

# Ancilla Iuris

Special Issue:  
Legal Scholarly Responses in Comparison

Prof. Dr. Ronen Reichman  
Dr. Britta Müller-Schauenburg (Guest Editors)

*Zur Methode des Rechtsvergleichs  
in der Rechtswissenschaft  
On the Methods for Comparative Law Research  
in Legal Studies*

Doris Forster\*  
Translated by Jacob Watson

*Abstract*

*Dieser Beitrag bildete einen Auftakt zum interdisziplinären Workshop von Judaisten, Islamwissenschaftlern und Kanonisten mit dem Titel „Responses der Rechtsgelehrsamkeit im Vergleich“. Er gibt einen Kurzüberblick über angewandte Methoden der Rechtsvergleichung und möchte dazu anregen, sich die Ziele der Rechtsvergleichung und der Methodenwahl nochmal bewusst zu machen.*

Angetrieben von Ideen der Internationalisierung und Rechtsharmonisierung wird es heute für selbstverständlich gehalten, sich unter jenen Zweckrichtungen mit Rechtsordnungen außerhalb der eigenen auseinanderzusetzen. Man kann natürlich sagen, dass ein Rechtsvergleich stets funktional erfolgt. Der Begriff der „funktionalen Rechtsvergleichung“ im Sinn der vorherrschenden Methode hat aber eine eigene Bedeutung: Recht reagiere auf gesellschaftliche Konflikte, Recht wird daher funktional verstanden und Rechtsinstitute seien eben deshalb vergleichbar, weil sie ähnliche Funktionen erfüllen. Diese herrschende Lehre liegt diesbezüglich auf dem Prüfstand.

## I.

ENTWICKLUNGEN ZUR  
RECHTSVERGLEICHUNG ALS DISZIPLIN

Soweit man der These folgt, dass das wissenschaftliche Interesse an der Erforschung und Vergleichung fremder Gesetze und Rechte erst ab dem 19. Jahrhundert auftrat, stellt sich die Frage, ob die Stagnation trotz oder womöglich wegen der Wurzel europäischer Rechtsordnungen im Römischen Recht bestand. Die verbreitete Annahme lautet, dass man unter römischen Juristen jedenfalls kein rechtsvergleichendes Interesse findet. Als Beleg ließe sich an Ciceros *De oratore* (I, 44, 197, dat. 91 v. Chr.) denken. Demzufolge würde ein Vergleich des römischen Rechts mit anderen Gesetzen bloß die „Lächerlichkeit“ Letzterer preisgeben.<sup>1</sup> Ohne Rechtsvergleich kommt diese Aussage aber natürlich auch nicht aus.

Auf Widerspruch trifft die staatstragende These der Unvergleichbarkeit Römischen Rechts Jahrhunderte später durch das Werk „*Collatio legum Mosaicorum et Romanarum*“. Es wird als älteste bekannte rechtsvergleichende Arbeit zitiert. Vor

\* Dr. Doris Forster ist Akademische Rätin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Antike Rechtsgeschichte, Römisches Recht und Neuere Privatrechtsgeschichte von Prof. Dr. Matthias Armgardt an der Universität Konstanz. Ihr mit dem Beitrag verwandtes Forschungsprojekt „The Legal History of Comparative Law“ wurde mit Mitteln des Zukunftskollegs der Universität Konstanz gefördert.

1 Leopold Wenger, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien 1953, 8.

*Abstract*

*This article served as the prelude to an interdisciplinary workshop for scholars of Judaism, Islam and Catholic canon law entitled “Legal scholarly responses in comparison”. It gives a short overview of the methods for comparative law research and aims to encourage awareness of the objectives of comparative law and the choice of methods.*

Driven by ideas of internationalization and legal harmonization, it is a matter of course today that a law’s intended purposes must be dealt with beyond their own legal systems. One can certainly state that comparative law is always carried out in a functional manner. The term “functional comparative law” in the sense of the prevailing method has its own meaning: It holds that laws respond to societal conflicts and are thus understood in functional terms, which enables comparison between legal institutions, because they would fulfill similar functions. This is the doctrine that is under scrutiny here.

## I.

DEVELOPMENTS OF COMPARATIVE LAW  
AS A DISCIPLINE

If one accepts the thesis that academic interest in researching and comparing foreign laws and rights first arose in the 19th century, it begs the question of whether the stagnation had occurred despite or perhaps because European legal orders are rooted in Roman law. The widespread assumption is that one finds no comparative law interest among Roman jurists. As evidence, one might think of Cicero’s *De oratore* (I, 44, 197, dat. 91 BCE), which proclaimed that any comparison of Roman law to other legal systems would only disclose the “ridiculousness” of the latter.<sup>1</sup> But without comparative law this statement is also meaningless.

The official thesis of incomparability of Roman law runs into some opposition in later centuries with the work “*Collatio legum Mosaicorum et Romanarum*”. It is cited as the oldest known comparative work. It is presumed that the text dates

\* Dr. Doris Forster is Assistant Professor for the Chair of Prof. Dr. Matthias Armgardt of Civil Law, Ancient Legal History, Roman Law and Modern Legal History at the University of Konstanz. Her research project „The Legal History of Comparative Law“ connected to this article is funded by the Zukunftskolleg of the University of Konstanz.

1 Leopold Wenger, *Die Quellen des römischen Rechts* (The Sources of Roman Law), Vienna (1953), 8.

dem Hintergrund der in der Forschung angenommenen Datierung des Textes auf das 4./5. Jahrhundert könnte es sich um ein spätes Zeugnis einer Relativierung antiker Dogmen handeln. Der unbekannte Autor verweist auf vorgefundene Gemeinsamkeiten von römischem Recht und dem vorausgehenden mosaïschen Recht, seine Ziele und Schlussfolgerungen bleiben letztlich offen.<sup>2</sup> Die Funktion dieses Rechtsvergleichs konnte von der Forschung soweit nicht eindeutig geklärt werden.

#### 1. „Droit comparé interne“ zum Ausgang des Mittelalters und Renaissance

Zum Ausgang des Mittelalters steht das römische Recht im Selbstverständnis der damaligen „Rechtsvergleichler“ noch nicht als Objekt einer fremden Rechtsordnung im Fokus. Man schaute lieber auf zu den Glossatoren und Kommentatoren und näherte sich ihren Worten bisweilen im Gestus des Umgangs mit autoritativen Texten. Die wenigen rechtsvergleichenden Arbeiten des 16. Jahrhunderts setzen sich so eher mit Gesetzen innerhalb ihres Staates, ihres Systems auseinander und verzichteten sozusagen auf ein „droit comparé externe“.<sup>3</sup>

#### 2. 17./18. Jahrhundert

Offen für die Erforschung fremder Rechtsordnungen zeigte man sich dann im Zuge der Strömungen des Naturrechts, wie es Francis Bacon oder Gottfried Wilhelm Leibniz im 17. Jahrhundert sahen. Universelles Recht sollte auch mittels Untersuchung sich ähnelnder Rechtsnormen erkannt und bestimmt werden können. In seinem Werk der *Nova Methodus* (1667) skizzierte Leibniz das ambitionierte Projekt einer umfassenden Darstellung des Rechts aller Völker (sog. „theatrum legale“).<sup>4</sup> Diesem in die Zukunft weisenden Auftrag konnte das bis dahin bspw. von Grotius erarbeitete rechtsvergleichende Material trotz seines erheblichen Umfangs nicht genügen.<sup>5</sup>

back to the 4th or 5th centuries and therefore it could be a late testimony of a relativization of ancient dogmas. The unknown author refers to similarities that can be found between Roman law and the preceding Mosaic law; its objectives and conclusions ultimately remain open.<sup>2</sup> The function of comparative law thus far has not been clearly verified by the research.

#### 1. “Droit comparé interne” toward the end of the Middle Ages and the Renaissance

Toward the end of the Middle Ages, Roman law for the “legal comparatist” back then would not yet have been seen as the object of a foreign legal order. Rather he would have revered the glossators and commentators and would have devoured their words in the gesture of dealing with authoritative texts. The few comparative works of the 16th century strove to look at laws within their own state, their own systems, and hence could be said to renounce any “droit comparé externe”.<sup>3</sup>

#### 2. 17th/18th century

An openness for researching foreign legal systems then showed itself in the course of the currents of natural law, such as with Francis Bacon or Gottfried Wilhelm Leibniz, in the 17th century. Universal rights were then supposed to be recognized and certified by means of investigating the similarities between different legal norms. In his work *Nova Methodus* (1667), Leibniz outlined an ambitious project of a comprehensive representation of the rights of all peoples (his “theatrum legale”).<sup>4</sup> This forward-looking mission had not been fulfilled by then, for instance, even by Grotius despite the considerable size of his comparative law material.<sup>5</sup>

2 Walther Hug, *The History of Comparative Law*, Harvard Law Review 6 (1932), 1026, 1033. Corcoran vermutet dass es sich um ein Werk eines christlichen Juristen um 390 n. Chr. handelt: *Simon Corcoran*, *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*, in: Bagnall (Hg.) 2013 – *The encyclopedia of ancient history*, 1648. Siehe auch mit weiteren Nachweisen in Fn. 13; A. A. Schiller, *Roman Law: Mechanisms of Development*, Den Haag 1978, 52–53.

