

Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung

Herausgegeben von
REINHARD ZIMMERMANN

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

*Beiträge zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

113

Mohr Siebeck

Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht

113

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann



Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung

herausgegeben von
Reinhard Zimmermann

Mohr Siebeck

e-ISBN PDF 978-3-16-154950-2

ISBN 978-3-16-154949-6

ISSN 0340-6709 (Beiträge 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.

© 2016 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Dieses Werk ist seit 01/2023 lizenziert unter der Lizenz ‚Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International‘ (CC BY-SA 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.de>

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Hein Kötz

zum 14. November 2015

Keine Festschrift

Anlass zu dem Symposium, das am 26. und 27. November 2015 im Hamburger Max-Planck-Institut zum Thema „Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung“ stattfand, war, allem äußeren Anschein zum Trotz, der 80. Geburtstag von Hein Kötz. Einer oder der andere unter den Gästen mag erwartet haben, dass das Symposium in der Überreichung einer Festschrift kulminieren würde. Zur sogenannten passiven Festschriftfähigkeit hat ein amtierender Direktor des Hamburger Instituts in einem „Lexikonbeitrag“ vor ein paar Jahren Folgendes festgestellt: „Traditionell gilt in Deutschland ein Mindestalter von 70 Jahren, in anderen Ländern dagegen (zum Beispiel in der Schweiz) ein geringeres Mindestalter. ... Für Deutsche auf Schweizer Lehrstühlen wirkt dies die schwierige kollisionsrechtliche Frage auf, ob es auf das an die Staatsangehörigkeit anzuknüpfende Personalstatut des Wissenschaftlers ankommt, oder ob die territoriale Gebundenheit seines Wirkungsortes den Ausschlag gibt. Dem festschriftfreundlichen Zeitgeist entspräche wohl am ehesten eine alternative Anknüpfung.“ Derartige Komplikationen ergeben sich im Falle unseres Jubilars nicht. Zwar wurde er in unmittelbarer Nähe der polnischen Grenze geboren und war sieben Jahre lang in unmittelbarer Nähe der Schweizer Grenze tätig, doch bestand in seinem Fall keine international-privatrechtlich relevante Diskrepanz zwischen Wirkungsort und Staatsangehörigkeit. Auch die von dem Autor des Lexikonbeitrags nüchtern konstatierte Obsoleszenz der aus dem 19. Jahrhundert überkommenen Bedingung einer herausragenden Bedeutung des Jubilars für die Fachwissenschaft ist im vorliegenden Fall irrelevant, da eine herausragende Bedeutung zweifelsfrei erwiesen ist. Die besondere Schwierigkeit liegt hier vielmehr darin, dass Hein Kötz, wie er selbst mehrfach betont hat, ein „bekennender Anhänger der Antifestschriftenliga“ ist. Im privaten Gespräch hat er sich häufig amüsiert über den meist vergeblichen Versuch, einer „Festschrift“ genannten Aufsatzsammlung den Anschein intellektueller Kohärenz zu geben. „Recht, Idee, Geschichte“, „Recht als Erbe und Aufgabe“, „Tradition mit Weitsicht“: unter derartige Titel lässt sich so gut wie alles subsumieren. Mitunter setzen sich Schüler und Freunde über den Wunsch eines Jubilars hinweg, keine Festschrift zu erhalten. Dann können Bücher entstehen mit dem zweideutigen Titel „K(l)eine Festschrift“. Es gibt auch mindestens eine Festschrift für einen erklärten Gegner von Festschriften, zu dem ein anderer erklärter Gegner von Festschriften einen Beitrag

verfasst hat, in dem er erklärt, warum Festschriftenbeiträge nicht geschrieben werden sollten. Übrigens trägt diese Festschrift den Titel „Summa“, warum auch immer.

Wir hingegen im Hamburger Max-Planck-Institut haben uns an den Wunsch von Hein Kötz gehalten, keine Festschrift zu „veranstalten“ (so ein in diesem Zusammenhang häufig gebrauchter Terminus); und das, obwohl auf den ersten Blick fraglich sein könnte, ob Kötz nicht bereits Destinatär einer anderen, regulären Festschrift geworden ist, zu der er selbst, was durchaus ungewöhnlich wäre, einen Beitrag geleistet hat. Es gibt nämlich ein Buch mit dem Titel „Festgabe Zivilrechtslehrer 1934/35“, das Kötz in doppelter Hinsicht betrifft: Er ist ein Zivilrechtslehrer 1934/35, und er hat in dieser Festschrift einen Beitrag unter dem Titel „Coase-Theorem und Schweinepanik“ veröffentlicht. Es kann aber Entwarnung gegeben werden. In einem einleitenden Beitrag zu dieser Festgabe, der „Statt eines Vorworts“ überschrieben ist, heißt es nämlich, es handele sich nicht um eine Gabe an die Angehörigen der Jahrgänge 1934/35, sondern der teilnehmenden Autoren „an die wissenschaftliche Öffentlichkeit“ (normale Festschriften scheinen demgegenüber also nicht auf die wissenschaftliche Öffentlichkeit zu zielen). Soweit es sich bei dieser Sammelfestschrift übrigens um den Versuch einer Eindämmung der Festschriftenflut gehandelt hat (jeder der 34/35er Jahrgänge hat damit bereits seine Festschrift erhalten, so dass weitere Festschriften entbehrlich wären), hat sie ihre Funktion nicht erfüllt. Denn viele der dort erfassten Autoren haben gleichwohl noch eine eigene Festschrift erhalten. Für Hein Kötz ist demgegenüber zum 70. Geburtstag ein Buch mit dem Titel „Undogmatisches“ erschienen; Es enthält zwanzig Aufsätze aus der Zeit von 1977–2003, anhand derer sich sehr gut die Themen verfolgen lassen, die Kötz im Laufe der Jahre interessiert haben: der Stil höchstrichterlicher Entscheidungen, das Werden eines gemeineuropäischen Zivilrechts, die Beziehungen von Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte, die Bedeutung der Rechtskreislehre, alte und neue Aufgaben der Rechtsvergleichung, der Einfluss des *common law* auf die internationale Vertragspraxis, seit den 1990er Jahren dann zunehmend rechtsökonomische Themen. Ebenfalls zum 70. Geburtstag sind für Hein Kötz zwei Symposiumsbände erschienen, einer unter dem Titel „Beyond Borders“ von der Bucerius Law School, der andere unter dem Titel „Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss“ von uns im Institut.

Das ist nun zehn Jahre her. Wer damals dachte, dass Kötz' wissenschaftliche Karriere sich im milden Licht dieser drei ihm gewidmeten Bände einem Ende zuneigen würde, hatte sich gründlich getäuscht. Es sind seither zwei große Bücher aus seiner Feder erschienen, eines zum deutschen, das andere zum europäischen Vertragsrecht. Zum deutschen Vertragsrecht heißt es im Vorwort: „Jeder ausländische Jurist würde es als die natürlichste Sache der Welt ansehen, dass der Stoff gerade so und nicht anders zugeschnitten ist. Anders in Deutschland. Lehrbücher des Vertragsrechts gibt es bei uns bis

heute nicht.“ Das hat zu tun mit der im deutschen Recht fest etablierten Aufteilung des Stoffes unter dem übergeordneten Gesichtspunkt des Schuldverhältnisses. Und das Europäische Vertragsrecht (es handelt sich um eine aktualisierte und um den zunächst fehlenden, von einem anderen Autor übernommenen, zweiten Teil ergänzte Neuauflage) wurde in der NJW im Oktober 2015 wie folgt charakterisiert: „Geboten wird eine weitgehend integrierte Darstellung von einem Standpunkt jenseits der nationalen Rechtsordnungen. Das von Kötz beschriebene europäische Vertragsrecht ist daher nirgendwo in Kraft, und es wird von keinem Gericht in Europa als solches angewandt. Damit hat Kötz einen ganz neuen Typ juristischer Literatur geschaffen.“ Daneben hat Kötz in den letzten zehn Jahren eine Vielzahl von Aufsätzen und auch fünf zentrale Beiträge zum Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts verfasst.

Besonders lesenswert ist auch ein Lebensabriss unter dem Titel „Ein Leben als undogmatischer Jurist“, der vor fünf Jahren in der ZEuP erschienen ist. Kötz berichtet dort von seinem abenteuerlustigen Vater, der in China Stickstoffdünger verkauft und in Kanada als Holzfäller gearbeitet hat; von seiner Kindheit in Hamburg und der Ausbildung in einem Unternehmen der Mineralölindustrie, wo er gelernt habe, wie man Tankfässer rollt und Kesselwagen expedit; vom Jurastudium „aufgrund der prosaischen Überlegung, dass sich die endgültige Wahl eines bestimmten Berufs auf diese Weise in die weite Zukunft hinausschieben“ ließ; von einem Seminar in München bei dem Romanisten Wolfgang Kunkel, der ihn für die Wissenschaft begeistert und für die Studienstiftung vorgeschlagen habe; und von der Zeit als Assistent am Hamburger Max-Planck-Institut. Er erinnert sich, wie Konrad Zweigert bei seiner Trauung in der Blankeneser Kirche die Orgel spielte, „freilich nicht so sehr aus innerer Verbundenheit zu seinem Doktoranden, sondern deshalb, weil er damals beim Blankeneser Kantor das Orgelspiel erlernte und ihm jede Gelegenheit zum Üben recht war“, wie er zum Magisterstudium nach Ann Arbor ging, danach in Hamburg an seiner Habilitationsschrift arbeitete, sich dann erneut in den USA aufhielt (diesmal als Gastprofessor in Chicago) und sich schließlich mit der Annahme eines Rufes an die Universität Konstanz für eine wissenschaftliche Karriere in Deutschland entschied. Auf die Gefahr hin, als ungründlich verrufen zu werden, zitiert Kötz Jacob Burkhardt, „bin ich fest entschlossen, inskünftig *lesbar* zu schreiben. Gegen das Naserümpfen der jetzigen Gelehrsamkeit muss man sich mit Gleichgültigkeit panzern und sich damit zufriedengeben, dass man vielleicht gekauft und gelesen und nicht bloß in Bibliotheken mit saurem Schweiß excerpiert wird.“ Kötz schildert, wie er Ende der 1990er Jahre vom damaligen Präsidenten der Max-Planck-Gesellschaft, Reimar Lüst, das Angebot erhielt, Nachfolger von Zweigert zu werden; er beschreibt seinen Weg zur Rechtsökonomie, seine Funktionen in der Max-Planck-Gesellschaft und seine Tätigkeit in der Schuldrechtsreformkommission; er erinnert sich wie er „[g]eradezu ins Paradies versetzt wurde ...

dadurch, dass die Universität Cambridge mich für ein Jahr zum Goodhart Professor of Legal Science“ berief, und er reflektiert die vier Pionier- und Aufbaujahre an der Bucerius Law School.

Zum 70. Geburtstag hat im Institut, wie bereits erwähnt, ein Symposium zum Thema „Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss“ stattgefunden, und die Vielfalt der Methoden und Perspektiven, die dabei zum Ausdruck kamen, waren ganz nach dem Geschmack eines Mannes, für den die Welt „zu schwierig ist, als dass sie sich von einem Punkt aus kurieren ließe“. Nach diesem Vorbild haben wir Hein Kötz im Hamburger Institut auch zum 80. Geburtstag ein Symposium gewidmet, dessen Beiträge unter dem Oberbegriff „Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung“ standen. Diese Beiträge werden in dem vorliegenden Band publiziert. Ich danke den sieben Vortragenden sehr herzlich für ihre Bereitschaft, sich mit einem Vortrag und dem daraus entstandenen publikationsreifen Manuskript an diesem Unternehmen zu beteiligen, und ich danke allen Gästen für ihre Mitwirkung an der anschließenden lebhaften Diskussion. Ein besonderer Dank gilt auch Philipp Scholz für seine Hilfe bei der editorischen Versorgung der Manuskripte und der Erstellung des Abkürzungsverzeichnisses.

In seinem Lebenswegebeitrag fragt Hein Kötz, ob er noch einmal, außer auf seiner eigenen Beerdigung, so viel Schmeichelhaftes gesagt bekommen würde wie zu seinem 70. Geburtstag. Er evoziert damit eine Bemerkung, die von einem Bundesverfassungsrichter überliefert ist: „Du bist besser als Dein Ruf, aber nicht ganz so gut wie Dein Nachruf.“ Mit dem Nachruf wird es, hoffentlich, noch gute Weile haben. Persönlich glaube ich, dass darin nichts Anderes stehen wird, als was sich auch heute sagen lässt: nämlich, dass Hein Kötz in seinem gesamten Habitus als Mensch und Wissenschaftler einmalig ist, vergleichbar in Manchem allenfalls mit Konrad Zweigert und Gerhard Kegel: weltoffen, gelassen, mit ironischer Distanz zu den Dingen, schlagfertig und treffsicher in seinem Urteil, neugierig, originell in Form, Stil und Inhalt, mit Freude an der schlagenden Formulierung und mit einem glänzenden Talent begabt, komplexe Zusammenhänge klar und elegant darzustellen. Die gegenwärtigen und emeritierten Direktoren sowie alle Mitarbeiter des Hamburger Max-Planck-Instituts wünschen sich, dass Hein Kötz ihnen noch lange so tatkräftig und ideensprühend in freundschaftlicher Verbundenheit erhalten bleibt, wie sie ihn kennen. Herzliche Glückwünsche in ihrer aller Namen und im Namen der Autoren und Teilnehmer des Symposiums!

