

Dr. iur. Arnold F. Rusch

## Methoden und Ziele der Rechtsvergleichung

*Der nachfolgende Aufsatz setzt sich mit der Methode, den Zielen, den Anwendungen und Problemen der Rechtsvergleichung auseinander. Die Rechtsvergleichung bezweckt, Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen sowie deren Gemeinsamkeiten festzustellen und zu bewerten. Es zeigt sich, dass die Rechtsvergleichung unerwartet viele Anwendungen kennt und auf ein wachsendes Interesse stößt, als «Königsdisziplin» jedoch auch einige Ansprüche an die ihr befassten Juristinnen und Juristen stellt.*

### Inhaltsübersicht

1. Problemstellung
  2. Definition und Abgrenzung der Rechtsvergleichung
  3. Ziele und Anwendungsbereiche der Rechtsvergleichung
  4. Form der Rechtsvergleichung: Mikro- und Makrovergleich
  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 Argumentationshilfen 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. Der nachfolgende Aufsatz 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 *Auslandsrechtskunde*. Die funktionelle Rechtsvergleichung knüpft an ein gesellschaftliches Problem an und vergleicht die verschiedenen Lösungen in den Ländern sowie deren Wirksamkeit miteinander. Die Auslandsrechtskunde hingegen verfasst gleichsam «Länderberichte» zu verschiedenen Problemkreisen, ohne diese direkt miteinander zu vergleichen. Die Auslandsrechtskunde geht deshalb *normbezogen und deskriptiv* vor, während die funktionelle Rechtsvergleichung die *auf die Funktion des Rechts und die Probleme bezogene* Methodik darstellt.<sup>1</sup> Auslandsrechtskunde und Rechtsvergleichung grenzen sich zwar voneinander ab. Die Rechtsvergleichung bedingt aber die vorgängige Betätigung in der Auslandsrechtskunde, denn die wichtigste Voraussetzung des Vergleichs ist die Kenntnis des eigenen und des ausländischen Rechts.<sup>2</sup>

[Rz3] Umstritten ist, ob die *Bewertung* oder *Kritik* der verschiedenen Rechtsordnungen anhand des Vergleichs noch Teil der Rechtsvergleichung ist oder bereits Teile einer weiteren Disziplin – der *Rechtskritik* – darstellt.<sup>3</sup> In dieser Arbeit soll die Bewertung und Kritik Teile der Rechtsvergleichung sein. Wervergleicht, kann seine Bewertung

der verglichenen Rechtssysteme kaum umhin. Dies ist auch nicht notwendig, denn die Rechtsvergleichung befähigt zu einer fundierten Kritik. Ohne Zweifel ist aber ein nicht wertende Rechtsvergleichung möglich.<sup>4</sup> Diejenach Sichtweise zwei oder drei vorgestellten Disziplinen ergänzen und bedingen jedenfalls einander: Die Auslandsrechtskunde schafft die Grundlage der Rechtsvergleichung, die wiederum Grundlage der wertenden Rechtskritik bildet.

[Rz4] Nicht jeder Bezug zu einer oder mehreren ausländischen Rechtsordnungen bedeutet Rechtsvergleichung. Juristische Werke, die das Recht 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 den verschiedenen europäischen Staaten) fällt noch nicht unter die Kategorie der rechtsvergleichenden Werke, wenn sie lediglich beschreibenden Charakter hat und Vergleiche fehlen.<sup>5</sup> Ebenfalls nicht zum Feld der Rechtsvergleichung gehören Werke über das Kollisionsrecht (internationales Privatrecht) und inter- oder supranationale Rechtssysteme (z. B. internationales Handelsrecht, Völkerrecht).<sup>6</sup> Dies bedeutet jedoch nicht, dass derartige Rechtssysteme nicht auch miteinander verglichen werden können.

### 3. Ziele und Anwendungsbereiche der Rechtsvergleichung

[Rz5] Rabel brachte das Ziel der Rechtsvergleichung auf den Punkt: «Der Name ihres Ziels heisst einfach: Erkenntnis.»<sup>7</sup> Ähnlich sehen Zweigert/Kötz den Zweck der Rechtsvergleichung in der *Erforschung der Wahrheit*.<sup>8</sup> Erkenntnis und Wahrheit als solche sind zweckfrei. Es ist deshalb auf die konkreteren Ziele, d. h. die Anwendungsbereiche einzugehen. Wozu die 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 Gesetzesharmonisierung und der Rechtsvereinheitlichung*.<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup> Der Blick über die Grenze hilft dem einheimischen Gesetzgeber bei der Schaffung eines neuen Gesetzes, bei der Verbesserung eines bestehenden Gesetzes und bei der Anpassung bestehender Gesetze an Vorgabendes übergeordneten Rechts. Das fremde Recht kann jenach Ergebnis der rechtsvergleichenden Analyse als Vorbild oder als negatives Beispiel dienen. Im indirekten Vergleich mit EU-konformem Länderrecht Deutschlands ist beispielsweise festzustellen, ob die schweizerische Gesetzgebung denselben Schutz bietet, den eine EU-Richtlinie fordert. Anhand der Rechtsvergleichung arbeiten Juristen auch Modellgesetze und sogenannte *restatements*, die<sup>11</sup> den nationalen oder supranationalen Gesetzgebern als Vorlage für eine künftige Rechtsvereinheitlichung dienen.