3 Hug (Fn. 2), 1038 und 1044 mit Fn. 83.

4 *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae. Ex artis didacticae principii in parte generali praemissis, experientiaeque luce*: Autore G.G.L.L., Frankfurt, 1667, pars specialis, C 7, § 28, S.70–72). Hug (Fn. 2), 1046 Fn. 90; *Johannes Michael Rainer*, *Europäisches Privatrecht: Die Rechtsvergleichung*, 2. Aufl., Frankfurt am Main 2007, 40.

5 Ähnliche Ansätze bei Selden, Vico und Montesquieu: Hug (Fn. 2), 1047–1049.

2 Walther Hug, *The History of Comparative Law*, Harvard Law Review 6 (1932), 1026, 1033. Corcoran believed that it is the work of a Christian lawyer around 390 BC: *Simon Corcoran*, *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*, in: Bagnall (ed.) 2013 – *The encyclopedia of ancient history*, 1648. See also with further references in fn. 13; A. A. Schiller, *Roman Law: Mechanisms of Development* (1978), 52–53.

3 Hug (fn. 2), 1038 and 1044 with fn. 83.

4 *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae. Ex artis didacticae principii in parte generali praemissis, experientiaeque luce*: Author G.G.L.L., Frankfurt, 1667, pars specialis, C 7, § 28, S.70–72). Hug (fn. 2), 1046 fn. 90; *Johannes Michael Rainer*, *Europäisches Privatrecht: Die Rechtsvergleichung*, 2. edition (2007), 40.

5 Similar attempts were made by Selden, Vico and Montesquieu: Hug (fn. 2), 1047–1049.

### 3. Nationalstaatenbildung 19. Jahrhundert

Als regelrechte Disziplin setzte sich die Rechtsvergleichung in unserem Verständnis erst im 19. Jahrhundert zusammen. Befeuert durch die entstandenen nationalen Gesetzkodifikationen, etablierte sich in einer Weise die rechtsvergleichende Forschung neu. 1900 fand der erste „Weltkongress für Rechtsvergleichung“ in Paris statt. 1916 gründete Ernst Rabel (1874–1955) das Münchener „Institut für Rechtsvergleichung“, eine Dekade später, ab dem Jahr 1926, leitete er das „Kaiser Wilhelm Institut für ausländisches und internationales Privatrecht“ in Berlin, bis zu seiner Entlassung und Emigration als Folge unrechter nationaler Gesetzgebung.<sup>6</sup>

#### II.

#### GEGENSTÄNDE UND ZWECKE DER DISZIPLIN

Rechtsvergleichung entstand unter den genannten Bedingungen als Disziplin innerhalb der Zivilrechtswissenschaft und wurde in der Folge auf alle Bereiche des Rechts ausgeweitet, auf verschiedene Regelungszwecke und funktionale Kontexte wie zum Beispiel dem der Gesetzgebung und der Rechtsprechung.

##### 1. Nichts weiter als Erkenntniszuwachs?

Unter erkenntnisorientierter Forschung um ihrer selbst willen lässt sich auch der Vergleich subsumieren, der zum besseren Verständnis der eigenen Rechtsordnung beitragen möchte. Gleitend ist dabei der Übergang zur Konstruktion eigener Identität durch Verfremdung externen Rechts. Abhängig davon, wer sie betreibt, wird der Rechtsvergleich mitunter eingesetzt zur Selbstbestätigung, dem Aufzeigen von Handlungsalternativen oder als bloßer Beitrag zur Herstellung gesellschaftlicher Transparenz hinsichtlich als selbstverständlich vorausgesetzter Grundannahmen.<sup>7</sup>

##### 2. Zur Verbesserung der Gesetzgebung und Rechtsvereinheitlichung

Anschaubarer wird die Funktion von Rechtsvergleichung als Eingabe für Gesetzgebungsverfahren. Vor der gesetzlichen Neuregelung einer bestimmten Sachmaterie werden Lösungsvorschläge ande-

<sup>6</sup> Nach ihm ist auch die 1927 gegründete, führende Zeitschrift für Rechtsvergleichung benannt: *Filippo Ranieri*, Die Rechtsvergleichung und das deutsche Zivilrecht im 20. Jahrhundert: Eine wissenschaftshistorische Skizze, in: Mario Ascheri (Hrsg.), „Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert“, Festschrift für Knut Wolfgang Nörr, Köln 2003, 777, 783–784.

### 3. 19th century national state building

Comparative law finally came together as a true discipline the way we understand it today in the 19th century. Fueled by the legal codification of national law, comparative law research established itself anew after a fashion. In 1900, the first “World Congress of Comparative Law” took place in Paris. In 1916, Ernst Rabel (1874–1955) founded the Munich “*Institut für Rechtsvergleichung*” (“Institute for Comparative Law”), a decade later in 1926 he headed up the “*Kaiser Wilhelm Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*” (“Kaiser Wilhelm Institute for Foreign and International Private Law”) in Berlin, until his dismissal and emigration as the result of unjust national legislation.<sup>6</sup>

#### II.

#### OBJECTS AND PURPOSES OF THE DISCIPLINE

Comparative law was created under the above conditions as a discipline within civil law scholarship and was extended to all areas of the law as a result, to various regulatory purposes and functional contexts, such as legislation, for example, or case law.

##### 1. Nothing more than scientific accrual of knowledge?

In knowledge-oriented research for its own sake has also subsumed comparison, which consequentially is supposed to contribute to a better understanding of one’s own legal order. This goes hand in hand with the transition to constructing one’s own identity through the dissociation from external law. Depending on who is doing it, comparative law is used, among other things, for self-affirmation, exposing alternative courses of action or simply as a comparison to producing social transparency regarding prerequisite basic assumptions that otherwise get taken for granted.<sup>7</sup>

##### 2. To improve legislation and legal integration/harmonization

The function of comparative law as an input for legislative procedure is more vivid. Prior to initial statutory regulation of a certain matter, solution proposals in other jurisdictions are obtained, examined

<sup>6</sup> The leading journal of comparative law, founded in 1927, is named after him: *Filippo Ranieri*, Die Rechtsvergleichung und das deutsche Zivilrecht im 20. Jahrhundert: Eine wissenschaftshistorische Skizze, in: Mario Ascheri (ed.), *Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert*, Festschrift für Knut Wolfgang Nörr (2003), 777, 783–784.

rer Rechtsordnungen eingeholt, untersucht und miteinander verglichen, um den geeignetsten Regelungsvorschlag in die eigene Rechtsordnung zu implementieren.<sup>8</sup> *Watson* prägte dafür den Begriff des „*legal transplant*“.<sup>9</sup> Maßgeblich für die gesetzgeberische Wahl des zu rezipierenden Rechts sind meist historische, wirtschaftliche und politische Gründe.<sup>10</sup> Die Erkenntnisse der rechtsvergleichenden Forschung treten ihnen gegenüber in den Hintergrund.

Auf der Ebene der Gesetzgebung gibt außerdem der Wunsch nach Rechtsvereinheitlichung Anlass zur Rechtsvergleichung, bspw. innerhalb der EU nicht zuletzt anlässlich des europäischen Binnenmarkts.<sup>11</sup> Um gemeinsame Lösung für die unterschiedlichen Nationalstaaten zu finden, gilt es, die jeweiligen Ansätze der Mitgliedsstaaten zu erfassen und ihre Gemeinsamkeiten und Unterschiede aufzuzeigen. Darauf aufbauend soll ein europäischer Konsens erkennbar werden.<sup>12</sup>

7 „Die primäre Funktion der Rechtsvergleichung ist – wie die aller wissenschaftlichen Methoden – Erkenntnis.“: *Konrad Zweigert/Hein Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Aufl., Tübingen 1996, 14. So auch schon Rabel: *Ernst Rabel*, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, in: Ernst Rabel, Hans G. Leser (Hrsg.), Arbeiten zur Rechtsvergleichung und zur Rechtsvereinheitlichung 1919–1954. Mit einem Verzeichnis der Schriften Ernst Rabels, Tübingen 1967, 1 ff, 6. Aktuell ebenso: *Uwe Kischel*, Rechtsvergleichung, München 2015, 47–48 („Fehlende Rechtfertigungsbedürftigkeit der Rechtsvergleichung“); *Carl-David von Busse*, Die Methoden der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als richterliches Instrument der Interpretation von nationalem Recht, 1. Aufl., Baden-Baden 2015, 32 ff.

