

# Einführung zur Rechtsvergleichung in der Schweiz<sup>1</sup>

## Ein bedeutsames juristisches Fachgebiet für Studenten sowie für Praktiker zwischen «notwendigem Übel» sowie «Königsdisziplin»

### Inhaltsübersicht

1. Einführung
  - A. Grundverständnis
  - B. Aufbau
2. Begriff – «Was bedeutet Rechtsvergleichung?»
  - A. Zum generellen Nutzen der Kenntnis ausländischer Rechtsordnungen
  - B. Wesen sowie Gegenstand
  - C. Abgrenzungen
    - a) Deskriptive Rechtsvergleichung bzw. «Länderberichte»
    - b) Übersicht
3. Funktionen – «Weshalb gibt bzw. braucht es Rechtsvergleichung?»
  - A. Generelles
  - B. Rechtsanwendung
    - a) Grundsätzliches
    - b) Verweisung im Rechtserlass
    - c) Echte Lücke im Rechtserlass
    - d) Bundesgericht
  - C. Rechtssetzung
    - a) Grundsätzliches
    - b) Kompatibilitätsprüfung: EU etc.
    - c) Eklektische Anregungen
  - D. Ausbildungsfunktion sowie weitere Funktionen
4. Geschichte – «Wie hat sich Rechtsvergleichung entwickelt?»
5. Methodik – «Wie geht Rechtsvergleichung?»
  - A. Makrovergleichung sowie Mikrovergleichung
  - B. Prozess der Rechtsvergleichung
    - a) Erster Schritt («Fragestellung»)
    - b) Zweiter Schritt («Auswahl der Rechtsordnung»)
    - c) Dritter Schritt («Kritik»)
6. Rechtskreise – «Was soll denn das?»
  - A. Bedeutung
  - B. Erste Übersicht
7. Institutionelle Ausgangslage in der Schweiz
  - A. Universitäten
  - B. Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung (SIR)
  - C. Exkurs: Hinweise zum Ausland
    - a) Institutionen
    - b) Zeitschriften etc.
    - c) Weitere Aspekte
8. Literatur

\* Prof. Dr. iur., Fürsprecher, LL.M., Meilen/Zürich. Der Autor ist ordentlicher Professor (Ordinarius) für Wirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Bern sowie Direktor am Institut für Wirtschaftsrecht.

<sup>1</sup> Der grösste Dank für seine Unterstützung gebührt meinem Assistenten, lic. iur. *Thomas Jutzi*, der zentraler Gesprächspartner für diesen Aufsatz sowie für die Rechtsvergleichungsvorlesung war bzw. weiterhin ist – ausserdem war er schwergewichtig verantwortlich für Ziff. 7 des Beitrags. Der Aufsatz wurde *Mitte Februar 2006* abgeschlossen.

### 1. Einführung

#### A. Grundverständnis

Als sog. *Rechtsvergleichung* zu betrachten ist – im Grundsatz – «die unter dem Gesichtspunkt der Gleichheit oder Verschiedenheit erfolgte Inbezugsetzung der Lösungen, die ein und dasselbe Problem in verschiedenen Rechtsordnungen gefunden hat»<sup>2</sup>. Diese «Inbezugsetzung» – oder eben anders bzw. moderner ausgedrückt: dieses «*Vergleichen*» – findet statt zwischen einerseits *inländischem* (= schweizerischem) und andererseits *ausländischem* Recht<sup>3</sup>, d.h., es geht zwangsläufig um einen *internationalen* oder «übernationalen» Kontext<sup>4</sup>.

Nicht zuletzt an den schweizerischen Universitäten<sup>5</sup> fristet das Fachgebiet der Rechtsvergleichung meist ein *eher stiefmütterliches Dasein* – m.E. zu unrecht<sup>6</sup>. Rechtsvergleichende Überlegungen erweisen sich nämlich unter verschiedenen Aspekten (z.B. für die Rechtsanwendung<sup>7</sup> oder für die Rechtssetzung<sup>8</sup>) als äusserst wichtig, sodass sie für Doktrin und Praxis sogar «*unerlässlich*» sind<sup>9</sup>. Folglich sollten sich nicht allein *Studenten*, sondern ebenfalls *Praktiker* für die Rechtsvergleichung interessieren<sup>10</sup>. Gelegentlich wird von der Rechtsvergleichung sogar als «Königsdisziplin» der Jurisprudenz gesprochen<sup>11</sup>.

<sup>2</sup> *Erich H. Kaden*, Rechtsvergleichung (Berlin 1938) 10; ausserdem in gleichen Sinne: *Meier-Hayoz*, Kommentar, N 356 zu Art. 1 ZGB.

<sup>3</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 2. B.

<sup>4</sup> Generell: *Thomas Cottier*, Die Globalisierung des Rechts – Herausforderungen für Praxis, Ausbildung und Forschung, ZBJV 133 (1997) 217 ff.; *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, 2.

<sup>5</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 7. A.

<sup>6</sup> Tatsächlich verfügt die Schweiz mit dem Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung (SIR) über eine Institution von höchstem internationalem Ansehen: Vgl. dazu hinten 7. B. M.E. ist die *Diskrepanz* zwischen *Realität* («Weltklasse») und *Realitätswahrnehmung* («SIR – was ist das?») *erschreckend*.

<sup>7</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 3. B.

<sup>8</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 3. C.

<sup>9</sup> Bereits: *Kunz*, Minderheitenschutz, § 1 N 309 a.E. (v.a. für das *Gesellschaftsrecht* argumentierend).

<sup>10</sup> Zur Notwendigkeit für die Praktiker: *Rusch*, Rechtsvergleichung, Rz. 10 m.w.H.

<sup>11</sup> *Rusch*, Rechtsvergleichung, Rz. 8; immerhin wurde auch schon auf einen angeblichen «*Cinderella-Komplex*» der Rechtsvergleicher hingewiesen: *Michaels*, Neues, 112 m.w.H.

Bei der Rechtsvergleichung geht es – was auf den ersten Blick durchaus etwas verwirrend erscheinen mag – um *keine Rechtsmaterie* (wie z.B. beim Gesellschaftsrecht oder beim Kartellrecht oder beim Familienrecht), sondern um eine (*Rechts-*) *Methodik*, die primär *zweckfrei* ist<sup>12</sup>. Die Thematik könnte deshalb zuerst – sei es für Studenten oder sei es für andere Juristen – etwas schöngeistig «abgehoben» oder sogar *langweilig* klingen, doch weit gefehlt: Sobald nämlich bei der Rechtsvergleichung das «*Handwerkliche*» im Griff ist<sup>13</sup>, kann es bei ausgewählten Rechtsgebieten (z.B. im Gesellschaftsrecht) *zur Anwendung* gebracht werden<sup>14</sup>, was oft mit völlig neuen Verständnissen verbunden ist<sup>15</sup>.

Da es bei der Rechtsvergleichung also um ein methodisches Fachgebiet geht, gibt es beispielsweise *kein* «*Bundesgesetz über die Rechtsvergleichung*» (BÜR) – ein «BÜR» wäre so unmöglich wie unsinnig. Positiv daran ist, nicht zuletzt für die verständlicher Weise auf Stetigkeit bedachten Studenten, dass das juristische Fachgebiet der Rechtsvergleichung *nicht einfach überholt* sein kann – sei es etwa durch Gesetzesrevisionen («Vorsicht für die Prüfung: Das BÜR wurde revidiert!») oder durch neue Literatur<sup>16</sup> oder durch umwälzende Gerichtsentscheide; die Rechtsvergleichung ist also seit Jahrzehnten nicht im «Inter-city», sondern im *gemächlichen* «*Bummler*» unterwegs.

## B. Aufbau

Ein Besonderer Teil bzw. *BT der Rechtsvergleichung* betrifft in aller Regel das *Privatrecht* (insbesondere Themen, die in der Schweiz zum Obliga-

tionenrecht gehören – Vertrag, Delikt, ungerechtfertigte Bereicherung etc.)<sup>17</sup>; m.E. kann und sollte indes ebenfalls das *Wirtschaftsrecht* (z.B. das Gesellschaftsrecht)<sup>18</sup> berücksichtigt werden<sup>19</sup>, weil dieses realiter am stärksten von der *Internationalisierung bzw. Globalisierung* der Rechtsordnungen betroffen ist. Aus Platzgründen kann im Folgenden kaum auf einen BT eingegangen werden, sondern es sollen – als einführende Übersicht – ausgewählte Aspekte eines Allgemeinen Teils bzw. *AT der Rechtsvergleichung* angesprochen werden.

Unter dem *Begriff* soll beim Leser das prinzipielle Verständnis (also: «Um was geht es?») zur Rechtsvergleichung sowie die Abgrenzungen dazu geweckt werden<sup>20</sup>. Die *Funktionen* stellen die unterschiedlichen Zielsetzungen der Rechtsvergleichung dar<sup>21</sup>. Bei der *Geschichte* wird kurz auf die Entwicklung<sup>22</sup> der Rechtsvergleichung eingegangen, und bei der *Methodik* auf das «How to do it»<sup>23</sup>. Eine Typologisierung der zahlreichen ausländischen Rechtsordnungen in *Rechtskreise* hat sich traditioneller Weise in der Rechtsvergleichung durchgesetzt<sup>24</sup>, und zwar aus theoretischen sowie aus praktischen Gründen. Abschliessend wird ein Überblick zur *institutionellen Ausgangslage* bei der Rechtsvergleichung als Lehr- sowie als Forschungsgebiet – insbesondere in der Schweiz<sup>25</sup> – gegeben.

## 2. Begriff – «Was bedeutet Rechtsvergleichung?»

### A. Zum generellen Nutzen der Kenntnis ausländischer Rechtsordnungen

Nationales und internationales Recht zu *kennen*, ist in jedem Fall nützlich – doch dieses Axiom allein besagt natürlich noch wenig. Die Rechtsvergleichung spielt sich zwar in einem internationalen Kontext ab, doch *nicht jeder* «*übernationale*» *Bezug* zwischen schweizerischem und ausländischem Recht stellt eo ipso einen Anwendungsfall der Rechtsvergleichung dar; bei zahlreichen juris-

<sup>12</sup> Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, 3; Rusch, Rechtsvergleichung, Rz. 5.

<sup>13</sup> Dabei geht es – etwas trivialisiert – um eine Art von *Allgemeinem Teil* (AT) der Rechtsvergleichung; dieser Beitrag fokussiert sich im Wesentlichen auf einen AT.

<sup>14</sup> Es ist denkbar, dass in einer Art von *Besonderem Teil* (BT) der Rechtsvergleichung z.B. (i) das schweizerische Gesellschaftsrecht mit dem US-Gesellschaftsrecht oder (ii) das schweizerische Kartellrecht mit dem EU-Kartellrecht oder (iii) das schweizerische Zivilgesetzbuch mit dem türkischen Zivilgesetzbuch verglichen werden. *Tradition* haben die Vergleiche in den Bereichen «*Vertrag*», «*Delikt*» sowie «*ungerechtfertigte Bereicherung*»; statt aller: Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, 314 ff., 538 ff. sowie 597 ff. M.E. besonders interessant – wenn auch (noch) weniger «anerkannt» – erscheinen aber ebenfalls Vergleiche im *nationalen und internationalen Wirtschaftsrecht*.

<sup>15</sup> Selbst die (gelegentlich etwas arrogant belächelten) «*Länderberichte*» sollten m.E. nicht unterschätzt werden; nicht zuletzt für *LL.M.-Studenten* – und solche, die es werden wollen – finden sich in diesem Bereich wichtige Erkenntnisquellen. Solche «*Länderberichte*» gehören zur *deskriptiven Rechtsvergleichung*, d.h. sind somit einfach der *erste Schritt* der Rechtsvergleichung: Vgl. dazu hinten Ziff. 2. C. a).

<sup>16</sup> Bereits vor *Jahrzehnten* erschienene Literatur zur Rechtsvergleichung erscheint nach wie vor *aktuell*: Vgl. dazu hinten Ziff. 8. Tatsächlich *fehlt* in der Rechtsvergleichung ein eigentliches «*Standardwerk*»; in diesem Sinne zumindest: *Markesinis*, Rechtsvergleichung, 4.

<sup>17</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 2. B.

<sup>18</sup> Der vorliegende Beitrag sowie die Berner Vorlesung des Unterzeichners fokussieren sich auf *wirtschaftsrechtliche* Beispiele und Themen (z.B. betreffend Kartellrecht oder Gesellschaftsrecht).

<sup>19</sup> Ein zentrales Problem ergibt sich daraus, dass das *Wirtschaftsrecht* ein *Schmelztiegel von Privat- und öffentlichem Recht* ist, was die *Rechtsvergleichung noch komplizierter* macht: Vgl. dazu hinten Ziff. 2. B.

<sup>20</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 2. B./C.

<sup>21</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 3.

<sup>22</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 4.

<sup>23</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 5.

<sup>24</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 6.

<sup>25</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 7. A./B.

tischen Themen spielt das ausländische Recht eine gewichtige Rolle, ohne dass es um eine Rechtsvergleichung geht. Dies sei bei zwei Themen angedeutet.

– Beim sog. «Auswirkungsprinzip» ausländischen Rechts (z.B. Kartell- sowie Gesellschaftsrecht): Für schweizerische Rechtssubjekte (insbesondere für international tätige Konzerngesellschaften) ist es angesichts der zunehmenden wirtschaftlichen Globalisierung unerlässlich, ausländische Rechte infolge derer möglicher Auswirkungen – sei es in der Schweiz oder sei es im Ausland – zu kennen<sup>26</sup>. Nur für diesen Fall ist es nämlich möglich, frühzeitig notwendige oder mindestens gebotene Anpassungen (nicht immer ganz «freiwillig») vorzunehmen; insofern kann von einem gewissen «Vorweggehorsam» gesprochen werden. Nebst dem Kartellrecht ist dies für das Gesellschaftsrecht offensichtlich:

(i) Kartellrecht der Europäischen Union (EU):

Das EU-Kartellrecht wirkt sich ebenfalls auf die Schweiz aus, indem es bei der eigenen Anwendbarkeit vom «Auswirkungsprinzip» ausgeht<sup>27</sup>, d.h., die europäische Jurisdiktion erfasst auch Handlungen, die in Drittstaaten begangen werden (z.B. ein Vertragsschluss oder eine Fusion in der Schweiz), sich indes in einem oder in mehreren EU-Staaten auswirken. In der Schweiz ist zwar das EU-Recht im Allgemeinen sowie das EU-Kartellrecht im Besonderen nicht anwendbar (Grundsatz)<sup>28</sup>, doch ein schweizerisches Unternehmen läuft Gefahr, in einem EU-Staat auf der Basis des EU-Rechts vor Gericht gebracht zu werden.

(ii) Gesellschaftsrecht der USA: Führt – als Beispiel – eine schweizerische Aktiengesellschaft (AG) eine qualifizierte Aktienkapitalerhöhung im Rahmen von Art. 652e OR durch, prüft die Revisionsstelle der AG den Kapitalerhöhungsbericht (Art. 652 f OR). US-amerikanisches

Gesellschaftsrecht bzw. Vorschriften der «Securities and Exchange Commission» (SEC), die von in den USA kotierten AG zu beachten sind, verlangen indes unter dem Aspekt der Unabhängigkeit der Revisionsstelle, dass die Prüfungsbestätigung von einer anderen als der ordentlichen Revisionsstelle abgegeben wird. Aus diesem Grund haben einige AG in den letzten Jahren entsprechende sog. «Spezialrevisionsstellen» gewählt<sup>29</sup>.