[Rz7] Die Rechtsvergleichung, die zur Übernahme fremden Rechts führt, findet damit aber noch kein Ende. Übernommenes Recht – in der Schweiz ist bei der Übernahme europäischer Rechts der Terminus *autonom nachvollzogenes Recht* gängig – bedarf bei der 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 europäkonforme Weise. Auch das Auslegungsziel ist bekannt: Es sollte eine weitestgehende Übereinstimmung mit der europäischen Praxis erzielt werden.<sup>12</sup>

[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 führen zu einer Erweiterung des Denkhorizontes und einer Hinterfragung der bekannten Lösungsansätze.<sup>13</sup> Wer in Übungen einen Sachverhalt anhand mehrerer Rechtsordnungen analysiert – diese induktive Methode wird auch in der Rechtsvergleichung *case method* genannt – gewinnt auf Grund der daraus resultierenden Ergebnisse einen kaum zu überbietenden Einblick in die Grundgedanken und Wertungen der nationalen Gesetzgeber.<sup>14</sup> In gerichtlichen Urteilen und wissenschaftlichen Arbeiten wie z. B. Dissertationen dient die Rechtsvergleichung als Argumentationsstütze, wenn zumeigenen Recht zu wenig Literatur oder Präjudizien vorhanden sind bzw. im Inland noch unbekannt rechtliche Tatbestände Gegenstand der Analyse bilden.<sup>15</sup>

[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 nach einer *eigenen* Norm zu entscheiden, dies als Gesetzgeber aufstellen würde. Dabei müssen *bewährte Lehren* 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 der einheimischen Lücke vergleichbar sind. Auch hier kommt Rechtsvergleichung zur Anwendung. <sup>16</sup> Nichts spricht dagegen, dass sich das Gericht bei der Aufstellung der eigenen Norm mittels Rechtsvergleichung inspirieren lässt und dadurch eine überzeugende Norm findet, dies auch als Gesetzgeber aufstellen würde. <sup>17</sup> In Rz. 6 wurde gezeigt, dass auch der Gesetzgeber bei der Schaffung neuer Normen sich des Instruments der Rechtsvergleichung bedient. Auch das 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 die eines sachgerechte Rechtsfindung und damit auch Lückenfüllung ohne rechtsvergleichende Grundlagen nicht verwirklichen (...). Dies gilt besonders, wo sich vor dringlich wirtschaftspolitische Fragen stellen und darauf zu achten ist, dass durch einen isolationistischen Rechtszustand weder Privilegierungen noch Diskriminierungen auf dem internationalen Markt begründet werden...*». <sup>18</sup>

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

[Rz11] Tatsächlich ist aber nicht nur der Jurist rechtsvergleichend tätig, sondern jede Person, die den in rechtlicher Hinsicht optimalen Standort für ihre Tätigkeit und ihr Leben sucht und des wegenentsprechende Vergleiche anstellt. Die Kenntnisse über fremdes Recht und Vergleiche zum inländischen Recht ermöglichen erst einen *funktionsfähigen Wettbewerb um das bessere Rechtssystem*. <sup>22</sup> Es mögen verkürzte Fragestellungen und unzulängliche Methoden sein, aber im Kern ist es Rechtsvergleichung. Sogar Verbrecher sind rechtsvergleichend tätig: Verbrecher auf der Flucht vergleichen Auslieferungsrechte verschiedener Staaten und suchen sich dasjenige Land aus, welches sie nicht wieder an den Begehungsstaat zur Bestrafung ausweist. Vielleicht war auch der berühmte englische Posträuber *Ronald Biggs* ein passionierter Rechtsvergleicher: Ersuchten nach der Flucht ein sicheres Refugium und fand es in Brasilien, wo er während mehr als dreissig Jahren unbehelligt lebte. Nach mehreren Schlaganfällen ergab möglicherweise eine erneute Rechtsvergleichung, kombiniert mit einer ökonomischen Analyse – diesmal der Gesundheitswesen –, dass England trotz allfälliger strafrechtlicher Repressalien der bessere Ort für eine kostenlose Spitalpflege sein könnte, worauf er im Jahre 2001 wieder nach England zurückkehrte. <sup>23</sup> Auch derartige, nicht ganz ernstgemeinte Beispiele basieren auf einem Vergleich des Rechts. <sup>24</sup>

[Rz12] Die geschichtliche Analyse des Rechts bedient sich ebenfalls teilweise der Methode der *Rechtsvergleichung*. <sup>25</sup> Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung stehen in einem spannenden Wechselverhältnis zueinander. <sup>26</sup> Rechtsvergleichung ist nicht nur zwischen verschiedenen nationalen Rechtsordnungen möglich, sondern auch zwischen derselben Rechtsordnung zu verschiedenen Zeiten. Zudenken ist an Abhandlungen zur Rezeption vieler Institute des römischen Rechts in der Schweiz und in Deutschland oder zum Wandel eines Rechtsinstituts im Laufe der Zeiten. Die Unterschiede zwischen römischem Privatrecht und geltendem Obligationenrecht und Zivilgesetzbuch 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 geltender Systeme 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 damit ebenfalls der Rechtsgeschichte. Die historische Auslegung ist folgerichtig eine anerkannte Methode der Gesetzesauslegung. <sup>27</sup>

## 4. Form der Rechtsvergleichung: Mikro- und Makrovergleichung

[Rz13] Mikro- und Makrovergleichung sind zwei Formen der Rechtsvergleichung. Die *Makrovergleichung* befasst sich mit den allgemeinen Formen, Methoden, Denkweisen und Problemlösungsmechanismen einzelner Rechtsordnungen und vergleicht diese miteinander.<sup>28</sup> Die *Mikrovergleichung* hingegen beschränkt sich auf den Vergleich einzelner Probleme und Rechtsinstitute verschiedener Rechtsordnungen.<sup>29</sup>

[Rz14] Diese Unterscheidung zwischen Mikro- und Makrovergleichung ist selbstverständlich. Weniger selbstverständlich ist, dass die Betätigungsfelder dieser Vergleichsformen trotz klarer Definition nur schwierig zu trennen sind.<sup>30</sup> Auch bei der Mikrovergleichung ist es notwendig, das ganze Umfeld zu analysieren, also auch das dazugehörige Umfeld in anderen rechtlichen und gesellschaftlichen Bereichen. Dies ist zugleich der Berührungspunkt der Rechtsvergleichung mit der Rechtssoziologie. Alle Faktoren, welche die Lösung eines rechtlichen Problems in einem Land beeinflussen, müssen berücksichtigt werden. Dies ist Gegenstand der Rechtssoziologie, die die wechselseitigen Einflüsse und Wirkungen zwischen Recht und Gesellschaft analysiert. Diese *gesamtheitliche Schau* erhält durch die richtige Fragestellung einen genauen Fokus. Auf dieses Problem ist nachfolgende einzugehen.

