

THOMAS COENDET

Rechtsvergleichende Argumentation

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

279

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

279

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann



Thomas Coendet

Rechtsvergleichende Argumentation

Phänomenologie der Veränderung
im rechtlichen Diskurs

Mohr Siebeck

Thomas Coendet, geboren 1982, Studium der Rechtswissenschaften; 2003–12 Stipendiat der Schweizerischen Studienstiftung; 2012 Promotion; derzeit Rechtsanwalt in Zürich.

Inauguraldissertation zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern. Die Fakultät hat diese Arbeit am 26. April 2012 auf Antrag der beiden Gutachter, Prof. em. Dr. iur. h.c. Hans Peter Walter (Universität Bern) und Prof. Dr. iur. Stefan Vogenauer (University of Oxford), als Dissertation angenommen.

e-ISBN 978-3-16-152311-3

ISBN 978-3-16-152234-5

ISSN 0720-1141 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2012 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Zum Geleit

Die philosophische Arbeit besteht in einer beständigen Überschreitung: alles tun, um seine eigene ethnozentrische oder geographische Grenze anzuerkennen, aber auch, um sie zu überwinden, ohne sie zwangsläufig zu verraten.

Jacques Derrida
(Sein Erbe wählen, 40)

Der internationale Kongress für Rechtsvergleichung, der im Jahre 1900 in Paris stattfand, verlieh der Überschreitung räumlicher Grenzen in der juristischen Arbeit einen neuen Impuls. Die Rechtsvergleichung wurde zum wissenschaftlichen Programm, die mit der Bildung der modernen Nationalstaaten getrennten Rechtsdiskurse wieder zusammenzuführen. Mit diesem Programm verband Raymond Saleilles, der Organisator des Pariser Kongresses, zugleich die Idee, der Rechtsvergleichung eine normative Funktion für das geltende Recht zuzuweisen: Die Gerichte sollten nationales Recht in grenzüberschreitenden Materien, orientiert an einem rechtsvergleichend erarbeiteten *droit commun international*, interpretieren und fortbilden.¹ Sein grundlegendes Argument ist leicht ersichtlich und heute nicht weniger aktuell: Internationale Probleme sollen auch international gelöst werden. In der Folge vermochte sich Saleilles' Idee allerdings nicht durchzusetzen. Knapp ein halbes Jahrhundert später hat dann Konrad Zweigert den Gedanken, rechtsvergleichende Argumente im Rahmen des geltenden Rechts zu berücksichtigen, wieder aufgegriffen.² Doch auch ihm blieb der durchschlagende Erfolg in der Gerichtspraxis versagt.

Natürlich lassen sich diese frühen Postulate für eine rechtsvergleichende Argumentation psychologisieren und man kann sie als das Begehren von Rechtsvergleichern deuten, ihrer Arbeit im rechtlichen Tagesgeschäft eine normative Bedeutung verleihen zu wollen. Aber selbst wenn das hinsichtlich dieser früheren Postulate zutreffend sein sollte, wäre dieselbe Behauptung angesichts einer heute doch weitaus selbstbewussteren Rechtsvergleichung

¹ Saleilles, La Fonction juridique du Droit comparé, 168–172.

² Zweigert, Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode.

kaum zu halten. Damit ist für die vorliegende Untersuchung die Frage der rechtsvergleichenden Argumentation aber nicht erledigt, sondern höchstens die Möglichkeit gegeben, sie in versachlichter Form erneut zu stellen. Dies einerseits deshalb, weil sie sich als eine wiederkehrende Fragestellung erweist, deren theoretisches und praktisches Potential andererseits bis heute noch nicht ausgeschöpft wurde. Es ist die Ausgangsthese dieser Arbeit, dass der anscheinend bescheidene Erfolg der Ideen von Saleilles und Zweigert nicht an ihrem mangelnden Potential liegt, sondern vor allem auch an einer immer noch fehlenden theoretischen Untersuchung, wie sich die normative Wirkung von rechtsvergleichenden Argumenten im geltenden Recht grundlegend gestaltet. Solange in den Grundlagen nicht geklärt ist, worum es bei dieser Argumentationsform geht, lässt sich jedoch nach Ansicht dieser Arbeit weder abschließend noch sinnvoll über ihre vergangene wie zukünftige Bedeutung urteilen.