8 *Sjef van Erp*, Comparative Law in Practice: The Process of Law Reform, in: Esin Öricü, David Nelken (Hrsg.), Comparative law: A handbook, Oxford 2007, 399, 401–407; *Kischel* (Fn. 7), 60.

Als Beispiele für diese Art der Rechtsrezeption seien für die jüngste Vergangenheit Estland als auch China genannt. Die Rechtsordnungen v.a. Frankreichs, Deutschlands und der USA traten dabei in Konkurrenz. Estland rezipierte in der Folge u.a. große Teile des BGBs, des Schweizer Zivilgesetzbuchs, als auch Teile des niederländischen Zivilrechts: *Paul Varul*, The New Estonian Civil Code, in: Helmut Heiss (Hrsg.), Zivilrechtsreform im Baltikum, [Tagungsband der Konferenz], Tübingen 2006, 51, 51–52. Zusammenfassend zum Einfluss westlichen Rechts in der Rechtsgeschichte Chinas: *P. C. Huang*, Chinese Civil Justice, Past and Present, 2010, xii. Zum Vergleich westlichen und chinesischen Rechts: *P. C. Huang*, Code, Custom, and Legal Practice in China: The Qing and the Republic Compared, 2001. *Kischel* nennt als weitere Beispiele die Übernahme des Schweizer ZGB in der Türkei 1926 und rechtsvergleichende Vorarbeiten im Rahmen der deutschen Schuldrechtsreform von 2002 (57–58).

9 *Alan Watson*, Legal transplants: An approach to comparative law, 2. Aufl., Athens, 1993.

10 *Kischel* (Fn. 7), 62; *Jaana Sootak/Marju Luts*, Rechtsreform in Estland als Rezeptions- und Bildungsaufgabe, Juristenzeitung (JZ) 8/1998, 401, 403: Beide halten wirtschaftliche und politische Aspekte für die Wahl des zu rezipierenden Rechts als maßgeblich. Die Schwierigkeiten bei der praktischen Anwendung der rezipierten, fremden Gesetze (nach *Kischel*, 65) sog. „Transformation“ bzw. „faktische Rezeption“ durch die estnische Richterschaft beschreiben *Sootak/Luts*, 403.

11 Siehe zur EU *van Gestel/Micklitz*, die bei der rechtsvergleichenden Methode im Rahmen der EU-Gesetzgebung einen Trend weg von der Inspirations- und Bewertungsquelle hin zu einem Rechtfertigungsmittel für bereits bestehende politische Zielpläne erkennen. Sehr deutlich auf S. 317: „The 2000 Lisbon agenda was the start of a wider trend towards instrumentalisation of scholarly legal research to serve economic and political purposes.“ Ebenso kritisch zur Arbeit am „academic“ Draft Common Frame of Reference für ein einheitliches europäisches Zivilgesetzbuch (im Gegensatz zum „political“ Draft Common Frame of Reference) dessen Umsetzung am politischen Willen scheitern sollte (314–316): *Rob van Gestel, Hans-W Micklitz*, Comparative Law and EU Legislation: Inspiration, Evaluation or Justification? in: Maurice Adams, Dirk Heirbaut (Hrsg.), The method and culture of comparative law, Essays in honour of Mark Van Hoecke, Oxford 2014, 301.

12 *Rainer* (Fn. 4), 80–83; *Zweigert/Kötz* (Fn. 7), 23–24.

and compared with each other in order to implement the most appropriate proposal into one’s own domestic law.<sup>8</sup> *Watson* coined the term “legal transplant” to describe this.<sup>9</sup> The legislative choice of a law to be adopted mostly boils down to historical, economic, and political reasons.<sup>10</sup> So knowledge gained through the comparative research in the end usually recedes into the background.

Furthermore, there exists a desire for integration/harmonization at the level of legislation within the EU, which itself calls for comparative law – not least occasioned by the EU internal marketplace.<sup>11</sup> In order to find common solutions for the various national states, the individual approaches of Member States need to be collected and examined for similarities and differences. On this basis, a European consensus ought to become recognizable.<sup>12</sup>

7 “The primary function of comparative law – like all scientific methods – is knowledge”: *Konrad Zweigert/Hein Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. edition (1996), 14. Thus already stated by *Rabel: Ernst Rabel*, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung (Task and Necessity of Comparative Law), in: Ernst Rabel & Hans G. Leser (eds.), Arbeiten zur Rechtsvergleichung und zur Rechtsvereinheitlichung (Works on Comparative Law and Legal Harmonization) 1919–1954, with an inventory of Ernst Rabel’s writings (1967), 1 ff, 6. For a contemporary view: *Uwe Kischel*, Rechtsvergleichung (Comparative Law) (2015), 47–48 (“Fehlende Rechtfertigungsbedürftigkeit der Rechtsvergleichung” [Lacking means of justification for comparative law]); *Carl-David von Busse*, Die Methoden der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als richterliches Instrument der Interpretation von nationalem Recht (The Methods of Comparative Law in Public Law as a Judicial Instrument for Interpretation of National Law), 1st ed. (2015), 32 ff.

8 *Sjef van Erp*, Comparative Law in Practice: The Process of Law Reform, in: Esin Öricü & David Nelken (eds.), Comparative law: A handbook (2007), 399, 401–407; *Kischel* (fn. 7), 60.

Recent examples of this type of law reception were Estonia as well as China. The legal systems of especially France, Germany and the United States were in competition. Estonia adopted subsequently large parts of the German and Swiss civil codes, as well as components of Dutch civil law: *Paul Varul*, The New Estonian Civil Code, in: Helmut Heiss (ed.), Zivilrechtsreform im Baltikum, Tagungsband der Konferenz (Civil law reform in the Baltic states, Conference Volume) (2006), 51, 51–52. Summing up the influence of Western law in China’s legal history: *P. C. Huang*, Chinese Civil Justice, Past and Present (2010), xii. For a comparison of Western and Chinese law: *P. C. Huang*, Code, Custom, and Legal Practice in China: The Qing and the Republic Compared (2001). *Kischel* cites as examples the adoption of the Swiss civil code by Turkey in 1926 and comparative law work in the 2002 reform of German obligations law (57–58).

9 *Alan Watson*, Legal transplants: An approach to comparative law, 2nd ed. (1993).

10 *Kischel* (fn. 7), 62; *Jaana Sootak/Marju Luts*, Rechtsreform in Estland als Rezeptions- und Bildungsaufgabe (Legal reform in Estonia as a task of reception and development), Juristenzeitung (JZ) 8 (1998), 401, 403: Both held that the economic and political aspects were what was important in terms of the law finally adopted. The difficulties in the practical application of the foreign law adoption (*Kischel* called this “transformation” or “de facto reception”, 65) by the Estonian judiciary is described by *Sootak/Luts*, 403.

11 On the EU see *van Gestel/Micklitz*, who see a clear trend in comparative law methods in the context of EU legislation, one that is moving away from a source of inspiration and evaluation to a means of justifying existing political goals. Very clearly on page p. 317: “the 2000 Lisbon agenda was the start of a wider trend towards instrumentalisation of scholarly legal research to serve economic and political purposes.“ Just as critically toward the “academic” Draft Common Frame of Reference for a unified European civil code (in opposition to the “political” Draft Common Frame of Reference) whose implementation apparently lacked in political will (314–316): *Rob van Gestel, Hans-W Micklitz*, Comparative Law and EU Legislation: Inspiration, Evaluation or Justification?, in: Maurice Adams & Dirk Heirbaut (eds.), The method and culture of comparative law, Essays in honour of Mark Van Hoecke (2014), 301.

12 *Rainer* (fn. 4), 80–83; *Zweigert, Kötz* (fn. 7), 23–24.

### 3. Rechtsvergleichende Gesetzesauslegung

Neben der Legislative geht auch die Judikative im Rahmen der Gesetzesauslegung rechtsvergleichend vor.<sup>13</sup> So finden sich höchstrichterliche Urteile im Zivil<sup>14</sup>-, Straf<sup>15</sup> und auch im öffentlichen Recht, in denen der Richter/die Richterin zur Begründung ihrer Gesetzesauslegung auf eine ausländische Rechtsordnung verweist.

