

# Rechtsvergleichung

## Einführung und Überblick

PD Dr. Sebastian Mock, LL.M. (NYU)  
Attorney-at-Law (New York)

# A. Überblick

- Rechtsvergleichung als Sehnsuchtsort der Juristen (insbesondere aber nicht nur der Zivilrechtler)
- Blick über den Tellerrand als „typische“ Reaktion auf eine (zu intensive) Auseinandersetzung mit eigenen Rechtsordnung
- praktisches Bedürfnis aufgrund der zunehmenden Zahl von legal transplants und dem Wettbewerb der Rechtsordnungen (vor allem im Wirtschaftsrecht)
- Rechtsvergleichung als „Auslandsrechtskunde“ → schwierige und oftmals mühselige Aufgabe der Ermittlung ausländischen Rechts
- Rechtsvergleichung anstelle bloßer Auslandsrechtskunde als enorme (intellektuelle) Bereicherung für die Auseinandersetzung mit dem eigenen Rechtssystem (falls dieses nicht zu groß ist)
- Konzept der funktionalen Rechtsvergleichung → Ermittlung des sozialen Konflikts und seiner Behandlung in der Rechtsordnung (z.Bsp. *punitive damages*, *trial by jury*, Experten- und Dritthaftung, Verjährung, Erbrecht des Ehegatten)

