

Rechtsvergleichung

von
Prof. Dr. Uwe Kischel

1. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2015

Verlag C.H. Beck im Internet:
www.beck.de

ISBN 978 3 406 67585 0

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

D. Alternativen zur funktionalen Rechtsvergleichung

Recht so ausgerichtet würde, daß es für den homo oeconomicus gut funktionierte, er in diesem Sinne zum Ideal des Rechts würde, bestünde die schlichte Gefahr, daß der Bürger dies ernst nähme und sich tatsächlich in diese Richtung wandelte. Der Bürger, der jede Lücke im Gesetz ausnutzt, nur seinen Vorteil im Sinn hat, seine Verhältnisse immer so manipuliert, daß er möglichst viele Sozialleistungen erhält und möglichst wenig oder besser gar keine Steuern zahlt – wer wollte ihm noch Vorwürfe machen? Diese Bedenken in Bezug auf Gemeinsinn und gesunden Menschenverstand treffen dabei nicht nur den Bürger, sondern gerade auch Wirtschaftsunternehmen. Zwar ist für ein Unternehmen in der Marktwirtschaft die Ausrichtung an Gewinn und Eigennutz ebenso richtig wie überlebenswichtig und auch für die Gemeinschaft von Vorteil. Aber auch hier sind Verantwortung für die Arbeitnehmer, für Nachbarn, Gemeinde und Staat wichtig, ist ein gewisser altmodischer Gemeinsinn von Eigentümern wie Managern zu fordern, der sich dem schlichten ökonomischen Kalkül entzieht.

bb) Schwierigkeiten ökonomischer Betrachtung in der Rechtsvergleichung

Soweit die ökonomische Analyse mit ihren Konzepten und Denkmustern spiegelbildlich auf die Rechtsvergleichung übertragen werden soll, unterliegt sie auch hier den gleichen prinzipiellen Bedenken. Doch scheinen Rechtsvergleicher zu sehr Realisten zu sein, sich zu sehr der Komplexität des Rechts und seiner schwierigen Zusammenhänge mit Kultur und Werten eines Volkes bewußt zu sein, um die simplistischen Annahmen der ökonomischen Analyse schlicht zu übernehmen oder sich gar im Absolutheitsanspruch der Chicago Schule¹⁸⁰ zu verfangen. Ganz im Gegenteil haben Rechtsvergleicher wie Mattei von der ökonomischen Analyse letztlich nur einige sehr allgemeine Grundgedanken – namentlich Effizienz, Markt und Recht als Anreizsystem – und ein wenig des typischen Vokabulars – etwa Transaktionskosten, externe Effekte oder Coase-Theorem – übernommen. Wie sich schon am zentralen Begriff der Effizienz gezeigt hat, bleibt es aber in der Regel bei einer rein begrifflichen Ähnlichkeit, ohne daß die dahinterstehenden Konzepte und Analysemethoden in allen Einzelheiten mit übernommen oder auch nur im Detail diskutiert würden. Zu diesem ökonomischen Anteil addiert die ökonomische Analyse in der Rechtsvergleichung viele zentrale Forderungen moderner Rechtsvergleichung, etwa nach der Beachtung des gelebten und nicht nur des geschriebenen Rechts, nach Einbeziehung rechtlicher Faktoren außerhalb der konkret betrachteten Norm oder nach Berücksichtigung historischer und kultureller Eigenheiten.¹⁸¹ Die Effizienz spielt dabei nur die Rolle eines Faktors unter vielen. Effizienz wird als die Suche nach der besten rechtlichen Lösung verstanden, also nach derjenigen Lösung, die unter den konkreten Bedingungen und Vorgaben der betrachteten Rechtsordnung die sinnvollste ist. Widerstände etwa aufgrund rechtskultureller Prägung oder des schlichten Unwillens etwa der Rechtsanwaltschaft, sich an ein anderes Denken zu gewöhnen, werden dabei ohne weiteres berücksichtigt.¹⁸² Auch daß der Gedanke einer Konkurrenz verschiedener rechtlicher Lösungen auf einem Markt der Rechtsordnungen von vornherein nur in bestimmten abgegrenzten

¹⁸⁰ Zur Unterscheidung zwischen Yale und Chicago Schule vgl. supra Rn. 83 Fn. 167.

¹⁸¹ Für ein kurzes Beispiel vgl. etwa die Untersuchung zum Grenzübergang bei Mattei (Fn. 131), 134 ff.

¹⁸² Vgl. etwa Mattei (Fn. 131), 141; ausführlicher etwa Ogus, Anthony, The economic basis of legal culture – Networks and monopolization, Oxford Journal of Legal Studies 22 (2002), 419 (425 ff.).