– Bei der «Rezeption» ausländischen Rechts: Insofern die «Rezeption» («Rechtsübernahme»)<sup>30</sup> ausländischen Rechts im Inland nicht nur in den «Köpfen» der Juristen<sup>31</sup>, sondern tatsächlich – formalisiert – durch Rechtssetzung sowie durch Rechtsanwendung erfolgt<sup>32</sup>, werden dadurch zentrale Funktionen der Rechtsvergleichung wahrgenommen. In der Schweiz stehen hinsichtlich einer «Rezeption» – zumindest im Bereich des Wirtschaftsrechts – ein-

<sup>29</sup> Erwähnt sei z.B. Art. 28 Abs. 2 der Statuten der Ciba Spezialitätenchemie Holding AG: «Die Generalversammlung kann für eine Amtsdauer von maximal drei Jahren eine Spezialrevisionsstelle wählen, welche die bei Kapitalerhöhungen vorgeschriebenen Prüfungsbestätigungen (Art. 652 f, 653 f und 653i OR) abgibt»; Ciba-Statuten auf Internet: <http://www.cibasc.com/articles-of-association-cibasc-de.pdf?wobj=15899>; zum kürzlichen Antrag betreffend Bestätigungswahl der Spezialrevisionsstelle anlässlich der Generalversammlung vom 2. März 2006: <http://www.cibasc.com/de/ciba-agm2006-invitation.pdf>. Ähnliche Regelungen finden sich etwa bei der UBS, bei Credit Suisse, bei der Maag Holding AG oder bei der Phonak Holding AG. M.E. überrascht, dass weder die (kürzlich verabschiedete) «kleine» Aktienrechtsrevision betreffend Revisionspflicht bzw. das neue Revisionsaufsichtsgesetz (RAG) – hierzu: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2004/3969.pdf> sowie <http://www.parlament.ch/afs/data/d/gesch/2001/d-gesch-20010082.htm> – noch die (bis Ende Mai 2006 in Vernehmlassung befindliche) «grosse» Aktienrechtsrevision – hierzu: <http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtrevision.Par.0004.File.tmp/05-11-30%20defFassungBegleitberichtVarianteEDA.pdf> sowie <http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtrevision.Par.0006.File.tmp/VE%20definitiveFassung%2005.11.30%20Variante%20EDA.pdf> – auf die Thematik einer «Spezialrevisionsstelle» eingeht.

<sup>30</sup> Begriffliches: Wiegand, Rezeption, 231 ff.

<sup>31</sup> M.E. darf die «Wertebeeinflussung» (junger) Juristen beispielsweise durch (LL.M.-)Studien im Ausland – insbesondere in den USA: Wiegand, Rezeption, 236 ff. sowie 259 – nicht unterschätzt werden; nicht zuletzt aus diesem Grund finden ausländische Konzepte (z.B. «punitive damages», «product liability», «insider trading», «sexual harassment»: Böckli, Osmosis, 16 ff.) in der Schweiz – allenfalls einige Jahre «verzögert» – viel Verständnis in der Juristengemeinde, was mit Folgen für die Rechtssetzung und allenfalls für die Rechtsanwendung verbunden sein kann. Beispiel: Die richterliche Zurückhaltung («judicial restraint») bei Aktionärsklagen dürfte – selbst ohne direkte Referenz – eine Annäherung an das angelsächsische Verständnis der sog. «business judgment rule» sein: Peter V. Kunz, Richterliche Handhabung von Aktionärsstreitigkeiten – zu einer Methode für Interessenabwägungen sowie zur «Business Judgment Rule», in: FS für J. N. Druey (Zürich 2002) 454 f. sowie 459 ff.

<sup>32</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 3. A./B. Allg.: Wiegand, Rezeption, 241 f. Mit gutem Grund wird argumentiert wie folgt: «Die Frage von der Rezeption fremder Rechtseinrichtungen ist nicht eine Frage der Nationalität, sondern eine einfache Frage der Zweckmässigkeit, des Bedürfnisses. Niemand wird von der Ferne holen, was er daheim ebenso gut oder besser hat, aber nur ein Narr wird die China-ride aus dem Grunde zurückweisen, weil sie nicht auf seinem Krautacker gewachsen ist» (Rudolph v. Jhering – zit. nach Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, 16).

<sup>26</sup> Diese Wissensnotwendigkeit in Bezug auf die Rechtsordnungen, in deren Einzugsgebiet ein Unternehmen tätig ist, gehört sowohl zur «Compliance»-Thematik als auch zur «Corporate Governance»-Thematik.

<sup>27</sup> Eine Anknüpfung an das Territorialitätsprinzip allein würde Schutzlücken offen lassen: Helmuth Schröter, in: Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht (Baden-Baden 2003), Vorbemerkungen zu den Artikeln 81–85 EGV, N 85; Roland von Büren/Eugen Marbach, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (2. A. Bern 2002) N 1620 ff. m.w.H.

<sup>28</sup> Die zentrale Ausnahme – d.h. unmittelbare Anwendbarkeit des EU-(Kartell-)Rechts auch durch schweizerische Behörden und Gerichte – wird hingegen begründet durch das Luftfahrtsabkommen (LFA: SR 0.748.127.192.68) vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweiz und der EU; detailliert: Roland von Büren, Auswirkungen des Luftverkehrsabkommens auf das Wettbewerbsrecht, in: Die sektoriellen Abkommen Schweiz–EG: Ausgewählte Fragen zur Rezeption und Umsetzung der Verträge vom 21. Juni 1999 im schweizerischen Recht, BT JP 2002 (Bern 2002) 71 ff.

deutig die Rechtsordnung der USA einerseits<sup>33</sup> sowie die Rechtsordnung(en) der EU bzw. der EU-Staaten andererseits<sup>34</sup> im Vordergrund des Interesses<sup>35</sup>.

Die «Rezeption» hat in der Schweiz eine *lange Tradition*. Beispielsweise musste sich das frühere Gesellschaftsrecht bzw. der Gesetzgeber des 19. Jahrhunderts für ein «Modell» entscheiden und lehnte sich damals stärker an die *deutschen* Rechtsfiguren des Mittelalters als an die *römischen* Rechtsinstitute an<sup>36</sup>; in der jüngeren Vergangenheit finden sich «Rezeptionen» aus dem *US-amerikanischen* Recht z.B. im Aktienrecht, und zwar etwa bei der *Auflösungsklage* aus wichtigem Grund gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR<sup>37</sup>. Erwähnt sei ausserdem, dass auch schweizerisches Recht *im Ausland rezipiert* wurde<sup>38</sup>.

Bei den oben genannten Beispielen zum «Auswirkungsprinzip» geht es zwar *nicht unmittelbar* um die Rechtsvergleichung. Immerhin kann die Rechtsvergleichung zumindest *mittelbar nützlich* sein, um die entsprechenden *materiellen Kenntnisse* (z.B. Anforderungen an die Unabhängigkeit der Revisionsstelle im Zusammenhang mit Prüfungsbestätigungen unter schweizerischem bzw. unter US-amerikanischem Recht) zu vermitteln – sodass die richtigen Schlussfolgerungen basierend auf diesen (rechtsvergleichenden) Erkenntnissen gezogen werden können; insofern kommt der Rechtsvergleichung eine Art von «*Wissensfunktion*» zu<sup>39</sup>.

<sup>33</sup> Übersicht: Böckli, Osmosis, 9 ff.; kritisch: Heinrich Honsell, Amerikanische Rechtskultur, in: FS für Roger Zäch (Zürich 1999) 39 ff., v.a. 52 ff.; allg.: Wolfgang Wiegand, Reception of American Law in Europe, 39, American Journal of Comparative Law (1991) 229 ff.; ders., Americanization of Law: Reception or Convergence?, in: Legal Culture and the Legal Profession (Boulder and Oxford 1996) 137 ff.

<sup>34</sup> Zur (rechts-)historischen Dimension: Roland von Büren, Aus der Enge des Sonderbundes in die Weite Europas: Gedanken zur Entwicklung unseres Privatrechts, in: BAV/AAB, Heft 4 (1994) 7 ff., v.a. 13 ff.

<sup>35</sup> Statt aller: Kunz, Minderheitenschutz, § 1 N 312 ff. m.w.H.

<sup>36</sup> Hinweise: Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht (9. A. Bern 2004) § 10 N 8 ff.; Wiegand, Rezeption, 259, weist auf die «Parallelität der [heutigen] Rezeption amerikanischen Rechts mit derjenigen des *ius commune* im Mittelalter» hin; zudem: Böckli, Osmosis, 10 f.

<sup>37</sup> Es geht insbesondere um das *breite Rechtsfolgeermessen* des Richters, das für das *Common Law* typisch ist: «Statt derselben [= Gesellschaftsauflösung] kann der Richter auf eine *andere sachgemässe* und den *Beteiligten zumutbare Lösung* erkennen» (Art. 736 Ziff. 4 Satz 2 OR); Peter V. Kunz, Zur Auflösungsklage gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR – Garant für ein indirektes Austrittsrecht?, in: FS für Rolf Bär (Bern 1998) 235 ff.; detaillierter zur Rezeption: ders., Minderheitenschutz, § 1 N 313 FN 788 sowie § 17 N 53.

<sup>38</sup> Das mit Abstand bekannteste Beispiel ist ohne Zweifel die *Talrezeption des schweizerischen ZGB* in der *Türkei* als türkisches Zivilgesetzbuch 1926: Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, 175 f.

<sup>39</sup> Die Rechtsvergleichung hat zahlreiche *Funktionen*: Vgl. dazu hinten Ziff. 3.

## B. Wesen sowie Gegenstand

Bei der *Rechtsvergleichung* – wie der Begriff bereits andeutet – handelt es sich um einen geistigen Vorgang, bei dem es einerseits um «*Recht*» und andererseits um «*Vergleichung*» geht<sup>40</sup>; «*Recht*» meint hierbei allerdings nicht Normen der eigenen (z.B. der schweizerischen) Rechtsordnung<sup>41</sup>, sondern vielmehr Rechtsnormen unterschiedlicher Ordnungen, d.h., es geht um sog. «*Übernationales*» bzw. um das «*Miteinandervergleichen von verschiedenen Rechtsordnungen der Welt*»<sup>42</sup>. Die Rechtsvergleichung ist somit eine *Wissenschaft*, die sich «über die positiven nationalen Rechtsnormen erhebt»<sup>43</sup>. Traditionellerweise stellt (i) das *Privatrecht* die Hauptdomäne bzw. den zentralen Gegenstand der Rechtsvergleichung dar<sup>44</sup>. Immerhin ist die Rechtsvergleichung ebenfalls (ii) im *öffentlichen Recht* ein Thema<sup>45</sup>. M.E. erweist sich ausserdem (iii) das *Wirtschaftsrecht*, das Elemente sowohl des Privatrechts als auch des öffentlichen Rechts enthält, als besonders interessanter Gegenstand für die Rechtsvergleichung.

Im letzteren Bereich als konkrete Beispiele erwähnt seien das *Gesellschaftsrecht* im Allgemeinen sowie das *Aktienrecht* im Besonderen<sup>46</sup>, die keine rechtlichen (bzw. rechtsfreien) Inseln darstellen, sondern vielmehr in ein *internationales Umfeld* – insbesondere mit EU- bzw. mit «europäischen Vorzeichen» – *eingebettet* sind: «En droit des sociétés, le droit étranger joue un rôle particulièrement important»<sup>47</sup>. Ein *Blick über die Landesgrenzen* hinaus erscheint folglich unerlässlich<sup>48</sup>, und zwar sowohl für die Rechtsanwendung<sup>49</sup> als auch für die Rechtssetzung<sup>50</sup>.

## C. Abgrenzungen

### a) Deskriptive Rechtsvergleichung bzw. «Länderberichte»

Die Kenntnis ausländischer Rechtsordnungen ist *generell nützlich*, weil sich die ausländischen

<sup>40</sup> In diesem Sinne: Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, 1 f.

<sup>41</sup> Rechtsnormen *derselben* Rechtsordnung zu *vergleichen* (d.h., etwa Normen des *schweizerischen* Rechts mit anderen Normen des *schweizerischen* Rechts in Bezug zu setzen), ist ein normaler Vorgang der (*nationalen*) *Rechtsanwendung*.

<sup>42</sup> Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, 2.

<sup>43</sup> Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, 3; diese Autoren setzen damit die *Rechtsvergleichung* als Wissenschaft auf dieselbe Ebene wie etwa die *Rechtsphilosophie*, die *Rechtsgeschichte* oder die *Rechtssoziologie* (a.a.O.).

<sup>44</sup> Meistens bedeutet «*Rechtsvergleichung*» also «*Privatrechtsvergleichung*».

<sup>45</sup> Allg.: Ebert, Rechtsvergleichung, 22.

<sup>46</sup> Details: Kunz, Minderheitenschutz, § 1 N 310; Meier-Hayoz, Kommentar, N 379 a.E. zu Art. 1 ZGB.

<sup>47</sup> Roland Ruedin, Droit des sociétés (Bern 1999) N 156.

<sup>48</sup> Kunz, Minderheitenschutz, § 1 N 308.

<sup>49</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 3. B.

<sup>50</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 3. C.

Rechte auch auf die Schweiz *auswirken* können, ohne dass dadurch indes bereits eine Rechtsvergleichung vorliegt<sup>51</sup>. Weitere *Abgrenzungen* sollen aufgezeigt werden, damit das Wesen der Rechtsvergleichung besser verstanden werden kann. Die Doktrin weist in diesem Zusammenhang regelmässig darauf hin, dass die sog. *deskriptive Rechtsvergleichung* (noch) *keine* Rechtsvergleichung sei<sup>52</sup>:

Unter deskriptiver Rechtsvergleichung kann das «Studium des ausländischen Rechts» und dessen anschliessende Darstellung in sog. «*Länderberichten*» verstanden werden<sup>53</sup>. Eine «richtige» Rechtsvergleichung setzt indes noch ein *Mehr* zum blossen Darstellen der Auslandsrechte voraus<sup>54</sup>, nämlich *spezifische* (rechts-)vergleichende Überlegungen, die zu konkreten Erkenntnissen (und Wertungen) etwa für die heimische Rechtsanwendung oder Rechtssetzung führen können. Die deskriptive Rechtsvergleichung wird oftmals etwas belächelt, doch m.E. zu Unrecht<sup>55</sup>, handelt es sich immerhin um den (notwendigen) *ersten Schritt*, dem dann das «eigentliche Vergleichen» als *zweiter Schritt* folgt<sup>56</sup>.

Teils versucht die Doktrin zur Rechtsvergleichung drei Phasen zu unterscheiden<sup>57</sup>, nämlich: zuerst «Länderberichte» (= «Auslandrechtskunde» bzw. deskriptive Rechtsvergleichung) sowie dann «funktionelle Rechtsvergleichung» (= Vergleichen der erkannten Auslandsrechte) sowie schliesslich Bewertung bzw. Kritik an den Vergleichen (= «Rechtskritik»); diese detaillierte Unterteilung bringt indes wenig und erscheint verwirlich, denn zur Rechtsvergleichung gehört – beim erwähnten zweiten Schritt – in jedem Fall ein *Bewerten und Kritisieren*.

## b) Übersicht

Verschiedene juristische Fachgebiete bzw. Rechtsmaterien weisen einen mehr oder weniger

intensiven *Auslandsbezug* auf, ohne dass sie unmittelbar zur Rechtsvergleichung gezählt werden können (oder dürfen), d.h., Abgrenzungen sind erforderlich, obwohl rechtsvergleichende Aspekte nichtsdestotrotz zu berücksichtigen sind. Von der Rechtsvergleichung *abzugrenzen* sind folglich z.B. (i) das Internationale Privatrecht, (ii) das Völkerrecht, (iii) die Rechtsgeschichte sowie schliesslich (iv) die Rechtsethologie:

- Internationales Privatrecht: Das Internationale Privatrecht ist sog. Kollisionsrecht, d.h. Recht, das über Zuständigkeiten sowie über Anwendbarkeiten des materiellen (inländischen oder ausländischen) Rechts bei Auslandsbezug eines Sachverhalts «entscheidet»<sup>58</sup>. Die Verweisungen des Internationalen Privatrechts gehören allerdings zum nationalen Recht. Unbesehen dessen hilft die Rechtsvergleichung bei der Anwendung des Internationalen Privatrechts weiter<sup>59</sup>; m.E. kann beispielsweise der «*ordre public*» ohne Rechtsvergleichung nicht ernsthaft diskutiert werden<sup>60</sup>.
- Völkerrecht: Das Völkerrecht (Staatsverträge, völkerrechtliches Gewohnheitsrecht etc.) stellt übernationales (materielles) Recht dar. Die Rechtsvergleichung als Methode kann immerhin nützlich oder sogar unerlässlich sein bei der Interpretation von völkerrechtlichen Verträgen oder beim richtigen Verständnis des völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts<sup>61</sup>.
- Rechtsgeschichte sowie Rechtsethologie: Die Rechtsvergleichung befasst sich – anders als die Rechtsgeschichte – mit aktuellen Rechtsnormen; bei der Rechtsvergleichung sollten indes ebenfalls geschichtliche Aspekte berücksichtigt werden, sodass die beiden Fachbereiche auch schon als «Zwillingsgeschwestern»

<sup>58</sup> *Rusch*, Rechtsvergleichung, Rz. 4.

