

BASLER JURISTISCHE MITTEILUNGEN

Herausgegeben vom Basler Juristenverein

REDAKTION (* = Redaktionsausschuss)

DR. EUGEN FISCHER*, APPELLATIONSGERICHTSPRÄSIDENT, BASEL

DR. ANDREAS FREIVOGEL*, SOZIALVERSICHERUNGSGERICHTSPRÄSIDENT, BASEL

DR. ROLAND GASS*, ADVOKAT, LIESTAL

PROF. DR. FELIX HAFNER*, BASEL

DR. THOMAS BAUER, KANTONSGERICHT BASELSTADT, LIESTAL

DR. KATHRIN KLETT, BUNDESRICHTERIN, LAUSANNE

Nr. 5 Oktober 2004

Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes als neue Herausforderung für die Praxis und die Wissenschaft im schweizerischen Privatrecht¹

von Prof. Dr. Thomas Probst, Neuenburg

I. Einleitung

Bis vor kurzem war die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (im folgenden «Europäischer Gerichtshof», abgekürzt «EuGH») im schweizerischen Privatrecht nur für einen beschränkten Kreis von an Europarecht interessierten Juristen aus Wissenschaft und Praxis ein relevantes Diskussionsthema. Diese Situation ist heute im Begriff, sich *rasch und grundlegend zu ändern, obwohl die überwiegende Mehrzahl der praktizierenden Juristen sich dessen noch kaum bewusst ist.*

Vor diesem Hintergrund verfolgen die nachstehenden Ausführungen *zwei Ziele*: Einerseits soll mit Blick auf die schweizerische Privatrechtspraxis die *Tragweite* des Europäischen Gemeinschaftsrechts, insbesondere der *EuGH-Rechtsprechung* aufgezeigt werden, und andererseits soll aus *wissenschaftlicher Sicht* auf

¹ Teilweise gekürzte bzw. ergänzte und leicht überarbeitete Fassung des Vortrags, den der Verfasser auf Einladung des Basler Juristenvereins am 14. Juni 2004 in Basel gehalten hat.

Probleme hingewiesen werden, welche mit dieser für die Zukunft des schweizerischen Privatrechts bedeutsamen Entwicklung verbunden sind.

Zu diesem Zwecke wird zunächst der *europarechtliche Rahmen* abgesteckt (nachstehend II) und kurz auf die für das *schweizerische Privatrecht relevanten EG-Richtlinien* hingewiesen (nachstehend III). Anschliessend wird auf die *Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung* für das schweizerische Privatrecht, insbesondere im Bereich autonom nachvollzogener EG-Richtlinien eingegangen (nachstehend IV). Hieran knüpft der Versuch einer *dogmatischen Einteilung* des Einflusses ausländischer (supranationaler, europäischer) Rechtsprechung auf das schweizerische Privatrecht (nachstehend V), um alsdann einige *methodologische Überlegungen* anzustellen (nachstehend VI). Zum Abschluss soll die Rechtsprechung des Bundesgerichts einer *Würdigung* unterzogen werden (nachstehend VII).

II. Der europarechtliche Rahmen

Die Frage nach der Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung für das schweizerische Privatrecht ist vor dem Hintergrund des für die Schweiz weitgehend vorgegebenen, allgemeinen europarechtlichen Rahmens zu beantworten. Ohne an dieser Stelle auf Einzelheiten eingehen zu können², sind kurz der *Bedeutungswandel* des Begriffs «Europarecht» (nachstehend A) sowie die *gemeinschaftsrechtlichen Einflussfaktoren*, welche auf das schweizerische Privatrecht einwirken (nachstehend B), in Erinnerung zu rufen.

A. Der Bedeutungswandel des Begriffs «Europarecht»

Obwohl dies terminologisch nicht zum Ausdruck gelangt ist, hat sich die Bedeutung des Begriffs «Europarecht» im Laufe der Zeit massgeblich gewandelt. Aus schweizerischer Perspektive lässt sich diese Entwicklung als ein Bedeutungswandel vom

² Für weitere Einzelheiten sei auf den Artikel des Verfassers, Der Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts auf das schweizerische Privatrecht, in: Das schweizerische Privatrecht im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts, Aktuelle Fragen aus dem Haftpflicht- und Vertragsrecht (Werro/Probst, Hrsg.), Bern 2004, 13–44, verwiesen.

öffentlichrechtlichen zum *privatrechtlichen* Europarecht zusammenfassen. In einer *ersten Phase*³ orientierte sich der Begriff des Europarechts institutionell am Europarat⁴ und der daraus hervorgegangenen Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)⁵, so dass Europarecht hierzulande praktisch mit europäischem Menschenrechtsschutz gleichgesetzt⁶ und als Thema des Verfassungsrechts dem öffentlichen Recht zugeordnet wurde. In einer *zweiten Phase*⁷ – die teilweise bereits parallel zur ersten Phase einsetzte – begann man sich in der Schweiz mit den *Gründungsverträgen* der Europäischen Gemeinschaft (EGKS bzw. Montanunion⁸; EAG bzw. Euratom⁹ und der EWG¹⁰) auseinanderzusetzen. So beschäftigte man sich mit den Institutionen¹¹, der Rechtsetzung¹², dem Rechtssystem¹³ und den Grundfreiheiten¹⁴ der EG. Konsequenterweise wurde Europarecht nunmehr vorwiegend als Teil des *Völkerrechts* verstanden. In einer

³ Für weitere Einzelheiten, siehe Probst, Fn 2, 15–16.

⁴ Die Schweiz ist dem Europarat am 6. Mai 1963 beigetreten.

⁵ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950 (SR 0.101), welche für die Schweiz am 28.11.1974 in Kraft getreten ist.

⁶ Art. 3 der Satzung des Europarates (SR 0.192.030) bestimmt: «Jedes Mitglied des Europarates erkennt ... den Grundsatz an, dass jeder, der seiner Hoheitsgewalt unterliegt, der *Menschenrechte und Grundfreiheiten* teilhaftig werden soll...» (Hervorhebung hinzugefügt).

⁷ Für weitere Einzelheiten, Probst, Fn 2, 16–19.

⁸ Vgl. den Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl vom 18.4.1951.

⁹ Vgl. den Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft vom 25.3.1957.

¹⁰ Vgl. den Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25.3.1957.

¹¹ D.h. man interessierte sich für das europäische Parlament (Art. 189–201 EGV), den Rat der EU bzw. den Ministerrat (Art. 202–210 EGV), die europäische Kommission (Art. 211–219 EGV), den Europäischen Gerichtshof (Art. 220–245 EGV) sowie den Europäischen Rechnungshof (Art. 246–248 EGV) und studierte insbesondere deren Zusammensetzung, Kompetenzen und Funktionsweise.

¹² Grundlage und Funktion des primären und des sekundären Gemeinschaftsrechts standen im Vordergrund.

¹³ Studiert wurde das Verfahren vor dem *Europäischen Gerichtshof* und seit 1989 vor dem *Gericht erster Instanz* (vgl. Art. 225 EGV; G. Isaac, Droit communautaire général, 7. Aufl., Paris 1999, 236, 251 ff.) als richterliche Garanten der Einhaltung des Gemeinschaftsrechts. Neben dem *direkten Verfahren* (Art. 230 EGV; Isaac, 254 ff.) interessierte insbesondere das *Vorabentscheidungsverfahren* (vgl. Art. 234 EGV; Isaac, 299 ff.).

¹⁴ Angesprochen ist damit der *freie Warenverkehr* (Art. 23 ff. EGV; Epiney, Meier, Mosters, Europarecht II, Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags, Bern 2004, 23 ff.), der *freie Personenverkehr* (Art. 39 ff. EGV; Epiney, Meier, Mosters, 95 ff.), der *freie Dienstleistungsverkehr* (Art. 49 ff. EGV; Epiney, Meier, Mosters, 74 ff.) und der *freie Kapital- und Zahlungsverkehr* (Art. 56 ff. EGV; Epiney, Meier, Mosters, 143 ff.).

dritten Phase¹⁵ ist – im Anschluss an die gescheiterte Eurolex-Vorlage sowie die erfolgreiche Swisslex-Vorlage – unter dem Begriff «Europarecht» in der Schweiz das *Privatrecht* ins Zentrum des Interesses gerückt. Durch den Erlass von EG-Richtlinien (vor allem im Bereiche des Konsumentenschutzes) begann sich allmählich ein *Gemeinschaftsprivatrecht*¹⁶ herauszubilden, welches – über den *autonomen Nachvollzug* durch den Gesetzgeber – die Entwicklung des schweizerischen Privatrechts heute massgeblich mitbestimmt.

B. Faktoren des gemeinschaftsrechtlichen Einflusses auf das schweizerische Privatrecht

Das Gemeinschaftsrecht wirkt grundsätzlich auf drei Ebenen auf das schweizerische Privatrecht ein, nämlich über die *EG-Rechtsetzung* im Bereich des Gemeinschaftsprivatrechts; über die diesbezügliche *EuGH-Rechtsprechung*, welche vorliegend besonders von Interesse ist, und über die *gemeineuropäische Rechtswissenschaft*.¹⁷

1. Der Einfluss der EG-Rechtsetzung mittels autonomen Nachvollzugs von EG-Richtlinien durch den schweizerischen Gesetzgeber

Obwohl den EG-Richtlinien für die Schweiz als Nichtmitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft *keine rechtsbindende Wirkung* zukommt, stellt der Prozess der Rechtsharmonisierung innerhalb der EU den schweizerischen Gesetzgeber vor die Alternative, entweder diese Entwicklung in eigener Regie im Rahmen der eigenen Gesetzgebung nachzuvollziehen, oder die schweizerische Rechtsordnung von diesem Prozess abzukoppeln und sie in Europa zunehmend zu isolieren. Es erstaunt kaum,

¹⁵ Für weitere Einzelheiten, siehe *Probst*, Fn 2, 19–20.

¹⁶ Zum Begriff siehe P.-Ch. *Müller-Graff*, *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft – Ansatzpunkte, Ausgangsfragen, Ausfaltungen*, in: *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2. Auflage, Baden-Baden 1999, 26; *M. Franzen*, *Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft*, Berlin et al. 1999, 4f.; *J. Klauer*, *Die Europäisierung des Privatrechts – Der EuGH als Zivilrichter*, Diss. St. Gallen 1997, 5ff.

¹⁷ Für weitere Einzelheiten, siehe *Probst*, Fn 2, 21ff.

dass der schweizerische Gesetzgeber – in Anerkennung der *normativen Kraft des Faktischen* – sich entschieden hat, den Weg des *autonomen Nachvollzugs* von EG-Richtlinien zu beschreiten, um die schweizerische Rechtsordnung möglichst *gemeinschaftsrechtskonform* («eurokompatibel») auszugestalten und weiterzuentwickeln. Infolgedessen bestimmt die EG-Rechtsetzung die Entwicklung der schweizerischen Rechtsordnung massgeblich mit.