31

## 5. Method der Rechtsvergleichung

### a. Fragestellung

[Rz15] Eine sinnvolle Rechtsvergleichung beginnt mit der richtigen Fragestellung. Jede Rechtsordnung kennt ihre eigene Systematik und ihre eigenen Begriffe. Ein Vergleich gleichnamiger Rechtsinstitute verschiedener Rechtsordnungen birgt ein hohes Fehlerpotential, weil die jeweiligen Rechtsordnungen auf unterschiedlichen Konzepten basieren können oder den relevanten Problemkreis systematisch anders regeln. Es ist deshalb empfehlenswert, sich für die Rechtsvergleichung von den juristischen Begriffen zu lösen und das ihnen zugrunde liegende Problem zu bezeichnen.<sup>32</sup> Gegenstand der Rechtsvergleichung bildet dann ein *Sachverhalt* oder ein abstrakt beschriebenes *Problem*.

[Rz16] Die in Rz 8 erwähnte *casemethod*, welche die rechtlichen Lösungen eines konkreten Sachverhalts in zwei oder mehreren Rechtsordnungen vergleicht, eignet sich aufgrund ihrer Anschaulichkeit besonders für die juristische Ausbildung im Rahmen von Übungen und Vorlesungen.<sup>33</sup> Da die Rechtsvergleichung anhand der *casemethod* gestützt auf einen praktischen Lebenssachverhalt vorgeht, stellt sich das Problem der richtigen Fragestellung gar nicht. Probleme ergeben sich nur, wenn die im Sachverhalt beschriebenen Vorgänge sich *faktisch* nicht in allen Rechtsordnungen ereignen können.

[Rz17] *Wissenschaftliche Forschungsarbeiten* hingegen formulieren die Fragestellungen meist losgelöst von einem konkreten Sachverhalt. Das auf diese Weise abstrakt formulierte Problem lautet dann etwa: Wieschützen zwei verschiedene Länder ihre Einwohner vor gefährlichen Produkten wie z. B. mangelhaften Autos? Der Vergleich zeigt, dass das eine Land den ausgleichenden Schutz mittels einer verschuldensunabhängigen Mängel- und Produkthaftung gewährt und eine Versicherungspflicht auf öffentlich-rechtlicher Basis einführt, während das andere Land eine staatliche Testbehörde gründet, die die Autos periodisch eingehend prüft und bei negativem Ergebnis die Benutzung des Autos untersagt. Die falsche Fragestellung hätte gelautet: Wie regeln die beiden Länder die Produkthaftung für Autos? Ein ausschliesslicher Vergleich der privatrechtlichen Produkthaftung hätte ergeben, dass das eine Land den Schutz nur unzulänglich wahrnimmt. Eine gesamtheitliche Betrachtung und Bewertung hingegen kommt möglicherweise zum Schluss, dass beide Länder je nach ihrem Staatsverständnis und ihrer Lebensart eine adäquate und funktionierende Lösung gefunden haben. Dieses Beispiel zeigt, dass bei der Rechtsvergleichung immer das *ganze Rechtssystem* und alle *gesellschaftlichen Umstände* miteinbezogen werden müssen.<sup>34</sup> Eine Mikrovergleichung oder Beschränkung auf ein Rechtsgebiet oder ein Rechtsinstitut führt zu einem höheren Fehlerpotential in der Analyse und Wertung. Das folgende, konkrete Beispiel geht vertieft auf dieses Problem ein.

[Rz18] Wer das Schweizer ausservertragliche Haftpflichtrecht mit dem System der USA auf die Unternehmerfreundlichkeit hin vergleichen will, kann nicht einfach Art. 41 ff. OR mit dem *tortlaw* der USA

