

# Rechtsvergleichung II: Einzelne Institutionen

Wintersemester 2017/2018

Montag, 16 - 18 h  
HS IV, Alte Universität

**Prof. Dr. Florian Bien**, Maître en Droit (Aix-Marseille III)

Lehrstuhl für Globales Wirtschaftsrecht, internationale  
Schiedsgerichtsbarkeit und Bürgerliches Recht

## I. Was ist Rechtsvergleichung

- Makrovergleichung (Kodifikationsstile, Juristische Methode, Arbeitsweise der Juristen, Streitbeilegung etc.) –  
Mikrovergleichung (Einzelprobleme, einzelne Institute des Rechts);  
Übergänge sind fließend
- Abgrenzungen: Internationales Privatrecht (nationales Metarecht);  
Auslandsrechte (kein Vergleich); Völkerrecht und supranationales  
Recht (einheitliches Recht); Rechtsgeschichte; Rechtsethnologie  
(Verhältnis von Recht und Kultur)

## II. Geschichte der Rechtsvergleichung

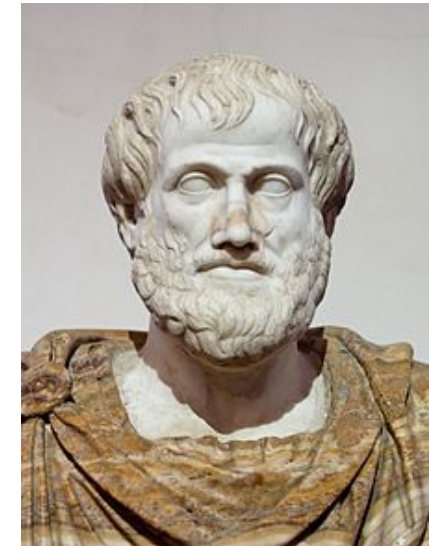
### 4. Jh. v. Chr. (*Antikes Griechenland*)

#### Platon, Nomoi (Νόμοι, Gesetze)

Fiktives Gespräch dreier Männer (Kreter Kleinias, Spartaner Megillos, Athener) über die ideale Staatsverfassung. Darin werden u. a. die Verfassungen verschiedener griechischer Stadtstaaten (Polis, Pl.: Poleis) verglichen.



#### ***4. Jh. v. Chr. (Antikes Griechenland)***



Aristoteles, Politik (Πολιτικά)

Vergleich von Verfassungen (erhalten ist der Abschnitt über Athen)

#### ***4. Jh. v. Chr. (Antikes Griechenland)***

Theophrast, Über die Gesetze

Privatrechtsvergleichung



### ***Römische Antike***

Römische Juristen: praktische keine Rechtsvergleichung. Cicero nennt andere Rechtsordnungen als im Vergleich zur römischen „verworren und geradezu lächerlich“.

### ***Mittelalter***

Überlegenheit des kanonischen und klassischen römischen Rechts, kaum Bedürfnis nach Beschäftigung mit anderen Rechtsordnungen.

## ***Aufklärung (Zeitalter der Kodifikationen)***

Rechtsvergleichende Forschung als Inspirationsquelle für Kodifikationen

- Code civil, 1804: Verbindung von germanisch beeinflussten Coutumes (Nordfrankreich) und südfranzösischem, römischrechtlichen Droit écrit
- HGB, 1861 (deutsche Partikularrechte, Code de commerce, niederländisches HGB „Wetboek von Koophandel“ von 1838)
- BGB, 1900: deutsche Partikularrechte, preußisches Recht; Code civil (Rheinland, modifiziert in Baden), römisches Recht; Betrachtungen auch zum schweiz. und österr. Recht

Weniger ausgeprägter vergleichender Ansatz, da vorwiegend naturrechtlich inspiriert :

- preuß. ALR, 1794,
- österr. AGBG, 1811

## **1900**

- Congrès international de droit comparé in Paris aus Anlass der Weltausstellung, organisiert von Raymond Saleilles, Eröffnungsvortrag: Edouard Lambert.
- Verschiedene Rechtsordnungen als Vorstufen eines Droit commun législatif (*Lambert*) bzw. eines „Droit commun de l’humanité civilisée“ (*Salleilles*)
- Geburt der Rechtsvergleichung als eigener wissenschaftlicher Disziplin



### III. Ziele der Rechtsvergleichung

- Erkenntnis  
*„Die Gewinnung von Erkenntnissen ist als solche hinreichender Zweck und Sinnstifter der Wissenschaft, ohne dass es dazu notwendig eines Alltagsnutzens bedürfe“ (Kischel, Rechtsvergleichung, 2014, S. 48)*
- Reform des eigenen Rechts: Rechtsvergleichung als Hilfsmittel für den Gesetzgeber
- Auslegung des eigenen Rechts: Rechtsvergleichung als Hilfsmittel für die Rechtsprechung

