeber eine gesetzliche Indexierung der Renten von Verkehrsunfallopfern ein⁹⁴. Die Entscheidung des Bundesgerichts⁹⁵ geht in ihrer Begründung leider nicht auf rechtsvergleichende Erwägungen ein. Im Ergebnis verneint das Bundesgericht ebenfalls ein Haftungsprivileg; praxisgemäß spricht es den Invaliditätsschaden in Kapitalform zu. Dazu führt das Bundesgericht lediglich aus, daß beide Entschädigungsformen (in Renten- oder Kapitalform) Vor- und Nachteile aufwiesen und daß die Wahl konkret nach den Umständen des Einzelfalls getroffen werden müsse. Im vorliegenden Fall lägen keine zwingenden Gründe für eine Rente vor. Die Frage der Indexierung wurde also nicht ausdrücklich angesprochen.

H. Ausländisches Recht als menschenrechtlicher Standard

Besondere Bedeutung hat die Rechtsvergleichung im Bereich der Grundrechte gewonnen. Der Einfluß der EMRK auf die Auslegung der

⁹² Der deutsche Bundesgerichtshof wendet das Haftungsprivileg des § 1359 BGB im Straßenverkehr nicht an.

⁹³ JCP 1975 II 17978. Daraufhin ließ auch die französische Verwaltungsgerichtsbarkeit indexierte Renten zu; vgl. Conseil d'Etat, 12. Juni 1981, Revue de droit sanitaire et social 1982, S. 285f, note F. Moderne.

⁹⁴ Gesetz no. 74-1118 vom 27. Dezember 1974 mit Ausführungsdekret vom 20. Februar 1975; erweitert durch die "Loi Badinter" (no. 85-677 vom 5. Juli 1985).

⁹⁵ Alpine c. Mme F., vom 12. Nov. 1991, I. Zivilabteilung; zusammengefaßt in NZZ vom 20.3.1992, S. 26.

schweizerischen Verfassung ist schon oft dargestellt worden⁹⁶; das Bundesgericht berücksichtigt aber bei der Auslegung der schweizerischen Grundrechte auch die Praxis anderer europäischer Staaten.

So führt das Bundesgericht in BGE 97 I 45 (50)⁹⁷ aus: "Nicht zuletzt hat [der Verfassungsrichter bei der Umschreibung der geschützten Freiheitssphäre] auch rechtsvergleichende Überlegungen anzustellen und nötigenfalls Grundsätze zu berücksichtigen, wie sie den von überstaatlichen Organisationen aufgestellten Normen innewohnen." Im gleichen Urteil führt das Bundesgericht dann aus, daß es "freiheitlicher abendländischer Rechtsauffassung" entspreche, daß ein freier Bürger grundsätzlich nicht zur Arbeit gezwungen werden darf. Dabei stützt sich das Gericht auf internationale Dokumente⁹⁸, aber auch auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 2 Abs. 2 GG sowie das deutsche und französische Schrifttum, das sich gegen den Arbeitszwang während der *Untersuchungshaft* ausspricht.

Der offene Charakter der Grundrechte kommt in der Entscheidung BGE 114 Ia 179 (181)⁹⁹ besonders deutlich zum Ausdruck:

"L'art. 4 Cst. est une règle générale qui garantit aux parties à une procédure étatique un standard minimum, conforme à celui que garantissent les procédures en vigueur dans les Etats démocratiques de l'Europe occidentale. Son contenu n'est par conséquent pas figé..."

Die Grundrechte sind nach dieser Konzeption nicht ein für allemal festgelegt, sondern passen sich dem internationalen, in den westeuropäischen Ländern geltenden Standard an. Dadurch wird die Rezeption neuer Grundrechtsentwicklungen im Ausland nicht nur ermöglicht, sondern sogar garantiert¹⁰⁰. Diese Ausführungen des Bundesgerichts sind bemerkenswert, vor allem wenn man sie mit der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts vergleicht, das äußerst selten eine andere Rechtsprechung als seine eigene zitiert.

⁹⁶ Vgl. z.B. M. Hottelier, *La Convention Européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence du Tribunal fédéral*, 1985.

⁹⁷ X. gegen Bezirksanwaltschaft Zürich und Justizdirektion des Kantons Zürich, 17.02.1971.

⁹⁸ Internationales Übereinkommen von Genf über Zwangs- und Pflichtarbeit v. 28. Juni 1930; Art. 4 Ziff. 2 EMRK (vor dem Beitritt der Schweiz), Mindestbedingungen für die Behandlung von Häftlingen der UNO, "freiheitliche abendländische Rechtsauffassung".

⁹⁹ Vom 27.5.1988.

¹⁰⁰ Es gibt allerdings keine automatische Übernahme. Vgl. als ablehnendes Beispiel BGE 105 Ia 172 (178) vom 3.10.79: "In jüngster Zeit werden hinsichtlich des Anspruches auf den verfassungsmäßigen Richter namentlich unter dem Einfluß deutscher Lehre und Rechtsprechung....weitergehende Forderungen vertreten.... insbesondere, daß die Gerichte auch als Spruchkörper für den einzelnen Fall nach voraussehbaren Regeln gebildet werden müßten. [Diese Forderungen] mögen zwar einer theoretischen Vorstellung über die ideale Rechtsprechung entsprechen, dieser Schematismus entspricht aber nicht dem schweizerischen Rechttempfinden."