Vor diesem Hintergrund erachtet es die vorliegende Untersuchung als gerechtfertigt, das von Saleilles und seinen Nachfolgern hinterlassene Erbe anzutreten und nochmals über das Problem der rechtsvergleichenden Argumentation nachzudenken. Sie interessiert sich, wie soeben deutlich gemacht, für die theoretischen Grundlagen dieser Argumentationsform. Dabei umfasst ihre analytische Perspektive neben rechtlichen auch philosophische Theorien; sie folgt namentlich einem zentralen Impuls, den in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts die Philosophie aus Paris erhielt. Es ist dies die von Jacques Derrida entwickelte Philosophie der Dekonstruktion. – Die Untersuchung macht es sich somit zu ihrem methodischen Programm, mit Blick auf die rechtsvergleichende Grenzüberschreitung über die fachlichen Grenzen des Rechts hinauszudenken. Sie will in Sachen der Rechtsvergleichung die Federführung weder denen überlassen, die immerzu versuchen, jeglichen theoretischen Anspruch mit einer unreflektierten Praxisrelevanz pragmatisch herunterzuspielen, noch sich denen anschließen, die Theorie in diesem Zusammenhang so einsetzen, dass sie sich letztlich der rechtsvergleichenden Praxis entziehen.

Im Gegensatz zum vorliegend gewählten theoretischen Schwerpunkt der Untersuchung ist die bisherige Forschung zur rechtsvergleichenden Argumentation vorzugsweise empirisch ausgerichtet. Die Rechtspraxis wird auf ein Phänomen hin beobachtet, von dem man bloß eine intuitive Vorstellung mitbringt und trotzdem werden bestimmte Vorgehensweisen theoretisch als rechtsvergleichende Argumentationen ausgezeichnet. Was folgt aus diesem intuitiv empirischen Zugang für eine Theorie der rechtsvergleichenden Argumentation? Nichts Gutes, wenn man bei ihm stehen bleibt. Denn eine Theorie, die sich darauf beschränkt, die Praxis nachzuzeichnen, entbehrt des kritischen Abstands zu ihrem Gegenstand und verliert sich in ihm. Was entsteht, ist eine Theorie, die blind ist ihrem Gegenstand gegenüber und die

man besser nicht verwendet, um sich in der Praxis zu orientieren. Was Lehre und Rechtsprechung als rechtsvergleichende Argumentationspraxis bezeichnen, kann für die folgende Untersuchung daher nur einen hermeneutischen Ausgangspunkt bilden. Das bringt es mit sich, dass im Zuge der Analyse die Diagnose nicht ausbleiben mag, dass die rechtsvergleichende Argumentation etwas anderes ist, als man sich vorgestellt hatte.

Die thematische Ausrichtung lässt sich damit im Überblick folgendermaßen angeben: Die Arbeit untersucht die Konsequenzen, die sich für die juristische Argumentation ergeben, wenn die rechtlichen Diskurse verschiedener Rechtsordnungen theoretisch und praktisch aufeinander bezogen werden. Dazu stellt sie das in der bisherigen Forschung, wie gesagt, lediglich intuitiv erfasste Phänomen der rechtsvergleichenden Argumentation auf eine breitere thematische Basis. Analysiert wird, wie sich die Normativität der *eigenen* Rechtsordnung mit der Normativität von *anderen* Rechtsordnungen durchsetzt. Die Arbeit bringt dieses Phänomen auf den Begriff der *Veränderung des Rechts*. Von dieser erweiterten Perspektive aus betrachtet, ist rechtsvergleichendes Argumentieren eine spezifische Veränderung, die man zunächst ganz schlicht wie folgt formulieren kann: Indem rechtsvergleichende Argumente in den rechtlichen Argumentationsprozess integriert werden, wird das eigene ein Stück weit zu anderem Recht. Es ist das Ziel der Untersuchung, die gerichtliche und rechtswissenschaftliche Praxis im Hinblick auf diese spezifische Veränderung theoretisch zu orientieren. Gelingen kann dies aber nur, sofern eine entsprechende Theorie auf der verbreiterten thematischen Basis rechtlicher Veränderung abhebt. Der vorgelegte Entwurf einer rechtsvergleichenden Argumentationstheorie ist deshalb als Phänomenologie der Veränderung im rechtlichen Diskurs ausgestaltet.

Die Anregung für die vorliegende Untersuchung ist von Gerichtsurteilen, Gutachten und Aufsätzen ausgegangen, die Probleme des nationalen Privatrechts vor dem Hintergrund anderer Rechtsordnungen erörtern. Hinsichtlich dieser fallbezogenen Argumentationen war die Zusammenarbeit mit Prof. em. Dr. h.c. Hans Peter Walter an seinem Lehrstuhl an der Universität Bern eine große Inspiration. Ihm möchte ich auch für die großzügigen zeitlichen Freiheiten danken, die mir erlaubten, das Forschungsvorhaben in seiner Anfangsphase auf Kurs zu bringen. Die entscheidenden Fortschritte ließen sich anschließend aufgrund eines längeren Auslandsaufenthaltes erzielen, für den mich der Schweizerische Nationalfonds, die Janggen-Pöhn-Stiftung sowie die Schweizerische Studienstiftung finanziell beziehungsweise organisatorisch unterstützten. Dank all diesen Institutionen konnte die Untersuchung in drei verschiedenen Rechtsordnungen durchgeführt werden: In Deutschland am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg, in England an der University of Oxford und in Frankreich an der Université Paris I, Panthéon-Sorbonne.

