

Dr.iur.ArnoldF.Rusch

MethodenundZielederRechtsvergleichung

DernachfolgendeAufsatzesetzt sich mit der Methode, den Zielen, den Anwendungen und Problemender Rechtsvergleichung auseinander. Die Rechtsvergleichung bezweckt, Unterschiede zwischen Rechtsordnungen sowie deren Gemeinsamkeiten festzustellen und zuwerten. Es zeigt sich, dass die Rechtsvergleichung unerwartet viele Anwendungen kennt und auf ein wachsendes Interesse stößt, als «Königsdisciplin» jedoch auch einige Ansprüche an die mit ihr befassten Juristinnen und Juristen stellt.

Inhaltsübersicht

- 1. Problemstellung
- 2. Definition und Abgrenzung der Rechtsvergleichung
- 3. Ziele und Anwendungsbereich der Rechtsvergleichung
- 4. Form der Rechtsvergleichung: Mikro- und Makrovergleichung
- 5. Methoden der Rechtsvergleichung
 - a. Fragestellung
 - b. Wahl der zu vergleichenden Rechtsordnungen
 - c. Erfassung und Auslegung des zu vergleichenden Rechts
 - d. Bildung einer Systematik
 - e. Analyse und Wertung der Unterschiede und Gemeinsamkeiten
- 6. Schlusswort

Literatur

1. Problemstellung

[Rz1] Das Interesse an ausländischen Rechtsordnungen und an internationalen Fragestellungen im Recht ist so gross wie nie zuvor. Aufgrund der Anforderungen der vernetzten Wirtschaft und Gesellschaft sind vertiefte Kenntnisse fremder Rechtsordnungen und deren Vergleich mit inländischem Recht unerlässlich. Viele juristische Werke – von kürzeren Aufsätzen über Dissertationen bis hin zu Habilitationsschriften – bedienen sich deshalb als Argumentationshilfes der Rechtsvergleichung oder widmen sich vollumfänglich rechtsvergleichenden Studien. Für Juristinnen und Juristen in Ausbildung und Beruf ist es dabei immer empfehlenswert, sich vorgängig über Wesen, Sinn und Zweck der Rechtsvergleichung Gedanken zu machen. Dernach folgende Aufsätze nimmt dieses Anliegen auf und verfolgt die Absicht, Methoden und Ziele der Rechtsvergleichung zu erläutern und auf die wichtigsten Probleme hinzuweisen.

2. Definition und Abgrenzung der Rechtsvergleichung

[Rz2] Der Fokus dieses Aufsatzes liegt auf der sogenannten *funktionellen Rechtsvergleichung*. Diese ist zu unterscheiden von der *Auslandsrechtswissenschaft*. Die funktionelle Rechtsvergleichung knüpft an eine gesellschaftliche Problemanwendung vergleichend die verschiedenen Lösungen in den Ländern sowie deren Wirksamkeit miteinander. Die Auslandsrechtswissenschaft hingegen verfasst gleichsam «Länderberichte» zu verschiedenen Problemkreisen, ohne diese direkt miteinander zu vergleichen. Die Auslandsrechtswissenschaft deshalb *normbezogen und deskriptiv* vor, während die funktionelle Rechtsvergleichung die *auf die Funktion des Rechts und die Probleme bezogene* Methoden darstellt.¹ Auslandsrechtswissenschaft und Rechtsvergleichung grenzen sich zwar von einander ab. Die Rechtsvergleichung bedingt aber die vorgängige Betätigung in der Auslandsrechtswissenschaft, denn die wichtigste Voraussetzung des Vergleichs ist die Kenntnis der eigenen und des ausländischen Rechts.²

[Rz3] Umstritten ist, ob die *Bewertung* oder die *Kritik* der verschiedenen Rechtsordnungen anhand des Vergleichs noch Teile der Rechtsvergleichung ist oder bereits Teile einer weiteren Disziplin – der *Rechtskritik* – darstellt.³ In dieser Arbeit soll endgültig die Bewertung und Kritik Teil der Rechtsvergleichung sein. Wer vergleicht, kann meine Bewertung

derverglichenen Rechtssystem kaum umhin. Dies ist auch nicht notwendig, denn die Rechtsvergleichung befähigt zu einer fundierten Kritik. Ohne Zweifel ist aber eine nicht wertende Rechtsvergleichung möglich.⁴ Diejenach Sichtweise zweier oder dreier vorgestellten Disziplinen ergänzen und bedingen jedenfalls einander: Die Auslandsrechtskunde schafft die Grundlage der Rechtsvergleichung, die wiederum die Grundlage der wertenden Rechtskritik bildet.

[Rz4] Nicht jeder Bezug zu einer oder mehreren ausländischen Rechtsordnungen bedeutet Rechtsvergleichung. Juristische Werke, die das Recht nur eines fremden Landes beschreiben, sind lediglich deskriptiver Natur und damit Teil der Auslandsrechtskunde (beispielsweise eine Monographie über den Grundstückskauf in der Türkei). Auch die Gesamtschau verschiedener ausländischer Rechtssysteme (sog. *Synopsis* bzw. *synoptisches Werk*; beispielsweise die Erfassung des Schadenersatzes in verschiedenen europäischen Staaten) fällt noch nicht unter die Kategorie der rechtsvergleichenden Werke, wenn sie lediglich beschreibenden Charakter hat und Vergleiche fehlen.⁵ Ebenfalls nicht zum Feld der Rechtsvergleichung gehören Werke über das Kollisionsrecht (internationales Privatrecht) und inter- oder supranationale Rechtssysteme (z.B. internationales Handelsrecht, Völkerrecht).⁶ Dies bedeutet jedoch nicht, dass derartige Rechtssysteme nicht auch miteinander verglichen werden können.

3. Ziele und Anwendungsbereich der Rechtsvergleichung

[Rz5] Rabel brachte das Ziel der Rechtsvergleichung auf den Punkt: «Der Name ihres Ziels heisst einfach: *Erkenntnis*.»⁷ Ähnlich sehen Zweigert/Kötzen-Zweck der Rechtsvergleichung in der *Erforschung der Wahrheit*.⁸ Erkenntnis und Wahrheit als solches sind zweckfrei. Es ist deshalb auf die konkreteren Ziele, d.h. die Anwendungsbereiche einzugehen. Wo zu dies durch Rechtsvergleichung gewonnene Erkenntnis und die Wahrheit dienen können, ist leicht zu erkennen.