§ 3. Die rechtsvergleichende Methode

Bereichen wie etwa dem zivilen Vertragsrecht hinreichend funktioniert, wird klar gesehen.¹⁸³

- 96 Diese gewisse Unschärfe in Methode und Begrifflichkeit, die Zurückhaltung bei der Anwendung ökonomischer Methoden ebenso wie der gewisse Synkretismus bei der Einbeziehung der verschiedensten Elemente moderner Rechtsvergleichung bis etwa hin zur Theorie der rechtlichen Formanten soll aber keineswegs kritisiert werden. Im Gegenteil greift die Rechtsvergleichung hier einige interessante Grundansätze der ökonomischen Analyse heraus und macht sie sich immer dann – aber auch nur dann – zunutze, wenn dies angezeigt erscheint.¹⁸⁴ Was die Rechtsvergleichung hingegen nicht übernimmt, sind strikte und realitätsferne Vorgaben wie der homo oeconomicus sowie die zahlreichen technischen Details, mit denen die ökonomische Analyse zu arbeiten und zu kämpfen hat, um sich trotz restriktiver Annahmen nicht allzuweit von der realen Welt zu entfernen. Damit verweigert sich die ökonomische Analyse in der Rechtsvergleichung erfolgreich dem Modelldenken. Sie besteht vielmehr gerade darauf, alle Faktoren, die die Untersuchung beeinflussen könnten, zu berücksichtigen, wie etwa die immer deutliche Betonung des Stellenwertes der Realität zeigt.¹⁸⁵ Bei einer solch weichen Anwendung besteht allerdings – wie schon bei der Einbeziehung beliebiger Präferenzen angesprochen¹⁸⁶ – die Gefahr einer Selbstauflösung der ökonomischen Analyse. Und tatsächlich läßt sich bei einem Blick durch das Werk etwa Matteis der Eindruck nicht vermeiden, daß die ökonomische Analyse mehr als interessantes Etikett dient denn als strenges Theoriegebäude, das mit all seinen Feinheiten, Streitigkeiten und Strukturen auf die Rechtsvergleichung übertragen werden soll.¹⁸⁷ Aber gerade deshalb ist gegen die ökonomische Analyse in der Rechtsvergleichung *im Grundsatz* nicht viel einzuwenden. Von ihr kann allenfalls gefordert werden, ökonomisch klar besetzte Begriffe wie etwa den der Effizienz nicht zu verwenden, es sei denn, es wäre tatsächlich einmal der ökonomisch übliche Begriffsinhalt – also etwa die Pareto- oder Kaldor-Hicks Effizienz – gemeint. Auch könnte verlangt werden, offenbar empirisch gemeinte Thesen wie die von den Rechtsordnungen als Markt der Rechtsnormen auch empirisch zu belegen. Diese Kritik aber bewegt sich bereits innerhalb des Gedankengebäudes der ökonomischen Analyse in der Rechtsvergleichung und stellt keine Kritik an deren Grundanliegen mehr dar. Ob nach alledem aber die ökonomische Analyse in der Rechtsvergleichung diesen Namen noch zu recht trägt, ist fraglich und dürfte letztlich nurmehr eine Frage des persönlichen Geschmacks sein.

2. Konzeptuelle Vergleichung

a) Modellentwicklung und Vergleich: Ein Zwei-Phasen-Programm

- 97 Die Idee eines abstrakten Modells will auch der von Brand entwickelte Vorschlag einer konzeptuellen Vergleichung („conceptual comparisons“) für die Rechtsverglei-

¹⁸³ Vgl. etwa *Ogus*, The economic approach (Fn. 141), 160f.

¹⁸⁴ Ähnlich die Forderung von *Faust* (Fn. 127), 864.

¹⁸⁵ Vgl. etwa *Mattei* (Fn. 131), 27f.; vgl. auch *Faust* (Fn. 127), 851f., der zusammenfassend festhält, die Rechtsvergleichung „brings economic analysis down from the clear, blue skies of economic theory to the varied and complex conditions on earth“, *ibid.*, 852, sowie die Forderung nach Berücksichtigung verhaltenspsychologischer Erkenntnisse bei *Caterina* (Fn. 156), 167ff.

¹⁸⁶ Vgl. *supra* § 3 Rn. 84.

¹⁸⁷ Gegen diese Einschätzung *Caterina* (Fn. 156), 166, allerdings allein mit dem Argument, daß auch die allgemeine ökonomische Theorie des Rechts von ihren Grundannahmen in Richtung einer Verhaltensökonomie abweiche oder abweichen müsse.

