

# Das rechtsvergleichende Element – Zur Auslegung vereinheitlichten, harmonisierten und rezipierten Rechts

HANS PETER WALTER\*

Schlagworte: Auslegung, Rechtsvergleichung, staatsvertragliches Einheitsrecht,  
harmonisiertes Recht, nachvollzogenes EU-Recht

## A. Problemstellung

«Jedenfalls für den Kleinstaat . . . ist es durchaus gerechtfertigt, die Rechtsvergleichung als eigentliche <fünfte Auslegungsmethode> zu bezeichnen.» Diese Passage aus einem Urteil des Liechtensteinischen Staatsgerichtshofes<sup>1</sup> deckt sich mit der einem französischen Zivilrechtslehrer zugeschriebenen Aussage, Rechtsvergleichung sei bloss etwas für kleine Pufferstaaten, wogegen die Grande Nation sich selbst versorge. Uns Schweizern mag zwar aus dem hehren Ideal der neutralen Abstinenz und europäischen Eigenständigkeit ebenfalls ein leicht übersteigertes Selbstbewusstsein eignen, doch sind wir des ungeachtet mindestens im Rechtsbereich traditionell offen, den gesetzgeberischen oder richterlichen Blick auch über die Hoheitsgrenzen des eigenen Normgefüges hinaus schweifen zu lassen.

Wenn im Liechtensteiner Urteil eine fünfte Auslegungsmethode erwähnt wird, ist nach schweizerischer Auffassung augenfällig von einem Auslegungselement die Rede, werden hierzulande doch seit den grundlegenden Arbeiten von ARTHUR MEIER-HAYOZ<sup>2</sup> als Methoden allein die Ziele der Auslegung verstanden, deren Mittel dagegen als Elemente. Die «fünfte Spur» sodann klingt unverkennbar an SAVIGNY an, welcher den Kanon der Gesetzesauslegung in der Quart der grammatikalischen, historischen, systematischen und logischen Elemente zu zementieren suchte. Allerdings hat bereits

---

\* Prof. Dr. h.c. Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Bern. Der Beitrag beruht auf einem Vortrag des Verfassers vor dem Zürcher Juristenverein.

1 LES 2003, 71 (76) mit Hinweis auf PETER HÄBERLE, Europäische Rechtskultur, Baden-Baden 1994, 52 f.

2 ARTHUR MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar 1966, N 140 ff. und 179 ff. zu Art. 1 ZGB.

IHERING die Quart zu einer Quint gedehnt, indem er die juristische Hermeneutik aus der Idee des «Zwecks als Schöpfer allen Rechts» um das teleologische Element erweiterte. Sein auf die *ratio legis* fokussiertes Auslegungspostulat fiel namentlich in der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung auf fruchtbaren Boden. Der in Art. 1 ZGB festgeschriebenen Weisheit EUGEN HUBERS folgend lässt die schweizerische Methodologie den Rechtssinn einer Norm nicht an deren Wortsinn enden, sondern orientiert ihn vordringlich am Normzweck. Unbesehen aller Bekenntnisse des Bundesgerichts zu einem koordinierten Pluralismus der einzelnen Auslegungselemente in einem beweglichen System zeigt ein Blick in seine Rechtsprechung doch unbestreitbar einen Hang zur IHERING'SCHEN Glorifizierung des Zwecks als Leitmotiv der richterlichen Umsetzung des positiven Rechts.<sup>3</sup> Davon soll hier nicht allgemein die Rede sein. Hervorzuheben für das Thema ist dagegen, dass auch ein Normzweck bedeutsam sein kann, der nicht ausschliesslich nationalen Wurzeln entspringt.

Auf diesem international bestellten Feld wende ich mich einem zusätzlichen, nach dem Gesagten einem sechsten Auslegungselement zu, dem rechtsvergleichenden oder komparativen. Darunter verstehe ich die horizontale Berücksichtigung aktueller fremder Rechtsquellen, im Gegensatz zur vertikalen Rechtsvergleichung mit den historischen Quellen einer geltenden Ordnung. Rechtsvergleichung in diesem Sinne heisst, den Blick über die Grenzen schweifen lassen, Erkenntnisse aus nicht einheimischen Rechtsordnungen, manifestiert in Akten der Gesetzgebung oder der Rechtsanwendung, in die eigene Rechtsfindung einfliessen lassen. Meinem juristischen Herkommen entsprechend befasse ich mich dabei schwergewichtig mit der Auslegung privatrechtlicher Normen.

Die Welt wird nicht nur wärmer, sondern ständig auch kleiner. Die Globalisierung, der hierzulande euphorisch vor allem mit einer allgemein bekundeten touristischen Weltoffenheit gehuldigt wird, macht nicht an den Stränden und Speisekarten Halt, sondern beeinflusst in entscheidendem Masse auch Handel und Wandel und damit das Rechtsleben. Das mit den alternden Kodifikationen des 19. und frühen 20 Jahrhunderts verbreitet abgeschottete nationale Recht wird zu modernem Partikularrecht, das dem unerbittlichen und wohl auch unaufhaltsamen Drang nach einer internationalen Rechtsvereinheitlichung nicht weniger ausgesetzt ist als das seinerzeit dem nationalen Chauvinismus geopfert regionale und kommunale Recht. Wir stehen in der Rechtsentwicklung in Europa im Bann einer Erosion der Nationalstaatlichkeit.<sup>4</sup>

3 HANS DUBS, Die «ratio legis» in der bundesgerichtlichen Argumentation, in: Die Bedeutung der «ratio legis», Basel/Genf/München 2001, 21 ff.

4 MARC AMSTUTZ, Interpretatio multiplex, in: Honsell et al. (Hrsg.), Privatrecht und Methode, FS Kramer, Basel/Genf/München 2004, 67 ff. 68.

Rechtsvergleichung besteht in der Berücksichtigung fremden Rechts bei der Findung des eigenen unter dem Blickwinkel von Gleichheit oder Verschiedenheit. Sie ist vorab eine Handlungsmaxime der Rechtsetzung, die sich richtigerweise zum Ziel gesetzt hat, das Rad nicht ständig neu zu steuern, sondern auch in Bahnen laufen zu lassen, welche sich andernorts bereits bewährt haben. Europa hat sich aufgemacht, ebenfalls das Recht, namentlich das Privatrecht, zu europäisieren, und an Versuchen fehlt es nicht, nach dem gemeinverträglichen Geist zu suchen, aus dem ein konsensfähiges Produkt zu destillieren ist.<sup>5</sup> Schon vor bald zwanzig Jahren ist der Bundesrat in den kalten europäischen Strom gesprungen. Das Schema der Bundeskanzlei aus dem Jahre 1988 zur Gestaltung von Gesetzesvorlagen sieht in Ziff. 5 ausdrücklich vor, dass in den Botschaften des Bundesrates an die Eidgenössischen Räte zu Vorlagen, die einen Bezug zu einem gemeineuropäischen Recht haben, namentlich darüber zu informieren ist, ob zur Materie eine EU-Regelung besteht oder ansteht, ob der Gesetzesentwurf mit geltenden oder im Entstehen begriffenen internationalen Übereinkommen und Empfehlungen in Einklang steht, und ob und wieweit die vorgeschlagene schweizerische Regelung mit der europäischen kompatibel ist.<sup>6</sup>

Die komparative Methode hat aber auch in der richterlichen Rechtsfindung seit jeher ihren festen Platz.<sup>7</sup> In der Auslegung nationalen Primärrechts spielt sie allerdings in der Regel nur (aber immerhin) eine subsidiäre Rolle, eignet ihr eine Kontrollfunktion,<sup>8</sup> dient sie als «Neunerprobe» für eine die vorerst ermittelte nationale Lösung ergänzende und absichernde Argumentation. Im Fächer der Auslegungshypothesen wird für das Auslegungsergebnis eine rechtsvergleichende Bestätigung im ausländischen Recht gesucht, sei es in allgemein durchgesetzten Prinzipien, sei es in speziellen, dem eigenen Recht nahe verwandten, als *argumentum e contrario* gelegentlich auch in gegen-

5 Statt aller aus der jüngsten Zeit etwa EUGEN BUCHER, Rechtsüberlieferung und heutiges Recht, ZEuP 2000, 394 ff.; REINHARD ZIMMERMANN, Die Europäisierung des Privatrechts und die Rechtsvergleichung, Berlin 2005, passim; JOHANNES KÖNDGEN, Die Rechtsquellen des Europäischen Privatrechts, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, Berlin 2006, 133 ff.; MORITZ RÖTTINGER, Towards a European Code Napoléon/ABGB/BGB? Recent EC Activities for a European Contract Law, European Law Journal, 2006, 807 ff.