[Rz6] Die Rechtsvergleichung dient der Verbesserung des eigenen und fremden Rechts durch Analyse ihrer jeweiligen Wirksamkeit. Damit ist sie nützlicher Bestandteil der Prozesse *der Gesetzgebung, der Gesetzes harmonisierung und der Rechtsvereinheitlichung*.⁹ Die Rechtsvergleichung schafft aber auch eine Entscheidungsgrundlage für den Gesetzgeber, der nicht die Harmonisierung, sondern eine bewusst *eigenständige rechtliche Normierung* sucht, um sich im Wettbewerb um das bessere Rechtssystem einen Standortvorteil zu verschaffen.¹⁰ Der Blick über die Grenzen hilft dem inheimischen Gesetzgeber beider Schaffung eines neuen Gesetzes, beider Verbesserung eines bestehenden Gesetzes und beider Anpassung bestehender Gesetze an Vorgaben des übergeordneten Rechts. Das fremde Recht kann nach Ergebnissen der rechtsvergleichenden Analyse als Vorbild oder als negatives Beispiel dienen. Im direkten Vergleich mit EU-konformem Länderrecht Deutschlands ist beispielsweise festzustellen, ob die schweizerische Gesetzgebung denselben Schutz bietet, da eine EU-Richtlinie fordert. Anhand der Rechtsvergleichung erarbeiten Juristen auch Modellgesetze und sogenannte *restatements*, die dann nationalen oder supranationalen Gesetzgebern als Vorlage für eine künftige Rechtsvereinheitlichung dienen.¹¹

[Rz7] Die Rechtsvergleichung, die zur Übernahme fremden Rechts führt, findet damit aber noch kein Ende. Übernommenes Recht – in der Schweiz ist beider Übernahme europäischen Rechts der Terminus *autonom nachvollzogenes Recht* gängig – bedarf beider Auslegung im Alltag wiederum der Rechtsvergleichung, um die Ziele der Übernahmen nicht zu vereiteln. Diese Art der Rechtsvergleichung hat eine vorgegebene Richtung – sie erfolgt bei aus Europa übernommenem Recht auf europäische Weise. Auch das Auslegungsziel ist bekannt: Es sollte eine weitestgehende Übereinstimmung mit der europäischen Praxis erzielt werden.¹²

[Rz8] In *didaktischer und wissenschaftlicher Hinsicht* stellt die Rechtsvergleichung gleichermassen die Königsdisziplin dar. Nur wer die eigene Rechtsordnung verstanden hat, kann diese mit dem fremden Recht vergleichen. Die Kenntnis und der Vergleich verschiedener Rechtsordnungen föhren zu einer Erweiterung des Denkhorizontes und einer Hinterfragung der bekannten Lösungsansätze.¹³ Wer in Übung einen Sachverhalt anhand mehrerer Rechtsordnungen analysiert – diese induktive Methode wird auch in der Rechtsvergleichung *methodisch* genannt – gewinnt aufgrund der daraus resultierenden Ergebnisse einen kaum zu überbietenden Einblick in die Grundgedanken und Wertungen nationalen Gesetzgebers.¹⁴ In gerichtlichen Urteilen und wissenschaftlichen Arbeiten wie z.B. Dissertationen dient die Rechtsvergleichung als Argumentationsstütze, wenn zum eigenen Recht zuwenig Literatur oder Präjudizien vorhanden sind bzw. im Inland noch unbekannte rechtliche Tatbestände Gegenstand der Analyse bilden.¹⁵

[Rz9] Auch die *Lückenfüllung* im Sinne von Art. 1 ZGB weist einen Bezug zur Rechtsvergleichung auf. Die Rechtsvergleichung wird dabei nicht explizit als Methode genannt. Das Gericht hat nach *Gewohnheitsrecht* oder nacheiner *eigenen* Norm zu entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde. Dabei muss es die *bewährte Lehre und Überlieferung* folgen (Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB). Das Gewohnheitsrecht und die bewährte Lehre und Überlieferung können durchaus auch im Ausland gefunden werden, wobei vorgängig abzuklären ist, wie genau die erfassten Sachverhalte und deren rechtliche Lösung mit denheimischen Lücken vergleichbar sind. Auch hier kommt Rechtsvergleichung zur Anwendung.¹⁶ Nichtsspricht dagegen, dass sich das Gericht bei der Aufstellung der eigenen Norm mittels Rechtsvergleichung inspirieren lässt und dadurch eine überzeugende Norm findet, die es auch als Gesetzgeber aufstellen würde.¹⁷ In Rz. 6 wurde gezeigt, dass auch der Gesetzgeber bei der Schaffung neuer Normen sich des Instruments der Rechtsvergleichung bedient. Auch die schweizerische Bundesgericht hat in einem neueren Entscheid deutlich festgehalten, dass bei der Lückenfüllung gemäss Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB in diversen Bereichen rechtsvergleichende Überlegungen notwendig sind: «Namentlich im traditionell grenzüberschreitenden Rechtsverkehr lässt sich über diese eines sachgerechte Rechtsfindung und damit auch Lückenfüllung ohne rechtsvergleichende Grundlagen nicht verwirklichen (...). Dies gilt besonders, wo sich vor dringlich wirtschaftspolitische Fragen stellen und darauf zuachten ist, dass durch einen isolationistischen Rechtszustand weder Privilegierungen noch Diskriminierung auf dem internationalen Markt begründet werden...».¹⁸

[Rz10] Im *Berufsalltag* des praktizierenden Juristen ist Rechtsvergleichung ebenfalls notwendig und nützlich. So kann die Qualifikation beider Anwendung des internationalen Privatrechts nicht nur *lege artis*, sondern auch anhand einer rechtsvergleichenden Interpretation geschehen.¹⁹ Erst wenn Rechtsvergleichung gibt Aufschluss darüber, ob dem ausländischen Recht weg einer Verletzung des *ordre public* die Anwendung zu versagen ist (Art. 17 IPRG).²⁰ Im Rahmen der Anwendung kollisionsrechtlicher und anderer Staatsverträge ist neben üblichen Auslegungsmethoden (grammatische, systematische, historische, teleologische Interpretation) auch die rechtsvergleichende Auslegung angezeigt.²¹ Bei Verhandlungen mit ausländischen Anwälten ist es überdies nicht immer möglich, das inländische Konzept oder Rechtsinstitut anzuwenden, weil es in dieser Form beispielweise nur in der eigenen Rechtsordnung existiert.

[Rz11] Tatsächlich ist aber nicht nur der Jurist rechtsvergleichend tätig, sondern jede Person, die in einem rechtlichen Hinsicht optimalen Standort für ihre Tätigkeit und ihr Lebenssinn und deswegen entsprechende Vergleiche anstellt. Die Kenntnisse über fremdes Recht und Vergleiche zu inländischen Rechten möglicherweise steinen *funktionsfähigen Wettbewerb um das bessere Rechtssystem*.²² Es mögen verkürzte Fragestellungen und unzulängliche Methoden sein, aber im Kern ist es die Rechtsvergleichung. Sogar Verbrecher sind rechtsvergleichend tätig: Verbrecher auf der Flucht vergleichen Auslieferungsrechte verschiedener Staaten und suchensich dasjenige Land aus, welches sie nicht wieder anden Begehungsstaat zur Bestrafung ausweist. Vielleicht war auch der berühmte englische Posträuber *Ronald Biggs* ein passionierter Rechtsvergleicher: Ersuchte nach der Flucht ein sicheres Refugium und fand es in Brasilien, wo er während mehr als dreißig Jahren unbekannt lebte. Nach mehreren Schlaganfällen ergab möglicherweise eine erneute Rechtsvergleichung, kombiniert mit einer ökonomischen Analyse – dies mal der Gesundheitswesen –, dass England trotz aller Strafrechtlicher Repressalien der bessere Ort für eine kostenlose Spitalpflege sein könnte, worauf er im Jahre 2001 wieder nach England zurückkehrte.²³ Auch derartige, nicht ganz ernst gemeinte Beispiele basieren auf einem Vergleich des Rechts.²⁴