Vgl. Art. 1 Abs. 2 und 3 schweiz. ZGB:

*„(1) Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält.*

*(2) Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde.*

*(3) Es folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung..“*

- Richterliche Rechtsfortbildung: Rechtsvergleichung als Hilfsmittel für die Rechtsprechung II

Bsp. 1: BGH, Urteil vom 19.09.1961 - VI ZR 259/60 - Wunderwurzel, BGHZ 35, 363

*„Von einer der Eigenart der Persönlichkeitsverletzung angemessenen Beschränkung des immateriellen Schadensersatzes auf schwerere Fälle geht auch das Schweizer Recht aus, das dem Rechtsschutz der Persönlichkeit größere Aufmerksamkeit gewidmet hat als das BGB (vgl. Art. 49 Abs. 1 des Schweizerischen Obligationsrechts).“*

- Richterliche Rechtsfortbildung: Rechtsvergleichung als Hilfsmittel für die Rechtsprechung II – Forts.

Bsp. 2: BGH, Urteil vom 18.1.1983 - VI ZR 114/81 – Wrongful Life, BGHZ 86, 240

*„Ausländische Entscheidungen, die aber schon wegen der verschiedenen Rechtsgrundlagen nur beschränkt für das inländische Recht Bedeutung haben können, sind, soweit ersichtlich, in England und in den Vereinigten Staaten ergangen. In England ist ein Anspruch des Kindes unlängst verneint worden (Urteil des (London) Court of Appeal vom 19. 2. 1982 in Sachen McKay v. Essex Health Authority and Another - Bericht in Law Report February 22 1982, Court of Appeal; vgl. auch den Abdruck der Richter-"opinions" in dieser Sache in The Weekly Law Reports 1982, 890 ff.). Die in der Zwischenzeit dort in Kraft getretene gesetzliche Regelung schließt Ansprüche des Kindes ohnehin aus (vgl. Finch, New Law Journal 1982, 236). Auch in den Vereinigten Staaten ist diese Auffassung seit längerer Zeit ganz herrschend; Ansprüche des Kindes sind nur in einem einzigen Fall (Court of Appeal in California i. S. Curlender v. Bio-Science 1980) rechtskräftig bejaht worden (zit. nach der Übersicht im "Opinion" v. L. J. Stephenson, The Weekly Law Reports 1982, 904).“*

- Auslegung von europäisiertem/vereinheitlichtem Recht auf rechtsvergleichender Grundlage: Hilfsmittel für Rechtsprechung III
  - z. B. EU-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf
- Allgemeine Rechtsgrundsätze als Quelle des Völkerrechts

*Art. 38 IGH-Statut (Sartorius II Nr. 2)*

*(1) Der Gerichtshof, dessen Aufgabe es ist, die ihm unterbreiteten Streitigkeiten nach dem Völkerrecht zu entscheiden, wendet an:*

*a) internationale Übereinkünfte allgemeiner oder besonderer Natur, in denen von den streitenden Staaten ausdrücklich anerkannte Regeln festgelegt sind;*

*b) das internationale Gewohnheitsrecht als Ausdruck einer allgemeinen, als Recht anerkannten Übung;*

*c) die von den Kulturvölkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze;*

*d) vorbehaltlich des Artikels 59 richterliche Entscheidungen und die Lehrmeinung der fähigsten Völkerrechtler der verschiedenen Nationen als Hilfsmittel zur Feststellung von Rechtsnormen. ...*

- Internationale (europäische) Rechtsvereinheitlichung:  
Rechtsvergleichung als Hilfsmittel für europäischen Gesetzgeber  
(für internationale Institutionen)
  - Z. B. UNCITRAL Model Law, Wiener Kaufrecht (CISG)
- Hilfe bei der praktischen Anwendung ausländischen Rechts
- Strategische Überlegungen des Rechtsberaters bei der Abfassung internationaler Verträge (Rechtswahlklausel) bei der Prozessführung in internationalen Fällen
- Erkenntnismodell in der universitären Lehre

## IV. Die funktionale Methode der Rechtsvergleichung

*„Unvergleichbares kann man nicht sinnvoll vergleichen, und vergleichbar ist im Recht nur, was dieselbe Aufgabe, dieselbe Funktion erfüllt.“ (Zweigert/Kötz, S. 33)*

Beispiel:

Arzthaftung: Proportionalhaftung (F, VK, USA) versus Alles-oder-Nichts-Prinzip (D)