Die Möglichkeit die Untersuchung an verschiedenen Orten realisieren zu können, hat mich mit vielen Menschen zusammengebracht. Und entsprechend viele sind es, von denen die folgenden Überlegungen profitierten und die ich deshalb in meinen Dank einschließen möchte – all jene, die mir zu dieser Arbeit kritische Fragen gestellt und neue Perspektiven eröffnet haben, die bereit waren ihre Thesen zu diskutieren oder sich einfach geduldig anzuhören. Namentlich kann ich nur einige nennen. Besonders bedanken will ich mich bei Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Reinhard Zimmermann, dass er mich am Max-Planck-Institut in Hamburg so freundlich empfing und zudem in seine Arbeitsgruppe integrierte. Ihm danke ich ebenso dafür, die Aufnahme dieser Promotionsarbeit in die Schriftenreihe des Instituts in so kurzer Zeit geprüft und befürwortet zu haben. Großen Dank schulde ich weiter Prof. Dr. Stefan Vogenauer von der University of Oxford für viele Diskussionen, Anregungen und Präzisierungen zu verschiedenen Fassungen des Textes. Die freundschaftliche Kritik und sein stetiges Interesse, das er dieser Arbeit entgegenbrachte, haben mich an mehr als nur einer Stelle entscheidend motiviert. Nichts anderes gilt für meine ausgezeichneten fachlichen Gesprächspartner Philipp Eichenhofer, Martin Flohr und Christoph Hurni. Ihnen sowie Annemijn Algra, Xiaobai Chu, Dominique und Samuel Coendet, Joris Fach, Jenny Frey, Dmitrij Gawrisch, Chia-Lynne Hong, Daniel Klauser, Christopher Moufawad el Achkar, David Nisters, Philipp Truniger, Anton Wiedmann und Moqi Xu ist dieser Text gewidmet.

Thomas Coendet
Oxford, im März 2012

Inhalt

Zum Geleit	V
Inhalt	IX
<i>Einleitung: Das Problem der rechtsvergleichenden Argumentation</i>	1
A. Beispiele aus der Praxis	3
B. Gegenstand der Untersuchung	4
C. Zielsetzung der Arbeit	8
D. Stand der Forschung	10
E. Programm des Entwurfs	16
I. Probleme der Untersuchung	16
II. Gang der Darstellung	20
III. Methode der Untersuchung	22
<i>Teil 1: Der Raum rechtsvergleichenden Denkens</i>	25
A. Grenzdekonstruktion	27
I. Die logische Grenzziehung des Positivismus	27
II. Die Transformation der positivistischen Logik	28
B. Dekonstruktion	29
I. Zeichen	30
1. Différance	30
2. Spur(en)	35
3. Wiederholung	37
II. Bedeutung	39
1. Zeichen und Bedeutung	39
2. Instanzen von Bedeutung	42
3. Bedeutung im dekonstruktiven Diskurs	44
III. Holismus, System, Kontinuität	48
1. Holismus	49
2. System	50
3. Kontinuität	51
C. Die Dekonstruktion des eigenen Rechts	54
I. Dekonstruktion des Rechts?	54

II.	Recht als rekonstruktive Zeichenpraxis	57
1.	Normatives Sein	58
2.	Flüchtige Instanzen.....	60
3.	Dynamische Struktur	62
4.	Recht als Rechtskontext.....	65
5.	Die rechtliche Entscheidung	66
6.	Rechtsgeltung	70
III.	Das andere Recht im eigenen	72
1.	Rechtskontext – die Basis der impliziten Normativität.....	73
2.	Zirkulationen – der prinzipielle Zusammenhang der Rechtskontexte.....	75
3.	Polykontextualität – die Pluralität der rechtlichen Kontexte	79
D.	Blick zurück und nach vorne.....	81
I.	Universelles Rechtsdenken ohne universelles Recht	81
II.	Symmetrie, Autonomie und Identität von Rechtskontexten	82
III.	Das Problem des Automatismus	83
	<i>Teil 2: Strukturen der Argumentation</i>	<i>85</i>
A.	Grenzrekonstruktion.....	87
B.	Strukturen der juristischen Argumentation.....	88
I.	Ausgangspunkte	88
II.	Grundlagen der philosophischen Argumentationstheorie	90
1.	Übergang – Die inferentielle Struktur bei Toulmin	91
2.	Prämissen – Die argumentative Geltung bei Wohlrapp	94
a)	Pragmatik, Theorie, Episteme	96
b)	These, Dialog, Transsubjektivität	101
c)	Geltung, Relativität, Offenheit.....	108
3.	Argumentation und Argument	114
III.	Reformulierungen der juristischen Argumentation.....	115
1.	Die Reformulierungen im Überblick	115
2.	Die Orientierungsfunktion der juristischen Argumentation.....	117
3.	Die Inferenzstruktur der juristischen Begründung.....	120
4.	Die argumentative Geltung der juristischen Begründung	122
5.	Argumentformen des eigenen Rechts	125
IV.	Pragmaturgie der juristischen Argumentation	128
C.	Strukturen der rechtsvergleichenden Argumentation	132
I.	Transsubjektivität	133
II.	Inferentielle Funktion	137
III.	Kontextverflechtung	139
1.	Die Kontexte.....	139
2.	Die Verflechtung	140
3.	Die Prinzipien der Kontextverflechtung	141