[Rz12] Die geschichtliche Analyse des Rechtsbediens ist ebenfallsteilweise der Methoden der *Rechtsvergleichung*.²⁵ Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung stehen in einem spannenden Wechselverhältnis zueinander.²⁶ Rechtsvergleichung ist nicht nur zwischen verschiedenen nationalen Rechtsordnungen möglich, sondern auch zwischen selben Rechtsordnungen zu verschiedenen Zeiten. Zudem kennt das Abhandlungszur Rezeption vieler Institute des römischen Rechts in der Schweiz und in Deutschland oder zum Wande eines Rechtsinstituts im Laufe der Zeiten. Die Unterschiede zwischen römischem Privatrecht und geltendem Obligationenrecht und Zivilgesetzbuchs sind nicht nur, aber auch anhand einer Rechtsvergleichung festzustellen und liefern Erkenntnisse über die Herleitung und Entstehung des geltenden Rechts. Doch nicht nur beim Vergleich des geltenden Rechts mit seinem historischen Ursprung sind Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte notwendig: Auch die Rechtsvergleichung gilt der Systemebene basiert auf der Kenntnis und dem Verständnis der zu vergleichenden Regelungen. Die umfassende Gesetzesauslegung, die zu diesem Verständnis führt, berücksichtigt die Entstehungsgeschichte der zu vergleichenden Gesetze und bedient sich dann ebenfalls der Rechtsgeschichte. Die historische Auslegung ist folgerichtig eine anerkannte Methode der Gesetzesauslegung.²⁷

4.FormenderRechtsvergleichung:Mikro-undMakrovergleichung

[Rz13] Mikro-undMakrovergleichungsindzweiFormenderRechtsvergleichung.Die *Makrovergleichung*befasst sichmitdenallgemeinenFormen,Methoden,DenkweisenundProblemlösungsmechanismeneinzelnere Rechtsordnungenundvergleichtdiesemiteinander.²⁸ Die *Mikrovergleichung*hingegenbeschränkt sichaufden VergleicheinzelnereProblemeundRechtsinstituteverschiedenerRechtsordnungen.²⁹

[Rz14] DieseUnterscheidungzwischenMikro-undMakrovergleichungistselbstverständlich.Weniger selbstverständlichist,dassdieBetätigungsfelderderserVergleichsformentrotzklarerDefinitionnurschwierigzu trennensind.³⁰ AuchbeiderMikrovergleichungistesnotwendig,dasganzeUmfeldzuanalysieren,alsoauchdas dazugehörigeUmfeldinanderenrechtlichenundgesellschaftlichenBereichen.Diesistzugleichder Berührungs punktderRechtsvergleichungmitderRechtssoziologie.AlleFaktoren,welchedieLösungeines rechtlichenProblemsineinemLandbeeinflussen,müssenberücksichtigtwerden.DiesistGegenstandder Rechtssoziologie,diediewechselseitigenEinflüsseundWirkungenzwischenRechtundGesellschaftanalysiert. Diese *gesamtheitlicheSchau* erhält durchdierichtigeFragestellungineingenaugenFokus.AufdiesesProblemist nachfolgendeinzugehen.

31

5.MethodederRechtsvergleichung

a.Fragestellung

[Rz15] EinesinnvolleRechtsvergleichungbeginntmitderrichtigenFragestellung.JedeRechtsordnungkenntihre eigeneSystematikundihrerthreeigenenBegriffe.EinVergleichgleichnamigerRechtsinstituteverschiedener RechtsordnungenbirgtinhohesFehlerpotential,weildiejeweiligenRechtsordnungenaufunterschiedlichen KonzeptenbasierenkönnenoderdenrelevantenProblemkreissystematischandersregeln.Esistdeshalb empfehlenswert,sichfürdieRechtsvergleichungvondenjuristischenBegriffenzulösenunddasihnzugrunde liegendeProblemzubezeichnen.³² GegenstandderRechtsvergleichungbildetdannein *Sachverhalt*oder einabstrakt beschriebenes *Problem*.

[Rz16] DieinRz8erwähnte *casemethod*,welchedierechtlichenLösungeneineskonkretenSachverhaltsinzwei odermehrerenRechtsordnungenvergleicht,eignetsichaufgrundihrerAnschaulichkeitbesondersfürdiejuristische AusbildungimRahmenvonÜbungenundVorlesungen.³³ DadieRechtsvergleichunganhandder *casemethod* gestützt aufeinenpraktischenLebenssachverhaltvorgeht,stellt sichdasProblemderrichtigenFragestellunggar nicht.Problemeergebensichnur,wenndieimSachverhaltbeschriebenenVorgängesich faktisch nicht in allen Rechtsordnungeneignenkönnen.

[Rz17] *WissenschaftlicheForschungsarbeiten* hingegenformulierendieFragestellungenmeistlosgelöstvoneinem konkretenSachverhalt.DasaufdieseWeiseabstraktformulierteProblemlautetdannetwa: Wieschützenzwei verschiedeneLänderihreEinwohnervorgefährlichenProduktenwiez.B.mangelhaftenAutos?DerVergleichzeigt, dassdaseineLanddenausgleichendenSchutzmittelseiner verschuldensunabhängigenMängel-undProdukthaftung gewährtundine VersicherungspflichtauföffentlichrechtlicherBasiseinführt,währenddasandereLandne staatlicheTestbehördegründet,diedieAutosperiodischeingehendprüftundbeinegativemErgebnis dieBenützung desAutosuntersagt.DiefalseFragestellunghättegelautet: WieregelndiebeidenLänderdieProdukthaftungfür Autos?EinausschliesslicherVergleichderprivatrechtlichenProdukthaftunghätteergeben,dassdaseineLandden Schutznurunzulänglichwahrnimmt.EinegesamtheitlicheBetrachtungundBewertunghingegenkommt möglicherweise zumSchluss,dassbeideLänderjenachihremStaatsverständnisundihrerLebensart eineadäquate undfunktionierendeLösunggefundenhaben.DiesesBeispielzeigt,dassbeiderRechtsvergleichungimmerdas ganzeRechtssystem undalle gesellschaftlichenUmstände miteinbezogenwerdenmüssen.³⁴ Einereine MikrovergleichungoderBeschränkungenaufeinRechtsgebietoderRechtsinstitutführenzueinemhöheren FehlerpotentialinderAnalyseundWertung.Dasfolgende,konkreteBeispielgehtvertieftaufdiesesProblemein.

[Rz18] Wer dasSchweizerausservertraglicheHaftpflichtrecht mit dem System derUSA auf die Unternehmerfreundlichkeit hinvergleichen will,kannnicht einfach Art.41ff.OR mit dem tortlaw der USA