vergleichen. Während die auf das Privatrecht beschränkte Rechtsvergleichung zwar einen Teil der Unterschiede feststellen kann, bedarf sie der Deutung der Unterschiede aus dem Blickwinkel des Prozessrechts und in der gesellschaftlichen Realität. Die Fragestellung muss deshalb lauten: Welchen Ausgleich sehen die USA und die Schweiz für Schäden vor, die sich nicht im Rahmen eines Vertragsverhältnisses ereignen? Der rechtsvergleichende Schweizer Unternehmer, der die Ausweitung des Geschäftsfelds in die USA plant, muss sich zusätzlich nach dem Zweck der Rechtsvergleichung fragen: Wo sind die möglichen Ansprüche gegen mein Unternehmen höher? Bekannt sind auch die in heimischen Betrachter die amerikanische Klagekultur 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 ein sinnvolles Antwort auf die eingangsgestellten 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.<sup>35</sup> Es zeigt sich, dass in den USA kein separates Genugtuung (Art. 47 und 49 OR) oder Gewinnabschöpfung zugesprochen werden. Die obsiegende Partei erhält über die ihre Prozess- und Anwaltskosten grundsätzlich nicht erstattet (so genannte *american rule*). Alle genannten Positionen bilden in den USA Teil des Schadenersatzes oder sind aus diesem zu bezahlen.<sup>36</sup> Die Abschreckung durch die in der Schweiz drohende Prozessentschädigung im Falle des Prozessverlusts fällt dadurch weitestgehend weg.<sup>37</sup> Es spielt deshalb auch keine Rolle, ob zu viele Personen eingeklagt werden.<sup>38</sup> Der Schadenersatz kann in den USA mittels des Instituts der *punitive damages* durch eine fast beliebige Vervielfachung nebst dem ausgleichenden einen strafenden und erziehenden Charakter erhalten. Dies schafft einen Anreiz zur Klage auch bei kleinen, aber als verwerflich empfundenen Schädigungen.<sup>39</sup> 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 kleinster Schädigungen, die in der Schweiz *de facto* ungeahndet bleiben, zu einer mächtigen Klägergruppe zusammenschliessen können. Dieses gemeinsame Vorgehen gegen einen Schädiger oder eine Gruppe von Schädigern erfolgt mittels in der Schweiz nicht möglichen *Sammelklagen* (*plaintiff for defendant class action; active oder passive Sammelklage*).<sup>40</sup> Auch die Mandatierung eines Anwalts spielt bei dieser Rechtsvergleichung eine Rolle: Wollender Kläger oder die Klägergruppe den Anwalt nicht nach Aufwand honorieren (weils ihm möglicherweise gar kein Geld haben oder keines für den Prozess aufwenden möchten), können sie ein Erfolgshonorar verabreden, wonach der Anwalt nur bei erfolgreicher Erledigung des Prozesses einen Teil des erstrittenen Schadenersatzes bekommt (sogenannte *contingency fee* oder *contingent fee*).<sup>41</sup> Dieses *pactum de quota litis*, welches die Hemmschwelle für eine Klage zusätzlich senkt, ist den Anwälten in der Schweiz standesrechtlich untersagt.<sup>42</sup> Wiederum gerät in Vergessenheit, dass immer instanzlichen Prozessmeist eine *jury* (Gruppe von Geschworenen) entscheidet, die sich als Gruppe juristischer Laien unter anderem aufgrund des *deep pocket*-Gedankens eher zu hohen Schadenersatzzusprechungen gegenüber grossen Unternehmungen hinreissen lässt, während der fahrene Richter im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens den Betrag meist wieder massiv kürzen.<sup>43</sup> Die relevanten Verfahren in der Schweiz nehmen kaum einanderart überraschenden Verlauf. Die rechtssoziologische Analyse zeigt sodann, dass die Amerikaner keine Berührungsängste gegenüber Gerichten und Prozessen haben und sich in der Freizeit und vor dem Fernseher sogar stark dafür interessieren.<sup>44</sup> Fernseh-Gerichtsshow wie *Judge Judy* und *Judge Joe Brown* oder auf direkte Gerichtsberichterstattung spezialisierte Fernsehkanäle wie *Court TV* sind beliebt.<sup>45</sup> Dies schafft möglicherweise eine Vertrautheit mit dem juristischen Streit, die von einem Heervon Anwälten in Werbung und Inseraten weiter kultiviert wird.<sup>46</sup>

[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 Rechtsordnung gesucht werden.

## b. Wahlder zu vergleichenden Rechtsordnungen

[Rz20] Nebst der richtigen 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. Werziellos vergleicht oder Rechtsvergleichung als Selbstzweck betreibt, verliert sich in einer zeitintensiven Aufgabe und gewinnt statt wertvoller Erkenntnis unter Umständen nur ein nutzloses Wissen.<sup>47</sup> Die Rechtsvergleichung erfolgt fokussierter, wenn vorgängig eine These aufgestellt wird, die anhand der Rechtsvergleichung unterstützt oder verworfen werden soll. Dies geschieht dadurch, dass bekannte Rechtsinstitute

oder Phänomene in ausländischen Rechtsordnungen, die die Argumentation stützen oder schwächen, zum Vergleich herangezogen werden.

[Rz21] In den einfacheren Übungsfällen und Seminararbeiten an den Universitäten werden die zu vergleichenden Rechtsordnungen direkt vorgegeben. Bei der Rechtsvergleichung der Auslegung von Bestimmungen in Staatsverträgen und im IPRG sind die vom internationalen Rechtsverhältnis betroffenen Rechtsordnungen ebenfalls schnell bestimmt. Geht es hingegen 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 geeigneter 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 empfehlen grundsätzlich die Rechtsvergleichung mit den sogenannten *Mutterordnungen* unter Weglassung der Nachahmungen (Tochterrechte).<sup>48</sup> 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. Zu berücksichtigen ist auch die *internationale Bedeutung einer Rechtsordnung*, sei dies gesamthaft oder lediglich auf gewisse Rechtsgebiete bezogen. Ein Vergleich mit einer *dominanten* Rechtsordnung liefert je nach Fragestellung und Zweck der Rechtsvergleichung vielleicht wertvollere und nützlichere Erkenntnisse, auch wenn die dominante Rechtsordnung als nicht originell oder qualitativ hochstehend eingestuft wird.

[Rz23] Häufig kommt es herdar auf an, dass die durch Rechtsvergleichung ermittelte Lösung oder Idee auch *systematisch* zu eigenen Rechtsordnungen passt. Zur Rechtsvergleichung der Auslegung von einzelnen Problemen und Lücken sind deshalb oft die *verwandten Rechtssysteme* geeignet, die eine ähnliche Gesetzssystematik kennen. Derartige Einteilungen in Rechtskreise, Rechtsfamilien und Rechtsgruppen finden sich entlang der historischen, politischen und geographischen Entstehung sowie entlang des Stils, der Anleihe, der Übernahme, des Transfers oder der Rezeption<sup>49</sup> der jeweiligen Rechtsordnungen.<sup>50</sup> Eine grobe und gebräuchliche Einteilung erfolgt in die Systeme von *civillaw* und *commonlaw* und innerhalb des *civillaw* in Familien germanischen oder romanischen Rechts.

51

[Rz24] Bei verwandten Systemen ist es auch möglich, im Rahmen der Rechtsvergleichung die 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 die im ZGB nicht erwähnte Variante eines Problems explizit regelt.