<sup>59</sup> Detailliert: *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, 6 f.; *Rusch*, Rechtsvergleichung, Rz. 4; *Ebert*, Rechtsvergleichung, 181 ff.; *Jayme*, Rechtsvergleichung, 45 ff. Illustrativ ein Urteil des Bundesgerichts vom 29. August 2000 hinsichtlich eines IPRG-Sachverhalts: «Der schweizerische Richter muss sich somit in das Rechtssystem des betreffenden Landes versetzen, ohne freilich Teil desselben zu sein (...). Er hat etwa – namentlich wenn er das massgebende Recht selbst erhebt – die in der fremden Rechtsordnung geltende Auslegungsmethodik oder eine allenfalls unterschiedliche Einordnung von Rechtsfiguren zu beachten (...). Dies entspricht der rechtsvergleichenden Grunderfahrung, dass zwar jede Gesellschaft ihrem Recht die gleichen Probleme aufgibt, dass aber die verschiedenen Rechtsordnungen diese Probleme auf sehr unterschiedliche Weise lösen, selbst wenn die Ergebnisse gleich sind (...). Daraus folgt, dass das schweizerische Gericht bei der Bestimmung der streitentscheidenden Rechtsfragen sowie der Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts nicht ohne Berücksichtigung der Eigenheiten der fremden Rechtsordnung von den in der inländischen Dogmatik verwendeten Denkkategorien und Argumentationsmustern ausgehen darf» (4C.121/2000/hzg Erw. 3. c) aa).

<sup>60</sup> Allg. zum «*ordre public*»: BGE 126 III 327; zudem: *Rusch*, Rechtsvergleichung, Rz. 10.

<sup>61</sup> *Rusch*, Rechtsvergleichung, Rz. 4; *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, 8 m.w.H.

<sup>51</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 2. A.

<sup>52</sup> Statt aller: *Rusch*, Rechtsvergleichung, Rz. 2 ff.

<sup>53</sup> In diesem Sinne: *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, 6; *Rusch*, Rechtsvergleichung, Rz. 2 ff. spricht von «*Auslandrechtskunde*».

<sup>54</sup> Statt aller: *Ebert*, Rechtsvergleichung, 146.

<sup>55</sup> Beispielsweise finden sich in der Habilitation des Unterzeichners bewusst Hinweise auf die Aktienrechte in mehr als 20 Staaten (*Kunz*, Minderheitenschutz, § 17 N 1 ff., v.a. N 7 ff.) – hierbei handelt es sich um deskriptive Rechtsvergleichung, die unerlässlich ist, um anschliessend (z.B. rechtspolitische) Forderungen begründet stellen zu können.

<sup>56</sup> Soll das schweizerische Recht mit dem ausländischen Recht verglichen werden (= zweiter Schritt), muss überhaupt feststehen, wie sich das «Vergleichsrecht» darstellt (= erster Schritt). Die *Kenntniserlangung* zum ausländischen Recht stand *bis zum «Pariser Kongress» im Jahre 1900* (vgl. dazu hinten Ziff. 4.) im Vordergrund – erst *im Anschluss* (also im 20. Jahrhundert) begann dann die kritische Erwägung, die zu einer Rechtsvergleichung dazugehört: *Michaels*, Neues, 99.

<sup>57</sup> *Rusch*, Rechtsvergleichung, Rz. 2 ff. m.w.H.

bezeichnet wurden<sup>62</sup>. Die Rechtsethnologie untersucht das Rechtsleben existierender «primativer Völker»; eine gewisse Verwandtschaft besteht mit der Rechtsvergleichung zumindest insofern, dass die Letztere ebenfalls regelmässig «juristische Bildungslehre» leisten will<sup>63</sup>.

In einem internationalen Kontext spielt sich schliesslich auch die sog. *internationale Schiedsgerichtsbarkeit* ab<sup>64</sup>, auf die angesichts des beschränkten Platzes hier nicht eingegangen werden kann. M.E. setzt eine erfolgreiche Schiedsgerichtsbarkeit seitens der Schiedsrichter sowie der Parteivertreter ohne Zweifel *vertiefte Kenntnisse* der Rechtsvergleichung voraus – trotzdem gehört die internationale Schiedsgerichtsbarkeit *nicht* zur eigentlichen Rechtsvergleichung. Unbesehen dessen zeigt sich in der Praxis, dass «grosse Rechtsvergleicher» meist auch «grosse internationale Schiedsrichter» (und vice versa) sind.

### 3. Funktionen – «Weshalb gibt bzw. braucht es Rechtsvergleichung?»

#### A. Generelles

Als primäre Funktion der Rechtsvergleichung kann die sog. *Erkenntnisfunktion* bezeichnet werden<sup>65</sup>, d.h., dieses juristische Fachgebiet gewährt einen Blick über den «Tellerrand» der nationalen Rechtsordnung hinaus. Es ist – etwas trivialisiert – *nicht verboten, klüger zu werden*, und gerade die Rechtsvergleichung kann lehren, was in anderen Staaten besser (oder schlechter) gemacht wurde bzw. wird. Die Rechtsvergleichung stellt eine «*école de vérité*» dar, die den «Vorrat an Lösungen» erweitert sowie bereichert<sup>66</sup>. Dies kann m.E. indes nur gelingen, wenn der *theoretische* Ansatz zu *praktischen* Konsequenzen führt.

Die Rechtsvergleichung ist – nach weit verbreiteter Ansicht – zwar *zweckfrei*, allerdings *nicht zwecklos*, und zwar nicht zuletzt unter praktischen Aspekten. Juristische *Praktiker* kommen *heute* eigentlich kaum mehr um die Rechtsvergleichung herum, sind sich dessen jedoch oft nicht bewusst. Die Rechtsvergleichung beginnt zwar als (i) *erster*

Schritt mit dem Studium ausländischen Rechts, d.h. ist *deskriptive* Rechtsvergleichung<sup>67</sup>. Im Anschluss folgt indes – fast zwangsläufig – als (ii) *zweiter* Schritt die sog. *angewandte* Rechtsvergleichung, d.h. die reale Umsetzung der Methodik in der Praxis; hierbei stehen die *Rechtsanwendung* einerseits<sup>68</sup> sowie die *Rechtssetzung* andererseits<sup>69</sup> im Vordergrund des Interesses<sup>70</sup>.

Die angewandte Rechtsvergleichung hat folglich eine *grosse praktische* Bedeutung: Bei der *Rechtsanwendung* geht es um die *Interpretation von Rechtserlassen*, in deren Rahmen die Rechtsvergleichung nutzbringend sein kann – in jedem Fall braucht es irgendeinen Bezug zu einem Rechtserlass, indem entweder eine Verweisung<sup>71</sup> oder eine (echte) Lücke<sup>72</sup> die Rechtsvergleichung geradezu «einlädt». Bei der *Rechtssetzung* geht es hingegen um die *Rechtspolitik*, die sich durch die Rechtsvergleichung «anregen» lassen kann, und zwar entweder in Bezug auf die Kompatibilität mit dem Ausland<sup>73</sup> (z.B. mit der EU) oder in eklektischer Weise<sup>74</sup>.

#### B. Rechtsanwendung

##### a) Grundsätzliches

Die sog. *Rechtsanwendung* ist mit der *Rechtssetzung*<sup>75</sup> verwandt und wird durch diese determiniert, d.h., sie ist «im Ergebnis vollzogene *Rechtssetzung*»<sup>76</sup>. Zuständig für die *Rechtsanwendung* sind insbesondere *Gerichte* sowie *Behörden* – also praktisch tätige Juristen. Es geht m.a.W. um die «Frage, ob man eine überlegene ausländische Lösung für die Auslegung der heimischen Gesetze heranziehen kann und soll»<sup>77</sup>.

Die Rechtsvergleichung ist ein heute längst schon anerkanntes – wenn auch *nicht grenzenloses* – *Hilfsmittel* der richterlichen oder der behördlichen Rechtsfindung bzw. der *Rechtsanwendung*<sup>78</sup>; zu einem Einzelaspekt: «Die Gerichte zie-

<sup>67</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 2. C. a).

<sup>68</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 3. B.

<sup>69</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 3. C.

<sup>70</sup> Mit der Rechtsvergleichung *müssen* sich somit m.E. in jedem Fall beschäftigen: *Richter*, *Rechtsanwälte* (zumindest im Bereich der *Wirtschaftsadvokatur*), *Unternehmensjuristen* (mindestens bei international aktiven Konzernen), *Verwaltungsjuristen* (in erster Linie auf Bundesebene), *Verbandsjuristen* (economiesuisse etc.) sowie (*Rechts*-)*Politiker* oder *-Studenten* (inklusive *LL.M.-Studenten* im Ausland), die entsprechende berufliche Ambitionen hegen.

<sup>71</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 3. B. b).

<sup>72</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 3. B. c).

<sup>73</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 3. B. b).

<sup>74</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 3. B. c).

<sup>75</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 3. C.

<sup>76</sup> Kunz, Minderheitenschutz, § 9 N 8 a.E.

<sup>77</sup> Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, 16.

<sup>78</sup> Allg.: Peyer, Rechtsvergleichung, 109 ff.; Ebert, Rechtsvergleichung, 176 ff.; detailliert: Meier-Hayoz, Kommentar, N 360 ff. zu Art. 1 ZGB.

<sup>62</sup> Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, 8; generell: Rusch, Rechtsvergleichung, Rz. 12; Widmer, Rechtsvergleichung, 9. bezeichnet die *Rechtsgeschichte* denn auch als «*vertikale Rechtsvergleichung*» (im Gegensatz zur eigentlichen Rechtsvergleichung als «*horizontaler Rechtsvergleichung*»).

<sup>63</sup> Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, 9 f.

<sup>64</sup> Allg.: Otto Sandrock, Praktische Rechtsvergleichung – Eine Skizze, verbunden mit dem Versuch einer Systematisierung, in: Rechtsvergleichung als zukunftssträchtige Aufgabe (Münster 2004) 31 ff. m.w.H.

<sup>65</sup> In diesem Sinne: Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, 14.

<sup>66</sup> Mit Verweisung auf Zitellmann: Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, 14.

hen die allenfalls aus der Rechtsvergleichung gewonnenen Argumente heran, wenn die Auslegung einer schweizerischen Rechtsnorm alleine nicht ausreicht bzw. noch zusätzlich verifiziert oder falsifiziert werden soll. Das Aktienrecht scheint der Rechtsvergleichung besonders zugänglich zu sein»<sup>79</sup>. Immerhin ist vor der Gefahr eines «*Rechtstourismus*» zu warnen<sup>80</sup>.

#### b) Verweisung im Rechtserlass

Denkbar ist, dass sich in einem *schweizerischen Rechtserlass* (z.B. in einem Gesetz) eine sog. *Verweisung* auf internationales Recht bzw. auf eine internationale Ordnung («Standards» etc.) findet. Ist dies der Fall, so müssen die entsprechenden *ausländischen* Regelungen bei der Auslegung des anwendbaren *schweizerischen* Erlasses herangezogen oder als Handlungsanweisung beachtet werden. Verweisungen in Rechtserlassen<sup>81</sup> sind indes äusserst *selten*; ein bekanntes Beispiel findet sich im Börsen- und Effektenhandelsgesetz (BEHG).

Art. 8 Abs. 3 BEHG sieht vor, dass die Börsen in der Schweiz<sup>82</sup> beim Erlass ihrer sog. *Kotierungsreglemente* «international anerkannten Standards Rechnung» tragen müssen. Dies bedeutet, dass die schweizerischen Börsen ausländisches Recht *mittelbar implementieren* müssen; unter diesem Aspekt werden in erster Linie die einschlägigen *EU-Richtlinien* berücksichtigt (z.B. die «Zulassungs-Richtlinie», die «Zwischenberichts-Richtlinie», die «Prospekt-Richtlinie» oder die «Marktmissbrauchs-Richtlinie»)<sup>83</sup>.

#### c) Echte Lücke im Rechtserlass

Die folgende Aussage macht ohne weiteres legalen Sinn: «In der Tat gibt es keinen vernünftigen Grund, warum der Richter eines oberen Gerichts, der sich vor eine schwierige Frage von grundsätzlicher Bedeutung gestellt sieht, Lösungsvorschläge und Argumente nur deshalb ausser Acht lassen sollte, weil sie zufällig von ausländischen Richtern und Autoren stammen.»<sup>84</sup> M.E. geht dies aller-

dings im Rahmen der Rechtsanwendung *nicht immer* bzw. *nicht ohne weiteres*, d.h., es braucht in jedem Fall *irgendeinen Bezug* zum Rechtserlass – und sei es der Umstand, dass der Rechtserlass *nichts aussagt* zur Frage.

In der Schweiz bildet (i) Art. 1 Abs. 2 ZGB den notwendigen Anknüpfungspunkt für das Fruchtbarmachen der Rechtsvergleichung im Rahmen der Rechtsanwendung: «Kann dem Gesetze 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.» D.h., es muss eine sog. *echte Lücke* im Gesetz bzw. im Rechtserlass vorliegen, sodass der *Richter als Gesetzgeber* entscheiden kann<sup>85</sup> – und der Gesetzgeber darf sich eben durchaus von ausländischem Recht inspirieren lassen<sup>86</sup>. Ausserdem kann der Rechtsvergleichung mittels (ii) Art. 1 Abs. 3 ZGB ebenfalls zum Durchbruch verholfen werden<sup>87</sup>.

Dies wird vom Bundesgericht<sup>88</sup> anerkannt: «Die richterliche Rechtsregel soll sich nach Möglichkeit in das vorgegebene System einpassen, dem Gedanken Rechnung tragend, dass gleichgelagerte Rechtsfragen ohne Not nicht unterschiedlich beantwortet werden sollen. Die Lückenfüllung ist damit auf den *Weg der Analogie* verpflichtet, auf die *Gesetzesanalogie*, wenn eine positive Norm Gleichwertiges regelt, auf die *Rechtsanalogie*, wenn eine solche Norm fehlt, aber aus dem Geist der positiven Rechtsordnung ein Prinzip auszumachen ist, welches regelfähig umgesetzt werden kann (...). Namentlich im traditionell grenzüberschreitenden Rechtsverkehr lässt sich *überdies* eine *sachgerechte Rechtsfindung* und damit auch *Lückenfüllung* ohne *rechtsvergleichende Grundlage* nicht verwirklichen (...).»<sup>89</sup>

In der Schweiz ist die Heranziehung ausländischen Rechts durch das Bundesgericht sowie durch kantonale Gerichte schon lange verbreitet. Die Rechtsvergleichung zur Lückenfüllung heranzuziehen, erweist sich im *Ausland* ebenfalls als

<sup>79</sup> Kunz, Minderheitenschutz, § 1 N 310.

<sup>80</sup> Peyer, Rechtsvergleichung, 110 f.

<sup>81</sup> Im (schweizerischen) *Wirtschaftsrecht* gibt es viele *Selbstregulierungen*, in denen «Verweisungen» auf ausländische (Selbstregulierungs-)Ordnung aufgefunden werden können – auf diese Thematik kann hier nicht weiter eingegangen werden; allg.: Peter V. Kunz, Corporate Governance – Tendenz von der Selbstregulierung zur Regulierung (erscheint in naher Zukunft in einer Festschrift).

<sup>82</sup> Es gibt heute *zwei Börsen* in der Schweiz, nämlich die *SWX Swiss Exchange* (Schweizer Börse) – <http://www.swx.com/index.html> – in Zürich sowie die *BX Berne eXchange* – <http://www.bernex.com/> – in Bern.

<sup>83</sup> Hinweise bei der *SWX Swiss Exchange*: <http://www.swx.com/admission/regulation-de.html>.