2. Der Einfluss der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes

Der EuGH hat die Auslegung und Anwendung des primären und sekundären *Gemeinschaftsrechts* (und nicht des nationalen Rechts) zur Aufgabe¹⁸. Dennoch wirkt die EuGH-Rechtsprechung massgeblich auf das nationale Recht der EG-Mitgliedstaaten ein, namentlich über die *Interpretation zentraler Rechtsbegriffe des Gemeinschaftsrechts* sowie über die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur *richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts*. Damit stellt sich die Frage, wie es sich diesbezüglich mit der Schweiz als Nichtmitglied der Europäischen Gemeinschaft verhält. Während die Frage nach dem gegenseitigen Verhältnis von EG-Rechtsetzung und schweizerischer Gesetzgebung mit der Formel des autonomen Nachvollzugs zumindest eine vorläufige Antwort gefunden hat, ist die analoge Frage, welche Bedeutung der *EuGH-Rechtsprechung* für das schweizerische Privatrecht zukommt, noch weitgehend ungeklärt. Diesem Problem, welches durch die jüngste Rechtsprechung des *Bundesgerichts* an praktischer Bedeutung und Aktualität gewonnen hat, soll vorliegend etwas näher nachgegangen werden¹⁹.

3. Der Einfluss der gemeineuropäischen Rechtswissenschaft

Neben der EG-Rechtsetzung und der EG-Rechtsprechung, die als gemeinschaftsrechtliche Faktoren auf die Entwicklung des

¹⁸ Vgl. Art. 220 EGV; Kommentar *EGV-Chavrier*, Art. 220 N 26. – Zur Bedeutung des nationalen Rechts, vgl. *Ch. Kohler/A. Knapp*, *Nationales Recht in der Praxis des EuGH*, ZEuP 2002, 701 ff.

¹⁹ Siehe unten, Abschnitt IV ff.

schweizerischen Privatrechts einwirken, hat auch die *gemeineuropäische Rechtswissenschaft* einen Einfluss. Das Freilegen der gemeineuropäischen Grundlagen und Institutionen des Privatrechts sowie die Formulierung gemeineuropäischer Privatrechtsnormen, wie sie namentlich in Form der *Unidroit-Principles*, der *Lando-Principles* und des *Vorentwurfs zum Europäischen Vertragsgesetzbuch*²⁰ konkrete Gestalt angenommen haben, bleiben nicht ohne Wirkung auf die Entwicklung der nationalen Privatrechtskodifikationen, unabhängig davon, ob in mehr oder weniger ferner Zukunft ein allfälliges Europäisches Vertragsgesetzbuch die nationalen Gesetzbücher je verdrängen wird, oder sich nur – für den Bereich der *internationalen Vertragsverhältnisse* – an deren Seite stellen wird. Von Bedeutung ist auch der Umstand, dass die Privatrechtswissenschaft in den letzten Jahren dazu übergegangen ist, europäische Rechtsbücher (z.B. im Vertragsrecht oder Haftpflichtrecht)²¹ zu schreiben, welche die einseitige, nationale Sicht des Privatrechts abstreifen und auf *rechtsvergleichender* Grundlage eine *gemeineuropäische Darstellung* des Privatrechts bieten. Diese neue Betrachtungsweise wird naturgemäss die künftige Entwicklung des Privatrechts in Europa und in der Schweiz beeinflussen.

III. Für das schweizerische Privatrecht relevante EG-Richtlinien

Im allgemeinen ist der heutigen Privatrechtspraxis noch wenig bewusst, welche *EG-Richtlinien* für das schweizerische Privatrecht von Bedeutung sind²². Es ist daher angezeigt, an dieser Stelle kurz die vom schweizerischen Gesetzgeber im Privatrecht *autonom nachvollzogenen* Richtlinien anzuführen sowie *de lege ferenda* auf einige Richtlinien hinzuweisen, die in Zukunft von Bedeutung sein dürften. *De lege lata* ergibt sich zusammenfassend folgendes Bild:

²⁰ Vgl. Code européen des contrats, avant-projet, premier livre (*Gandolfi*, coordinateur), Milan 2004. Vgl. auch ZEuP 2002, 139ff.; *G. Gandolfi*, Der Vorentwurf eines europäischen Vertragsgesetzbuchs, ZEuP 2002, 1ff.

²¹ Vgl. z.B. *H. Kötz*, Europäisches Vertragsrecht I, Tübingen 1996; *W. Wurmnest*, Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des Gemeinschaftsrechts, Tübingen 2003.

²² Eine detaillierte Zusammenstellung der relevanten Richtlinien findet sich bei *Probst*, Fn 2, 34ff.

A. Gesetzesrevisionen zwecks autonomen Nachvollzugs von EG-Richtlinien

Der Bundesgesetzgeber hat in der Vergangenheit bei folgenden Gesetzen den autonomen Nachvollzug von EG-Richtlinien praktiziert und damit das schweizerische Privatrecht an die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts angepasst: *Produkthaftpflichtgesetz* vom 18. Juni 1993²³; *Pauschalreisegesetz* vom 18.6.1993²⁴, *Konsumkreditgesetz* vom 23.3.2001²⁵, Bestimmungen über die *Haustürgeschäfte* (Art. 40aff. OR)²⁶, Bestimmungen über den *Übergang des Arbeitsverhältnisses beim Betriebsübergang* (Art. 333f. OR)²⁷ sowie Bestimmungen über *Massenentlassungen* (Art. 355dff. OR)²⁸. All diese Gesetzesrevisionen sind inhaltlich massgeblich vom EG-Recht geprägt und zielen darauf ab, das schweizerische Privatrecht gemeinschaftsrechtskonform («eurokompatibel») auszugestalten. Man kann sie daher etwas vereinfachend als «*leges europaeae*» bezeichnen. Wegen ihres gemeinschaftsrechtlichen Hintergrunds stellt sich bei ihnen die Frage

²³ SR 221.112.944. Dieses Gesetz beruht auf der Richtlinie 1985/374/EWG des Rates vom 25.7.1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte (ABl. L 210 vom 7.8.1985, S. 29). Vgl. hiezu, *R. Schaub*, Abschied vom nationalen Produktheftungsrecht? Anspruch und Wirklichkeit der EG-Produktheftung, ZEuP 2003, 562ff.

²⁴ SR 944.3. Dieses Gesetz vollzieht die Richtlinie 1990/314/EWG des Rates vom 13.6.1990 über Pauschalreisen (ABl. L 158 vom 23.6.1990, S. 59) autonom nach.

²⁵ SR 944.0. Dieses Gesetz vollzieht die Richtlinie 1987/102/EWG des Rates vom 22.12.1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit (ABl. L 42 vom 12.2.1987, S. 48).

²⁶ Diese Bestimmungen basieren auf der Richtlinie 1985/577/EWG vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von ausserhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (ABl. L 372 vom 31.12.1985, S. 31).

²⁷ Diese Bestimmungen basieren auf der Richtlinie 1977/187/EWG des Rates vom 14.2.1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen (ABl. L 61 vom 5.3.1977, S. 26).

²⁸ Diese Bestimmungen basieren auf der Richtlinie 1977/187/EWG des Rates vom 14.2.1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen (ABl. L 61 vom 5.3.1977, S. 26), welche später durch die Richtlinie 1998/59/EG des Rates vom 20.7.1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen (ABl. L 225 vom 12.8.1998, S. 16) ersetzt worden ist.

nach der Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung besonders deutlich, auch wenn dies teilweise noch übersehen wird²⁹.

B. Entwicklung *de lege ferenda*

Während *de lege lata* die *leges europaeae* mehrheitlich im Bereich der privatrechtlichen *Nebengesetzgebung* angesiedelt sind, zeichnet sich *de lege ferenda* eine neue Entwicklung ab, deren Tragweite nicht zu unterschätzen ist, da der autonome Nachvollzug von EG-Richtlinien nun den *Kernbereich des schweizerischen Privatrechts* zu erfassen beginnt³⁰. Als bemerkenswertes Beispiel sei der Entwurf des Bundesgesetzes über den *elektronischen Geschäftsverkehr* angeführt, welcher neben der EG-Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr³¹ auch die Fernabsatzrichtlinie³² und die Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf³³ umsetzen will. Betrachtet man den Gesetzesentwurf vom Januar 2001, so ergibt sich, dass darin unter dem Einfluss der EG-Richtlinien in einen *Kernbereich des Obligationenrechts*, nämlich der kaufrechtlichen Sachgewährleistung eingegriffen wird und damit der Nachvollzug von EG-Richtlinien eine *neue Qualität* erreicht. So sieht der Gesetzesentwurf etwa vor, dass der Verkäufer für Eigenschaftsangaben in der Werbung haftet³⁴; dass der professionelle Verkäufer die Gewährleistung gegenüber Konsumenten nicht ausschliessen kann³⁵, dass der Käufer ein Nachbesserungsrecht

²⁹ So wird z.B. im Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 3. Auflage, Basel 2003, zu Art. 335d OR nirgends erwähnt, dass sich diese Regelung auf die EG-Richtlinie 1977/187/EWG bzw. 1998/59/EG stützt und die Eurokompatibilität des schweizerischen Privatrechts in diesem Bereich zum Ziele hat. Der Bezug zur EuGH-Rechtsprechung wird daher nicht hergestellt.

³⁰ Vgl. auch K. Tonner, Der Umfang des Schadensersatzes nach der Pauschalreise-Richtlinie, ZEuP 2003, 619ff.

³¹ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt («Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr») (ABl. L 178 vom 17.7.2000, S. 1).

³² Richtlinie 1997/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (ABl. L 144 vom 4.6.1997, S. 19).

³³ Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. L 171 vom 7.7.1999, S. 12). Vgl. hierzu T. Tröger, Zum Systemdenken im europäischen Schuldvertragsrecht – Probleme der Rechtsangleichung durch Richtlinien am Beispiel der Verbrauchsgüter-Richtlinie, ZEuP 2003, 525ff.

³⁴ Vgl. Art. 197 Abs. 3 OR des Entwurfs.

³⁵ Vgl. Art. 199 lit. b OR des Entwurfs.

erhält³⁶, und dass die Gewährleistung erst mit zwei Jahren verjährt³⁷; alles Fragen die von grundsätzlicher Bedeutung für das Kaufrecht sind und bisher vom Obligationenrecht anders geregelt waren.

IV. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung für das schweizerische Privatrecht

Während sich in der *Lehre* bisher noch keine klare Meinung zur Frage herausgebildet hat, welche Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung für das schweizerische Privatrecht zukommen soll, hat das *Bundesgericht* in verschiedenen Entscheidungen überraschend rasch Position bezogen. Folgende bundesgerichtliche Entscheidungen seien kurz referiert:

A. Unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts i.S. R. gegen Erbengemeinschaft G.

Soweit ersichtlich hat sich das Bundesgericht erstmals im Jahre 1996 im *unveröffentlichten* Entscheid vom 6. August zur Frage geäußert, welche Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung bei der Auslegung des schweizerischen Privatrechts, welches EG-Richtlinien autonom nachvollzogen hat, zuzumessen ist. In diesem Entscheid ging es um die Auslegung des Begriffs der «*Betriebsübertragung*» im Sinne von Art. 333 OR (Übergang des Arbeitsverhältnisses bei Betriebsübergang). Das Bundesgericht führte hierzu aus:

«Le code des obligations ne définit pas le transfert d'une entreprise ou d'une partie de celle-ci. Comme le nouveau texte vise à mettre en œuvre le droit européen, il convient d'avoir égard à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), qui interprète cette notion d'une manière extensive» (S. 10)³⁸.

³⁶ Art. 205 Abs. 1 lit. c OR des Entwurfs.

³⁷ Art. 210 Abs. 1 OR.

³⁸ Hervorhebung durch den Verfasser.

