

## Rechtsvergleichung und Gesetzgebung

**Pierre Widmer** | Wenn man sich über bestimmte rechtliche Probleme und deren Regelungen im Ausland einen Überblick verschaffen will, ist die Rechtsvergleichung heute eine Notwendigkeit. Seit den 60er-Jahren wird in der Bundesgesetzgebung der Schweiz die Frage, wie ausländische Rechtsordnungen ein bestimmtes Problem angehen und regeln, verfolgt. Wie ist bei einem Rechtsvergleich vorzugehen und welche Aspekte müssen dabei besonders berücksichtigt werden?

### 1 Einleitung

Rechtsvergleichung ist – im Hinblick auf die Lösung bestimmter rechtlicher Probleme einen Überblick über entsprechende Regelungen im Ausland oder in internationalen Texten zu gewinnen – in einer immer näher zusammenwachsenden Welt schon fast eine Denknöwendigkeit. Das tönt vielleicht ziemlich banal, verdient aber hervorgehoben zu werden in einer Zeit, in der Nationalismen der übleren Sorte wieder Morgenluft wittern und – auch in der Schweiz – Kreise an Einfluss gewinnen, für die alles Nichteinheimische des Teufels und Internationalismus ein Schimpfwort ist (Kreise, in denen es ironischerweise oft sogenannte *Secondos* sind, welche den Ton angeben ...).

Demgegenüber war es für Juristen und Juristinnen und namentlich für in der Gesetzgebung Tätige seit spätestens Mitte des letzten Jahrhunderts – und zuvor übrigens auch bis gegen Ende des neunzehnten Jahrhunderts – unvorstellbar, dass man einen halbwegs bedeutenden Teil des Privatrechts oder des Strafrechts, und – abgesehen vom Verfassungsrecht, wo ausländische Modelle schon immer eine wichtige Rolle gespielt haben<sup>1</sup> – zunehmend auch des öffentlichen Rechts, binnenrechtlich regelt, ohne einen Blick auf verwandte Rechtsordnungen und auf deren Lösungsansatz für gleichgelagerte Probleme zu werfen.

### 2 Vertikale und horizontale Rechtsvergleichung

Ohne *vertikale* Rechtsvergleichung im Sinne der Orientierung an historischen Vorbildern oder gar der Rezeption früheren Rechts ist man eigentlich nie ausgekommen; insofern drängt es sich auf, die Rolle der Rechtsgeschichte systematisch an den Anfang zu stellen.

Die Rolle der *horizontalen Rechtsvergleichung* – das heisst der Analyse (gegenwärtig geltender) ausländischer Rechtsordnungen und die Frage wie ausländische Rechtsordnungen ein bestimmtes Problem, das der eigene

nationale Gesetzgeber regeln will, angehen und welche Antwort sie darauf geben – wird in der Bundesgesetzgebung der Schweiz seit den 60er-Jahren des letzten Jahrhunderts (jedenfalls seit Beginn der umfassend angelegten Familienrechtsreform), vor allem auf Initiative der an den gesetzgeberischen Vorarbeiten beteiligten Universitätslehrer und -lehrerinnen, aufmerksam verfolgt. Diese waren es übrigens auch, welche die Idee eines Instituts für Rechtsvergleichung lanciert haben.

Seit etlichen Jahren wird praktisch in jede bundesrätliche Botschaft – sei es zu einem neuen Erlass oder zu einer Reform von einiger Relevanz – ein entsprechendes Kapitel eingefügt. Um eine besondere Art von Rechtsvergleichung handelt es sich ebenfalls, wenn seit den 90er-Jahren das «Verhältnis zum Europäischen Recht» Gegenstand eines eigenen Abschnitts bildet (vgl. die Liste neuerer Beispiele im Anhang).

Aus eigener leidvoller Erfahrung als Botschaftsredaktor erinnere ich mich, dass es bis in die 80er-Jahre einige Mühe kostete, sich das Material für einen solchen Vergleich zu beschaffen und es zu analysieren, namentlich, wenn man etwas über die unmittelbaren «Nachbarrechte» hinausblicken wollte... Zu jener Zeit gab es noch kein Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung (SIR), dessen Bibliothek man hätte benützen können; man war auf die amtseigene Bibliothek, diejenige des Parlaments sowie jene der Berner Fakultät angewiesen – allesamt durchaus respektabel, aber mit doch etwas einseitiger Ausrichtung auf das deutsche und allenfalls noch das französische Recht; italienisches Recht oder Recht noch südlicherer Staaten war nur in bescheidenem Rahmen zugänglich, ebenso Recht nordischer Staaten; und *common law* war weitgehend inexistent.