## A. Überblick



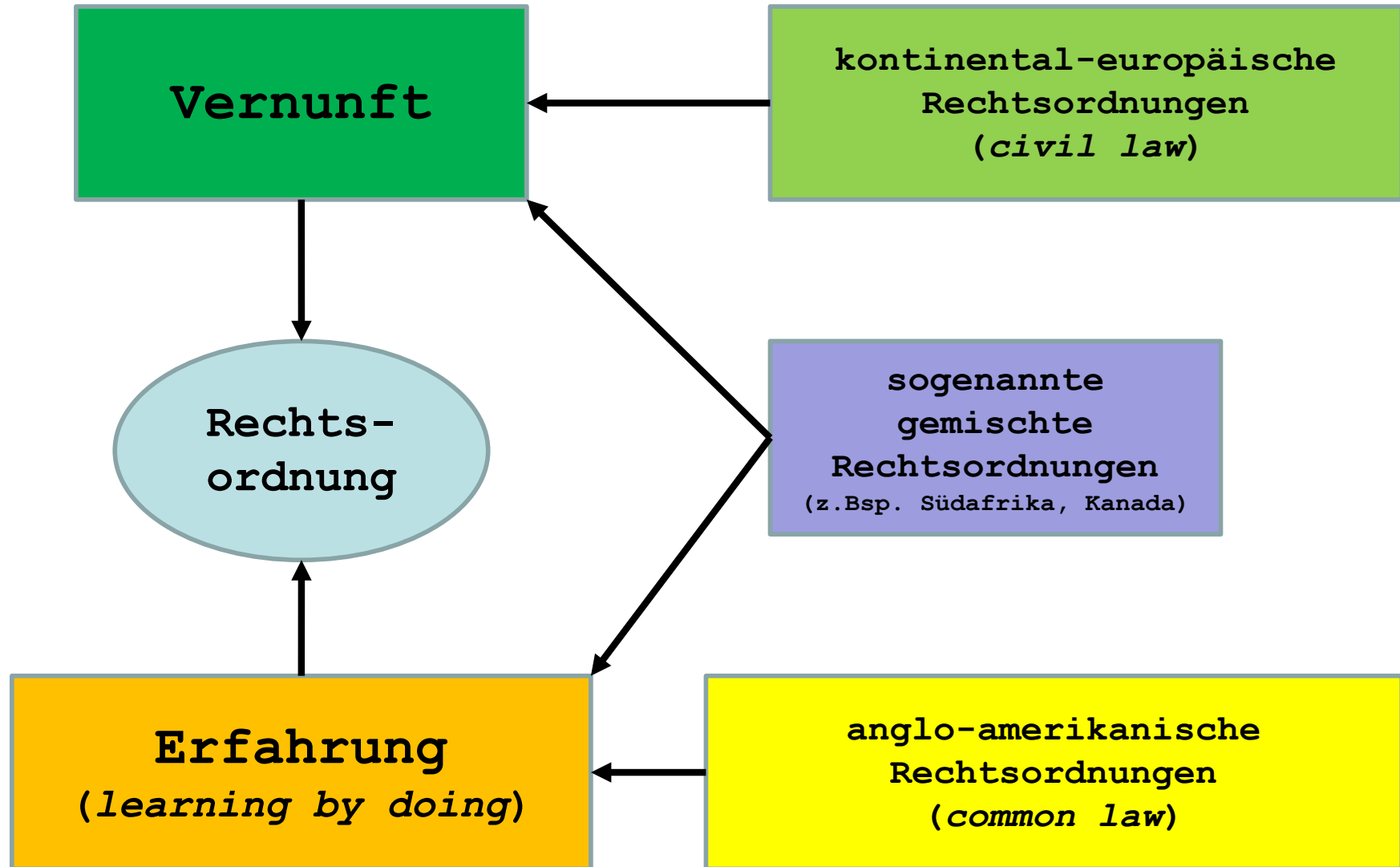
das englische Gartenkonzept

## A. Überblick

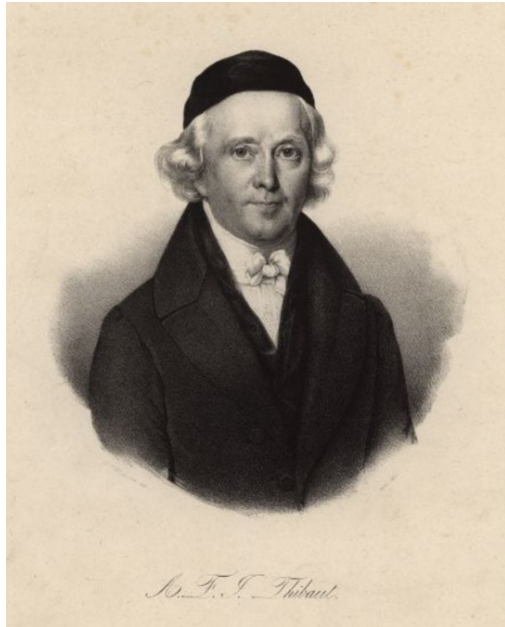


das französische oder  
kontinentale Gartenkonzept

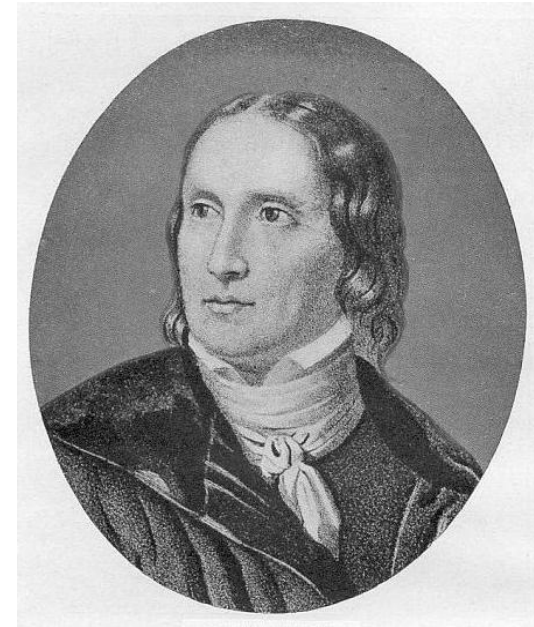
# A. Überblick



## A. Überblick



**Anton Friedrich  
Justus Thibaut**



**Friedrich Carl  
von Savigny**

sogenannter Kodifikationsstreit zwischen *Thibaut* (Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland) und *Savigny* (Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft)

# A. Überblick

- Befassung mit den Ziele und Methoden der Rechtsvergleichung
- Konzept der Rechtskreise und Rechtskulturen
- **intensive Auseinandersetzung mit:**
  - o anglo-amerikanische Rechtskreis
  - o romanische Rechtskreis
  - o deutsche Rechtskreis
  - o skandinavische Rechtskreis
  - o mixed legal systems
  - o afrikanische Rechtsordnungen
  - o asiatische Rechtsordnungen
  - o religiöse und ideologische Rechte (insbesondere das islamische Recht)
  - o transnationales Recht
- Falllösung

# A. Überblick



## Pflichtfachbereich

### § 3 Abs. 1 Satz 2 Juristenausbildungs- und Prüfungsordnung (JAPrO)

Grundlagenfächer (Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie, Juristische Methodenlehre, Rechtsvergleichung, Allgemeine Staatslehre) sind angemessen zu berücksichtigen.