6 Dazu WALTER R. SCHLUEP, Einladung zur Rechtstheorie, Bern/Baden-Baden 2006, 653 und 1149.

7 Statt aller KONRAD ZWEIGERT, Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode, RabelsZ 1949/50, 5 ff.; KONRAD ZWEIGERT/HEIN KÖTZ, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen 1996, 16 ff.; HANS STOLL, Zur Legitimität und normativen Relevanz rechtsvergleichender Argumente im Zivilrecht, in: Koziol/Rummel (Hrsg.), Im Dienste der Gerechtigkeit, FS Bydlinski, Wien/New York 2002, 429 ff.; ERNST A. KRAMER, Konvergenz und Internationalisierung der juristischen Methode, in: Meier-Schatz (Hrsg.), Die Zukunft des Rechts, Beiheft 28 zur ZSR, Basel 1999, 71 ff.; DAVID DÜRR, Zürcher Kommentar 1998, N 247 ff. zu Art. 1 ZGB; SCHLUEP (Fn. 6), 647 ff.

8 ZWEIGERT (Fn. 7), 17 f.

sätzlichen Rechtsordnungent.<sup>9</sup> In diesem Verständnis ist die Rechtsvergleichung Hilfsmittel der Auslegung.<sup>10</sup>

Rechtsvergleichung sodann ist in besonderem Masse im Richterrecht im engeren Sinn, in der richterlichen Rechtsschöpfung gefragt, insbesondere im Bereich der Lückenfüllung.<sup>11</sup> Sie gilt dort als Teilaspekt der bewährten Lehre und Überlieferung im Sinne von Art. 1 Abs. 3 ZGB. Besonders schön bringt diesen Gedanken Art. 7 Abs. 1 des schweizerischen Seeschiffahrtsgesetzes unter der Marginalie «*Rechtsanwendung durch den Richter*» zum Ausdruck:

«Kann der Bundesgesetzgebung ... 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.»

Die Vorschrift stammt aus dem Jahre 1953. In der heutigen Zeit des ebenso freiwillig wie verbreitet nachvollzogenen Rechts der Europäischen Gemeinschaft tönt sie erstaunlich praemodern.

Das Bundesgericht hat sich seit jeher in ganz besonderem Mass zu einer komparativen Rechtsfindung bekannt und sich den internationalen Ruf erworben, die Rechtsvergleichung im internationalen Vergleich der obersten nationalen Gerichte am stärksten zu berücksichtigen.<sup>12</sup> Man wird nicht fehlgehen, diese Offenheit gegenüber fremden Rechtsgedanken aus der Situation des Kleinstaats, insbesondere aber auch aus der multikulturellen, namentlich der sprachlichen Vielfalt zu erklären.<sup>13</sup>

Die Rechtsvergleichung als Mittel der Rechtsfindung, sei sie Auslegung oder Lückenfüllung, welche Bereiche ohnehin immer weniger scharf zu scheiden sind, hat mit den Tendenzen zur Vereinheitlichung oder Harmonisierung der nationalen Recht, vor allem aber mit dem autonomen Nachvollzug europäischen Rechts in der Schweiz in den letzten Jahren eine neue Dimension erreicht. In ganz besonderem Masse drängt sich die komparative Rechtsanwendung auf, wenn das nationale Recht auf internationale Rechtsangleichung oder gar Rechtsvereinheitlichung ausgelegt ist. Die in jüngster Zeit erschienene Literatur zu diesem Phänomen, namentlich zum autonomen Nachvollzug, ist mehr als abundant, und die rechtswissenschaftlichen Auto-

9 Zur Brückenfunktion allgemeiner Prinzipien etwa ANDRÁS JAKAB, Prinzipien, Rechtstheorie 2006, 49 ff., 63; zum argumentum e contrario BYDLINSKI (Fn. 7), 461 f.

10 MEIER-HAYOZ (Fn. 2), N 225 zu Art. 1 ZGB; HEINZ HAUSHEER/MANUEL JAUN, Die Einleitungsartikel des ZGB, Bern 2003, N 271 zu Art. 1 ZGB.

11 Für die Schweizerische Lehre namentlich MEIER-HAYOZ (Fn. 2), N 355 ff. zu Art. 1 ZGB; DÜRR (Fn. 7), N 254 ff. der Vorbemerkungen zu Art. 1 und 4 ZGB; ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Bern/München/Wien 2005, 229 ff.

12 ZWEIGERT/KÖTZ (Fn. 7), 17 f.; PETER V. KUNZ, Einführung zur Rechtsvergleichung in der Schweiz, recht 2006, 37 ff., 44; Rechtsprechungsübersicht bei GERHARD WALTER, Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts, recht 2004, 91 ff.

13 WALTER (Fn. 12), 92.

ren lassen sich in diejenigen scheiden, welche zum Thema schon geschrieben haben,<sup>14</sup> und in diejenigen, welche noch über den Druckfahnen brüten. Diese Aufgeschlossenheit ist ohne Zweifel berechtigt. Wenn der Gesetzgeber sich – wie erwähnt – für eine internationale Kompatibilität des nationalen Rechts stark macht, darf die Rechtsvergleichung nicht bei der Rechtsetzung stehen bleiben, sondern hat sie auch die Rechtsanwendung nachhaltig zu beeinflussen. Richtig besehen ist Rechtsanwendung ohnehin nichts anderes als sekundäre Rechtssetzung, wenn auch mit anderen Mitteln. Es macht daher keinen Sinn, vordergründig das Wasser der Rechtsharmonie zu predigen, in Tat und Wahrheit aber weiterhin nur den aus inländischen Trauben gepressten Wein zu kosten.

Angesprochen sind hier die Bereiche des (unmittelbaren) staatsvertraglichen Einheitsrechts, der (mittelbar) staatsvertraglichen Harmonisierungsbestrebungen und der Rezeption fremden, vordringlich europäischen Rechts. Darum drehen sich die nachfolgenden Gedanken. Ihr Gegenstand ist nach dem Untertitel die Auslegung staatsvertraglichen, harmonisierten und rezipierten Rechts. Alle diese Normen sind nach der hier vertretenen Auffassung als materielles Einheitsrecht zu verstehen, bloss formell unterschiedlich präsentiert als zwischenstaatliche Rechtsvereinheitlichung, als internationale Rechtsangleichung oder als nationale Rechtsübernahme im Interesse einer Gleichstellung der Rechtssuchenden in einem erweiterten geographischen Raum. Das Ziel der Auslegung muss folglich in allen drei Bereichen grundsätzlich dasselbe sein, bestimmt durch die Idee der staatenübergreifenden Rechtseinheit in einem über die Landesgrenze hinaus erweiterten Rechtskreis.