Zudem stand der Abschnitt «Rechtsvergleichung» in der Botschaftssystematik ziemlich am Ende, wurde also zu einem Zeitpunkt aktuell, wo man ohnehin gegenüber den Planungsfristen schon im Verzug und deshalb gezwungen war, diesen Aspekt in einem mehr oder weniger summarischen Verfahren abzuhandeln. Zuweilen führte dies dann auch dazu, dass man das ausländische Recht nur noch insofern berücksichtigte, als es dazu dienen konnte, das bereits gewählte Konzept zu unterstützen.

Das hat sich nun entscheidend geändert, seitdem das Institut SIR in Lausanne zur Verfügung steht und vor allem seitdem es üblich geworden ist, die Dienste dieser Institution frühzeitig in Anspruch zu nehmen.

Seit der Übernahme der Leitung des Instituts 1990 habe ich bei der Verwaltung immer wieder und mit zunehmendem Erfolg darauf gedrängt, dass *das SIR möglichst schon ganz zu Beginn eines Gesetzgebungsprojekts einge-*

*schaltet wird*, das heisst bereits dann, wenn die Dokumentation für eine interne Studiengruppe oder eine Expertenkommission erarbeitet werden.

Dabei ist es wichtig, dass die Sachbearbeiterinnen und Sachbearbeiter der Verwaltung – idealerweise je eine wissenschaftlich tätige Person deutscher und französischer Sprache – mit den Länderreferenten und -referentinnen des Instituts auch die *Fragstellung* diskutieren. Denn schon in diesem Stadium kann es Probleme geben, die rechtsvergleichend angegangen werden können, so zum Beispiel Fragen im Zusammenhang mit dem Regelungskonzept.

### 3 Einbezug rechtsvergleichender Studien

Unter Umständen kann aber die Rechtsvergleichung im Rechtsetzungsprozess sogar noch früher zum Tragen kommen, nämlich dann, wenn eine *Reform oder eine Novelle auf dem Weg des parlamentarischen Vorstosses lanciert* werden soll und die Person, die eine Motion oder ein Postulat initiiert, dies unter Berufung auf ausländische Modelle tun will. Wir werden denn auch gelegentlich schon in diesem Stadium konsultiert.

Ein Beispiel dafür war etwa die Anfrage eines Parlamentariers über die Modelle einer so genannten «no-fault»-Regelung im Medizinbereich, das heisst einer Haftungsordnung für medizinische Unfälle, die nicht mehr auf dem Verschulden des Arztes, sondern auf einer Fonds- oder Versicherungslösung – allenfalls verbunden mit einem Reporting-System – beruhen würde.

Ein weiteres Beispiel aus jüngster Zeit – ein etwas spezielles insofern, als es hier im Rahmen einer Parlamentarischen Initiative um ein eigenes Gesetzgebungsprojekt des Parlaments geht – war der Auftrag, der uns von der Kommission für Rechtsfragen der Grossen Kammer erteilt wurde, einen Bericht über ausländische Regelungen der Zwangssterilisation bzw. der Entschädigung für solche Eingriffe zu erstellen.

In jedem Fall aber muss der *Einbezug rechtsvergleichender Studien in die gesetzgeberische Analyse so frühzeitig* erfolgen, dass sie die Entwicklungs- und Redaktionsarbeit effektiv beeinflussen kann – womit nicht gesagt ist, in welchem Sinne dies geschehen muss:

Aus den Vergleichen kann man nicht nur im positiven Sinne etwas lernen, sondern lernen kann man auch aus «verunglückten» Erlassen ausländischer Gesetzgeber, die mit einer bestimmten Regelung bereits schlechte Erfahrungen gemacht haben – beim üblichen helvetischen Gesetzgebungsstempo ist dieser Fall gar nicht so selten.

Exemplarisch waren in diesem Sinne die Erfahrungen mit der deutschen Regelung des so genannten Versorgungsausgleichs im Scheidungsrecht, deren erstes Konzept sich als untauglich erwiesen hatte.