Die Bestimmung von Art. 333 Abs. 1 OR war im Rahmen des Swisslex-Revisionspaketes an die EG-Richtlinie 77/187 vom 14.2.1977³⁹ angepasst worden und hatte den *ex lege-Übergang* des Arbeitsverhältnisses – unter Vorbehalt der Ablehnung des Überganges des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer – eingeführt⁴⁰. Aus der *Zwecksetzung* der Gesetzesanpassung, das schweizerische Recht gemeinschaftsrechtskonform («eurokompatibel») zu gestalten, leitete das Bundesgericht ab, dass die Rechtsprechung des EuGH bei der Auslegung zu *berücksichtigen* sei.

B. BGE 125 II 293 (Erteilung zweier Mobilfunkkonzessionen)

Im Jahre 1999 äusserte sich das Bundesgericht in einem *öffentlichrechtlichen* Rechtsstreit, welcher die Erteilung von zwei Mobilfunkkonzessionen an die beiden Unternehmungen Orange und DiAx zum Gegenstand hatte, nebenbei zur Bedeutung des EG-Rechts für die Auslegung der an das EG-Recht angepassten schweizerischen Gesetzgebung. Es führte hiezu aus:

«Einen Anspruch auf eine Funkkonzession für Mobiltelefonie vermittelt ferner auch nicht das Recht der Europäischen Union. Ohnehin entfaltet dieses keine unmittelbaren verbindlichen Auswirkungen auf das schweizerische Recht. Da die Revision des Fernmeldegesetzes aber unter anderem – im Hinblick auf Beteiligungen und Tätigkeiten schweizerischer Unternehmungen im Fernmeldemarkt der Europäischen Union – eine Anpassung des nationalen Rechts an die Liberalisierungsvorgaben der Europäischen Union bezweckte, lässt sich deren Rechtsordnung allenfalls als *Auslegungshilfe* beiziehen.»⁴¹

In diesem Entscheid formulierte somit das Bundesgericht auch für den Bereich des *öffentlichen* Rechts ansatzweise den Grundsatz, dass die Rechtsprechung des EuGH dem schweizerischen Richter als *Auslegungshilfe* dienen kann oder soll.

³⁹ Heute handelt es sich um die Richtlinie 2001/23/EG vom 12.3.2001.

⁴⁰ Botschaft I Eurolex, 400f.

⁴¹ BGE 125 II 393, 306f.

C. RJN 2001, 100 (Entscheidung der Cour de cassation civile des Kantonsgerichts Neuenburg)

Einige Zeit später erfolgte auf *kantonomer Ebene* ein beachtenswerter Entscheid, der an dieser Stelle ebenfalls angeführt werden soll. Am 27. August 2001 hatte die *Cour de cassation civile* des *Kantonsgerichts Neuenburg* folgenden Fall zu entscheiden⁴²:

Ein Arbeitnehmer, der in seinem Arbeitsvertrag ein Konkurrenzverbot (Art. 340 OR) eingegangen war, kündigte sein Arbeitsverhältnis, nachdem sein Arbeitgeber den Betrieb mittels Fusion an einen Dritten übertragen hatte, und liess sich bei einem Konkurrenzunternehmen anstellen. Umstritten war, ob der Arbeitnehmer dadurch das Konkurrenzverbot verletzt hatte oder nicht. Die Antwort hing davon ab, ob der Arbeitnehmer im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR das Arbeitsverhältnis aus einem «*vom Arbeitgeber zu verantwortenden Anlass*» aufgelöst hatte oder nicht. Die Antwort hierauf hing ihrerseits davon ab, ob bei einer *Fusion* ein Übergang des Betriebs im Sinne von Art. 333 OR vorlag, welcher dem Arbeitnehmer das Recht gab, den Übergang seines Arbeitsvertrags auf den Übernehmer des Betriebs abzulehnen.

Das Kantonsgericht Neuenburg stellte fest, dass das Bundesgericht diese Frage bisher *nicht* entschieden hatte, und dass sie in der Lehre umstritten war. Da Art. 333 OR im Rahmen des Reformpakets *Swisslex* die damalige EG-Richtlinie 77/187/EWG vom 14.2.1977 (heutige Richtlinie 2001/23/EG vom 12.3.2001) autonom nachvollzog, stützte sich das Kantonsgericht massgeblich auf die Rechtsprechung des EuGH, welcher den Begriff des «Betriebsübergangs» weit auslegte und kam zum Schluss, dass der Vorgang der Fusion unter Art. 333 OR falle. Mit andern Worten, das Kantonsgericht Neuenburg *interpretierte das schweizerische Privatrecht* anhand der *Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes*.

⁴² Siehe den publizierten Entscheid des Kantonsgerichts in RJN 2001, 100 ff, sowie die anschliessende Entscheidungsbesprechung von *Probst*, *Le droit privé suisse face au droit communautaire européen: l'exemple de l'art. 333 CO*, RJN 2001, 105 ff.

D. BGE 129 III 335 (Anwendbarkeit von Art. 333 OR bei Übernahme eines Betriebs aus der Konkursmasse)

Im März 2003 folgte ein *grundlegender Entscheid* des Bundesgerichts, in welchem es um die Frage ging, ob die solidarische Haftung von Art. 333 Abs. 3 OR auch dann eingreift, wenn der Übernehmer den Betrieb aus der *Konkursmasse* des früheren Betriebsinhabers erworben hatte. Konkret ging es um die Haftung für die Arbeitnehmerlöhne aus der Zeit vor der Betriebsübernahme aus der Konkursmasse. Im Rahmen einer detaillierten Auslegung der schweizerischen Gesetzgebung verneinte das Bundesgericht – *contra verba legis sed secundum rationem legis* – die Haftung des Übernehmers des Betriebs. Dabei fügt es im Sinne einer *zusätzlichen, nicht entscheidungsnotwendigen Erwägung (obiter dictum)* aus:

«Für eine Nichtanwendung von Art. 333 Abs. 3 OR im Konkursfall spricht auch eine europarechtskonforme Auslegung der Bestimmung. Das Recht der Europäischen Union entfaltet zwar keine unmittelbaren verbindlichen Auswirkungen auf das schweizerische Recht. Da die Revision 1993 die Anpassung von Art. 333 OR an die Richtlinie 77/187 des EWG-Rates vom 14.2.1977 im Rahmen des so genannten autonomen Nachvollzugs des europäischen Rechts bezweckte (vgl. Erwägung 5.1. vorne), ist die EU-Rechtsordnung indessen als *Auslegungshilfe* beizuziehen... *Nachvollzogenes Binnenrecht ist im Zweifel europarechtskonform auszulegen*. Es ist harmonisiertes Recht und als solches im Ergebnis – wie das Staatsvertragsrecht – Einheitsrecht. Zwar ist es nicht Einheitsrecht in Form von vereinheitlichtem Recht. Wird aber die schweizerische Ordnung einer ausländischen – hier der europäischen – angeglichen, ist die Harmonisierung nicht nur in der *Rechtssetzung*, sondern namentlich auch in der *Auslegung* und *Anwendung* des Rechts anzustreben, soweit die binnenstaatlich zu beachtende Methodologie eine solche Angleichung zulässt... Die Angleichung in der Rechtsanwendung darf sich dabei nicht bloss an der europäischen Rechtslage orientieren, die im Zeitpunkt der Anpassung des Binnenrechts durch den Gesetzgeber galt. Vielmehr hat sie auch die *Weiterentwicklung des Rechts*, mit dem eine

Harmonisierung angestrebt wurde, im Auge zu behalten.»⁴³

Mit diesem bemerkenswerten Entscheid postuliert das Bundesgericht – mehr oder weniger deutlich – *drei Grundregeln* zur Frage der Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung für die schweizerische Rechtspraxis, nämlich:

Regel 1: «Nachvollzogenes Binnenrecht» ist im Zweifel «europarechtskonform»⁴⁴ auszulegen, oder etwas prägnanter formuliert: *in dubio pro interpretatione europaea*.

Regel 2: Die *Eurokompatibilität* als Leitlinie der europarechtskonformen Interpretation stellt eine *dynamische Zielsetzung* dar, welche die Auslegung des Binnenrechts nach der *objektiv-geltungszeitlichen Methode* impliziert.

Regel 3: Die vorgenannten Regeln 1 und 2 stehen unter dem allgemeinen Vorbehalt der Grenzen der *binnenstaatlichen Methodologie*.

Auf diese drei bundesgerichtlichen Grundregeln wird im folgenden zurückzukommen sein.

E. BGE 130 III 182 (Pauschalreisegesetz, Selbstverschulden als Reduktionsgrund nach Art. 44 OR)

Nur kurze Zeit später hatte sich das Bundesgericht am 26.11.2003 mit der *Haftung des Reiseveranstalters*⁴⁵ zu befassen. Ein Reisekoffer, der offenbar Kleider und Schmuck im Werte von rund Fr. 150000.– beinhalten, ohne dass der Reiseveranstalter davon Kenntnis hatte, war während des Transportes gestohlen worden. Das Bundesgericht führte in diesem Zusammenhang unter anderem aus:

«Das Pauschalreisegesetz wurde in Umsetzung der Richtlinie Nr. 90/314 des EWG-Rates vom 13.6.1990 über Pauschalreisen (ABl. L 158 vom 23.6.1990, S. 59ff.) im Rahmen des «Swisslex-Programms» erlassen und enthält autonom nachvollzogenes europäisches Recht... *Es ist daher in Zweifelsfällen europä-*

⁴³ BGE 129 III 335, 350 E. 6; Hervorhebung durch Verfasser.

⁴⁴ Zur Fragwürdigkeit dieses Begriffs, welcher durch «gemeinschaftsrechtskonform» ersetzt werden sollte, siehe unten, Abschnitt VII/A.

⁴⁵ Vgl. Art. 14 und 15 PauRG.

rechtskonform auszulegen (vgl. BGE 129 III 335 E. 5.1. und 6 S. 350).»⁴⁶

Mit diesem Entscheid bestätigte somit das Bundesgericht die im Leitentscheid von BGE 129 III 335 veröffentlichte Rechtsprechung.

F. Fazit aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Aus den vorstehend angeführten bundesgerichtlichen Entscheidungen lässt sich zusammenfassend folgern, dass in der schweizerischen Rechtsprechung der Grundsatz der «europarechtskonformen» Auslegung⁴⁷ nationalen Rechts sich innert weniger Jahre relativ mühelos durchgesetzt zu haben scheint. Aus wissenschaftlicher Sicht wirft dies die Frage auf, was von diesem Grundsatz bzw. der ihm zugrundeliegenden Rechtsprechung des Bundesgerichts zu halten ist, und welche allfälligen Probleme damit verbunden sein könnten.

Bevor diese Frage beantwortet wird (nachstehend VII), gilt es indes noch zwei grundsätzliche Aspekte aufzugreifen: Erstens stellt sich die Frage nach der Einordnung der jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung in einen *dogmatischen Rahmen*, denn – genau genommen – verbirgt sich hinter der Frage nach der Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung für das schweizerische Privatrecht die Grundsatzfrage, welche Bedeutung der *ausländischen Rechtsprechung* für die *schweizerische Rechtspraxis* zukommen soll. Diesem Problem ist im folgenden etwas nachzugehen (nachstehend V). Zweitens interessiert anschliessend die Frage, wie der Grundsatz *in dubio pro interpretatione europaea* aus *methodologischer* Sicht zu verstehen und bewerten ist (nachstehend VI).

⁴⁶ BGE 130 III 182, 190.

⁴⁷ Richtigerweise geht es um die *gemeinschaftsrechtskonforme* Auslegung, siehe nachstehend Abschnitt VII A.