Für die Auslegung unmittelbar anwendbaren Staatsvertragsrechts, hier Einheitsrecht im engeren Sinne genannt, steht diese Auffassung in Einklang mit der in Art. 191 BV festgeschriebenen derogatorischen Kraft des Völkerrechts. Als harmonisiertes Recht sodann bezeichne ich international mittelbar vereinheitlichtes nationales Recht, geboren aus einer völkerrechtlichen Verpflichtung zur Rechtsangleichung. Als Beispiel dafür diene etwa das Recht der Erfindungspatente. Das Patentgesetz wurde im Jahre 1977 umfassend geändert,<sup>15</sup> um es den drei vorher ratifizierten internationalen Abkommen über die Vereinheitlichung gewisser Begriffe des materiellen Rechts,<sup>16</sup> über die internationale Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Patentwesens<sup>17</sup> und über die Erteilung

14 Exemplarisch seien nur drei Sammelbände erwähnt: FORSTMOSER et al. (Hrsg.), *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz*, FS Zäch, Zürich 1999; WERRO/PROBST (Hrsg.), *Das schweizerische Privatrecht im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts*, Bern 2004; EPINEY/RIVIÈRE (Hrsg.), *Auslegung und Anwendung von «Integrationsverträgen»*, Zürich 2006.

15 AS 1977 1997.

16 EVPatUe; SR O.232.142.1.

17 PCT; SR 0.232.141.1.

europäischer Patente<sup>18</sup> anzupassen.<sup>19</sup> Ziel der drei Staatsverträge war die Harmonisierung der nationalen Patentrechte in formeller und materieller Hinsicht. Als rezipiertes Recht schliesslich werden hier formal genuin schweizerische Normen verstanden, die materiell jedoch Erlasse der Europäischen Gemeinschaft freiwillig mehr oder weniger global übernehmen und national umsetzen. Es ist dies das sogenannte autonom nachvollzogene EU-Recht.

In all diesen Fällen erlangt das systematische Auslegungselement, welches auf ein geschlossenes inneres und äusseres System ausgelegt ist, besondere Bedeutung, allerdings – und hier liegt die Besonderheit – auf ein System, welches nicht, wie das herkömmliche, durch die eigene rechtliche Ordnung begrenzt ist. Die Freiwilligkeit der Rezeption und die beibehaltene Rechtsnatur als nationales Recht ändern an dieser vordringlichen Bedeutung der Systemkonformität nichts, weil eben der Normzweck kein isoliert nationaler, sondern ein internationaler ist.

Zwei Ziele sind anzustreben: die richtige und die einheitliche Anwendung des Einheitsrechts.<sup>20</sup> Jenes ruft nach allgemeingültigen Erkenntnissen, dieses nach konkret vergleichender Betrachtung. Zu fordern sind die Einheit der Rechtslage einerseits und die Einheit der Rechtsfolge andererseits. Jene zielt auf die Auslegung des Obersatzes, diese auf die Subsumtion des Streitgegenstands. Anders gewendet erschöpft die auslegende Rechtsvereinheitlichung sich nicht bereits in der Sinndeutung der Norm, sondern erst in der identischen Beurteilung gleich gelagerter tatsächlicher Streitlagen.

## **B. Zur richtigen Auslegung des staatsvertraglichen Primärrechts**

Unmittelbares wie harmonisiertes Einheitsrecht beruhen auf staatsvertraglicher Bindung und Verpflichtung. Diese Vertragspflichten bedürfen ausschliesslich oder vorerst der Auslegung der *staatsvertraglichen Primärnorm*. Dabei bieten diejenigen Abkommen die geringsten Probleme, deren einheitliche Auslegung und Anwendung, wie etwa der EMRK, durch supranationale Justizinstanzen sichergestellt sind, oder welche, wie etwa das Lugano-Übereinkommen,<sup>21</sup> eine ausdrückliche Verpflichtung enthalten, ausländischen Ge-

18 EPÜ; SR. 0.232.142.1.

19 BBl 1976 II 1.

20 HANS PETER WALTER, Die Auslegung staatsvertraglichen und harmonisierten Rechts, GRUR 1998, 866 ff.

21 Protokoll Nr. 2 über die einheitliche Auslegung des Übereinkommens. Auch nach dem Inkrafttreten der Brüssel-I-Verordnung und der EuInsVO legt das Bundesgericht das LugÜ weiterhin nach dem System dieses Protokolls aus und nimmt auf die Rechtsprechung des EuGH Rücksicht, soweit diese nicht ausschliesslich regional, d.h. EU-spezifisch, ausgerichtet ist; dazu etwa BGE 131 III 227 und FRIDOLIN WALTHER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Internationalen Zivilprozessrecht, ZBJV 2007, 183 ff., 186 ff.

richtsentscheidungen auch bei der nationalen Umsetzung Rechnung zu tragen. Darauf ist hier nicht weiter einzugehen. Das Augenmerk ist vielmehr auf diejenigen Verträge zu richten, deren Anwendungsschicksal gleichsam in die Hände des jeweils damit befassten nationalen Gerichts gelegt ist.

Das Bundesgericht lässt sich hier im Allgemeinen von folgender traditioneller Formel leiten:<sup>22</sup>

«Die Auslegung eines Staatvertrags hat in erster Linie vom Vertragstext auszugehen, wie ihn die Vertragsparteien nach dem Vertrauensprinzip im Hinblick auf den Vertragszweck verstehen durften (. . .). Erscheint die Bedeutung des Textes, wie sie sich aus dem gewöhnlichen Sprachgebrauch sowie dem Gegenstand und Zweck des Vertrags ergibt, nicht offensichtlich sinnwidrig, kommt eine über den Wortlaut hinausreichende – ausdehnende oder einschränkende – Auslegung nur in Frage, wenn aus dem Zusammenhang oder der Entstehungsgeschichte mit Sicherheit auf eine vom Wortlaut abweichende Willenseinigung der Vertragsstaaten zu schliessen ist (. . .).»

Zu hinterfragen ist dazu das Kriterium des wahren Vertragswillens mit seinem Anklang an den im privaten Vertragsrecht unbestrittenen Grundsatz der Priorität empirischer Auslegung nach dem tatsächlich übereinstimmend Gewollten und Erklärten. Es ist allenfalls bei der Auslegung geschlossener, insbesondere bilateraler Staatsverträge sachgerecht, weit weniger dagegen bei der Auslegung multilateraler, insbesondere offener Abkommen. Multilateral ausgehandelte Kompromisse sind einheitlicher Auslegung nach dem «Parteiwillen» oftmals gar nicht zugänglich, und später beitretende Staaten, die an der Willensbildung nicht beteiligt waren, können auf den historischen Vertragswillen wohl von Vorneherein nur soweit verpflichtet werden, als die Absichten der Vertragsschliessenden im Abkommen selbst einen erkennbaren Niederschlag gefunden haben. Konflikte zwischen subjektiver und objektiver Auslegung sind deshalb im offenen Vertrag aus dem Horizont des Adressaten in einem normativen Verständnis zu bereinigen.

Allerdings lässt das Bundesgericht in einer erweiterten Formel auch den Gedanken der Rechtsvereinheitlichung nicht ausser Betracht:<sup>23</sup>

«Ferner kommt im Fall eines Staatsvertrags, der . . . vor allem eine internationale Rechtsvereinheitlichung bewirken soll, der ausländischen Lehre und Rechtsprechung sowie den Bemühungen, diese Einheit herbeizuführen, besondere Bedeutung zu.»

Darauf ist nach der hier vertretenen Auffassung besonderes Gewicht zu legen. Auch im Staatsvertragsrecht, insbesondere dem offenen, ist überdehnter Partikularismus abzulehnen. Das internationale, vorab das europäische Privatrecht ist zunehmend als einheitliches Gefüge ausgestaltet und zu verstehen. Vieles beruht auf gemeinrechtlichen und damit gewohnheitsrechtlichen Grundsätzen, und manches lässt sich im Analogieverfahren einer sachgerechten Lösung zuführen.