## Schwerpunktbereich

### § 28 Abs. 2 Juristenausbildungs- und Prüfungsordnung (JAPrO)

Der Kandidat beschäftigt sich in wissenschaftlicher Vertiefung mit dem Rechts- oder Lebensbereich. Die einschlägigen rechtsgeschichtlichen, rechtsphilosophischen und rechtssoziologischen Grundlagen sowie die Bezüge des Schwerpunkts zur juristischen Methodenlehre und zur Rechtsvergleichung können angemessene Berücksichtigung finden.



## B. Rechtsvergleichung und Nachbargebiete

- **Rechtsübersetzung** → besser Rechtslinguistik
  - Problem der Übersetzung von Rechtsbegriffe oder ganzer Kodifikationen in andere Sprachen
  - juristische Vorprägung bestimmter Begriffe in anderen Sprachen (z.Bsp. *contract*/Vertrag bei Schenkungen), *board of directors*/Vorstand)
  - bestehende Unmöglichkeit der Übersetzung bestimmter Begriffe (z.Bsp. Erlaubnistatbestandsirrtum, *consideration*)
  - Verfassen fremdsprachiger juristischer Texte als große (oft nicht anerkannte) Leistung
  - Erfordernis eines juristisch umfassend geschulten Übersetzers
  - immanente Restgefahr babylonischer Sprachverwirrung (z.Bsp. innerhalb der EU)
- **Rechtsgeschichte** → „Rechtsvergleichung der Zeit“
  - Auseinandersetzung mit einem fremden (weil nicht mehr unbedingt geltenden) Recht als Gemeinsamkeit
  - Parallelen aufgrund der Bedeutung der Rechtsgeschichte für jede Rechtsordnung
  - historische Rechtsvergleichung als neuere Disziplin

## B. Rechtsvergleichung und Nachbargebiete

- **Rechtssoziologie** → Wechselbeziehung zwischen Gesellschaft und Recht (Untersuchung der Rechtswirklichkeit)
  - sozusagen immanente Schranke der Rechtsvergleichung („totes Recht“ als untauglicher Untersuchungsgegenstand)
  - Rechtssoziologie aufgrund der Ausrichtung der Rechtsvergleichung auf den „sozialen Konflikt“ von besonderem Interesse
  - *Law in Books* und *Law in Action*
- **Rechtsethnologie** (*Rechtsvölkerkunde*) → Untersuchung der Rechtsordnungen meist primitiver Völker als Gegenstand
- **Rechtsethologie** (*Verhaltensforschung*) → Untersuchung der Auswirkungen des Rechts
- **Rechtsanthropologie** (*Menschenkunde*) → (vergleichende) Untersuchung der wesenhaften Gemeinsamkeiten und kulturellen Besonderheiten der Menschen

## B. Rechtsvergleichung und Nachbargebiete

- **internationales Privatrecht** → Hauptanwendungsgebiet der Rechtsvergleichung
  - Rechtsvergleichung als notwendige Folgedisziplin des internationalen Privatrechts (bei fehlender Anwendung der stets eigenen Rechtsordnung) aufgrund des Erfordernisses der Ermittlung des dann anwendbaren ausländischen Rechts
  - vergleichendes internationales Privatrecht als eigenständige Disziplin mit zurückgehender Bedeutung im europäischen Binnenmarkt aufgrund der Europäisierung des IPR
  - Wechselwirkung zwischen beiden Disziplinen im Rahmen der Qualifikation (Konzept der rechtsvergleichenden Qualifikation)
- **vergleichende Politikwissenschaft** →
  - Fortsetzung des gegenseitigen Ignorierens der beiden Rechtsgebiete auch in vergleichende Hinsicht
  - Problem der fehlenden Adressierung der Rechtspolitik oder Politikwissenschaft in der Rechtswissenschaft
  - Übereinstimmung mit dem vergleichenden Verfassungsrecht

# C. Ziele der Rechtsvergleichung

## I. Kommunikation

- Interaktion und **Austausch zwischen Juristen weltweit** als Teil der Völkerverständigung und zum Abbau von Vorurteilen (z.Bsp. im transatlantischen oder aber auch deutsch-österreichischen Verhältnis) → zentrale Voraussetzung für Rechtsvereinheitlichungsprojekte auf weltweiter (z.Bsp. UNCITRAL) oder europäischer Ebene (z.Bsp. europäisches Privatrecht)
- Vermeidung eines **rechtskulturellen Imperialismus** durch stärkeres gegenseitiges Verständnis – auch des rechtskulturellen Selbstimperialismus (vorbehaltlose Übernahme von ausländischen Systemen oder Konzepten [z.Bsp. Bachelor/Master-Studiensystem])
- Vorbereitung auf die **anwaltliche Praxis** in grenzüberschreitenden und internationalen Sachverhalten – Verständnis der Konzepte der Gegenseite als Voraussetzung für die eigene Beratungsleistung