D. Blick zurück und nach vorne.....	144
I. Illustrationen.....	145
II. Die Rationalität rechtsvergleichenden Argumentierens.....	150
III. Das Problem des Ethnozentrismus	152
<i>Teil 3: Strukturen der Methode</i>	155
A. Grenzüberschreitung	157
B. Strukturen einer Methode der Rechtsvergleichung.....	158
I. Funktionale Methode.....	158
II. Die Kritik	160
III. Methodentheorie nach dem <i>cultural turn</i>	161
C. Methodenstruktur der rechtsvergleichenden Argumentation.....	164
I. Pragmatologie der Vergleichung	165
1. Rechtskontextvergleichung als paradoxe Spiegelung	165
2. Pragmatistische oder hermeneutische Verknappung?.....	167
II. Strukturen der Vergleichung	172
1. Grundriss der Vergleichungsstruktur.....	173
2. Dialogische Rechtsvergleichung	174
a) Kleine rechtsvergleichende Argumentationsvorhaben.....	175
b) Die RichterIn und ihr Argumentationsvorhaben	177
3. Trialogische Rechtsvergleichung.....	178
a) Instanzen	179
b) Diskussion	181
III. Wann beginnt Vergleichung?	184
D. Schluss	188
Literatur	191
Namenregister.....	201

Einleitung

Das Problem der rechtsvergleichenden Argumentation

A. Beispiele aus der Praxis

Praktische Beispiele in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, an die sich eine theoretische Untersuchung der rechtsvergleichenden Argumentation anschließen lässt, gibt es unzählige. Nachstehend werden zwei Berichte über eine rechtsvergleichende Argumentation in der Gerichtspraxis des *Civil* und *Common law* zitiert. Die Beispiele schildern also je eine gerichtliche Entscheidung aus der Perspektive der Wissenschaft, womit in ihnen sowohl die Gerichte wie die Lehre zu Wort kommen.

Das erste Beispiel stammt aus dem *Civil law*. In einem Aufsatz mit dem Titel »Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts« heißt es: »Schon mit dem zweiten Entscheid, einem Urteil der ersten Zivilabteilung vom 16. Mai 2003 (BGE 129 III 535), stossen wir auf einen Entscheid, der nachgerade als typisch dafür bezeichnet werden kann, wie selbstverständlich das Bundesgericht in seiner Arbeit rechtsvergleichend tätig wird. In dem Fall geht es um die gerichtliche Überprüfung eines Schiedsgutachtens. Gleich zu Beginn der Erwägungen ... geht es um den Begriff des Schiedsgutachtens. Hier gibt das Bundesgericht seine Definition und zitiert als Beleg hierfür zunächst zwei eigene Entscheide und als dritten Beleg den Kommentar von *Stein/Jonas/Schlosser* zur deutschen Zivilprozessordnung.«¹

Im zweiten Beispiel berichtet ein Autor über eine Gerichtsentscheidung aus dem *Common law*. In *Greatorex v. Greatorex* musste ein englisches Gericht die Frage klären, ob das Opfer von selbstverschuldeten Verletzungen verpflichtet sei, Dritten keine psychischen Schäden zuzufügen. Für diese Frage setzte sich der englische Richter insbesondere mit einem deutschen Urteil auseinander. Dazu vernimmt man Folgendes: Der Richter, Cazalet J, hatte »in seinem Urteil anerkannt, dass es keine bindenden Präzedenzfälle hinsichtlich der Frage der Sorgfaltspflicht gibt. Zur Orientierung wurde er daher unter anderem auf deutsches Recht verwiesen und in seinem Ergebnis zweifellos durch ein BGH-Urteil vom 11. Mai 1971 beeinflusst«, das eine entsprechende Sorgfaltspflicht abgelehnt hatte: »Nach Ansicht des Bundesgerichtshofes würde die Aufbürdung einer solchen Rechtspflicht das Recht des einzelnen zur freien Selbstbestimmung ... übermäßig einschränken ... Cazalet J folgte ganz ausdrücklich der Argumentation des BGH und bezeichnete das aus dem Selbstbestimmungsrecht des einzelnen abgeleitete Argument als »durchschlagend.«²

¹ G. Walter, Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts, 91.