[Rz25] Ein nicht zu unterschätzendes Problem bei der Wahl der zu vergleichenden Rechtsordnungen sind die *Sprachkenntnisse* des vergleichenden Juristen. Wenn die Sprache des fremden Rechts nicht verstanden wird, 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.<sup>52</sup>

[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 Rechtsordnungen dargestellt: «Das vorliegende Buch wendet sich an den 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 weitgehenden eigenständigen Entwicklung und Bedeutung in der heutigen internationalen Rechtspraxis behandelt. Ausserdem wird – soweit vorhanden – in den jeweiligen Themenkreisen das einschlägige Einheitsrecht miteinbezogen. 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.»<sup>53</sup>

### 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,

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

#### **d. Bildung einer Systematik**

[Rz28] Erst nach der richtigen Formulierung der Fragestellung, der Auswahl der geeigneten Vergleichsrechtsordnungen und der Erfassung des relevanten Stoffes durch die Recherche beginnt die eigentliche Rechtsvergleichung. Bei grösseren Arbeiten wie z. B. Dissertationen kann auch ein vorangestellter Länderbericht von grossem Nutzen sein.<sup>58</sup> Die rechtsvergleichende Arbeit kann sich jedoch nicht darin erschöpfen, 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 obendargestellten *casemethod* – möglicherweise auf tatsächlichen Anwendungsfällen oder abstrakt formulierten Einzelproblemen.<sup>59</sup> Wiederum ist es wie bei der Fragestellung<sup>60</sup> nicht empfehlenswert, die Systematik analog zur Gesetzessystematik zu wählen. Vielmehr soll sich die Systematik an dem Gesetz zugrundeliegenden Problemen orientieren.<sup>61</sup>

#### **e. Analyse und Wertung der Unterschiede und Gemeinsamkeiten**

[Rz29] Die herausgeschälten Unterschiede und Gemeinsamkeiten sind sodann zu analysieren und je nach Fragestellung auf ihre Bedeutung zu überprüfen. Dabei müssen die Gründe der Unterschiede nicht immer im rechtlichen Bereich liegen.<sup>62</sup> 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 in eigenen Land rechtlich geregelte Verhalten gar nicht zulassen oder anderweitig korrigieren. Beschränkungen der Analyse und ein enger Fokus auf das Recht oder Privatrecht sind deshalb fehl am Platze, wenn die Wertung und die Kritik seriöser erfolgen sollen.

### **6. Schlusswort**

[Rz30] Die Überlegungen zeigen, dass Rechtsvergleichung einerseits sehr anspruchsvoll ist, viel Zeit benötigt und nur dann Sinn macht, wenn sie mit der richtigen Methode angegangen wird. Rechtsvergleichung bringt Erkenntnis. Auch wenn Erkenntnis als solches immer wünschenswert ist, ist vor Rechtsvergleichung und der Rechtsvergleichung willens zu warnen. Wird die Rechtsvergleichung nicht umfassend vorgenommen, ist sie möglicherweise fehlerhaft. Wird 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/Hasenböhler Franz/Harrer Friedrich/Rhinow René (Hrsg.), *Privatrecht und Methode*, Festschrift für Ernst A. Kramer, Basel 2004, S. 67 ff.; Ancel Marc, *Utilité et méthodes du droit comparé*, Neuenburg 1971; Bernasconi Christophe, *Der Qualifikationsprozess im internationalen Privatrecht*, Diss. Freiburg 1997 = Schweizer Studienzum internationalen Recht, Band 101, Zürich 1997; Brand Oliver, *Grundfragen der Rechtsvergleichung – ein Leitfaden für die Wahlfachprüfung*, JuS 2003, S. 1082 ff.; 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 Studienzum 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 38 ff.; Furrer Andreas/Girsberger Daniel, *Kurzer Leitfaden zur Erstellung einer Dissertation*, ius full 3/2003, S. 136 ff.; Grossfeld Bernhard,

Kernfragender Rechtsvergleichung, Tübingen 1996 (zitiert: Grossfeld, Kernfragen); Grossfeld Bernhard, Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung, Tübingen 1984 (zitiert: Grossfeld, Macht); Grossfeld Bernhard, Rechtsmethoden und Rechtsvergleichung, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 55. Jahrgang (1991), S. 4ff. (zitiert: Grossfeld, Rechtsmethoden); Grossfeld Bernhard, Rechtsvergleichung, Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G 374, Wiesbaden 2001 (zitiert: Grossfeld, Rechtsvergleichung); Huguenin Claire, Europäisches Vertragsrecht auf dem Weg vom Konsumentenrecht zum Allgemeinen Vertragsrecht, in: Kellerhals Andreas (Hrsg.), Einführung in europäisches Wirtschaftsrecht, Europa Institut Zürich, Band 45, Zürich 2003, S. 173ff.; Kötz Hein, Wasser wartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?, *Juristenzeitung* JZ 1/1992 S. 20ff.; Kropholler Jan, Europäisches Zivilprozessrecht, 8. A., Frankfurt am Main 2005; Magnus Ulrich, Konventionsübergreifende Interpretation internationaler Staatsverträge privatrechtlichen Inhalts, in: Basedow Jürgen et al. (Hrsg.), Aufbruch nach Europa, 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht, Tübingen 2001, S. 571ff.; Markesinis Basil, Rechtsvergleichung in Theorie und Praxis, München 2004; Mulheron Rachael, *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective*, Oxford 2004; Mächler-Erne Monica, 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 Main 1996; 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, Tübingen 1967, S. 1ff.; Radbruch Gustav, Vonder Methodeder Rechtsvergleichung, in: Zweigert Konrad/Puttfarcken Hans-Jürgen (Hrsg.), Rechtsvergleichung, Darmstadt 1978, S. 52ff.; Rainer J. Michael, Europäisches Privatrecht. Die Rechtsvergleichung, Salzburger Studien zum Europäischen Privatrecht, Band 12, Frankfurt am Main 2002; Reimann Mathias, Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, Schriftenreihe der Juristischen Schulung, Heft 134, München 1997; Rheinsteins Max, Einführung in die Rechtsvergleichung, 2. A., München 1987; Sacco Rodolfo, Einführung in die Rechtsvergleichung, Baden-Baden 2001; Sandrock Otto, Praktische Rechtsvergleichung – Eine Skizze, verbunden mit dem Versuche einer Systematisierung, in: Rechtsvergleichung als zukunftssträchtige Aufgabe, Sandrock Otto/Grossfeld Bernhard/Luttermann Claus/Schulze Reiner/Saenger Ingo (Hrsg.), Münsteraner Studien zur Rechtsvergleichung, Band 100, Münster 2004, S. 1ff.; Schack Haimo, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht, Schriftenreihe der Juristischen Schulung, Band 101, 3. A., München 2003 (zitiert: Schack, Einführung); Schack Haimo, Internationales Zivilverfahrensrecht, 3. A. München 2002 (zitiert: Schack, Zivilverfahrensrecht); Schmidhauser Bruno, Der Begriff der «mehreren Unternehmen» im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG, in: Forstmoser Peter/vonder Crone Hans Caspar/Weber Rolf H./Zobl Dieter (Hrsg.), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, Festschrift für Prof. Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, 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, Tübingen 1996; Thunis Xavier, *L'empire de la comparaison*, in: vander Mensbrugge, François R. (Hrsg.), *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, *Travaux de la Faculté de Droit de Namur*, No 25, Namur 2003, S. 5ff.; Voigt Rüdiger, Globalisierung des Rechts. Entsteht eine «dritte Rechtsordnung»? in: Voigt Rüdiger (Hrsg.), *Globalisierung des Rechts*, Schriften zur Rechtspolitik, Band 9, Baden-Baden 2000, S. 13ff.; Weisflog Walter E., Rechtsvergleichung und juristische Übersetzung, Zürich 1996; Wiegand Wolfgang, Zur Anwendung von autonom nachvollzogenem EU-Privatrecht, in: Forstmoser Peter/vonder Crone Hans Caspar/Weber Rolf H./Zobl Dieter (Hrsg.), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, Festschrift für Prof. Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, S. 171ff.; Zajtay Imre, Beiträge zur Rechtsvergleichung, Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Band 25, Tübingen 1976; Zweigert Konrad/Kötz Hein, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. A., Tübingen 1996; Zweigert Konrad/Puttfarcken Hans-Jürgen, Zur Vergleichbarkeit analoger Rechtsinstitute in verschiedenen Gesellschaftsordnungen, in: Zweigert Konrad/Puttfarcken Hans-Jürgen (Hrsg.), *Rechtsvergleichung*, Darmstadt 1978, S. 395ff.

