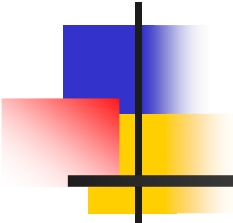




Prof. Dr. iur. Dr. rer. pol. Christian Kirchner, LL.M. (Harvard)
Humboldt Universität zu Berlin
Juristische Fakultät / Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät



Neu Aufgaben und Methoden der Rechtsvergleichung

Festvortrag
32. Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung
Köln, 17. September 2009



1. Einführung

- 'Comparativa est omnis investigatio' (Nikolaus von Kues)
- Rechtsvergleichung ist Teil der verschiedenen komparatistischen Disziplinen.
- Offene Frage: Bedeutungsgewinn oder Bedeutungsverlust der Rechtsvergleichung?
- Zunehmende internationale Vernetzung (Globalisierung) spricht für einen Bedeutungsgewinn (transnationale Transaktionen; Bedarf an Organisationsformen für diese Transaktionen).
- Notwendigkeit eines neuen rechtstheoretischen Fundaments

2. Ausgangspunkt: Vielheit der Rechtsordnungen

- Warum gab es in Griechenland Rechtsvergleichung, nicht aber in Persien?
- Vielheit der Rechtsordnungen in den Stadtstaaten!
- Die Suche nach der guten ‚Verfassung‘
- Rechtsvergleichung als Erkenntnismethode
- Aristoteles hat die Verfassungen von 153 griechischen Staaten verglichen. Seine Frage: „Welches ist denn nun die beste Verfassung und welches die beste Lebensform für die Mehrzahl der Staaten und für die Mehrzahl der Menschen, wenn man weder eine Tugend zum Maßstab nimmt, die für die Normalbürger nicht erreichbar ist, noch eine Erziehung, die glückliche Anlagen und Lebensbedingungen voraussetzt, noch eine Verfassung, die nur ein Wunschgebilde ist, sondern eine, die der großen Masse die Teilnahme ermöglicht, und eine Verfassung, die eine Mehrzahl der Staaten übernehmen kann?“ [4. Buch der *Politik*]
- Legislative Rechtsetzung braucht intellektuelle Begründung. Dahinter steht die Frage nach der ‚guten Ordnung‘.



3. Problemstellung

- Eine Bestimmung der ‚Aufgaben der Rechtsvergleichung‘ bedarf der theoretischen Fundierung.
- zwei alternative Problemzugänge möglich
 - Weiterentwicklung des derzeitigen Aufgabenkatalogs
 - Neuansatz der Begründung (vorzugswürdig, aber mit der Weiterentwicklung vorhandener Ansätze zu verbinden)
- Entwicklung der neuen Methoden aus der neuen Aufgabenstellung



4. Rechtsetzungsprozesse

- Rechtsetzung findet heute auf verschiedenen Ebenen statt, der nationalen, der supranationalen und der internationalen.
- Sie erfolgt durch legislative Akte und durch Rechtsprechung (öffentliche Rechtsetzung, *public ordering*), aber auch durch private Akteure, die für Transaktionen und Organisationen ihr eigenes Recht schaffen (private Rechtsetzung, *private ordering*).
- Bei Rechtsetzungsakten ist es möglich, auf Informationen zuzugreifen, die im Zuge anderer Rechtsetzungsakte gewonnen worden sind.
- Dies betrifft Informationen aus anderen nationalen Rechtsetzungen, aus supra- und internationalen Rechtsetzungen, aber auch aus privaten Rechtsetzungen.
- Rechtsetzungsakte, in denen Rechtsvergleichung eingesetzt worden ist, können ihrerseits als Quelle von Informationen für andere Rechtsetzungsakte fruchtbar gemacht werden.
- Es resultiert eine internationale Interdependenz von Rechtsetzungsakten und eine Reziprozität von Rechtsvergleichungsaktivitäten.