² Markesinis, Rechtsvergleichung in Theorie und Praxis, 159 f.

An dieser Stelle geht es nicht darum, diese Beispiele inhaltlich noch weiter zu erläutern oder bereits methodisch zu hinterfragen. Von Interesse ist zunächst nur, dass beide Berichte ein bestimmtes argumentatives Vorgehen des Gerichts als ein rechtsvergleichendes bezeichnen. Das erste Beispiel spricht ausdrücklich von der »rechtsvergleichenden« Tätigkeit des Gerichts bei der Ausarbeitung seiner Entscheide und im Kontext des zweiten Beispiels ist über eine »rechtsvergleichende Methodenlehre« und die »juristische Argumentation« des Gerichts zu lesen.³ Das so beschriebene gerichtliche Vorgehen besteht in beiden Fällen darin, dass in einer Sachfrage zum eigenen, nationalen Recht eine ausländische Rechtsordnung herangezogen wird. Im ersten Fall belegt das Gericht eine Begriffsbestimmung mit dem Kommentar zu einem ausländischen Gesetz, im zweiten bezieht es sich für seine Argumentation auf das Urteil eines ausländischen Gerichts. Abstrahiert man nun von diesen Fällen, so lässt sich das beobachtete Phänomen wie folgt bündeln: Gerichte des *Civil* und *Common law* setzen in der Begründung ihrer Entscheide zum eigenen, nationalen Recht rechtliche Argumente ein, die sie aus einer anderen, fremden Rechtsordnung beziehen.

B. Gegenstand der Untersuchung

Das soeben formulierte Phänomen bezweckt keine bestimmte empirische oder theoretische Aussage. Es bildet lediglich einen hermeneutischen Ausgangspunkt, um den Gegenstand dieser Untersuchung näher zu bestimmen. Betrachten wir es deshalb erneut: Gerichte des *Civil* und *Common law* setzen in der Begründung ihrer Entscheide zum eigenen, nationalen Recht rechtliche Argumente ein, die sie aus einer anderen, fremden Rechtsordnung beziehen. – Man kann dieses Phänomen in sechs Elemente zergliedern: (1) Gerichte, (2) Entscheidbegründungen, (3) eigenes Recht, (4) rechtliche Argumente, (5) anderes Recht und (6) Bezüge. Die Elemente werden jetzt mit Blick auf den Untersuchungsgegenstand in leicht veränderter Reihenfolge kurz eingeführt.

Gerichte – Die vorliegende Untersuchung fokussiert auf die Gerichtspraxis.⁴ Sie konzentriert sich auf die Situation, in der eine Richterin sich überlegt, ihre Argumentation zu einer spezifischen Rechtsfrage des nationalen Rechts rechtsvergleichend abzustützen. In dieser Arbeit bezeichnet »rechtsvergleichende Argumentation« also den Schnittpunkt zwischen gerichtlicher

³ *Markesinis*, ebd., 154, 168.

⁴ Für eine umfassende und aktuelle empirische Untersuchung der rechtsvergleichenden Argumentation in der Gerichtspraxis siehe *Bobek*, *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, 75–227. Die Untersuchung deckt sechs europäische Rechtsordnungen ab: Deutschland, Frankreich, Tschechien, Slowakei, England und Wales.

Praxis und Rechtsvergleichung. Außer Betracht bleiben andere rechtsvergleichende Themengebiete wie das Verhältnis von Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte, Rechtssetzung oder Rechtsvereinheitlichung sowie Theorien zu den Rezeptionsvorgängen zwischen verschiedenen Rechtsordnungen (*legal transplants*).⁵ Auch wenn man innerhalb einzelner dieser Themengebiete ebenfalls von ›rechtsvergleichender Argumentation‹ sprechen möchte, beispielsweise in der Rechtssetzung oder Rechtsvereinheitlichung, bleibt der Fokus an dieser Stelle auf dem Zusammenspiel von Rechtsvergleichung und Rechtsprechung.

Entscheidbegründung – Das erläuterte Phänomen besteht darin, dass ein Gericht seine rechtlichen Argumente für die Entscheidbegründung teilweise aus einer anderen Rechtsordnung bezieht. Entscheidbegründung meint hier die Argumentation, die eine bestimmte rechtliche Schlussfolgerung trägt. Diese Argumentation braucht nicht notwendigerweise schriftlich zu erfolgen; sie kann auch im internen Gespräch eines Richterkollegiums enthalten sein. Damit ist zugleich gesagt, dass es für das vorliegend entworfene theoretische Konzept nicht darauf ankommt, ob rechtsvergleichende Argumente in einer schriftlichen Begründung zu einem Entscheid genannt sind. Das Konzept beschreibt das rechtsvergleichende Argumentieren somit ebenfalls vor französischen Gerichten, bei denen die veröffentlichten Entscheidungsgründe oft sehr knapp ausfallen.⁶