D. Alternativen zur funktionalen Rechtsvergleichung

chung fruchtbar machen.¹⁸⁸ Das Modell wird hier allerdings „Konzept“ genannt und auch gänzlich anders generiert und verwendet als in der ökonomischen Analyse des Rechts. Anliegen der konzeptuellen Vergleichung ist es, Schwachpunkte anderer Ansätze zu umgehen und mit den Konzepten einen neutralen Referenzrahmen für den Vergleich zu gewinnen. Den Konzepten wird dabei eine doppelte Rolle zugeschrieben, nämlich die eines comparatum, also eines Vergleichsgegenstandes, aber auch die eines tertium comparationis, also eines Vergleichsmaßstabs.¹⁸⁹ Die konzeptuelle Vergleichung unterscheidet¹⁹⁰ zwei Phasen, die sog. konzeptuelle Orientierung und die sog. systematische Vergleichung. Hier wie bei verschiedenen weiteren Unterteilungen wird aber auch immer wieder betont, daß es keineswegs um eine strenge Trennung gehe, sondern Überschneidungen und Wechselbeziehlichkeiten stets mitbedacht werden müßten.

In der ersten Phase wird für das zu untersuchende Rechtsinstitut aus verschiedenen Rechtsordnungen ein Konzept herausdestilliert, das sich aus den gemeinsamen Elementen der verschiedenen nationalen Rechtsinstitute zusammensetzt. Gemeint sind Konzepte wie beispielsweise „Kaufvereinbarung“ oder „moralische Straftat“. Für die Auswahl der Elemente und das resultierende Konzept werden eine Reihe von Regeln aufgestellt, etwa daß das Konzept die faktischen Situationen erfassen muß, die für den Vergleich ausgesucht wurden, oder daß sowohl die Struktur als auch die Konsequenzen der rechtlichen Institutionen bei der Auswahl der Elemente heranzuziehen sind. Wenn etwa, so Brand, drei verschiedene Rechtsordnungen „moralische Straftaten“ wie Prostitution oder Kinderpornographie jeweils gesetzlich mit Sanktionen versähen, dies aber in Rechtsordnung A als Vergehen, in B als Verbrechen und in C als Verstoß gegen Verwaltungsvorschriften angesehen werde, so könnten nur Rechtsordnungen A und B als hinreichend ähnlich angesehen werden, um in einem Konzept zusammengefaßt zu werden, während C einem anderen Konzept zuzuordnen wäre.¹⁹¹ Für die Entwicklung des Konzepts sollen zudem zwei Vorgehensweisen zugleich erforderlich sein, eine qualitative Analyse, bei der es um die von den jeweiligen Rechtsordnungen aufgestellten Voraussetzungen geht, und eine quantitative Analyse, bei der es um die Breite der von der Rechtsordnung erfaßten faktischen Situationen geht. Die qualitative Analyse führt dabei zu einem Konzept, das ausdrücklich ein bloßer Durchschnittstypus sein soll und kein Idealtypus wie etwa „parlamentarisches System“ oder „präsidentielles System“, unter den kaum ein reales System subsumierbar sei. Hingegen führt die quantitative Analyse gerade zu einem Idealtypus.¹⁹² Beispielhaft entwickelt Brand etwa ein Konzept für den Schutz kleiner Erfindungen unterhalb der Ebene des Patents (in Deutschland insbesondere über Gebrauchsmuster), indem er die Systeme bestimmter Länder verwirft, die entweder einen allenfalls indirekten Schutz etwa als Wirtschaftsgeheimnis anbieten oder die kleine Erfindungen mit nur minimalen Ände-

¹⁸⁸ Zum folgenden Brand (Fn. 15), 435 ff.

¹⁸⁹ Vgl. Brand (Fn. 15), 435 („concepts as comparata“) einerseits, ibid., 439 („concepts (...) as a neutral tertium comparationis“) andererseits.

¹⁹⁰ Die Lehre greift bewußt auf das Vokabular der Sozialwissenschaften zurück, vgl. Brand (Fn. 15), 435. Sie ist deshalb für den Juristen oft nur schwer nachvollziehbar, u. a. weil in den Sozialwissenschaften Begriffe wie Regel, Norm oder Institution einen völlig anderen und unerwarteten Begriffsinhalt bekommen können. Auf diese unnötige Erschwerung wird in der folgenden Darstellung so weit wie möglich verzichtet.

¹⁹¹ Vgl. Brand (Fn. 15), 445.

¹⁹² Vgl. Brand (Fn. 15), 441, 446.