V. Die Bedeutung der ausländischen Rechtsprechung für das schweizerische (Privat-)Recht: Versuch einer Systematisierung

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach nationales Recht, welches *Gemeinschaftsrecht autonom nachvollzogen* hat, im Zweifelsfalle im Sinne der EuGH-Rechtsprechung *gemeinschaftsrechtskonform* zu interpretieren ist, muss in einem allgemeineren Rahmen gesehen werden, da die Grundsatzfrage, welche Bedeutung der *ausländischen Rechtsprechung* für die schweizerische Rechtspraxis zukommen soll, sich auch in *anderen* Bereichen stellt. Es ist daher wünschenswert, dass die Rechtsentwicklung in den verschiedenen Bereichen möglichst widerspruchsfrei verläuft, weshalb vorliegend der Versuch unternommen werden soll, den Einfluss der ausländischen Rechtsprechung (auf nationaler, europäischer oder supranationaler Ebene) auf das schweizerische (Privat-)Recht dogmatisch zu ordnen. Dabei wird auf eine strikte Trennung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht verzichtet, da diese letztlich weder sinnvoll noch möglich ist und gerade zwischen diesen beiden Rechtsgebieten im Interesse einer kohärenten Entwicklung der Rechtsordnung ein Bedürfnis nach Koordination besteht.

Im Rahmen der vorliegend interessierenden Thematik sind grundsätzlich *drei Bereiche* zu unterscheiden, nämlich:

- der Bereich der *Rechtsvereinheitlichung*, wo *staatsvertragliches Einheitsrecht* geschaffen worden ist,
- der Bereich der *Rechtsharmonisierung*, wo der schweizerische Gesetzgeber *Gemeinschaftsrecht autonom nachvollzogen* hat, und
- der Bereich des *nicht harmonisierten, nationalen Rechts*.

In allen drei Bereichen stellt sich für die schweizerische Rechtspraxis die Frage, welche Bedeutung der *ausländischen Rechtsprechung* zuzumessen ist. Dieser Frage soll im folgenden kurz nachgegangen werden.

A. Staatsvertragliches Einheitsrecht

Auf einigen Gebieten hat sich der (internationale) Wille zur Rechtsvereinheitlichung als stark genug erwiesen, um in Form ei-

nes *völkerrechtlichen Vertrages*⁴⁸ einen (meist unmittelbar anwendbaren) *einheitlichen Rechtstext* – allenfalls abgefasst in verschiedenen Sprachen – hervorzubringen, welcher in der Praxis zur *einheitlichen Anwendung* gebracht werden soll. Die Realisierung dieses Ziels wird wesentlich vom Umstand mitbestimmt, ob die richterliche Rechtsanwendung des Einheitsrechts von den *nationalen Gerichten* der beteiligten Einzelstaaten oder kollektiv von einem *überstaatlichen Gericht*⁴⁹ wahrgenommen wird. Fehlt es an einer supranationalen Gerichtsbarkeit, wird oft im Vertrag ein Mechanismus vorgesehen, welcher die *einheitliche Anwendung* und *Auslegung* des staatsvertraglichen Einheitsrechts in den beteiligten Einzelstaaten so weit wie möglich sicherstellen soll.

Aus schweizerischer Sicht sind unter dem Gesichtspunkt des staatsvertraglichen Einheitsrechts insbesondere das *Wiener Kaufrecht*, das *Lugano-Übereinkommen* und das *Freizügigkeitsabkommen* zwischen der *Schweiz* und der *EU* von Interesse.

1. Wiener Kaufrecht (CISG)

Da ein einheitlicher Text des (materiellen) internationalen Kaufrechts noch kein effektives Einheitsrecht schafft⁵⁰, wenn es an einer supranationalen Gerichtsbarkeit fehlt, unternimmt das Wiener Kaufrecht⁵¹ in Art. 7 Abs. 1⁵² den Versuch, die einheitliche Rechtsanwendung sicherzustellen bzw. zu fördern. Nach dieser Bestimmung haben die *nationalen Gerichte* bei der Auslegung des Übereinkommens die *Notwendigkeit seiner einheitlichen An-*

⁴⁸ Der Nachteil des (multilateralen) staatsvertragsrechtlichen Weges ist die mangelnde Flexibilität beim Beitritt neuer Staaten, da diese praktisch vor eine «take it or leave it»-Situation gestellt werden. Zudem erweisen sich Vertragsrevisionen unter den Mitgliedstaaten meist als ziemlich beschwerlich und zeitraubend. Vgl. dazu auch Kramer, Die Europäisierung des Privatrechts, recht 2001, 104.

⁴⁹ So namentlich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Rahmen der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften im Rahmen der EU.

⁵⁰ Vgl. statt vieler, Schlechtriem-Ferrari, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, München 2000, Art. 7 CISG N 15 (mit weiteren Nachweisen).

⁵¹ Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11.4.1980; für die Schweiz in Kraft seit dem 1.3.1991 (SR 0.221.211.1).

⁵² Art. 7 Abs. 1 CISG lautet: «Bei der Auslegung dieses Übereinkommens sind sein internationaler Charakter und die Notwendigkeit zu berücksichtigen, seine *einheitliche Anwendung* und die Wahrung des guten Glaubens im internationalen Handel zu fördern» (Hervorhebung durch Verfasser).

wendung zu berücksichtigen. Die herrschende Meinung leitet hieraus ab, dass der nationale Richter die *ausländische Rechtsprechung* zum Wiener Kaufrecht zumindest im Sinne einer «*persuasive authority*» bei der Auslegung des Übereinkommens zu berücksichtigen hat⁵³, wogegen eine eigentliche Befolgungspflicht vorwiegend abgelehnt wird⁵⁴.

Soweit ersichtlich, hat sich das Bundesgericht in seiner publizierten Rechtsprechung zur Frage, inwieweit es die ausländische Rechtsprechung zum Wiener Kaufrecht zu berücksichtigen hat, noch nicht direkt geäußert⁵⁵. Es bestehen aber keine Zweifel, dass das Bundesgericht der Pflicht, die ausländische Rechtsprechung zu berücksichtigen, nachleben wird, da dies seiner traditionell offenen Haltung gegenüber der Rechtsvergleichung entspricht⁵⁶. Naheliegenderweise wird es konvergierenden Auffassungen in der ausländischen Rechtsprechung grösseres Gewicht zumessen als isoliert gebliebenen Einzelurteilen.

2. Lugano-Übereinkommen

Während das Wiener Kaufrecht *materielles* Recht vereinheitlicht, strebt das *Lugano-Übereinkommen*⁵⁷ auf *verfahrensrechtlicher* Ebene (Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung von Urteilen) eine Rechtsvereinheitlichung an. Auch hier will eine spezifische Bestimmung des Übereinkommens die *einheitliche Anwendung* durch die *nationalen Gerichte* sicherstellen. In diesem Sinne führt Art. 1 des Protokolls Nr. 2 über die einheitliche Auslegung des Übereinkommens aus: «*Die Gerichte jedes Vertragsstaates tragen bei der Anwendung und Auslegung der Bestimmungen dieses Übereinkommens den Grundsätzen gebührend Rechnung, die in massgeblichen Entscheidungen von Gerichten*

⁵³ Vgl. statt vieler, Schlechtriem-Ferrari, Art. 7 CISG N 17 (mit weiteren Nachweisen). Siehe auch Tercier, Les contrats spéciaux, 3. Auflage, Zürich 2003, N 1378.

⁵⁴ So z.B. Schlechtriem-Ferrari, Art. 7 CISG N 23 (mit weiteren Nachweisen).

⁵⁵ In BGE 130 III 258, 261 E, 4.3 setzt sich das Bundesgericht mit dem Konventionstext in den verschiedenen Originalsprachen auseinander, nicht aber mit der Frage, welche Bedeutung der ausländischen Rechtsprechung zukommt.

⁵⁶ In BGE 130 II 258, 265 f. zitiert das Bundesgericht denn auch deutsche und belgische Rechtsprechung zur Unterstützung seiner Rechtsauffassung.

⁵⁷ Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16.9.1988; für die Schweiz in Kraft seit 1.1.1992 (SR 0.275.11).

der anderen Vertragsstaaten zu den Bestimmungen des genannten Übereinkommens entwickelt worden sind.» Obwohl – wie beim Wiener Kaufrecht – keine supranationale Gerichtsbarkeit besteht, gilt es vorliegend als Besonderheit zu beachten, dass das Lugano-Übereinkommen dem *Brüsseler Abkommen*⁵⁸ nachgebildet worden ist, und für letzteres die Zuständigkeit dem Europäischen Gerichtshof übertragen wurde, so dass dessen Rechtsprechung für die Gerichte der Mitgliedstaaten massgeblich ist. Diese *Parallelität* der beiden Abkommen erklärt, weshalb die Präambel des Protokolls Nr. 2 ausdrücklich auf die Entscheidungen des EuGH zum Brüsseler Übereinkommen Bezug nimmt.

Das Bundesgericht trägt dieser *engen Verbindung* zwischen dem Brüsseler Übereinkommen (EuGVÜ bzw. EuGVO) und dem Lugano-Übereinkommen gebührend Rechnung. So betrachtet es die *vor* dem Abschluss des Lugano-Übereinkommens ergangene EuGH-Rechtsprechung zum Brüsseler Übereinkommen als eine *verbindliche Entscheidungsgrundlage*⁵⁹, während es sich mit der *späteren* EuGH-Rechtsprechung stets sorgfältig auseinandersetzt und ihr auch regelmässig folgt⁶⁰; letzteres allerdings unter dem Vorbehalt, dass die EuGH-Rechtsprechung zum Brüsseler Abkommen nicht auf der gleichzeitigen Anwendung

⁵⁸ Brüsseler EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27.9.1967 (EuGVÜ). Dieses Übereinkommen wurde auf den 1.3.2002 durch die Verordnung 44/2001/EG vom 22.12.2000 (EuGVO) abgelöst.

⁵⁹ BGE 123 III 414, 421 («Überdies ist zu beachten, dass die ältere Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Brüsseler Übereinkommen... nach dem Willen der vertragsschliessenden Parteien des Lugano-Übereinkommens für dessen Auslegung eine verbindliche Entscheidungsgrundlage bildet»); BGE 124 III 188, 191.

⁶⁰ Vgl. BGE 129 III 626, 633 («Zwar besteht keine ... Auslegungsbefugnis des EuGH zum Lugano-Übereinkommen, doch sind ... seine Entscheidungen gemäss Art. 1 des Protokolls Nr. 2 und nach den Grundsätzen der autonomen und einheitlichen Auslegung von Staatsvertragsrecht auch im Anwendungsbereich des Parallelübereinkommens zu beachten. Dies unbeschehen der Streitfrage, ob die vor 1988 ergangenen EuGH-Entscheidungen nicht ohnehin verbindliche Wirkung für die Auslegung des Lugano-Übereinkommens zeitigen ... Es besteht daher keine Veranlassung, in der hier zu beurteilenden Frage von der Rechtsprechung des EuGH abzuweichen»); BGE 125 III 451, 456f.; BGE 124 III 188, 191 («Wenngleich die Kritik an der Rechtsprechung *«de Bloos»* und *«Shevanai»* in gewissen Fällen beachtlich erscheint, sieht sich das Bundesgericht angesichts des Urteils *«Custom Made»* und mit Rücksicht auf Wahrung der Parallelität zwischen LugÜ und EuGVÜ nicht veranlasst, den Begriff der Verpflichtung im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 LugÜ vom EuGH abweichend zu qualifizieren»); BGE 124 III 382, 394ff.; BGE 121 III 336, 338f.

von EGV-Bestimmungen beruht und daher nicht direkt auf das Lugano-Übereinkommen übertragen werden kann⁶¹.