vergleichen. Während die auf das Privatrecht beschränkte Rechtsvergleichung zwar einen Teil der Unterschiede feststellen kann, bedarfssicher die Deutung der Unterschiede auch eine Blicke ins Prozessrecht und die gesellschaftlichen Realitäten. Die Fragestellung muss deshalb lauten: Welchen Ausgleich sehen die USA und die Schweiz für Schäden vor, dies in nicht im Rahmen eines Vertragsverhältnisses eintreten? Der rechtsvergleichende Schweizer Unternehmer, der die Ausweitung des Geschäftsfelds in die USA plant, muss sich zusätzlich nach dem Zweck der Rechtsvergleichungsfragen: Wo sind die möglichen Ansprüche gegen mein Unternehmen höher? Bekannt sind auch die inheimischen Betrachter die amerikanische Klagewut und die unglaubliche Höhe des in den USA zugesprochenen Schadenersatzes. Dies ist jedoch noch keine vollständige Rechtsvergleichung. Eine umfassende Betrachtung muss zwingend andere Rechtsgebiete wie z.B. das Verfahrensrecht, die fremde Auslegungsmethode und sogar außerrechtliche Phänomene mit berücksichtigen, um eine sinnvolle Antwort auf die eingangs gestellten Fragen zu finden. Im Verfahrensrecht findet der rechtsvergleichende Jurist nicht nur die Verjährungsregeln, die sich in der Schweiz im OR befinden, sondern weitere Eigenheiten, die den privatrechtlichen Anspruch stark beeinflussen.³⁵ Es zeigt sich, dass in den USA keine separate Genugtuung (Art. 47 und 49 OR) oder Gewinnabschöpfung zugesprochen werden. Die obsiegende Partei erhält über die Prozess- und Anwaltskosten grundsätzlich nichts (so genannte *american rule*). Allegierte Positionen bilden in den USA Teile des Schadenersatzes oder sind aus diesem zu bezahlen.³⁶ Die Abschreckung durch die in der Schweiz drohende Prozessentschädigung im Falle des Prozessverlusts fällt dadurch weitestgehend weg.³⁷ Es spielt deshalb keine Rolle, ob zu viele Personen eingeklagt werden.³⁸ Der Schadenersatz kann in den USA mittels des Instituts der *punitivedamages* durch eine fast beliebige Vervielfachung nebst dem Ausgleich enden, eine Strafe unterziehen und Charakter erhalten. Dies schafft einen Anreiz zur Klage auch bei kleinen, aber als verwerlich empfundenen Schädigungen.³⁹ Derartige Strafzahlungen sind in der Schweiz unbekannt. Ein weiterer, in der Praxis relevanter Unterschied im Verfahrensrecht ergibt sich dadurch, dass sich in den USA unzählige Opfer auch kleiner Schädigungen, die in der Schweiz *defacto* ungeahndet bleiben, zu einer mächtigen Klägergruppe zusammen schliessen können. Dieses gemeinsame Vorgehen gegen einen Schädiger oder eine Gruppe von Schädigern folgt mittels einer Schweiz nicht möglichen *Sammelklagen* (*plaintiff or defendant class action; aktive oder passive Sammelklage*).⁴⁰ Auch die Mandatierung eines Anwalts spielt bei dieser Rechtsvergleichung eine Rolle: Wollender Kläger oder die Klägergruppe den Anwalt nicht nach Aufwand honorieren (weil es möglicherweise gar kein Geldhaben oder keines für den Prozess aufwenden möchten), können sie ein Erfolgshonorar verabreden, wonach der Anwalt nur bei einer erfolgreichen Erledigung des Prozesses einen Teil des ertrittenen Schadenersatzes bekommt (sogenannte *contingency fee* oder *contingent fee*).⁴¹ Dieses *pactum de quotalitis*, welches die Hemmschwelle für eine Klage zusätzlich senkt, ist den Anwälten in der Schweiz standesrechtlich untersagt.⁴² Wiederum gerät in Vergessenheit, dass immerinstanzlichen Prozessmeister eine *jury* (Gruppe von Geschworenen) entscheidet, die sich als Gruppe juristischer Laien unter anderem aufgrund des *deep pocket*-Gedankens herzuholen Schadenersatz zusprechung gegen geringe Betrag Unternehmungen hinreissen lässt, während erfahrene Richter im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens den Betrag meist wieder massiv kürzen.⁴³ Die relevanten Verfahren in der Schweiz nehmen kaum in einer Art überraschenden Verlauf. Die rechtssociologische Analyse zeigt sodann, dass die Amerikaner keine Berührungsängste gegenüber Gerichten und Prozessen haben und sich in der Freizeit und vorm Fernseher sogar stark dafür interessieren.⁴⁴ Fernseh-Gerichtsshows wie *Judge Judy* und *Judge Joe Brown* oder auf direkte Gerichtsberichterstattung spezialisierte Fernsehkanäle wie *Court TV* sind beliebt.⁴⁵ Dies schafft möglicherweise eine Vertrautheit mit dem juristischen Streit, die von einem Heer von Anwälten in Werbung und Inseraten weiter kultiviert wird.⁴⁶

[Rz19] Die grundsätzlichen Folgerungen für die Rechtsvergleichung sind deshalb klar: Die Fragestellung muss das dem Gesetz zugrundeliegende Problem betreffen. Dessen rechtliche und tatsächliche Lösung als Vergleichsmaterial muss in der ganzen Rechtsordnung und allen gesellschaftlichen Phänomenen der zu vergleichenden Rechtsordnungen gesucht werden.

b. Wahl der zu vergleichenden Rechtsordnungen

[Rz20] Nebstderrichtigen Fragestellung als Grundlage der Rechtsvergleichung spielt auch die Auswahl der zu vergleichenden Rechtssysteme eine wichtige Rolle. Die Auswahl geeigneter Rechtssysteme bedingt die vorgängige Beantwortung der Frage, was die Rechtsvergleichung im konkreten Fall überhaupt bringen soll. Wer Ziellos vergleicht oder Rechtsvergleichung als Selbstzweck betreibt, verliert sich in einer Zeit intensiven Aufgabe und gewinnt statt wertvoller Erkenntnis unter Umständen nur einen Wust an nutzlosem Wissen.⁴⁷ Die Rechtsvergleichung folgt fokussierter, wenn vorgängige eine These aufgestellt wird, die anhand der Rechtsvergleichung unterstützt oder verworfen werden soll. Dies geschieht dadurch, dass bekannte Rechtsinstitute

oder Phänomene ausländischen Rechtsordnungen, die die Argumentationsstützen oder Schwächen, zum Vergleich herangezogen werden.

[Rz21] In den einfacheren Übungsfällen und Seminararbeiten an Universitäten wirdendie zu vergleichenden Rechtsordnungen direkt vorgegeben. Bei den rechtsvergleichenden Auslegung von Bestimmungen in Staatsverträgen und im IPRG sind die vom internationalen Rechtsverhältnis betroffenen Rechtsordnungen ebenfalls schnell bestimmt. Geht es hier um die freie Analyse der Rechtslage, die Auslegung, die Lückenfüllung im Gesetz oder um die Schaffung von neuen Gesetzen mit Hilfe der Rechtsvergleichung, so ist die Wahl der Möglichkeiten zum Vergleich geeigneten Rechtsordnungen bedeutend schwieriger. Grundsätzlich lässt sich die eigene Rechtsordnung mit allen Rechtsordnungen der Welt vergleichen. Dies würde aber zu viel Zeit in Anspruch nehmen. Eine Einschränkung auf geeignete Rechtsordnungen ist deshalb unbedingt empfehlenswert.

[Rz22] Zweigert/Kötz empfiehlt grundsätzlich die Rechtsvergleichung mit den sogenannten *Mutterordnungen* unter Weglassung der Nachahmungen (Tochterrechte).⁴⁸ Dieser Grundsatz passt nicht in allen Fällen und geht von der Prämisse aus, dass die Mutterrechte eine höhere Qualität und Originalität aufweisen. Diese Kriterien sind jedoch nicht immer relevant. Zuerst ist es wichtig, die *internationale Bedeutung einer Rechtsordnung*, sei dies gesamthaft oder lediglich auf gewisse Rechtsgebiete bezogen. Ein Vergleich mit einer *dominanten Rechtsordnung* liefert jenach Fragestellung und Zweck der Rechtsvergleichung vielleicht wertvollere und nützlichere Erkenntnis, auch wenn die dominante Rechtsordnung als nicht originell oder qualitativ hochstehende eingestuft wird.