§ 3. Die rechtsvergleichende Methode

rungen vom anspruchsvollen Bruder des Patentsrechts erfassen lassen. Aus den verbleibenden beiden Gruppen von Ländern – die sich untereinander vor allem im Hinblick auf die Forderung nach einer räumlichen Form der Erfindung unterscheiden – werden die gemeinsamen zentralen Merkmale herausdestilliert und so das Konzept erschaffen.

99 Erst die zweite Phase dient sodann der systematischen Vergleichung, die ihrerseits in drei Schritte unterteilt wird. Im ersten, beschreibenden Schritt sind die nationalen rechtlichen Institutionen aus interner Sicht rein objektiv zu beschreiben, einschließlich etwaiger Meinungsstreitigkeiten, des rechtssystematischen und sozioökonomischen Kontextes. Auch der Nachweis, daß das nationale Institut unter das abstrakte Konzept fällt, gehört hierher. Im zweiten Schritt werden Unterschiede und Ähnlichkeiten der nationalen Institute untereinander sowie mit dem Konzept erfaßt. Im dritten Schritt werden diese Unterschiede und Ähnlichkeiten, auch zum abstrakten Konzept, erläutert, etwa aus historischer oder funktionaler Sicht oder im Hinblick auf die beteiligten Akteure wie etwa Lobbygruppen, die eine Änderungen unterstützt oder verhindert haben.

100 Für das gesamte Zwei-Phasen-Modell sieht Brand zahlreiche typische Anwendungsfälle. So könnten innerhalb eines Konzepts zwei besonders typische nationale Gegenpole verglichen werden, oder ein besonders typischer nationaler Vertreter mit einem sehr atypischen. Vertreter zweier verschiedener Konzepte könnten etwa insofern zum Vergleich kommen, als sie dieselbe faktische Situation betreffen. Weiter Vergleichsformen betreffen konvergente oder divergente Entwicklungen, Bildung von Begriffspyramiden und Begriffssystemen, die historische Entwicklung oder Fallstudien, bei denen die Lösung eines konkreten sachlichen Problems in verschiedenen Rechtsordnungen untersucht würde.

b) Bedeutung und Wirkung des Modells

101 Die konzeptuelle Rechtsvergleichung beschreibt in der Liste ihrer Anwendungsfälle zahlreiche klassische Fragestellungen und Arbeitsprogramme, die einen Rechtsvergleicher beschäftigen können. Auch das konkrete Beispiel des Schutzes kleiner Erfindungen ist in seinen Ergebnissen und Gedankengängen für jeden Rechtsvergleicher gut nachvollziehbar. Ein schwer faßbarer Fremdkörper in allen praktischen Anwendungen der Theorie bleibt jedoch gerade deren Kerngedanke: das Konzept. Was es eigentlich ist, vor allem aber was es eigentlich positiv zur Rechtsvergleichung beiträgt, bleibt letztlich unklar.

102 Das Konzept soll zugleich Vergleichsgegenstand und Vergleichsmaßstab sein. Das erscheint kaum denkbar. Werden beispielsweise zwei Fahrzeuge im Hinblick auf ihre Farbe verglichen, so ist die Farbe der Vergleichsmaßstab, das *tertium comparationis*. Ein Konzept kann also nur insofern Vergleichsmaßstab sein, als zwei reale Institutionen im Hinblick darauf miteinander verglichen werden, ob und wieweit sie die Merkmale des Konzepts erfüllen. Wäre das Konzept aber zugleich Vergleichsgegenstand, so müßte es anhand seiner eigenen Eigenschaften mit einer realen Institution verglichen werden. Beim Fahrzeugbeispiel entspräche das dem Versuch, ein Fahrzeug einerseits mit der Farbe Rot (als Konzept) andererseits anhand des Maßstabs der Farbe Rot zu vergleichen. Das wäre aber gar kein Vergleich mehr, sondern die schlichte Frage, ob das Fahrzeug rot ist. Für eine rechtliche Institution liefe das Vorgehen entsprechend auf die schlichte Frage hinaus, ob die nationale Institution unter das Konzept fällt. Erschwerend kommt hinzu, daß das Konzept zuvor aus nationalen Institutionen herausdestilliert wurde. Dem entspräche es, wenn zunächst das Konzept der Farbe Rot aus

D. Alternativen zur funktionalen Rechtsvergleichung

der Ansicht mehrerer mehr oder weniger roter Gegenstände entwickelt worden wäre, um sodann zu fragen, ob einer dieser Gegenstände denn nun rot ist. Auch das ist ein wenig sinnvolles Vorgehen.