Rechtliche Argumente – Das beobachtete Phänomen verweist weiter auf rechtliche Argumente. Über den Begriff des Rechtsarguments wird noch viel zu sagen sein. An dieser Stelle ist zunächst bloß festzuhalten, dass für die theoretische Untersuchung auch die Argumentation mit rechtswissenschaftlichen Lehrbüchern, Kommentaren, Aufsätzen oder Präjudizien zu berücksichtigen ist, wie sie in den einleitenden Beispielen aufscheint: »Gleich zu Beginn der Erwägungen ... geht es um den *Begriff* des Schiedsgutachtens. Hier gibt das Bundesgericht seine Definition und zitiert als Beleg hierfür zunächst zwei eigene Entscheide und als dritten Beleg den Kommentar von *Stein/Jonas/Schlosser* zur deutschen Zivilprozessordnung«; beziehungsweise: »Cazalet J folgte ganz ausdrücklich der Argumentation des BGH und bezeichnete das aus dem Selbstbestimmungsrecht des einzelnen abgeleitete Argument als ›durchschlagend‹.«

⁵ Als Einführung in diese verschiedenen rechtsvergleichenden Themen siehe die Beiträge in *Reimann/Zimmermann* (Hg.): *The Oxford Handbook of Comparative Law* – für die Rechtsgeschichte James Gordley (Kapitel 23), für die Rechtssetzung Jan M. Smits (Kapitel 15), für die (europäische) Rechtsvereinheitlichung Reinhard Zimmermann (Kapitel 16) und bezüglich der Rezeptionsvorgänge Michele Graziadei (Kapitel 13).

⁶ Siehe dazu *Vogenaier*, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent*, Bd. I, 232 f.

Bezüge – Die rechtlichen Argumente, mit denen ein Gericht seinen Entscheid begründet, *bezieht* es nach dem beschriebenen Phänomen aus einer anderen Rechtsordnung. Um von einer *rechts-vergleichenden* Argumentation sprechen zu können, müssen solche Bezüge auf einem vergleichenden Vorgehen basieren. Von Methode und Begriff der Vergleichung wird ebenfalls noch eingehend die Rede sein. Hier genügt folgender präzisierender Hinweis: Die Untersuchung geht nicht davon aus, dass sich das Gericht ausschließlich selbst mit dem ausländischen Recht auseinandersetzt, wenn es rechtsvergleichend argumentiert. Es kann sich nicht nur direkt, sondern auch indirekt auf das andere Recht beziehen, indem es beispielsweise eine rechtsvergleichend argumentierende Monographie zum eigenen Recht konsultiert. Deshalb wird die vorliegende Untersuchung, obwohl sie auf die Gerichte fokussiert, gleichzeitig die rechtsvergleichende Argumentation im wissenschaftlichen Diskurs thematisieren.⁷

Anderes Recht – Was ist Recht? Und was ist anderes Recht? Mit beiden Fragen wird sich die folgende Arbeit ausführlich befassen. Zunächst reicht es aus, auf die folgenden zwei begrifflichen Erweiterungen hinzuweisen. Hinsichtlich des Rechtsbegriffs wird eine Erweiterung zu analysieren sein, die sich bereits mit den rechtlichen Argumenten ankündigte: Inwiefern lassen sich Präjudizien, Gesetzeskommentare (etc.) als Elemente des *Rechts* verstehen? Von der Antwort hängt ab, ob sich etwa das Urteil oder der Kommentar zu einer ausländischen Rechtsordnung überhaupt als ein *rechts-vergleichender* Bezugspunkt begreifen lässt, so wie es in den einleitenden Beispielen geschieht. Die zweite Erweiterung betrifft die Frage, was unter *anderem* Recht zu verstehen ist. Wenn in den folgenden Erläuterungen von anderem Recht gesprochen wird, bezieht sich das nicht nur auf fremde oder ausländische Rechtsordnungen im Sinne anderer nationalstaatlicher Rechte. Erfasst werden etwa auch internationale Modellregeln wie die *Principles of European Contract Law*. Darüber hinaus verhält sich das Element ›anderes Recht‹ komplementär zum ›eigenen Recht‹, das jetzt als letztes zu beschreiben ist.

Eigenes Recht – Seine vielleicht wichtigsten Präzisierungen erhält der Untersuchungsgegenstand schließlich über das Element des eigenen Rechts. Es dürfte bereits klar geworden sein, dass die vorliegende Untersuchung privatrechtlich fundiert ist. Das bedeutet zwar nicht, die von ihr entwickelte Theorie hätte zur rechtsvergleichenden Argumentation im Strafrecht oder öffentlichen Recht nichts zu sagen. Sie wird aber nicht auf Diskussionen und Besonderheiten eingehen, die für eine Theorie der rechtsvergleichenden Argumentation in diesen Gebieten zusätzlich zu beachten wären.