Hamburg, Juni 2016

Reinhard Zimmermann

Inhaltsverzeichnis

Keine Festschrift (<i>Reinhard Zimmermann</i>).....	VII
Abkürzungsverzeichnis	XIII
 <i>Christiane Wendehorst</i>	
Rechtssystemvergleich	1
 <i>Ralf Michaels</i>	
Religiöse Rechte und postsäkulare Rechtsvergleichung	39
 <i>Giesela Rühl</i>	
Rechtsvergleichung und europäisches Kollisionsrecht: Die vergessene Dimension	103
 <i>Eva-Maria Kieninger</i>	
Sachenrechtliche Prinzipien und Grundbegriffe als Gegenstände der Rechtsvergleichung	139
 <i>Graf-Peter Calliess</i>	
Die Rolle der Rechtsvergleichung im Kontext des Wettbewerbs der Rechtsordnungen	167
 <i>Marc-Philippe Weller</i>	
Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung im IPR und Unternehmensrecht.....	191
 <i>Jan von Hein</i>	
Marktregulierung durch Deliktsrecht – Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung	223
 Schlusswort (<i>Hein Kötz</i>).....	263
 Autorenverzeichnis	267

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
AAOIFI	Accounting and Auditing Organization for Islamic Finance Institutions
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
abgedr.	abgedruckt
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
A.C.	Law Reports, Appeal Cases
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AG	Die Aktiengesellschaft
AJP/PJA	Aktuelle Juristische Praxis
AktG	Aktiengesetz
ALI	American Law Institute
ALPS	Association for Law, Property and Society
Am.J.Comp.L.	American Journal of Comparative Law
Am.L.Rev	American Law Review
Am.U. Int'l L.Rev.	American University International Law Review
APEC	Asia-Pacific Economic Cooperation
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Ausg.	Ausgabe
Az.	Aktenzeichen
B2B	business-to-business
B2C	business-to-consumer
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebsberater
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
Bespr.	Besprechung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen

BIMCO-LMAA	Baltic and International Maritime Council – London Maritime Arbitrators Association
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
Buff.L.Rev.	Buffalo Law Review
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BYU L.Rev.	Brigham Young University Law Review
bzw.	beziehungsweise
Cass.com.	Cour de Cassation, Chambre Commerciale
CDC	Cartel Damage Claims
CESL	Common European Sales Law = Gemeinsames Europäisches Kaufrecht
Chi.J. Int'l L.	Chicago Journal of International Law
Chi.-Kent L.Rev.	Chicago-Kent Law Review
Cir.	Circuit
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
Clev.St.L.Rev.	Cleveland State Law Review
Clunet	Journal de Droit International
Colum.L.Rev.	Columbia Law Review
COMI	Centre of Main Interest
CR	Computer und Recht
CSR	Corporate Social Responsibility
dBDSG	Bundesdatenschutzgesetz (Deutschland)
DCFR	Draft Common Frame of Reference
ders.	derselbe
DFG	Deutsche Forschungsgemeinschaft
DGVR	Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe / dieselben
dTMG	Telemediengesetz (Deutschland)
ECLI	European Case Law Identifier
EEC	European Economic Community
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
Einl.	Einleitung
ELI	European Law Institute
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
endg.	endgültig
EPLJ	European Property Law Journal
ERPL	European Review of Private Law
Erwgr.	Erwägungsgrund
et al.	et alii
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuCML	Journal of European Consumer and Market Law

EuEheKindVO	Verordnung über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung
EuErbVO	Verordnung über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGVO/EuGVVO	Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuGVÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuInsVO	Verordnung über Insolvenzverfahren
EULA	End User License Agreement = Endnutzerlizenzvertrag
EuLF	The European Legal Forum
EUIPILLAR	European Private International Law Legal Application in Reality
EuUVO	Verordnung über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuVR	Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EVÜ	Europäisches Schuldvertragsübereinkommen
EWCA Civ	England and Wales, Court of Appeal, Civil Division (Neutral Citation)
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EWHC	England and Wales, High Court, Administrative Court (Neutral Citation)
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
F.2d	Federal Reporter, Second Series
F.3d	Federal Reporter, Third Series
f.	folgende
ff.	folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FIPPs	Fair Information Practice Principles
Fn.	Fußnote
GA	Generalanwalt
Ga.J. Int'l & Comp.L.	Georgia Journal of International and Comparative Law
GEK	Gemeinsames Europäisches Kaufrecht
Geo.L.J.	Georgetown Law Journal

GG	Grundgesetz
GmbH & Co. KG	Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Compagnie Kommanditgesellschaft
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
GRECA	Groupe de recherche européen sur la responsabilité civile et l'assurance
GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
Harv.L.Rev.	Harvard Law Review
Hg.	Herausgeber
HPÜ	Haager Produkthaftungsübereinkommen
HS	Halbsatz
HStVÜ	Haager Übereinkommen über das auf Straßenverkehrsunfälle anzuwendende Recht
ICANN UDRP	Internet Corporation for Assigned Names and Numbers Uniform Domain-Name Dispute-Resolution Policy
ICC	International Chamber of Commerce
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
i.d.F.	in der Fassung
i.e.S.	im engeren Sinne
IFSB	Islamic Financial Services Board
IUMLJ	International Islamic University Malaysia Law Journal
IMF	International Monetary Fund
Int'l	International
insb.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
i.S.	im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
ISDA	International Swaps and Derivatives Association
ISIM	International Institute for the Study of Islam in the Modern World
ISIS	Islamischer Staat im Irak und in Syrien
i.V.m.	in Verbindung mit
IVR	Internationale Vereinigung für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie
i.w.S.	im weiteren Sinne
IZVR	Internationales Zivilverfahrensrecht
J.	Journal
JB1	Juristische Blätter (Österreich)
JDI	Journal du Droit International
JETL	Journal of European Tort Law
JherJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JJZW	Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler
J. Marshall L.Q.	John Marshall Law Quarterly

J. of Leg. Plur.	Journal of Legal Pluralism
J.Priv.Int.L.	Journal of Private International Law
J.Pub.L.	Journal of Public Law
JSIJ	Jewish Studies, an Internet Journal
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht / Kommanditgesellschaft
KOM	Kommissionsdokumente
krit.	kritisch
KSzW	Kölner Schriften zum Wirtschaftsrecht
Leg.Stud.	Legal Studies
LG	Landgericht
lit.	littera
L.J.	Law Journal
LMK	Lindenmaier-Möhring – Kommentierte BGH-Rechtsprechung
LMU	Ludwig-Maximilians-Universität München
L.Rev.	Law Review
LSE	London School of Economics and Political Science
Md.L.Rev	Maryland Law Review
m.E.	meines Erachtens
Mich.J. Int'l L.	Michigan Journal of International Law
MMR	Multimedia und Recht
Mod.L.Rev	Modern Law Review
Mo.L.Rev.	Missouri Law Review
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NCCUSL	National Conference of Commissioners on Uniform State Laws
N.C.L.Rev.	North Carolina Law Review
n.F.	neue Fassung
NIPR	Nederlands Internationaal Privaatrecht
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
no.	number / numero
Nr.	Nummer
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
öDSG	Datenschutzgesetz (Österreich)
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht
o.V.	ohne Verfasser
P.2d	Pacific Reporter, Second Series

Pace Int'l L.Rev.	Pace International Law Review
PECL	Principles of European Contract Law
PEICL	Principles of European Insurance Contract Law
Penn.L.Rev.	University of Pennsylvania Law Review
PETL	Principles of European Tort Law
PHI	Produkthaftpflicht international
PICC	Unidroit Principles of International Commercial Contracts
ProdHaftG	Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte
ProdHaftRL	Richtlinie zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte
Q.B.	Queen's Bench
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RDV	Recht der Datenverarbeitung
Rec. des cours	Recueil des cours
Rev.crit. DIP	Revue critique de droit international privé
Rev.dr.unif.	Uniform Law Review / Revue de droit uniforme
Rev.int.dr.comp.	Revue international de droit comparé
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIDE	Revue internationale de droit économique
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rom I	Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
Rom II	Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
Rom III	Verordnung zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts
Rs.	Rechtssache
RTD eur	Revue trimestrielle de droit européen
RW	Rechtswissenschaft, Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung
Rz.	Randziffer
S.	Satz; Seite
Slg.	Sammlung
SMU Sci.Tech.L.Rev.	Southern Methodist University Science & Technology Law Review
SPE	Societas Privata Europaea
StGB	Strafgesetzbuch
str.	strittig
st.Rspr.	ständige Rechtsprechung
StVG	Straßenverkehrsgesetz
Suffolk U.L.Rev.	Suffolk University Law Review

SZ	Süddeutsche Zeitung
SZIER/RSDIE	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht
TLT	Transnational Legal Theory
TRG	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis
TRIPS	Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights
TTIP	Transatlantic Trade and Investment Partnership
Tul.L.Rev.	Tulane Law Review
u.a.	und andere; unter anderem
u.ä.	und ähnliche(s)
UCC	Uniform Commercial Code
U.Cin.L.Rev.	University of Cincinnati Law Review
UCITA	Uniform Computer Information Transactions Act
UK	United Kingdom
UKHL	United Kingdom House of Lords (Neutral Citation)
UN	United Nations
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law / Institut international pour l'unification du droit privé
UNIDROIT Principles	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts
U.S.	United States
USA	United States of America
usw.	und so weiter
u.v.a.	und viele andere
v.	von; vom; vor
Vand.L.Rev.	Vanderbilt Law Review
verb.	verbunden
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vol.	Volume
VuR	Verbraucher und Recht
WCT	WIPO Copyright Treaty
WIPO	World Intellectual Property Organization
WLR	Weekly Law Reports
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WTO	World Trade Organization
Y.B. Islamic & Middle E. L.	Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law
YbPIL	Yearbook of Private International Law
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht zum Beispiel
z.B.	
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins

ZD-Aktuell	Newsdienst ZD-Aktuell (ZD = Zeitschrift für Datenschutz)
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZIR	Zeitschrift Interne Revision
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRph	Zeitschrift für Rechtsphilosophie
ZSS (GA)	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZVersWiss	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht

Rechtssystemvergleichung

Christiane Wendehorst

I.	Der Begriff des Rechtssystems.....	2
1.	Hierarchische, teleologische und kommunikationstheoretische Systembegriffe.....	3
a)	Hierarchische Systembegriffe.....	3
b)	Teleologische Systembegriffe.....	3
c)	Kommunikationstheoretische Systembegriffe.....	4
2.	Identifizierung von Rechtssystemen unterschiedlicher Natur.....	5
a)	Nationale Rechtssysteme.....	5
b)	Religiöse und indigene Rechte.....	5
c)	Inter-, supra- und transnationale Rechtssysteme.....	6
II.	Beispiele von Rechtssystemvergleichung jenseits klassischer Rechtsvergleichung.....	8
1.	Allgemeine Rechtsgrundsätze des Privatrechts in der EU.....	8
a)	Allgemeine Rechtsgrundsätze des Unionsrechts.....	8
b)	Ungerechtfertigte Bereicherung und Rechtsmissbrauchsverbot als Beispiele ..	10
c)	Erkenntnisschärfung durch Rechtssystemvergleichung.....	12
2.	Internationale Kompetenzkonflikte in Zivilsachen und in Strafsachen.....	13
a)	Europäische Zuständigkeitsordnung in Zivilsachen.....	13
b)	Europäische Zuständigkeitsordnung in Strafsachen.....	15
c)	Rechtssystemvergleichende Unterstützung von Reformüberlegungen.....	16
3.	Die aktuelle Diskussion um ein Dateneigentum.....	17
a)	Hintergrund und Problemstellung.....	18
b)	Datenschutzrecht, Immaterialgüterrecht, und andere Rechtssysteme.....	19
c)	Rechtssystemvergleichung als Entscheidungshilfe.....	22
4.	Schuldvertrags-, Urheber- und Datenschutzrecht bei digitalen Produkten.....	23
a)	Hintergrund und Problemstellung.....	24
b)	Schuldvertragsrecht, Urheberrecht und Datenschutzrecht.....	24
c)	Rechtssystemvergleichung als Weg zu einer integrierten Lösung.....	27
III.	Verhältnis zu inter-nationaler Rechtsvergleichung.....	28
1.	Einwände von Alltäglichkeit bis Irrelevanz.....	28
2.	Methodische Vergleichbarkeit.....	29
a)	Die Frage nach dem <i>tertium comparationis</i>	30
b)	Universalität der funktionalen Methode.....	30
c)	Kulturalismus als Nationalismus?.....	32
d)	Übertragbarkeit von Methodendiskussionen.....	33
3.	Abgrenzung zur internen Rechtsvergleichung?.....	34
4.	Rechtssystemvergleichung als dynamisches Element.....	35
IV.	Thesen.....	36

Wäre Guglielmis allegorisches Deckenfresko der Jurisprudenz in der Aula der alten Wiener Universität¹ neu zu malen, und bemühte sich der Künstler um eine Personifizierung der Rechtsvergleichung, so trüge sie fast unausweichlich die Züge von *Hein Kötz*. Insbesondere die „Einführung in die Rechtsvergleichung“² hat als alternativloses Standardwerk das Bild von ganzen Juristengenerationen geprägt, und infolge der zahlreichen Übersetzungen auch das Bild von Rechtsvergleichung weltweit.

Und um verschiedene Zukunftsperspektiven dieser Rechtsvergleichung geht es in diesem Band. Schlagen wir das schon genannte Standardwerk auf, so finden wir dort auf den ersten Seiten eine Definition: Danach „stellt sich die Rechtsvergleichung zunächst dar als das Miteinandervergleichen von verschiedenen Rechtsordnungen der Welt“.³ Wir lesen unwillkürlich, ohne dass dies explizit so formuliert wäre: von verschiedenen *nationalen* Rechtsordnungen der Welt. Oder zumindest: nach ihrem territorialen Geltungsanspruch definierten Rechtsordnungen. Was sonst?