[Rz23] Häufig kommt es daher darauf an, dass die durch Rechtsvergleichung mittelte Lösung oder Idee auch *systematisch* zu eigenen Rechtsordnungen passt. Zur rechtsvergleichenden Auslegung von einzelnen Problemen und Lücken sind deshalb die *verwandten Rechtssysteme* geeignet, die eine ähnliche Gesetzesystematik kennen. Derartige Einteilungen in Rechtskreise, Rechtsfamilien und Rechtsgruppen finden sich entlang der historischen, politischen und geographischen Entstehungs- sowie entlang des Stils, der Anleihe, der Übernahme, des Transfers oder der Rezeption⁴⁹ der jeweiligen Rechtsordnungen.⁵⁰ Eine grobe und gebräuchliche Einteilung erfolgt in die Systeme von *civil law* und *common law* und innerhalb des *civil law* in Familiengermanischen und romanischen Rechts.⁵¹

[Rz24] Bei verwandten Systemen ist es auch möglich, im Rahmen der rechtsvergleichenden Lückenfüllung das *ausführlichere Recht* zu betrachten. Wer beispielsweise im ZGB eine Lücke entdeckt, vergleicht die Rechtslage mit dem deutschen BGB, welche eine ähnliche Systematik aufweist und viele mögliche Situationen entweder explizit oder zumindest eingehender regelt als das schweizerische ZGB. Es ist gut möglich, dass das BGB im ZGB nicht erwähnte Varianten eines Problems explizit regelt.

[Rz25] Ein nicht zu unterschätzendes Problem bei der Wahl der zu vergleichenden Rechtsordnungen sind die Sprachkenntnisse des vergleichenden Juristen. Wer die Sprache des fremden Rechts nicht versteht, ist angesichts der Schwierigkeit der juristischen Übersetzung gut beraten, sich auf den Vergleich von Rechtsordnungen zu beschränken, die in einer ihm vertrauten Sprache verfasst sind.⁵²

[Rz26] Dass dies nicht nur theoretische Überlegungen sind, sei an den folgenden, von Schwenzer/Müller-Chen im Vorwort ihrer rechtsvergleichenden Studie angestellten Erwägungen zur Auswahl der Rechtsordnung dargestellt: «Das vorliegende Buchwendet sich an deutschsprachigen Leserkreis. Aus dem deutschen Rechtskreis werden deshalb jeweils das deutsche, schweizerische und österreichische Recht dargestellt. Das französische Recht wird als Mutterrechtsordnung des romanischen Rechtskreises, das englische Recht als Mutterrechtsordnung des anglo-amerikanischen Rechts sowie das US-amerikanische Recht wegen seiner weitgehend eigenständigen Entwicklung und Bedeutung in der heutigen internationalen Rechtspraxis behandelt. Außerdem wird – soweit vorhanden – in den jeweiligen Themenkreis ein einschlägige Einheitsrecht mit einbezogen. Auf die Darstellung anderer Rechtsordnungen, wie namentlich Italien und Skandinavien, musste schon wegen der damit für die meisten Leserinnen und Leser verbundenen sprachlichen Probleme verzichtet werden.»⁵³

c. Erfassung und Auslegung des zu vergleichenden Rechts

[Rz27] Das fremde Recht darf nicht aus der Sicht und dem Sprachverständnis des ausländischen Juristen analysiert werden. Der rechtsvergleichende Jurist interpretiert das fremde Recht anhand der ihm eigenen Auslegungsmethoden. Er berücksichtigt und analysiert die zum fremden Recht existierenden Rechtsquellen (Gesetzestexte, Präjudizien,⁵⁴

juristische Literatur). Dabei ist – wie bereitserwähnt – immer vor Augen zu halten, dass gleichlautende Begriffe oder gleich übersetzte Begriffe nicht dasselbe bedeuten müssen.⁵⁵ Die Übersetzung des fremdsprachigen Vergleichsrechtssteinerster, aber tückenreicher Schritt zur Rechtsvergleichung. Die Übersetzung – als Prozess und als Resultat – enthält immer auch eine Auslegung.⁵⁶ Eine juristische Übersetzung ist häufig nicht möglich, weil gewisse Wörter, Sachen, Rechtsinstitute oder Situationen nur in einer Rechtsordnung tatsächlich oder sprachlich existieren oder eine andere Bedeutung haben.⁵⁷

d.BildungeinerSystematik

[Rz28] Erst nach derrichtigen Formulierung der Fragestellung, der Auswahl der geeigneten Vergleichsrechtsordnungen und der Erfassung des relevanten Stoffes durch die Recherche beginnt die eigentliche Rechtsvergleichung. Beigrösseren Arbeiten wie z.B. Dissertationen kann auch ein vorangestellter Länderbericht von grossem Nutzen sein.⁵⁸ Die rechtsvergleichende Arbeit kann sich jedoch nicht darin verschärfen, in der ersten Hälfte der Arbeit das eine, in der zweiten Hälfte das andere Recht zu beschreiben und am Schluss ein paar Worte zu den Unterschieden zu verlieren. Anhand einer auf beide Rechtsordnungen passenden Systematik sind vielmehr die Unterschiede herauszuschälen. Diese Systematik basiert – analog zu oben dargestellten *casemethod* – möglicherweise auf tatsächlichen Anwendungsfällen oder abstrakt formulierten Einzelproblemen.⁵⁹ Wiederum ist es wie bei der Fragestellung⁶⁰ nicht empfehlenswert, die Systematik analog zur Gesetzesystematik zu wählen.⁶¹ Vielmehr soll sich die Systematik an dem Gesetz zugrundeliegenden Problemen orientieren.

e.Analyse und Wertung der Unterschiede und Gemeinsamkeiten

[Rz29] Die herausgeschälten Unterschiede und Gemeinsamkeiten sind dann zu analysieren und jedenach Fragestellung auf ihre Bedeutung zu überprüfen. Dabei muss enden die Gründe der Unterschiede nicht immer im rechtlichen Bereich liegen.⁶² Die Rechtssoziologie und die Rechtsgeschichte helfen, die Unterschiede zu erklären. Es kann sich aber auch zeigen, dass die festgestellten rechtlichen Unterschiede im Alltagsleben keine Rollen spielen, weil beispielsweise Sitte, Religion oder Moral das im eigenen Land rechtlich geregelte Verhalten gar nicht zu lassen oder anderweitig korrigieren. Beschränkung der Analyse und ein enger Fokus auf das Recht oder Privatrechts sind deshalb fehl am Platze, wenn die Wertung und die Kritik seriöser folgen sollen.

6.Schlusswort

[Rz30] Die Überlegungen zeigen, dass Rechtsvergleichung einerseits sehr anspruchsvoll ist, viel Zeit benötigt und nur dann Sinn macht, wenn sie mit derrichtigen Methoden angegangen wird. Rechtsvergleichung bringt Erkenntnis. Auch wenn Erkenntnis als solche immer wünschenswert ist, ist vor Rechtsvergleichung um der Rechtsvergleichung willen zu warnen. Wir die Rechtsvergleichung nicht umfassend vorgenommen, ist sie möglicherweise fehlerhaft. Wir sie umfassend vorgenommen, können der Jurist und insbesondere der juristische Doktorand das akademische Fuder leicht überladen.