---

Rechtsanwalt Dr. Arnold F. Rusch LL.M.

---



- 1 Vgl. die Definitionen der Auslandsrechtskunde und der funktionellen Rechtsvergleichung bei Rheinsteins, S. 27f.
- 2 Vgl. Zweigert/Kötz, S. 42.
- 3 So Rabel, S. 3; Zweigert/Kötz, S. 46 sehen die Wertung als notwendigen Teil der Rechtsvergleichung. Zweigert/Puttfarcken, S. 400 ff. unterscheiden zwischen einer wertenden und einer nicht wertenden Rechtsvergleichung.
- 4 Zweigert/Puttfarcken, S. 403.
- 5 Vgl. Rheinsteins, S. 22; vgl. Zweigert/Kötz, S. 6.
- 6 Vgl. Rheinsteins, S. 23.
- 7 Rabel, S. 6 und Zweigert/Kötz, S. 14.
- 8 Zweigert/Kötz, S. 3.
- 9 Zur Rechtsvereinheitlichung siehe Rabel, S. 1, der die Schaffung des deutschen BGB angesichts der bestehenden Rechtszersplitterung als Akt angewandter Rechtsvergleichung bezeichnete: Aus jeder zum Vergleich herangezogenen Rechtsordnung wurde mittels Rechtsvergleichung die beste Lösung evaluiert und für das BGB ausgewählt; siehe auch Zweigert/Kötz, S. 23 f.; Rainer, S. 74 ff.; Grossfeld, Macht, S. 37 ff.; Grossfeld, Rechtsvergleichung, S. 12 f.; Zajtay, S. 58 f.
- 10 Zum Wettbewerb um das bessere Rechtssystem siehe Voigt, S. 17.
- 11 Die Terminologie zur *Vereinheitlichung* und *Harmonisierung* ist nicht einheitlich. Vorliegend wird von folgender Unterscheidung ausgegangen: Die *Harmonisierung* verfolgt das Ziel der Angleichung der rechtlichen Lösungen unter Beibehaltung der unterschiedlichen Rechtsordnungen (Beispiel: eine EU-Richtlinie, die von allen EU-Staaten in nationale Recht umgesetzt wird), während die *Rechtsvereinheitlichung* den Ersatz der unterschiedlichen Rechtsordnungen durch ein Einheitsrecht anstrebt (Beispiel: eine EU-Verordnung, die in allen EU-Staaten unmittelbar gilt). Zweigert/Kötz, S. 24 sehen in der Schaffung von Modellgesetzen die zukunftsträchtigste Methode der Rechtsharmonisierung. Vgl. zu diesem Thema auch den Aktionsplan 2003 der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, der die Schaffung eines Modellgesetzes in Form eines Referenzrahmens vorsieht. Dieser Referenzrahmen, dessen Teile derzeit von verschiedenen Forschungsteams in ganz Europa entwickelt werden, soll die Kohärenz des EU-Gemeinschaftsrechts auf dem Gebiet des Vertragsrechts erhöhen. Dies wäre ein Ziel der *Harmonisierung*. Eventuell kann sich daraus aber auch ein europäisches Zivilgesetzbuch entwickeln. Dies wiederum stellt ein Ziel der *Vereinheitlichung* dar. Siehe zum Aktionsplan 2003 für ein kohärenteres europäisches Vertragsrecht und zum Referenzrahmen Huguenin, S. 182 ff.
- 12 Wiegand, S. 183 geht von einer Verpflichtung zur Auslegung autonom nach vollzogenen EU-Privatrechts mittels europakonformer Auslegung aus: «*Dienachfolgenden Betrachtungen beruhen (... ) auf der Überlegung, dass sich aus den Intentionen des autonomen Nachvollzuges nicht nur die Legitimation, sondern auch die Verpflichtung zu einer europäischen Auslegung nach vollzogener, nationaler Normen ergibt, andernfalls die angestrebte partielle Europakompatibilität der Rechtsordnung zwangsläufig totor Buchstabe bleiben muss.*» Vgl. dazu auch Schmidhauser, S. 435, der zwar von einer autonomen Auslegung nach vollzogenen Rechtsausgeht, aber festhält, «*dass es wenig Sinn macht, Gesetzesformulierungen aus anderen Rechtsordnungen zum Teil wörtlich zu übernehmen, wenn nicht die Absicht besteht, nicht nur der Formulierung, sondern auch der Handhabung durch die zuständigen Behörden grundsätzlich zu folgen.*» Siehe dazu auch Schweizer, S. 639 f.: «*Die praktische Frage dürfte sein, wie weit dies schweizerischen Gerichte zukünftig bei der Auslegung des eigenständig rezipierten EG-Rechtsgehaltens sind, die EuGH-Rechtsprechung zu beachten. M. E. kann der enggrundlose Missachtung mindestens einen beschwerdefähigen Willkürgrund darstellen.*» Vgl. auch den Entscheid der Rekurskommission EVD vom 15. Mai 1998, abgedruckt in RPW 1998/3, S. 460 ff., 471 f., Erw. 5.1. und 5.2.: «*Essprechentrichtige Gründe für die Unterstellung der Neugründung von Gemeinschaftsunternehmen unter die Fusionskontrolle, so namentlich der Wille zur Anlehnung an das EG-Recht sowie die Möglichkeit, wirtschaftliche und finanzielle Macht überein Gemeinschaftsunternehmen auszuspielen. (... ) Der Wille zur Anlehnung an eine europäische Recht ist im fraglichen Zusammenhang derart eindeutig ausgewiesen (... ), dass der zu enge Gesetzeswortlaut keine unüberwindliche Hürde darstellt. Tatsächlich ist der Einbezug der Neugründung von konzentrativen Gemeinschaftsunternehmen im EG-Wettbewerbsrecht unbestritten*» ; siehe auch BGE 129 III 335 ff., 350: «*Nachvollzogenes Binnenrecht ist im Zweifelsfall 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 dies schweizerische Ordnung in einer ausländischen – hier der europäischen – angeglichen, ist die Harmonisierung nicht nur in der Rechtssetzung, sondern namentlich auch in der*