<sup>84</sup> Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, 19.

<sup>85</sup> Gl.M.: Rusch, Rechtsvergleichung, Rz. 9; Ebert, Rechtsvergleichung, 178.

<sup>86</sup> Vgl. dazu hinten 3. C. c). Meier-Hayoz, Kommentar, N 368 zu Art. 1 ZGB: «Da der Bundesgesetzgeber die komparative Methode anwendet, muss auch der Richter, welcher bei der Lückenfüllung ja nach Art. 1 Abs. 2 ZGB wie der Gesetzgeber vorzugehen hat, bei der Gesetzesergänzung die Rechtsvergleichung pflegen.»

<sup>87</sup> Gemeint ist damit, dass «*Gewohnheitsrecht*» sowie «*bewährte Lehre*» ebenfalls *im Ausland* gefunden werden können: Rusch, Rechtsvergleichung, Rz. 9; Meier-Hayoz, Kommentar, N 389 zu Art. 1 ZGB; hierbei regt Widmer, Rechtsvergleichung, 15, folgende Interpretation an: «Er [der Gesetzgeber] folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung und kann sich auch an einschlägigen Vorschriften oder Grundsätzen vergleichbarer ausländischer oder internationaler Regelungen orientieren.»

<sup>88</sup> Vgl. dazu hinten 3. B. d).

<sup>89</sup> BGE 126 III 138 Erw. 4; Hervorhebungen hinzugefügt.

gang und gäbe, wenn auch in unterschiedlichem Masse<sup>90</sup>, also etwa in *Deutschland*, in *Griechenland* oder in *Portugal*; in den *Common-Law-Staaten* (z.B. USA<sup>91</sup>, Grossbritannien, Australien sowie Kanada) besteht eine eigentliche Tradition, von der Praxis in anderen Staaten im Rechtskreis des Common Law entsprechende Kenntnisse zu nehmen (und diese zu «nutzen»)<sup>92</sup>.

#### d) Bundesgericht

Das schweizerische Bundesgericht hat den (*internationalen*) Ruf, die Rechtsvergleichung weltweit am *stärksten* zu berücksichtigen<sup>93</sup> – dies dürfte u.a. dadurch motiviert sein, dass die Schweiz ein *Kleinstaat* ist und einen *multikulturellen* Hintergrund aufweist<sup>94</sup>. Tatsächlich nimmt das Bundesgericht oftmals Bezug auf ausländisches Recht – wobei nicht immer ganz klar ist, weshalb oder nach welchem Konzept die entsprechenden Verweisungen angeführt werden. Für die Hinweise auf ausländisches Recht und somit für die Rechtsvergleichung könnten unzählige Urteile erwähnt werden<sup>95</sup>; es folgen einige *Beispiele*:

- BGE 114 II 131 («Picasso»): Zur alternativen Anwendbarkeit von Grundlagenirrtum und Gewährleistung bei Kaufverträgen setzt sich das Bundesgericht detailliert mit den Rechtslagen einerseits in Deutschland sowie andererseits in Frankreich auseinander<sup>96</sup>, ohne dieses Vorgehen plausibel zu begründen<sup>97</sup>.
- BGE 126 III 129 («Kodak»): Bei der Frage der Zulässigkeit von Parallelimporten im Patentrecht liegt hinsichtlich des sog. Erschöpfungsprinzips eine echte Lücke vor<sup>98</sup>; das Bundesgericht geht von einer «nationalen Erschöpfung» aus, und zwar im Anschluss an eine detaillierte rechtsvergleichende Auseinandersetzung (nämlich: Deutschland, Frankreich, Österreich, Italien sowie EU)<sup>99</sup>.

- BGE 129 III 335: Im Zusammenhang mit der Thematik der Betriebsübernahme bzw. Art. 333 OR war die Haftung des Übernehmers für offene, vor der Übernahme fällig gewordene Lohnforderungen umstritten; das Bundesgericht spricht sich bei der Entscheidungsfindung insbesondere für eine sog. «europarechtskonforme Auslegung» von Art. 333 OR aus, obwohl es anerkennt, dass das EU-Recht «keine unmittelbaren verbindlichen Auswirkungen auf das schweizerische Recht» haben kann<sup>100</sup>.

M.E. erscheint der Beizug rechtsvergleichender «Argumente» in der schweizerischen Gerichtspraxis nicht selten *etwas zufällig* – fast als «*Supplement-Begründung*» bzw. als «*A-propos-Argument*» – vorgebracht. Immerhin wird die Rechtsvergleichung beim Bundesgericht durchaus *zielgerichtet* eingesetzt<sup>101</sup>, nämlich z.B. (i) wenn der Beizug *wirklich Sinn macht* (d.h., die Rechtsvergleichung stellt dann ein Auslegungselement dar)<sup>102</sup>, (ii) wenn *harmonisiertes Recht* besteht (etwa das EPÜ im Bereich des Patentrechts) oder (iii) wenn *nachvollzogenes EU-Recht* vorhanden ist (etwa das Pauschalreisegesetz).

### C. Rechtssetzung

#### a) Grundsätzliches

Die sog. *Rechtssetzung* kann umschrieben werden als «vorwegnehmend-distanzierte, generalisierende Regelung oder Programmierung einer Vielzahl gleich gelagerter Fälle, als Schaffung von Ordnungsmustern für wiederholbares künftiges Geschehen oder von Modellen für zwischenmenschliches Verhalten»<sup>103</sup>. Zuständig für die Rechtssetzung sind insbesondere *Legislative* sowie *Exekutive* – also praktisch tätige Juristen.

Betreffend der konkreten Fragestellung bzw. zum Verhältnis zur Rechtspolitik<sup>104</sup>: «Die Rechtsvergleichung erweist sich (...) nicht bloss für die Rechtsanwendung *de lege lata*, sondern ebenfalls für die *Rechtspolitik* bzw. für die *Rechtssetzung* als nützlich. Nicht selten werden nämlich Forderungen *de lege ferenda* mit Entwicklungen in ausländischen Rechtsordnungen begründet oder zumindest «untermauert». Auf [als Beispiel] die Aktienrechte im Ausland wurde beispielsweise im

<sup>90</sup> Hinweise: *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, 17 f.; *Ebert*, Rechtsvergleichung, 177; generell: *Peyer*, Rechtsvergleichung, 104 ff.

<sup>91</sup> Angesichts der jüngsten personellen Entwicklungen am *US Supreme Court* erscheint die Zukunft in diesem Zusammenhang indes nicht ganz klar: Vgl. dazu hinten 7. C. c).

<sup>92</sup> Hierzu: *Ebert*, Rechtsvergleichung, 177.

<sup>93</sup> *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, 18: «(...) vor allem aber in der Schweiz, wo man in der Rechtsprechung des Bundesgerichts auf Schritt und Tritt rechtsvergleichende Überlegungen finden kann»; zudem: *Peyer*, Rechtsvergleichung, 111.

<sup>94</sup> Mit diesen Überlegungen: *Walter*, Rechtsvergleichung, 92.

<sup>95</sup> Auswahl: *Walter*, Rechtsvergleichung, 91 ff. m.w.H.

<sup>96</sup> BGE 114 II 135 Erw. 1. a) a.E.

<sup>97</sup> Dieselbe «Argumentation» wurde bereits verwendet in «van Gogh»: BGE 82 II 420 f. Erw. 6. b).

<sup>98</sup> BGE 126 III 138 Erw. 3. b) a.E.

<sup>99</sup> BGE 126 III 143 ff. Erw. 7. *Walter*, Rechtsvergleichung, 97 ff.

<sup>100</sup> BGE 129 III 350 Erw. 6. *Walter*, Rechtsvergleichung, 102 f.

<sup>101</sup> Für die Hinweise sei alt Bundesgerichtspräsident *Hans Peter Walther* anlässlich einer Besprechung in diesem Zusammenhang mit einer Assistentin des Unterzeichners bestens gedankt.

<sup>102</sup> Es werden nicht nur *ausländische Urteile*, sondern auch *ausländische Literaturstellen* berücksichtigt.

<sup>103</sup> *Georg Müller*, Funktionen der Rechtssetzung im modernen Staat, ZBl 97 (1996) 100.

<sup>104</sup> *Ebert*, Rechtsvergleichung, 174 ff.



Rahmen der letzten Revision in der Schweiz hingewiesen (...).»<sup>105</sup> Dies zeigt sich bei der anstehenden Aktienrechtsrevision erneut<sup>106</sup>.

In Gesetzgebungsverfahren sollte die Rechtsvergleichung *möglichst frühzeitig* integriert werden<sup>107</sup>; dem Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung (SIR)<sup>108</sup> kommt in diesem Zusammenhang eine überragende Rolle zu<sup>109</sup>. Im Verfahren der Rechtssetzung kommt die Rechtsvergleichung idealtypischerweise *mehrfach* zur Anwendung (nämlich: «Suche nach dem Konzept», «materielle Erarbeitung der Regelung», «Ausarbeitung der Botschaft» sowie «Hearings» in den parlamentarischen Beratungen)<sup>110</sup>.

Die Funktion der Rechtsvergleichung im Bereich der Rechtssetzung wird des Weiteren im *Ausland* ersichtlich<sup>111</sup>. Bereits in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts hat beispielsweise *Deutschland* ein einheitliches Handelsrecht unter starker Beeinflussung durch ausländische Rechtsordnungen erlassen; in *Grossbritannien* spielten bzw. spielen weiterhin entsprechende Überlegungen eine zentrale Rolle bei der Gesetzgebung. Ausserdem wird seit einigen Jahren mittels Rechtsvergleichung eine *Art von «Entwicklungshilfe»* gewährt<sup>112</sup>, und zwar insbesondere an *mittel- und osteuropäische* Staaten sowie an *afrikanische* Staaten (z.B. durch rechtsvergleichende Tagungen oder Gastvorlesungen an Universitäten).

#### b) Kompatibilitätsprüfung: EU etc.

Die Rechtserlasse des Bundes sowie die Botschaften des Bundesrats dazu entstehen nicht im «luftleeren Raum». Bereits seit den *1960er-Jahren* werden regelmässig ausländische Rechtsordnungen (mit)berücksichtigt<sup>113</sup>. Gemäss Art. 141 des Bundesgesetzes über die Bundesversammlung vom 13. Dezember 2002 (Parlamentsgesetz, ParlG)<sup>114</sup>

hat der Bundesrat die Erlassentwürfe in einer *Botschaft* zuhanden der Bundesversammlung zu verabschieden bzw. zu begründen, wobei er zahlreiche Aspekte – insbesondere das «*Verhältnis zum europäischen Recht*» (lit. a) – *erläutern* muss.

Schliesslich sind seit einigen Jahren ein sog. «*Gesetzgebungsleitfaden*» («Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes») <sup>115</sup> sowie ein sog. «*Botschaftsleitfaden*» («Leitfaden zum Verfassen von Botschaften des Bundesrates») <sup>116</sup> bei der Erarbeitung von Rechtserlassen auf Bundesebene zu berücksichtigen. Beide Handlungsanleitungen verlangen «Rechtsvergleichende Studien» (des SIR)<sup>117</sup> bzw. das Aufnehmen der Themen «Rechtsvergleich und Verhältnis zum europäischen Recht»<sup>118</sup>.

Gerade bei *wirtschaftsrechtlichen* Rechtssetzungsprojekten – insbesondere das Gesellschaftsrecht betreffend – wurde und wird die Rechtsvergleichung besonders stark hervorgehoben; dies kann wohl nur wenig überraschen angesichts der Globalisierung bzw. Internationalisierung der Wirtschaft sowie der international aktiven Konzerngesellschaften. Besonders gut ersichtlich war dies z.B. beim *Börsengesetz* (BEHG)<sup>119</sup> sowie beim *Fusionsgesetz* (FusG)<sup>120</sup>.

Im Rahmen der anstehenden umfassenden *Aktienrechtsrevision* wird ebenfalls die gesamte Gesetzesvorlage im Hinblick auf deren sog. *EU-Kompatibilität* unersucht bzw. dargestellt<sup>121</sup>. Der Begleitbericht stellt denn auch die wichtigsten EU-Richtlinien dar<sup>122</sup> – (noch) nicht erwähnt wird im Begleitbericht vom 2. Dezember 2005 zwar die geplante EU-Richtlinie über die «Ausübung der Stimmrechte durch Aktionäre», die erst am 10. Januar 2006 publiziert wurde<sup>123</sup>, doch dürfte

<sup>115</sup> <http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/staat-buerger/legistik.Par.0005.File.d>.

<sup>116</sup> <http://www.admin.ch/ch/d/bk/sprach/internet/bolff/blf-lang-d.doc>.

<sup>117</sup> Gesetzgebungsleitfaden: 166 f./Ziff. 2651.

<sup>118</sup> Botschaftsleitfaden: 15 f./Ziff. 1.6.

<sup>119</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG) vom 24. Februar 1993: BBl 1993 I 1433 ff.; die Vorschläge wurden unter dem Titel «Verhältnis zum internationalen Recht» verglichen mit den Ordnungen der *EU*, von *Deutschland*, den *USA*, von *Frankreich*, von *Grossbritannien*, von *Italien* sowie von *Japan*.

<sup>120</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG) vom 13. Juni 2000: BBl 2000 4382 ff.; unter dem Titel «Rechtsvergleichen» wurden die Ordnungen in *Deutschland*, in *Frankreich* sowie in *Italien* dargestellt – mit weiteren Hinweisen auf das *EU-Recht* (a.a.O., 4515 ff.).

<sup>121</sup> Die EU-Kompatibilitätsprüfung erfolgt seit den *1990er-Jahren* und ist eine «besondere Art der Rechtsvergleichung»: *Widmer*, Rechtsvergleichung, 10.

<sup>122</sup> Begleitbericht OR-Revision: 36 f.

<sup>123</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Ausübung der Stimmrechte durch Aktionäre von Gesellschaften, die ihren eingetragenen Sitz in einem Mitgliedstaat haben und deren Aktien zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, sowie zur Änderung der Richtlinie 2004/109/EG; <http://europa.eu.int/comm/internal-market/company/shareholders/index-de.htm>.

<sup>105</sup> *Kunz*, Minderheitenschutz, § 1 N 311. Die Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983 verwies insbesondere auf die Aktienrechte in *Deutschland*, in *Frankreich*, in *Italien*, in den *Niederlanden*, in *Belgien*, in *Grossbritannien* und gemäss *EU-Richtlinien*: BBl 1983 II 756 ff.

<sup>106</sup> Am 2. Dezember 2005 wurden ein Gesetzesentwurf sowie ein *Begleitbericht* zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht (Begleitbericht OR-Revision) publiziert: <http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtrevision.Par.0004.File.tmp/05-11-30%20defFassungBegleitberichtVarianteEDA.pdf> sowie <http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtrevision.Par.0006.File.tmp/VE%20definitveFassung%2005.11.30%20Variante%20EDA.pdf>; es finden sich im Begleitbericht OR-Revision *zahlreiche rechtsvergleichende* Hinweise.

<sup>107</sup> Grundlegend: *Widmer*, Rechtsvergleichung, 9 ff.

<sup>108</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 7. B.

<sup>109</sup> Mit dieser Analyse ein früherer Direktor des SIR: *Widmer*, Rechtsvergleichung, 10.

<sup>110</sup> *Widmer*, Rechtsvergleichung, 12.

<sup>111</sup> Detailliert: *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, 15 m.w.H.

<sup>112</sup> Generell: *Ebert*, Rechtsvergleichung, 195 ff.

<sup>113</sup> Hinweise: *Widmer*, Rechtsvergleichung, 10.

<sup>114</sup> SR 171.10.

dies in der Botschaft des Bundesrats ohne weiteres nachgeholt werden.

### c) Eklektische Anregungen

Die *Rechtssetzung determiniert* die Rechtsanwendung und folgt dem *Grundsatz der Ungebundenheit* der Legiferierung<sup>124</sup>. Der Rechtssetzer – sei es das Parlament oder sei es der Bundesrat – wird unbesehen dessen eine *spezifische Interessenabwägung* vornehmen, d.h. bestimmten (rechts-)politischen Wertungen zum Durchbruch verhelfen. Es erscheint offensichtlich, dass gerade auch die «Lösungen» bzw. die Erfahrungen im *Ausland berücksichtigt* werden sollten<sup>125</sup> – ohne dass dafür eine Pflicht besteht. Nicht zuletzt die deskriptive Rechtsvergleichung<sup>126</sup> zeigt dem Rechtssetzer *mögliche* Lösungen de lege ferenda auf.

