

# Vom Nutzen und Schaden der Rechtsvergleichung für die Rechtsetzung

Martin Wyss

## 1 Einleitung

Es ist der Schweizerischen Gesellschaft für Gesetzgebung (SGG) eine grosse Ehre, an der Konferenz mitwirken zu dürfen, die das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung (SIR) zur Feier seines 30-jährigen Bestehens ausrichtet. In der akademischen Welt geniesst das Institut einen hervorragenden Ruf, den es dem Engagement und dem Fachwissen seiner Führung, seines Personals und der Forscherinnen und Forscher verdankt, die hier ideale Arbeitsbedingungen und ein Klima des offenen Ideen- und Gedankenaustauschs finden. Es mag vielleicht erstaunen, dass eine Vereinigung wie die SGG zu den Co-Sponsoren der Konferenz zählt. Wie kommt es, dass ein Verein, der eher national orientiert ist, sich mit einer Institution zusammenschliesst, die international agiert? Was hat die Rechtsetzung mit der Rechtsvergleichung zu tun?

Allein die Tatsache, dass auch die SGG 1982 gegründet worden ist und damit ebenfalls ihr 30-jähriges Bestehen feiern kann, ist noch nicht Grund genug. Auch die Tatsache, dass die SGG ihre wissenschaftliche Jahrestagung im Jahre 2003 zusammen mit dem Institut durchgeführt hatte, muss nicht zwingend bedeuten, dass man solche Kooperationen wiederholen müsste. Schaut man sich heute aber das Programm der damaligen gemeinsamen Veranstaltung an, dann wird rasch deutlich, welche Themen, welche Fragen, welche Interessen die SGG und das Institut teilen:

*«Cette journée sera consacrée à l'étude des apports du droit comparé au travail législatif. Le droit comparé permet en effet de bénéficier des réflexions et des expériences déjà menées dans d'autres ordres juridiques, ainsi que de comparer l'efficacité et l'acceptation, par les citoyens et les politiques, des solutions adoptées. En pratique toutefois, la contribution du droit comparé à la légistique est souvent méconnue. D'autre part, l'accès au droit étranger n'est pas toujours aisé. Comment optimiser les apports du droit comparé à l'élaboration d'actes législatifs?»<sup>1</sup>*

## 2 Rechtsvergleichung als Ideenspeicher für die Gesetzgebung

Von Ferne betrachtet könnte man den Eindruck bekommen, dass Gesetzgebung ein wenig geeignetes Objekt für die Rechtsvergleichung sei und dass umgekehrt Rechtsvergleichung für die Gesetzgebung kaum dienlich werden kann: Gesetzgebung spielt sich in einem verfassungsrechtlichen Rahmen ab, der historisch geprägt und politisch gestaltet ist. Die Akteure und ihre Interventionsmöglichkeiten, die Verfahren und die Formen der Gesetzgebung unterscheiden sich von

Gemeinwesen zu Gemeinwesen auf teils radikale Art. Hinzu kommt, dass die Rechtsetzung als Prozess vielfach durch rechtlich nicht oder kaum positivierte Usanzen und Gepflogenheiten geprägt wird, die wissenschaftlich schwierig zu analysieren und rechtlich nicht einfach zu bewerten und zu vergleichen sind. Und dennoch: Ziel und Zweck der Rechtsetzung ist nicht irgendein Recht. Wenn die Verfassung – nicht nur der Schweiz – bestimmt, dass staatliches Handeln nur auf der Grundlage und im Rahmen des Rechts legitim ist, dann genügt es nicht, nur Recht zu schaffen, sondern es braucht «gutes Recht». Was aber zeichnet denn das gute Recht, die gute Rechtsetzung aus? Der Bundesrat hat vor fünf Jahren den Stand der Diskussion um die «gute Rechtsetzung» zusammengefasst und unter anderem Folgendes festgehalten:

*«„Gute“ Gesetzgebung weist sodann eine bestimmte materielle Qualität auf: Sie trägt den gesellschaftlichen Bedürfnissen und Erwartungen Rechnung und trägt zur Realisierung der gesetzten Ziele bei (Problemadäquanz, Wirksamkeit); sie leidet zudem nicht an sachlichen Widersprüchen oder Lücken (interne Kohärenz). Problemadäquanz und Wirksamkeit sind – neben der Einhaltung der Verfahrensregeln – wichtige Legitimitätsfaktoren».*<sup>2</sup>