# C. Ziele der Rechtsvergleichung

## II. Rechtsbildung und erhöhtes Verständnis der eigenen Rechtsordnung

- Grundzüge der Rechtsvergleichung als Gegenstand der juristischen Allgemeinbildung
- Verständnis von der Rechtsvergleichung als zentrale Voraussetzung für ein Studium ausländischer Rechtsordnungen (Erasmus oder LL.M.)
- Rechtsvergleichung als quasi immanenter Bestandteil eines jeden Rechtsgebiets (Frage nach der Sinnhaftigkeit der eigenständigen Behandlung [Parallelproblem beim Europarecht])
- erhöhtes Verständnis der eigenen Rechtsordnung aufgrund der vermittelten Relativität der dort bestehenden Systeme und Einzelfragen – Widerlegung oftmals als selbstverständlich vorausgesetzter Grundannahmen

# C. Ziele der Rechtsvergleichung

## III. Gesetzgebung

- zunehmende **Beeinflussung der Gesetzgebung** durch die Rechtsvergleichung → Idee der Anlehnung oder eines „Ab-schreibens“ bereits in anderen Rechtsordnungen entwickelter Konzepte
- aber: weit **zurückreichendes Phänomen** (z.Bsp. Schaffung des BGB [1896] oder des GmbHG [1892])
- maßgebliche **Rolle des deutschen Rechts** in vielen Rechtsordnungen (z.Bsp. Osteuropa oder Asien)
- Idee der **Rechtsvereinheitlichung oder -harmonisierung** zur Vermeidung von Reibungsverlusten bei der Anwendung (CISG, Modellgesetze, private Standards [Principles of European Contract Law]) vor allem im europäischen Binnenmarkt (→ Schaffung eines europäischen Privatrechts)
- sogenannte **legal transplants** (*Rechtsübertragung*) als Sonderproblem (z.Bsp. Bilanzid [§ 264 II 3 HGB])

# C. Ziele der Rechtsvergleichung

## IV. Rechtsvergleichende Auslegung

- Begründung einer fünften Auslegungsmethode
- rechtsvergleichende Auslegung im weiteren Sinne →  
Auslegung des internationalen Privatrechts oder des internationalen Einheitsrechts
- rechtsvergleichende Auslegung im engeren Sinne →  
Auslegung des nationalen Rechts (ohne internationalen oder grenzüberschreitenden Bezug)
  - große Relevanz im Rahmen der vergleichenden Verfassungsrechts vor allem in den USA (z.Bsp. Verfassungswidrigkeit der Todesstrafe für Minderjährige [2005]) aber auch in Deutschland (z.Bsp. Größe der Wahlkreise und Gleichheit der Wahl [BVerfGE 95, 335, 363 f.] )
  - auch im Zivilrecht zunehmend anzutreffen (z.Bsp. *The German experience* – Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter bei fehlender Testamentsänderung durch beauftragten Anwalt)
  - dennoch: eher Ausnahme als Regel aufgrund weit verbreiteter Skepsis gegenüber ausländischen Recht („*holus-bolus from some other system of law*“)

# C. Ziele der Rechtsvergleichung

## V. Rechtsquellenbildung

- besondere Bedeutung in (zusammengesetzten) Rechtsordnungen
- Art. 38 I lit. c) Statut des Internationalen Gerichtshofs → allgemeine Rechtsgrundsätze als Hauptrechtsquelle im Völkerrecht
- Art. 340 II AEUV → außervertragliche Haftung der Union nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemein sind
- Art. 6 III EUV → **Grundrechte**, ... , *wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben*



# C. Ziele der Rechtsvergleichung

## VI. Anwendungsermittlung

- Erfordernis der Ermittlung des anwendbaren Rechts durch den Richter und die Parteien im Zivilprozess
- meist Bestellung von Sachverständigen zur Ermittlung

### § 293 ZPO

#### **Fremdes Recht; Gewohnheitsrecht; Statuten**

Das in einem anderen Staat geltende Recht, die Gewohnheitsrechte und Statuten bedürfen des Beweises nur insofern, als sie dem Gericht unbekannt sind. Bei Ermittlung dieser Rechtsnormen ist das Gericht auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise nicht beschränkt; es ist befugt, auch andere Erkenntnisquellen zu benutzen und zum Zwecke einer solchen Benutzung das Erforderliche anzuordnen.