22 BGE 127 III 461 E. 3b.

23 BGE 121 III 336 E. 5c.

Von besonderer Bedeutung sind in diesem Zusammenhang die Auslegungsmaximen des Wiener Übereinkommens von 1969 über das Recht der Verträge.<sup>24</sup> Nach dessen Art. 31 sind Staatsverträge nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, den Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte ihres Ziels und Zwecks auszulegen. Der zu beachtende Zusammenhang ergibt sich dabei aus dem Wortlaut, den Anlagen und konnexen Dokumenten. Darüber hinaus erlangen spätere Abkommen des nämlichen Sachbereichs, das nachträgliche Parteiverhalten bei Abwicklung des Vertrags und einschlägige Völkerrechtsätze Bedeutung.<sup>25</sup> Von bloss subsidiärer Relevanz sind dagegen die Materialien und die Umstände des Vertragsschlusses.<sup>26</sup> Daraus ergeben sich im Einzelnen die folgenden Anweisungen:

- Das Prinzip von Treu und Glauben postuliert klarerweise eine objektivierende Auslegung. In seiner Bedeutung ist es allerdings nicht misszuverstehen. Es bezieht sich im hier interessierenden Kontext ausschliesslich auf die Sinndeutung von Rechtssätzen, nicht etwa auch auf subjektiven Vertrauensschutz der Verfahrensbeteiligten, etwa das Vertrauen eines Rechtssuchenden in eine behördliche Auskunft zum Staatsvertragsrecht. Zu fragen ist nach dem Sinn der auszulegenden Bestimmung im Gesamtzusammenhang des institutionalisierten Abkommens und auf der Grundlage der sogenannten Rationalitätsvermutung, wonach davon auszugehen ist, dass die Vertragsschliessenden etwas Sinnvolles, Praktikables und möglichst Widerspruchsfreies zu schaffen beabsichtigten. Das Prinzip von Treu und Glauben wird dabei assistiert vom Begriff des *Ordre public* als Inbegriff der in den Vertragsstaaten allgemein geltenden rechtlichen und sittlichen Wertungen. Als Unvereinbarkeitsklausel setzt der internationale *Ordre public* mit seiner Abwehrfunktion der Vertragsauslegung rechtsethische Schranken. Objektivierende Auslegung ist schliesslich im Bezug auf Treu und Glauben stets auch dynamische Auslegung im geltungszeitlichen Bezug.
- Die Objektivierung ist in erster Linie mit systematischen und teleologischen Erwägungen zu finden. System und Zweck des Vertrags sind dabei wiederum im internationalen Bezug zu ermitteln, auf die angestrebte Einheit auszurichten und nicht in den nationalen Wurzeln zu suchen. Autonome Auslegung von Staatsvertragsrecht führt nicht selten zu einer Disharmonie mit tradiertem nationalem Recht, welche nach der hier vertretenen Auffassung grundsätzlich hinzunehmen ist. Umgekehrt ist auch nicht zu übersehen, dass Einheitsrecht in aller Regel keine Neuerfindung des Rades ist, sondern häufig auf vorbestandenen nationalen Rechten

24 VRK, SR 0.111.

25 Art. 31 II und III VRK.

26 Art. 32 VRK.

aufbaut. Soweit diese einer bestimmten staatsvertraglichen Regelung erkennbar Pate standen, beeinflussen sie ebenfalls das Erscheinungsbild des Patenkindes.

- Dem historischen Auslegungselement kommt nach dem Gesagten nur zweitrangige Bedeutung zu. Zwar ist es nicht vollends zu vernachlässigen, weil allein die Regelungsabsicht der Vertragsstaaten eine den Tag überdauernde und damit rechtssichere Auslegung gewährleistet und den Zweck des Vertrags sichtbar macht. Andererseits darf es aber nicht verbetoniert werden, weil es sich entwicklungshemmend auswirkt, wo eine evolutiv-dynamische Auslegung gefragt ist. Auch für den Staatsvertrag gilt das Wort von ROSCOE POUND, dass «*law must be stable, and yet it cannot stand still*». Unreflektiertes Abstellen auf den seinerzeitigen Willen der Vertragsschliessenden aber führt zwangsläufig zu einer rein historisch orientierten Betrachtung und damit zu einer Erstarrung des Rechts. Indessen «versteinert» der Konsens der Parteien zu Sinn und Zweck eines Staatsvertrags nicht, sondern ist seinerseits anpassungs- und wandlungsfähig.<sup>27</sup> Als Beispiel mag etwa der in einer Vielzahl von Staatsverträgen enthaltene Begriff der guten Sitten<sup>28</sup> dienen. Bekanntlich sind weder eine zeitlich fixierte noch eine allgemeingültige internationale Moral oder Ethik auszumachen, sind die guten Sitten vielmehr sozial- und gesellschaftsabhängig wandelbar. Was beispielsweise gestern noch als unzüchtig der Sittenzensur zum Opfer fiel, wird heute bereits von den staatlichen Televisionsanstalten im Vorabendprogramm ausgestrahlt. Für die Auslegung des Begriffs kann daher allein ein zeitgemässes Verständnis nach dem viel bemühten «Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden» tauglicher Anknüpfungspunkt sein.
- Auch völkerrechtlich ist sodann die Eindeutigkeitsregel abzulehnen, wonach der vordergründig klare Wortlaut nicht auslegungsbedürftig und auslegungszugänglich sein soll. Sie missachtet den Grundsatz, dass der Rechtssinn eines Begriffs letztlich dessen Zwecksinn und nicht dessen Wortsinn folgt. Die mehr als zweifelhafte Parömie «*de claris non fit interpretatio*»<sup>29</sup> ist richtigerweise für die Auslegung von Gesetzen wie von Verträgen aufgegeben worden.<sup>30</sup>
- Auslegungsanleihen sind nicht nur im allgemeinen, sondern auch im besonderen Völkerrecht gestattet und geboten. Die hermeneutischen Probleme sind oftmals deckungsgleich, und interpretative Anweisungen eines Staatsvertrags lassen sich per analogiam zwanglos auf einen andern über-

27 ALFRED VERDROSS/BRUNO SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl., Berlin 1984, 497.

28 Z.B. in Art. 53 a EPÜ.

29 ERNST A. KRAMER, *Lateinische Parömien zur Methode der Rechtsanwendung*, in: Cagianut/Vallender (Hrsg.), *Steuerrecht, FS Höhn*, Bern 1995, 141 ff., 147 ff.

30 Gesetzesauslegung: BGE 130 III 76 E. 4.; Vertragsauslegung: BGE 130 III 606 E. 4.2.

tragen. Als Anregung sei etwa Art. 7 Abs. 1 des «Wiener Kaufrechts»<sup>31</sup> erwähnt:

«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.»

Versteht man den Hinweis auf den internationalen Charakter auch als Hinweis auf die Natur des Vertrags, und ist dieser bei der Auslegung ausdrücklich mit zu berücksichtigen, ergibt sich erneut eine Absage an jede subjektiv-historische Auslegung und eine Verpflichtung auf eine objektive Methode, sei sie nun historisch oder geltungszeitlich orientiert. Dies schliesst eine rechtsvergleichende Auslegung nicht aus, sofern das Gebot der autonomen Interpretation respektiert wird. Rechtsvergleichung sodann ist ausdrücklich in Abs. 2 der zitierten Bestimmung für die Lückenfüllung vorgeschrieben, die sich praxisgemäss an den ihrerseits auf Rechtsvergleichung beruhenden UNIDROIT-Prinzipien<sup>32</sup> orientiert.