Literatur

Amstutz Marc, Interpretation multiplex, in: Honsell Heinrich/Zäch Roger/Hasenöhler Franz/Harrer Friedrich/Rhinow René (Hrsg.), Privatrecht und Methode, Festschrift für Ernst A. Kramer, Basel 2004, S. 67ff.; Ancel Marc, Utilité et méthodes du droit comparé, Neuenburg 1971; Bernasconi Christophe, Der Qualifikationsprozess im internationalen Privatrecht, Diss. Freiburg 1997 = Schweizer Studien zum internationalen Recht, Band 101, Zürich 1997; Brand Oliver, Grundfragen der Rechtsvergleichung – ein Leitfaden für die Wahlfachprüfung, JuS 2003, S. 1082ff.; David René/Jauffret-Spinosi Camille, Les grands systèmes de droits contemporains, 11. A., Paris 2002; Dörig Adrian, Anerkennung und Vollstreckung US-amerikanischer Entscheidungen in der Schweiz, Diss. St. Gallen 1998 = St. Galler Studien zum internationalen Recht, Band 23; Dürr David, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, I. Band Einleitung – Personenrecht, 1. Teilband, Art. 1–7 ZGB, Kommentar zu Art. 1 ZGB, Zürich 1998; Fögen Marie Theres, Einleitung/Rechtstransfer, Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte, Rg 7 (2005), S. 12 und 38ff.; Furrer Andreas/Girsberger Daniel, Kurzer Leitfaden zur Erstellung einer Dissertation, iusfull 3/2003, S. 136ff.; Grossfeld Bernhard,

KernfragerRechtsvergleichung,Tübingen1996(zitiert:Grossfeld,Kernfragen); GrossfeldBernhard, Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung,Tübingen1984(zitiert:Grossfeld,Macht); GrossfeldBernhard, Rechtsmethoden und Rechtsvergleichung,RabelsZeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht,55.Jahrgang(1991),S.4ff.(zitiert:Grossfeld,Rechtsmethoden); GrossfeldBernhard ,Rechtsvergleichung,Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften,Vorträge G374,Wiesbaden2001(zitiert:Grossfeld,Rechtsvergleichung); Huguenin Claire, Europäisches Vertragsrecht auf dem Weg vom Konsumentenrecht zum Allgemeinen Vertragsrecht,in: Kellerhals Andreas(Hrsg.),Einführung in europäische Wirtschaftsrecht, EuropaInstitut Zürich, Band45,Zürich 2003,S.173ff.; KötzHein ,Waserwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?, Juristenzeitung JZ 1/1992 S.20ff.; Kropholler Jan ,Europäisches Zivilprozessrecht,8.A.,Frankfurt am Main2005; Magnus Ulrich ,Konventionsübergreifende Interpretation internationaler Staatsverträge privat rechtlichen Inhalts,in: Basedow Jürgen et al.(Hrsg.),Aufbruch nach Europa,75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht, Tübingen2001,S.571ff.; Markesinis Basil, Rechtsvergleichung in Theorie und Praxis, München2004; Mulheron Rachael ,The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective, Oxford2004; Mächler-Erne Monika ,Kommentar zu Art. 17 IPRG,in:Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Schnyder Anton K.(Hrsg.),Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, Basel/Frankfurt am Main1996; Piotrowski Christa ,Mit eiserner Strenge, Simulierte Gerichtsverhandlungen als neuer Trend im US-TV, NZZ vom 14. Mai 1999, S.79; Rabel Ernst, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung,in: Leser Hans G.(Hrsg.),Rabel Ernst, Gesammelte Aufsätze, Band III, Tübingen1967,S.1ff.; Radbruch Gustav, Vonder Methodeder Rechtsvergleichung,in: Zweigert Konrad/Puttfarken Hans-Jürgen(Hrsg.),Rechtsvergleichung,Darmstadt1978,S.52ff.; Rainer J. Michael ,Europäisches Privatrecht. Die Rechtsvergleichung, Salzburger Studien zum Europäischen Privatrecht, Band 12, Frankfurt am Main2002; Reimann Mathias ,Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, Schriftenreihe der Juristischen Schulung, Heft 134, München1997; Rheinstein Max ,Einführung in die Rechtsvergleichung, 2.A., München1987; Sacco Rodolfo ,Einführung in die Rechtsvergleichung, Baden-Baden 2001; Sandrock Otto ,Praktische Rechtsvergleichung – Eine Skizze, verbunden mit dem Versuch einer Systematisierung,in: Rechtsvergleichung als Zukunftsträchtige Aufgabe, Sandrock Otto/Grossfeld Bernhard/Luttermann Claus/Schulze Reiner/Saenger Ingo(Hrsg.),Münsteraner Studien zur Rechtsvergleichung, Band 100, Münster2004,S.1ff.; Schack Haimo ,Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht, Schriftenreihe der Juristischen Schulung, Band 101, 3.A., München2003(zitiert:Schack,Einführung); Schack Haimo, Internationales Zivilverfahrensrecht, 3.A. München2002(zitiert:Schack,Zivilverfahrensrecht); Schmidhauser Bruno ,Der Begriff der «mehreren Unternehmen» im Sinn von Art. 4 Abs. 2 KG,in: Forstmoser Peter/vonderCrone Hans Caspar/Weber Rolf H./Zobl Dieter(Hrsg.),Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, Festschrift für Prof. Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich1999,S.429ff.; Schweizer Rainer J. ,Die schweizerischen Gerichte und das europäische Recht, ZSRNF 112(1993) IIS.577ff.; Schwenzer Ingeborg/Müller-Chen Markus ,Rechtsvergleichung, Fälle und Materialien, Tübingen1996; Thunis Xavier ,L'empire de la comparaison,in: vander Mensbrugghe, François R. (Hrsg.), L'utilisation de la méthode comparative en droit européen, Travaux de la Faculté de Droit de Namur, No 25, Namur2003,S.5ff.; Voigt Rüdiger ,Globalisierung des Rechts. Entsteht eine «dritte Rechtsordnung»?, in: Voigt Rüdiger(Hrsg.), Globalisierung des Rechts, Schriften zur Rechtspolitologie, Band 9, Baden-Baden2000,S.13ff.; Weisflog Walter E. ,Rechtsvergleichung und juristische Übersetzung, Zürich1996; Wiegand Wolfgang ,Zur Anwendung von autonom nach vollzogenem EU-Privatrecht,in: Forstmoser Peter/vonderCrone Hans Caspar/Weber Rolf H./Zobl Dieter(Hrsg.),Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, Festschrift für Prof. Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich1999,S.171ff.; Zajtay Imre , Beiträge zur Rechtsvergleichung, Materialien zu ausländischen und internationalen Privatrecht, Band 25, Tübingen 1976; Zweigert Konrad/Kötz Hein ,Einführung in die Rechtsvergleichung, 3.A., Tübingen1996; Zweigert Konrad/Puttfarken Hans-Jürgen ,Zur Vergleichbarkeit analoger Rechtsinstitute in verschiedenen Gesellschaftsordnungen,in: Zweigert Konrad/Puttfarken Hans-Jürgen(Hrsg.),Rechtsvergleichung,Darmstadt1978, S.395ff.