Ein Grundgedanke der konzeptuellen Rechtsvergleichung ist das zweiphasige Vor- 103
gehen, mit der Erarbeitung eines neutralen Konzeptes anhand objektiver Maßstäbe in der ersten und dem Vergleich in der zweiten Phase. Tatsächlich aber ist schon die Erarbeitung des Konzepts ein vollständiger Rechtsvergleich: es werden die Regeln oder Institutionen verglichen, die in zwei oder mehr Rechtssystemen dieselbe faktische Situation betreffen und dann nach Gemeinsamkeiten gesucht.¹⁹³ Daß hier also letztlich zwei rechtsvergleichende Phasen hintereinandergeschaltet werden, ist an sich noch kein Grund für Kritik. Wenn aber zunächst ein Konzept rechtsvergleichend aus bestimmten nationalen Instituten durch Abstraktion und Herausarbeitung der zentralen gemeinsamen Eigenschaften entwickelt wird, um dann u.a. diese nationalen Institute später wieder mit dem Konzept zu vergleichen, so ist dies eine kaum sinnvolle Doppelung, die nicht erkennbar zu neuen Erkenntnissen führen kann. Wird dieser Vergleich aber nicht angestellt, so bleibt für das Konzept keine Bedeutung mehr übrig. Warum man weiterhin ein abstraktes Konzept mit einem realen Institut vergleichen sollte, das von vornherein nicht unter das Konzept fällt, ist ebensowenig erkennbar. Die übrigen Anwendungsbeispiele aber, die die konzeptuelle Rechtsvergleichung nennt, kommen auch ohne das Konzept aus: Werden etwa zwei nationale Rechtsinstitute miteinander verglichen, die an entgegengesetzten Polen denkbarer Regelungsformen liegen oder typischerweise als Gegenpole gelten oder wird ein Rechtsinstitut mit einem anderen verglichen, das zwar anders strukturiert ist, aber ähnliche Fallgestaltungen betrifft, so kann dies ohne jeden inhaltlichen Verlust auch dann geschehen, wenn zuvor kein Konzept gebildet wurde. Dasselbe gilt für den Vergleich eines rechtsgenetischen Prototyps mit seinen Ausprägungen oder parallel existierenden Instituten oder für den Vergleich der unterschiedlichen Lösungen für dieselbe faktische Situation in verschiedenen Rechtsordnungen. Auch die Untersuchung von Konvergenzen und Divergenzen, Rechtsentwicklungen und Rechtstransfers wird nicht davon beeinflusst, ob die betrachteten Institute einem oder mehreren Konzepten zugeordnet werden können oder wie genau Konzepte gegeneinander abgegrenzt werden. Die dem gänzlich entgegengesetzte Behauptung der konzeptuellen Rechtsvergleichung, daß u.a. die Untersuchung von Prototypen und die Einbeziehung rechtsgeschichtlicher Entwicklungen in die Rechtsvergleichung überhaupt nur bei ihr vorkomme, wird durch die verbreiteten Studien zu solchen Aspekten widerlegt.

Besonders wichtig scheint der konzeptuellen Rechtsvergleichung auch der neutrale 104
Charakter des Konzepts zu sein, der zu einer Verobjektivierung des Vergleichs führen soll. Das Konzept aber kann als Ergebnis einer Abstrahierung aus einem Rechtsvergleich nicht neutral sein. Welche Eigenschaften dem Rechtsvergleicher so wichtig und determinierend erscheinen, daß er sie in das Modell aufnimmt, und welche nicht, ist eine Bewertungsfrage. Oft bewegen sich die möglichen rechtlichen Lösungen für eine Frage, etwa den Schutz kleiner Erfindungen, auf einer oder mehreren Skalen, etwa von sehr hohen Voraussetzungen für einen Schutz zu sehr niedrigen oder von sehr weitgehenden Schutzwirkungen zu sehr schwachen. Wo hier die Grenze eingefügt wird, die ein Konzept vom nächsten trennt, ist eine Frage der erfahrungsgestützten fachlichen Bewertung, m. a. W. Geschmackssache. Im angeführten Beispiel der morali-

¹⁹³ Vgl. die deutliche Beschreibung bei *Brand* (Fn. 15), 440.