Die Bestimmung der nationalen Rechtslage erfolgt dann in Abgrenzung zur fremden Rechtsordnung. Es wäre zu erwarten, dass Differenzen mehr zur Sprache kommen. Allerdings zeigen die Ergebnisse der Rechtsprechungspraxis, dass die länderübergreifende Vergleichsbetrachtung meist zur Begründung übereinstimmender Ergebnisse herangezogen wird. Die Wertung der fremden Rechtsordnung wird – so der erzeugte Eindruck – beinahe analog übernommen.<sup>16</sup>

Diese Methode zur (ergänzenden) Auslegung nationaler Gesetzgebung ist nicht unumstritten, werde doch die Souveränität des nationalen Gesetzgebers unterlaufen, wenn die Auslegung seiner Gesetze in Relation zu denen eines anderen, unabhängigen Souveräns gesetzt wird.<sup>17</sup> Insofern ist diese Auslegungsmethode meist nur bei Rechtsgebieten anerkannt, deren Gesetze mit denen der externen Rechtsordnungen verbunden sind, bspw. EU-Richtlinien umsetzendes nationales Recht mit

### 3. Comparative law interpretation

In addition to the legislature, the judiciary also proceeds comparatively in the context of interpreting the law.<sup>13</sup> Hence, we find high court rulings in civil,<sup>14</sup> criminal<sup>15</sup> and public law as well in which the judge has made reference to foreign legal systems in support of their interpretation of the law.

The determination of the national legal situation is made in contrast to the foreign legal system. One would suppose that the differences mostly come to the fore. The results of judicial practice, however, reveal that cross-border comparative consideration comes into play in order to establish concordance among outcomes. The valuation of the foreign legal system – as the generated impression reveals – are adopted in an almost analogue fashion.<sup>16</sup>

This method for (supplementary) interpretation of national legislation is not without controversy, along the lines: the sovereignty of the national legislature is undermined through the interpretation of its laws in relation to another separate and independent sovereign.<sup>17</sup> In this respect this interpretation method usually gets applied only in areas of law with connections to external laws, e.g., EU guidelines to define national law with reference to the

13 BVerfGE 3, 225 Rn 46: „Im übrigen haben die Gerichte sich der erprobten Hilfsmittel, nämlich der Interpretation und Lückenfüllung, unter Verwertung auch der rechtsvergleichenden Methode bedient.“

14 Für das Zivilrecht s. BGH NJW-Spezial 2016, 578–579 (BGH, Urteil vom 11. März 2016 – V ZR 208/15).

15 Für die Schweiz: *Daniela Demko*, Die judikative Strafrechtsvergleichung auf nationaler und internationaler Ebene. in: Jörg Schmid (Hrsg.), Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung: Praxis, Legitimität und Methodik, Referate und Diskussionen der Tagung vom 12. September 2013 in Luzern, Zürich 2014, 143–171.

16 *Von Busse* beschreibt die „Methode“ der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als ein „richterliches Instrument zur Auslegung und Lückenfüllung“, sieht daneben auch die Funktion der „Rechtsangleichung“. *von Busse* (Fn. 7), 94–279 und weist schließlich auf die Gefahren der Rechtsvergleichung hin: Opportunistischer Gebrauch und Willkür (537–550). Das französische Verfassungsgericht nimmt keinen ausdrücklichen Bezug auf fremde Rechtsprechung: *Maria Daniela Poli*, Der horizontale Dialog zwischen Verfassungsgerichten bzw. Rechtsvergleichung in den Verfassungsgerichtssälen, in: Roland Brömel, Paul Krell, Olaf Muthorst, Jens Prütting (Hrsg.), Tagung junger Prozessrechtswissenschaftler, Tübingen 2017, 43, 52. Das Schweizer Bundesgericht verwendet am häufigsten diese Methode in Europa; in den osteuropäischen Staaten entsteht seit neuestem die Diskussion dazu; kritisch auch der US-Supreme Court (ausdrücklich ablehnend Scalia): *Thomas Kadner Graziano*, Ist justizielle Rechtsvergleichung legitim? in: Jörg Schmid (Hrsg.), Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung: Praxis, Legitimität und Methodik; Referate und Diskussionen der Tagung vom 12. September 2013 in Luzern, Zürich 2014, 11, 13 und 15.

17 Bekanntester Gegner der rechtsvergleichenden Methode in der Rechtsprechung ist der verstorbene Richter Scalia des US-Supreme Courts. Zu seiner Kritik der Willkür und der „Scheinlegitimation“ eines anderweitig gefundenen Ergebnisses durch den Rechtsvergleich s. Zusammenfassung bei: *Kadner Graziano* (Fn. 16), 15; vgl. die Case-Study Legrands, der die Ablehnung der rechtsvergleichenden Methode politisch einordnet: *Pierre Legrand*, Law’s translation, imperial predilections and the endurance of the self, *The Translator* 3 (2014), 290, 301–305.

13 German Federal Constitutional Court 3, 225 recital 46: “In addition the courts have used proven tools, namely interpreting and filling in gaps, through comparative law.”

14 For civil law see BGH NJW-Spezial 2016, 578–579 (BGH, judgment of March 11, 2016 – V ZR 208/15).

15 For Switzerland: *Daniela Demko*, Die judikative Strafrechtsvergleichung auf nationaler und internationaler Ebene (Judicial criminal law comparison at national and international levels), in: Jörg Schmid (ed.), Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung: Praxis, Legitimität und Methodik (Comparative law in case law, practice, legitimacy and methods), lectures and discussions from a 12 September 2013 conference in Lucerne (2014), 143–171.

16 *von Busse* describes the “methods” of comparative public law as a “judicial instrument for interpretation and gap filling”, see also the function of “legislative alignment”: *von Busse* (fn. 7), 94–279; and finally, points out the dangers of comparative of law: Opportunistischer Gebrauch und Willkür (Opportunistic use and arbitrariness) (537–550). The French Constitutional Court makes no explicit reference to foreign case law: *Maria Daniela Poli*, Der horizontale Dialog zwischen Verfassungsgerichten bzw. Rechtsvergleichung in den Verfassungsgerichtssälen (The horizontal dialogue between the constitutional courts or comparative law in the Constitutional Court), in: Roland Brömel & Paul Krell & Olaf Muthorst & Jens Prütting (eds.) Meeting of young process law scholars (2017), 43, 52. The Swiss Federal Supreme Court is most frequent to use this method in Europe; the discussion is brand new in the Eastern European states; also critical of the U.S. Supreme Court (specifically dismissive Scalia): *Thomas Kadner Graziano*, Ist justizielle Rechtsvergleichung legitim? (Is judicial comparative law legitimate?), in: Jörg Schmid (ed.), Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung: Praxis, Legitimität und Methodik (Comparative law in case law: practice, legitimacy and methods), lectures and discussions from a 12 September 2013 conference in Lucerne (2014), 11, 13 and 15.

17 One prominent opponent of the comparative method in case law was the late Justice Scalia of the U.S. Supreme Court. On his criticism of the arbitrariness and the “sham legitimacy” of a result otherwise arrived at comparatively see summary: *Kadner Graziano* (fn. 16), 15; see the case study of Legrand, who places rejection of comparative law methods clearly in the politically motivated category: *Pierre Legrand*, Law’s translation, imperial predilections and the endurance of the self, *The Translator* 3 (2014), 290–312, 301–305.

dem anderer Mitgliedsstaaten.<sup>18</sup> Häberle anerkennt diese „fünfte Art der Auslegung“ auch für das Verfassungsrecht, da die westlichen Verfassungen wertungsmäßig miteinander verwoben sind.<sup>19</sup> Bestes Beispiel für diese Methode gibt der europäische Gerichtshof für Menschenrechte. Neben der EMRK bietet der Grundrechtsstandard der Mitgliedsstaaten eine Rechtsquelle. Um diesen zu ermitteln, wird rechtsvergleichend der „lebendige Konsens“ erfasst.<sup>20</sup>

Somit findet sich von der Gesetzgebung, über Rechtsprechung, bis zur Rechtswissenschaft ein breites Anwendungsfeld für die sogenannte Rechtsvergleichung.