Im Kommenden werde ich zeigen, erstens: dass sich die funktional rechtsvergleichende Methode längst nicht auf national definierte Rechtsordnungen bzw. Rechtssysteme beschränkt; zweitens: dass dies in immer mehr aktuellen Forschungsfragen eine Rolle spielt; und drittens: dass dies ein Vorgang ist, der aufgrund seiner methodischen Eigenheiten und des übernationalen Charakters der meisten Forschungsfragen in die Hände des Rechtsvergleichers gehört und dessen Arbeitsfeld zu erweitern vermag.

I. Der Begriff des Rechtssystems

Systemgedanke und Systembegriff haben die Rechtswissenschaft immer wieder beschäftigt. Ohne an dieser Stelle einen umfassenden Überblick geben zu können, lassen sich bei näherem Hinsehen doch vornehmlich drei Gruppen von Systembegriffen unterscheiden: hierarchische, teleologische und kommunikationstheoretische.

¹ Heute Sitz der Österreichischen Akademie der Wissenschaften; Deckenfresken von *Gregorio Guglielmi*, 1755, siehe <www.oeaw.ac.at/fileadmin/NEWS/2013/pdf/OeAW-Hauptsitz-Folder_dt.pdf>.

² *K. Zweigert/H. Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung (3. Aufl., 1996).

³ *Zweigert/Kötz* (Fn. 2), 2.

1. Hierarchische, teleologische und kommunikationstheoretische Systembegriffe

a) Hierarchische Systembegriffe

Was zunächst hierarchische Systembegriffe anbelangt, so beruhen sie auf dem Gedanken der Erzeugung und Legitimation von Normen durch höherrangige Normen, was letztlich in den Gedanken einer kelsenianischen Grundnorm⁴ oder *rule of recognition* nach *H.L.A. Hart*⁵ münden muss. Bestandteil eines Rechtssystems sind danach erstens nur Normen und zweitens nur solche Normen, welche ihre Geltung wenigstens mittelbar aus derselben Grundnorm oder obersten *rule of recognition* ableiten können.⁶ Integraler Bestandteil eines solchen Systemverständnisses ist das eines Stufenbaus.⁷ Inhaltlich müssen diese Normen im Übrigen nicht viel gemeinsam haben. Selbstredend können hierarchisch definierte Systeme auch Subsysteme aufweisen, die jeweils aus allen Normen bestehen, welche sich ihrerseits auf eine bestimmte höherrangige Norm stützen lassen.

b) Teleologische Systembegriffe

Hierarchische Systembegriffe à la Kelsen und Hart sind allerdings nicht die einzig möglichen Systembegriffe. Wenig von Hierarchie schwingt etwa mit in den vollkommen anderen Systemkonzeptionen eines *Canaris*,⁸ *Bydlinski*⁹ oder *Ronald Dworkin*.¹⁰ Ordnung und Einheit, die etwa Canaris als die unverzichtbaren Bestandteile jedes Systems definiert,¹¹ werden hier hergestellt durch einheitsstiftende Werte und Prinzipien. Rechtssysteme sind nicht definiert durch die Ableitung von einem gemeinsamen Geltungsgrund, sondern als axiologische oder teleologische Ordnung allgemeiner Rechtsprinzipien.¹² Die wertungsmäßige Einheit und Folgerichtigkeit der Rechtsordnung, oder *integrity of the law*,¹³ vor dem Hintergrund dieser Rechtsprinzipien bildet die Grundlage des Systems. Nun kann wenig Zweifel daran bestehen, dass so-

⁴ *H. Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (1934), 66 ff.

⁵ *H.L.A. Hart*, *The Concept of Law* (2. Aufl., 1994), 100 ff.

⁶ Im Wesentlichen zustimmend *J. Raz*, *The Concept of Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System; ders.*, *The Identity of Legal Systems* *California Law Review* 59 (1971), 795.

⁷ *Kelsen* (Fn. 4), 73 ff.

⁸ *C.-W. Canaris*, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz* (2. Aufl., 1983).

⁹ *F. Bydlinski*, *System und Prinzipien des Privatrechts* (1996).

¹⁰ Vor allem *R. Dworkin*, *Law's Empire* (1986).

¹¹ *Canaris* (Fn. 8), 11 ff.

¹² *Canaris* (Fn. 8), 40 ff.; im Prinzip ähnlich, aber mit Abweichungen und Einwänden im Detail *Bydlinski* (Fn. 9), 37 ff., der auch zutreffend zwischen „äußerem System“ (der Gliederung des Rechtsstoffs) und „innerem System“ differenziert.

¹³ *Dworkin* (Fn. 10), 176 ff.

wohl ein Canaris als auch ein Dworkin ihre Konzepte in erster Linie vor dem Hintergrund nationaler Rechtssysteme, konkret der deutschen und der US-amerikanischen Rechtsordnung, entwickelt haben. Rein prinzipiell gesehen kommen diese Systemkonzeptionen aber ohne nationalstaatlichen Kontext aus, sollten sich andere Zusammenhänge finden, die durch ähnlich starke, oder gar noch stärkere, einheitsstiftende Rechtsprinzipien gekennzeichnet sind.

c) *Kommunikationstheoretische Systembegriffe*

Erst recht gilt dies für kommunikationstheoretische Systembegriffe, wie sie die Systemtheorie eines Niklas Luhmann¹⁴ verwendet und wie sie etwa Teubner¹⁵ und in jüngerer Zeit Graf-Peter Calliess¹⁶ weiterentwickelt haben. Die Systemtheorie betrachtet das Recht als Teilsystem des Gesellschaftssystems, das neben andere Teilsysteme tritt, etwa Politik oder Wirtschaft. Es ist gekennzeichnet durch einen Fluss selbstreferentieller Kommunikationen, die sich durch eine bestimmte Kodierung – nach Luhmann die binäre Kodierung Recht/Unrecht¹⁷ – von anderen Kommunikationen unterscheiden und nach außen operativ abgrenzen. Der Fluss selbstreferentieller Kommunikationen unter Bedingungen operationaler Geschlossenheit¹⁸ führt zu einer autopoietischen Reproduktion und zur Ausdifferenzierung des Rechtssystems.¹⁹ Nun ist auch die Systemtheorie ursprünglich nicht primär als Gegenentwurf zum Nationalstaat entwickelt worden. Es ist jedoch unschwer zu erkennen, dass ihr Systembegriff ohne Nationalstaat auskommt, ja diesen als Referenzrahmen prinzipiell infrage stellt.²⁰ So ist es auch nicht verwunderlich, dass die Systemtheorie einen von mehreren Grundsteinen gelegt hat für die Forschung zum Phänomen transnationalen Rechts,²¹ die in den letzten Jahren enormen Aufschwung erlebt hat.

¹⁴ Schrittweise entwickelt, zusammengefasst in *N. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft* (1995).

¹⁵ *G. Teubner, Recht als autopoietisches System* (1989).

¹⁶ Etwa *G.-P. Calliess, Prozedurales Recht* (1999); *ders./P. Zumbansen* (Hg.), *Rough Consensus & Running Code – A Theory of Transnational Law* (2010); *ders.*, *Transnationales Recht* (2014).

¹⁷ *Luhmann* (Fn. 14), 165 ff.

¹⁸ *Luhmann* (Fn. 14), 38 ff.

¹⁹ *Teubner* (Fn. 15), 36 ff.; *Luhmann* (Fn. 14), 239 ff.

²⁰ Etwa *G. Teubner, Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus*, *Rechtshistorisches Journal* 15 (1996), 253; *ders.* *Global Law Without a State* (1997).

²¹ Für einige Beispiele siehe nur Fn. 16 und 20.

2. Identifizierung von Rechtssystemen unterschiedlicher Natur

Und damit wären wir beim Punkt angelangt: Recht ist längst nicht mehr zwingend nationalstaatliches Recht, und Rechtssysteme sind längst nicht mehr zwingend *nationale* Rechtssysteme.²²

a) Nationale Rechtssysteme

Nationale Rechtsordnungen sind in unserem Bewusstsein deswegen besonders präsent, weil sie sowohl die Merkmale hierarchischer Systembegriffe als auch die Merkmale teleologischer und kommunikationstheoretischer Systembegriffe erfüllen. Dabei steht das hierarchische Systemverständnis im Vordergrund, erlaubt doch die Ableitung von Normen aus höherrangigen Normen und letztlich aus der Verfassung als der positivrechtlich höchsten Stufe von Normen einer einzelstaatlichen Rechtsordnung²³ zwanglos die Differenzierung zwischen Normen, die einem bestimmten nationalen Rechtssystem angehören, von solchen Normen, die dies nicht tun. Vermittelt über die in der Verfassung vorgegebenen Werte und Grundprinzipien und weitere wichtige Zielsetzungen, wie derjenigen der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung, erfüllen nationale Rechtsordnungen aber auch bis zu einem gewissen Grade den teleologischen Systembegriff. Schließlich hat der juristische Diskurs in den letzten Jahrhunderten eine Nationalisierung erfahren, die an der Existenz operational geschlossener Diskurse nicht zweifeln lässt. Die besonders klare Abgegrenztheit nationaler Rechtssysteme verbunden mit dem Umstand, dass jede Rechtsordnung präsumtiv sehr ähnliche Lebensprobleme zu lösen hat,²⁴ macht sie zum eigentlichen und wichtigsten Gegenstand vergleichender Rechtswissenschaft.

b) Religiöse und indigene Rechte

Dass auch religiöse Rechte, indigene Rechte usw. dem Begriff des Rechtssystems unterfallen, ja dass sie auch lohnende Gegenstände der Rechtsvergleichung im klassischen Sinne sein können und nicht etwa allein der Rechtssoziologie oder Rechtsethnologie zuzuschlagen sind, wird heute kaum noch bezweifelt.²⁵ Das liegt daran, dass diese Rechte prinzipiell hierarchisch aufgebaut sind, üblicherweise eine Vielfalt von Lebenssachverhalten regeln und

²² Vgl. nur etwa die Beiträge in *N. Jansen/R. Michaels* (Hg.), *Beyond the State: Rethinking Private Law* (2008); *J. Schwarze* (Hg.), *Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts*, Teilband 1: Beiträge zum Öffentlichen Recht, Europarecht, Arbeits- und Sozialrecht und Strafrecht (2008); *R. Zimmermann* (Hg.), *Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts*, Teilband 2: Nichtstaatliches Privatrecht: Geltung und Genese (2008).

²³ *Kelsen* (Fn. 4), 70 ff., 73 ff.

²⁴ *Zweigert/Kötz* (Fn. 2), 33 ff.

²⁵ Dazu eingehend *R. Michaels*, in diesem Band S. 39 ff. m.w.N.

sich nur in ihrem Geltungsgrund von national-staatlichem Recht unterscheiden. Unwillkürlich schwingt auch hier der Gedanke an eine Grundnorm oder *rule of recognition* mit. Die Scharia etwa mag in vielen Punkten anders sein als die meisten national-staatlichen Rechte. Sie ist ihnen aber insofern strukturell ähnlich, als sie prinzipiell alle oder die meisten Aspekte des menschlichen Lebens erfasst und sich einheitlich auf den Koran und auf die Überlieferung vom normsetzenden Reden und Handeln Mohammeds zurückführt. Dass religiöse oder indigene Rechte normalerweise – oft sogar in höherem Maße als staatliches Recht – durch Einheit stiftende Prinzipien gekennzeichnet sind und einen eigenen, operational oft allzu geschlossenen Diskurs pflegen, bedarf kaum der Erwähnung.

c) *Inter-, supra- und transnationale Rechtssysteme*

Sobald wir uns von streng nationalen Vorstellungen eines Rechtssystems trennen, sehen wir allerdings überall Rechtssysteme, die gleichsam quer zu den Konturen nationaler Rechtsordnungen verlaufen. Sie zeichnen sich aus durch eine teleologische Ordnung einheitsstiftender Rechtsprinzipien, noch mehr aber durch selbstreferentielle Kommunikationen, die sich durch eine bestimmte Codierung (Begrifflichkeit usw.) von anderen Kommunikationen unterscheiden. Teilweise finden sich auch hier hierarchische Strukturen. Einem derartigen, übernationalen Systembegriff genügen zweifellos beispielsweise das Völkerrecht oder das Europarecht.

Dass allerdings auch etwa dem Europäischen Vertragsrecht Systemcharakter zukommt, lässt sich kaum noch bestreiten, was durch das gerade in zweiter Auflage erschienene Lehrbuch „Europäisches Vertragsrecht“ von Hein Kötz²⁶ unterstrichen wird. Insbesondere mit den *Principles of European Contract Law* (PECL),²⁷ den *Principles of European Insurance Contract Law* (PEICL),²⁸ dem *Draft Common Frame of Reference* (DCFR)²⁹ und dem immerhin zum Gegenstand mehrerer Kommentierungen gewordenen Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (CESL),³⁰ hat sich mittlerweile

²⁶ H. Kötz, *Europäisches Vertragsrecht* (2. Aufl., 2015).

²⁷ O. Lando/H. Beale (Hg.), *Principles of European Contract Law* (Bd. I und II, 2000); O. Lando/E. Clive/A. Prüm/R. Zimmermann (Hg.), *Principles of European Contract Law* (Bd. III, 2003).

²⁸ J. Basedow/J. Birds/M. Clarke/H. Cousy/H. Heiss/L. Loacker (Hg.), *Principles of European Insurance Contract Law* (PEICL) (2. Aufl., 2016).