Beispielsweise sollen im Rahmen der anstehenden umfassenden Revision des Aktienrechts die *Inhaberaktien abgeschafft* werden; dies wird mit einem rechtsvergleichenden Argument begründet wie folgt: «Im angloamerikanischen Rechtsraum sind Inhaberaktien weitgehend unbekannt. In verschiedenen anderen Ländern wurden Inhaberaktien abgeschafft, oder sie spielen nur eine bescheidene Rolle.»<sup>127</sup> Zur vorgeschlagenen *Hafungsbegrenzung der Revisionsstelle* wird angeführt: «Eine entsprechende Regelung findet sich in verschiedenen europäischen Ländern, so zum Beispiel in Deutschland und Österreich.»<sup>128</sup> Selbstverständlich ist der Rechtssetzer frei, welche ausländischen «Modelle» er aufnehmen will und welche nicht<sup>129</sup>.

Eine Motivation hinter diesen rechtsvergleichenden Anstrengungen ist der «Wettbewerb um das bessere Rechtssystem», das folglich einen *Standortvorteil* verschaffen kann<sup>130</sup>; in diesen weiteren Zusammenhang müssen das sog. «race to the bottom» bzw. das sog. «race to the top» gesehen und diskutiert werden<sup>131</sup>.

<sup>124</sup> Kunz, Minderheitenschutz, § 9 N 11 sowie N 13 ff.

<sup>125</sup> Es kann sich hierbei entweder um *positive Vorbilder* oder aber um *negative Beispiele* handeln – die Bewertung obliegt der Rechtspolitik.

<sup>126</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 2. C. a).

<sup>127</sup> Begleitbericht OR-Revision: 27.

<sup>128</sup> Begleitbericht OR-Revision: 21.

<sup>129</sup> In *Norwegen* gibt es seit dem 1. Januar 2006 bei Publikumsgesellschaften eine Pflicht, bei Verwaltungsräten eine «*Frauen-Quote*» von 40% vorzusehen, und zwar bis spätestens Ende 2007 (also innerhalb von zwei Jahren); entsprechende Diskussionen werden m.W. in der *Schweiz (noch)* nicht geführt.; allg.: *Ingrid Meissl Arebo*, Mehr Damenhandtaschen – weniger Krawatten – In Norwegens Verwaltungsräten gilt die Frauenquote, NZZ Nr. 37 (2006) 25.

<sup>130</sup> Hierzu: *Rusch*, Rechtsvergleichung, Rz. 6 sowie Rz. 11.

<sup>131</sup> Zentral erscheinen diese «Rennen» bzw. «races» im *Gesellschaftsrecht* sowie im *Steuerrecht*. Detailliert: *Kunz*, Minderheitenschutz, § 6 N 193 ff. (innerhalb den *USA*) sowie § 6 N 203 ff. (innerhalb der *EU*); auf die Thematik wird anlässlich der Berner Vorlesung eingegangen werden.

### D. Ausbildungsfunktion sowie weitere Funktionen

Der Rechtsvergleichung kommt – unter verschiedenen Aspekten als *angewandte* Rechtsvergleichung – ein (oft unterschätzter) grosser *praktischer Wert* hinsichtlich insbesondere der Themen der Rechtsanwendung<sup>132</sup> sowie der Rechtssetzung<sup>133</sup> zu. Das Fachgebiet der Rechtsvergleichung kann aber *zusätzlich* eine «erzieherische Funktion» bzw. eine sog. *Ausbildungsfunktion* für die jüngeren bzw. die angehenden Juristen übernehmen<sup>134</sup>.

Vor mehr als einem Vierteljahrhundert wurde m.E. zu Recht analysiert wie folgt: «Der Jurist unserer Zeit – ganz besonders aber die *junge Juristengeneration* – tritt (...) einer nie gekannten *Herausforderung* gegenüber. Eine Fülle von Rechtsproblemen unserer Gegenwart und nahen Zukunft sind gar nicht mehr in den beschaulichen, altvertrauten Bezirken des nationalstaatlichen Rechts *in vereinzelter Selbstgenügsamkeit* zu lösen. (...) Ist unsere heutige Juristengeneration in ihrer überwiegenden Mehrzahl auf diese Herausforderung *genügend vorbereitet*? Die Frage stellen, heisst sie *verneinen*. Für die meisten Juristen gleicht doch die fremde Rechtswelt einem *Raum mit blinden Fenstern*, die jeglichen Ausblick und Einblick versperren.»<sup>135</sup>

Mit der *weiter zunehmenden* Internationalisierung bzw. Globalisierung – nicht nur, aber gerade im Wirtschaftsrecht – *verschärfen* sich in Zukunft ohne Zweifel die Anforderungen an die Juristen, d.h., es liegt im wohlverstandenen *Eigeninteresse*, sich mit der Rechtsvergleichung auseinander zu setzen. Mittelbar dürfte eine rechtsvergleichende Ausbildung ausserdem der Vorbereitung für ein (*LL.M.-*)*Studium im Ausland* dienen – und eine solche Zusatzausbildung gehört für gewisse Arbeitsplätze längst zum *notwendigen «Rucksack»* der (Jung-)Juristen<sup>136</sup>.

Die (ausländische) Doktrin zur Rechtsvergleichung weist auf *weitere Funktionen* des Fachgebietes hin, die allerdings für die Schweiz – zumindest im heutigen Zeitpunkt – von geringer(er) Wichtigkeit erscheinen: Erwähnt seien insbesondere die Be-

<sup>132</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 3. B.

<sup>133</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 3. C.

<sup>134</sup> Nicht auszuschliessen ist natürlich, dass selbst «*alte (Juristen-) Hasen*» bei einer Auseinandersetzung mit der Rechtsvergleichung noch neue Erkenntnisse gewinnen können – das Fachgebiet sei somit *jedermann empfohlen*. Allg. zur Bedeutung der Rechtsvergleichung für den *akademischen Unterricht* etwa: *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, 20 ff.

<sup>135</sup> *Ebert*, Rechtsvergleichung, 7; Hervorhebungen hinzugefügt.

<sup>136</sup> M.E. ist seit einigen Jahren eine ausländische LL.M.-Ausbildung ein «*must*» mindestens für die *Wirtschaftsadvokatur* (in Zürich).

deutung für die *Rechtsvereinheitlichung* einerseits<sup>137</sup> sowie für die Entwicklung eines *gemeineuropäischen Zivilrechts* andererseits<sup>138</sup>. Die aktuelle Situation würde sich ohne Zweifel ändern, sollte die Schweiz in Zukunft der *EU beitreten*.

#### 4. Geschichte – «Wie hat sich Rechtsvergleichung entwickelt?»

Das grundsätzliche Interesse bzw. der «Gwunder» an ausländischem Recht kann zwar bereits über Jahrtausende hinweg belegt werden<sup>139</sup>. Solange allerdings (nationale) Rechtsordnungen fast eine Art von «*Sendungsbewusstsein*» hatten oder haben<sup>140</sup>, musste oder muss die Auseinandersetzung mit «fremdem» Recht zwangsläufig – wenn überhaupt – *restriktiv* erfolgen. Diese Zurückhaltung gegenüber der Rechtsvergleichung war früher offensichtlich beim *römischen* Recht sowie im Mittelalter beim *kanonischen* Recht<sup>141</sup>; eine nicht unähnliche Entwicklung scheint m.E. heute das *US-amerikanische* Rechtswesen zu durchlaufen<sup>142</sup>.

Der «formelle Start» sowie der internationale Aufbruch der Wissenschaft der Rechtsvergleichung kann wohl auf den *Beginn des 20. Jahrhunderts* festgelegt werden, und zwar beginnend mit dem «*Congrès international de droit comparé*» anlässlich der «*Pariser Weltausstellung*» im Jahre 1900<sup>143</sup>. Zwei französische Gelehrte, Edouard Lambert sowie Raymond Saleilles, waren treibende Kräfte für einen *Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung* anlässlich dieser Ausstellung<sup>144</sup>. Die idealistische Motivation und die Fortschrittsgläubigkeit von damals – namentlich die Schaffung eines «*Weltrechts*» («*droit commun de l'humanité*») durch die Rechtsvergleichung – gingen indes nicht zuletzt infolge der späteren Weltkriege verloren<sup>145</sup>.

Im Jahre 1902 wurde der erste *Lehrstuhl* für Rechtsvergleichung in Paris eingerichtet. Im Jahre 1916 gründete die Universität München ein *In-*

*stitut* für Rechtsvergleichung – «als erste Einrichtung dieser Art in der Welt»<sup>146</sup>; *nach dem Zweiten Weltkrieg* folgten einige zentrale Änderungen, die erklärbar sind wie folgt: «[D]ie Aufspaltung der Welt in zwei grosse politische Blöcke, der stürmische technische Fortschritt, das Weltwirtschaftssystem, die zunehmende wechselseitige Abhängigkeit der Nationalstaaten in vielen Lebensbereichen, eröffnet der Rechtsvergleichung als der internationalen Wissenschaft vom Recht neue und stets wachsende Entfaltungsmöglichkeiten. Jetzt erst verspricht der Versuch einen Sinn, ihr systematisch und methodisch eine festere Struktur zu geben.»<sup>147</sup>

Die *Wissenschaft* der Rechtsvergleichung hat sich über den Lauf der Zeit hinweg ebenfalls erheblich entwickelt<sup>148</sup> – nicht zuletzt, was deren Relevanz in Praxis und Theorie anbelangt. Diese Aspekte sind zwar interessant, aus Platzgründen kann indes leider auf die *Geschichte der Rechtsvergleichung* (oder auch auf die *Geschichte der Rechtsvergleicher*)<sup>149</sup> nicht detailliert eingegangen werden<sup>150</sup>.

#### 5. Methodik – «Wie geht Rechtsvergleichung?»

##### A. Makrovergleichung sowie Mikrovergleichung

Im Rahmen der Rechtsvergleichung kann zwischen einer sog. *Makrovergleichung* sowie einer sog. *Mikrovergleichung* unterschieden werden<sup>151</sup>; ob die Thematik – wie hier – bei der *Methodik* oder beim *Begriff* der Rechtsvergleichung<sup>152</sup> behandelt wird, spielt an sich keine Rolle. Im Wesentlichen geht es um die Frage, *wie weit* ein Rechtsvergleichender seinen *Blick schweifen lassen* soll bzw. welche rechtlichen und sonstigen Aspekte beim *übernationalen Inbezugsetzen* der Rechtsnormen zu berücksichtigen sind:

- *Makrovergleichung*: Bei dieser Form der Rechtsvergleichung sollen «Geist und Stil verschiedener Rechtsordnungen und die in ihnen gebräuch-

<sup>137</sup> Sacco, Rechtsvergleichung, 162 ff.; Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, 23 ff. Die Schweiz berücksichtigt zwar im Rahmen der Rechtssetzung die *EU-weiten Entwicklungen bzw. Vereinheitlichungen* (vgl. dazu vorne Ziff. 3. C. b), doch m.E. nimmt die EU nicht oder zumindest kaum Kenntnis von schweizerischen Gesetzgebungen.

<sup>138</sup> Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, 27 ff.

<sup>139</sup> Ebert, Rechtsvergleichung, 34, weist auf Platon, Aristoteles und Theophrast hin.

<sup>140</sup> Motto: «An unserem (Rechts-)Wesen soll die ganze Welt genesen.»

<sup>141</sup> Hierzu: Ebert, Rechtsvergleichung, 34.

<sup>142</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 7. C. c).

<sup>143</sup> Hinweise: Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, 2 ff.; Ebert, Rechtsvergleichung, 34 f.; Michaels, Neues, 98 ff.

<sup>144</sup> Frankreich war und ist traditionellerweise die «Hochburg» der Rechtsvergleichung: Ebert, Rechtsvergleichung, 35.

<sup>145</sup> Zur Desillusionierung der Rechtsvergleichung: Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, 2; ähnlich: Ebert, Rechtsvergleichung, 35.

<sup>137</sup> Ebert, Rechtsvergleichung, 36.

<sup>147</sup> Ebert, Rechtsvergleichung, 36.

<sup>148</sup> Allg.: Markesinis, Rechtsvergleichung, 8 ff.

<sup>149</sup> Übersicht zu den Forschern etwa in: Bernhard Grossfeld (Hrsg.), Rechtsvergleicher – Verkannt, vergessen, verdrängt, Bd. 62, Münsteraner Studien zur Rechtsvergleichung (Münster 1999).

<sup>150</sup> Im Detail: Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, 47 ff. m.w.H.; Ebert, Rechtsvergleichung, 34 ff.; zudem: Filippo Ranieri, Die Rechtsvergleichung und das deutsche Zivilrecht im 20. Jahrhundert: Eine wissenschaftshistorische Skizze, 2 ff. (Ziff. II) – und zwar u.a. auf dem Internet publiziert: <http://ranieri.jura.uni-sb.de/Veroeffentlichungen/rvgl-u-dt-zivil-i-20-jhd.pdf>.

<sup>151</sup> Rusch, Rechtsvergleichung, Rz. 13 f. m.w.H.; Ebert, Rechtsvergleichung, 21.

<sup>152</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 2.

lichen Denkmethode und Verfahrensweisen miteinander verglichen werden», d.h., es geht «nicht [um] konkrete Einzelprobleme und ihre Lösungen, sondern [um] die allgemeinen Methoden des Umgangs mit dem Rechtsstoff, die Verfahren der Schlichtung und Entscheidung von Streitigkeiten oder die Arbeitsweise der mit dem Recht befassten Juristen»<sup>153</sup>.

Bei der Makrovergleichung werden *beispielsweise* die Gesetzgebungstechniken, die Kodifikationsstile, die Methoden der Gesetzesauslegung, die Bedeutung von Gerichtsentscheidungen (z.B. «stare decisis») sowie der Rechtsanwältinnen (z.B. «contingency fees») <sup>154</sup>, die Art der Klagen (z.B. «class action») <sup>155</sup>, die Massgeblichkeit der Lehre, die Arten der Verfahren zur Beweisführung vor Gericht (z.B. «pre-trial discovery») oder der Einbezug von Laienrichtern (z.B. «jury trial») thematisiert.

- Mikrovergleichung: Diese Form der Rechtsvergleichung hat «mit einzelnen Rechtsinstituten oder Rechtsproblemen zu tun, also mit den Regeln, nach denen bestimmte Sachprobleme oder bestimmte Interessenkonflikte in verschiedenen Rechtsordnungen beurteilt werden» <sup>156</sup>; Beispiele: «Stellt ein Kind, das infolge einer gescheiterten Unterbindung geboren wird, einen Schaden dar?» <sup>157</sup>, oder: «Hat das Management eine Treuepflicht gegenüber den Aktionären?» Die Mikrovergleichung ist so grenzenlos wie das Recht als solches.

Zwischen Makrovergleichung und Mikrovergleichung besteht indes ein *fließender Übergang*, und meist *ergänzen* sich diese beiden Formen der Vergleichung <sup>158</sup>. Die Unterscheidung hat folglich keinen Selbstwert, d.h., es muss *im Einzelfall* aufgepasst werden, dass nicht ohne weiteres daraus «fixe Ergebnisse» abgeleitet werden – es sei somit zur *Vorsicht* gemahnt; dies zeigt folgendes Beispiel:

Ein *Common-Law-Staat* (z.B. die USA) weist regelmässig eine sehr unterschiedliche *Makrovergleichung* gegenüber einem *Civil-Law-Staat* (z.B. der Schweiz) auf. Daraus könnte der (Trug-)Schluss

gezogen werden, dass generell eine geringe Vergleichbarkeit bestehe – doch dies trifft nicht in jedem Fall zu, d.h., es kommt auf das jeweils in Frage stehende Rechtsgebiet an. Insbesondere das US-amerikanische Gesellschaftsrecht ist weniger Common Law als vielmehr kodifiziertes Recht («codes»), sodass bei einer *Mikrovergleichung* die in Frage stehenden Rechtsinstitute relativ nahe sind bzw. sein können <sup>159</sup>.