3. Freizügigkeitsabkommen Schweiz–EG

Am 1.6.2002 ist das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft (FZA)⁶², welches den Angehörigen von EG-Mitgliedstaaten (und teilweise deren Familienangehörigen) u.a. das Recht auf Einreise und Aufenthalt in der Schweiz einräumt⁶³, in Kraft getreten. Dieses Abkommen will zwischen den Vertragspartnern die Freizügigkeit *«auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen»*⁶⁴ verwirklichen, wozu als *acquis communautaire* auch die *EuGH-Rechtsprechung* zu zählen ist. Dementsprechend bestimmt Art. 16 Abs. 2 FZA, dass für die Begriffe des Gemeinschaftsrechts die Rechtsprechung des EuGH *vor* der Vertragsunterzeichnung vom 21.6.1999 zu *«berücksichtigen»* ist. Für die EuGH-Rechtsprechung *nach* diesem Datum sieht das Abkommen dagegen einen Gemischten Ausschuss vor, welcher die Auswirkungen dieser Rechtsprechung auf Antrag einer Vertragspartei feststellt⁶⁵. Damit ist auch im Bereich des Freizügigkeitsabkommens die EuGH-Rechtsprechung zu einer wichtigen Grundlage für die schweizerische Rechtspraxis geworden.

Dies bestätigt die neueste Rechtsprechung des Bundesgerichts. In BGE 130 II 1 hatte sich das Bundesgericht mit der Frage des Familiennachzugs für den Sohn einer Slowakin zu befassen, welche durch Heirat mit einem in der Schweiz niedergelassenen Ita-

⁶¹ Vgl. BGE 125 III 108, 110 E. 3c.

⁶² Abkommen vom 21.6.1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (kurz: Freizügigkeitsabkommen; SR 0.142.112.681). Für einen allgemeinen Überblick, siehe statt vieler *Epiney, Meier, Mosters*, Fn 14, 147ff.

⁶³ Siehe Art. 3, 4 und 7 sowie Anhang 1 des Freizügigkeitsabkommens; vgl. auch BGE 130 II 1, 5ff.; 130 II 49, 55. *Epiney, Meier, Mosters*, Fn 14, 152ff.

⁶⁴ So die Präambel des Freizügigkeitsabkommens.

⁶⁵ Art. 16 Abs. 2 FZA lautet: «Soweit für die Anwendung dieses Abkommens Begriffe des Gemeinschaftsrechts herangezogen werden, wird hierfür die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung berücksichtigt. Über die Rechtsprechung nach dem Zeitpunkt der Unterzeichnung dieses Abkommens wird die Schweiz unterrichtet. Um das ordnungsgemässe Funktionieren dieses Abkommens sicherzustellen, stellt der Gemischte Ausschuss auf Antrag einer Vertragspartei die Auswirkungen dieser Rechtsprechung fest.»

liener die Aufenthaltsbewilligung erhalten hatte. Hierbei äusserte sich das Bundesgericht zu Art. 16 Abs. 2 FZA und brachte (indirekt) zum Ausdruck, dass die vor dem 21.6.1999 ergangene EuGH-Rechtsprechung für das Bundesgericht (im Sinne des *acquis communautaire*) als *verbindlich* zu betrachten ist⁶⁶, während die *spätere* EuGH-Rechtsprechung lediglich *mitberücksichtigt*⁶⁷ werden soll. Welche tatsächliche Bedeutung bei der Umsetzung der späteren EuGH-Rechtsprechung dem *Gemischten Ausschuss*⁶⁸ gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA in der Praxis zukommen wird, kann erst die Zukunft weisen.

B. Vom schweizerischen Gesetzgeber autonom nachvollzogenes Gemeinschaftsrecht

Während auf der soeben erörterten Ebene der *staatsvertraglichen Rechtsvereinheitlichung* die Frage, inwieweit die ausländische Rechtsprechung bei der Auslegung und Anwendung des Staatsvertrags durch die nationalen Gerichte zu beachten ist, regelmässig Regelungsgegenstand der Vereinbarung selber bildet, verhält es sich bei der *Rechtsharmonisierung* mittels des *einseitigen* und *autonomen Nachvollzugs* von Gemeinschaftsrecht, wie er vom schweizerischen Gesetzgeber seit einigen Jahren im Bereiche des Privatrechts praktiziert wird, anders. Welche Bedeutung in dieser Situation der ausländischen Rechtsprechung – *in casu* der EuGH-Rechtsprechung – zuzumessen ist, wird vom nationalen Gesetzgeber regelmässig offen gelassen. Infolgedessen muss diese Frage im Rahmen der *Auslegung des nationalen Rechts* nach den Regeln der allgemeinen Methodenlehre durch die richterliche Praxis beantwortet werden.

Wie bereits erörtert⁶⁹, geht die Antwort des Bundesgerichts dahin, dass das nationale Recht im *Zweifelsfalle gemeinschafts-*

⁶⁶ BGE 130 II 1, 9 E, 5 (in fine), 10 E, 3.6.1. (letzter Absatz); so auch BGE 130 II 113, 124.

⁶⁷ BGE 130 II 1, 10 («Trotzdem kann der Entscheid des Gerichtshofs – wie die seither ergangene Rechtsprechung überhaupt – bei der Auslegung von Art. 3 Anhang I FZA mitberücksichtigt werden»); so auch BGE 130 II 113, 119.

⁶⁸ Vgl. statt vieler, *Epiney, Meier, Mosters*, Fn 14, 155.

⁶⁹ Siehe oben, Abschnitt IV.

rechtskonform, d.h. insbesondere im *Einklang* mit der *EuGH-Rechtsprechung* auszulegen ist⁷⁰.

C. Nicht harmonisiertes, nationales Recht

Neben der *staatsvertraglichen Rechtsvereinheitlichung* auf völkerrechtlicher Ebene und der *einseitigen Rechtsharmonisierung* mittels autonomen Nachvollzugs von Gemeinschaftsrecht durch den nationalen Gesetzgeber, steht der klassische und weite Bereich des *nicht harmonisierten, nationalen Rechts*. Hier legiferiert der nationale Gesetzgeber vorwiegend eigenständig und unabhängig, weshalb der verabschiedete Gesetzestext sich mehr oder weniger stark von entsprechenden Gesetzestexten anderer Staaten unterscheidet. Dementsprechend erfolgt die Auslegung des nationalen, nicht harmonisierten Rechts durch die nationalen Gerichte weitgehend *selbständig und autonom*. Je nach Tradition und Praxis der nationalen Gerichte kann es dabei im Rahmen einer *rechtsvergleichenden* Analyse und Interpretation des nationalen Rechts zu einer Berücksichtigung der *ausländischen Rechtsprechung* kommen.

Das Schweizerische Bundesgericht zeichnet sich seit eh und je durch eine grosse Unbefangenheit und Offenheit im Umgang mit der ausländischen Rechtsprechung aus: Recht und Rechtsprechung ausländischer Staaten, vor allem benachbarter Länder wie Deutschland, Frankreich, Österreich und Italien, werden häufig in Bundesgerichtsurteilen referiert und fliessen als fruchtbare *Erkenntnisquelle* in den Auslegungsprozess des nationalen Rechts ein⁷¹.

⁷⁰ Von Interesse ist natürlich auch die im Anschluss an eine EuGH-Rechtsprechung ergangene nationale Rechtsprechung in den EG-Mitgliedstaaten, da diese zeigt, wie die EuGH-Rechtsprechung von den nationalen Gerichten verstanden und umgesetzt worden ist.

⁷¹ Vgl. zuletzt z.B. *Walter Gerhard*, Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts, recht 2004, 91 ff.; im weiteren Rahmen auch, *Peyer*, Zur zunehmenden Bedeutung der Rechtsvergleichung als Hilfsmittel der Rechtsfindung, recht 2004, 104 ff.

VI. Die methodologische Tragweite des Grundsatzes in dubio pro interpretatione europaea

A. Methodologischer Überblick

Aufgrund des vorangehenden Abschnitts lässt sich zusammenfassend festhalten, dass die *ausländische Rechtsprechung* in allen drei Bereichen – d.h. beim staatsvertraglichen Einheitsrecht, beim vom nationalen Gesetzgeber autonom nachvollzogenen Gemeinschaftsrecht sowie beim nicht harmonisierten, nationalen Recht – einen Einfluss auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung ausübt. Es stellt sich daher die Frage, wie dieser Einfluss *methodologisch* einzuordnen ist.

1. Staatsvertragliches Einheitsrecht

Das Wiener Kaufrecht, das Lugano-Übereinkommen und das Freizügigkeitsabkommen sind (innerstaatlich unmittelbar anwendbare) völkerrechtliche Verträge, welche – mangels supranationaler Gerichtsbarkeit – die *einheitliche Rechtsanwendung* durch die nationalen Gerichte mittels einer *besonderen Bestimmung* im Vertrag anstreben⁷². Auf diese Weise wird auf völkerrechtlicher Ebene für die nationalen Gerichte eine Pflicht stipuliert, die ausländische Rechtsprechung zu «berücksichtigen»⁷³ bzw. ihr «gebührend Rechnung zu tragen»⁷⁴. Die Bestimmung des konkreten Umfangs dieser *Berücksichtigungspflicht* ist methodologisch eine Frage der *Vertragsauslegung*. Diese richtet sich – direkt oder als Völkergewohnheitsrecht⁷⁵ – insbesondere nach Art. 31–33 der Wiener Vertragskonvention⁷⁶. Neben dem Wortlaut des Vertragstextes kommt daher vor allem dem *Zweck der Rechtsvereinheitlichung* massgebliche Bedeutung zu⁷⁷, gilt es

⁷² Siehe Art. 7 Abs. 1 Wiener Kaufrecht, Art. 1 Protokoll Nr. 2 Lugano-Übereinkommen und Art. 16 Abs. 2 Freizügigkeitsabkommen.

⁷³ Art. 7 Abs. 1 Wiener Kaufrecht, Art. 16 Abs. 2 Freizügigkeitsabkommen.

⁷⁴ Art. 1 Protokoll Nr. 2 Lugano-Übereinkommen.

⁷⁵ Vgl. z.B. Epiney, Meier, Mosters, Fn 14, 150.

⁷⁶ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23.5.1969; für die Schweiz in Kraft seit dem 6.6.1990 (Sr. 0.111); vgl. auch Kälin/Epiney, Völkerrecht, Eine Einführung, Bern 2003, 31 ff.

⁷⁷ Vgl. z.B. BGE 124 III 382, 394.

doch zu vermeiden, dass der einheitliche Vertragstext im Laufe der Zeit durch divergierende nationale Auslegungen ausgehöhlt wird. Wird der einheitliche Vertragstext nämlich nicht durch eine einheitliche Auslegung und Anwendung umgesetzt, lässt sich das erklärte Ziel der Rechtsvereinheitlichung nicht realisieren. Die nationalen Gerichte müssen sich daher von ihrer nationalen Betrachtungsweise lösen und eine «autonome» Interpretation unter Berücksichtigung der ausländischen Rechtsprechung vornehmen.