²⁹ C. v. Bar/E. Clive (Hg.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference* (DCFR), Full Edition (2009).

³⁰ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM(2011) 635 endgültig.

ein in mehrere Textstufen gestaffelter,³¹ weitgehend selbstreferentieller Diskurs herausgebildet, der von internationaler Ebene insbesondere durch das UN-Kaufrecht (CISG) und die UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts* (PICC)³² verstärkt wird. Nicht zuletzt die *Principes contractuels communs*³³ haben gemeinsame Grundprinzipien des Europäischen Vertragsrechts formuliert.

Ob das Gleiche bereits für das gesamte Europäische Privatrecht gesagt werden kann, ist weniger eindeutig. Immerhin sprechen zahlreiche wissenschaftliche Netzwerke, Zeitschriften, Textbücher und Einrichtungen dafür. Von einem Konsens hinsichtlich der tragenden Grundprinzipien kann allerdings noch nicht unbedingt gesprochen werden, nachdem sich teilweise konkurrierende Entwürfe gegenüber stehen, wie im Bereich der außervertraglichen Schadenshaftung die *Principles of European Tort Law* (PETL)³⁴ einerseits und der DCFR andererseits, und viele Gebiete allein vom DCFR abgedeckt werden, der die *scientific community* wie kaum ein anderer Referenztext gespalten hat. Mit einiger Vorsicht wird man dennoch zumindest von einem im Entstehen begriffenen Rechtssystem sprechen können.

Als dergestalt „horizontale“ Rechtssysteme wird man aber auch weitere transnationale Strukturen bezeichnen dürfen, die sich durch übernationale Referenztexte und Prinzipien und eine im Wesentlichen geschlossene *legal community* bzw. *scientific community* mit eigener Begrifflichkeit auszeichnen. Beispiele wären etwa das Immaterialgüterrecht oder das Wettbewerbsrecht. Die Abgrenzung zwischen derartigen Rechtssystemen im weiteren Sinne zu bloßen Teildiskursen, akademischen Schulen usw. mag fließend sein, ist für die Aussage dieses Beitrags aber letztlich von untergeordneter Bedeutung.

³¹ R. Zimmermann, Textstufen in der modernen Entwicklung des europäischen Privatrechts, EuZW 2009, 319 ff.; N. Jansen/R. Zimmermann, Vertragsschluss und Irrtum im europäischen Vertragsrecht, Textstufen transnationaler Modellregelungen, AcP 210 (2010), 196 ff.; R. Zimmermann, Die Auslegung von Verträgen, Textstufen transnationaler Modellregelungen, in: Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag (2010), 1353 ff.; J. Kleinschmidt, Die Bestimmung durch einen Dritten im Europäischen Vertragsrecht: Textstufen transnationaler Modellregelungen, RabelsZ 76 (2012), 785 ff.

³² *International Institute for the Unification of Private Law* (Hg.), UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2010).

³³ *Société de législation comparé* (Hg.), *Principes contractuels communs* (7. Aufl., 2008).

³⁴ *European Group on Tort Law* (Hg.), *Principles of European Tort Law* (2005).

II. Beispiele von Rechtssystemvergleichung jenseits klassischer Rechtsvergleichung

Haben wir den kontra-intuitiven Schritt, andere als national abgegrenzte Rechtssysteme anzuerkennen, einmal vollzogen, stellt sich unwillkürlich auch die Frage nach deren wissenschaftlicher Vergleichung. Die Rechtsvergleichung klassischer Prägung, die sich ja primär als Vergleichung verschiedener *national* definierter Rechtsordnungen versteht, wäre möglicherweise nichts anderes als ein besonders markanter Unterfall der Rechtssystemvergleichung, auch wenn sie immer den mit Abstand wichtigsten Unterfall darstellen muss. Dass es tatsächlich gerechtfertigt ist, die Vergleichung anderer als national abgegrenzter Rechtssysteme wissenschaftlich zu betreiben, verlangt allerdings nach Begründung. Daher sollen im Folgenden skizzenhaft einige Beispiele für komparative Forschungsfragen beschrieben werden, die sich von klassischer Rechtsvergleichung im Wesentlichen dadurch unterscheiden, dass die jeweiligen Gegenstände des Vergleichs anders als national definiert und abgegrenzt sind.

1. *Allgemeine Rechtsgrundsätze des Privatrechts in der EU*

Wie jede Form der Rechtsvergleichung kann auch eine weiter verstandene Rechtssystemvergleichung zunächst der zweckfreien wissenschaftlichen Erkenntnisschärfung dienen. Als Beispiel für eine Fragestellung, die sich relativ nah an Fragestellungen klassischer Rechtsvergleichung bewegt, könnte in diesem Zusammenhang die Vergleichung allgemeiner privatrechtlicher Rechtsgrundsätze in Europa genannt werden, und zwar einerseits, soweit diese vom Gerichtshof als allgemeine Rechtsgrundsätze des Unionsrechts erkannt wurden, und andererseits, soweit im Wege wissenschaftlicher Rechtsvergleichung – wie oben näher erläutert – ein eigenes Rechtssystem des Europäischen Privatrechts im Entstehen begriffen ist.

a) *Allgemeine Rechtsgrundsätze des Unionsrechts*

Das Unionsrecht stellt sicherlich ein Rechtssystem im nicht-nationalen Sinne dar, das sogar weitgehend dem hierarchischen Systembegriff genügt. Dabei ist das ranghöchste Recht das Primärrecht. Es umfasst im Wesentlichen die Verträge zur Gründung der Europäischen Union sowie sämtliche nachfolgenden Verträge und Rechtsakte zu ihrer Änderung oder Ergänzung, jeweils einschließlich der Protokolle. Seit dem Vertrag von Lissabon hat auch die Charta der Grundrechte der EU den Rang echten Primärrechts. Sekundäres Unionsrecht sind demgegenüber alle Rechtsakte der Unionsorgane, die auf Rechtsquellen im Primärrecht beruhen bzw. aufgrund einer Ermächtigung

durch einen anderen Rechtsakt erlassen worden sind; die Formen möglicher Sekundärrechtsakte sind in Art. 288 AEUV aufgeführt.

Eine Rechtsquelle eigener Art stellen die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Unionsrechts dar. Gemeinsam mit dem Völkerrecht bilden sie das subsidiäre Unionsrecht, das vom Gerichtshof dann herangezogen wird, wenn das geschriebene Unionsrecht sich als lückenhaft oder in gesteigertem Maße interpretationsbedürftig erweist. Der Gerichtshof leitet allgemeine Rechtsgrundsätze der Union teilweise aus einer Gesamtschau des einschlägigen Primär- und Sekundärrechts selbst ab, teilweise aus dem Völkerrecht. Einen besonders wichtigen Sonderfall bildeten stets die Grundrechte.³⁵ Wichtiger im vorliegenden Zusammenhang ist die rechtsvergleichende Destillation allgemeiner Rechtsgrundsätze aus einer Zusammenschau aller oder zumindest der meisten mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen. Zu den so abgeleiteten Rechtsgrundsätzen gehören etwa die Rechtssicherheit und der Vertrauensschutz gegen unvorhersehbare Rechtsänderungen. Art. 340 Abs. 2 und 3 AEUV verweisen zudem explizit auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind, was die außervertragliche Haftung der Union anbelangt. Allgemeine Rechtsgrundsätze werden induktiv abgeleitet. Nach dem Gerichtshof kommt ihnen in der Union Verfassungsrang zu, d.h. der Rang von Primärrecht.³⁶

Schrittweise hat der Gerichtshof allgemeine Rechtsgrundsätze anerkannt, die eine funktionale Entsprechung im Privatrecht der Mitgliedstaaten haben. Herausgearbeitet wurde sie von Akteuren, die überwiegend nicht einem privatrechtlichen Diskurs angehören, in einem eher öffentlichrechtlich geprägten Kontext, ohne nachvollziehbaren Rückgriff auf Vorarbeiten aus dem europäischen Privatrecht und eindeutig innerhalb des Systems des EU-Rechts.³⁷ In der Entscheidung *Audiolux*³⁸ hat der Gerichtshof die Anforderungen dargelegt: Es ging dabei um die Frage, ob ein allgemeiner Rechtsgrundsatz der Gleichbehandlung von Aktionären existiert; der Gerichtshof hat die Frage verneint. Die Existenz von verschiedenen unionsrechtlichen Regelungen, die

³⁵ Gemäß Art. 6 EUV bleiben die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten allgemeine Grundsätze des Unionsrechts und ergänzen die Grundrechte nach der Charta.

³⁶ So u.a. EuGH, 15.10.2009, C-101/08 (*Audiolux*), Slg. 2009, I-9823, Rz. 63. Die Literatur geht richtigerweise davon aus, dass es allgemeine Rechtsgrundsätze auf allen Ebenen geben muss, vgl. A. Metzger, *Extra legem, intra ius – Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht* (2009), 352 ff.; A. Hartkamp, *The General Principles of EU Law and Private Law*, *RabelsZ* 75 (2011), 241, 248 ff.; S. Martens, *Methodenlehre des Unionsrechts* (2013), 155 f. m.w.N.

³⁷ Dazu näher T. Tridimas, *The General Principles of EU Law* (2. Aufl., 2006) 25 ff.; allgemein zur Ableitung allgemeiner Rechtsgrundsätze im Gemeinschaftsprivatrecht siehe Metzger (Fn. 36), 367 ff.

³⁸ EuGH, *Audiolux* (Fn. 36).

als Ausdruck eines materiellen Rechtsprinzips gedeutet werden könnten, wiese nur dann auf einen entsprechenden allgemeinen Rechtsgrundsatz hin, wenn die Regelungen einerseits zwingend formuliert und hinreichend konkret sind, um eine allgemeine Anwendung zu ermöglichen.³⁹ Andererseits müsse der betreffende Grundsatz einen Grad an Allgemeingültigkeit besitzen, wie er typischerweise Verfassungsbestimmungen zukommt.⁴⁰

b) Ungerechtfertigte Bereicherung und Rechtsmissbrauchsverbot als Beispiele

Einzelne allgemeine Rechtsgrundsätze des Unionsrechts und Prinzipien Europäischen Privatrechts weisen funktionale Ähnlichkeit auf, und sie stützen sich teilweise beide auf eine rechtsvergleichende Zusammenschau der einzelnen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen. Als Beispiele seien etwa das Verbot des Rechtsmissbrauchs oder die unionsrechtliche Bereicherungshaftung angeführt.

Dem Einwand des Rechtsmissbrauchs kommt nach überwiegender Meinung die Qualität eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes der Union zu.⁴¹ In der Rechtssache *Kefalas*⁴² formulierte der Gerichtshof Kriterien: Danach könne Rechtsmissbrauch, der eine Ausübung unionsrechtlich garantierter Rechtspositionen ausschließen kann, vorliegen, wenn der Betreffende mit seiner Rechtsausübung widerrechtliche Vorteile zum Nachteil eines anderen zu erlangen sucht, die mit dem Zweck des ausgeübten Rechts offensichtlich unvereinbar sind.⁴³ Die Entscheidung wurde später in der wesentlich gleich gelagerten Rechtssache *Diamantis*⁴⁴ bestätigt. Umstritten ist das weitere Er-

³⁹ EuGH, *Audiolux* (Fn. 36), Rz. 34.

⁴⁰ EuGH, *Audiolux* (Fn. 36), Rz. 63.

⁴¹ Eingehend und differenzierend S. Vogenauer, The Prohibition of Abuse of Law: An Emerging General Principle of EU Law, in: R. de La Feria/S. Vogenauer (Hg.), *Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?* (2011), 36 ff. Wie hier etwa M. Schmidt-Kessel, *Rechtsmissbrauch im Gemeinschaftsprivatrecht – Folgerungen aus den Rechtssachen Kefalas und Diamantis*, JJZW 2000, 61 ff., 79; A. Lenaerts, *The General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights: A Critical Position on its Role in a Codified European Contract Law*, ERPL 18 (2010), 1121 ff.; Schlussanträge von GA P. Maduro in EuGH, 21.2.2006, C-255/02 (*Halifax*), Slg. 2006, I-01609, Rz. 64. Dagegen etwa A. Zimmermann, *Das Rechtsmissbrauchsverbot im Recht der Europäischen Gemeinschaften* (2002); L. Baudenbacher, *Überlegungen zum Verbot des Rechtsmissbrauchs im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, ZfRV 2008, 205, 218; J. Rybarz, *Billigkeitserwägungen im Kontext des Europäischen Privatrechts* (2011), 166, 178.

⁴² EuGH, 12.5.1998, C-367/96 (*Kefalas*), Slg. 1998, I-02843, besonders Rz. 28, umfassend dazu Schmidt-Kessel, JJZW 2000, 61 ff.

⁴³ Vgl. Schmidt-Kessel, JJZW 2000, 61, 68 f.; Rybarz (Fn. 41), 174.