## B. Prozess der Rechtsvergleichung

### a) Erster Schritt («Fragestellung»)

Es wird in der Doktrin *bezweifelt*, ob es überhaupt eine «logisch ableitbare, geschlossene Methodenlehre der Rechtsvergleichung» gibt bzw. geben kann <sup>160</sup>; die Rechtsvergleichung zeichnet sich vielmehr durch *einzelfallbezogenes* Vorgehen aus. Da die Methodik <sup>161</sup> indes nicht bloss «Denkmethode», sondern ebenfalls «Arbeitsmethode» meint, muss irgendeine Antwort <sup>162</sup> gegeben werden auf die Frage: «*Wie geht und wie macht man Rechtsvergleichung?*»

Der erste Schritt in diesem Prozess einer Rechtsvergleichung ist jeweils das Aufstellen einer Arbeitshypothese oder das *Formulieren der richtigen Fragestellung* (= «Was soll überhaupt abgeklärt bzw. verglichen werden?») <sup>163</sup>:

Nicht ein konkreter Begriff (z.B. die Treuepflicht der VR-Mitglieder) soll zur Vergleichung gestellt werden, sondern eine bestimmte *Funktionalität* (z.B. das System für den Investorenschutz): «Unvergleichbares kann man nicht sinnvoll vergleichen, und vergleichbar ist im Recht nur, was dieselbe Aufgabe, dieselbe Funktion erfüllt.» <sup>164</sup> Die Fragestellung muss deshalb *funktional breit genug* und insbesondere *frei von der Begrifflichkeit* der *eigenen* Rechtsordnung sein, die den Blick auf die Funktionalität stören könnte <sup>165</sup>.

<sup>153</sup> Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, 4.

<sup>154</sup> Rusch, Rechtsvergleichung, Rz. 18.

<sup>155</sup> Rusch, Rechtsvergleichung, Rz. 18.

<sup>156</sup> Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, 4 f.

<sup>157</sup> In einem zur Zeit des Manuskriptabschlusses noch unpublizierten Entscheid (BGE 4C.178/2005) vom 20. Dezember 2005 hielt das schweizerische Bundesgericht fest, dass durchaus ein Schaden vorliegen könne – offensichtlich liess sich das Gericht beim Urteil von *rechtsvergleichenden* Argumenten leiten (v.a. wurde darauf hingewiesen, dass ein Schaden *bejaht* wird in *Deutschland* und in den *Niederlanden*; hingegen wird ein Schaden *verneint* in *Grossbritannien* und in *Österreich*): NZZ Nr. 298 (2005) 14 («Ein ungeplantes Kind als Schaden? Beim Kaiserschnitt die Eileiterunterbindung vergessen»).

<sup>158</sup> Rusch, Rechtsvergleichung, Rz. 14; Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, 5.

<sup>159</sup> Es kann deshalb kaum überraschen, dass die *schweizerischen* Gesellschaftsrechtler ihre rechtsvergleichenden Ausführungen sehr häufig in Bezug auf das *US-amerikanische* Gesellschaftsrecht machen – m.E. mit gutem Grund; statt aller: Kunz, Minderheitenschutz, § 1 N 318 ff. sowie § 17 N 51 ff.

<sup>160</sup> Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, 32.

<sup>161</sup> Übersicht: Ebert, Rechtsvergleichung, 140 ff.

<sup>162</sup> Detailliert: Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, 31 ff.; Rusch, Rechtsvergleichung, Rz. 15 ff.

<sup>163</sup> Hierzu: Rusch, Rechtsvergleichung, Rz. 15 ff.

<sup>164</sup> Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, 33; Rusch, Rechtsvergleichung, Rz. 20 ff.; zum Funktionalitätsprinzip: Ebert, Rechtsvergleichung, 26 ff.

<sup>165</sup> *Beispielsweise* wäre die Thematik «*gesetzliche Vertretung*» für das Vergleichsthema «Teilnahme von handlungsunfähigen Personen am Rechtsverkehr» zu *eng* – entsprechende spezifische Institute sind zwar dem *Common Law fremd*, doch gibt es *Alternativen mit gleicher Funktionalität* (z.B. «next friend», «guardian ad litem» oder «administrator durante minore aetate»), die in einen Vergleich einbezogen werden müssen: Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, 35 f.; zudem: Rusch, Rechtsvergleichung, Rz. 17 ff.; Ebert, Rechtsvergleichung, 23 ff.

b) Zweiter Schritt («Auswahl der Rechtsordnung»)

Als *zweiter* Schritt steht die spezifische *Auswahl der Rechtsordnungen* zur Debatte<sup>166</sup>, die für die Fragestellung zu vergleichen sind (= «Mit welchen Rechtsordnungen soll verglichen werden?»). Es können *nicht alle* «Weltrechte» verglichen werden – und dies ist auch *nicht nötig*. Nicht zuletzt aus praktischen Gründen wird der «Grundsatz weiser Beschränkung»<sup>167</sup> nahe gelegt; doch nicht unumstritten ist, nach welchen Kriterien die *Einschränkung* bei der Auswahl der Rechtsordnungen vorzunehmen ist.

Die Lehre hat gewisse *Vorrangregeln* im Zusammenhang mit sog. *Rechtskreisen* der Rechtsordnungen<sup>168</sup> entwickelt; diese stellen indes nur *Faustregeln* dar, d.h. können je nach Einzelfall ganz anders gehandhabt werden:

Zum Massstab der (Selbst-)Beschränkung lässt sich m.E. nur wenig Allgemeingültiges sagen. Immerhin wird vorgebracht, dass es – im Prinzip – genügen soll, sich auf (i) die sog. «*Mutterrechtsordnungen*» zu fokussieren<sup>169</sup> und die (sozusagen «imitierenden») sog. «*Tochterrechtsordnungen*» ausser Betracht zu lassen<sup>170</sup>. Sollte sich für die konkrete Vergleichsthematik indes (ii) eine sog. *dominante Rechtsordnung* entwickelt haben<sup>171</sup>, müsste diese untersucht werden<sup>172</sup>, selbst wenn sie keine «Mutter» ist. Schliesslich kann es nützlich sein, unbesehen der anderen Kriterien (iii) eine sog. *verwandte Rechtsordnung* (zusätzlich) heranzuziehen<sup>173</sup>. In jedem Fall ist die Auswahl «in hohem Masse auf *Erfahrung* und *Gespür* angewiesen»<sup>174</sup>.

c) Dritter Schritt («Kritik»)

Der *dritte* Schritt ist dann die *Bewertung der Resultate* (= «Was ist vom Vergleichsergebnis zu halten?»)<sup>175</sup>: «Kommentarlose Gegenüberstellung der Lösungen verschiedener Rechtsordnungen ist noch keine Rechtsvergleichung; sie beginnt da-

nach»<sup>176</sup>; insofern wird, wie bereits dargelegt, die deskriptive Rechtsvergleichung nicht zur eigentlichen Rechtsvergleichung gezählt – obwohl sie zentrale Voraussetzung dafür ist<sup>177</sup>.

Diese Bewertung heisst *nicht*, dass darüber entschieden werden soll, ob ein ausländischer Lösungsvorschlag «*besser*» oder «*schlechter*» ist – die Lösung im Ausland ist einfach «*gleich*», «*ähnlich*» oder «*anders*», und daraus können gewisse Folgerungen abgeleitet werden<sup>178</sup>. Denn primäres Ziel ist das Erkennen. Nicht erörtert werden muss, «ob rechtliche Wertung noch eine legitime wissenschaftliche Aufgabe ist» oder nicht<sup>179</sup>.

## 6. Rechtskreise – «Was soll denn das?».

### A. Bedeutung

Die sog. *Lehre von den Rechtskreisen* ist in erster Linie eine «Art geistiger Flurbereinigung in der Weltlandschaft der Rechtssysteme»<sup>180</sup>. Bei der *Methode* der Rechtsvergleichung – als deren zweiter Schritt – wird die Lehre (i) unter *praktischem* Aspekt wichtig, um überhaupt eine (beschränkte) Auswahl der zu vergleichenden Rechtsordnungen treffen zu können<sup>181</sup>. Des Weiteren übernimmt die Rechtskreislehre (ii) eine *theoretische* Ordnungsaufgabe, «indem sie eine unübersichtliche Masse von Rechtssystemen gliedert und überschaubar macht»<sup>182</sup>. Der Lehre von den Rechtskreisen kommt zwar *keine normative Verbindlichkeit*, zumindest aber eine *instrumentale Funktion* zu<sup>183</sup>.

Die jeweiligen «Gruppenbildungen» erweisen sich allerdings als *relativ*: Der sog. *Grundsatz der materiebezogenen Relativität* hält fest, dass sich je nach in Frage stehender Rechtsmaterie eine unterschiedliche Gruppenzugehörigkeit aufdrängen könnte<sup>184</sup>; der sog. *Grundsatz der zeitlichen*

<sup>166</sup> Grundlegend: *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, 40 ff.; *Ebert*, Rechtsvergleichung, 143 ff.

<sup>167</sup> *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, 40.

<sup>168</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 6.

<sup>169</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 6. B. Dies wären – in unterschiedlichen Rechtskreisen – etwa *Deutschland*, *Frankreich* sowie *England*.

<sup>170</sup> Mit dieser Faustregel: *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, 40 f.; kritisch: *Rusch*, Rechtsvergleichung, Rz. 22.

<sup>171</sup> M.E. kann die *USA* z.B. für das *Kapitalmarktrecht* sowie für das *Kartellrecht* erwähnt werden.

<sup>172</sup> In diesem Sinne: *Rusch*, Rechtsvergleichung, Rz. 22.

<sup>173</sup> *Rusch*, Rechtsvergleichung, Rz. 22. In verschiedenen Bereichen kann *Liechtenstein* interessant für die Schweiz sein.

<sup>174</sup> *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, 41; Hervorhebungen hinzugefügt.

<sup>175</sup> Detailliert: *Rusch*, Rechtsvergleichung, Rz. 27 ff.; *Ebert*, Rechtsvergleichung, 161 ff.

<sup>176</sup> *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, 42.

<sup>177</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 2. C. a).

<sup>178</sup> Allg.: *Ebert*, Rechtsvergleichung, 166 ff.

<sup>179</sup> Hinweise: *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, 46; es kann festgehalten werden: «[Es ist] zu überlegen und zu begründen, welche von mehreren Lösungen *zweckmässiger und gerechter* erscheint. In diesem Punkte ist der Rechtsvergleicher daher *nicht klüger* als derjenige Jurist, der nur den Boden des heimischen Rechts beackert. Wohl aber verfügt er über *mehr Anschauungsmaterial*; er kennt Lösungsmöglichkeiten, wie sie dem auf den nationalen Bereich beschränken Juristen auch bei stärkster Anspannung seiner Phantasie *nicht eingefallen wären*, und er weiss sich von blinder Gläubigkeit an die Überlegenheit des eigenen Rechts frei» (a.a.O., 46 f.; Hervorhebungen hinzugefügt).

<sup>180</sup> *Ebert*, Rechtsvergleichung, 39; allg.: *Sacco*, Rechtsvergleichung, 173 ff.

<sup>181</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 5. B. b).

<sup>182</sup> *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, 62.

<sup>183</sup> *Ebert*, Rechtsvergleichung, 40.

<sup>184</sup> *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, 64 ff.; also: «So ist es z.B. denkbar, dass in derselben Rechtsordnung das *Privatrecht* dem einen Rechtskreis, das *Verfassungsrecht* einem anderen Rechtskreis zuzuordnen ist» (a.a.O., 64; Hervorhebungen im Original).

*Relativität* stellt ausserdem klar, dass sich im Laufe der Zeit sowohl die Gruppenzugehörigkeiten als auch sogar die Existenz eines ganzen Rechtskreises grundlegend oder teilweise ändern können<sup>185</sup>. Die Rechtskreislehre scheint in jüngerer Vergangenheit etwas die Unterstützung zu verlieren<sup>186</sup>.

### B. Erste Übersicht

Die weltweit vorhandenen Rechtsordnungen werden durch die Rechtsvergleichung bzw. durch die Rechtskreislehre *typisiert* und – nach unterschiedlichen Kriterien – einer bestimmten «Gruppe oder einer «Rechtsfamilie» oder eben einem «Rechtskreis» zugeordnet (also z.B. dem «Deutschen Rechtskreis» oder dem «Romanischen Rechtskreis»); die Kriterien zur Gruppenbildung sind weder einfach «vorgegeben» noch in der Lehre unbestritten.

Zu den *Abgrenzungskriterien* werden in der Lehre<sup>187</sup> als *stilbildende Faktoren* beispielsweise (i) die historische Herkunft und Entwicklung einer Rechtsordnung, (ii) vorherrschende spezifische juristische Denkweisen, (iii) besonders kennzeichnende Rechtsinstitute, (iv) die Rangordnung der Rechtsquellen und der Auslegungsmethoden sowie (v) ideologische Faktoren gezählt. Regelmässig<sup>188</sup> werden – basierend auf den erwähnten Kriterien – in der Doktrin die folgenden *Rechtskreise* aufgezählt<sup>189</sup>:

- Deutscher Rechtskreis: Zum sog. Deutschen Rechtskreis<sup>190</sup> gehören die Staaten, in denen (ausschliesslich oder vorwiegend) Deutsch gesprochen wird, d.h. Deutschland – mit seinem Recht als «Mutterrechtsordnung» – sowie die Schweiz und schliesslich Österreich (mit «Tochterrechten»). Es ist umstritten, ob dieser Rechtskreis nicht zusammen mit dem Romanischen Rechtskreis einfach die «europäischen Rechtsordnungen» bildet.

- Romanischer Rechtskreis: Der sog. Romanische Rechtskreis<sup>191</sup> besteht insbesondere aus Frankreich («Mutterrechtsordnung») und aus den Staaten, die «Tochterrechtsordnungen» des französischen Code civil erlassen haben, also etwa Italien (mit «nachahmendem» Recht)<sup>192</sup>, Spanien, Portugal und zahlreiche südamerikanische Staaten<sup>193</sup>. Es ist umstritten, ob dieser Rechtskreis nicht zusammen mit dem Deutschen Rechtskreis einfach die «europäischen Rechtsordnungen» darstellt.
- Skandinavischer Rechtskreis: Der sog. Skandinavische oder Nordische Rechtskreis<sup>194</sup> (v.a. Dänemark, Schweden, Norwegen sowie Finnland) hat sich autonom entwickelt, ist indes – nicht zuletzt aus Sprachgründen – von den Rechtsvergleichern (noch) wenig erforscht; diese Rechte können und sollen nicht ohne Not dem Common Law oder dem Civil Law zugeteilt werden<sup>195</sup>. Die skandinavischen Staaten haben traditionellerweise z.T. gemeinsame Gesetze (z.B. im Bereich des Aktienrechts)<sup>196</sup> erlassen.
- Angloamerikanischer Rechtskreis: Im sog. Angloamerikanischen Rechtskreis<sup>197</sup> herrscht das Common Law – als Abgrenzung gegenüber insbesondere dem kontinentaleuropäischen Civil Law – vor. Zur Gruppe gehören z.B. Grossbritannien (notabene mit verschiedenen Staaten – England, Schottland etc.), die USA sowie Australien. Das Common Law von England stellt die «Mutterrechtsordnung» des Rechtskreises dar<sup>198</sup>, wobei sich – wohl wenig überraschend – in den letzten Jahrzehnten in verschiedenen Rechtsgebieten (z.B. im Kapitalmarktrecht oder bei der «Corporate Governance») das US-amerikanische Recht klarerweise zur dominanten Rechtsordnung entwickelt hat.
- Weitere Rechtskreise: Die Lehre teilt weitere Gruppen von Rechtsordnungen ein, die indes teils umstritten oder bereits wieder obsolet sind; erwähnt werden sollen in diesem Zusammenhang der sog. Sozialistische Rechtskreis (UdSSR, DDR etc.)<sup>199</sup>, der sog. Fernöstliche

<sup>185</sup> Details: *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, 64 ff.; die *zeitliche Relativität* wird an drei Beispielen offensichtlich: (i) Es erscheint heute zweifelhaft, ob Japan nebst China tatsächlich (noch) zu einem sog. *Fernöstlichen Rechtskreis* gezählt werden soll (a.a.O., 65); (ii) die *afrikanischen* Staaten – und zwar «südlich der Sahara» – dürften heute einen eigenständigen sog. *Afrikanischen Rechtskreis* bilden (a.a.O., 65 sowie 66), was früher (noch) nicht der Fall war; (iii) und schliesslich hat sich seit dem «Mauerfall» in den letzten Jahren der sog. *Sozialistische Rechtskreis* (hierzu: *Ebert*, Rechtsvergleichung, 97 ff. – kritisch zur Bezeichnung: *Bartels*, Rechtsvergleichung: 10 ff.) gänzlich aufgelöst.