### C. Zur richtigen Auslegung des sekundären nationalen Rechts

Die Auslegung des *harmonisierten* und des *rezipierten nationalen Rechts* ist gekennzeichnet durch ihre Zweitrangigkeit im Verständnisprozess. Der Auslegungsvorgang erstreckt sich auf zwei serielle Rechtsquellen und ist damit formell zweistufig. Die harmonisierten und rezipierten Rechtsvorschriften haben einen doppelten Boden: einerseits die staatsvertragliche Verpflichtungsnorm zur Rechtsangleichung oder die rezipierte Fremdnorm, andererseits deren autonome Umsetzung im nationalen Recht. Der Unterschied besteht im Wesentlichen darin, dass harmonisiertes Recht einen höherrangigen Rechtsakt binnenrechtlich ausführt und daher dem völkerrechtlichen Hierarchiegebot zu genügen hat, rezipiertes Recht dagegen koordiniert neben der fremdrechtlichen Vorlage steht und ihr jedenfalls rechtlich nicht untergeordnet ist.

Zu beginnen ist mit der Auslegung der Grundnorm, im harmonisierten Recht mit dem Staatsvertrag, im rezipierten EU-Recht mit der Richtlinie. Die Auslegung des Staatsertrags folgt dabei den soeben erörterten Regeln. Die Auslegung einer Richtlinie hat sich in erster Linie an der dazu ergangenen Rechtsprechung des EuGH zu orientieren, fehlt eine solche, an der Rechtsprechung der Mitgliedstaaten und bei fehlenden einschlägigen Präjudizien an den allgemein anerkannten Auslegungsregeln, wobei auch nach der Praxis

31 Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (auch UN-Kaufrecht oder CISG), SR 0.221.211.1.

32 CHRISTOPH BRUNNER, UN-Kaufrecht – CISG, Bern 2005, N 5 ff. zu Art. 7; ERNST A. KRAMER (Fn. 11), 231 ff.

zum europäischen Recht die Wortsinnngrenze die Auslegung – wie in der Schweiz – weit weniger einschränkt als beispielsweise nach dem etwa in Deutschland vorherrschenden Methodenverständnis.<sup>33</sup>

An die Auslegung der national umgesetzten Normen werden vordergründig unterschiedliche Anforderungen gestellt:

Geht es um das Verständnis harmonisierten Rechts, greift unmittelbar die vertikal-systematische Bindung des Interpreten an die höherrangige Norm. Das unterstufige nationale Recht ist im Sinn und Geist des höherrangigen Völkerrechts auszulegen,<sup>34</sup> ein Grundsatz, der in der Schweiz aus der Maxime der verfassungskonformen Interpretation einfachen Bundesrechts seit jeher geläufig ist. In seiner jüngeren Rechtsprechung hat das Bundesgericht in diesem Sinne verschiedentlich erklärt, die Eidgenossenschaft könne sich nicht unter Berufung auf inländisches Recht ihrer völkerrechtlichen Verpflichtungen entziehen. Das Landesrecht müsse daher in erster Linie völkerrechtskonform ausgelegt werden.<sup>35</sup> Dies ruft nach einer Prävalenz des systematischen Auslegungselements.

Für die Auslegung rezipierten Rechts besteht eine solche systematische Bindung nicht. Allerdings macht keinen Sinn, fremdes Recht bewusst zu rezipieren, es aber nicht vorlagenkonform auszulegen. Zwar trifft die Verpflichtung, umgesetzte Normen richtlinienkonform auszulegen, formell nur die nationalen Gerichte der Mitgliedstaaten,<sup>36</sup> doch lassen die Intentionen und Wertungen des schweizerischen Gesetzgebers im Rahmen eines autonomen Nachvollzugs keinen andern Schluss zu, als dass eine Übereinstimmung der Rechtsverhältnisse in der betreffenden Materie angestrebt werden soll. Dies aber kann nichts anderes bedeuten, als dass die nachvollzogenen Normen letztlich richtlinienkonform auszulegen sind.<sup>37</sup> Davon geht in seiner jüngsten Rechtsprechung auch das Bundesgericht aus:<sup>38</sup>

«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, so-

33 Zur Auslegung von EU-Richtlinien statt aller ANDREAS SCHWARTZE, Die Rechtsvergleichung, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, Berlin 2006, 75 ff.; WOLFGANG WIEGAND/MARCEL BRÜLHART, Die Auslegung von autonom nachvollzogenem Recht der Europäischen Gemeinschaft, Bern/Zürich 1999, passim.

34 Zum Grundsatz im Allgemeinen STEFAN LEIBL/RONNY DOMRÖSE, die primärrechtskonforme Auslegung, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, Berlin 2006, 184 ff.

35 Vgl. etwa BGE 117 Ib 337 E. 2a; 125 II 417 E. 4c.

36 WIEGAND/BRÜLHART (Fn. 33), 26.

37 WIEGAND/BRÜLHART (Fn. 33), 35.

38 BGE 129 III 335 E. 6, 130 III 182 E. 5.5.1, 132 III 32 E. 4.1 und 4.2.2.1 sowie 406 E. 2.4; dazu MARC AMSTUTZ (Fn. 4), 67 ff.

weit die binnenstaatlich zu beachtende Methodologie eine solche Angleichung zulässt.»

Sibyllinisch bleibt, wann die hiesige Methodologie einer solchen Auslegung entgegenstehen soll. Zu prüfen bleibt allerdings stets, und darin liegt der gewichtige Unterschied zwischen der Schweiz und den Mitgliedstaaten der EU, ob und inwieweit nationales Recht überhaupt nachvollzogenes, d.h. rezipiertes Recht ist. Die Frage beantwortet sich aus der historisch zu ermittelnden Regelungsabsicht des Gesetzgebers. Ergibt sich aus den Materialien, dass er – wie beispielsweise im Kartellrecht<sup>39</sup> oder im Recht der Mehrwertsteuer<sup>40</sup> – bewusst auf eine vollständige Angleichung an das Recht der EU verzichtet hat, verbietet sich selbstverständlich eine harmonisierende Auslegung, sondern ist gegenteils der «qualifizierten Autonomie» mit einer differenzierten Ermittlung des massgebenden Rechtssinns Rechnung zu tragen. Dies ist allerdings nicht eine Frage der europarechtskonformen Auslegung, sondern des Umfangs des Nachvollzugs.

Probleme besonderer Art können sich einstellen, wenn die «europäische Auslegung einer Richtlinie» sich in eine Richtung entwickelt, welche mit tragenden Prinzipien des schweizerischen Rechts in Konflikt gerät, und welche im Zeitpunkt des Nachvollzugs nicht voraussehbar war. Dies mag an einem Beispiel aus dem Pauschalreiserecht gezeigt werden. Das Pauschalreisegesetz von 1993,<sup>41</sup> ein Erlass des Konsumentenrechts, wurde in Umsetzung der entsprechenden Richtlinie Nr. 90/314 des EWG-Rates von 1990 erlassen und ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung europarechtskonform auszulegen. Nach seinem Art. 14 haftet der Veranstalter dem Konsumenten für die gehörige Vertragserfüllung, und zwar unabhängig davon, ob er selbst die vertraglichen Leistungen zu erbringen hat. Dies tönt soweit unverdächtig nach einer Haftung im Sinne von Art. 97 und 101 OR. Danach wird aus Vertragsverletzung für das Erfüllungs- oder das Integritätsinteresse des geschädigten Vertragspartners gehaftet, wobei aber die schweizerische Lehre und Rechtsprechung weitestgehend einhellig nur Vermögensschäden als ersatzpflichtig erachtet und den Ausgleich immaterieller Beeinträchtigungen in das Recht der Genugtuung verweist. Namentlich wird entgangener Nutzen<sup>42</sup> nicht als Schaden im Rechtssinne gewertet. Dies gilt auch für verdorbenen Feriengenuss, wie das Bundesgericht im Jahre 1989,<sup>43</sup> d.h. vor Erlass des Pauschalreisegesetzes, ausdrücklich festhielt. Nun hat aber der EuGH in einem Urteil von 2002 im Nachgang zu einer Salmonellenvergiftung während einer Pauschalreise entschieden, Art. 5 der Richtlinie, welcher Art. 14 PaurG zu Gevatter stand, gebe auch Anspruch auf Ersatz immateriellen Schadens