⁴⁴ EuGH, 23.3.2000, C-373/97 (*Diamantis*), Slg. 2000, I-01705.

fordernis eines subjektiven Elements,⁴⁵ das der Gerichtshof in Urteilen wie *Emsland-Stärke*⁴⁶ oder *Halifax*⁴⁷ herangezogen hat: Danach setze Rechtsmissbrauch die Absicht der Vorteilsverschaffung voraus, indem die entsprechenden Voraussetzungen – soweit nach Maßgabe objektiver Anhaltspunkte ersichtlich – willkürlich geschaffen werden.⁴⁸

Auch das Verbot ungerechtfertigter Bereicherung stellt nach ständiger Rechtsprechung der europäischen Gerichte an sich einen allgemeinen Rechtsgrundsatz der Union dar⁴⁹ und kann sowohl eine rechtshindernde Einwendung darstellen als auch eigenständige Ansprüche auf Herausgabe begründen. Für die Voraussetzungen im Einzelnen sind die vom Gerichtshof etwa in *Masdar (UK)*⁵⁰ entwickelten und in *Agrana Zucker*⁵¹ u.a. bestätigten Grundsätze einschlägig. Danach handelt es sich bei der unionsrechtlichen Bereicherungshaftung um eine Form außervertraglicher Haftung, die weder Rechtswidrigkeit noch Verschulden auf der Seite des Anspruchsgegners voraussetzt,⁵² die aber dennoch primär eine *nachteilsorientierte* Haftung darstellt, was sich im Übrigen auch in der Terminologie und Systematik der Rom II-Verordnung widerspiegelt.⁵³ Das Fehlen von Rechtswidrigkeit und Verschulden auf der Seite des Anspruchsgegners wird kompensiert durch einen bei ihm verbliebenen und auf dem Nachteil des Anspruchstellers beruhenden Vorteil, der jeder Rechtsgrundlage entbehrt. Es geht also auch bei der unionsrechtlichen Bereicherungshaftung nicht um den Ausgleich einer *ungerechten* Bereicherung (*unjust enrichment*), sondern um *ungerechtfertigte* Bereicherung (*unjustified enrichment*).⁵⁴

⁴⁵ Str., vgl. zur Ablehnung eines echten subjektiven Elements statt vieler *Schmidt-Kessel*, JJZW 2000, 61, 68 f.

⁴⁶ EuGH, 14.12.2000, C-110/99 (*Emsland-Stärke*), Slg. 2000, I-11569.

⁴⁷ EuGH, 21.2.2006, C-255/02 (*Halifax*), Slg. 2006, I-01609.

⁴⁸ EuGH, *Halifax* (Fn. 47), Rz. 75, 86.

⁴⁹ EuGH, 10.7.1990, C-259/87 (*Griechenland/Kommission*), Slg. 1990, I-2845, Rz. 26; EuGH 17.7.1997, C-97/95 (*Pascoal & Filhos Ld/Fazenda Pública*), Slg. 1997, I-04209, Rz. 53 f.; EuG 23.11.2004, T-166/98 (*Cantina sociale di Dolianova/Kommission*), Slg. 2004, II-3998, Rz. 160; S. Lorenz, in: Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch (2007), Vor § 812 BGB Rz. 27a; C. Wendehorst, in: Beck'scher Online-Kommentar, Version 33 (2014), § 812 Rz. 10.

⁵⁰ EuGH, 16.12.2008, C-47/07 (*Masdar UK*), Slg. 2008, I-9761.

⁵¹ EuGH, 28.7.2011, C-309/10 (*Agrana Zucker GmbH*), Slg. 2011, I-07333.

⁵² EuGH, *Masdar* (Fn. 50), Rz. 44 ff.

⁵³ Vgl. nur Erwägungsgrund (29) der Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II), ABl. 2007 L 199/40.

⁵⁴ D. Johnston/R. Zimmermann, Unjustified enrichment: surveying the landscape, in: dies. (Hg.), Unjustified Enrichment – Key Issues in Comparative Perspective (2002), 1, 3 ff.; T. Krebs, Restitution at the Crossroads: A Comparative Study (2001); S. Meier, Unjust Factors and Legal Grounds, in: Johnston/Zimmermann (Hg.) (diese Fn.), 37 ff.; dies.,

c) *Erkenntnisschärfung durch Rechtssystemvergleichung*

Sowohl auf unionsrechtlicher Seite als auch auf der Seite des Europäischen Privatrechts können die Grundsätze des Rechtsmissbrauchsverbots und der ungerechtfertigten Bereicherung noch nicht als gefestigt angesehen werden. Das gilt für das Unionsrecht schon aufgrund der teilweise etwas erratischen Entstehungsbedingungen allgemeiner Rechtsgrundsätze, für das Europäische Privatrecht in Ermangelung konsensfähiger Referenztexte. Gerade deswegen kann der Vergleich beider anders als national definierter Rechtssysteme – des supranationalen Rechtssystems des Unionsrechts einerseits und des transnationalen Rechtssystems des Europäischen Privatrechts andererseits – der Erkenntnisschärfung und Selbstvergewisserung dienlich sein.

So ist etwa um die Existenz eines Prinzips von Treu und Glauben im Europäischen Vertragsrecht lange gerungen worden⁵⁵ und scheint mittlerweile sogar das englische Recht einzulenken, doch fehlt es an einer Formulierung eines – damit nicht ganz identischen – übergreifenden Rechtsmissbrauchsverbots. Der Blick auf das Unionsrecht könnte hier zu einer Nachschärfung anregen, zumal möglicherweise nur das im Vergleich zu Treu und Glauben viel härter formulierte Rechtsmissbrauchsverbot geeignet ist, klare Anordnungen beispielsweise verbraucherrechtlichen Regulierungsrechts zu überspielen.⁵⁶

Was das Bereicherungs- bzw. Restitutionsrecht anbelangt, so zeichnen sich zwei Grundströmungen ab: das tendenziell am pandektistischen System orientierte Bereicherungsrecht in Buch VII des DCFR⁵⁷ einerseits und andererseits eine Auflösung des Bereicherungsrechts als eigener kodifikatorischer Kategorie, die teilweise aus funktionalen,⁵⁸ in jüngerer Zeit auch aus historischen Überlegungen heraus⁵⁹ befürwortet wird. Danach ist die Rückabwicklung

Irrtum und Zweckverfehlung: Die Rolle der unjust-Gründe bei rechtsgrundlosen Leistungen im englischen Recht (1999); dieser folgend schließlich auch *P. Birks*, *Unjust Enrichment* (2. Aufl., 2005), 101 ff.

⁵⁵ *R. Zimmermann/S. Whittaker* (Hg.), *Good Faith in European Contract Law* (2000); *H. Collins*, *Good Faith in European Contract Law*, *Oxford Journal of Legal Studies* 14 (1994), 229–254; *M. Auer*, *Good faith: a semiotic approach*, *ERPL* 10 (2002), 279 ff.

⁵⁶ *C. Wendehorst*, *Ist das neue Verbraucherrecht noch zu retten?*, *Zur möglichen Grundrechtswidrigkeit der Verbraucherrechterichtlinie*, *GPR* 2015, 55, 58 ff.

⁵⁷ *v. Bar/Clive* (Fn. 29), Bd. 4, S. 3843 ff.; dazu kritisch *C. Wendehorst*, *The Draft Principles of Unjustified Enrichment Law Prepared by the Study Group on a European Civil Code: A Comment*, in: *ERA-Forum* 2/2006, 244 ff.; *dies.*, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, in: *R. Schulze/C. v. Bar/H. Schulte-Nölke* (Hg.), *Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen* (2008), 215 ff.

⁵⁸ *C. Wendehorst*, *No Headaches over Unjust Enrichment: Response to Daniel Friedmann*, in: *K. Siehr/R. Zimmermann* (Hg.), *The Draft Civil Code for Israel in Comparative Perspective* (2008), 114, 121 ff.; *dies.*, *Ungerechtfertigte Bereicherung* (Fn. 57), 253 ff.

⁵⁹ *N. Jansen*, *The Concept of Non-Contractual Obligations: Rethinking the Divisions of Tort, Unjustified Enrichment, and Contract Law*, *JETL* 2010, 16 ff.; *ders.*, *Gesetzliche Schuldverhältnisse: eine historische Strukturanalyse*, *AcP* 216 (2016) (im Erscheinen).

gegenseitiger Verträge ohnehin genuines Vertragsrecht,⁶⁰ die Rückforderung rechtsgrundloser Leistungen integraler Teil des Erfüllungsrechts,⁶¹ während sich die übrigen Fälle sachgerechter anderen Materien zuordnen lassen⁶² bzw. gemeinsam mit dem außervertraglichen Schadensersatzrecht zu einem übergreifenden Recht der außervertraglichen Haftung vereinen.⁶³ Trotz verbaler Anknüpfung an einem Recht der ungerechtfertigten Bereicherung folgt nun interessanterweise das Unionsrecht eher dem zuletzt genannten Weg, indem die Rom I-Verordnung die Rückabwicklung unwirksamer Verträge dem Vertragsstatut zuweist⁶⁴ und der Gerichtshof in Einklang mit der Rom II-Verordnung die übrigen Fälle gemeinsam mit der deliktischen Haftung, der Haftung aus *culpa in contrahendo* und der *negotiorum gestio* als Unterfälle einer mehr oder weniger einheitlichen, außervertraglichen Schadenshaftung begreift. Dies kann als weiteres Argument dienen, dass das am pandektistischen System orientierte Modell in Buch VII des DCFR nicht weiter verfolgt werden sollte.

2. Internationale Kompetenzkonflikte in Zivilsachen und in Strafsachen

Bewegte sich das erste Beispiel noch relativ eng am Vorbild klassischer Rechtsvergleichung, geht das zweite Beispiel gleichsam einen Schritt weiter, indem es funktional ähnliche Fragestellungen in zwei Rechtssystemen beleuchtet, die gemeinhin eher als verschiedene *Rechtsmaterien* wahrgenommen werden: es geht um Kompetenzkonflikte in Strafsachen und in Zivilsachen.

a) Europäische Zuständigkeitsordnung in Zivilsachen

Dass es – insbesondere innerhalb der Europäischen Union – einer Abgrenzung der internationalen Zuständigkeit der Gerichte bedarf, ist in Zivil- und Handelssachen ebenso selbstverständlich wie die Tatsache, dass in einem

⁶⁰ P. Hellwege, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem (2004), 520 ff.; ders., Ein einheitliches Regelungsmodell für die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, JZ 2005, 337, 344; R. Zimmermann, Restitutio in integrum, in: Festschrift für Ernst A. Kramer (2004), 735 ff.; ders., The Unwinding of Failed Contracts under the Principles of European Contract Law, the UNIDROIT Principles and the Avant-projet d'un Code Européen des Contrats, Uniform Law Review 2005, 719 ff.; C. Wendehorst, in: R. Zimmermann (Hg.), Grundstrukturen eines Europäischen Bereicherungsrechts (2005), 47, 80, 83, 139.

⁶¹ Wendehorst, No Headaches (Fn. 58), 129 f.; dies., Ungerechtfertigte Bereicherung (Fn. 57), 258.

⁶² Wendehorst, No Headaches (Fn. 58), 128 f.; dies., Ungerechtfertigte Bereicherung (Fn. 57), 258.

⁶³ Jansen (Fn. 59).

⁶⁴ Art. 10 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. 2008 L 177/6.

privatrechtlichen Sachverhalt Kollisionsnormen das auf den konkreten Sachverhalt anwendbare Recht festlegen. Die internationale Zuständigkeit der Gerichte einerseits und das anwendbare Recht andererseits werden nach den einschlägigen EU-Normen grundsätzlich unabhängig voneinander bestimmt, wobei der Gleichlauf von *forum* und *ius* allerdings ein Gesichtspunkt bleibt, der bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts eine Rolle spielt und auch maßgeblich hinter der Wahl des gewöhnlichen Aufenthalts als zentralem Anknüpfungspunkt steht. Was die internationale Zuständigkeit anbelangt, hat der Kläger oder Antragsteller die Wahl zwischen einem allgemeinen Gerichtsstand – in Zivil- und Handelssachen dem Wohnsitz des Beklagten⁶⁵ – und wenigen besonderen Gerichtsständen, abhängig vom Gegenstand des Verfahrens und der Person der Parteien.⁶⁶ In manchen Fällen, und normalerweise bei einer zulässigen Prorogation, kommt einem Staat ausschließliche internationale Zuständigkeit zu.⁶⁷ Schließlich existieren verschiedene Notzuständigkeiten bzw. subsidiäre Zuständigkeiten zur Vermeidung von Härtefällen.

Ist eine Rechtssache vor einem Gericht in der EU anhängig, hat ein zweites, später mit derselben Sache befasstes Gericht das Verfahren auszusetzen; wenn das erste Gericht seine Zuständigkeit bejaht hat, ist das Verfahren durch das zweite Gericht einzustellen (*lis pendens*).⁶⁸ Sind – aus welchen Gründen auch immer – in derselben Rechtssache Urteile von Gerichten aus verschiedenen Staaten ergangen, kann dies ein Anerkennungs- und Vollstreckungshindernis darstellen.⁶⁹ Das kann einen *rush to court* provozieren, und zwar entweder mit dem Ziel, ein für den eigenen Rechtsstandpunkt möglichst günstiges Forum zu sichern (*forum shopping*), oder mit dem Ziel der Verfahrensverzögerung (*torpedo proceedings*).⁷⁰

⁶⁵ Art. 4 Abs. 1 Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO), ABl. 2012 L 351/1.

⁶⁶ Vgl. Art. 7 ff., 10 ff., 17 ff., 20 ff. EuGVVO.

⁶⁷ Art. 24, 25 EuGVVO.

⁶⁸ Art. 32 bis 34 EuGVVO; Art. 19 Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 (EuEheKindVO), ABl. 2003 L 338/1; Art. 12 und 13 Verordnung (EG) Nr. 4/2009 des Rates vom 18. Dezember 2008 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen (EuUVO), ABl. 2009 L 7/1.

⁶⁹ Art. 45 Abs. 1 lit. c und d EuGVVO; Art. 22 lit. d EuEheKindVO; Art. 24 lit. d EuUVO.