Das Bundesgericht unterstreicht in seinen Entscheidungen immer wieder die besondere Bedeutung der ausländischen Rechtsprechung und setzt sich mit dieser regelmässig sorgfältig auseinander⁷⁸. Vor allem beim Lugano-Übereinkommen und beim Freizügigkeitsabkommen stellt es massgeblich auf die EuGH-Rechtsprechung als Erkenntnisquelle ab. Im Ergebnis praktiziert es bei diesen Übereinkommen – aufgrund des engen Bezugs zum EG-Recht – eine *Befolgungspflicht* für die zum *acquis communautaire* gehörende EuGH-Rechtsprechung und eine *Berücksichtigungspflicht* für die spätere Rechtsprechung des EuGH.

2. Vom schweizerischen Gesetzgeber autonom nachvollzogenes Gemeinschaftsrecht: *leges europaeae*

a) Allgemeines

Wesentlich anders präsentiert sich die methodologische Situation dort, wo der schweizerische Gesetzgeber EG-Richtlinien durch die nationale Gesetzgebung *autonom nachvollzogen* hat, um die schweizerische Rechtsordnung an das Gemeinschaftsrecht anzupassen. Hier besteht keine völkerrechtliche Pflicht, welche die schweizerischen Gerichte anhalten würde, die ausländische Rechtsprechung, insbesondere die Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen oder gar zu befolgen. Ebenso wenig pflegen schweizerische Gesetze, welche EG-Richtlinien autonom

⁷⁸ Vgl. z.B. BGE 117 II 480, 487 («Schliesslich kommt im Fall eines Staatsvertrages, der wie das EPÜ vor allem eine internationale Rechtsvereinheitlichung bewirken soll, der ausländischen Lehre und Rechtsprechung sowie den Bemühungen, diese Einheit herbeizuführen, besondere Bedeutung zu (BGE 113 II 362 E. 3)»); 121 II 336, 338 E. 5e; 123 II 414, 420 E. 4; 124 III 188, 191; 124 III 382, 394; 125 III 451, 456 ff.; 125 III 108, 110; 129 III 215, 219 ff.; 129 III 626, 631 ff.; 130 II 1, 5 ff.; 130 II 113, 119 ff.

nachvollziehen, eine besondere Bestimmung zu enthalten, die den Richter zur Berücksichtigung der ausländischen Rechtsprechung verpflichten würde. Diese *leges europaeae* präsentieren sich dem Richter äusserlich vielmehr in gleicher Form wie alle anderen Gesetze, weshalb er sich unter Umständen des gemeinschaftsrechtlichen Hintergrunds gar nicht bewusst wird⁷⁹. Die Frage, welche Bedeutung der ausländischen Rechtsprechung bei *leges europaeae* zukommt, ist somit eine *Auslegungsfrage*, die nach den üblichen Interpretationsregeln beantwortet werden muss.

b) *Methodologische Argumente für eine gemeinschaftskonforme Auslegung von leges europaeae*

Da sich aus dem Wortlaut von *leges europaeae* regelmässig keinerlei Aussage dazu ergibt, welche Bedeutung der ausländischen Rechtsprechung bei der Auslegung einer Gesetzesbestimmung zuzumessen ist, beurteilt sich die Frage nach den *übrigen* klassischen Auslegungselementen, also nach der historischen, teleologischen und systematischen Interpretation.

Unter dem Gesichtspunkt der *historischen Interpretation* fällt sogleich auf, dass der *Wille des Gesetzgebers* beim autonomen Nachvollzug von EG-Richtlinien, darauf gerichtet ist, die schweizerische Rechtsordnung «eurokompatibel» zu gestalten, um zu vermeiden, dass sie vom europäischen Integrationsprozess abgekoppelt wird.⁸⁰ Dieser gesetzgeberische Wille impliziert, dass es mit einer einmaligen Anpassung des schweizerischen *Gesetzestextes* an die Vorgaben der EG-Richtlinien als «*law in the books*» nicht getan ist, sondern dass die *Auslegung* und *Anwendung* der EG-Richtlinien durch den EuGH als «*law in action*» miterfasst

⁷⁹ Es dürfte für die Richter, vor allem der unteren Instanzen, in Zukunft immer schwieriger werden, die *leges europaeae* als solche zu identifizieren. Man könnte sich deshalb überlegen, ob der Gesetzgeber die *leges europaeae* nicht als solche kennzeichnen sollte, indem er in einer Fussnote zum Gesetzstitel angibt, welche EG-Richtlinien damit autonom nachvollzogen werden. Dies würde ohne grossen Aufwand eine wünschenswerte Erleichterung für die Praxis bringen.

⁸⁰ Vgl. Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens vom 24.2.1993, BBl 1993 I 831, 833 f.; dazu auch: *Amstutz*, Evolutorische Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht, Zur richtlinienkonformen Auslegung und ihren Folgen für den autonomen Nachvollzug des Gemeinschaftsprivatrechts in der Schweiz, in: Das schweizerische Privatrecht im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts, Aktuelle Fragen aus dem Haftpflicht- und Vertragsrecht (*Verro/Probst*, Hrsg.), Bern 2004, 130.

sein will, wenn das erklärte Ziel erreicht werden soll. Andernfalls würde man dem schweizerischen Gesetzgeber unterstellen, er habe es mit der «Eurokompatibilität» nicht wirklich ernst gemeint. Dafür gibt es aber keine Anhaltspunkte. Unter dem Gesichtspunkt der historischen Interpretation ergibt sich somit der Schluss, dass der schweizerische Gesetzgeber mit der «Eurokompatibilität» eine *dynamische Zielsetzung* verfolgt, welche für den schweizerischen Richter eine *Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung* bei der Auslegung von *leges europaeae* impliziert.

Ähnlich verhält es sich unter dem Gesichtspunkt der *teleologischen Interpretation*. Verfolgt der Erlass eines neuen Gesetzes (bzw. die Revision eines bestehenden Gesetzes) das erklärte Ziel, die schweizerische Rechtsordnung an das Gemeinschaftsrecht anzupassen, so muss dieser *Zweckgedanke* auch auf die Interpretation der einzelnen Gesetzesbestimmungen durchschlagen. Es widerspräche nämlich dem Zweckgedanken des Gesetzes, wenn ein Richter einzelne Bestimmungen oder Gesetzesbegriffe einer *lex europaea* so auslegen würde, dass sie in Konflikt mit der Rechtsprechung und damit der dynamischen Zielsetzung der «Eurokompatibilität» geriete. Auch unter dem Gesichtspunkt der teleologischen Interpretation gelangt man daher zum Schluss, dass der schweizerische Richter die EuGH-Rechtsprechung bei der Interpretation einer *lex europaea* zu berücksichtigen hat. Dabei ist allerdings zu beachten, dass die Teleologie einer auszulegenden *Gesetzesbestimmung* einerseits und die Teleologie des *Gesetzes* andererseits nicht gleichgesetzt werden dürfen. Der allgemeine Zweckgedanke der «Eurokompatibilität» würde sonst – logisch zu Ende gedacht –, in der *Heteronomie der nationalen Auslegung* enden, was dem Willen des Gesetzgebers widersprechen dürfte. Der gesetzgeberische Gedanke der «Eurokompatibilität» will der künftigen EuGH-Rechtsprechung keine *carte blanche* erteilen, sondern steht unter dem impliziten Vorbehalt, dass der EuGH bei der Auslegung des vom schweizerischen Gesetzgeber autonom nachvollzogenen Gemeinschaftsrechts Wege beschreitet, die mit der schweizerischen Rechtsordnung vereinbar sind.

Auch unter dem Gesichtspunkt der *systematischen Interpretation* kommt man zum Schluss, dass die EuGH-Rechtsprechung bei der Auslegung von *leges europaeae* durch den schweizerischen

Richter zu berücksichtigen ist. Für eine *lex europaea* gehört das Gemeinschaftsrecht sowohl zum *äusseren* als auch zum *inneren Kontext* des Gesetzes. Deswegen sind formelle Widersprüche und materielle Wertungswidersprüche zwischen dem Gemeinschaftsrecht und seiner Interpretation durch den EuGH einerseits, und der Auslegung einer *lex europaea* durch den schweizerischen Richter andererseits, tunlichst zu vermeiden. Dies bedingt indes, dass der schweizerische Richter die EuGH-Rechtsprechung in den Auslegungsprozess einbezieht.

Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass dort, wo der schweizerische Gesetzgeber Gemeinschaftsrecht autonom nachvollzogen hat, die klassischen Auslegungselemente deutlich für die Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung im Auslegungsprozess sprechen. Es erstaunt deshalb nicht, dass das Bundesgericht hierfür in BGE 129 III 335 den Grundsatz der *gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung* postuliert hat.

3. Nicht harmonisiertes, nationales Recht

Auch für den Bereich des *nicht harmonisierten nationalen Rechts* stellt sich die Frage nach der methodologischen Einordnung einer allfälligen Berücksichtigung der *ausländischen Rechtsprechung* in der Gesetzesauslegung. Im Unterschied zu den beiden vorher diskutierten Bereichen bildet hier weder eine völkerrechtliche Pflicht⁸¹ noch der Kanon der klassischen Auslegungselemente⁸² den unmittelbaren Anknüpfungspunkt. Dieser ist vielmehr allgemeiner in der *Rechtsvergleichung* als *Inspirations- und Erkenntnisquelle* für die Auslegung des nationalen Rechts zu sehen. In erster Linie trifft dies für die *Lückenfüllung modo legislatoris*⁸³ zu, wo der Richter – nach dem Vorbild des Gesetzgebers – auf rechtsvergleichender Basis, also unter Einbezug der Erkenntnisse und Erfahrungen ausländischer Rechtsordnungen richterrechtlich eine neue Rechtsregel schafft⁸⁴. Die rechtsvergleichende Berücksichtigung der ausländischen Rechtspre-

⁸¹ Vgl. oben Abschnitt VI./A/1.

⁸² Vgl. oben Abschnitt VI./A/2.

⁸³ Art. 1 Abs. 2 ZGB; z.B. BGE 126 III 129, 143 ff.

⁸⁴ Vgl. statt vieler, *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar, Band I/1., Einleitung Art. 1–10 ZGB, Bern 1966, Art. 1 N 353 ff., *Kramer*, Juristische Methodenlehre, Bern 1998, 190 ff.

chung ist indes nicht nur ein Hilfsmittel zur Lückenfüllung, sondern leistet auch im Bereich der *Auslegung im engeren Sinne*⁸⁵ wertvolle Dienste. Das Bundesgericht bezieht denn auch in diesem Bereich die ausländische Rechtsprechung oft als Hilfsmittel der Auslegung bei⁸⁶.

Ein neues, noch kaum beachtetes Argument für die Berücksichtigung der ausländischen Rechtsprechung (insbesondere der EuGH-Rechtsprechung) bei der Auslegung des nicht harmonisierten, nationalen Rechts ergibt sich direkt aus dem Postulat der *gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung von leges europaeae*. Folgt nämlich die nationale Auslegung im Bereich der *leges europaeae* der Rechtsprechung des EuGH, so entsteht allmählich eine Dichotomie zwischen diesem Bereich und dem Bereich des nicht harmonisierten nationalen Rechts⁸⁷. Will man diese drohende Aufspaltung der schweizerischen Rechtsordnung vermeiden, so führt eine *systematische* Interpretation des nicht harmonisierten nationalen Rechts zum Schluss, dass auch hier die EuGH-Rechtsprechung in den Auslegungsprozess einzubeziehen ist.