39 BGE 124 III 495 E. 2a.

40 BGE 124 II 193 E. 6.

41 PauRG; SR 944.3.

42 BGE 126 III 388 E. 11.

43 BGE 115 II 474 E. 3.

wegen entgangener Urlaubsfreude,<sup>44</sup> obwohl die Richtlinie dazu kein Wort verliert.<sup>45</sup> Damit stellt sich die Frage, ob für die Auslegung des schweizerischen Pauschalreisegesetzes die Rechtsprechung des EuGH oder der tradierte Schadensbegriff des schweizerischen Rechts massgebend sein soll. Ersteres würde dem Anliegen entsprechen, die Idee der Europakompatibilität nahtlos umzusetzen und die schweizerischen Konsumenten auf das europäische Niveau zu heben. Andererseits aber steht die Auffassung des EuGH im Gegensatz zum gefestigten schweizerischen Schadensbegriff und wohl auch der bei Erlass des Gesetzes – wie heute – herrschenden Rechtsauffassung. Drei Möglichkeiten bieten sich an:

- entweder wird der Grundsatz der europarechtskonformen Auslegung verlassen und der immaterielle Reiseschaden (weiterhin) vom Ersatz ausgenommen,
- oder der schweizerische Schadensbegriff wird allgemein europarechtskonform gedehnt,
- oder die Ausdehnung wird auf den Anwendungsbereich des Pauschalreisegesetzes beschränkt.

Die erste Auslegungsvariante diskriminiert die schweizerischen Konsumenten im Europavergleich. Die zweite ist im Lichte des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips problematisch. Die Dritte führt zu kaum gerechtfertigten Differenzierungen im Schadensrecht<sup>46</sup> und macht zudem den Ersatzanspruch für immateriellen Reiseschaden von der Aleatorik der Buchung abhängig, indem sie den «Pauschalreisenden» vor dem die Einzelleistungen getrennt Buchenden ohne ersichtlichen Rechtsgrund privilegiert. Verkompliziert wird die Entscheidung zudem durch den Umstand, dass der EuGH in seiner Entscheidung sich wesentlich vom Rechtsgleichheitsgedanken leiten liess, indem er feststellte, dass immaterielle Schäden der zu beurteilenden Art in einzelnen Mitgliedstaaten zum Ersatz verstellt würden, in anderen dagegen nicht, und dass diese rechtsungleiche Behandlung zu Verzerrungen des Wettbewerbs zwischen den in den verschiedenen Mitgliedstaaten ansässigen Un-

44 Entscheid Leitner c. TUI, Slg. 2002, Seite I-2631.

45 GERHARD WAGNER, Prävention und Verhaltenssteuer und Privatrecht – Anmassung oder legitime Aufgabe?, AcP 2006, 352 ff., 395. Das Urteil erging auf Grund eines Vorlagebeschlusses des Landesgerichts Linz, welches der Auffassung der ersten Instanz folgen wollte, dass die mit dem verdorbenen Feriengenuss verbundenen Unlustgefühle und Missempfindungen nach österreichischem Recht nicht zu Schadenersatz berechtigten. Demgegenüber bestimmte das deutsche Recht mit der Umsetzung der EU-Richtlinie bereits vor dem Urteil des EuGH, dass bei Vereitelung oder erheblicher Beeinträchtigung der Reisende auch wegen nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen könne (§ 651f Abs. 2 BGB). Im österreichischen Recht wurde dem Urteil durch eine Änderung im Konsumentenschutzrecht Rechnung getragen (§ 31 e Abs. 3 KSchG; dazu ERNST KARNER, Geldersatz für ideelle Schäden, Minderung der Ersatzpflicht, Verjährung, in: Griss et al. (Hrsg.), Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, Wien/New York 2006, 83 ff., 88 mit weiteren Hinweisen in Fn. 2).

46 PETER FORSTMOSER, Einführung in das Recht, 3. Aufl., Bern 2003, 79.

ternehmen des Reisgewerbes führen könnten. Dieses in der volitiven Rechtsfindung des EuGH wohl letztlich ausschlaggebende Argument trifft auf die Schweiz als Nichtmitglied der EU höchstens in abgeschwächter Form zu. Ich neige daher persönlich dazu, den Ersatz immateriellen Schadens weiterhin und auch im Bereich des Pauschalreiserechts abzulehnen. Dabei gehe ich davon aus, dass der Gesetzgeber jedenfalls bei Erlass des Pauschalreisegesetzes vom herkömmlichen Schadensbegriff ausging und *en connaissance de cause* den Nachvollzug wohl entsprechend eingeschränkt hätte.<sup>47</sup> Ich meine, dass das schweizerische Gericht einem solchen «hypothetischen Willen des Gesetzgebers», sofern es ihn bejaht, ebenfalls Rechnung tragen darf, räume aber gerne ein, dass sich auch die anderen Lösungen mit guten Gründen vertreten lassen. Das Bundesgericht selbst wird sich, mit der Frage dereinst konfrontiert, mit dem eigenen Mut auseinanderzusetzen haben, den es in einem *leading case* des Jahres 2003 wie folgt offenbarte:<sup>48</sup>

«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.»

Danach erscheint der autonome Nachvollzug europäischen Privatrechts nicht als statisches, sondern als dynamisches Konzept.<sup>49</sup> Wird die Absicht ernst genommen, müsste wohl mit einem Teil der Lehre auch ausserhalb einer eigentlichen rechtlichen Gebundenheit auf eine faktische Bindung geschlossen und die Rechtsprechung des EuGH übernommen werden.<sup>50</sup>

## D. Zur einheitlichen Auslegung des Einheitsrechts

Das erörterte Auslegungsziel der Richtigkeit garantiert eine einheitliche Auslegung im internationalen Bezug noch nicht. Die Rechtsanwendung ist bekanntlich keine exakte Wissenschaft, vielmehr über weite Strecken subjektiv geprägte Wertung. Solche Wertungen aber können im Allgemeinen nicht ab-

47 Im autonomen (freiwilligen) Nachvollzug steht dem Gesetzgeber offen, die Rezeption gemeinschaftsrechtlicher Richtlinienziele national zu begrenzen; BGE 124 II 193 E. 6; MARC AMSTUTZ, Evolutorische Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht, in: Werro/Probst (Hrsg.), Das schweizerische Privatrecht im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts, Bern 2005, 105 ff., 141.

48 BGE 129 III 350 E. 6.

49 AMSTUTZ (Fn. 4), 68.

50 So namentlich WOLFGANG WIEGAND, Zwei Urteile des EuGH zu Pauschalreisen und ihre Bedeutung für die Schweiz, Jusletter vom 17. Juni 2002, Rz. 9; gl.M. wohl AMSTUTZ (Fn. 4), 85. Offen RAINER J. SCHWEIZER, Die schweizerischen Gerichte und das europäische Recht, ZSR 1993 II 639 ff., der nur die *grundlose* Missachtung der EuGH-Rechtsprechung in einem rezipierten Bereich als «beschwerdefähigen Willkürgrund» wertet. Kritisch demgegenüber FORSTMOSER (Fn. 46), 78 f.

solute, sondern bloss relative Geltung beanspruchen. Entsprechend kennt die Rechtsanwendung auch keine absolut richtigen oder falschen Auffassungen, sondern stets nur die eigene und die davon abweichenden.