- ² Vgl.dieDefinitionenderAuslandsrechtskundeundderfunktionellenRechtsvergleichungbei Rheinstein,S.27f.
- ³ Vgl. Zweigert/Kötz,S.42.
- ³ So Rabel,S.3; Zweigert/Kötz,S.46sehendieWertungalsnotwendigenTeilderRechtsvergleichung. Zweigert/Puttfarken,S.400ff.unterscheidenzwischeneinerwertendenundeinernichtwertenden Rechtsvergleichung.
- ⁴ Zweigert/Puttfarken,S.403.
- ⁵ Vgl. Rheinstein,S.22;vgl. Zweigert/Kötz,S.6.
- ⁶ Vgl. Rheinstein,S.23.
- ⁷ Rabel,S.6und Zweigert/Kötz,S.14.
- ⁸ Zweigert/Kötz,S.3.
- ⁹ ZurRechtsvereinheitlichungsiehe Rabel,S.1,derdieSchaffungdesdeutschenBGBangesichtsderbestehenden RechtszersplitterungalsAktangewandterRechtsvergleichungbezeichnete:AusjederzumVergleich herangezogenenRechtsordnungwurdemittelsRechtsvergleichungdiebesteLösungevaluiertundfürdasBGB ausgewählt;siehe auch Zweigert/Kötz,S.23f.; Rainer,S.74ff.; Grossfeld,Macht,S.37ff.; Grossfeld, Rechtsvergleichung,S.12f.; Zajtay,S.58f.
- ¹⁰ ZumWettbewerbumbdasbessereRechtssystemsiehe Voigt,S.17.
- ¹¹ DieTerminologiezur *Vereinheitlichung*und *Harmonisierung*istnichteinheitlich.Vorliegendwirdvonfolgender Unterscheidungausgegangen:Die *Harmonisierung* verfolgt das ZielerreichungderrechtlichenLösungen unterBeibehaltungderunterschiedlichenRechtsordnungen(Beispiel:eineEU-Richtlinie,dievonallen EU-StaateninsnationaleRechtumgesetztwird),während die *Rechtsvereinheitlichung*denErsatzder unterschiedlichenRechtsordnungendurcheinEinheitsrechtanstrebt(Beispiel:eineEU-Verordnung,dieinallen EU-Staatenunmittelbargilt). Zweigert/Kötz,S.24seheninderSchaffungvonModellgesetzendie zukunftsträchtigsteMethodederRechtsharmonisierung.Vgl.zudiesemThemauchdenAktionsplan2003der KommissionderEuropäischenGemeinschaften,derdieSchaffungeinesModellgesetzesinFormeines *Referenzrahmens*vorsieht.DieserReferenzrahmen,dessenTeilederzeitvonverschiedenenForschungsteamsin ganzEuropaentwickeltwerden,solldieKohärenzdesEU-GemeinschaftsrechtsaufdemGebietdes Vertragsrechtserhöhen.DieswäreeinZieler *Harmonisierung*.Eventuellkannsichdarausaberauechein europäischesZivilgesetzbuchentwickeln.DieswiederumstellteinZieler *Vereinheitlichung* dar.Siehe zum Aktionsplan2003füreinkohärenteeuropäischeVertragsrechtundzumReferenzrahmen Huguenin,S.182 ff.
- ¹² Wiegand,S.183gehtvoneinerVerpflichtungzurAuslegungautonomnachvollzogenenEU-Privatrechtsmittels europakonformerAuslegungaus: «*DienachfolgendenBetrachtungenberuhen(...)* aufderÜberlegung, dass sich ausdenIntentionendesautonomenNachvollzugesichtnurdieLegitimation,sondernauchdieVerpflichtungzu einereuropäischenAuslegungnachvollzogener,nationalerNormenergibt, andernfallsdieangestrebtepartielle EuropakompatibilitätderRechtsordnungzwangsläufigtoterBuchstabebleibenmuss.» Vgl.dazu auch Schmidhauser,S.435,derzwarvoneinerautonomenAuslegungnachvollzogenenRechtsausgeht,aberfesthält, «dasseswenigSinnmacht,GesetzesformulierungenausanderenRechtsordnungenzumTeilwörtlichzu übernehmen,wennnichtdieAbsichtbesteht,nichtnurderFormulierung,sondernauchderHandhabungdurch diezuständigenBehördengrundsätzlichzufolgen.» Siehedaizu auch Schweizer,S.639f.: «*DiepraktischeFrage* dürftesein,wieweitdieschweizerischenGerichtezukünftigbeiderAuslegungdeseigenständigrezipierten EG-Rechtsgehaltensind,dieEuGH-Rechtsprechungzubeachten.M.E.kannterengrundloseMissachtung mindestenseinenbeschwerdefähigenWillkiirgrunddarstellen.» Vgl.auchdenEntscheidderRekurskommission EVD vom 15.Mai 1998,abgedrucktinRPW 1998/3,S.460ff.,471f.,Erw.5.1.und5.2.: «*Essprechentrifftige Gründer für dieUnterstellung derNeugründung vonGemeinschaftsunternehmen unter dieFusionskontrolle, so namentlich derWille zurAnlehnung an dasEG-Rechtsowie dieMöglichkeit, wirtschaftliche undfinanzielle Machtübereingemeinschaftsunternehmen auszuspielen. (...)DerWille zurAnlehnung undaseuropäische Recht ist imfraglichen Zusammenhang derarteindeutig ausgewiesen (...), dass derzuengeGesetzeswortlaut keine unüberwindlicheHürde darstellt.Tatsächlich ist derEinbezug derNeugründung vonkonzentrativen Gemeinschaftsunternehmen imEG-Wettbewerbsrechtunbestritten*» ;siehe auchBGE129III335ff.,350: «*NachvollzogenesBinnenrecht ist im Zweifeleuroparechtskonform 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 die europäischen – angeglichen, ist die Harmonisierung nicht nur in der Rechtssetzung, sondern namentlich auch in der*

Auslegung und Anwendung des Rechts anzustreben, soweit die innerstaatlich 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» ; zu BGE 129 III 335 und zur europäischen Auslegung siehe auch Amstutz, S. 67ff.; zuden Grenzen der europäischen Auslegung siehe BGE 124 III 495 ff., Erw. 2 und Amstutz, S. 90.

¹³ Vgl. Zweigert/Kötz, S. 14 und 20f.; vgl. Rainer, S. 73; Thunis, S. 13.

¹⁴ Die Rechtsvergleichung anhand eines Lebenssachverhalts wird *casemethod* genannt und unterscheidet sich damit von den abstrakten Fragestellungen wissenschaftlicher Forschungsarbeiten; siehe dazu unten Rz. 16 und Rheinstein, S. 192; vgl. auch Rabel, S. 7.

¹⁵ Das Schweizerische Bundesgericht macht häufig rechtsvergleichende Erwägungen (vgl. BGE 126 III 129 ff.; BGE 121 III 279, 281).

¹⁶ Siehe ausführlich zur Berücksichtigung ausländischen Gewohnheitsrechts und ausländischer Lehre Dürr, Art. 1 ZGBN 436 ff. und 549.

¹⁷ Zur Lückenfüllung mittels Rechtsvergleichung siehe Zweigert/Kötz, S. 17.

¹⁸ Zitate aus BGE 126 III 129, 138, Erw. 4.

¹⁹ Siehe dazu ausführlich Bernasconi, S. 163 ff. mit weiteren Hinweisen; Zweigert/Kötz, S. 6 f.; vgl. Rainer, S. 74; vgl. allgemein zur Notwendigkeit der Rechtsvergleichung im IPR Grossfeld, Macht, S. 45 ff., Zajtay, S. 61 und Brand, S. 1083.

²⁰ Mächler-Erne, Art. 17 IPRGN 18; vgl. auch Brand, S. 1083.

²¹ Kropholler, Einleitung, N 42; vgl. Zweigert/Kötz, S. 7 f. und 19 f.; vgl. Magnus, S. 581, dernicht nur für eine rechtsvergleichende, sondern auch für eine *konventionsübergreifende Interpretation* internationaler Staatsverträge eintritt.

²² Siehe zur Forderung nach einem Wettbewerb um das bessere Recht Voigt, S. 17.

²³ Vgl. NZZ vom 8. Mai 2001, S. 64.

²⁴ Vgl. auch das bei Thunis, S. 5 zitierte Beispiel aus dem Jahre 1933.

²⁵ Vgl. hiezu Rabel, S. 3 und Zweigert/Kötz, S. 8.