⁷⁰ Vgl. EuGH, 16.3.1999, C-159/97 (*Trasporti Castelletti/Trumpy*), Slg. 1999, I-1636; EuGH, 9.12.2003, C-116/02 (*Gasser/MISAT*), Slg. 2003, I-14721; EuGH, 27.4.2004, C-159/02 (*Turner/Grovit et al.*), Slg. 2004, I-3578.

b) Europäische Zuständigkeitsordnung in Strafsachen

Diese Sichtweise ist dem Strafrecht bislang prinzipiell fremd. Weder innerhalb der EU noch darüber hinaus existieren verbindliche Instrumente zur Vorbeugung bzw. Beilegung von Gerichtsbarkeitskonflikten in Strafsachen. Dabei unterscheidet sich die Situation vom Zivilrecht schon dadurch, dass eine Anwendung ausländischen Strafrechts grundsätzlich nicht stattfindet, d.h. Normen internationalen Strafrechts zugleich die Gerichtsbarkeit, und Normen der Gerichtsbarkeit zugleich den Geltungsbereich materiellen Strafrechts mitbestimmen. Im Fall eines positiven oder negativen Kompetenzkonflikts zwischen Mitgliedstaaten gibt es keine verbindlichen Regeln zu dessen Beilegung. Vielmehr existieren ein Rahmenbeschluss des Rates von 2009⁷¹ und weitere Rahmenbeschlüsse⁷² sowie eine Richtlinie⁷³ zu Spezialmaterien sowie der *Eurojust*-Beschluss,⁷⁴ wonach Eurojust im Falle eines ungelösten Konflikts eine nicht bindende Empfehlung zu dessen Beilegung abgeben kann. Dazu hat Eurojust im Jahr 2003 Richtlinien mit Entscheidungskriterien festgelegt, die sachgerechte und individuelle Lösungen ermöglichen sollen.⁷⁵ Damit kann aber letztlich nicht verhindert werden, dass in Einzelfällen kein Staat die Strafverfolgung übernimmt oder dass in zwei oder mehr Mitgliedstaaten parallele Strafverfahren eingeleitet und durchgeführt werden. Der in Art. 54 des Schengen-Durchführungs-Übereinkommens⁷⁶ und Art. 50 der Grundrechte-Charta verankerte Grundsatz *ne bis in idem* in der Auslegung

⁷¹ Rahmenbeschluss 2009/948/JI des Rates vom 30. November 2009 zur Vermeidung und Beilegung von Kompetenzkonflikten in Strafverfahren, ABl. 2009 L 328/42.

⁷² Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, ABl. 2002 L 190; Rahmenbeschluss 2002/475/JI des Rates vom 13. Juni 2002 zur Terrorismusbekämpfung, ABl. 2002 L 164; Rahmenbeschluss 2008/841/JI des Rates vom 24. Oktober 2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität, ABl. 2008 L 300/42.

⁷³ Richtlinie 2013/40/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. August 2013 über Angriffe auf Informationssysteme und zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2005/222/JI des Rates, ABl. 2013 L 218/8.

⁷⁴ Beschluss 2002/187/JI des Rates vom 28. Februar 2002 über die Errichtung von Eurojust zur Verstärkung der Bekämpfung der schweren Kriminalität, ABl. 2002 L 63/1 i.d.F. Beschluss 2009/426/JI vom 16. Dezember 2008.

⁷⁵ Eurojust, Jahresbericht 2003, abrufbar unter: <www.eurojust.europa.eu/doclibrary/corporate/eurojust%20Annual%20Reports/Annual%20Report%202003/Annual-Report-2003-DE.pdf>. Vgl. auch Eurojust News No. 14, Januar 2016, abrufbar unter <[www.eurojust.europa.eu/doclibrary/corporate/newsletter/Eurojust%20News%20Issue%2014%20\(January%202016\)%20on%20conflicts%20of%20jurisdiction/EurojustNews_Issue14_2016-01.pdf](http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/corporate/newsletter/Eurojust%20News%20Issue%2014%20(January%202016)%20on%20conflicts%20of%20jurisdiction/EurojustNews_Issue14_2016-01.pdf)>.

⁷⁶ Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen, ABl. 2000 L 239/19.

des Gerichtshofs⁷⁷ greift erst zu einem späteren Zeitpunkt des Strafverfahrens, dies dann aber nach dem Prioritätsprinzip: Wer zuerst zu einer Verurteilung kommt, ganz gleich auf welcher möglicherweise dünnen Grundlage die Gerichtsbarkeit angenommen wurde und wie das Verfahren verlaufen ist, der sperrt damit grundsätzlich andere Verurteilungen, selbst wenn diese früher und in einem viel geeigneteren Gerichtsstaat angestrengt wurden.⁷⁸

c) *Rechtssystemvergleichende Unterstützung von Reformüberlegungen*

Die europäische Zuständigkeitsordnung in Zivilsachen ist jüngst überarbeitet worden, wobei die Verhinderung von *torpedo proceedings* eines der Reformanliegen war, das zumindest für den Fall einer wirksamen Rechtswahl auch verwirklicht wurde,⁷⁹ im Übrigen – beispielsweise bei Verletzung von Immaterialgüterrechten – aber weiterhin hochproblematisch bleibt. Das Phänomen des *forum shopping* wurde schon durch eine bindende Zuständigkeitsordnung an sich, in Verbindung mit einer weitreichenden Vereinheitlichung des Kollisionsrechts, zumindest weitgehend eingedämmt, bleibt aber etwa in Ehesachen ein großes Problem.⁸⁰ Angesichts der massiv unterschiedlichen Strafrahmen für im Wesentlichen gleiche Delikte, noch verstärkt durch unterschiedliche Haltungen zu Prozessdeals und Kronzeugenregelungen, ist *forum shopping* im Strafrecht hingegen ein massives Problem, ist es für Beschuldigte doch attraktiv, sich rasch in einem Staat zu einer geringen Strafe verurteilen zu lassen, damit weitere Verurteilungen in der EU durch Art. 50 der Grundrechtecharta gesperrt sind. Positive und negative Kompetenzkonflikte führen ganz allgemein zu ineffizientem Ressourceneinsatz und zu Strafbarkeitslücken. Dafür sind durch die Existenz eines nicht bindenden Konsultationsverfahrens anstelle der strikten *lis pendens*-Regel *torpedo proceedings* im Strafverfahren ausgeschlossen.

⁷⁷ Vgl. etwa EuGH, 11.2.2003, verb. Rs. C-187/01 (*Gozutok*) und C-385/01 (*Brugge*), Slg. 2003, I-1378; EuGH, 9.3.2006, C-436/04 (*Van Esbroeck*), Slg. 2006, I-2351; EuGH, 26.2.2013, C-617/10 (*Åkerberg Fransson*).

⁷⁸ *J.A.E. Vervaele*, Ne Bis In Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?, *Utrecht Law Review* 2013, 211 ff.; *J. Lelieur*, „Transnationalising“ Ne Bis In Idem: How the Rule of Ne Bis In Idem Reveals the Principle of Personal Legal Certainty, *Utrecht Law Review* 2013, 198 ff.; vgl. auch Europäische Kommission, Grünbuch über Kompetenzkonflikte und den Grundsatz ne bis in idem in Strafverfahren, KOM(2005) 696 endgültig.

⁷⁹ Art. 31 Abs. 2 EuGVVO; vgl. Erwägungsgrund (22) EuGVVO.

⁸⁰ Bericht der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschaftsausschuss vom 15.4.2014, KOM(2014) 225 endgültig, 5 f. Vgl. das von der Verfasserin gemeinsam mit *Katharina Boele-Woelki* und *Wendy Schrama* geleitete Projekt des *European Law Institute* (ELI) „Empowering European Families“, <www.empowering-europeanfamilies.eu>.

Es dürfte insgesamt durchaus lohnend sein, im Rahmen von Reformüberlegungen einen Rechtssystemvergleich zwischen Strafsachen und Zivilsachen anzustrengen, um neue Wege zu finden, die wechselseitigen Schwachstellen zu beheben. Dies ist auch wesentlicher Bestandteil eines Forschungsprojekts, das derzeit im Rahmen des *European Law Institute* (ELI)⁸¹ durchgeführt wird⁸² und das bewusst für eine reformierte Zuständigkeitsordnung in Strafsachen Anleihen und Inspirationen in den Verordnungen Brüssel I und Rom II sucht.

3. Die aktuelle Diskussion um ein Dateneigentum

Zu den am intensivsten diskutierten Fragen der Privatrechtsentwicklung gehört derzeit die Diskussion um das Eigentum an Daten bzw. um die Anerkennung von Dateneigentum.⁸³ Diese Diskussion hat mindestens drei Facetten, die gern vermengt werden. Zum einen geht es um die generelle und vom Eigentum am jeweiligen Datenträger (Festplatte, CD, usw.) abstrahierte Eigentumsfähigkeit von digital codierten Daten in der Form physikalischer Ladungszustände.⁸⁴ Zum zweiten geht es bei urheberrechtlich geschützten Inhalten auch um die Reichweite des Erschöpfungsgrundsatzes und insbesondere um die Frage, ob der Inhaber einer zeitlich unbeschränkten Lizenz zum Weiterverkauf einer Kopie berechtigt ist, wie es der Gerichtshof der EU für Software in der berühmten *UsedSoft*-Entscheidung angenommen hat.⁸⁵

⁸¹ <www.europeanlawinstitute.eu/>.

⁸² European Law Institute, Prevention and Settlement of Conflicts of Exercise of Jurisdiction in Criminal Law, abrufbar unter <www.europeanlawinstitute.eu/projects/current-projects-contd/article/prevention-and-settlement-of-conflicts-of-exercise-of-jurisdiction-in-criminal-law-1/?tx_ttnews%5BbackPid%5D=179508&cHash=1578f6b68ac1ad76fbc72527f0b720bb>.

⁸³ Siehe stellvertretend für viele World Economic Forum (Hg.), Personal Data: The Emergence of a New Asset Class (2011), abrufbar unter <www3.weforum.org/docs/WEF_ITTC_PersonalDataNewAsset_Report_2011.pdf>; M. Dorner, Big Data und „Dateneigentum“ – Grundfragen des modernen Daten- und Informationshandels, CR 2014, 617 ff.; T. Hoeren, Dateneigentum – Versuch einer Anwendung von § 303a StGB im Zivilrecht, MMR 2013, 486 ff.; C. Langhanke/M. Schmidt-Kessel, Consumer Data as Consideration, EuCML 2015, 218; E. Staudegger, Datenhandel – ein Auftakt zur Diskussion: Zur Zulässigkeit des Handels mit Daten aus Anlass der Weitergabe von „Gesundheitsdaten“, ÖJZ 2014, 107 ff.; H. Zech, Daten als Wirtschaftsgut – Überlegungen zu einem „Recht des Datenerzeugers“: Gibt es für Anwenderdaten ein eigenes Vermögensrecht bzw. ein übertragbares Ausschließlichkeitsrecht?, CR 2015, 137 ff.; G. Hornung/T. Goeble, „Data Ownership“ im vernetzten Automobil, CR 2015, 265 ff., 268 f.; F. Boehm, Herausforderungen von Cloud Computing-Verträgen: Vertragstypologische Einordnung, Haftung und Eigentum an Daten, ZEuP 24 (2016), 358, 379 ff.

⁸⁴ So der Schwerpunkt von Staudegger, ÖJZ 2014, 107 ff. m.w.N. vor allem aus der Kommentarliteratur zu § 285 ABGB und § 90 BGB; Hoeren, MMR 2013, 486 ff.

⁸⁵ EuGH, 3.7.2012, Rs. C-128/11 (*UsedSoft/Oracle*).

Drittens schließlich – und diese Facette der Diskussion ist hier gemeint – geht es um das Eigentum an Informationen, vor allem in der Form personenbezogener oder nicht personenbezogener Daten.⁸⁶

a) *Hintergrund und Problemstellung*

Moderne Technologie hat es möglich gemacht, dass nie vorstellbare Datenmengen über jede einzelne Person und deren Umwelt gesammelt werden – Verbindungsdaten, Bewegungsprofile, Verkehrsdaten, Wetterdaten, Zahlungstätigkeiten, Fotos und unzählige weitere Puzzleteile, die sich zusammen genommen zu einem nahezu vollständigen Bild unseres Tagesablaufs und unserer Umgebung, aber auch unseres Gesundheitszustands und unserer Persönlichkeitsstruktur verdichten. Der wirtschaftliche Wert solcher Daten ist bekanntlich enorm: Die Datenmengen und ihre schier unendliche Verknüpfbarkeit verbunden mit leistungsfähigen Algorithmen machen es möglich, sowohl bezogen auf einzelne Personen (z.B. individualisierte Werbung und Preisgestaltung) als auch ohne speziellen Personenbezug (z.B. Forschung, Verkehrsplanung) in großem Umfang Wertschöpfung zu betreiben.

Dieses, vielfach mit Schlagwörtern wie „Big Data“ oder „Web 2.0“ beschriebene Phänomen hat eine übernationale Debatte ausgelöst, ob es zur Anerkennung von Dateneigentum zwingt. Im Vordergrund steht oft das Unbehagen, dass der Einzelne wirtschaftlich wertvolle Daten, die er ständig produziert und von denen wir daher intuitiv annehmen, dass sie ihm als digitale Datenspur seines Lebens „gehören“, ohne adäquate Gegenleistung preisgibt. Zum anderen leiden Unternehmen selbst unter einer gewissen Rechtsunsicherheit, und zwar sowohl was das Verhältnis zum einzelnen Datensubjekt betrifft – etwa die Angst, dass milliardenschwere Investitionen durch neue Datenschutzjudikatur frustriert werden – als auch im Hinblick auf die Verträge untereinander. Die Europäische Kommission stellt derzeit Regelungsüberlegungen über ein Dateneigentum an, und der Richtlinienentwurf vom Dezember 2015 zu Verträgen über digitale Inhalte⁸⁷ stellt – freilich eher versteckt⁸⁸ – bereits einen ersten legislativen Schritt in diese Richtung dar.