### III. METHODEN DER RECHTSVERGLEICHUNG

#### 1. Funktionale Rechtsvergleichung

Methodisch lässt sich ein Vergleich in drei Arbeitsschritten darstellen, angelehnt an die funktionale Methode von Zweigert/Kötz.<sup>21</sup>

Ausgehend davon, dass in jeder Gesellschaft dieselben sozialen Konflikte bestehen, wird ein solcher als das „tertium comparationis“ fokussiert. Die funktionale Rechtsvergleichung fragt danach, wie die fremde Rechtsordnung dieses Problem regelt. Dieser Vergleich erfolgt dabei losgelöst von nationalen Systembegriffen. Z. B. beobachtet er nicht Formerfordernisse eines Kaufvertrags, sondern untersucht, auf welche Weise eine Vertragspartei vor übereilten Vertragsschlüssen geschützt wird.<sup>22</sup>

18 Für die rechtsvergleichende Methode im Rahmen der Rechtsprechung des EuGH: *Koen Lenaerts/Kathleen Gutman*, The Comparative Law Method and the Court of Justice of the European Union, Interlocking Legal Orders Revisited, in: Mads Tønnesson Andenæs, Duncan Fairgrieve (Hrsg.), *Courts and comparative law*, Oxford 2015, 141–176.

19 *Peter Häberle*, Grundrechtsgestaltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat. Zugleich zur Rechtsvergleichung als „fünfter“ Auslegungsmethode, *Juristenzeitung (JZ)* (1989), 913, 916 ff.

20 *Tomasz Milej*, Entwicklung des Völkerrechts durch internationale Gerichte und Sachverständigengremien, Berlin [u.a.], 2014, 645; *Paul Mahoney/Rachael Kondak*, Common Ground: A Starting Point or Destination for Comparative-Law Analysis by the European Court of Human Rights?, in: Mads Tønnesson Andenæs, Duncan Fairgrieve (Hrsg.), *Courts and comparative law*, Oxford 2015, 119, 125–136.

21 *Zweigert/Kötz* (Fn. 7), 31–46. In dem über 700 Seiten starken Werk nimmt § 3 „Methode der Rechtsvergleichung“ mit 15 Seiten einen nur sehr geringen Teil ein. Die Autoren sind sich dabei wohl bewusst, dass ihre Ausführungen nicht abschließend sind, bezweifeln aber auch, dass sich für die Rechtsvergleichung eine logisch ableitbare, geschlossene Methodenlehre aufstellen lässt (32). *Piek* bezeichnet bereits Rabel als den Vater der funktionalen Methode: *Sarah Piek*, Die Kritik an der funktionalen Rechtsvergleichung, *ZEuP Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2013, 60–87, 60f.

22 *Zweigert/Kötz* (Fn. 7), 33.

other Member States.<sup>18</sup> Häberle recognizes this “fifth kind of interpretation” for constitutional law, because the Western constitutions are intertwined in terms of their valuations.<sup>19</sup> The best example for these methods is the European Court of Human Rights. In addition to the ECHR, the fundamental rights standard under Community law offers another source. Comparative law conveys this as “lively consensus”.<sup>20</sup>

Thus, from legislation via case law to legal studies, comparative law is broadly applied.

### III. COMPARATIVE LAW METHODS

#### 1. Functional comparative law

Comparison as a methodology can be broken down into three steps, according to the functional method proposed by Zweigert/Kötz.<sup>21</sup>

Assuming that the same social conflicts exist in every society, there is a focus on a *tertium comparationis* as such. Functional comparative law asks how a foreign legal order deals with this problem. The comparison is thereby detached from national system terms. For example, it does not observe the formal requirements of a sales contract, but instead examines how a party is protected against too hasty conclusions of contracts.<sup>22</sup>

18 For the comparative method in the context of the case law of the European Court of Justice: *Koen Lenaerts/Kathleen Gutman*, The Comparative Law Method and the Court of Justice of the European Union, Interlocking Legal Orders Revisited, in: Mads Tønnesson Andenæs & Duncan Fairgrieve (eds.), *Courts and comparative law* (2015), 141–176.

19 *Peter Häberle*, Grundrechtsgestaltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat. Zugleich zur Rechtsvergleichung als “fünfter” Auslegungsmethode (Designing basic law and basic law interpretation in the constitutional state. Simultaneously on comparative law as “fifth” interpretive method), *Juristenzeitung (JZ)* (1989), 913, 916 ff.

20 *Tomasz Milej*, Entwicklung des Völkerrechts durch internationale Gerichte und Sachverständigengremien (Development of domestic law through international courts and expert committees) (2014), 645; *Paul Mahoney/Rachael Kondak*, Common Ground: A Starting Point or Destination for Comparative-Law Analysis by the European Court of Human Rights?, in: Mads Tønnesson Andenæs & Duncan Fairgrieve (eds.), *Courts and comparative law* (2015), 125–136.

21 *Zweigert/Kötz* (fn. 7), 31–46. In their over 700-page work, section 3 “Methode der Rechtsvergleichung” (Methods of comparative law) represents a very small section with its 15 pages. The authors are well aware that their instructions are in no way exhaustive, however, they also doubt that a logically derived, closed methodology can be set up for comparative law (32). *Piek* already deems Rabel to be the father of functional methods: *Sarah Piek*, Die Kritik an der funktionalen Rechtsvergleichung, *ZEuP Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (2013), 60–87, 60f.

22 *Zweigert/Kötz* (fn. 7), 33.

Durch diese Vorgehensweise soll vermieden werden, dass nur solche Regelungsbereiche der fremden Rechtsordnung einbezogen werden, die dem Rechtsvergleicher aus seiner eigenen Rechtsordnung bekannt sind.

Nach Formulierung der Vergleichsfrage wird im nächsten Arbeitsschritt die jeweilige nationale Rechtslage dargestellt.<sup>23</sup> Dieser sog. „Länderbericht“ ist eine Form von Auslandsrechtskunde,<sup>24</sup> die für den allein national ausgebildeten Juristen eine gewisse Herausforderung darstellt, nicht nur hinsichtlich Fremdsprachenkenntnisse und Quellenrecherche. Auch die Kenntnis des fremden Rechtssystems in seinen Zusammenhängen wäre dabei unabhömmlich. Welche Länder miteinander verglichen werden, hängt vom Ziel der Rechtsvergleichung ab.<sup>25</sup>

Im nächsten Schritt werden die Gemeinsamkeiten und Unterschiede der rechtlichen Lösung vergleichend analysiert. Dies hat nach Zweigert/Kötz den Vorteil, dass die einzelne Lösung nicht mehr nur vor dem Hintergrund der eigenen Rechtsordnung gesehen wird, sondern vor dem unterschiedlicher nationaler Lösungen.<sup>26</sup>

Im Anschluss sollen die aufgefundenen Unterschiede der Rechtsregelungen durch Heranziehung historischer, sozialer, politischer oder wirtschaftlicher Gründe gedeutet werden. Die eigentliche Wertung schließt sich daran an. Zweigert/Kötz ziehen dazu die Kriterien der „Zweckmäßigkeit“ und „Gerechtigkeitsgesichtspunkte“ heran. Rabel meinte noch hingegen, die Bewertung als „andersartige Tätigkeit“ ausschließen zu können.<sup>27</sup>

Ein Hauptkritikpunkt an der funktionalen Methode ist die Schwierigkeit, gar Unmöglichkeit, die Funktionen des Rechts innerhalb einer Gesellschaft mit Hilfe des gegebenen Instrumentariums

23 Zweigert/Kötz (Fn. 7), 42. Zu den Nachteilen bei rechtsvergleichenden Untersuchungen mittels Länderberichte nationaler Juristen im europäischen Verwaltungsrecht: *Christoph Schönberger*, *Verwaltungsrechtsvergleichung: Eigenheiten, Methoden und Geschichte*, in: Armin von Bogdandy, Peter M. Huber (Hrsg.), *Verwaltungsrecht in Europa*, Wissenschaft, Heidelberg 2011, 493, 510.

24 Da diese Auslandsrechtskunde aus der Perspektive der nationalen Rechtskunde betrieben wird, stellt auch sie im Grunde einen Rechtsvergleich dar. Über den Wert dieser Art der Rechtsvergleichung, i.e. die Darstellung des fremden Rechts aus der eigenen Perspektive, für das Verwaltungsrecht: *Schönberger* (Fn. 23), 510–512. Ebenso: *Teemu Ruskola*, *Legal orientalism: China, the United States, and modern law*, Cambridge 2013, 34–35. *Zweigert/Kötz* verlangen hingegen eine schlichte Darstellung, „ohne kritische Wertung“, damit der Leser später den Vergleichsvorgang nachvollziehen kann (42).

25 *Zweigert/Kötz* empfehlen eine „weise Beschränkung“ und halten es mitunter für ausreichend, sich auf die „präsumptiven Mutterordnungen“ zu beschränken (40). Globale Betrachtung bei: *H. Patrick Glenn*, *Legal traditions of the world: Sustainable diversity in law*, 5. Aufl., Oxford 2014. Siehe die Auswahlkriterien bei *Rainer* (politische Nähe, kulturelle und wirtschaftliche Beziehungen, Abkömmlinge und Mutterordnungen, Herkunftsländer von Migranten, historische Beziehungen, mixed legal systems): *Rainer* (Fn. 4), 35–37.