# D. Methoden der Rechtsvergleichung

## I. Überblick

- Ermittlung der „richtigen“ Methode als **Grundstreit der Rechtsvergleichung** aufgrund des Betreibens der Rechtsvergleichung mit unterschiedlichen kulturellen Vorprägungen
- Entwicklung einer **(theoretischen) Methode** oder einer **Theorie der Praxis** → Gefahr der voreingenommenen (weil national vorgeprägten) Betrachtung einer weltweit praktizierten Wissenschaft
- **funktionale Rechtsvergleichung** als zentraler Ansatzpunkt für eine Methode der Rechtsvergleichung → zunehmende Kritik und Entwicklung alternativer Methoden

# D. Methoden der Rechtsvergleichung

## II. Funktionale Rechtsvergleichung

Erfordernis des Vergleichs von Recht, das  
dieselbe Funktion erfüllt

(Adressierung des gleichen *sozialen Konflikts*)

- maßgebliche Entwicklung und Prägung durch *Zweigert/Kötz* (Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996 mit zahllosen Übersetzungen in andere Sprachen)
- Beispiele:
  - Formvorschriften für bestimmte Verträge oder Erklärungen (str.)
  - *pre-trial discovery* und Beweislastverteilungen
  - *punitive damages* und Produkthaftungsrecht bzw. Produktsicherheit
  - Verbot anwaltlicher Erfolgshonorare und Prozesskostenhilfe
  - Minderjährigenrecht und Bereicherungsrecht

# D. Methoden der Rechtsvergleichung

## III. Kritik an der funktionalen Methode

- Funktionalität des Rechts oftmals nicht eindeutig bestimmbar (z.Bsp. Meinungsfreiheit [Individualschutz, freier Markt von Ideen oder institutioneller Schutz des demokratischen Meinungsbildungsprozesses])
- Effektivitätsproblem von Normen → Rechtssoziologie
- Beschränktheit des eigentlichen Vergleichsvorgangs – Problem der Gleichheit bzw. der Vergleichbarkeit
- Schwierigkeit der Berücksichtigung des kulturellen Hintergrundes → Entwurzelung von Normen
- (fehlende) Neutralität des Vergleichenden (Pfadabhängigkeit und Vorprägung durch eigene Rechtsordnung)

# D. Methoden der Rechtsvergleichung

## IV. Alternative Methoden

- **3-Phasen-Modell** (*Constantinesco*)
  - Feststellen → Ermittlung aller relevanten Normen
  - Verstehen → Eingliederung der Normen in die Rechtsordnung
  - Vergleichen → wertende Betrachtung
- **Lehre von den Formanten** (*Sacco*) → Anerkennung aller Rechtsquellen als sogenannten Formanten, die insgesamt bewertet werden müssten – Suche nach dem „einzig richtigen“ Recht
- **dialektische Rechtsvergleichung** (*Tschentscher*) → keine Bindung an formale oder systematische Vorfragen – Vergleich als dynamischer Prozess
- **ökonomische Analyse des Rechts** als *Wachablösung* der Rechtsvergleichung mit Suche nach dem *richtigen Recht*?

→ **Fragwürdigkeit des Wertes der alternativen Modelle vor dem Hintergrund der Zielsetzungen der Rechtsvergleichung insgesamt**

# D. Methoden der Rechtsvergleichung

## V. Kontextuelle Rechtsvergleichung

- Idee einer Art erweiterter funktionaler Betrachtungsweise  
→ **Einbindung des jeweiligen Kontexts** in den Rechtsvergleich
- Korrektur der funktionalen Methode zur Vermeidung **typischer Fehler** der Rechtsvergleichung
  - Lese- und Übersetzungsfehler aufgrund abweichender Bedeutungen innerhalb einer Sprache (z.Bsp. Supreme Court, Code des Marché Publics, Bundesrat)
  - Quellenprobleme (z.Bsp. Bedeutung von Gerichtsurteilen, Kommentaren oder Aufsätzen)
  - Erfassen des Begriffsinhalts (z.Bsp. Rechtsstaatsprinzip vs. rule of law)
  - stark beeinflusstes Vorverständnis (z.Bsp. Meinungsfreiheit – Persönlichkeitsschutz und Menschenwürde oder free marketplace of ideas)
  - Übersehen funktionaler Äquivalente (z.Bsp. pre-trial discovery)



**häufig anzutreffen in rechtsvergleichenden Doktorarbeiten**