## IV. Die funktionale Methode der Rechtsvergleichung

Vier zentrale und weithin anerkannte Elemente der funktionalen Rechtsvergleichung

- Lebenssachverhalt, nicht eine bestimmte Rechtsregel oder Doktrin bildet den Ausgangspunkt der Untersuchung („factual approach“)
- Rechtsregeln sind unter dem Blickwinkel ihrer Funktion innerhalb des jeweiligen sozioökonomischen Systems, in dem sie gelten, zu betrachten. Daher sind auch Rechtsprechung, Gewohnheitsrecht, Sitten und Gebräuche, AGB etc. zu studieren.
- Die Funktion, die eine Rechtsregel erfüllt oder erfüllen sollte, ist das *tertium comparationis*; der gemeinsame Focus der Rechtsvergleichung.
- (nicht unumstritten): Funktionale Rechtsvergleichung erlaubt eine Wertung: welche Rechtsregeln erfüllen ihre Funktion besser?



## V. Rechtskreislehre

Einteilungskriterium ist der Stil der Rechtskreise, der durch sechs Faktoren gebildet wird (nach Zweigert/Kötz, S. 67 ff.):

1. Geschichtliche Entwicklung, z. B. „Abstammung“ vom Römischen Recht, vom Germanischen Recht oder vom Common Law
2. Eingenarten der juristischen Denkweise, z. B. deutsches Recht geprägt von abstrakten Begriffen, Prinzipien, Systembildung; nordische Rechtsordnungen viel pragmatischer. Common Law als Fallrecht entwickelt.
3. „Kampf ums Recht“ (*Jhering*) als Pflicht gegen die Rechtsidee oder streitige Entscheidung nur im äußersten Notfall, Recht als untergeordnetes, sekundäres Mittel (Ferner Osten)
4. Stilprägende Rechtsinstitute, z. B. trust, Trennungs- u. Abstraktionsprinzip
5. Art und Rang der Rechtsquellen; Auslegungsmethode (Wortlautinterpretation versus teleologische Interpretation): Fallrecht versus Kodifikation, statutory law
6. Ideologie, Religion

## V. Rechtskreislehre

Einteilungskriterium ist der Stil der Rechtskreise, der durch sechs Faktoren gebildet wird (nach Zweigert/Kötz, S. 67 ff.):

1. Geschichtliche Entwicklung, z. B. „Abstammung“ vom Römischen Recht, vom Germanischen Recht oder vom Common Law
2. Eigenarten der juristischen Denkweise, z. B. deutsches Recht geprägt von abstrakten Begriffen, Prinzipien, Systembildung; nordische Rechtsordnungen viel pragmatischer. Common Law als Fallrecht entwickelt.
3. „Kampf ums Recht“ (*Jhering*) als Pflicht gegen die Rechtsidee oder streitige Entscheidung nur im äußersten Notfall, Recht als untergeordnetes, sekundäres Mittel (Ferner Osten)
4. Stilprägende Rechtsinstitute, z. B. trust, Trennungs- u. Abstraktionsprinzip
5. Art und Rang der Rechtsquellen; Auslegungsmethode (Wortlautinterpretation versus teleologische Interpretation): Fallrecht versus Kodifikation, statutory law
6. Ideologie, Religion

## V. Rechtskreislehre – Forts.

Mögliche Einteilung (*Zweigert/Kötz*) von sechs Rechtskreisen:

1. Romanischer Rechtskreis:

Frankreich als „Mutterrechtsordnung“, Belgien, Spanien, Portugal, Italien; nur noch mit Vorbehalt Niederlande.

2. Deutscher Rechtskreis:

Deutschland, Österreich, Schweiz. Griechenland, teilw. Japan (BGB!), Vermögensrecht der Türkei. Teilweise Übernahme in den Reformstaaten Mittel- und Osteuropas.

3. Anglo-amerikanischer Rechtskreis:

England als Mutterrechtsordnung; USA (ohne Louisiana) heute sehr stark vom englischen Recht emanzipiert; Kanada (ohne Québec), Australien, Neuseeland. Einflüsse nach wie vor in Indien, Pakistan, Ghana, Nigeria, Kenia, Uganda, Tansania.

## **V. Rechtskreislehre – Forts.**

Mögliche Einteilung (*Zweigert/Kötz*) von sechs Rechtskreisen – Forts.

4. Skandinavischer/nordischer Rechtskreis: Dänemark, Finnland, Island, Norwegen; Schweden.

5. Recht im Fernen Osten: China, Japan (teilweise inzwischen aber auch starke westliche Einflüsse)

6. Religiöse Rechte: Islamisches Recht, Hindu-Recht.