Gesellschaftliche Bedürfnisse manifestieren und artikulieren sich heute auf grenzüberschreitende Art und Weise. Ein bestimmtes gesellschaftliches Anliegen ist selten eine isolierte Erscheinung, die nur in einem Gemeinwesen, in einem Land auftritt. Vielmehr sind gesellschaftliche Anliegen Strömungen und Entwicklungen, mit denen sich viele Staaten konfrontiert sehen. Und wenn man weiter annimmt, dass Rechtsetzung eine (politische) Antwort auf gesellschaftliche Bedürfnisse und Erwartungen ist, dann wird auch deutlich, wo die Schnittstelle zur Rechtsvergleichung anzusiedeln ist: «Gute Rechtsetzung» schaut über die Grenze, schaut, wie andere Rechtsordnungen auf Probleme reagiert haben und welche rechtlichen Lösungen für das gleiche Problem gefunden worden sind. Jede Rechtsordnung wird gewissermassen zum sozio-politischen Labor, in dem rechtliche Strategien für gesellschaftliche Veränderungen getestet werden können; jede andere Rechtsordnung tut gut daran, diese «Labor-Ergebnisse» zu beachten, bevor sie selber sich daran macht, für das gleiche oder für ein vergleichbares Problem eine gesetzliche Lösung zu entwickeln. Der Blick in andere Rechtsordnungen dient dem Gesetzgeber dazu, einerseits den legislatorischen Handlungsbedarf nachzuweisen und genauer zu identifizieren, und andererseits als Inspirationsquelle für die Frage, mit welchen rechtlichen Instrumenten man diesen Handlungsbedarf befriedigen könnte.<sup>3</sup> Rechtsvergleichende Darstellungen sind in Botschaften des Bundesrates gemäss Artikel 141 des Parlamentsgesetzes vom 13. Dezember 2002 (SR 171.10) nicht zwingend nötig – verlangt werden nur Auskünfte über die Vereinbarkeit mit dem übergeordneten Recht und über das Ver-

hältnis zum europäischen Recht – , doch der Botschaftsleitfaden der Bundeskanzlei empfiehlt solche Ausführungen:

*«Orientieren Sie darüber, wie die Probleme im Regelungsbereich in anderen Staaten gesehen und gelöst wurden und welche Erfahrungen diese Staaten mit ihren Massnahmen machten. Welche Schlussfolgerungen können daraus für die Schweiz gezogen werden?»<sup>4</sup>*

### **3 Rechtsvergleichung als Treiber der legislativen Inflation?**

Schaut man sich in der Schweiz parlamentarische Vorstösse an, die gesetzliche Regelungen fordern, dann taucht regelmässig die Forderung auf, für die gesetzliche Lösung in der Schweiz sei zu berücksichtigen, wie das Ausland auf das gleiche Problem reagiert habe. So darf illustrationshalber auf eine Motion von Nationalrätin Birrer-Heimo aus dem Jahr 2011 verwiesen werden, die den Bundesrat beauftragen will, «eine Vorlage auszuarbeiten, welche es einer grossen Anzahl gleichartig Geschädigter erleichtert, ihre Ansprüche gemeinsam vor Gericht geltend zu machen»; der Bundesrat solle sich dabei «an den Erfahrungen orientieren, die in anderen europäischen Ländern mit solchen Modellen gesammelt wurden»<sup>5</sup>. Und genau in solchen Fällen kommt immer wieder und völlig zu Recht das Institut für Rechtsvergleichung ins Spiel. In einem – letztlich nicht überwiesenen – Postulat hatte Nationalrätin Leutenegger Oberholzer vom Bundesrat verlangt, er solle «dem Parlament einen Bericht vorlegen, der den Stand des Schutzes der Konsumentinnen und Konsumenten in der Schweiz im Vergleich zur EU und zu anderen vergleichbaren Ländern aufzeigt.» Am 31. August 2011 hat der Bundesrat u. a. Folgendes geantwortet:

*«Hinsichtlich eines Vergleichs zwischen dem Schweizer Recht und dem Recht anderer vergleichbarer Länder ist das Bundesamt für Justiz dabei, einen Auftrag zu diesem Thema an das Institut für Rechtsvergleichung auszuarbeiten, mit Frist bis Ende 2011. Sobald er die Studie des Instituts für Rechtsvergleichung erhalten hat, wird der Bundesrat entscheiden, in welcher Form er über diese Dokumente informieren und damit dem Postulat Folge leisten will.»<sup>6</sup>*

Rechtsvergleichung liefert eine bedeutende wissenschaftliche Grundlage, damit gutes Recht geschaffen werden kann. Allerdings darf man ein gewisses Risiko nicht aus den Augen verlieren: Rechtsvergleichung kann auch den politischen Mut zum Nichtregulieren, zum Verzicht auf Rechtsetzung lähmen. «Gute Rechtsetzung» zeichne sich, so noch einmal der Bundesrat in seiner Botschaft aus dem Jahre 2007, auch durch Zurückhaltung, Sparsamkeit und eine gewisse Skepsis gegenüber allzu raschen, allzu lauten Forderungen nach staatlicher und möglichst detailreicher Regulierung aus:

*«Diese Montesquieu zugeschriebene Maxime guter Gesetzgebung bezieht sich einerseits auf die Frage, ob ein Tätigwerden des Gesetzgebers überhaupt notwendig ist;*

*andererseits wird damit aber auch die normative Dichte, der hohe Detaillierungsgrad zahlreicher gesetzlicher Regelungen angesprochen. Rechtliche Normen sind eine knappe Ressource der Politik und sollten deshalb mit Bedacht eingesetzt werden. Zudem erschwert die übermässige Dichte rechtlicher Regelungen die Erkennbarkeit sowie die Durchsetzbarkeit der Normen und schränkt den notwendigen Ermessensspielraum der Vollzugsbehörden ein.»<sup>7</sup>*

Sieht sich die Politik mit der Forderung nach gesetzlichen Änderungen und Anpassungen konfrontiert und greift sie allzu leichtfertig zum Instrument der Rechtsvergleichung, so kann sie sich auch den Blick für eigene, innovative, mutige Lösungen verbauen. Zu verlockend könnte es sein, das, was man im ausländischen Recht gefunden hat, zu kopieren und in das eigene Recht zu inkorporieren, ohne sich ernsthaft zu fragen, ob man tatsächlich etwas regulieren muss und ob sich die ausländische Regelung auch gut und widerspruchsfrei in die geltende Ordnung einpassen lässt. Und wer im ausländischen Recht sucht, der wird wohl fast immer irgendwo irgendetwas finden, was man auch noch tun und regeln könnte. Allein aber, dass man etwas findet, sagt noch nichts darüber aus, dass man das auch im eigenen Recht gleich machen müsste. Und nur weil eine andere Rechtsordnung eine gesetzliche Regelung für ein bestimmtes Thema gefunden hat, heisst dies nicht zwingend, dass man hierzulande auch eine Regelung braucht, die zudem noch gleich aussehen soll wie im ausländischen Recht. Die Grenze zwischen sinnvoller und sorgfältiger Inspiration durch das ausländische Recht und unüberlegtem «copy-paste» ist fließend und nicht immer einfach zu finden.

#### **4 Aus fremden Fehlern lernen?**

Im Verhältnis Rechtsetzung und Rechtsvergleichung geht es also wie so oft im Recht darum, das Richtige richtig zu machen. Ob Rechtsvergleichung für ein bestimmtes Rechtsetzungsprojekt nötig ist, ob eine solide – und damit auch personell und finanziell aufwendige – rechtsvergleichende Untersuchung zu erstellen ist, muss in jedem Fall genau und kritisch geprüft werden. Die Rechtsvergleichung kann auch aufzeigen, dass mit bestimmten Lösungen schlechte Erfahrungen gemacht worden sind; womit sich für uns die Chance eröffnet, Fehler zu vermeiden, die anderen Gemeinwesen unterlaufen sind.<sup>8</sup> Es kann sich auch zeigen, dass zwar das Problem im In- und Ausland das Gleiche sein kann, diese Probleme aber auf unterschiedliche Ursachen zurückgeführt werden müssen. In einem zweiten Schritt sind die Erkenntnisse der Rechtsvergleichung richtig zu bewerten; sie dürfen – so verlockend dies auch sein mag – nicht einfach kopiert werden, sondern müssen übersetzt und in das eigene Recht transformiert werden. Dies ist eine rechtlich wie politisch delikate Arbeit<sup>9</sup>, die sich keineswegs auf gesetzestechnische Adaptationen beschränkt. Sorgfältig zu prüfen ist, wie ein dem ausländi-