§ 3. Die rechtsvergleichende Methode

schen Straftaten etwa ist die Einteilung in Verbrechen und Vergehen einerseits und bloße Verwaltungsverstöße andererseits zwar möglich, aber keineswegs zwingend. Nicht nur ist die Unterscheidung zwischen Verbrechen und Vergehen je nach Land unterschiedlich, werden Verwaltungsverstöße teils in, teils außerhalb des Strafrechts eingeordnet und gibt es auch durchaus noch andere Einteilungen.¹⁹⁴ Auch könnten etwa Vergehen regelmäßig nur mit Geldstrafen verbunden sein und so im Hinblick auf die Strafschärfe eher mit den Verwaltungsverstößen in einem Konzept verbunden werden als mit den Verbrechen, bei denen möglicherweise eher von Haftstrafen auszugehen ist. Welche Einteilung gewählt wird, ist dabei völlig unerheblich; wichtig ist nur die Erkenntnis, daß die Einteilung nicht wertfrei, sondern wertend ist.

- 105 Im Detail weist die konzeptuelle Rechtsvergleichung noch andere Probleme auf. Sie reichen von der schwer verständlichen Einordnung desselben Konzepts sowohl als Ideal- als auch als Durchschnittstypus bis hin zum Anspruch, einem möglichen Vorwurf mangelnder Dogmatik von seiten herkömmlicher Rechtswissenschaftler gegenüber der Rechtsvergleichung entgegenzuwirken,¹⁹⁵ der in Anbetracht der bewußten Abkehr von der unter eben diesen herkömmlichen Rechtswissenschaftlern üblichen Sprache hin zu nichtjuristischen Begrifflichkeiten der Sozialwissenschaften schwer aufrechtzuerhalten ist. Das besondere Verdienst der konzeptuellen Rechtsvergleichung liegt demgegenüber darin, die sehr verschiedenen möglichen Aufgabenstellungen in der Rechtsvergleichung herausgearbeitet zu haben, die tatsächlich weit über das bloße Vergleichen der konkreten rechtlichen Lösungen für eine exakt definierte Fallgestaltung hinausgehen.

3. Statistische Rechtsvergleichung

a) Numerische Darstellung und Korrelierung des Rechts

- 106 Eine neue rechtsvergleichende Methode, die in einigen kleineren Bereichen des Wirtschaftsrechts für Aufsehen sorgt, in der breiten Rechtsvergleichung aber bislang weitgehend unbekannt und unbeachtet blieb, ist die statistische Rechtsvergleichung.¹⁹⁶ Sie faßt beliebige Aspekte von Rechtsordnungen in Zahlen, setzt diese mit statistischen Mitteln in Form großer Tabellen ins Verhältnis zu anderen, vorzugsweise ökonomischen Daten und zieht aus den sich so ergebenden Zusammenhängen Schlußfolgerungen sowohl für die gegenwärtige Funktionsfähigkeit von Rechtsordnungen als auch für notwendige zukünftige Änderungen.
- 107 Soll beispielsweise¹⁹⁷ das Kapitalmarktrecht in verschiedenen Staaten betrachtet werden, so wird es zunächst in verschiedene Aspekte – etwa Offenlegungspflichten oder

¹⁹⁴ Vgl. dazu *Pradel, Jean*, *Droit pénal comparé*, 3. Aufl. 2008, 58 ff.

¹⁹⁵ Vgl. *Brand* (Fn. 15), 464.

¹⁹⁶ Vgl. zur folgenden Darstellung und Kritik die sehr klaren Ausführungen von *Siems, Mathias M.*, *Statistische Rechtsvergleichung*, *RabelsZ* 72 (2008), 354 (354 ff.), auf den nach eigener Aussage, *ibid.*, 356, auch der eingängige Begriff „statistische Rechtsvergleichung“ zurückgeht; gebräuchlich, aber weniger klar ist teilweise auch die Bezeichnung „law and finance“; positiver in der Grundtendenz, allerdings unter Einbeziehung verschiedenster weiterer Elemente der Empirie in die Darstellung *Siems* (Fn. 55), 146 ff.

¹⁹⁷ Vgl. *La Porta, Rafael; Lopez-de-Silanes, Florencio; Shleifer, Andrei*, *What works in Securities Laws?*, *The Journal of Finance* 61 (2006), 1 (5 ff.), wobei die detaillierten Daten sich nicht in diesem Aufsatz finden, sondern in das Internet ausgelagert wurden, vgl. http://post.economics.harvard.edu/faculty/shleifer/papers/Securities_data.xls; ausführlich zu diesem Beispiel *Siems* (Fn. 196), 356 ff.