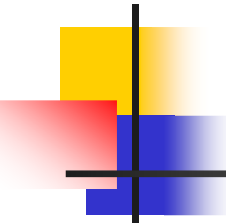


5. Von der statischen zur dynamischen Rechtsvergleichung

- **Statische Rechtsvergleichung:** Es werden die Resultate fremder Rechtsetzung für einen Rechtsetzungsakt verwendet.
- Dem liegt ein komparativ statischer Vergleich verschiedener Rechtsetzungsalternativen zugrunde.
- Die Rechtssetzungsprozesse selbst werden aus der Untersuchung ausgeklammert.
- **Dynamische Rechtsvergleichung:** es werden die Rechtsetzungsprozesse und deren Ergebnisse miteinander verglichen.
- Es werden die Besonderheiten der Rechtsetzung in der aufnehmenden Jurisdiktion beachtet. So gibt es Unterschiede für die Rezeption fremden Rechts bei der legislativen, der judikativen und der privaten Rechtsetzung.
- Die dynamische Rechtsvergleichung verarbeitet mehr Informationen als die statische.

6. Dynamische Rechtsvergleichung: Klärung der Annahmen

- Rechtsvergleichende Analysen setzen eine Klärung der Annahmen voraus.
- Ausgangspunkt: Rechtliche Regelungen entfalten ihre Wirkung dadurch, daß die Regelungsadressaten auf deren Änderungen reagieren. Also gilt es, synthetisch gehaltvolle Aussagen darüber zu machen, wie diese Reaktionen ausfallen.
- Die vier grundlegenden Annahmen:
 - Ressourcenknappheit
 - eigennutzorientiertes Handeln individueller Akteure (Eigennutztheorem, methodologischer Individualismus)
 - systematisch unvollständige Information
 - beschränkte Rationalität
- Bedeutung der Annahme für die Rechtsvergleichung:
 - Handeln Kollektive (etwa Staaten), ist zu klären, inwiefern die tatsächlich Handelnden (Agenten) andere Interessen vertreten als die von ihnen Vertreten (Prinzipale) [Prinzipal-Agent-Problem].
 - Ziel der Rechtsvergleichung ist die Linderung des Informationsproblems.



7. Internationale Rechtsetzung als Variations-Selektions-Prozeß (1)

- Verwendung des Variations-Selektionsmechanismus in der Biologie und in verschiedenen Sozialwissenschaften [Beispiel: evolutorische Wettbewerbstheorie]
- **Variation:** Entwicklung von Lösungsvorschlägen für zuvor definierte Regelungsprobleme
 - Die Zahl der Lösungsvorschläge wird durch rechtsvergleichende Untersuchungen erhöht.
 - Die Einbeziehung sowohl von Lösungen auf der Ebene der rechtlichen Regelungen selbst (materielles Recht oder Verfahrensrecht) als auch der Ebene der Metaregelungen der Rechtsetzung führt ebenfalls zu mehr Lösungsvorschlägen.

7. Internationale Rechtsetzung als Variations-Selektions-Prozeß (2)

- **Selektion:**
 - Ausgangspunkt: Das rechtliche Regelungsproblem
 - Suche nach der Problemlösung
 - Rechtliche Regelungen als – hypothetische – Problemlösungen
 - unterschiedliche methodische Herangehensweisen:
 - Testen der Geeignetheit alternativer Lösungsvorschläge mit Hilfe von komparativen Wirkungsanalysen
 - Auswahl durch die Regelungsadressaten selbst (Rechtswahl)
- Abhängigkeit der Qualität des Variations-Selektions-Mechanismus von der Fülle der Variation (rechtsvergleichendes Material) und der Treffsicherheit der Selektion (rechtsvergleichende Analyse)

8. Ansatzpunkte für eine dynamische Rechtsvergleichung in der Vergangenheit

- Einsatz von Rechtsvergleichung als Hilfswissenschaft der Gesetzgebungslehre (*législation comparée*): Entwicklung neuer rechtlicher Problemlösungen durch Vermehrung des Vorrats an Lösungsvorschlägen
- Das Funktionsparadigma in der ‚funktionalen Rechtsvergleichung‘:
 - Ausgangspunkt ist das Regelungsproblem
 - ergebnisoffene Suche nach Lösungen
- Reziproke Lernprozesse beim Einsatz der Rechtsvergleichung bei Rechtsvereinheitlichung und -angleichung

9. Fortentwicklung der Erkenntnisziele der Rechtsvergleichung (1)

- Der traditionelle Katalog der Erkenntnisinteressen
 - Erkenntnisinteresse:
 - Interesse an der Verbesserung der Rechtsetzung
 - Gesetzgebung
 - Rechtsvereinheitlichung und – angleichung
 - Verbesserung der rechtswissenschaftlichen Ausbildung