- AuslegungundAnwendungdesRechtsanzustreben,soweitdiebinnenstaatlichzubeachtendeMethodologieeine solcheAngleichungzulässt.(...)DieAngleichunginderRechtsanwendungdarfsichdabeinichtblossander europäischenRechtslageorientieren,diemZeitpunktderAnpassungdesBinnenrechtsdurchdenGesetzgeber galt.VielmehrhatsieauchdieWeiterentwicklungdesRechts,mitdemeineHarmonisierungangestrebttwurde, imAugezubehalten» ;zuBGE129III335undzureuropakonformenAuslegungsieheauch Amstutz,S.67ff.; zudenGrenzendereuropakonformenAuslegungsieheBGE124III495ff.,Erw.2und Amstutz,S.90.*
- <sup>13</sup> Vgl. Zweigert/Kötz,S.14und20f.;vgl. Rainer,S.73; Thunis,S.13.
- <sup>14</sup> DieRechtsvergleichunganhandeinesLebenssachverhalts wird *casemethod* genanntundunterscheidetsich damitvondenabstraktenFragestellungenwissenschaftlicherForschungsarbeiten;siehedazuuntenRz.16und Rheinsteins,S.192;vgl.auch Rabel,S.7.
- <sup>15</sup> DasSchweizerischeBundesgerichtmachthäufigrechtsvergleichendeErwägungen(vgl.BGE126III129ff.; BGE121III279,281).
- <sup>16</sup> SieheausführlichzurBerücksichtigungausländischenGewohnheitsrechtsundausländischerLehre Dürr,Art.1 ZGBN436ff.und549.
- <sup>17</sup> ZurLückenfüllungmittelsRechtsvergleichungsiehe Zweigert/Kötz,S.17.
- <sup>18</sup> ZitatausBGE126III129,138,Erw.4.
- <sup>19</sup> Siehedazuausführlich Bernasconi,S.163ff.mitweiterenHinweisen; Zweigert/Kötz,S.6f.;vgl. Rainer,S.74; vgl.allgemeinzurNotwendigkeitderRechtsvergleichungimIPR Grossfeld,Macht,S.45ff., Zajtay,S.61und Brand,S.1083.
- <sup>20</sup> Mächler-Erne,Art.17IPRGN18;vgl.auch Brand,S.1083.
- <sup>21</sup> Kropholler,Einleitung,N42;vgl. Zweigert/Kötz,S.7f.und19f.;vgl. Magnus,S.581,dernichtnurfüreine rechtsvergleichende,sondernauchfüreine *konventionsübergreifendeInterpretation* internationalerStaatsverträge eintritt.
- <sup>22</sup> SiehezurForderungnacheinemWettbewerbumbdasbessereRecht Voigt,S.17.
- <sup>23</sup> Vgl.NZZvom8.Mai2001,S.64.
- <sup>24</sup> Vgl.auchdasbei Thunis,S.5zitierteBeispielausdemJahre1933.
- <sup>25</sup> Vgl.hiezur Rabel,S.3und Zweigert/Kötz,S.8.
- <sup>26</sup> Siehedazu Kötz,S.20ff.
- <sup>27</sup> Vgl.hiezur Zweigert/Kötz,S.8und Rainer,S.22.
- <sup>28</sup> Zweigert/Kötz,S.4; Zweigert/Puttfarcken,S.401; Rheinsteins,S.33f.
- <sup>29</sup> Rheinsteins,S.32; Zweigert/Kötz,S.4f.
- <sup>30</sup> Zweigert/Kötz,S.5.
- <sup>31</sup> Vgl.zurBedeutungderRechtssoziologieinderRechtsvergleichung Rheinsteins,S.28f.und143ff.; Zweigert/Kötz,S.10f.; Rainer,S.25f.
- <sup>32</sup> Vgl. Zweigert/Puttfarcken,S.401f.;vgl. Ancel,S.101.
- <sup>33</sup> Vgl.oben,Rz.8; Rheinsteins,S.192.
- <sup>34</sup> SieheauchdieBeispielebei Ancel,S.40f.,53und93.
- <sup>35</sup> ZurprozessualenNaturderVerjährungsregeln( *statuteoflimitations* )indenUSAsiehe Schack, Zivilverfahrensrecht,Rz.522und Dörig,S.87Fn.458;vgl. Reimann,S.75: «*Dastortlawzeigtmitbesonderer DeutlichkeitdieengeVerknüpfungzwischenmateriellemRechtundVerfahren,diedasanglo-amerikanische Rechtseitjehergeprägthat*».
- <sup>36</sup> Siehedazu Dörig,S.66undS.67Fn.330;zur *americanrule* sieheauch Schack,Einführung,S.10f.
- <sup>37</sup> Vgl. Schack,Einführung,S.1und10;zudenProzessentschädigungenimKantonZürichsiehe§68i.V.m.§64 Abs.2ZPO(ZHLS271).
- <sup>38</sup> Vgl.dasBeispielbei Schack,Einführung,S.29.
- <sup>39</sup> Dörig,S.67;vgl.auch Reimann,S.97.
- <sup>40</sup> Zuden *classactions* Dörig,S.439ff.; Schack,Einführung,S.81ff.; Mulheron,S.3und42ff.
- <sup>41</sup> Vgl. Dörig,S.67Fn.330undS.367ff.; Schack,Einführung,S.8f.; Sandrock,S.20ff.
- <sup>42</sup>