⁸⁶ Zech, CR 2015, 137 ff.; B. Buchner, Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht (2006), 202 ff.

⁸⁷ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9.12.2015 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, KOM(2015) 634 endgültig.

⁸⁸ Art. 16 Abs. 4 lit. b erlaubt es dem Unternehmer – wie ein Umkehrschluss aus Art. 13 Abs. 2 lit. c zeigt – für die Rückgabe von Daten an den Verbraucher (also letztlich dafür, dass der Verbraucher von seinem datenschutzrechtlichen Widerrufsrecht Gebrauch macht) ein Entgelt zu verlangen und sich damit rückwirkend den Dienst (zusätzlich) vergüten zu lassen.

b) *Datenschutzrecht, Immaterialgüterrecht, und andere Rechtssysteme*

Die Debatte ist im vorliegenden Zusammenhang insofern von Interesse, als sie ganz überwiegend rechtssystemvergleichend geführt wird. Dabei mag es international gesehen ein Einzelfall sein, dass just in Deutschland einer der ersten und hörbarsten Verfechter eines Dateneigentums mit einem Systemvergleich zwischen Strafrecht und Zivilrecht argumentiert und insbesondere aus Normen wie § 303a StGB die Anerkennung von Dateneigentum auch für Zwecke des Zivilrechts fordert.⁸⁹ Typischer ist eine Argumentation mit einem Vergleich von Datenschutzrecht und Immaterialgüterrecht,⁹⁰ nur seltener auch mit dem allgemeinen Zivilrecht.⁹¹

Personenbezogene Daten sind jedenfalls Gegenstand eines im Wesentlichen persönlichkeitsrechtlich strukturierten Abwehrrechts, das darauf abzielt, dem Individuum ein angemessenes Maß an Privatsphäre (*privacy*) zu sichern und informationelle Selbstbestimmung zu ermöglichen. Stellenwert des Datenschutzes und rechtliche Durchsetzbarkeit der Vorgaben sind weltweit freilich unterschiedlich ausgestaltet – die Modelle reichen von einer Erhebung der wichtigsten Prinzipien des Datenschutzrechts in den Verfassungsrang⁹² bis hin zu bloß unverbindlichen Empfehlungen, vor allem was Datenverarbeitung durch private Akteure anbelangt.⁹³ Was die inhaltlichen Vorgaben betrifft, sind diese allerdings zu einem erstaunlichen Grade identisch und finden ihren Ausdruck nicht nur in staatlichen Gesetzen, sondern in einer Reihe von sogenannten *Fair Information Practice Principles* (FIPPs). Zu den einflussreichsten FIPPs können etwa die *OECD Privacy Principles* von 1980,⁹⁴ das

⁸⁹ *Hoeren*, MMR 2013, 486 ff. Mit Art. 3 ff. der Richtlinie 2013/40/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. August 2013 über Angriffe auf Informationssysteme und zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2005/222/JI des Rates, ABl. 2013 L 218/8, böte sich auch auf europäischer Ebene eine entsprechende Argumentation an.

⁹⁰ Vgl. etwa *P. Samuelson*, *Privacy As Intellectual Property?*, *Stanford Law Review* 52 (2000), 1125 ff.; *V. Mayer-Schönberger*, *Beyond Privacy, Beyond Rights – Toward a „Systems“ Theory of Information Governance*, *California Law Review* 98 (2010), 1853 ff.; *R. Schwartmann/C.-H. Hentsch*, *Eigentum an Daten – Das Urheberrecht als Pate für ein Datenverwertungsrecht*, *RDV* 2015, 221 ff.; *A. Wiebe*, *Datenschutz in Zeit von Web 2.0 und BIG DATA – dem Untergang geweiht oder auf dem Weg zum Immaterialgüterrecht?*, *ZIR* 2014, 35 ff.

⁹¹ *V. Mayer-Schönberger*, *Information und Recht: Vom Datenschutz bis zum Urheberrecht* (2001), 184 ff.

⁹² Z.B. in Österreich, das ein Grundrecht auf Datenschutz gem. Art. 1 § 1 öDSG anerkennt.

⁹³ So noch die Rechtslage in den meisten Bundesstaaten der USA, vgl. für einen Überblick *American Law Institute* (Hg.), *Restatement of Data Privacy Principles*, Preliminary Draft No. 2 (2014), 7 ff.

⁹⁴ *OECD Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*, 23.9.1980 [C(80)58/FINAL].

APEC Privacy Framework von 2005⁹⁵ oder die *White House Consumer Privacy Bill of Rights* von 2012⁹⁶ gezählt werden. Für den europäischen Rechtsraum, der bislang eine Mindestharmonisierung erfahren hat,⁹⁷ wird die Datenschutzgrundverordnung⁹⁸ ab 25. Mai 2018 einen einheitlichen Rechtsrahmen bieten. Alle Vorgaben gehen davon aus, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten in erster Linie der Limitierung bedarf, die sich im Prinzip der Datenvermeidung und Datensparsamkeit sowie einer engen Zweckbindung manifestiert.⁹⁹ Viele Vorgaben statuieren ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, d.h. die Verarbeitung personenbezogener Daten bedarf der besonderen Rechtfertigung.¹⁰⁰ Eine solche Rechtfertigung kann sich aus dem Gesetz ergeben, das allenfalls auch Generalklauseln enthalten mag, oder aus der Einwilligung des Betroffenen, der ein zentraler Stellenwert zukommt. Diese Einwilligung muss durch Informiertheit und Freiwilligkeit gekennzeichnet sein¹⁰¹ und kann widerrufen werden.¹⁰² Weitere zentrale Prinzipien des Datenschutzrechts international sind: die Gewährleistung von Datensicherheit, einer hohen Datenqualität, Transparenz, Auskunftsansprüche des Datensubjekts sowie Korrekturmöglichkeiten und Verantwortlichkeit der Daten verarbeitenden Stelle.¹⁰³ Diese gemeinsamen Prinzipien und ihre Konkretisierung haben das Datenschutzrecht weltweit zu einem transnationalen Rechtssystem verfestigt, das durch weitgehend selbstreferentielle Diskurse gekennzeichnet ist. Die Teilnehmer an diesem Diskurs sind überwiegend verfassungsrechtlich geprägt, während erst in der letzten Zeit neue Querschnittsgebiete wie „Informations-

⁹⁵ APEC Privacy Framework, 15.–16.11.2005.

⁹⁶ *Consumer Data Privacy in a Networked World: A Framework for Protecting Privacy and Promoting Innovation in the Global Digital Economy*, 23.2.2012. Inzwischen ist auch ein entsprechender Gesetzentwurf eingebracht worden, vgl. Administration Discussion Draft: *Consumer Privacy Bill of Rights Act of 2015*.

⁹⁷ Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. 1995 L 281/31.

⁹⁸ Verordnung (EU) Nr. 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. 2016 L 119/1.

⁹⁹ Siehe etwa Art. 9 der OECD Privacy Principles von 1980; Art. 18 des APEC Privacy Framework; Sec. 104 Administration Discussion Draft: *Consumer Privacy Bill of Rights Act of 2015*.

¹⁰⁰ Art. 6 Abs. 1 lit. b und c, sowie Art. 7 der Richtlinie 95/46/EG; Art. 17 OECD Guidelines; Art. 19 APEC Privacy Framework.

¹⁰¹ Zu den Anforderungen an die Einwilligung siehe § 8 Abs. 1 Ziff. 2 öDSG, § 4a dBDSG, § 13 dTMG; siehe auch Art. 2 lit. h der Richtlinie 95/46/EG.

¹⁰² Art. 7 Abs. 3 der Datenschutz-Grundverordnung; siehe auch Art. 1 der *White House Consumer Privacy Bill of Rights* von 2012; Sec. 102 subsec. c Administration Discussion Draft: *Consumer Privacy Bill of Rights Act of 2015*.

¹⁰³ Siehe etwa die FIPPs, oben Fn. 94 ff.

recht“ oder „Technologierecht“ für eine gewisse Vernetzung mit anderen *legal communities* sorgen.

Auch beim Immaterialgüterrecht handelt es sich um einen transnationalen und in sich weitgehend geschlossenen Diskurszusammenhang, der durch eine Vielzahl internationaler und supranationaler Rechtstexte zusammengehalten und weiter verfestigt wird. Für das dem potenziell anzuerkennenden Dateneigentum wesensmäßig besonders nahe stehende Urheberrecht wären international vor allem die Revidierte Berner Übereinkunft,¹⁰⁴ das TRIPS-Übereinkommen¹⁰⁵ und der WCT-Vertrag¹⁰⁶ maßgeblich, auf europäischer Ebene etwa die Software-Richtlinie¹⁰⁷ und die InfoSoc-Richtlinie.¹⁰⁸ Auch wenn diese Regelwerke nicht unmittelbar anwendbar sind, sondern sich nur an die Vertrags- bzw. Mitgliedstaaten richten, sind ihnen doch eine Reihe von Prinzipien gemeinsam.¹⁰⁹ Dazu gehören etwa das Schutzlandprinzip, das Prioritätsprinzip, das Prinzip der zeitlichen Befristung, die Zweiteilung in Persönlichkeits- und Verwertungsrechte oder auch die freie Übertragbarkeit und Lizenzierbarkeit jedenfalls der Verwertungsrechte. Wesentliche Unterschiede bestehen international vor allem hinsichtlich der Frage, ob im Rahmen eines Arbeits- oder Auftragsverhältnisses von vornherein auf Persönlichkeitsrechte verzichtet werden kann oder zumindest das Verwertungsrecht ursprünglich in der Person des Auftraggebers entsteht.¹¹⁰ Insgesamt liegt der Schwerpunkt des Urheberrechts bei den Verwertungsrechten. Grundgedanke ist die Zuerkennung zeitlich befristeter Ausschließlichkeitsrechte, um demjenigen, der eine bestimmte produktiv-schöpferische Leistung vollbracht hat, die Amortisation seiner Investitionen zu ermöglichen und zugleich einen wirtschaftlichen Anreiz zu bieten, produktiv-schöpferisch tätig zu sein.¹¹¹ Immaterialgüterrechte dienen der Korrektur bzw. Verhinderung von Marktversagen und

¹⁰⁴ Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst vom 9. September 1886; in Paris am 24.7.1971 beschlossene Fassung: BGBl. 1973 II S. 1069, 1071; geändert am 2.10.1979: BGBl. 1985 II S. 81.

¹⁰⁵ Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums, Anhang 1C zu Abkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation, BGBl. 1995, 1 i.d.F. BGBl. 2008 I, 2.

¹⁰⁶ WIPO-Urheberrechtsvertrag, Genf, 1996, BGBl. 2010 III, 22.

¹⁰⁷ Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl. 2009 L 111/16.

¹⁰⁸ Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. 2001 L 167/10.

¹⁰⁹ Vgl. etwa die WIPO Principles of Copyright (2002), abrufbar unter <www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/844/wipo_pub_844.pdf>. Vgl. auch den Entwurf eines „European Copyright Code“ der sog. Wittem Group, abrufbar unter <www.copyrightcode.eu>.

¹¹⁰ Überblick in WIPO Principles (Fn. 109), 111.

¹¹¹ Statt aller A. Wiebe, in: ders. (Hg.), Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht (2012), 23.

sorgen dafür, dass auch geistige Leistungen auf Märkten gehandelt werden können, damit insgesamt Wohlfahrtsgewinne erzielt werden.¹¹²

c) *Rechtssystemvergleich als Entscheidungshilfe*

Die gegenwärtige Diskussion um ein Dateneigentum kreist im Schwerpunkt um eine Übertragung immaterialgüterrechtlicher Grundsätze auf personenbezogene oder auch – zu einem immer geringer werdenden Anteil – nicht personenbezogene Daten. Dabei ist ein umfassender Rechtssystemvergleich, der die Implikationen eines Paradigmenwechsels vom Datenschutzrecht zum Immaterialgüterrecht aufzeigt, allerdings bislang nicht oder nur in Ansätzen erfolgt. Ein solcher Rechtssystemvergleich könnte aufdecken, dass die Zuweisung von Dateneigentum zum jeweiligen „Skribenten“, also derjenigen Person, die – auch dies bereits fraglich – Eigentümerin bzw. Halterin der Daten aufzeichnenden Vorrichtung ist,¹¹³ nicht unbedingt geeignet ist, die Rechte von Datensubjekten zu stärken.

So müsste die Anerkennung von Dateneigentum mit dem Prinzip der Datensparsamkeit kollidieren, sollte doch niemand verpflichtet sein, Andere von Wertschöpfung und Vermögenserwerb abzuhalten. Vielmehr könnte ein Anbieter von Leistungen geradezu von Rechts wegen angehalten sein, die Leistung so zu konstruieren, dass ein Maximum an persönlichen Daten der Nutzer verarbeitet wird, und hätte die datenschutzrechtlich an sich propagierte Anonymisierung personenbezogener Daten potenziell enteignende Wirkung.¹¹⁴ Ganz generell müsste eine gewisse Verlagerung von Verantwortung von der Daten kontrollierenden oder verarbeitenden Stelle hin zum Datensubjekt erfolgen, produziert und vermarktet dieses Datensubjekt doch nunmehr Daten im eigenen wirtschaftlichen Interesse. Damit könnte auch die Verantwortlichkeit für die Datenqualität und das Vorliegen erforderlicher Einwilligungen Dritter von der Daten kontrollierenden oder verarbeitenden Stelle auf das Datensubjekt verlagert werden. Ob – etwa mit Hilfe von Verwertungsgesellschaften und Datentreuhändern¹¹⁵ – dem einzelnen Datensubjekt eine wirtschaftliche Verwertung seiner Daten gelänge, die potenzielle Nachteile zu kompensieren vermögen, erscheint schon deswegen äußerst unwahrscheinlich, weil die maßgebliche Wertschöpfung erst auf weiteren Verarbeitungsstufen der Daten stattfindet.