9. Fortentwicklung der Erkenntnisziele der Rechtsvergleichung (2)

- Neuformulierung des Erkenntnisinteresses
 - Nach Popper können wissenschaftliche Probleme rein wissenschaftliche Probleme sein oder aber aus Problemen der Lebenswelt entstehen.
 - In der Rechtswissenschaft geht es – wie in anderen Sozialwissenschaften um Probleme der Lebenswelt.
 - Beispiel: Da der Urheber eines Originalkunstwerkes – etwa eines Bildes – nicht an den Wertsteigerungen nach dem Erstverkauf beteiligt ist, wird überlegt, ihm einen ‚Folgerechtsanspruch‘ dergestalt einzuräumen, daß ihm bei weiteren Veräußerungen des Kunstwerkes ein Teil der realisierten Wertsteigerungen zufließt (eingeführt in Frankreich am 20. Mai 1920). Frage, ob diese Regelung in anderen Jurisdiktionen auch eingeführt werden sollte.

9. Fortentwicklung der Erkenntnisziele der Rechtsvergleichung (3)

- Verbesserung der Rechtsetzung
 - Systematische Einbeziehung der judikativen und der privaten Rechtsetzung
 - judikative Rechtsetzung: Anknüpfen an Traditionen einer rechtsvergleichend offenen Rechtsprechung
 - private Rechtsetzung: Rückgriff auf vorhandene kautelarjuristisch entwickelte Lösungen, aber auch auf Gesetzgebung und Rechtsprechung
 - Vergleichung von Rechtsetzungsprozessen
 - Einsatz der Rechtsvergleichung bei Rechtsvereinheitlichung und -angleichung
 - Unterscheidung zwischen Vereinheitlichung/Anpassung von oben (*top down*) und von unten (*bottom up*)
 - beim Top-down-Ansatz Erforderlichkeit der komparativen Wirkungsanalyse
 - beim Bottom-Up-Ansatz (legislatorischer Wettbewerb) Wahl der rechtlichen Regelungen durch die Regelungsadressaten selbst

9. Fortentwicklung der Erkenntnisziele der Rechtsvergleichung (4)

- Verbesserung der rechtswissenschaftlichen Ausbildung
 - Loslösung von einem Denken, das sich auf die konsistente, widerspruchsfreie Entwicklung einer Rechtsordnung durch judikative Rechtsfortbildung (Rechtsdogmatik) konzentriert.
 - Fokussierung auf die Funktion rechtlicher Regelungen als hypothetische Problemlösungen und eine ergebnisoffene (Ergebnis-)Suche
 - Öffnung des Horizonts: Wahrnehmung neuer Problemlösungen
 - Befähigung zur Erarbeitung selbständiger Problemlösungen in den Feldern der legislativen, judikativen und privaten Rechtsetzung

10. Gegenwärtiger Stand der Methodendiskussion in der Rechtsvergleichung

- Fehlen eines allgemein gültigen und verbindlichen methodischen Kanons der Methoden der Rechtsvergleichung
- Fehlen eines Katalogs von Annahme für rechtsvergleichende Analysen
- Grundkonsens: keine Vergleichung der rechtlichen Regelungen als solcher sondern Fokussierung auf einen Funktionsvergleich rechtlicher Regelungen
- offene Probleme:
 - Bei der Durchführung des Funktionsvergleichs Fehlen von Annahmen für die Analysen
 - fehlender kritischer Umgang mit dem Zweck-Mittel-Paradigma
 - Fehlen falsifizierbarer Hypothesen
 - offene Fragen bezüglich des Problems der Einbettung rechtlicher Regelungen in unterschiedliche Umfeldler (Kontexte) [Problem der Rechtstransplantate/*legal transplants*]

11. 'Neue' Methoden der Rechtsvergleichung (1)

- Ausgangspunkt: rechtliche Regelung als hypothetische Problemlösung
- Annahmen für die rechtsvergleichende Analyse
 - Ressourcenknappheit
 - Annahme eigennutzorientierten Verhaltens individuell handelnder Akteure
 - Annahme systematisch unvollständiger Information
 - Annahme beschränkter Rationalität
- Unterscheidung zwischen positiver Analyse (Erklärung der Welt, wie sie ist) und der normativen Analyse (Vorschläge für die Gestaltung der Welt, wie sie sein soll)
- positive Analyse: komparative Wirkungsanalyse alternativer Problemlösungen
 - Beispiel Folgerecht: Zu testen ist die Hypothese, daß durch die Einräumung eines Folgerechts die Position des Urhebers verbessert wird. Frage nach den Reaktionen der verschiedenen Akteure auf die Einräumung eines Folgerechts (Rationalverhalten unterstellt). Frage nach der Veränderung von Anreizstrukturen. Frage, ob sich das Ergebnis ändert, wenn verschiedene Varianten der beschränkten Rationalität ins Spiel gebracht werden.