⁷ Für Beispiele zu einer rechtsvergleichend argumentierenden Wissenschaft siehe nur *Ranieri*, Die Rechtsvergleichung und das deutsche Zivilrecht im 20. Jahrhundert, 794 f.

Im Sinne einer weiteren Eingrenzung wird eigenes Recht zudem europäisch interpretiert. Die hier entwickelten rechtstheoretischen Konzepte gehen somit vom Modell eines europäischen Rechtsstaates des *Civil* oder *Common law* aus. Das verlangt allerdings, dass in sie nicht mehr theoretische Annahmen eingehen, als in diesem Modell *allgemein* vorausgesetzt werden kann. Die Untersuchung stützt sich deshalb auf rechtsstaatliche Strukturelemente wie Demokratieprinzip, Gewaltenteilung oder Normbindung durch Gesetz oder Präjudiz. Sie berücksichtigt aber keine *spezifischen* positivrechtlichen Ansatzpunkte in einzelnen nationalen Rechten wie den für die rechtsvergleichende Argumentation immer wieder genannten Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches.⁸ Auf solche »Transmissionspunkte«,⁹ über die rechtsvergleichende Argumente auf eine traditionell positivistische Art und Weise ins nationalstaatliche Recht einbezogen werden, will die Untersuchung bewusst verzichten.

Selbstverständlich wird es ohne positivrechtliche Ansatzpunkte schwieriger, rechtsvergleichende Argumente theoretisch zu begründen. Die Aufgabe soll indessen sogar noch strenger gefasst werden, indem das eigene Recht nicht nur ohne positivrechtliche, sondern auch ohne sachliche Ansatzpunkte definiert wird. Solche sachlichen Beziehungen ergeben sich beispielsweise dann, wenn nationales Recht ausländisches Recht rezipiert oder mit diesem vereinheitlicht oder harmonisiert wird.¹⁰ Wie bei den positivrechtlichen ist bei solchen sachlichen Ansatzpunkten das eigene Recht mit dem anderen Recht bereits in einer *spezifischen* Weise verbunden. Entsprechend wird hier nicht mehr nach einem *allgemeinen* oder prinzipiellen Zusammenhang zwischen den beiden gefragt. Da sich die vorliegende Untersuchung hingegen für die Tiefenstruktur der rechtsvergleichenden Argumentation interessiert, scheint es mir notwendig, ihre Fragestellung insoweit zu radikalisieren, als dass sie auf die sachlichen Bezugspunkte ebenfalls verzichtet. Dieser Verzicht bleibt allerdings strategisch, das heißt, er schließt nicht aus, dass die zu entwickelnde Theorie solche spezifischen Beziehungen gleichwohl miterklärt.

⁸ Anschließend an Art. 1 ZGB bereits *Zweigert*, Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode, 9 und zuletzt *Bobek*, Comparative Reasoning in European Supreme Courts, 234 f. Grundlegend zur Bedeutung der Rechtsvergleichung in Art. 1 ZGB *Meier-Hayoz*, Der Richter als Gesetzgeber, 197–200, 265–267 und weiterführend *Uyterhoeven*, Richterliche Rechtsfindung und Rechtsvergleichung.

⁹ Begriff von *Wendehorst*, Von Arbeit im Recht, am Recht und über Recht, 1408, mit Beispielen. Für weitere Beispiele zu solchen positivrechtlichen Ansatzpunkten siehe *Kramer*, Konvergenz und Internationalisierung der juristischen Methode, 82.

¹⁰ Siehe für die rechtsvergleichende Argumentation in diesen Fällen *H. P. Walter*, Das rechtsvergleichende Element.

Sind die positivrechtlichen und sachlichen Verbindungen zum anderen Recht gelöst, erscheinen somit als eigenes Recht nur jene Vorschriften des nationalen Privatrechts, bei denen kein Auslandsbezug herzustellen ist. Das eigene Recht erscheint so nach außen hin als geschlossenes System.¹¹ Diese Ausgangslage wurde in der Literatur als rechtsvergleichende Interpretation des »rein internen« oder »autonom-internen Rechts« beziehungsweise als »Rechtsvergleichung bei Vorschriften ohne Auslandsbezug« beschrieben;¹² im Gegensatz etwa zur Situation, in der aufgrund völkerrechtlicher Verträge das internationale UN-Kaufrecht (CISG) als Teil des nationalen Rechts anzuwenden ist oder zu dem Fall, in dem das internationale Privatrecht eines Staates auf ausländisches Recht verweist. Abkürzend werde ich die Situation, wie sie dem folgenden Text zugrunde liegt, als die rechtsvergleichende Argumentation bei rein nationalem oder schlicht eigenem Recht bezeichnen.