26 *Zweigert/Kötz* (Fn. 7), 43.

27 Die Frage, ob rechtliche Bewertungen eine „legitime wissenschaftliche Aufgabe“ darstellen, wurde an dieser Stelle nicht abschließend beantwortet: *Zweigert/Kötz* (Fn. 7), 43, 46.

This approach aims at allowing the comparatist of legal systems to avoid only observing those regulatory areas of foreign legal orders with which they are familiar.

After the comparison question is formulated, the next step is to present the respective national legal position.<sup>23</sup> This “country report”, as it is known, is a form of foreign legal study,<sup>24</sup> which presents a certain challenge to legal scholars who are only trained in their national systems, and not only in terms of barriers erected by foreign languages and research sources. Knowledge of the foreign legal system in question and its interrelations and coherency is indispensable. Which countries get compared, depends on the aim of the legal comparison.<sup>25</sup>

The next step is to comparatively analyze similarities and differences in legal solutions. The advantage is that, according to Zweigert & Kötz, any single solution is no longer viewed simply against the backdrop of one’s own legal order, but rather against various different national solutions.<sup>26</sup>

The subsequent step is to evaluate the found difference in legal systems on an historical, social, political or economic basis. The final valuation is based upon this. Then Zweigert & Kötz apply the criteria of “usefulness” and “perspective of justice”. Rabel in contrast thought that the evaluation could be excluded as a “different activity”.<sup>27</sup>

A main point of criticism of the functional method is the difficulty, even impossibility, to determine the functions of law in a society with the help of the given instruments. Legal norms conceivably also

23 *Zweigert/Kötz* (fn. 7), 42. On the disadvantages of comparative studies using country reports of national lawyers in European administrative law: *Christoph Schönberger*, *Verwaltungsrechtsvergleichung: Eigenheiten, Methoden und Geschichte*, in: Armin von Bogdandy & Peter M. Huber (eds.), *Verwaltungsrecht in Europa: Wissenschaft* (2011), 510.

24 Because these foreign legal studies operate from the perspective of national jurisprudence, this itself represents a legal comparison. On the value of this kind of comparative law, i.e. the representation of the foreign law from a domestic perspective, regarding administrative law: *Schönberger* (fn. 23), 510–512 as well as: *Teemu Ruskola*, *Legal orientalism: China, the United States, and modern law* (2013), 34–35. *Zweigert/Kötz* require a simple representation, however, “without critical valuation” so that the reader can later reconstruct the comparative process (42).

25 *Zweigert /Kötz* recommend a “wise limitation” and find it sometimes sufficient draw the line at “presumptive systems of origin” (40). Global view at: *H. Patrick Glenn*, *Legal traditions of the world: Sustainable diversity in law*, 5. edition (2014). See the selection criteria for *Rainer* (political proximity, cultural and economic relations, descendant and origin systems, countries of origin of migrants, historical relationships, mixed legal systems): *Rainer* (fn. 4), 35–37.

26 *Zweigert/Kötz* (fn. 7), 43.

27 The question of whether legal review constitutes a “legitimate scientific task”, was not definitely answered at this point: *Zweigert/Kötz* (fn. 7), 43, 46.

zu bestimmen. Vorstellbar sind auch Rechtsnormen, die keinerlei erkennbare Wirkung entfalten, denen nur Symbolkraft zukommt.<sup>28</sup> Soweit relative Zwecke des Gesetzes untersucht werden, besteht die Gefahr, eigene Prämissen über fremdes Recht zu stützen. Der auf diese Weise vorgehende Rechtsvergleicher würde seine Ziele auf andere Rechtsordnungen übertragen oder sich zum Interpretieren absoluter Zwecke erheben. Dieses Maß an Intransparenz könnte mitverantwortlich für eine schwache Akzeptanz der durch die Rechtsvergleichung gewonnenen Erkenntnisse sein. Womöglich erklärt sich so auch, dass sich die meiste Energie der rechtsvergleichenden Untersuchungen auf den deskriptiven Teil der Arbeit erstreckt. Die Ergebnisse des eigentlichen Vergleichs wirken oft wenig innovativ.<sup>29</sup> Oftmals lässt sich kein Unterschied ausmachen zur bloßen Beschreibung, Abstraktion und Klassifikation.<sup>30</sup>

Insofern lässt sich fragen, inwieweit die gängigen Alternativen zur funktionalen Rechtsvergleichung diese Defizite aufzuheben vermögen.

## 2. Die Lehre von den rechtlichen Formanten

Ein bekanntes Gegenmodell zur funktionalen Rechtsvergleichung stellt die von Sacco begründete Lehre von den sog. rechtlichen Formanten dar. Sie spricht sich dagegen aus, dass eine Rechtsordnung nur eine Lösung für ein rechtliches Problem kenne. Vielmehr können die Rechtsansichten von Gesetzgeber, Rechtsprechung, Literatur und anderer Formanten innerhalb einer Rechtsordnung voneinander abweichen. Sacco verweist auch auf Modelle innerhalb einer Rechtsordnung, die darin zwar nicht verbalisiert wurden, ihr aber zugrunde liegen (sog. „Kryptotypen“), bspw. ungeschriebene Denkschemata, derer sich Juristen bedienen, um eine rechtliche Lösung zu finden.<sup>31</sup>

only hold symbolic force in that no discernible effect arises from them.<sup>28</sup> As far as relative purposes of the law are examined, the comparatist runs the risk of tripping on their own assumptions about the foreign law. Comparatists who make this mistake would be transferring their aims to other legal orders or potentially elevating themselves to the interpreter of absolute purpose. This level of intransparency could be partly responsible for the poor acceptance of the findings obtained by comparative law. Possibly, this also explains why most of the energy put into comparative law investigations is applied to the descriptive part of the work. The results of the comparison often lack in innovation.<sup>29</sup> Frequently, no difference can be made from mere description, abstraction and classification.<sup>30</sup>

In light of this, the question arises as to what extent do the common alternatives to functional comparative law counteract these deficits.

## 2. The Theory of Legal Formants

A well known counter model to functional comparative law is represented by Sacco's theory of legal formants. The theory goes against the idea that a legal order would have only one solution for a legal problem. Rather, the legal views of the legislature, case law and the literature, i.a., may differ from formants within a single legal order. Sacco also points to models within a single legal order that, while not being verbalized, represent the unwritten thought patterns (so-called "cryptotypes"), which lie at the heart of how lawyers find legal solutions.<sup>31</sup>

28 *Kischel* (Fn. 7), 95–96; *Piek* (Fn. 21), 60, 63. *Piek* führt als weitere Kritikpunkte die Prämisse der „Universalität von Problemen“ (66–69) und die „praesumptio similitudinis“ der Vermutung ähnlicher Lösungen für gleiche Probleme (70–74) an. Auch kritisiert sie das Herausreißen der Einbettung des zu vergleichenden Rechts in aus dessen jeweiligen System (70, mit weiteren Nachweisen in Fn 113–114).

29 *Axel Tschentscher*, *Dialektische Rechtsvergleichung – Zur Methode der Komparatistik im öffentlichen Recht*, *Juristenzeitung (JZ)* 17 (2007), 807–816, 809 („Bei alledem läuft die Rechtsvergleichung immer Gefahr, sich in bloßer Beschreibung zu erschöpfen“). *Tschentscher* hat deshalb seine Methode der „dialektischen Rechtsvergleichung“ entwickelt. Danach soll bereits die Analyse des fremden Rechts wertend und vergleichend erfolgen.

30 *Mathias Reimann*, *The progress and failure of comparative law in the second half of the twentieth century*, *American Journal of Comparative Law* (2002), 671, 690 mit Verweis auf *William Lawrence Twining*, *Globalisation and legal theory*, 191–192.

31 *Rodolfo Sacco/Jacob Jousseen*, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 2. Aufl., Baden-Baden 2011, 61 und 74–77.

28 *Kischel* (fn. 7), 95–96; *Piek* (fn. 21), 60, 63. *Piek* adds to the critical points the premise of the “universality of problems” (66–69) and the “*praesumptio similitudinis*”, the presumption that the same problems require similar solutions (70–74). She also criticizes tearing a law under comparison out of the respective system in which it is embedded (70, with further references in fn. 113–114).