11. 'Neue' Methoden der Rechtsvergleichung (2)

- normative Analyse
 - Suche nach der am besten geeigneten Problemlösung
 - Umgang mit den Problemen der Zweck-Mittel-Paradigmas
 - Die zur Erreichung eines Zwecks eingesetzten Mittel führen auch zu nicht intendierten Nebenwirkungen (Hayek: *non intended consequences of intentional activities*) [Kritik an der Zweckrationalität im Sinne Max Webers]
 - Umkehr des Vorgehens: Analyse möglicher Mittel auf intendierte und nicht intendierte Wirkungen
 - Auswahl der alternativen Problemlösungen unter Beachtung der Nebenwirkungen
 - Beachtung der Restriktionen beim Umsetzungsprozess, die unterschiedlich sind bei legislativer, judikativer und privater Rechtsetzung
 - Beispiel Folgerecht: Stellt sich heraus, daß die Nachteile des Urhebers, verursacht durch die Einräumung des Folgerechts, stärker ins Gewicht fallen als Nutzensteigerungen durch mögliche spätere Folgerechtsansprüche, Verzicht auf die Einführung eines Folgerechts [so die Diskussion in der Schweiz nach Einführung des Folgerechts im europäischen Gemeinschaftsrecht!]

11. 'Neue' Methoden der Rechtsvergleichung (3)

- Umgang mit dem Problem von Rechtstransplantaten
 - keine Übernahme der beobachteten Wirkungen rechtlicher Regelungen in einem anderen Umfeld (Beschränkung des Informationswerts von Problemlösungen aus anderen Kontexten!)
 - Beispiel: Erfahrungen mit unabhängigen Mitgliedern von Aufsichtsorganen in US-amerikanischen Gesellschaften (*independent directors*) sind nicht übertragbar in Länder mit anderen sozialen Netzwerken und anderen informellen Regelungen (Beispiel: Japan).
 - Notwendigkeit einer vergleichenden Analyse der Umfelders in der Rechtsordnung, deren Regelung transplantiert werden soll (Ursprungsland) und der Rechtsordnung des Landes, in dem die Regelung importiert werden soll (Empfängerland)
 - Entscheidend ist die Wirkungsanalyse für das Empfängerland: Einbeziehung der Umfeldbedingungen in dieser Rechtsordnung

12. Schlußfolgerungen für die rechtswissenschaftliche Ausbildung

- Fokussierung auf rechtliche Regelungen als hypothetische Problemlösungen
- Horizonterweiterung: Rechtsetzungsprozesse auf der legislativen, der judikativen und der privaten Ebene
 - Substitutionsprozesse zwischen den verschiedenen Arten der Rechtsetzung
 - verstärkter Fokus auf die private Rechtsetzung und den Einsatz der Rechtsvergleichung auf diesem Gebiet
- Hereinnahme der Rechtsvergleichung in die ‚juristische Methodenlehre‘
 - Unterscheidung zwischen systemabschließenden Interpretationsmethoden (grammatikalische Auslegung, historische Auslegung und systematische Auslegung) und systemoffenen Interpretationsmethoden (objektive teleologische Auslegung)
 - Hereinnahme von Lösungen aus der Rechtsvergleichung in die objektive teleologische Interpretationsmethode (unter Beachtung der Probleme des Zweck-Mittel-Paradigmas)



13. Ausblick

- Die Neuausrichtung der Rechtsvergleichung an den ‚neuen Aufgaben‘ und die Aufnahme einer neuen Methodik ist ein Projekt, das Jahrzehnte in Anspruch nehmen wird.
- Die Neuausrichtung der Rechtsvergleichung wird in zwei Richtungen bedeutsam werden:
 - Rückwirkung auf die Rechtswissenschaft: stärkere Beachtung von Rechtsfolgenanalysen
 - Annäherung an andere Sozialwissenschaften, die komparatistisch arbeiten (Beispiel: komparative Institutionenanalyse)