D. Alternativen zur funktionalen Rechtsvergleichung

Prospekthaftungsrecht – zerlegt und diese wiederum in Unterasspekte aufgeteilt, beim Aspekt der Offenlegungspflicht u.a. in die Pflicht zur Aushändigung von Emissionsprospekten, zur Offenlegung des Gehalts der Unternehmensleitung, zur Offenlegung von Verträgen außerhalb des üblichen Geschäftsverlaufs etc. Diese Unterasspekte werden sodann meist mit 1 (= Pflicht besteht), 0 (= Pflicht besteht nicht) oder 0,5 (= Pflicht besteht teilweise) bewertet, wobei die Voraussetzungen dieser Bewertungen für jeden Unteraspekt noch etwas genauer definiert werden. Aus dem Mittel dieser einfachen Werte ergibt sich dann der Zahlenwert für die jeweiligen Aspekte, etwa die Offenlegungspflicht insgesamt. Dieser Wert kann durch die schlichte Mittelung schon sehr krumm werden und so viel detailgeladener wirken als die drei möglichen Ausgangswerte vermuten lassen; für die Offenlegungspflicht in Deutschland lautet der Wert etwa 0,4166667, für Großbritannien 0,8333333.

Die jeweils so bewerteten, verschiedenen Aspekte des Kapitalmarktrechts werden dann in einem zweiten Schritt in einer umfassenden Tabelle zusammengeführt, in der die Werte für jeden gewählten Aspekt des Kapitalmarktrechts leicht gerundet für jeden Staat niedergelegt sind: Für die Offenlegungspflicht in Großbritannien ergibt sich eine 0,83, für Deutschland 0,42, für die USA (als einzigem Land) der Höchstwert 1,0; das Prospekthaftungsrecht in Großbritannien wird mit 0,66 bewertet, in Deutschland mit 0,00, in den USA mit 1,0. So kann nicht nur eine Art Rangfolge der Staaten aufgestellt, sondern können diese Staaten auch in Gruppen, insbesondere Rechtsfamilien, eingeteilt, ein Gruppendurchschnitt errechnet und so die Über- oder Unterlegenheit der Gruppen belegt werden. Nicht nur im Kapitalmarkt-, sondern auch im sonstigen Wirtschaftsrecht ergeben die praktisch durchgeführten Studien mit erstaunlicher Regelmäßigkeit eine Überlegenheit von Ländern des common law und eine Unterlegenheit insbesondere von Ländern des französischen Rechtskreises.¹⁹⁸

In einem dritten Schritt folgt nunmehr der Kern der statistischen Rechtsvergleichung: Die verschiedenen Einzelasspekte (etwa Offenlegungspflichten) werden statistisch über sämtliche Länder zu einem Wert zusammengefaßt und dann im Wege einer sog. Regressionsanalyse mit anderen, insbes. wirtschaftlichen Daten in Zusammenhang gebracht. Im Beispiel des Kapitalmarktrechts sind dies Kennziffern für das Funktionieren des Kapitalmarkts, wie etwa Marktkapitalisierung oder Anzahl der Unternehmen. Es ergibt sich eine Tabelle, die den globalen statistischen Zusammenhang zwischen jedem der rechtlichen Aspekte einerseits und jedem der wirtschaftlichen Faktoren andererseits in einer Kennziffer samt Angabe der statistischen Signifikanz des Zusammenhangs ausdrückt. Für die genaue Interpretation der sich so ergebenden Daten sind genauere Kenntnisse der Stochastik erforderlich. Etwas vereinfacht läßt sich dann etwa schließen, daß und welche rechtlichen Faktoren gute Indikatoren für das Funktionieren des Kapitalmarkts sind. So ergab die Statistik in unserem Beispiel etwa, daß Offenlegungspflichten von Bedeutung sind, das Eingreifen der öffentlichen Hand zur Rechtsdurchsetzung hingegen nicht.¹⁹⁹

Die statistische Rechtsvergleichung wagt sich allerdings keineswegs nur an wirtschaftsrechtliche Fragestellungen. Sie untersucht vielmehr ebenso die Bedeutung der

108

¹⁹⁸ Vgl. *Siems* (Fn. 196), 362; zur berechtigten Kritik an der evident wenig sachverständigen Verwendung und Einteilung der Rechtsfamilien durch die statistische Rechtsvergleichung *ibid.*, 384 ff.; *Vágt, Detlev*, Comparative company law – The new wave, in: Schweizer, Rainer; Burkert, Herbert; Gasser, Urs (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Drueg zum 65. Geburtstag, 2002, 595 (598 f.)

¹⁹⁹ Vgl. *La Porta/Lopez-de-Silanes/Shleifer* (Fn. 197), 27 f.