29 *Axel Tschentscher*, *Dialektische Rechtsvergleichung – Zur Methode der Komparatistik im öffentlichen Recht (Dialect Comparative Law – On the methods of comparison in public law)*, *Juristenzeitung (JZ)* 17 (2007), 807–816, 809 (“Among all this, comparative law always runs the risk of exhausting itself in mere description”). In response *Tschentscher* developed his method of “dialectical comparative law”, according to which the analysis of the foreign law should occur in concert with valuation and comparison from the beginning.

30 *Mathias Reimann*, *The progress and failure of comparative law in the second half of the twentieth century*, *American Journal of Comparative Law* (2002), 671, 690 with reference to *William Lawrence Twining*, *Globalisation and legal theory* (2000), 191–192.

31 *Rodolfo Sacco/Jacob Jousseen*, *Einführung in die Rechtsvergleichung (Introduction to Comparative Law)*, 2nd ed. (2011), 61 and 74–77.

Die Forderung Saccos, sämtliche Rechtsquellen zu untersuchen, dürfte auch dem Anspruch der funktionalen Rechtsvergleichung entsprechen, da sich auch für den funktionalen Rechtsvergleicher das nationale Recht nicht nur aus dem Gesetzestext ergibt.<sup>32</sup> Hilfreich ist der Hinweis auf die unausgesprochenen Regeln innerhalb einer Rechtsordnung, er deutet auf die Schwierigkeiten bei der Erforschung fremden Rechts.

### 3. Ökonomische Analyse

Angelehnt an die Methode der ökonomischen Analyse des Rechts<sup>33</sup> findet sich auch eine Strömung der sog. ökonomischen Rechtsvergleichung. Ihre Prämisse lautet, dass das Recht eine Steuerungsfunktion entfalte. Anreize sollten derart gesetzt werden, dass es zu einer Effizienzsteigerung innerhalb der Gesellschaft, und sei es nur für den Einzelnen, komme.<sup>34</sup> Die ökonomische Analyse innerhalb der Rechtsvergleichung setzt nun das Effizienzkriterium als Vergleichspunkt, als *tertium comparationis*. Dabei werden nicht nur die rechtlichen Lösungen ökonomisch analysiert, im Ergebnis stehen auch die verschiedenen Rechtsordnungen selbst in einem „wirtschaftlichen Wettbewerb“.<sup>35</sup>

Dieser Methode der Rechtsvergleichung können dieselben Kritikpunkte wie der Ökonomischen Analyse des Rechts im allgemeinen entgegengehalten werden: Die Methodenverengung durch das Hochhalten eines Nützlichkeitskriteriums spiegelt nicht die Vielfalt der Funktionen des Rechts wieder, welches nicht allein zur Setzung von wirtschaftlichen Anreizen dienen soll.<sup>36</sup>

### 4. Statistische Rechtsvergleichung

Eine vorwiegend im Kapitalmarktrecht angewendete Form der Rechtsvergleichung stellt die statistische Rechtsvergleichung dar.<sup>37</sup> Dabei werden Rechtsordnungen anhand von Fragenkatalogen numerisch bewertet. Wird bspw. rechtsverglei-

Sacco's call to look into all possible legal sources is something that could correspond to the claim of functional comparative law, since comparatists hold that national law does not stem solely from the law's actual text.<sup>32</sup> What is helpful here is the reference to the unspoken rules within a legal system; he points to the difficulty of research on foreign law.

### 3. Economic Analysis

With reference to the methods of economic analysis of law,<sup>33</sup> there is also a current of economic comparative law, the premise of which holds that law unfolds a control function. Incentives should be used in such a way that leads to increased efficiency within society, and even if only for the individuals.<sup>34</sup> Economic analysis within comparative law now sets the efficiency criterion as the point of comparison, its *tertium comparationis*. In so doing, not only the legal solutions are analyzed economically, the results from different legal orders themselves stand in "economic competition".<sup>35</sup>

This method of comparative law is subject to the same criticisms as economic analysis of the law in general: Narrowing the method by holding up the criteria of usefulness does not reflect the diversity of the law's functions, which are not intended to solely provide economic incentives.<sup>36</sup>

### 4. Statistical Comparative Law

One of the foremost applied forms of comparative law in capital markets law is statistical comparative law.<sup>37</sup> This form evaluates legal orders based on a catalog of questions. For instance, if the comparative law question is how many reporting require-

32 Kischel hält Sacco entgegen, dass er mit seinen Forderungen „offene Türen einrennen“ und im Grunde jeder sorgfältig arbeitende Rechtsvergleicher so vorgehen würde: *Kischel* (Fn. 7), 115.

33 Mitte des 20. Jahrhunderts in Chicago entstanden, hat sich die ökonomische Analyse des Rechts auch in Europa verbreitet. Zu ihren Hauptvertretern zählen Posner und Calabresi.

34 Überblick mit weiteren Hinweisen: *Kischel* (Fn. 7), 120–140.

35 Als erster Hauptvertreter dürfte Mattei zu nennen sein: *Ugo Mattei*, Comparative law and economics, Ann Arbor 1997 (2. Aufl. von 2001). Überblick bei *Raffaële Caterina*, Comparative Law and Economics. in: Jan Martien Smits (Hrsg.), Elgar encyclopedia of comparative law, Cheltenham 2012, 191–192.

36 Grundlegend: *Karl-Heinz Fezer*, Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach, Juristenzeitung (JZ) (1986), 817; *Karl-Heinz Fezer*, Nochmals: Kritik an der ökonomischen Analyse des Rechts, JZ (1988) 223–228.

37 Zu deren Hauptvertretern zählen La Porta und Lopez-de Silanes. *Mathias Siems*, Statistische Rechtsvergleichung, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (2008) 354–390. Bereits im 19. Jahrhundert wies der Italiener Amari auf die Bedeutung der Statistik für die Rechtsvergleichung hin: *Erik Jayme*, Rechtsvergleichung, Heidelberg 2000, Bd. 2, 40.

32 Kischel, on the other hand, maintains that Sacco would be “running through open doors” and that basically every legal comparatist would do so anyway: *Kischel* (fn. 7), 115.

33 In the mid-20th century, originating from Chicago, economic analysis of law has spread in Europe too. Posner and Calabresi are among its main representatives.

34 Overview with further references: *Kischel* (fn. 7), 120–140.

35 The first principal exponent is likely Mattei: *Ugo Mattei*, Comparative law and economics (1997) (2nd ed. from 2001). Overview *Raffaële Caterina*, Comparative Law and Economics, in: Jan Martien Smits (ed.), Elgar encyclopedia of comparative law (2012), 191–192.

36 Foundational: *Karl-Heinz Fezer*, Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach (Aspects of a legal critique of law and economics and the property rights approach), Juristenzeitung (JZ) (1986), 817–824; *Karl-Heinz Fezer*, Nochmals: Kritik an der ökonomischen Analyse des Rechts (Once again: Critique of the economic analysis of the law), Juristenzeitung (JZ) (1988), 223–228.

37 La Porta and Lopez-de Silanes are among its principle supporters. *Mathias Siems*, Statistische Rechtsvergleichung (Statistical Comparative Law), The Rabel Journal of Comparative and International Private Law (RabelsZ) (2008), 354–390, 355. In the 19th century already, Italian scholar Amari pointed to the significance of statistics for comparative law: *Erik Jayme*, Rechtsvergleichung (Comparative Law) (2000), vol. 2, 40.

chend die Frage untersucht, inwieweit bestimmte Offenlegungspflichten bestehen, steigt die zahlenmäßige Bewertung mit Umfang der Pflicht.<sup>38</sup> So ergibt sich abschließend ein Ranking der Rechtsordnungen. Entsprechend der Konzeption der Untersuchung schneiden typischerweise die Länder des *common law* besser ab.<sup>39</sup>

An dieser Vorgehensweise wird die Reduktion eines komplexen Sachverhalts auf eine einfache, mithin beliebige Zahl hin kritisiert, wobei naturwissenschaftliche Genauigkeit suggeriert wird.<sup>40</sup> Der Nachweis, ob eine Kausalität oder nur eine Korrelation vorliegt, kann mittels dieser Methode nicht geführt werden.<sup>41</sup>

## 5. Postmoderne Rechtsvergleichung

Kennzeichnend für das Postmoderne Denken stellt gemeinhin die Betonung einer Vielheit von Denkweisen dar. Für Texte wie bspw. Gesetzestexte wird eine Mehrzahl von Interpretationsmöglichkeiten als legitim anerkannt. Im Rahmen der postmodernen Theorie der Rechtsvergleichung können formal zwei Ansätze unterschieden werden: eine kontextuelle Betrachtung (neben dem sog. „law on the books“ werden auch außerrechtliche Lösungen mit einbezogen) und die Diskurs-Analyse (Absicht ist dabei die Dekonstruktion von Bedeutungen, Wertungssystemen und kulturspezifischen Vorverständnissen).<sup>42</sup>

Die Grundannahmen der postmodernen Rechtsvergleichung stehen damit quer zur traditionellen, funktional ausgerichteten Rechtsvergleichung. Sie gesteht ein, dass es für den Rechtsvergleicher nicht möglich sei, einen neutralen Standpunkt einzunehmen.<sup>43</sup> Damit greift sie einen Hauptkritikpunkt auf. Allerdings ist eine kontextuelle Betrachtung außerhalb des „law on the books“ weder der funktionalen noch bspw. der Lehre Saccos fremd. Bei der Diskursanalyse der Postmoderne stellt sich indes die Frage, welche positiven Erkenntnisse in Bezug auf den Forschungsgegenstand, neben der bloßen Dekonstruktion, zusätzlich gewonnen werden können.