#### 4 Phasen des komparativen Ansatzes

Im Idealfall bedeutet das also, dass *der komparative Ansatz* im Laufe der Gesetzgebungsarbeit *mehrmals* zum Zuge kommt:

- (1) Zunächst bei der *Suche nach dem Konzept*. Hier können sich auch systematische Fragen stellen. Es kann zum Beispiel von Interesse sein, sich auch in Rechtsordnungen umzusehen, wo, wie etwa im *common law*, die Trennung zwischen öffentlichem und privatem Recht weit weniger scharf ist als bei uns. Zuweilen stellt sich auch die Frage, ob ein Problem mehr *unter materiellen oder aber unter prozeduralen Gesichtspunkten* angegangen werden soll. Auch hier – etwa bei Beweislastfragen – kann die Grenze recht schwierig zu ziehen sein. Wesentlich ist, dass man zwar mit seinem nationalen Vorverständnis, aber im vollen Bewusstsein dieser Prägung und dadurch möglichst unvoreingenommen auf die Suche geht.
- (2) Eine weitere Phase ist die *materielle Erarbeitung der Regelung*. Dabei kann es sich – zum Beispiel im Rahmen einer Expertenkommission – durchaus lohnen kann, ausländische Modelle nicht bloss auf dem Papier zum Vergleich heranzuziehen, sondern sich diese Regelungen von ausländischen Fachleuten erläutern zu lassen, vor allem auch was ihre praktische Umsetzung betrifft. Das SIR organisiert in Zusammenarbeit mit den interessierten Dienststellen entsprechende Tagungen. Eine bewährte Formel besteht darin, ein zwei- oder zweieinhalbtägiges Kolloquium zu veranstalten, welches während eines Tages öffentlich ist und darüber hinaus, entweder im Vorfeld oder im Anschluss an diese Publikumsveranstaltung, dem Erfahrungsaustausch bzw. der Diskussion zwischen Vertretern und Vertreterinnen der Verwaltung und/oder – je nach Stadium der Vorlage – Parlamentariern und Parlamentarierinnen sowie ausländischen Fachpersonen dient.
- (3) In einer dritten Phase ist die Rechtsvergleichung – wie bereits angedeutet – im *Zeitpunkt der Ausarbeitung der Botschaft* auf jeden Fall nochmals *à jour* zu bringen.
- (4) Und schliesslich kann sie auch *in der parlamentarischen Beratung* wieder aktuell werden, gegebenenfalls in Form von Hearings mit ausländischen Fachpersonen.

## 5 Worauf ist beim Rechtsvergleich zu achten

Nun zu einzelnen Punkten, die beim Vergleich zu beachten sind:

- (1) Was die *Regelungsdichte und Regelungsbestimmtheit* betrifft, ist der Vergleich häufig delikat, weil dies in sehr weitem Umfang eine Frage des nationalen Stils ist. Im Bereich des Privatrechts sind die Extreme auf der einen Seite, das anglo-amerikanische Modell, bei dem die mangelnde Kodifikationsstradition häufig durch überdetaillierte und jeder Eventualität zuvor kommen sollende Regulierung kompensiert wird, auf der anderen Seite das französische Modell, das weitmaschige Generalklauseln bevorzugt. Beides ist aber auf schweizerische Verhältnisse nur bedingt übertragbar.
- (2) Ähnliches gilt natürlich von der *organisatorischen Ausgestaltung*, weil die Behörden- und/oder Gerichtsorganisation oft stark von historischen und geopolitischen Gegebenheiten geprägt ist. Das heisst freilich nicht, dass man nicht auch in diesem Bereich etwas von fremden Organisationsstrukturen lernen kann. Ein typischer Fall ist der – nach kurzfristiger Reanimation jetzt offenbar wieder in seinen Dornröschenschlaf zurückgefallene – Ombudsmann. Ein weiteres Beispiel sind die Ethikkommissionen, die gegenwärtig im Zusammenhang mit der Problematik medizinischer und biochemischer Spitzentechnologien wie Pilze aus dem Boden schiessen und die im wesentlichen auf französische und skandinavische Modelle zurückgehen.
- (3) Was die *Rechtsetzungstechnik* anbelangt, so sind direkte Einflüsse der Rechtsvergleichung vielleicht weniger spürbar. *Gesetzesstil und Gesetzessprache* sind oft ziemlich lokal verwurzelt und lassen sich nicht ohne weiteres vergleichen oder gar in irgend einer Weise rezipieren. Das österreichische «Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch» – nach dem französischen Code civil die älteste Kodifikation des Kontinents, die noch in Kraft ist, pflegt einen äusserst malerischen, aber ausgesprochen antiquierten Stil, der sich ausserhalb Österreichs kaum übernehmen liesse.<sup>2</sup> Zu befürchten ist freilich, dass sich zunehmend ein pseudoenglischer Einheitsbrei oder noch schlimmere Übersetzungen davon durchsetzen werden, die zwar fürchterlich sind, aber die grössten Chancen haben, allseits einigermassen verstanden zu werden.