§ 3. Die rechtsvergleichende Methode

Formalisierung gerichtlicher Verfahren für deren Qualität²⁰⁰ oder gar die Qualität von Regierungssystemen.²⁰¹ Für die Regierungssysteme etwa werden Aspekte wie die Einmischung in den privaten Sektor, die Größe des öffentlichen Sektors, die Effizienz (nicht im wirtschaftswissenschaftlichen Sinne, sondern u.a. bestimmt durch den Einfluß von Korruption) oder die politische Freiheit jeweils wieder über Unter-
aspekte in Zahlenwerten erfaßt und dann mit – ebenfalls in Zahlen erfaßten – Faktoren wie der ethnischen und sprachlichen Zersplitterung, der vorherrschenden Religion oder der zugehörigen Rechtsfamilie statistisch in Verbindung gebracht. Dabei ergibt sich etwa, daß Staaten ein schlechter funktionierendes Regierungssystem haben, die arm sind, nahe am Äquator liegen, ethnisch-linguistisch heterogen sind, dem französischen oder dem sozialistischen Rechtskreis angehören oder einen hohen Anteil von Katholiken oder Moslems in der Bevölkerung haben.²⁰² Zugehörigkeit zum common law ist erneut ein positives Zeichen. Die Studie zu den Gerichten hingegen empfiehlt abschließend einen Abbau des von ihr so bezeichneten gerichtlichen Formalismus. Nicht mehr erforderlich sollten demnach etwa sein: professionelle Richter, Schriftlichkeit von Anträgen und Urteilsbegründungen, Begründung des Urteils im Hinblick auf bestimmte Gesetze oder Präzedenzfälle oder die Bindung an das Recht. Das Idealbild eines Gerichts ist – ausdrücklich! – die Entscheidung durch Laien ohne nennenswertes Verfahrensrecht und ohne Bindung an das geltende Recht allein nach „fairness“.²⁰³

- 109 Der Fokus der statistischen Rechtsvergleichung bleibt bei alledem in aller Regel wirtschaftlich, selbst wenn die Methode auch unabhängig davon angewandt werden könnte.²⁰⁴ Nicht nur wird im Wirtschaftsrecht stets untersucht, wie die rechtlichen Faktoren sich auf das Funktionieren der Wirtschaft im Sinnes eines freien Marktes auswirken. Auch außerhalb des Wirtschaftsrechts, wenn etwa die Qualität von Regierungssystemen hinterfragt wird, gilt eine Regierung nur und genau dann als gut, wenn sie die wirtschaftliche Entwicklung fördert, während alle anderen Aspekte in keiner Weise in die Bewertung einfließen.²⁰⁵ Außer Acht bleibt etwa die soziale Gleichheit, die Diversität einer Gesellschaft, die Aufrechterhaltung der eigenen Kultur und Traditionen, der Schutz der Bürgers vor überlegener wirtschaftlicher Macht, der Schutz von Minderheiten oder die Erhaltung des Friedens.

²⁰⁰ Vgl. *Djankov, Simeon; La Porta, Rafael; Lopez-de-Silanes, Florencio; Shleifer, Andrei*, Courts, *The Quarterly Journal of Economics* 118 (2003), 453 (453 ff.).

²⁰¹ Vgl. *La Porta, Rafael; Lopez-de-Silanes, Florencio; Shleifer, Andrei; Vishny, Robert*, The quality of government, *Journal of Law, Economics, and Organization* 15 (1999), 222 (222 ff.).

²⁰² So wörtlich *La Porta/Lopez-de-Silanes/Shleifer/Vishny* (Fn. 201), 222.

²⁰³ *Djankov/La Porta/Lopez-de-Silanes/Shleifer* (Fn. 200), 511, 462 ff., 455; die völlige Außerachtlassung aller juristischen Aspekte nicht nur von Rechtskultur sondern auch von rechtsstaatlicher Sicherung und Rechtssicherheit gerichtlicher Verfahren, das Plädoyer für ein Richterbild, das letztlich nur als willkürliche Kadijustiz bezeichnet werden kann, und der damit einhergehende Mangel an jeglichem juristischen Sachverstand in dieser Studie läßt dem Juristen nur die Wahl zwischen Lachen und Verzweiflung.

²⁰⁴ Vgl. z. B. zum statistischen Beleg der These, daß die Legalisierung des Schwangerschaftsabbruchs bis zu 50 % des Fallens der Kriminalitätsrate in den USA erklären kann *Donohue, John J. III; Levitt, Steven D.*, The impact of legalized abortion on crime, *The Quarterly Journal of Economics* 116 (2001), 379 (391 ff.), für die sich allerdings das Kernproblem der Umwandlung von Rechtsnormen in Zahlen nur am Rande stellt.

²⁰⁵ Deutlich *La Porta/Lopez-de-Silanes/Shleifer/Vishny* (Fn. 201), 223.