²⁶ Siehe dazu Kötz, S. 20 ff.

²⁷ Vgl. hiezu Zweigert/Kötz, S. 8 und Rainer, S. 22.

²⁸ Zweigert/Kötz, S. 4; Zweigert/Puttfarken, S. 401; Rheinstein, S. 33 f.

²⁹ Rheinstein, S. 32; Zweigert/Kötz, S. 4 f.

³⁰ Zweigert/Kötz, S. 5.

³¹ Vgl. zur Bedeutung der Rechtssoziologie in der Rechtsvergleichung Rheinstein, S. 28 f. und 143 ff.; Zweigert/Kötz, S. 10 f.; Rainer, S. 25 f.

³² Vgl. Zweigert/Puttfarken, S. 401 f.; vgl. Ancel, S. 101.

³³ Vgl. oben, Rz. 8; Rheinstein, S. 192.

³⁴ Siehe auch die Beispiele bei Ancel, S. 40 f., 53 und 93.

³⁵ Zur prozessualen Natur der Verjährungsregeln (*statute of limitations*) in den USA siehe Schack, Civilverfahrensrecht, Rz. 522 und Dörig, S. 87 Fn. 458; vgl. Reimann, S. 75: «Das tort law zeigt mit besonderer Deutlichkeit die enge Verknüpfung zwischen materiellem Recht und Verfahren, die das anglo-amerikanische Recht seit jeher geprägt hat».

³⁶ Siehe dazu Dörig, S. 66 und S. 67 Fn. 330; zur *american rule* siehe auch Schack, Einführung, S. 10 f.

³⁷ Vgl. Schack, Einführung, S. 1 und 10; zuden Prozessentschädigungen im Kanton Zürich siehe § 68 i. V. m. § 64 Abs. 2 ZPO (ZHLS 271).

³⁸ Vgl. das Beispiel bei Schack, Einführung, S. 29.

³⁹ Dörig, S. 67; vgl. auch Reimann, S. 97.

⁴⁰ Zuden *class actions* Dörig, S. 439 ff.; Schack, Einführung, S. 81 ff.; Mulheron, S. 3 und 42 ff.

⁴¹ Vgl. Dörig, S. 67 Fn. 330 und S. 367 ff.; Schack, Einführung, S. 8 f.; Sandrock, S. 20 ff.

⁴²

Art.12lit.edesBundesgesetzesüberdieFreizügigkeitderAnwältinnenundAnwälte(Anwalts gesetz,BGFA; SR935.61).

⁴³ Siehe zur *jury*, zum *deepocket*- Argument und zu den Reduktionen des Schadenersatzes Dörig,S.63ff., dort insbesondere Fn.319. Das *deepocket*-Phänomen lässt sich mit dem Wunsch der Geschworenen und Kläger umschreiben, «*das big business zugunsten des little guy*» blutenzulassen(Dörig,S.63f.,Fn.317).

⁴⁴ Schack,Einführung,S.6.

⁴⁵ Siehe die dazugehörigen Internetseiten von *Judge Judy* www.judgejudy.com und *Judge Joe Brown* www.judgejoebrown.com(«*Defender of womanhood, promoter of manhood*») und des Gerichtskanals *Court TV* www.court tv.com (alle abgerufen am 31.Januar 2006). *Judge Judy* ist wahrscheinlich die «*strenge und gleichzeitig beliebteste TV-Richterin*» in den USA(Piotrowski, S.79, die auch über das Phänomen und die Beliebtheit der Gerichtsshows berichtet).

⁴⁶ Vgl.dazu Schack,Einführung,S.6, der die Zahlen für Deutschland und Amerika miteinander vergleicht. In Amerika gab es 1991 ungefähr 2'324 Anwälte auf eine Million Einwohner. In Deutschland gab es im Jahre 2002 vergleichsweise lediglich 1'414 Anwälte auf eine Million Einwohner.

⁴⁷ Vgl.diesbezüglichen Überlegungen von Markesinis,S.50f.

⁴⁸ Zweigert/Kötz,S.40ff. mit weiteren Hinweisen zur Kritik dieses Grundsatzes und weiterer Kriterien.

⁴⁹ Siehe zu den Begriffen *Rezeption* und *Transfer* Fögen, Einleitung, S.12. Sie lehnt den Begriff der *Rezeption* ab, da er eine Geber-Nehmer-Beziehungsuggerierung und den Blick nur auf die Seite des Empfängers lenkt. Sie benutzt stattdessen unbelasteten Begriff des *Transfers*; siehe auch Fögen, Rechtstransfer, S.38ff.

⁵⁰ Siehe zur Einteilung in Rechtssysteme,-kreise,-gruppen oder -familien insbesondere das Werk von David/Jauffret-Spinosi,S.15ff.; Rheinstein,S.15 und 77ff.; Zweigert/Kötz,S.40f.; Rainer,S.43ff.; Ancel,S.43ff. und 61ff., wo auf die Anleihe und die Rezeption eingegangen wird; vgl. Sacco,S.26ff.; Zajtay,S.67ff.; Weisflog,S.21, geht zusätzlich auf den Zusammenhang der Sprache mit den Rechtskreisen ein.

⁵¹ Rheinstein,S.77ff.; vgl. Zweigert/Kötz,S.40ff.; vgl. David/Jauffret-Spinosi,S.16ff.; vgl. auch Rainer,S.47.

⁵² Zuden Problem der juristischen Übersetzung siehe Weisflog,S.41ff.; Sacco,S.39; Rainer,S.27ff.

⁵³ Schwenzer/Müller-Chen, Vorwort, S.VIf.

⁵⁴ Radbruch,S.56; vgl. die allgemeinen Überlegungen zur Voreingenommenheit bei Grossfeld, Kernfragen, S.106 f. und Grossfeld, Rechtsmethoden, S.8f.

⁵⁵ Vgl. Weisflog,S.91f.anhand des Beispiele von *Diebstahl und Diebstahl*; weitere Beispiele auf S.104ff. und S.108 ff. zum Beispiel *Domizil, domicile und residence*; siehe auch Ancel,S.91f.

⁵⁶ Vgl.dazu Weisflog,S.32f. und Rainer,S.28f.

⁵⁷ Siehe das anschauliche Beispiel bei Weisflog,S.38: Die Eskimos kennen offensichtlich kein Wort für *Lamm*. Für die Eskimo-Bibel wurde im Johannes-Evangelium deshalb nicht der Begriff *Gottes Lamm* benutzt, sondern *Gottes Seehund*; siehe auch Ancel,S.91f. und weitere Beispiele bei Weisflog,S.55f. und Sacco,S.42.

⁵⁸ Furrer/Girsberger,S.137 warnen allerdings davor, Länderberichte in Dissertationen aufzunehmen, weil sie vollständig sein müssen, dadurch viel Aufwand mit sich bringen und andererseits den Lesern oft langweilen. Sie empfehlen einen Vergleich lediglich im Rahmen des zu prüfenden Einzelproblems.

⁵⁹ Siehe zur *casemethod* Rz.8 und 16.

⁶⁰ Siehe oben, Rz.15.

⁶¹ Siehe zur Bildung einer Systematik Zweigert/Kötz,S.42f.

⁶² Vgl.dazu Zweigert/Kötz,S.34,37f.,43.

Rechtsgebiet: Rechtsvergleichung

Erschienen in: Jusletter13.Februar2006

Zitiervorschlag: ArnoldF.Rusch,MethodenundZielederRechtsvergleichung,in:Jusletter13.Februar2006

Internetadresse: <http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.asp?ArticleNr=4500>