In diesem Zusammenhang sei eine letzte Anmerkung erlaubt. Die bisherigen Ausführungen gingen primär von der Idee aus, dass der Vergleich sich auf die einzelnen nationalen Systeme verschiedener Länder, allenfalls auf

gewisse Rechtsfamilien bezieht. Es drängt sich indessen auf, dass vermehrt auch *internationale Texte* Gegenstand der Rechtsvergleichung sein können und sein müssen. Das können – meist multilaterale – Staatsverträge oder Erlasse supranationaler Natur sein wie im Europarecht, aber auch blosse Empfehlungen oder «Principles», wie etwa diejenigen von UNIDROIT<sup>3</sup> im Bereich des internationalen Vertragsrechts. Als Vergleichsobjekte kommen solche Texte vor allem dann in Frage, wenn wir – wie im Fall der EU – nicht Mitglied der betreffenden Organisation sind, aber auch nicht einfach sklavisch «autonom nachvollziehen». Im Übrigen ist ja das Kapitel «Vereinbarkeit mit dem Europarecht» heute ebenfalls fester Bestandteil der eidgenössischen Botschaftssystematik.

So könnte man sich zum Beispiel durchaus vorstellen, dass die genannten UNIDROIT-Principles oder die «Principles of European Tort Law» der so genannten Tilburg-Gruppe<sup>4</sup> auch bei einer allfälligen internen Schuldrechtsreform oder im Rahmen der Totalrevision des schweizerischen Haftpflichtrechts mit in Betracht gezogen werden.

Umgekehrt ist es ausserordentlich interessant zu untersuchen, *welche Rolle die Rechtsvergleichung zum Beispiel bei der Entwicklung des europäischen Rechts spielt*. Das SIR hat darüber im Jahr 2000 ein Kolloquium veranstaltet, in welchem aufgezeigt wurde, wie sich in verschiedenen Rechtsgebieten vom Konsumentenschutz bis zu den Menschenrechten der internationale bzw. supranationale Gesetzgeber auf vergleichende Analysen der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gestützt hat; manchmal hat er aber auch einfach auf ein bestimmtes nationales Recht und zuweilen sogar – scheinbar im luftleeren Raum – sein eigenes System erfunden (Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung 2002).

## 7 Praktische Erfahrungen

Eigene praktische Erfahrung in rechtsvergleichender Erarbeitung supranational harmonisierter Texte habe ich im Rahmen der soeben erwähnten Tilburg-Gruppe gemacht, die für ihre *Principles of European Tort Law* ganz *konsequent nach einer rechtsvergleichenden Methode* vorgeht:<sup>5</sup>

Der erste Schritt besteht in der Erarbeitung eines Fragebogens, – zum Beispiel über die Rolle der Rechtswidrigkeit, des Schadens, der Kausalität oder über die Existenz und Bedeutung von Gefährdungshaftungen, dieser stellt selbst schon das Ergebnis einer rechtsvergleichenden Diskussion dar.<sup>6</sup>

Anschliessend werden die Mitglieder eingeladen, aus der Sicht ihres nationalen Systems diesen Fragebogen zu beantworten und eine Reihe von Modellfällen nach ihren nationalen Regeln zu lösen; das können Sachver-

halte sein, die veritablen Gerichtsentscheiden zu Grunde liegen, oder selbst erfundene bzw. kombinierte Fallbeispiele. Diese Antworten und Falllösungen bzw. eine allfällige Synthese daraus bilden dann die Grundlage der Vorschläge, welche der Projektleiter dem Plenum unterbreitet; auch da kommt es aber vor, dass nach neuen Lösungen gesucht werden muss, weil keine der bereits existierenden Lösungen völlig zu befriedigen vermag.

Das heisst dann aber nicht, dass die Rechtsvergleichung nichts gebracht hat. Sie kann auch einfach aufgezeigt haben, dass alle beteiligten Rechtsordnungen am selben Problem herumlaborieren und dieselbe Mühe haben, eine überzeugende Lösung anzubieten. Das Patentbeispiel für eine solche Situation ist die Problematik der so genannten «reinen Vermögensschäden», also jener Schäden, die nicht die Folge eines Eingriffs in absolute Rechte (wie Leib und Leben, physisches und immaterielles Eigentum) sind, sondern relative, vertraglich begründete, Rechte bzw. Ansprüche betreffen (die berühmten Kabelbruchfälle) oder aus ausservertraglichen Kontakten und Dienstleistungen (Bankauskünfte, Empfehlungen etc.) resultieren. Hier gilt es, den Mittelweg zu finden zwischen einer rigiden Beschränkung auf klar erkenn- und abgrenzbare Rechtsgüter (Widerrechtlichkeit i.e.S.) einerseits, und einer völlig ausufernden Haftung andererseits, bei welcher Sorgfaltpflichten nach Belieben ex post konstruiert werden können, um im konkreten Fall zur erwünschten Schadenersatzpflicht zu kommen. In der Schweiz hat das Bundesgericht versucht, einen solchen Weg mit der «Einführung» einer so genannten «Vertrauenshaftung» zu finden, die in der Literatur viel kritisiert wird – allerdings mehr in der Begründung als im Ergebnis –, aber auch nicht vom Himmel gefallen ist, sondern rechtsvergleichend gesehen deutsche Wurzeln hat.