VIII. Stärke des ausländischen Einflusses in der Rechtsprechung des Bundesgerichts

Die oben genannten Zahlen, Kategorien und Entscheidungsbeispiele belegen, daß es einen Einfluß des ausländischen Rechts in der Rechtsprechung des Bundesgerichts gibt. Sehr positiv ist m.E. die Praxis des Bundesgerichts, diese Einflüsse offenzulegen, fremde Gesetzesbestimmungen zu zitieren und sich mit der ausländischen Rechtsprechung und Lehre auseinanderzusetzen. Es ist denkbar, daß auch die obersten Gerichte anderer Länder ausländische Rechtsentwicklungen berücksichtigen; in den Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofs oder der französischen Cour de Cassation aber haben solche Erwägungen - wenn sie überhaupt vorkommen - Seltenheitswert¹⁰¹.

Die Frage, in welchem Maß das ausländische Recht unmittelbar die Rechtsprechung des Bundesgerichts beeinflußt hat, ist schwer zu beantworten. Aus der Urteilsbegründung läßt sich nicht ohne weiteres entnehmen, ob das ausländische Recht für die Entscheidungsfindung ausschlaggebend war, dazu beigetragen hat oder nur als zusätzliches Argument zur Stützung einer ohnehin schon gefällten Entscheidung dient. Immerhin läßt sich folgende Beobachtung machen: In aller Regel führt das ausländische Recht nicht für sich allein zu einer Änderung der Rechtsprechung des Bundesgerichts, sondern nur im Verein mit Stimmen der schweizerischen Literatur¹⁰². In zahlreichen Urteilen setzt sich das Bundesgericht in erster Linie mit Argumenten der schweizerischen Doktrin auseinander und erwähnt nur beiläufig, daß dies auch der Standpunkt einer anderen Rechtsordnung sei¹⁰³. Es sind in aller Regel schweizerische Autoren, die

¹⁰¹ Vgl. als Beispiel für die Berücksichtigung des schweizerischen Rechts in der Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofs BGHZ 35, 363 (369) (zu Art. 49 Abs. 1 OR a.F.); weitere Beispiele bei Aubin, *Die rechtsvergleichende Interpretation autonom-internen Rechts in der deutschen Rechtsprechung*, *RabelsZ* 34 (1970) 458 und G. Reinhart, *Le droit comparé et le perfectionnement juridique dans le domaine du droit privé*, in: UNIDROIT, *Le droit uniforme international dans la pratique*, Actes du 3ème Congrès de droit privé organisé par l'Institut international pour l'unification du droit privé, Rome, 7 - 10 septembre 1987, Rome 1988, S. 269 ff.

¹⁰² Eine Ausnahme ist allerdings für die frühen Entscheidungen des Bundesgerichts zu machen, die oft nur wenige oder keine Hinweise auf schweizerische Literatur enthalten.

¹⁰³ Vgl. u.a. BGE 114 II 131 (135, 138, 142 ff) (Picasso) vom 7.06.1988 (Konkurrenz von Gewährleistungsansprüchen und Vertragsanfechtung wegen Willensmangels bei falschen Angaben oder Zusicherungen über die Kaufsache); BGE 111 II 173 vom 9.07.1985 ("Der Appellationshof hat, gestützt auf die neuere schweizerische Literatur, welche der deutschen Lehre zum inhaltsgleichen § 633 Abs. 2 BGB entspricht, den Begriff der übermäßigen Kosten grundsätzlich richtig ausgelegt."); BGE 100 IV 43 (47 f) vom 2.04.74 (Beleidigung unter Kollektivbezeichnung, Abstellen auf hL, die Tendenzen der deutschen Rechtsprechung folgt); BGE 111 II 245 (253 ff) vom 18.06.85 (Streikrecht, Lehre von der Drittwirkung der Grundrechte; zwar wird die deutsche Lehre zitiert (S. 354), das BG setzt sich aber vor allem mit der schweizerischen Lehre auseinander); BGE 98 Ia 105 (110) vom 10.3.72 (Delegation der Rechtsetzungsbefugnis an die Exekutive; S. 11: "Même si l'on

die Rezeption ausländischer Rechtskonzepte vorbereiten, indem sie die geltende Praxis kritisieren, das ausländische Recht zu einer bestimmten Frage auffinden und darstellen, die Tauglichkeit einer ausländischen Regelung für das schweizerische Recht überprüfen, eventuelle Modifikationen vorschlagen und schließlich die Übernahme einer bestimmten, vom ausländischen Recht inspirierten Lösung fordern. Das Bundesgericht wäre überfordert, müßte es immer selbst alle diese Schritte vornehmen.

Wenn dem aber so ist, dann liegt die Schlußfolgerung nahe, daß der mittelbare Einfluß des ausländischen Rechts über die schweizerische Lehre sehr viel stärker ist als der unmittelbare; sicherlich gibt es eine Vielzahl von Urteilen, in denen das Bundesgericht sich einer Literaturmeinung anschließt, ohne zu erwähnen - oder überhaupt zu bemerken - daß diese Meinung von einem ausländischen Vorbild beeinflusst wurde¹⁰⁴. Aber hier sind wir bereits bei einem anderen Thema angelangt ...

voulait s'inspirer de l'art. 80 al.1 GG, ainsi que le préconisent Aubert et Grisel, il faudrait dire que la clause de délégation était ici acceptable, étant donné qu'elle indique l'objet, le but et l'étendue (Inhalt, Zweck und Ausmaß) de la compétence accordée...").

¹⁰⁴ Vgl. z.B. BGE 97 II 97 (100 f) vom 3.06.1971 (Unterscheidung Geheim-, Privat- und Gemeinsphäre; zitiert nur schweizerische Doktrin, obwohl diese wahrscheinlich vom deutschen Recht beeinflusst wurde; vgl. Jäggi: *Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit*, ZSR 1960 II S. 226ff, S. 227a, Fn. 2, der sich v.a. auf deutsche Autoren beruft).