- Art. 12 lit. edes Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA; SR 935.61).
- 43 Siehe zur *jury*, zum *deepocket*-Argument und zu den Reduktionen des Schadenersatzes Dörig, S. 63 ff., dort insbesondere Fn. 319. Das *deepocket*-Phänomen lässt sich mit dem Wunsch der Geschworenen und Kläger umschreiben, «das big business zugunsten des little guy» bluten zu lassen (Dörig, S. 63 f., Fn. 317).
- 44 Schack, Einführung, S. 6.
- 45 Siehe die dazu gehörigen Internetseiten von *Judge Judy* [www.judgejudy.com](http://www.judgejudy.com) und *Judge Joe Brown* [www.judgejoebrown.com](http://www.judgejoebrown.com) («*Defender of womanhood, promoter of manhood*») und des Gerichtskanals *Court TV* [www.courttv.com](http://www.courttv.com) (alle abgerufen am 31. Januar 2006). *Judge Judy* ist wahrscheinlich die «*strengste und gleichzeitig beliebteste TV-Richterin*» in den USA (Piotrowski, S. 79, die auch über das Phänomen und die Beliebtheit der Gerichtsshow 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. die diesbezüglichen Überlegungen von Markesinis, S. 50 f.
- 48 Zweigert/Kötz, S. 40 ff. 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-Beziehung suggeriere und den Blick nur auf die Seite des Empfängers lenke. Sie benützt stattdessen den unbelasteten Begriff des *Transfers*; siehe auch Fögen, Rechtstransfer, S. 38 ff.
- 50 Siehe zur Einteilung in Rechtssysteme, -kreise, -gruppen oder -familien insbesondere das Werk von David/Jauffret-Spinosi, S. 15 ff.; Rheinsteins, S. 15 und 77 ff.; Zweigert/Kötz, S. 40 f.; Rainer, S. 43 ff.; Ancel, S. 43 ff. und 61 ff., wo auf die Anleihe und die Rezeption eingegangen wird; vgl. Sacco, S. 26 ff.; Zajtay, S. 67 ff.; Weisflog, S. 21, geht zusätzlich auf den Zusammenhang der Sprache mit den Rechtskreisen ein.
- 51 Rheinsteins, S. 77 ff.; vgl. Zweigert/Kötz, S. 40 ff.; vgl. David/Jauffret-Spinosi, S. 16 ff.; vgl. auch Rainer, S. 47.
- 52 Zu den Problemen der juristischen Übersetzung siehe Weisflog, S. 41 ff.; Sacco, S. 39; Rainer, S. 27 ff.
- 53 Schwenzer/Müller-Chen, Vorwort, S. VI f.
- 54 Radbruch, S. 56; vgl. die allgemeinen Überlegungen zur Voreingenommenheit bei Grossfeld, Kernfragen, S. 106 f. und Grossfeld, Rechtsmethoden, S. 8 f.
- 55 Vgl. Weisflog, S. 91 f. anhand des Beispiels von *Diebstahl und theft*; weitere Beispiele auf S. 104 ff. und S. 108 ff. zum Beispiel *Domizil, domicile und residence*; siehe auch Ancel, S. 91 f.
- 56 Vgl. dazu Weisflog, S. 32 f. und Rainer, S. 28 f.
- 57 Siehe dazu 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* benützt, sondern *Gottes Seehund*; siehe auch Ancel, S. 91 f. und weitere Beispiele bei Weisflog, S. 55 f. 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 Leser oft langweilen. Sie empfehlen einen Vergleich lediglich im Rahmendes 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. 42 f.
- 62 Vgl. dazu Zweigert/Kötz, S. 34, 37 f., 43.

Rechtsgebiet: Rechtsvergleichung  
Erschienen in: Jusletter 13. Februar 2006  
Zitiervorschlag: Arnold F. Rusch, Methoden und Ziele der Rechtsvergleichung, in: Jusletter 13. Februar 2006  
Internetadresse: <http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.asp?ArticleNr=4500>