Motiv – In den wesentlichen Grundzügen dürfte damit geklärt sein, von welchem hermeneutischen Ausgangspunkt die vorliegende Arbeit startet, wenn sie rechtsvergleichendes Argumentieren ausgehend vom Phänomen erläutert, dass ein Gericht in der Entscheidungsbegründung zum eigenen Recht rechtliche Argumente einsetzt, für die es sich auf ein anderes Recht bezieht. Vor die Klammer dieses Phänomens ist jedoch noch eine wichtige Frage zu ziehen, die ebenfalls zum Gegenstand der Untersuchung gehört: Warum sollte man überhaupt rechtsvergleichend argumentieren? Zu klären ist somit das Motiv der rechtsvergleichenden Argumentation.

C. Zielsetzung der Arbeit

Mit dem Gegenstand der Untersuchung lässt sich jetzt ihre Zielsetzung festlegen. Was möchte die Arbeit erreichen? Es geht ihr um eine theoretische Untersuchung der rechtsvergleichenden Argumentation. In einem umfassenden theoretischen Entwurf versucht sie zu klären, wie das in der Gerichtspraxis immer wieder auftretende rechtsvergleichende Argumentieren bei rein nationalem Privatrecht verständlich gemacht werden kann. Dabei hat sich bereits angedeutet, dass dieser Entwurf sich für die Tiefenstruktur der rechtsvergleichenden Argumentation interessiert. Er will die *grundlegenden*

¹¹ Der Begriff System wird hier in einem undramatischen Sinn als das aus Teilen gefügte Ganze einer Rechtsordnung verstanden, ohne damit seine vielfältigen Verwendungen in Rechtswissenschaft und Justiz zu referenzieren (vgl. für diese *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 3–140).

¹² Für das erste Zitat *Aubin*, Die rechtsvergleichende Interpretation autonom-internen Rechts in der deutschen Rechtsprechung, 458 f.; für das zweite *Drobnig*, Rechtsvergleichung in der deutschen Rechtsprechung, 628.

Denkstrukturen konzeptualisieren, die das rechtsvergleichende Argumentieren anleiten.

Sein Ziel verfolgt der Entwurf *umfassend*. Der Gedanke eines umfassenden Entwurfs lässt sich aufgrund des Untersuchungsgegenstandes folgendermaßen verstehen. Will ein Gericht seine Entscheid rechtsvergleichend begründen, das bedeutet, für seine eigene rechtliche Argumentation vergleichend anderes Recht heranziehen, impliziert das die folgenden Grundfragen: Welches prinzipielle normative Verhältnis besteht zwischen eigenem und anderem Recht? Was ist das grundlegende Motiv und die Funktionsweise der rechtsvergleichenden Argumentation? Und schließlich: Wie ist rechtsvergleichendes Argumentieren methodisch zu gestalten, damit es praktisch gelingt? Im Zuge der Untersuchung dieser Grundfragen entsteht so Schritt für Schritt eine umfassende Theorie rechtsvergleichender Argumentation.

Gleichwohl bleibt diese Theorie ein *Entwurf*. Das bedeutet, sie kann auf Einzelheiten des rechtsvergleichenden Argumentierens nicht eingehen, wie beispielsweise seine Ausprägung innerhalb verschiedener privatrechtlicher Themengebiete (Personenrecht, Sachenrecht, Vertragsrecht etc.) oder innerhalb einzelner rechtlicher Argumentformen (Teleologie, Systematik, Grammatik etc.). Für solche Feinstrukturen wären weitere Studien notwendig. Der Entwurf bleibt also bei den grundlegenden Fragen und versucht, sie in einen Gesamtzusammenhang zu stellen. Das hat den entschiedenen Vorteil eines verhältnismäßig knappen Textes, der noch überschaubar bleibt, gleichwohl aber die grundsätzlichen Probleme anspricht.

Doch weshalb sollten grundlegende Denkstrukturen in einem überschaubaren theoretischen Konzept wichtig sein? Die Antwort gibt die übergeordnete Zielsetzung der Arbeit. Ihre Theorie versucht letztlich, Gerichte und Rechtswissenschaft in der Praxis der rechtsvergleichenden Argumentation zu orientieren. Sie folgt damit einem noch näher zu begründenden pragmatischen Theorieverständnis. Indem diese Arbeit sich mit dem grundlegenden gedanklichen Gehalt der Idee beschäftigt, rechtsvergleichend argumentieren zu wollen, möchte sie also eine Orientierung anbieten. Eine Orientierung, die in der Frage, ob und wie man rechtsvergleichend argumentieren sollte, einige gedankliche Wegweiser verfügbar macht und so eine bewusstere Praxis der rechtsvergleichenden Argumentation ermöglicht. Man kann deshalb die Zielsetzung auch noch einmal anders, diesmal in kantischen Worten angeben: *Orientierung im Denken*.¹³

¹³ *Kant*, Was heisst: sich im Denken orientieren?; siehe für das Pragmatikverständnis in dieser Arbeit Teil 2, bei Fn. 26.