<sup>186</sup> *Heinz Kötz*, Abschied von der Rechtskreislehre, *ZeUP* 1998 493 ff.

<sup>187</sup> Grundlegend: *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, 68 ff.; zudem: *Ebert*, Rechtsvergleichung, 39 ff.

<sup>188</sup> *Ebert*, Rechtsvergleichung, 43.

<sup>189</sup> Aus Platzgründen kann auf *keine* Details eingegangen werden – in der Berner Vorlesung des Unterzeichners wird dies selbstverständlich anders sein.

<sup>190</sup> *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, 130 ff.; *Ebert*, Rechtsvergleichung, 57 ff.; *Schwenzer/Müller-Chen*, Rechtsvergleichung, 2 ff.

<sup>191</sup> *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, 73 ff.; *Ebert*, Rechtsvergleichung, 45 ff.; *Schwenzer/Müller-Chen*, Rechtsvergleichung, 7 ff.

<sup>192</sup> Details: *Sacco*, Rechtsvergleichung, 245 ff.

<sup>193</sup> Hinweise zu Spanien: *Jayme*, Rechtsvergleichung, 147 ff.

<sup>194</sup> *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, 270 ff.; *Ebert*, Rechtsvergleichung, 64 ff.

<sup>195</sup> Zu dieser spezifischen Problematik: *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, 271.

<sup>196</sup> Hinweise: *Kunz*, Minderheitenschutz, § 17 N 82.

<sup>197</sup> *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, 177 ff.; *Ebert*, Rechtsvergleichung, 66 ff.; *Schwenzer/Müller-Chen*, Rechtsvergleichung, 11 ff.

<sup>198</sup> *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, 64.

<sup>199</sup> *Ebert*, Rechtsvergleichung, 97 ff. m.v.H.; allg. zur *marxistischen* Rechtswissenschaft: *Bartels*, Rechtsvergleichung, 23 ff.

Rechtskreis (also: China und – umstritten – Japan)<sup>200</sup>, der sog. Religiöse Rechtskreis (d.h., es geht um die Islamordnung sowie um die Hinduordnung)<sup>201</sup> sowie der sog. Afrikanische Rechtskreis («südlich der Sahara»)<sup>202</sup>. Auf Details soll in diesem Beitrag verzichtet werden.

Die Rechtskreislehre ist – wie erwähnt – einerseits ein *methodisches Element* der Rechtsvergleichung<sup>203</sup>. Andererseits bringt diese Lehre eine gewisse Ordnung bzw. zumindest *etwas Struktur und «Begründbarkeit»* in den oft arbiträren Prozess der Rechtsvergleichung. Nichtsdestotrotz darf die Lehre von den Rechtskreisen *nicht überschätzt* werden – nebst den erwähnten beiden Grundsätzen der Relativität<sup>204</sup> ist dies etwa am Umstand zu erkennen, dass es durchaus sog. «Hybrid-Rechtsordnungen» gibt, die *keinem Rechtskreis eindeutig* zugeordnet werden können (z.B. *China, Griechenland, Schottland, Südafrika, Israel, die Philippinen, der US-Bundesstaat Louisiana, die kanadische Provinz Québec*)<sup>205</sup>.

## 7. Institutionelle Ausgangslage in der Schweiz

### A. Universitäten

An den *rechtswissenschaftlichen Fakultäten* in der Schweiz wird der privat- und wirtschaftsrechtlichen Rechtsvergleichung unterschiedliches Gewicht beigemessen, obwohl deren *Relevanz unbestritten* erscheint<sup>206</sup>. Im Folgenden soll ein kurzer *Überblick* verschafft werden:

Während offensichtlich an der *Universität Freiburg i.Ü.* – soweit ersichtlich – zurzeit überhaupt keine Vorlesungen in privat- oder wirtschaftsrechtlicher Rechtsvergleichung angeboten werden, finden an den Universitäten Bern, Zürich, St. Gallen, Basel, Luzern, Neuenburg, Lausanne und Genf zumindest zur privatrechtlichen Rechtsvergleichung regelmässig Veranstaltungen statt, wobei die Schwerpunkte unterschiedlich gesetzt werden. Der Verfasser dieses Artikels wird – als Ordinarius u.a. für Rechtsvergleichung – an der *Universität Bern* ab dem Sommersemester 2006 jedes zweite Semester eine vierstündige Vorlesung in privat- bzw. *wirtschaftsrechtlicher Rechtsvergleichung*

anbieten<sup>207</sup>. Die Veranstaltung führt in Bedeutung, Methodik sowie Geschichte der Rechtsvergleichung ein und erläutert die Besonderheiten der wichtigen Rechtskreise; die erarbeiteten Grundsätze werden sodann anhand ausgewählter Rechtsgebiete aus dem *Wirtschaftsrecht* vertieft<sup>208</sup>.

An der *Universität Zürich* werden in regelmäßigen Abständen drei jeweils zweistündige Veranstaltungen zur privatrechtlichen Rechtsvergleichung (privatrechtliche Rechtsvergleichung<sup>209</sup>, II<sup>210</sup> und III<sup>211</sup>) gelesen. Der Schwerpunkt liegt bei den allgemeinen Grundlagen, insbesondere bei der Methode der Privatrechtsvergleichung; es werden aber auch die Entwicklungstendenzen in der Europäisierung des Privatrechts berücksichtigt<sup>212</sup>.

Die privatrechtliche Rechtsvergleichung wird an der *Universität St. Gallen* als Grundlagenfach alle zwei Jahre gelesen. Die Veranstaltung wird in sechs Plenumsveranstaltungen durchgeführt, in denen der von den Studierenden gelesene Stoff diskutiert und verarbeitet wird. Es werden die Grundlagen der Rechtsvergleichung, gewisse Rechtskreise und ausgewählte Problemkreise dargestellt. Dabei wird eine querschnittartige Untersuchung ausgewählter Teilgebiete verschiedener privatrechtlicher Fragestellungen – wie z.B. der Haftung für Vertragsverletzung oder des Vertragsschlusses – durchgeführt<sup>213</sup>.

An der *Universität Basel* besteht die Möglichkeit, im Masterstudium die Studienrichtung «Transnationales Recht» zu besuchen, in welchem das Modul «Rechtsvergleichung im Privatrecht» angeboten wird<sup>214</sup>. Das Modul wiederum ist in zwei

<sup>207</sup> Informationen zur Vorlesung sind im Internet auffindbar unter: <http://evub.unibe.ch/pievub?KursID=1375357&KursNr=SN253&UberschriftID=251590&page=detail>.

<sup>208</sup> Im Vordergrund stehen insbesondere das Gesellschaftsrecht, das Wettbewerbs- und das Kartellrecht sowie das Immaterialgüterrecht und schliesslich das Finanzmarktrecht.

<sup>209</sup> Inhalt der Veranstaltung: Grundlagen der Rechtsvergleichung; Deutschsprachiger Rechtskreis und Europäisierung des Privatrechts; Schwerpunkt: Vertragsrecht.

<sup>210</sup> Inhalt der Veranstaltung: Grundlagen der Rechtsvergleichung; Romanischer Rechtskreis und Europäisierung des Privatrechts; Schwerpunkte: Ausservertragliches Haftpflichtrecht und Gesellschaftsrecht.

<sup>211</sup> Inhalt der Veranstaltung: Angloamerikanisches Recht; Schwerpunkt: Gerichtsorganisation und Verfahrensrecht.

<sup>212</sup> Informationen zu den Vorlesungen und den Prüfungen finden sich im Internet: <http://www.ius.unizh.ch/studium/pruefung/pdf/privatrechtsvergl.pdf>.

<sup>213</sup> Informationen zu den Vorlesungen im Allgemeinen und zur privatrechtlichen Rechtsvergleichung im Besonderen finden sich im Internet unter: [http://www.bachelor-stufe.unisg.ch/org/lehre/bs.nsf/wwwPubInhalteGer/Bachelor-Regeln+Major+Recht+\(Zyklus+2003–2005\)?opendocument](http://www.bachelor-stufe.unisg.ch/org/lehre/bs.nsf/wwwPubInhalteGer/Bachelor-Regeln+Major+Recht+(Zyklus+2003–2005)?opendocument) und <http://serviceportal.unisg.ch/modules/showcoursedescription.aspx?meetingcode=6,480,1.00&sem=ss04>. Die letztere Adresse betrifft das Sommersemester 2004; Informationen über das Sommersemester 2006 sind zum Zeitpunkt des Abschlusses dieses Artikel nicht auf dem Internet erhältlich.

<sup>214</sup> Wegleitung zur Ordnung für das Masterstudium an der Juristischen Fakultät der Universität Basel vom 16. Dezember 2004 und vom 30. Juni 2005, Teil 2: Module, Studienrichtungen und Kreditpunkte; im Internet: <http://www.ius.unibas.ch/mas-mod.pdf>.

<sup>200</sup> Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, 280 ff. (China: 280 ff.; Japan: 289 ff.).

<sup>201</sup> Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, 296 ff. (Islamisches Recht: 296 ff.; Hindu-Recht: 306 ff.); zudem: Ebert, Rechtsvergleichung, 118 ff. (Islam) sowie 124 ff. (Hindu-Recht).

<sup>202</sup> Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, 64 f. m.w.H.

<sup>203</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 5 B. b).

<sup>204</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 6. A.

<sup>205</sup> Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, 72.

<sup>206</sup> Ebert, Rechtsvergleichung, 199 ff.

jeweils zweistündige Vorlesungen (Rechtsverglei-  
chung im Privatrecht I und II<sup>215</sup>) aufgegliedert. Der  
Schwerpunkt liegt – wie an den Universitäten in  
Zürich und St. Gallen – im Privatrecht; verglei-  
chendes Wirtschaftsrecht bildet grundsätzlich  
keinen Gegenstand der Vorlesung.

Im Rahmen des Masterstudiums<sup>216</sup> wird neu an  
der *Universität Luzern* im Sommersemester 2006  
die Vorlesung Rechtsvergleichung im Privatrecht  
abgehalten, in der das Wirtschaftsrecht ebenfalls  
nur marginal behandelt werden dürfte<sup>217</sup>. An der  
*Universität Neuenburg* wird die privatrechtliche  
Rechtsvergleichung lediglich im Rahmen des Eu-  
roparechts behandelt<sup>218</sup>.

Schliesslich werden an der *Universität Lau-  
sanne* und an der *Universität Genf* regelmässig  
Vorlesungen in privatrechtlicher Rechtsvergleichung  
angeboten: An der Universität Lausanne finden  
zwei jeweils zweistündige Vorlesungen statt  
(«droit civil comparé partie générale et partie  
spéciale»<sup>219</sup>); an der Universität Genf werden di-  
verse Veranstaltungen zu diesem Thema abgehal-  
ten («droit comparé et harmonisation du droit eu-  
ropéen des obligations»<sup>220</sup>, «droit comparé et uni-  
forme»<sup>221</sup>, «droit international privé européen et  
comparé»<sup>222</sup>). In Lausanne und in Genf wird  
der wirtschaftsrechtlichen Rechtsvergleichung an-  
scheinend keine grosse Bedeutung zugemessen.

#### B. Schweizerisches Institut für Rechtsverglei- chung (SIR)

Das sog. Schweizerische Institut für Rechtsver-  
gleichung (SIR)<sup>223</sup> wurde durch das *Bundesgesetz*  
über das Schweizerische Institut für Rechtsver-  
gleichung (BG über SIR) vom 6. Oktober 1978<sup>224</sup>

gegründet und 1982 eröffnet. Es ist eine selbst-  
ständige Anstalt des Bundes<sup>225</sup> und befindet sich  
auf dem Areal der Universität Lausanne<sup>226</sup>; Or-  
gane des SIR<sup>227</sup> sind (i) der Institutsrat<sup>228</sup>, (ii) der  
Ausschuss, (iii) der Direktor sowie (iv) die Direkti-  
on. Im *Zentrum der Tätigkeit* des SIR steht die  
*Rechtsberatung* für Juristen, Privatpersonen, Ge-  
richte und Verwaltungsorgane sowie internationa-  
le Organisationen aus dem In- und Ausland<sup>229</sup>.

Das SIR beantwortet Rechtsfragen zum natio-  
nalen Recht aller Staaten (sc. Privatrecht, Verfas-  
sungsrecht, Verwaltungsrecht und Strafrecht) und  
zum Internationalen Privatrecht insbesondere in  
Form von *Rechtsgutachten* oder von *rechtsver-  
gleichenden Studien* in zahlreichen Sprachen<sup>230</sup> –  
und zwar sowohl für *Private* (z.B. in Parteigutach-  
ten)<sup>231</sup> als auch für *Behörden* (z.B. im Hinblick auf  
ein Gesetzgebungsverfahren). Der Stundentarif  
für die Beratung ist in der Gebührenverordnung  
des SIR geregelt<sup>232</sup> und wird in der Regel auf einen  
Betrag von CHF 150.– bis CHF 400.– festgesetzt.

Eine weitere (Haupt-)Tätigkeit des SIR ist das  
Führen einer *Fachbibliothek zur Rechtsvergleichung*  
mit mehr als 250 000 Werken<sup>233</sup> in 60 Sprachen<sup>234</sup>,  
welche grundsätzlich jedermann offen steht, der im  
ausländischen und internationalen Recht re-  
cherchieren möchte. Zudem ist das Institut nicht zuletzt  
ein wichtiger *Ausbildungs- und Forschungsort* für  
Juristen aus dem In- und Ausland<sup>235</sup>.

Die *Bedeutung des SIR* für das Rechtsgebiet der  
Rechtsvergleichung, aber auch für die rechtswis-  
senschaftliche Forschung und Praxis insgesamt  
ist *bereits heute immens* und dürfte m.E. aufgrund  
der weiterhin *zunehmenden* Internationalisierung  
bzw. Globalisierung des Rechts und der damit ein-  
hergehenden *Aufwertung* des Forschungszwei-  
ges der Rechtsvergleichung noch anwachsen.

<sup>215</sup> Unterlagen zur Vorlesung im Internet abrufbar unter: <http://www.ius.unibas.ch/fountoulakis/cf-unt.htm>.

<sup>216</sup> Studiengang an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Luzern; im Internet abrufbar unter: <http://www.unilu.ch/unilu/8413-6649.htm>.

<sup>217</sup> Weiter gehende Informationen zu dieser Veranstaltung sind zum Zeitpunkt des Abschlusses dieses Artikels nicht auf dem Internet erhältlich; immerhin: <http://www.unilu.ch/fip/10593-14091.htm#Rechtsvergleichung>.

<sup>218</sup> Programme des cours 2005–2006 de l'Université de Neuchâtel; im Internet: <http://draco.unine.ch/documentmanager/files/services/academique/progcours/progdroitimpression3.pdf>.

<sup>219</sup> Informationen im Internet erhältlich unter: <https://www.wdbpub.unil.ch/admin?MIval=RclCEns&AnRech=2004&PerNum=12192&LanCode=8>.

<sup>220</sup> Hinweise zur Veranstaltung «Droit comparé et harmonisation du droit européen des obligations» im Internet auffindbar unter: <http://www.unige.ch/droit/e-cours/index.php?cours=5158>.

<sup>221</sup> Hinweise zur Veranstaltung »Droit comparé et uniforme« im Internet auffindbar unter: <http://www.unige.ch/droit/e-cours/index.php?cours=5036>.