schen Recht entlehntes Rechtsinstitut verfahrensrechtlich in das vorbestehende Rechtsgefüge eingebunden werden kann und welche organisationsrechtlichen Umsetzungen nötig werden könnten. Und schliesslich entbindet die Rechtsvergleichung keineswegs davon, vom Ausland eingeschlagene legislatorische Lösungswege rechtspolitisch zu bewerten. Es mag durchaus zutreffen, dass Konzentrations- und Harmonisierungstendenzen im Ausland dafür sprechen könnten, dass ein bestimmter Lösungsansatz erfolgversprechend sein könnte; auch mag man solche rechtsvergleichend analysierten Konvergenzen als Indiz für die Völkerrechts- und Verfassungskonformität werten<sup>10</sup> – das alles verbietet dem Gesetzgeber nicht die Suche nach eigenen, nach eigenständigen Lösungen. Legislatori-sche Innovation entsteht nicht durch Kopieren von Vorgefundenem, sondern durch das Suchen nach neuen Wegen; gute Rechtsetzung braucht Rechtsvergleichung nicht als Schablone, sondern als «Echokammer», mit der Lösungsansätze selektioniert und optimiert werden können.

*Martin Wyss, Präsident der Schweizerischen Gesellschaft für Gesetzgebung (SGG), Titularprofessor Universität Bern und Stellvertretender Leiter der Abteilung 2 für Rechtsetzung des Bundesamtes für Justiz; E-Mail: martin.wyss@bj.admin.ch*

#### Anmerkungen

- 1 Auszug aus der Tagungsankündigung von 2003.
- 2 Botschaft vom 22. August 2007 zur formellen Bereini-gung des Bundesrechts, BBl 2007 6121, 6127.
- 3 Zur Illustration siehe etwa Botschaft vom 10. Okto-ber 2012 über die Volksinitiative «Pädophile sollen nicht mehr mit Kindern arbeiten dürfen», BBl 2012 8819, 8833. Die entsprechenden rechtsvergleichenden Untersuchungen sind vom SIR durchgeführt worden.
- 4 Bundeskanzlei, Leitfaden zum Verfassen von Bot-schaften des Bundesrates (Botschaftsleitfaden), 3. Ausgabe Januar 2012, S. 17. ([www.bk.admin.ch](http://www.bk.admin.ch) > Do-kumentation > Sprachen > Deutschsprachige Doku-mente). Siehe auch Richtlinien der Rechtsetzung des Regierungsrates des Kantons Aargau vom 15. August 2001, S. 21.
- 5 Motion 11.3977 «Erleichterung der Rechtsdurchset-zung in kollektiven Verfahren» vom 30.9.2011.
- 6 Stellungnahme des Bundesrates vom 31. August 2011 zur Motion 11.3682 «Schutz der Konsumentin-nen und Konsumenten»
- 7 Botschaft vom 22. August 2007 zur formellen Berei-nigung des Bundesrechts, BBl 2007 6121, 6127.
- 8 Georg Müller, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 2. A., Zürich 2006, S. 62.
- 9 Solche Aufgaben stellen sich auch der Rechtspre-chung; siehe illustrationshalber etwa Urteil des Bundesgerichts 1C\_169/2008 vom 5. Dezember 2008, E. 11.4.1.
- 10 Siehe etwa BGE 137 V 210 E. 2.2.3: «Die grundsätzli-che Verfassungs- und Konventionsmässigkeit der Be-schaffung medizinischer Entscheidungsgrundlagen durch externe Gutachtensinstitute in der schweizeri-schen Invalidenversicherung bestätigt ein rechtsver-gleichender Ausblick. Danach kann - eine zweifellos in die Kompetenz des nationalen Gesetzgebers fal-lende Grundentscheidung - die medizinische Sach-kompetenz entweder bei der entscheidenden Be-hörde selber liegen oder bei zur Entscheidung im Einzelfall beizuziehenden Sachverständigen.»