Dieser kurze Überblick über die Rolle der Rechtsvergleichung für die Rechtsetzung wäre nicht vollständig ohne abschliessende Erwähnung einer alten Lieblingsidee des Referenten: Sie betrifft eine *besondere Form der Rechtsetzung*, nämlich jene, die in Artikel 1 Absatz 2 und 3 ZGB *dem Richter aufgetragen* ist für den Fall, dass er auf eine bestimmte Frage im eigenen Gesetzbuch keine Antwort findet.

Ich möchte es erleben, dass in der Aufzählung der Leitplanken, an die der Richter oder die Richterin sich dabei halten soll, auch das horizontale Element erwähnt wird, etwa mit folgendem Wortlaut:

*Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung und kann sich auch an einschlägigen Vorschriften oder Grundsätzen vergleichbarer ausländischer oder internationaler Regelungen orientieren.*

## Anhang

Beispiele von Gesetzgebungsverfahren (2000 – 2003), für welche beim SIR rechtsvergleichende Analysen verlangt worden sind:

- Konsumkredit
- Spielbanken
- Opferhilfe
- Justizreform (*Abwählbarkeit von Richtern und Richterinnen oberster Instanzen*)
- Menschenhandel
- Rassismus Strafnorm
- Tierschutz (*Tier sind keine Sache*)
- Pränatale Vaterschaftsabklärungen
- Schwarzarbeit
- Gen-Lex (*Haftungsbestimmungen*)
- Stiftungsrecht
- Betäubungsmittel (*Liberalisierung des Cannabis-Konsums*)
- Geldwäscherei mit Inhaberaktien
- Cyberkriminalität
- Garantie des Existenzminimums
- Regierungsreform
- Waffengesetzgebung
- Öffentlichkeitsprinzip
- Einmann-Gesellschaften
- Lotteriegesetzgebung
- Schwangerschaftsunterbrechung
- Liberale Berufe

**Anmerkungen**

- 1 Vgl. Häfelin/Haller 1999.
- 2 Zwischen den deutschsprachigen Ländern (Deutschland, Österreich, Schweiz) finden bei der Übernahme von internationalen, original regelmässig in Französisch und/oder Englisch redigierten Konventionen zur gegenseitigen Anpassung der deutschen Rechtssprache bzw. zur bewussten Festschreibung von sprachlichen Divergenzen regelmässig sogenannte «Übersetzungskonferenzen» statt.
- 3 Internationales Institut für die Vereinheitlichung des Privatrechts in Rom (<http://www.unidroit.org/german/presentation/main.htm>): Prinzipien des Internationalen Vertragsrechts (<http://www.unidroit.org/english/principles/pr-main.htm>).
- 4 Vgl. <http://civil.udg.es/tort/Principles/text.htm>.
- 5 <http://civil.udg.es/tort/Principles/project.htm>.
- 6 Auf die Bedeutung, welche der Rechtsvergleichung bereits im Stadium der Fragestellung zukommt, wurde schon oben in Abschnitt II hingewiesen.

**Literatur**

Häfelin, Ulrich/Haller, Walter, 1999, Ausländisches und vergleichendes Verfassungsrecht, Vorlesungs-Skript, Neubearbeitung, Zürich. Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung, 2002, *Le rôle du droit comparé dans l'avènement du droit européen/The Role of Comparative Law in the Emergence of European Law*, Bd. 43, Zürich.

**Résumé**

*Pour qui souhaite aujourd'hui avoir une vue d'ensemble de certains problèmes juridiques et de la manière dont ils sont réglés à l'étranger, le droit comparé est une nécessité. Se référant à son expérience personnelle, l'auteur décrit les différentes modalités du droit comparé avant la création de l'Institut suisse de droit comparé (ISDC), et ce qui a changé depuis. Il passe en revue les principales phases de l'exercice du droit comparé. A l'exemple du groupe de Tilburg, il montre comment procéder systématiquement selon une méthode comparative et quels sont les principaux éléments que permet d'obtenir le droit comparé.*