<sup>222</sup> Hinweise zur Veranstaltung »Droit international privé européen et comparé« im Internet auffindbar unter: <http://www.unige.ch/droit/e-cours/index.php?cours=5154>.

<sup>223</sup> Im Internet: <http://www.isdc.ch>.

<sup>224</sup> SR 425.1; im Internet: <http://www.admin.ch/ch/d/sr/4/425.1.de.pdf>. Ausserdem gibt es eine *Verordnung* vom 19. Dezember 1079: SR 425.11.

<sup>225</sup> Art. 1 Abs. 1 BG über SIR.

<sup>226</sup> Art. 1 Abs. 2 BG über SIR.

<sup>227</sup> Art. 5 ff. BG über SIR.

<sup>228</sup> Der *Verfasser* des vorliegenden Aufsatzes ist *Mitglied des Institutsrats des SIR* seit Anfang 2006.

<sup>229</sup> Art. 3 BG über SIR.

<sup>230</sup> Französisch, Deutsch, Italienisch, Englisch und Spanisch.

<sup>231</sup> Entsprechende Gutachten werden oftmals *vor Gericht verwendet*; Beispiele: In einem Verfahren vor Bundesgericht wurde das Einholen eines Gutachtens beim SIR verlangt (i.c. zum *tschechischen Devisenrecht*), was das Gericht mit Urteil vom 26. August 2002 ablehnte: BGE 5P.152/2002/bnm Erw. 2; in einem anderen Verfahren wurde ein Gutachten des SIR (i.c. zum *ungarischen Recht*) eingereicht und konnte mit Urteil vom 9. März 2005 nicht (mehr) berücksichtigt werden: BGE 4P.226/2004/lma Erw. 4.3.3.

<sup>232</sup> Im Internet auffindbar unter: <http://www.admin.ch/ch/d/sr/4/425.15.de.pdf>; zudem: Art. 11 BG über SIR.

<sup>233</sup> Gesetzestexte, Rechtsprechung, Kommentare und Abhandlungen, Monographien und juristische Zeitschriften.

<sup>234</sup> Art. 3 Abs. 2 BG über SIR.

<sup>235</sup> Das SIR vergibt jedes Jahr eine Anzahl von sog. *Van-Calker-Stipendien*, um es schweizerischen und ausländischen Wissenschaftlern zu ermöglichen, im Institut auf den Gebieten der Rechtsvergleichung sowie des ausländischen und internationalen Rechts zu forschen. Informationen dazu sind auf dem Internet erhältlich: <http://www.isdc.ch/de/bourses-visiteurs.asp/4-0-5310-5-4-0/>.



Das SIR gehört ausserdem, was die Reputation anbelangt, ohne Zweifel zu den *weltweit führenden Instituten* in diesem Bereich.

### C. Exkurs: Hinweise zum Ausland

#### a) Institutionen

Die Rechtsvergleichung spielt nicht nur in der Schweiz, sondern auch *im Ausland* eine zunehmend bedeutendere Rolle. Daher gibt es bereits heute unzählige universitäre und private Organisationen und Fachportale, die sich in irgendeiner Form mit privat- und wirtschaftsrechtlicher Rechtsvergleichung beschäftigen. Eine detaillierte Aufzählung oder umfassende Beschreibung der vorhandenen Institutionen und Hilfsmittel würde den Rahmen dieses Aufsatzes bei weitem sprengen; es kann deshalb nur eine *selektive und schematische* Darstellung gewisser Institutionen erfolgen. Als wichtigste Forschungseinrichtung für die Rechtsvergleichung im *deutschsprachigen* Raum ist – nebst dem SIR<sup>236</sup> – in erster Linie das sog. *Max-Planck-Institut* für ausländisches und internationales Privatrecht<sup>237</sup> zu erwähnen. Das Institut widmet sich der systematischen Erforschung des ausländischen und internationalen Privat-, Handels-, Wirtschafts- und Zivilverfahrensrechts sowie ihrer Nebengebiete, einschliesslich der Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung. Ferner berät das Institut die nationalen, ausländischen und internationalen Gesetzgeber bei der Vorbereitung wissenschaftlich interessanter Gesetzgebungsprojekte und erstattet im Auftrag deutscher Gerichte (*nicht* aber von *Privatpersonen*) Rechtsgutachten über Fragen des Internationalen Privatrechts und des Auslandsrechts.

Ein weiteres Beispiel einer deutschen Organisation, die dem Forschungszweig der Rechtsvergleichung wertvolle Dienste erweist, ist die *Gesellschaft für Rechtsvergleichung e.V.* – ein Verein mit Sitz in Freiburg im Breisgau<sup>238</sup>. Die Gesellschaft fördert die Rechtsvergleichung durch Anregung und Unterstützung von Forschungsarbeiten und Veröffentlichungen, aber auch durch Veranstaltung von wissenschaftlichen Tagungen und durch die Pflege des Kontakts mit Juristen und juristischen Organisationen des Auslands.

#### b) Zeitschriften etc.

Als bedeutendes Fachportal kann *«Der virtuelle Rechtsvergleicher»* genannt werden<sup>239</sup>. Es han-

delt sich um ein Angebot des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (an der Oder), welches systematisch geordnete Links und Informationen für die Rechtsvereinheitlichung, das Recht der EU, das Internationale Privatrecht und die Rechtsvergleichung enthält. Die Auswahl von einzelnen Ländern beschränkt sich jedoch mit wenigen Ausnahmen<sup>240</sup> auf *Europa*.

Zudem gibt es im Ausland viele *Fachbibliotheken*, die insbesondere die Forschenden, aber ebenfalls die Praktiker bei ihrer rechtsvergleichenden Tätigkeit unterstützen, wie z.B. die Bibliothek des *Max-Planck-Instituts* für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht<sup>241</sup> und die Bibliothek für «comparative and foreign law»<sup>242</sup>.

Als weiteres Hilfsmittel sind *ausländische Zeitschriften* zu erwähnen, die sich in irgendeiner (oft spezialisierten) Form mit der Rechtsvergleichung beschäftigen. In *deutscher* Sprache gibt es zwei Zeitschriften, die sich dem weit verzweigten Gebiet der Rechtsvergleichung widmen: Die *deutsche Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* (ZVgIRWiss)<sup>243</sup> und die *österreichische Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht* (ZfRV)<sup>244</sup>. Trotz des Anspruchs dieser Zeitschriften, in erster Linie allgemeine rechtsvergleichende Themen zu behandeln, hat sich das Interesse zumindest bei der ZVgIRWiss zunehmend auf das Gebiet des *internationalen Wirtschaftsrechts* verlagert.

Am Schluss sind die ausländischen *individuellen Publikationen* zu erwähnen, die sich mit rechtsvergleichenden Themen beschäftigen und zum Teil auch online verfügbar sind<sup>245</sup>. Sie leisten eben-

<sup>240</sup> Australien, Israel und die USA.

<sup>241</sup> Die Bibliothek sammelt weltweit und in allen Sprachen Literatur zum Völkerrecht und ausländischen öffentlichen Recht. Daneben hat sie seit 1949 den Status einer *United Nations Depository Library* und ist Europäisches Dokumentationszentrum der Europäischen Union. Ihr Bestand beträgt zurzeit etwa 512 000 Bände. Sie bezieht ca. 4500 laufend gehaltene Zeitschriften. Damit ist die Institutsbibliothek die *grösste deutsche Bibliothek* in ihrem Sammelgebiet. Im Internet ist sie auffindbar unter: <http://www.mpil.de/en/pub/library.cfm>.

<sup>242</sup> Die Bibliothek verzeichnet die in der Young Law Library der Universität von Arkansas vorhandenen englischsprachigen Bücher, Nachschlagewerke, Gesetztestexte und Links zur Rechtsvergleichung sowie zum internationalen und ausländischen Recht. Im Internet ist sie auffindbar unter: <http://www.uark.edu/~aglaw/bibguide/comp-law.htm>.

<sup>243</sup> Im Internet: <http://www.ruw.de/ruw/zeitschriften/vr/>.

<sup>244</sup> Im Internet: <http://www.manz.at/index.html?load=zeitschriften/index.html&navi=zeitschriften>.

<sup>245</sup> Als Beispiel können hier folgende Publikationen erwähnt werden: *Baums Theodor/Scott Kenneth E.*, Taking Shareholder Protection Seriously? Corporate Governance in the United States and Germany; im Internet: <http://www.jura.uni-frankfurt.de/ifawz1/baums/Bilder-und-Daten/Arbeitspapiere/paper-119.pdf>; *Berger Hanno/Steck Kai-Uwe*, Regulierung von Hedge Fonds in Deutschland (Bestandsaufnahme, praktische Erkenntnisse und Ausblick – zugleich ein rechtsvergleichender Blick auf die USA, Luxemburg und die Schweiz); im Internet: <http://www.jura.uni-frankfurt.de/ifawz1/baums/Bilder-und-Daten/Arbeitspapiere/paper-1141.pdf>.

<sup>236</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 7. B.

<sup>237</sup> Im Internet: <http://www.mpipriv-hh.mpg.de/index.shtml>.

<sup>238</sup> Im Internet: <http://www.wirtschaftsrecht.uni-freiburg.de/gfr/index.html>.

<sup>239</sup> Im Internet: <http://www.dvr.euv-frankfurt-o.de/>.

falls einen äusserst wertvollen Beitrag zur Forschung in der privat- und wirtschaftsrechtlichen Rechtsvergleichung.

### c) Weitere Aspekte

Seit Jahrzehnten – insbesondere seit der «Pariser Weltausstellung»<sup>246</sup> von 1900 – wird in Bezug auf die Rechtsvergleichung deren *Integration in den universitären Lehrbetrieb* diskutiert<sup>247</sup>. Die ehemaligen Ambitionen (z.B. drei Semester mit je vierstündigen Vorlesungen zur Rechtsvergleichung) wurden in *keinem Staat verwirklicht*. Unbesehen dessen wird die Integration der Rechtsvergleichung in den akademischen Unterricht weiter verstärkt<sup>248</sup>.

Ein Kleinstaat wie die Schweiz ist – wohl fast zwangsläufig – an ausländischen Rechtsordnungen und den entsprechenden Erfahrungen erheblich interessiert<sup>249</sup>. Dasselbe Interesse wird nicht notwendigerweise im Ausland bzw. in Staaten gehegt, die fast von einer sog. «*Extraterritorialität*» ihrer eigenen Rechtsordnungen ausgehen:

Insofern kann es kaum überraschen, dass gerade in den USA der Sinn und Nutzen der Rechtsvergleichung («*comparative law*») nicht immer unumstritten ist<sup>250</sup> – die in den Jahren 2005/2006 erfolgten personellen Veränderungen am *US Supreme Court* erscheinen auch unter diesem Aspekt bedeutsam<sup>251</sup>. Als «*positives Zeichen*» zu deuten ist aber immerhin der Umstand, dass die internationale Konferenz zum Jubiläum «100 Jahre Pariser Kongress» im Jahre 2000 in *New Orleans* stattfand<sup>252</sup>.

<sup>246</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 4.

<sup>247</sup> Hinweise: *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, 3 ff.

<sup>248</sup> *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, 20 ff. m.v.H.

<sup>249</sup> Nach *Walter*, Rechtsvergleichung, 92, stellt dieser Umstand eine zentrale (allgemeine) *Motivation in der Schweiz* für die Berücksichtigung ausländischen Rechts dar.

<sup>250</sup> Allg.: *Ernst Stiefel/James R. Maxeiner*, Why Are U.S.-Lawyers not Learning from Comparative Law?, in: *The International Practice of Law* (Basel 1997), 213 ff.

<sup>251</sup> Die abtretende Justice *Sandra Day O'Connor* anerkannte beispielsweise, dass «die sich wandelnde internationale Rechtsprechung auch im Bereich der Todesstrafe sehr wohl von Bedeutung für die Gerichtsbarkeit der Vereinigten Staaten sei»: TA Nr. 25 (2006) 7 – doch diese Ansicht dürfte durch zwei neue Richter *generell*, d.h. auch für andere Rechtsfragen, in Frage gestellt werden: Der neue Chief Justice *John Roberts* zeigte sich prinzipiell zurückhaltend zum Einfluss ausländischen Rechts und hielt in anderem Zusammenhang fest: «[F]oreign law provided an indiscriminate grabbag where almost any position could find comfort» (IHT 3. Oct. [2005] 4); der kürzlich gewählte Justice *Samuel Alito Jr.* konstatierte im Bestätigungsverfahren vor dem US-Senat: «I don't think it's appropriate or useful to look to foreign law in interpreting the provisions of our Constitution. (...) I think the Framers would be stunned by the idea that the Bill of Rights is to be interpreted by taking a poll of the countries of the world» (IHT 12. Jan. [2006] 5).

<sup>252</sup> *Michaels*, Neues, 97 ff., v.a. 103 ff.

## 8. Literatur

Die im Folgenden aufgeführten Werke werden in der angegebenen Form zitiert. Werke, die bloss für eine einzige Belegstelle herangezogen werden, sind in den entsprechenden Anmerkungen des Textes vollständig angezeigt.

*Bartels Hans-Joachim*, Methode und Gegenstand inter-systemarer Rechtsvergleichung (Diss. Hamburg 1982) [zit.: *Bartels*, Rechtsvergleichung];

*Böckli Peter*, Osmosis of Anglo-Saxon Concepts in Swiss Business Law, in: *The International Practice of Law* (Basel 1997) 9–29 [zit.: *Böckli*, Osmosis];

*Ebert Kurt Hanns*, Rechtsvergleichung – Einführung in die Grundlagen (Bern 1978) [zit.: *Ebert*, Rechtsvergleichung];

*Jayme Erik*, Rechtsvergleichung – Ideengeschichte und Grundlagen von Emerico Amari zur Postmoderne (Heidelberg 2000) [zit.: *Jayme*, Rechtsvergleichung];

*Kunz Peter*, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht – Eine gesellschaftsrechtliche Studie zum aktuellen Rechtszustand verbunden mit Rückblick und mit Vorausschau sowie mit rechtsvergleichenden Hinweisen (Habil. Bern 2001) [zit.: *Kunz*, Minderheitenschutz];

*Markesinis Basil*, Rechtsvergleichung in Theorie und Praxis – Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Methodenlehre (München 2004) [zit.: *Markesinis*, Rechtsvergleichung];

*Meier-Hayoz Arthur*, Berner Kommentar – Einleitung: Artikel 1–10 ZGB (Bern 1962) [zit.: *Meier-Hayoz*, Kommentar];

*Michaels Ralf*, Im Westen nichts Neues?, *RabelsZ* 66 (2002) 97–115 [zit.: *Michaels*, Neues];

*Peyer Patrik R.*, Zur zunehmenden Bedeutung der Rechtsvergleichung als Hilfsmittel der Rechtsfindung, *recht* 2004 104–113 [zit.: *Peyer*, Rechtsvergleichung];

*Rusch Arnold F.*, Methoden und Ziele der Rechtsvergleichung, in: *Jusletter* vom 13. Februar 2006, Rz. 1–Rz. 30 [zit.: *Rusch*, Rechtsvergleichung];

*Sacco Rodolfo*, Einführung in die Rechtsvergleichung (Baden-Baden 2001) [zit.: *Sacco*, Rechtsvergleichung];

*Schwenzer Ingeborg/Müller-Chen Markus*, Rechtsvergleichung – Fälle und Materialien (Tübingen 1996) [zit. *Schwenzer/Müller-Chen*, Rechtsvergleichung];

*Walter Gerhard*, Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts, *recht* 2004 91–103 [zit.: *Walter*, Rechtsvergleichung];

*Widmer Pierre*, Rechtsvergleichung und Gesetzgebung, *Leges* 3 (2003), 9–17 [zit.: *Widmer*, Rechtsvergleichung];

*Wiegand Wolfgang*, Die Rezeption amerikanischen Rechts, *ZBJV* 124bis (1988) 229–262 [zit.: *Wiegand*, Rezeption];

*Zweigert Konrad/Kötz Hein*, Einführung in die Rechtsvergleichung (3. A. Tübingen 1996) [zit.: *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung].