Einheitsrecht, unmittelbares, harmonisiertes oder rezipiertes, erheischt jedoch eine einheitliche Anwendung im räumlichen Geltungsbereich. Einheitliche Rechtsetzung auf der einen und unkontrolliert diversifizierte Rechtsanwendung auf der andern Seite schüren die Gefahr, dass die einzelnen nationalen Gerichte, der «*universal judicial attitude towards domestic law*» folgend, das vereinheitlichte Recht im Lichte des vertrauten nationalen Basisprivatrechts interpretieren, womit der Vereinheitlichungseffekt kontinuierlich abgeschwächt und letztlich im Sinne einer verpönten Re-Nationalisierung mehr oder weniger illusorisch wird.<sup>51</sup> Dem ist entgegenzuwirken.

Wo – wie in den meisten Rechtsbereichen – eine auch die Schweiz bindende übernationale Entscheidungs- oder Auslegungsinstanz fehlt, ist die einheitliche Anwendung des Einheitsrechts nur auf dem Wege rechtsvergleichender Betrachtung zu erreichen. Dabei sind die Postulate der rechtsvergleichenden Auslegung und der rechtsvergleichenden Subsumtion zu beachten.

Ein internationaler Entscheidungseinklang wäre theoretisch einfach zu erreichen durch das umfassende System eines internationalen «*stare decisis*», wonach auch Präjudizien ausländischer Gericht vom inländischen Gericht zwingend zu befolgen wären. Eine solche Bindung an ausländische precedents ist praktisch aber nicht zu realisieren, insbesondere nicht in den Kreisen des die Präjudizien insgesamt relativierenden, vom Kodifikationsgedanken geprägten kontinentalen Rechts. Die noble internationalistische Intention eines LORD DENNING, manifestiert in einer Entscheidung des Jahres 1969, ist hiesigem Rechtsdenken weitgehend fremd. Er hatte mit Blick auf ausländische Rechtsprechung zu einheitlichem Recht Folgendes erwogen:<sup>52</sup>

«The decisions of those courts are entitled to the highest respect. I find myself in entire agreement with them. Even if I disagreed, I would follow them in the matter which is of international concern. The courts of all countries should interpret this convention in the same way.»

Näher liegt uns wohl die von Claus Wilhelm Canaris<sup>53</sup> vertretene Gegenposition, wonach es

«eine Selbstverständlichkeit sein (sollte), dass der blanke Zufall der Priorität einer ausländischen Gerichtsentscheidung nicht den Ausschlag für oder gegen eine bestimmte Auslegung oder Rechtsfortbildung geben kann».

Canaris will dies nicht einmal für eine deutliche Mehrheit von Entscheidungen in den wichtigsten (!) Vertragsstaaten akzeptieren, denn

51 ERNST A. KRAMER, *Uniforme Interpretation von Einheitsprivatrecht – mit besonderer Berücksichtigung von Art. 7 UNKR*, *Juristische Blätter* 1996, 137 ff., 139.

52 *Corocraft vs. Pan american*, zitiert nach KRAMER (Fn. 51), 146, Fn. 76.

53 CLAUD WILHELM CANARIS, *JZ* 1987, 549.

«auch die Mehrheit kann irren und muss dann hinter den besseren Sachargumenten zurückstehen».

Die eigenen Argumente sind eben unausweichlich die besseren.

Des ungeachtet ist die Rechtsvergleichung ein unverzichtbares und prinzipales Auslegungselement für das Verständnis von Einheitsrecht. Es ist auch völkerrechtlich anerkannt, etwa im Lugano-Übereinkommen, dessen 2. Protokoll in Art. 1 bestimmt:

«Die Gerichte jedes Vertragsstaates tragen bei der Anwendung und Auslegung der Bestimmungen dieses Übereinkommens den Grundsätzen gebührend Rechnung, die in massgeblichen Entscheidungen von Gerichten der anderen Vertragsstaaten zu den Bestimmungen des genannten Übereinkommens [sc. das damalige Brüsseler Übereinkommen vom 27. September 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen] entwickelt worden sind.»

Der Grundsatz der rechtsvergleichenden Auslegung ist an sich unbestritten. Er darf sich aber nicht im Postulat erschöpfen, die ausländischen Gerichte hätten gefälligst die hiesige Rechtsprechung zur Kenntnis zu nehmen und zu beachten. Geboten ist ein vertiefter Blick über die Grenzen, die ernsthafte Auseinandersetzung mit der ausländischen Lehre und Rechtsprechung. Dabei ist die eigene mit der fremdrechtlichen Brille zu tauschen und nicht mit Akribie nach Begründungen zu suchen, fremdes Recht als rezipiertes eigenes auszugeben. Einäugige Rechtsvergleichung ist schlimmer als gar keine. Der Vergleich kann sich nicht in einer flüchtigen Betrachtung ausländischer Entscheidungen erschöpfen. Vielmehr sind diese Entscheidungen in die dortige Rechtskultur einzubetten und daraus zu verstehen. Dies gilt auch für die rechtsvergleichende Auslegung von Einheitsrecht: aus der Gleichheit des gesetzten Rechts folgt noch keine Gleichheit des Rechtslebens.<sup>54</sup> Ziel bleibt indessen stets, die Polyphonie der Anwendung vereinheitlichten oder angeglichenen Rechts zur Einstimmigkeit zu führen, weil anders die Richtigkeit der Einheit nicht zu gewährleisten ist.

Alle diese Prinzipien bleiben indessen toter Buchstabe, wenn Gebot und Nutzen der Rechtsvergleichung zwar anerkannt, Bindungswirkung fremder Rechtsanwendung dagegen abgelehnt wird. Im Sinne eines Kompromisses schlage ich folgenden Lösungsansatz vor:<sup>55</sup>

- Ausländische Entscheidungen, europäische wie nationale, sind vorerst Inspirationsquellen, denen ein späteres Gericht nicht Folge leisten muss, sofern es eine in seinen Augen sachrichtige(re) andere, d.h. der ratio des Einheitsrechts bessere Interpretation begründen zu können glaubt. Dies wird insbesondere bedeutsam, wenn die herangezogene ausländische Entscheidung national geprägt und damit nicht auf der Linie des internationalen

54 BERNHARD GROSSFELD, Kernfragen der Rechtsvergleichung, Tübingen 1996, 111, unter Berufung auf HOLLDACK.

55 In Anlehnung an KRAMER (Fn. 51), 146.

Charakters der Norm zu liegen scheint. Indessen bedarf die Abweichung in jedem Fall einer sorgfältigen Begründung im internationalen Licht.

- Liegt dagegen zu einer Frage eine international ganz überwiegende und damit gefestigte einheitliche Rechtsprechung vor, ist von der Richtigkeitsvermutung der Präjudizien auszugehen und besonders sorgfältig zu überlegen, ob verantwortbar erscheint, den internationalen Entscheidungseinklang zu stören. Von der ausländischen Rechtsprechung ist diesfalls nur abzuweichen, wenn die mit ihr begründete Praxis wertungsmässig geradezu als unvertretbar erscheint.