38 *Siems* (Fn. 37), 356–361.

39 *Siems* (Fn. 37), 362. *Siems* verweist hierbei auf Literatur, die damit das schnellere Wirtschaftswachstum in den Common-law-Ländern erklären möchte. Interessant wäre an dieser Stelle ein Beweis für die vermutete Kausalität. Zur rechtspolitischen Dimension und der Verwendung solcher Studien durch die Weltbank: *Siems* (Fn. 37), 365–368.

40 Im Detail: *Siems* (Fn. 37), 369–374 („home bias“ und „omitted variable bias“).

41 *Kischel* (Fn. 7), 147–154.

42 *Dominik Richers*, Postmoderne Theorie in der Rechtsvergleichung?, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (ZaöRV) (2007), 509–540, 532–533. Richers gibt Legrand, Grosswald Curran, Frankenberg, Menski und French als einige der wenigen Autoren solcher Werke an (Fn. 212).

43 Vgl. Zusammenfassung: *Kischel* (Fn. 7), 104–108.

ments exist, the numerical evaluation will rise with the extent of the obligations.<sup>38</sup> This results in a ranking of legal orders. Congruent with the conception of this investigation, common law countries usually fair better in such studies.<sup>39</sup>

This approach is criticized for its reduction of complex circumstances to simple, therefore arbitrary numbers, whereby scientific accuracy is suggested.<sup>40</sup> Proof of whether causality or only correlation is at play cannot be arrived at using this method.<sup>41</sup>

## 5. Postmodern Comparative Law

What is characteristic of postmodern thought, generally speaking, is the emphasis on a multiplicity of ways of thinking. For texts, including legal texts, a plurality of interpretations can be acknowledged as legitimate. In the context of the postmodern theory of comparative law, there are two approaches that can be formally distinguished: contextual analysis (non-legal solutions are also included along with the “law on the books”) and discourse analysis (the intention here is to deconstruct the meanings, valuation systems and culture-specific understandings).<sup>42</sup>

The basic assumptions of postmodern comparative law stand thus in tension to traditional, functionally-oriented comparative law. It admits that the impossibility of the comparatist ever finding a neutral stance from which to conduct their work.<sup>43</sup> This allows it to take on a major point of criticism. However, a contextual consideration outside the “law on the books” is not foreign to the functional nor Sacco’s conception. Discourse analysis of postmodernism looks for positive findings relating to the object of research in addition to the mere deconstruction.

38 *Siems* (fn. 37), 356–361.

39 *Siems* (fn. 37), 362. *Siems* refers to literature that he claims would explain the faster economic growth in the common law countries. What would be interesting at this point would be proof of the suspected causality. About the legal and political dimension and the use of such studies by the World Bank: *Siems* (fn. 37), 365–368.

40 In detail: *Siems* (fn. 37), 369–374 (“home bias” and “omitted variable bias”).

41 *Kischel* (fn. 7), 147–154.

42 *Dominik Richers*, Postmoderne Theorie in der Rechtsvergleichung? (Postmodern theory in comparative law?), *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (ZaöRV) (2007), 509–540, 532–533. Richers specifies Legrand, Grosswald Curran, Frankenberg, Menski and French as some of the few authors of such works (fn. 212).

43 See summary: *Kischel* (fn. 7), 104–108.

#### IV. ZUSAMMENFASSUNG

Für die Rechtsvergleichung als Methode der Gesetzesauslegung besteht ein begrenzter Anwendungsbereich. Für den Bereich der Gesetzgebung ist besonders fraglich, wie die Ergebnisse des Rechtsvergleichs evaluiert werden könnten.<sup>44</sup> Für die Rechtsrezeption bleiben oftmals politische, historische oder wirtschaftliche Motive ausschlaggebend. Hinsichtlich des Untersuchungsziels der Rechtsvereinheitlichung kommen weitere Aspekte ins Spiel wie bspw. Traditionsbewusstsein, Rechtssicherheit und Rechtskultur<sup>45</sup> – Faktoren, die wissenschaftlich wenig messbar wären.<sup>46</sup>

Trotz der steten Kritik an der Methode der funktionalen Rechtsvergleichung hat sich bisher kein alternatives Gegenmodell etablieren können. Es besteht jeweils die Gefahr, dass sich das Produkt des Rechtsvergleichs in einer bloßen Gegenüberstellung von Rechtsregelungen erschöpft. Womöglich wurzelt diese Schwäche der Rechtsvergleichung in der Lückenhaftigkeit ihres theoretischen Fundaments.

Unbeachtet dieser Defizite beinhalten die Arbeiten der Rechtsvergleichung aber auch eine erhebliche Kommunikations- und Dialogfunktion, tragen sie doch zum Austausch der heute meist nur national ausgebildeten Juristen bei. Zudem lädt sie zur Reflexion über die eigenen Annahmen ein, z. B. wenn ihre Lücken ins Blickfeld geraten.

#### IV. SUMMARY

There is a limited scope for comparative law as a method of interpretation of the law. It is especially questionable in terms of legislation as to how the results of comparative law could be evaluated.<sup>44</sup> The question of law reception often finds its answer in political, historical or economic motives. In regard to the investigation of legal integration/harmonization, even more elements come into play, such as tradition, legal certainty and legal culture<sup>45</sup> – factors that hardly would be scientifically measurable.<sup>46</sup>

Despite the constant criticism of the method of functional comparative law, so far no alternative counter-model has established itself. In each case, the danger is that the product of comparative law exhausts itself in a mere juxtaposition of legal systems. Probably, this weakness of comparative law has its roots in the incompleteness of its theoretical foundation.

Putting these deficits aside, the work of comparative law does maintain a significant function of communication and dialogue, which today contributes to exchange between lawyers who are mostly solely trained on a national level. It also invites reflection upon one's own assumptions, e.g., by allowing gaps in one's own system to be seen.

44 Zweigert/Kötz sprechen bei der Beschreibung der Rechtsvereinheitlichung durch Rechtsvergleichung von der Aufnahme der „beste[n] Variante“ bzw. einer neuen Lösung, die „besser und praktikabler“ sei. Einen Maßstab zur Bewertung der Lösungsvorschläge liefern sie aber nicht. Vgl. *Zweigert/Kötz* (Fn. 7), 23–24.

45 Auf die Gefahr einer „undifferenzierten Abschaffung historisch gewachsener Rechte“ durch die „Neueinführung von aus der Schublade gezogenen“ Rechts für den Einheitsprozess weist Rainer hin: *Rainer* (Fn. 4), 83. Auch Zweigert/Kötz halten die Rechtsvereinheitlichung durch den Gesetzgeber nicht für den Königsweg: *Zweigert/Kötz* (Fn. 7), 27.

46 Die historische Erfahrung zeigt, dass oft die politische Einheit der rechtlichen Einheit vorherging: vgl. *Léontin-Jean Constantinesco*, Einführung in die Rechtsvergleichung, Köln 1971, Bd. 1, 39.

44 Zweigert/Kötz speak when describing legal integration/harmonization through comparative law by adopting the “best variation” or a new solution that is “better and more practical”. But they do not deliver a scale to evaluate the solution proposals. See *Zweigert/Kötz* (fn. 7), 23–24.

45 *Rainer* warns of “undifferentiated abolition of laws that have grown historically” due to the introduction of ready-made laws “pulled from a drawer” in a process of unification: *Rainer* (fn. 4), 83. *Zweigert/Kötz* do not either consider the harmonization by the legislature to be the royal road: *Zweigert/Kötz* (fn. 7), 27.

46 Historical experience shows that often the political unity preceded the legal entity: see *Léontin-Jean Constantinesco*, Einführung in die Rechtsvergleichung (Introduction to Comparative Law) (1971), vol. 1, 39.