B. Die methodologische Bedeutung des Grundsatzes *in dubio pro interpretatione europaea?*

Wie oben ausgeführt⁸⁸ hat das Bundesgericht für den Bereich der schweizerischen *leges europaeae* den Grundsatz formuliert, dass «*nachvollzogenes Binnenrecht ... im Zweifel europarechtskonform auszulegen*»⁸⁹ ist. Damit stellt sich die grundsätzliche Frage, was dieses Prinzip *methodologisch* bedeutet. Diese komplexe Fragestellung sprengt leider den Rahmen des vorliegenden Beitrages⁹⁰, so dass wir uns an dieser Stelle mit einigen Hinweisen auf Fragen begnügen müssen:

(1) Der Grundsatz der *gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung* erinnert sogleich an das Prinzip der *verfassungskonformen Auslegung*, wonach von mehreren möglichen Interpretationen ei-

⁸⁵ Art. 1 Abs. 1 ZGB.

⁸⁶ Vgl. z.B. BGE 127 III 496, 499; 125 I 369, 373 f.; 114 II 131, 135.

⁸⁷ Siehe hiezu die Ausführungen, unten, Abschnitt VII./B./1 sowie *Probst*, Fn 2, 32.

⁸⁸ Vgl. oben, Abschnitt IV./D.

⁸⁹ BGE 129 III 335, 350.

⁹⁰ Der Verfasser wird dieser Problematik in einem separaten Beitrag nachgehen.

nes Gesetzes jene zu wählen ist, die mit der Verfassung vereinbar ist⁹¹. Ist der Grundsatz der gemeinschaftskonformen Auslegung im gleichen Sinn zu verstehen? Und in welchem Verhältnis stehen die beiden Auslegungsgrundsätze zueinander?

(2) Bedeutet der Grundsatz der gemeinschaftskonformen Auslegung, dass eine *lex europaea* vorerst rein innerstaatlich zu interpretieren und das *Auslegungsergebnis* anschliessend am Kontrollkriterium der Gemeinschaftsrechtskonformität zu messen ist? Oder greift der Grundsatz weiter, indem er auf eine *gemeinschaftsrechtsbezogene* Interpretation des nationalen Rechts abzielt, welche neben den klassischen Auslegungselementen als zusätzlicher Auslegungskanon in die nationale Auslegung einfließt oder sogar als «Masterkanon» die übrigen Auslegungselemente in den Hintergrund drängt?

(3) Worin sind die *Grenzen* einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung von *leges europaeae* durch den nationalen Richter zu erblicken? Liegt diese Grenze beispielsweise in der Bundesverfassung, im Konzept des *ordre public* oder in der Grenze des möglichen Wortsinns⁹² der auszulegenden nationalen Rechtsnorm?

(4) Welche Tragweite kommt dem Umstand zu, dass die für schweizerische *leges europaeae* relevante EuGH-Rechtsprechung regelmässig im Vorabentscheidungsverfahren⁹³ ergeht und damit mehr einer *abstrakten Rechtsauskunft* als einem klassischen *Präjudiz* entspricht, da der EuGH das Gemeinschaftsrecht nur *auslegt*, die *Anwendung* auf den konkreten Sachverhalt aber dem nationalen Gericht vorbehalten bleibt, so dass methodologisch eher von einer *obiter dictum*-Vorgabe als von einer *ratio decidendi* zu sprechen ist?

Ohne an dieser Stelle auf Einzelheiten einzutreten, belegen die aufgeworfenen Fragen, dass die methodologische Tragweite des Grundsatzes *in dubio pro interpretatione europaea* noch reichlich

⁹¹ Vgl. z.B. BGE 128 V 24 E. 3a.; 119 Ia 241, 247 E. 7a; *Aubert/Mahon*, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich etc. 2003, Art. 190 N 15; *Häfelin/Müller*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage 2002, 46 N 230.

⁹² Zur Bedeutung der Grenze des möglichen Wortsinns in der Auslegung, siehe *Probst*, Die Grenze des möglichen Wortsinns: methodologische Fiktion oder hermeneutische Realität? in: *Privatrecht und Methode*, Festschrift für Ernst A. Kramer, Basel etc. 2004, 249ff.

⁹³ Art. 234 EGV; siehe auch: BGE 130 II 113, 120.

unklar ist und daher von Lehre und Rechtsprechung noch näher ausgelotet werden muss.

VII. Würdigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Frage der Interpretation autonom nachvollzogenen Gemeinschaftsrechts

Im Lichte der vorstehenden Überlegungen kann nun die referierte Rechtsprechung des Bundesgerichts kurz gewürdigt werden (nachstehend A). Anschliessend sei auf einige Probleme hingewiesen, die mit dieser Rechtsprechung verbunden sind (nachstehend B).

A. Allgemeine Beurteilung des Grundsatzentscheides BGE 129 III 335

Dem Bundesgericht kommt das *grosse Verdienst* zu, eine für die schweizerische Rechtspraxis zentrale Frage frühzeitig erkannt und beantwortet zu haben, ohne dass es sich dabei auf solide Grundlagen der Lehre hätte stützen können. Mit diesem mutigen Schritt hat es die erforderliche Diskussion zur Klärung des *Verhältnisses* des *schweizerischen Privatrechts* zum *Gemeinschaftsrecht* eingeleitet⁹⁴, was sehr zu begrüßen ist. Als Beitrag zu dieser Diskussion seien vorliegend einige Bemerkungen zum Grundsatzentscheid angeführt:

(1) In BGE 129 III 335 wird die Frage nach der Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung für die Interpretation schweizerischer Gesetze, welche EG-Richtlinien autonom nachvollzogen haben, in Auslegung von Art. 333 Abs. 3 OR beantwortet. *Dieser Absatz stellt jedoch keine lex europaea dar, da er im Rahmen der Swisslex-Revisionsvorlage nicht geändert wurde*⁹⁵ und daher keinen autonomen Nachvollzug einer EG-Richtlinie verkörpert⁹⁶. Das

⁹⁴ Vgl. z.B. *Amstutz*, Interpretatio multiplex: Zur Europäisierung des schweizerischen Privatrechts im Spiegel von BGE 129 III 335, in: *Privatrecht und Methode*, Festschrift für Ernst A. Kramer, Basel etc. 2004, 67ff.

⁹⁵ BGE 129 III 335, 341 («Der Absatz 3 von Art. 333 OR über die Solidarhaftung von Betriebsveräusserer und Betriebserwerber für Lohnforderungen wurde in der Revision 1993 nicht geändert»); Botschaft I Eurolex, 416.

⁹⁶ Immerhin könnte man allenfalls argumentieren, die Revision von Abs. 1 (Übergang *ex lege*) habe indirekt Abs. 3 eine grössere praktische Bedeutung für den Erwerber gegeben.

Bundesgericht hat also den Grundsatz der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung in Anwendung einer Bestimmung formuliert, die zum Bereich des *nicht harmonisierten nationalen* Rechts und nicht zu den *leges europaeae* gehört. Damit bleibt die *Tragweite* des Grundsatzes *in dubio pro interpretatione europaea* insofern unklar, als man aus der Tatsache, dass dieser Grundsatz im Rahmen von Art. 333 Abs. 3 OR formuliert worden ist, ableiten könnte, er beanspruche auch Geltung für den Bereich des *nicht harmonisierten, nationalen* Rechts. Falls dies nicht der Fall sein sollte, wäre es der Rechtssicherheit förderlich, wenn dies in der Rechtsprechung klargestellt würde.

(2) Methodologisch stellt der vom Bundesgericht in BGE 129 III 335, 350 formulierte Grundsatz der «europarechtskonformen» Auslegung autonom nachvollzogenen Gemeinschaftsrechts lediglich ein *obiter dictum* dar, welches ohne Bedeutung für den Ausgang des konkreten Rechtsstreits geblieben ist⁹⁷. Damit ist unklar, ob das Bundesgericht in dieser Entscheidung eine sorgfältig reflektierte und dezidierte Meinung zum Ausdruck bringen wollte, oder ob es ihm eher darum ging, mit einem «exploratorischen» Entscheid die Diskussion zu einer Grundsatzfrage in Gang zu bringen.

(3) Der bundesgerichtliche Entscheid verlangt die «europarechtskonforme» Auslegung schweizerischer Gesetze, welche EG-Richtlinien autonom nachvollzogen haben. Der Begriff «europarechtskonform» trifft indes den Kern der Sache nicht genau, ist er doch zu weit gefasst. Der Sache nach geht es nämlich um die *gemeinschaftsrechtskonforme* Auslegung schweizerischer *leges europaeae*. Referenzpunkt ist somit das *Gemeinschaftsrecht*, – genauer gesagt, die Auslegung des Gemeinschaftsprivatrechts durch den EuGH – und nicht das Europarecht insgesamt⁹⁸. Es ist deshalb zutreffender, vom Grundsatz der «gemeinschaftsrechtskonformen» Auslegung zu sprechen.

(4) Nach BGE 129 III 335, 350 soll die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung nur *im Zweifel* eingreifen. Was damit gemeint ist, bleibt ungewiss. Bedeutet es, dass dort, wo der nationale

⁹⁷ BGE 129 III 335, 349 E. 5, 8.

⁹⁸ Auch wenn man die Rechtsprechung, die im Anschluss an die Rechtsprechung des EuGH in den einzelnen Mitgliedstaaten ergeht, miteinbezieht, greift der Begriff «europarechtskonformen» Auslegung zu weit.

Richter keine Zweifel an der Auslegung des eigenen Rechts hat, die EuGH-Rechtsprechung unbeachtlich ist und gegen sie verstossen werden darf? Dies wäre fragwürdig. Oder bedeutet es, dass der schweizerische Richter, wenn er zwischen zwei Auslegungen zweifelt, jene Auslegung wählen soll, die mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar bzw. besser vereinbar ist? Oder handelt es sich lediglich um ein *epitheton ornans*, dem keine weitere methodologische Bedeutung zukommt? Antworten auf diese Fragen zu finden, fällt deshalb schwer, weil unklar bleibt, *worüber* der Richter Zweifel hegen muss, bevor er gehalten ist, eine *lex europaea* gemeinschaftsrechtskonform auszulegen. Hier besteht ebenfalls Bedarf nach weiterer Klärung durch die Rechtsprechung.

(5) Schliesslich ist auch unklar, was unter dem Vorbehalt zu verstehen ist, die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung greife nur ein, «*soweit die binnenstaatlich zu beachtende Methodologie eine solche Angleichung zulässt*»⁹⁹. Es darf angenommen werden, dass das Bundesgericht mit diesem Vorbehalt dem Grundsatz der Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung eine *Schranke* setzen wollte, um zu vermeiden, dass die Auslegung schweizerischen Rechts in einem als zu weitgehend empfundenen Ausmass *fremdbestimmt* werden könnte. Dennoch bleibt unklar, ob diese Schranke in der Verfassung, im *ordre public*, in der Grenze des möglichen Wortsinns der nationalen Rechtsnorm oder in anderen Konzepten zu suchen ist.

Wie die vorstehenden Bemerkungen zeigen, liegt das Kernproblem letztlich darin, dass die *methodologische Tragweite* des Grundsatzes der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung weitgehend offen ist. Es wird daher Aufgabe der Lehre sein, hier ihren Beitrag zur Klärung der Lage zu leisten.

B. Mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verbundene Risiken

Setzt man im Bereich der *leges europaeae* die bundesgerichtliche Auslegungsregel «*in dubio pro interpretatione europaea*» in die Praxis um, so bringt dies für das schweizerische Privatrecht

⁹⁹ BGE 129 III 335, 350.

zwei Risiken mit sich: Einerseits das Risiko einer allmählichen *Spaltung des schweizerischen Privatrechts* (nachstehend 1) und andererseits das Risiko eines *Autonomieverlusts* im Bereiche des nationalen *Konsumentenschutzes* (nachstehend 2). Auf diese beiden Punkte soll abschliessend kurz hingewiesen werden.

1. Das Risiko einer schleichenden Spaltung des schweizerischen Privatrechts

Die praktische Umsetzung des Prinzips der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung bedingt, dass *leges europaeae*, also jene Gesetze, mit denen der schweizerische Gesetzgeber EG-Richtlinien autonom nachvollzogen hat, inskünftig im Einklang mit der EuGH-Rechtsprechung ausgelegt und angewendet werden. Dies birgt die Gefahr in sich, dass unter dem Einfluss der EuGH-Rechtsprechung im Bereiche der *leges europaeae* eine mehr oder weniger *dynamische Rechtsentwicklung* stattfinden wird, an der das *übrige schweizerische Privatrecht* nicht partizipiert. Nachdem der Gesetzgeber im Rahmen der Swisslex-Vorlage von 1993 mit dem Produkthaftpflichtgesetz, dem Pauschalreisegesetz und dem Konsumkreditgesetz die privatrechtliche *Nebengesetzgebung* wesentlich ausgeweitet hat, wird die Rechtsprechung durch die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung dieser Gesetze den Trend zur dogmatischen Verselbständigung der Nebengesetzgebung noch verstärken. Es ist daher davon auszugehen, dass Inkohärenzen und Widersprüche innerhalb des Privatrechts zunehmen werden. Der Entscheid des EuGH vom 12.3.2002 i.S. *Leitner/TUI Deutschland GmbH & Co. KG*¹⁰⁰ bietet hierzu konkretes Anschauungsmaterial: In diesem Urteil hat der EuGH entschieden, dass wegen einer Salmonellenvergiftung verdorbene Ferien («entgangene Urlaubsfreude») im Rahmen von Art. 5 der Pauschalreiserichtlinie¹⁰¹ einen *ersatzfähigen immateriellen Schaden* darstellen. Es wird daher nur eine Frage der Zeit sein, bis das Bundesgericht einen analogen Fall zu beurteilen

haben wird¹⁰². Gemäss dem Grundsatz der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung von *leges europaeae*, wozu auch das schweizerische Pauschalreisegesetz gehört¹⁰³, wird das Bundesgericht die vorgenannte Rechtsprechung des EuGH (wohl) übernehmen und – entgegen seiner bisherigen Rechtsprechung¹⁰⁴ – verdorbene Ferien nach dem Pauschalreisegesetz als immateriellen Schaden anerkennen (müssen). Damit wird der Begriff des «Schadens» im Geltungsbereich des Pauschalreisegesetzes *nicht mehr der gleiche* sein wie im übrigen Privatrecht, was ein weiterer Schritt zur «dogmatischen Parzellierung» der Privatrechtsordnung wäre und zu eigenartigen Resultaten führen würde. Ein Beispiel zur Illustration: Angenommen zwei Personen unternehmen gemeinsam eine Ferienreise, welche die eine Person als Pauschalreise gebucht hat, während die andere sie selber zusammengestellt und mit den einzelnen Leistungserbringern vertraglich vereinbart hat. Falls die beiden in ihrem Hotel infolge des Genusses verdorbener Lebensmittel eine Salmonellenvergiftung erleiden und die meiste Zeit ihrer Ferien im Bett verbringen müssen, kann die erste Person nach dem Pauschalreisegesetz für den Verlust ihres Feriengenusses Ersatz des immateriellen Schadens verlangen, während die zweite Person im Rahmen der allgemeinen privatrechtlichen Regeln dafür keinen Schadensersatz beanspruchen kann. Eine solche Ungleichbehandlung zweier gemeinsam Reisender ist stossend, liegt aber in der Konsequenz des Grundsatzes, dass *leges europaeae* gemeinschaftsrechtskonform auszulegen sind.

Wie das Beispiel belegt, ist das Risiko einer dogmatischen Spaltung des Privatrechts ein ernst zu nehmendes Problem. Um es zu beseitigen, müsste der Grundsatz der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung auf das *gesamte Privatrecht ausgedehnt* und somit die Rechtsprechung des EuGH für das ganze Privatrecht als wegweisend betrachtet werden. Damit ist aber auch klargestellt, dass der Grundsatz der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung von *leges europaeae* letztlich zu einem Ent-

¹⁰⁰ Entscheid des Europäischen Gerichtshofes vom 12.3.2002, Rs C-168/00, Slg. 2002 I-2631.

¹⁰¹ Richtlinie 1990/314/EWG des Rates vom 13.6.1990 über Pauschalreisen (ABl. L 158 vom 23.6.1990, S. 59).

¹⁰² Dem Verfasser ist berichtet worden, dass ein solcher Fall bereits vor einer kantonalen Instanz hängig ist.

¹⁰³ Dieses Gesetz vollzieht die Richtlinie 1990/314/EWG des Rates vom 13.6.1990 über Pauschalreisen (ABl. L 158 vom 23.6.1990, S. 59) autonom nach.

¹⁰⁴ Vgl. BGE 115 II 481; *Brehm*, Berner Kommentar, Art. 41 N 84a.

scheid zwischen zwei Alternativen führt: Entweder nimmt man eine zunehmende Spaltung des Privatrechts in Kauf oder man dehnt den Einfluss der EuGH-Rechtsprechung auf das gesamte Privatrecht aus.

2. Das Risiko eines Autonomieverlusts im Bereiche des Konsumentenschutzes

Der Grundsatz der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung von *leges europaeae* kann auch das Risiko eines *Autonomieverlustes* im Bereiche des *Konsumentenschutzes* mit sich bringen, falls die schweizerische Rechtsordnung der EuGH-Rechtsprechung wirklich folgen will. Dies ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

Im Unterschied zu den EG-Verordnungen, die eine Rechtsvereinheitlichung bewirken, zielen EG-Richtlinien lediglich auf eine *Rechtsharmonisierung* zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten ab. Üblicherweise wird diese *Rechtsharmonisierung* im Bereiche des Konsumentenschutzes als eine *minimale* Harmonisierung verstanden, weshalb die Mitgliedstaaten die Möglichkeit haben, im Rahmen der nationalen Umsetzung der Richtlinie einen *besseren Konsumentenschutz* zu verwirklichen. So bestimmt beispielsweise Art. 8 der EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen¹⁰⁵: «Die Mitgliedstaaten können auf dem durch diese Richtlinie geregelten Gebiet mit dem Vertrag vereinbare strengere Bestimmungen erlassen, um ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher zu gewährleisten.» Infolgedessen verbleibt den Mitgliedstaaten noch relativ viel Autonomie.

In seiner jüngeren Rechtsprechung¹⁰⁶ zur Produkthaftpflicht-Richtlinie¹⁰⁷ hat sich der Europäische Gerichtshof nun allerdings von diesem Konzept gelöst und für eine *vollständige Rechtshar-*

¹⁰⁵ Richtlinie 1993/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (ABL L 95 vom 21.4.1993, S. 29).

¹⁰⁶ Vgl. hierzu den Beitrag von Werro, Le droit suisse de la responsabilité du fait des produits face au droit européen, in: Das schweizerische Privatrecht im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts, Aktuelle Fragen aus dem Haftpflicht- und Vertragsrecht (Werro/Probst, Hrsg.), Bern 2004, 45 ff.

¹⁰⁷ Richtlinie 1985/374/EWG des Rates vom 25.7.1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte (ABL L 210 vom 7.8.1985, S. 29).

monisierung plädiert, welche es dem nationalen Gesetzgeber untersagt, von den Vorgaben der Richtlinien – auch *zugunsten* der Konsumenten! – abzuweichen. So wurde dem französischen und griechischen Gesetzgeber vom EuGH u.a. beschieden, dass in der nationalen Gesetzgebung der Selbstbehalt von 500 Ecu im Sinne von Art. 9 Abs. 1 lit. b der Richtlinie nicht beseitigt werden könne¹⁰⁸. Die Konsequenz dieser Rechtsprechung besteht insbesondere darin, dass der nationale Gesetzgeber in den EU-Mitgliedstaaten massgeblich an Autonomie verloren hat.

Da die Schweiz nicht Mitglied der EU ist, steht es dem schweizerischen Gesetzgeber selbstverständlich frei, sich über diese Rechtsprechung hinwegzusetzen. Falls er dies aber tut, gibt er das grundlegende Ziel der «Eurokompatibilität» der schweizerischen Rechtsordnung auf, was integrationspolitisch ein relativ hoher Preis wäre. Kommt hinzu, dass dort, wo allenfalls bereits die bestehende Gesetzgebung über die EG-Richtlinie hinausgeht, sich für die Rechtsprechung ein Konflikt zwischen der verfassungsmässigen Auslegung und der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung eines Bundesgesetzes ergeben kann.

VIII. Schlussfolgerung

Wie die vorstehenden Überlegungen gezeigt haben, steht das schweizerische Privatrecht heute vor der grossen Herausforderung, einen *modus vivendi* mit dem Recht der Europäischen Gemeinschaft zu finden, welcher es ihm erlaubt, eine gewisse *Eigenständigkeit und Unabhängigkeit* zu bewahren, ohne sich vom *europäischen Integrations- und Harmonisierungsprozess* abzukoppeln. Es liegt auf der Hand, dass dieses Unterfangen auf eine schwierige Gratwanderung hinausläuft zwischen Scylla, einer (von der EU) heteronom bestimmten schweizerischen Rechtsentwicklung und Charybdis, einer Isolierung der schweizerischen Privatrechtsordnung vom EU-Gemeinschaftsrecht. Lehre und Rechtsprechung sind daher gefordert, einen reflektierten und sorgfältig austarierten Mittelweg zu weisen. Der Grundsatz-

¹⁰⁸ EuGH vom 25.4.2002 i.S. Kommission/Frankreich, Rs C-52/00, Slg. 2002 I-3856, EuGH vom 25.4.2002 i.S. Kommission/Griechenland, Rs C-154/00, Slg. 2002 I-3887; vgl. auch EuGH vom 25.4.2002 i.S. Gonzalez Sanchez/Medicina Asturiana SA, Rs C-183/00, Slg. 2002 I-3905.

entscheid des Bundesgerichts in BGE 129 III 335, wonach schweizerische *leges europaeae* grundsätzlich gemeinschaftsrechtskonform auszulegen sind, stellt einen wichtigen Schritt auf diesem Wege dar. Weitere Schritte werden folgen müssen. Insbesondere werden die *praktischen Auswirkungen der gemeinschaftsrechtskonformen* Auslegung sowie deren *methodologische Einordnung* in die traditionelle *Methodenlehre* sorgfältig zu untersuchen sein. Für das Gelingen der Gratwanderung ist entscheidend, dass Lehre und Rechtsprechung diese schwierige Aufgabe mit gemeinsamen Kräften angehen, stets mit dem Ziel vor Augen, das schweizerische Privatrecht sowohl im europäischen als auch im helvetischen Geist weiterzuentwickeln.