Diese Grundsätze gelten *mutatis mutandis* auch für die Subsumtion identischer Sachverhalte unter Einheitsrecht. Ein besonderes Problem stellt sich dabei im Bereiche richterlicher Beurteilungsspielräume, namentlich bei der Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe. Als Beispiel diene etwa derjenige der patentrechtlichen Erfindungshöhe. Zwar ist einheitliche Auffassung, dass die Erfindungshöhe (das Nichtnaheliegen) eine Leistung voraussetzt, die den natürlichen Entwicklungsablauf sprengt, den allmählichen Gang des Fortschritts unterbricht und damit dessen Entwicklung auf dem einschlägigen Gebiet erheblich verkürzt, die Technik sprunghaft bereichert («*inventive step*»). Dieser Schritt bedarf indessen der kasuistischen Umsetzung nach dem Massstab des fachmännischen Könnens, dessen Beurteilung weitgehend Tatfrage ist. Dass hier international selbst zur selben zum Patent verstellten Erfindung unterschiedliche Bandbreiten Anwendung finden können, wird zwar auch in Zukunft nicht zu vermeiden sein. Namentlich stellt die schweizerische Praxis traditionell eher hohe Ansprüche an die Höhe des Entwicklungsschritts. Indessen sollte auch hier der Grundsatz hochgehalten werden, dass jedenfalls von mehreren gleichlautenden Präjudizien verschiedener Gerichte über ein bestimmtes Patent ohne Not nicht abzuweichen ist. Es lässt sich kaum schlüssig begründen, dass ein europäisches Patent, das zu einem Bündel nationaler Patente unter harmonisierten Vorschriften führt, in einzelnen Staaten als rechtsbeständig, in andern dagegen unter materiell identischen Parametern als nichtig angesehen wird.

Das internationale Prozessrecht verpflichtet die Gerichte der Vertragsstaaten zunehmend auch auf die Beurteilung im Ausland verwirklichter Sachverhalte, namentlich im Bereich des Deliktsrechts. Worauf soll das Gericht sich hier im rechtsvergleichenden Bezug ausrichten: auf die ausländische oder die eigene Rechtsprechung? Die Frage ist bereits im Ansatz falsch gestellt, weil nicht eine bestimmte staatliche, sondern die richtige einheitsrechtliche Lösung zu suchen ist. Die Rechtsvergleichung steht hier nicht im Dienste der internationalprivatrechtlichen Kollisionsrechts, welches fremdes Sachrecht sachgerecht auszumachen hat, sondern wiederum im Dienste des Einheitsrechts, welches augenfällig nur eine richtige Lösung zur Verfügung stellt. Unbesehen darum, ob ein inländischer oder ausländischer Sachverhalt ansteht, ist daher rechtsvergleichend dieselbe Lösung zu erarbeiten und zur Entschei-

dung zu bringen. Das Gericht hat dafür nicht eine staatliche, sondern eine internationale Brille aufzusetzen, wie sie den Blick einer – hypothetischen – supranationalen Entscheidungsinstanz schärfen würde. Einen ausländischen Sachverhalt nach der von der eigenen abweichenden dortigen Rechtsprechung zu erfassen, mag zwar unter dem Gesichtspunkt der Rücksichtnahme und der Rechtssicherheit vertretbar sein, führt aber zwangsläufig zu einer Re-Nationalisierung und damit zu einer Aufweichung des Gedankens der Rechtsvereinheitlichung.

Unzugängliche oder nur schwer zugänglich Präjudizien sind wertlos und die Recherche in fremden Rechtsbereichen ohnehin aufwendig. Das Postulat der rechtsvergleichenden Auslegung ist daher wirksam nur durchsetzbar, wenn ohne unzumutbaren Aufwand möglich ist, von den zu einer bestimmten Frage des Einheitsrechts ergangenen ausländischen Entscheidungen auch Kenntnis zu nehmen. Die Möglichkeiten dazu sind in amtlichen Entscheidungssammlungen, in Fachzeitschriften und im weltweiten Netz zwar durchaus gegeben, doch fehlt weitgehend eine übersichtliche, systematisch aufgebaute und aktualisierte internationale Präjudiziensammlung in den einschlägigen Bereichen.<sup>56</sup> Hinzu kommen Sprachprobleme, werden erfahrungsgemäss Präjudizien doch verbreitet nur in der eigenen Sprache sachgerecht verarbeitet, weil die fremdsprachigen nur mühsam oder überhaupt nicht zu verstehen sind. Not tut daher eine mehrsprachige systematische Präjudiziensammlung, herauszugeben beispielsweise vom Institut für Rechtsvergleichung in Lausanne. Auch hierzu mag das 2. Protokoll zum Lugano-Übereinkommen als Vorbild dienen, nach dessen Art. 2

- die Vertragsstaaten ein System für den Austausch von Informationen über die Anwendung des Übereinkommens schaffen,
- sie die Entscheidungen ihrer letztinstanzlichen Gerichte sowie andere wichtige Entscheidungen zum Abkommen der Zentralstelle melden,
- diese die Entscheidungen klassifiziert und übersetzt sowie den Vertragsstaaten die einschlägigen Dokumente übermittelt.

## E. Zusammenfassende Auslegungsthesen

- Offenes Staatsvertragsrecht ist vertrauenstheoretisch objektivierend auszuliegen. Historischer oder nationaler Subjektivismus werden seiner Rechtsnatur und Zielsetzung nicht gerecht, ebenso wenig der kontinuierlich gebotenen Rechtsfortbildung, welche über die Rechtsanwendung wesentlich einfacher zu realisieren ist als über die schwerfällige und oftmals unmögliche Vertragsänderung.

<sup>56</sup> Präjudiziensammlungen sind bspw. zum CISG abrufbar, in der Regel aber auf einzelne Staaten oder Sprachen beschränkt; Übersicht bei BRUNNER (Rz. 32), XXXI.

- Rezipierte Primärnormen des EU-Rechts sind nach Massgabe der dazu ergangenen Entscheidungen des EuGH, der Gerichte der Mitgliedstaaten oder schwergewichtig teleologisch auszulegen.
- Nationale Sekundärnormen sind dynamisch vorlagenkonform auszulegen, es sei denn, der tatsächliche oder hypothetische Wille des Gesetzgebers spreche gegen eine integrale Übernahme der Vorlage in das nationale Recht.
- Jedes Auslegungsergebnis ist rechtsvergleichend auf seine Kohärenz mit ausländischen Entscheidungen und Lehrmeinungen zur selben Tat- oder Rechtsfrage zu überprüfen. Abweichungen von ausländischen Präjudizien sind besonders sorgfältig zu begründen, Abweichungen von einer gefestigten, mehrere Vertragsstaaten erfassenden Rechtsprechung tunlichst zu vermeiden.

#### *Zusammenfassung*

Europa hat sich aufgemacht, das Privatrecht zu vereinheitlichen. Die Schweiz will und kann nicht abseits stehen und ist ihrerseits bestrebt, sich europäischen Rechtsvereinheitlichungen und Rechtsharmonisierungen auf staatsvertraglicher Basis anzuschliessen. Ihre Gesetzgebung richtet sie auf das ausländische Umfeld aus, und verbreitet hat sie bereits EU-Recht in nationalen Erlassen autonom nachvollzogen. Rechtsvereinheitlichung kann sich indessen nicht auf die Rechtsetzung beschränken, sondern erheischt auch eine einheitliche Rechtsanwendung. Grundlage dazu ist das auf den internationalen Gleichklang ausgerichtete rechtsvergleichende Auslegungselement.

#### *Résumé*

L'Europe s'est mise en marche vers l'unification du droit privé. La Suisse ne veut pas et ne peut pas rester à l'écart et s'efforce de son côté de s'associer aux uniformisations et aux harmonisations du droit européennes sur la base de traités. Sa législation s'aligne sur l'environnement étranger et elle a déjà introduit fréquemment de manière autonome du droit de l'UE dans des actes nationaux. Cependant, l'uniformisation du droit ne peut pas être limitée à la législation, mais exige aussi une application uniforme du droit. La base en est l'élément d'interprétation de droit comparatif orienté vers l'harmonisation internationale.