Datensubjekte sind bereits nach Datenschutzrecht berechtigt, ihre Einwilligung in die Datenverarbeitung zu verweigern, und können damit diese Ein-

¹¹² A. Wiebe (Fn. 111), 22.

¹¹³ Hoeren, MMR 2013, 486, 487; Zech, CR 2015, 137, 144.

¹¹⁴ So ausdrücklich M. Schmidt-Kessel bei einem Vortrag im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz am 3. Mai 2016, Punkt 6.3. d) der Präsentation, vgl. <http://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2016/05032016_Digitales_Vertragsrecht.htm>.

¹¹⁵ Dies vorschlagend Wiebe, ZIR 2014, 35, 51.

willigung theoretisch auch von der Zahlung einer Vergütung abhängig machen. Dass ihnen eine wirtschaftliche Verwertung ihrer personenbezogenen Daten dennoch nicht gelingt, liegt nicht am Fehlen von Ausschließlichkeitsrechten, sondern an der überwältigenden Markt- und Verhandlungsmacht ihrer Gegenüber, an Unkenntnis, Gleichgültigkeit und rationaler Resignation. Und es liegt an einem fundamentalen Systemunterschied zwischen Datenschutzrecht und Immaterialgüterrecht, dem der Widerruflichkeit der Verfügung: Während das Datensubjekt zumindest nach den meisten einschlägigen FIPPs und sicherlich nach europäischem Datenschutzrecht die Einwilligung jederzeit frei widerrufen¹¹⁶ und auf ihr Widerrufsrecht auch nicht im Voraus verzichten kann, wäre eine freie Widerruflichkeit hinsichtlich der Übertragung oder Lizenzierung von Immaterialgüterrechten ein kaum hinnehmbarer Systembruch, der die Anerkennung eines Ausschließlichkeitsrechts auch wirtschaftlich *ad absurdum* führen würde, wäre die gerade gewonnene Handelbarkeit auf Märkten damit doch wieder zerstört. Ein Rechtssystemvergleich würde demnach – dies bleibt zumindest zu vermuten – ergeben, dass es bei der Diskussion um die Anerkennung von Dateneigentum in Wahrheit hauptsächlich um eine Ausschaltung des Widerrufsrechts geht.

4. Schuldvertrags-, Urheber- und Datenschutzrecht bei digitalen Produkten

Rechtssystemvergleichung kann aber auch mit dem Ziel der Integration verschiedener Systeme erfolgen. Bei der klassischen Rechtsvergleichung kennen wir diesen Ansatz von diversen Vorhaben internationaler oder europäischer Rechtsvereinheitlichung,¹¹⁷ die etwa in der Formulierung gemeinsamer Prinzipien Europäischen Privatrechts münden kann. So wurden beispielsweise die PECL, die PICC, die PEICL oder die PETL ebenso wie der DCFR alle nach der so genannten Restatement-Methode erarbeitet, d.h. nach einer rechtsvergleichenden Zusammenschau aller funktional äquivalenten nationalen Lösungen mit dem Ziel, die gemeinsame, hilfsweise die am ehesten konsensfähige bzw. funktional überlegene Lösung zu formulieren. Ähnliche Integrationsanfordernisse können sich auch bei Rechtssystemen ergeben, die anders als national definiert sind. Zur Illustration soll hier die Notwendigkeit dienen, beim Vertrieb digitaler Produkte Vertragsrecht, Urheberrecht und Datenschutzrecht zu integrieren.

¹¹⁶ Art. 7 Abs. 3 Datenschutz-Grundverordnung und im Übrigen Art. 8 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union; siehe auch Art. 1 der White House Consumer Privacy Bill of Rights von 2012.

¹¹⁷ Statt aller *Zweigert/Kötz* (Fn. 2), 23 ff.

a) *Hintergrund und Problemstellung*

Im Dezember 2015 hat die Europäische Kommission mehrere legislative Vorschläge im Rahmen ihrer Strategie für den digitalen Binnenmarkt vorgelegt, darunter auch den bereits genannten Vorschlag für eine Richtlinie zu Verträgen über die Bereitstellung digitaler Inhalte.¹¹⁸ Innovativ sind vor allem der Abschied von den klassischen Vertragstypen zugunsten eines einheitlichen Konzepts der „Bereitstellung“ sowie – wie bereits weiter oben zum Dateneigentum erwähnt – die Erfassung bestimmter Konstellationen, in denen der Nutzer nicht mit Geld, sondern mit Daten bezahlt. Allerdings blendet der Entwurf die allerschwierigsten Fragen, die sich im Zusammenhang mit dem Erwerb digitaler Produkte stellen, gerade aus. Diese schwierigsten Fragen sind wohl in dem einmaligen Zusammenspiel von erstens Schuldvertragsrecht, zweitens Urheberrecht, und drittens Datenschutzrecht zu sehen. Klickt der Erwerber etwa von Software, einer Videodatei oder eines Streaming-Dienstes auf „Ich stimme zu“, nachdem er auf erstens die Allgemeinen Vertragsbestimmungen, zweitens die Lizenzbedingungen des Rechteinhabers und drittens auf die Datenschutzerklärung hingewiesen worden ist, gibt er damit gleich drei rechtserhebliche Erklärungen ab. Diese beziehen sich auf den Erwerb des Produkts, auf den Abschluss eines Endnutzerlizenzvertrags (EULA), und auf die Einwilligung in die Datenverarbeitung und Datennutzung durch den oder die beteiligten Unternehmer.

Diese drei Schienen stehen allerdings nicht nur gleichsam zufällig nebeneinander. Vielmehr sind sie in verschiedener Hinsicht ineinander verschränkt. So stellt beispielsweise die Einwilligung des Verbrauchers in die Datennutzung durch den oder die Unternehmer regelmäßig die Gegenleistung dar für die Lieferung des digitalen Produkts. Dies ist in der Praxis insbesondere dann der Fall, wenn die Lieferung des digitalen Produkts „kostenlos“ erfolgte und auch nicht durch Werbeeinblendungen und ähnliche Umwege finanziert wird. Nichts anderes gilt für die Lizenzbedingungen, die regelmäßig über die Rechteeinräumung hinaus Klauseln zur Datennutzung enthalten. Aber auch der Schuldvertrag über den Erwerb des digitalen Produkts und die EULA sind ineinander verschränkt, darf doch theoretisch die EULA dem Verbraucher nichts nehmen, was ihm vorher vom Verkäufer versprochen wurde, und keine Bedingungen aufzwingen, von denen er vor Erwerb des Produkts nichts wusste.

b) *Schuldvertragsrecht, Urheberrecht und Datenschutzrecht*

Das Schuldvertragsrecht ist – zumindest was den hier konkret relevanten Aspekt der Austauschverträge betrifft – unter anderem von den Prinzipien der Gegenseitigkeit und subjektiven Äquivalenz, der Waffengleichheit der Parteien, der Zweistufigkeit von Verpflichtung und Erfüllung und vom Grundsatz

¹¹⁸ Oben Fn. 87.

pacta sunt servanda geprägt. Es obliegt grundsätzlich den Parteien, zu entscheiden, welche Leistungen sie für sich konkret als gleichwertig und damit austauschfähig betrachten; haben sie allerdings einmal ein bindendes Leistungsversprechen abgegeben, sind sie gehalten, dieses zu erfüllen, und kann die Erfüllung dieser Verpflichtung oder einer gleichwertigen Ersatzverpflichtung notfalls zwangsweise durchgesetzt werden. Die Abgabe eines bindenden Leistungsversprechens setzt etwa Handlungsfähigkeit in der Form von Geschäftsfähigkeit, eine Willenseinigung der Parteien und Freiheit von Willensmängeln voraus; Stellvertretung ist normalerweise zulässig.

Ein prinzipiell ähnlicher Vorgang, nämlich der rechtsgeschäftliche Austausch von Leistungen, wird vom Urheberrecht schon vom Ansatz her anders gedacht. Gedanklicher Ausgangspunkt ist hier derjenige des Ausschließlichkeitsrechts bzw. Monopols, das dem Inhaber eines Immaterialgüterrechts, etwa dem Programmierer eines Computerprogramms, von der Rechtsordnung zugewiesen wird, um ihm eine Amortisation seiner Investitionen zu ermöglichen. Die Einräumung einer Lizenz im Wege eines Lizenzvertrags wurde ursprünglich rein negativ als Verzicht auf die Durchsetzung des Ausschließlichkeitsrechts,¹¹⁹ in jüngerer Zeit eher positiv als Einräumung einer Nutzungsbefugnis gedeutet.¹²⁰ Der Inhaber eines Urheberrechts kann den Verzicht bzw. die Einräumung einer Nutzungsbefugnis an Bedingungen knüpfen, die beispielsweise aus der Zahlung einer Geldsumme bestehen können. Der Lizenzvertrag, durch welchen die Lizenz eingeräumt wird, oszilliert dabei als Vertrag *sui generis*¹²¹ zwischen Verpflichtung und Verfügung,¹²² die Lizenz selbst zwischen schuldvertraglichem Anspruch und dinglicher Rechtsmacht.¹²³ Allgemeine vertragsrechtliche Anforderungen wie Geschäftsfähigkeit oder Willenseinigung werden nicht speziell betont, aber stillschweigend mitgedacht.

Subjektive Datenschutzrechte sind letztlich grundrechtlich bzw. persönlichkeitsrechtlich strukturierte Abwehrrechte, bei denen Eingriffe einer Rechtfertigung bedürfen, die meist in der Einwilligung des Datensubjekts liegt. Diese Einwilligung hat nicht primär vertraglichen Charakter, sondern stellt

¹¹⁹ So z.B. E. Liechtenstein, Der Lizenzvertrag im engeren Sinne, NJW 1965, 1839 ff.; H. Forkel, Gebundene Rechtsübertragung (1977), 51 f.

¹²⁰ R. Kraßer/H. Schmidt, Der Lizenzvertrag über technische Schutzrechte aus der Sicht des deutschen Zivilrechts, GRUR Int 1982, 324, 329; W. Gitter, Gebrauchsüberlassungsverträge (1988), 396 ff. u.v.a.

¹²¹ Kraßer/Schmidt, GRUR Int 1982, 328; A. Schmoll, in: W. Büscher/S. Dittmer/D. Schiwy (Hg.), Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, Medienrecht (2008), Teil 3 Kap. 17 Rn. 45; ablehnend L. Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums (2006), 271.

¹²² R. Kraßer, Die Wirkung der einfachen Patentlizenz, GRUR Int 1983, 537 ff.; umfassend M. McGuire, Die Lizenz (2011), 403 ff. m.w.N.

¹²³ McGuire (Fn. 122), 269 ff.

mindestens vordergründig die jederzeit widerrufliche Gestattung eines Eingriffs in Persönlichkeitsrechte dar. Aufgrund der jederzeitigen Widerruflichkeit liegt auch der Grundsatz *pacta sunt servanda* fern. Einwilligung setzt nicht unbedingt volle Geschäftsfähigkeit voraus, sondern möglicherweise nur eine konkret zu bestimmende Einwilligungsfähigkeit.¹²⁴ Im Gegenzug werden verschärfte Anforderungen an die vorherige Information des Einwilligenden und an die Form der Einwilligung gestellt; ob beispielsweise bei gegebener Einwilligungsfähigkeit des Datensubjekts selbst gewillkürte Stellvertretung zulässig ist, darf als ungeklärt bezeichnet werden.¹²⁵ Auch die Datenschutzgrundverordnung wird die Frage der Handlungsfähigkeit und Altersgrenzen teilweise wieder an die Mitgliedstaaten verweisen,¹²⁶ und es finden sich keine Hinweise zur Zulässigkeit gewillkürter Stellvertretung oder zur Klauselkontrolle von Datenschutzerklärungen.¹²⁷ Eine Entgeltlichkeit der Einwilligung – etwa indem sie als Gegenleistung für die Erbringung digitaler Dienstleistungen erteilt wird – ist vom Grundkonzept des Datenschutzrechts her nicht angedacht und kollidiert mit der freien Widerruflichkeit der Einwilligung; sie ist allerdings auch nicht explizit ausgeschlossen.¹²⁸

Schuldvertragsrecht, Urheberrecht und Datenschutzrecht stellen sich also als drei Systeme dar, die einen prinzipiell ähnlichen Vorgang – nämlich den durch Willenserklärungen legitimierten Austausch digitaler Inhalte gegen Daten und möglicherweise zusätzlich Geld – grundsätzlich verschieden denken. Dadurch, dass der Vertrieb digitaler Inhalte, bei denen die Gegenleistung ganz oder teilweise in der Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten besteht, ein Massenphänomen darstellt, das nun punktuell – nämlich was den Schuldvertrag angeht – zum Gegenstand europäischer Gesetzgebung wird, kann das Nebeneinander der drei Systeme kaum länger hingenommen werden.

¹²⁴ P. Gola/C. Klug/B. Körfner, in: P. Gola/R. Schomerus (Hg.), Bundesdatenschutzgesetz (12. Aufl., 2015) § 4a BDSG, Rn. 2a; K. Zscherpe, Anforderungen an die datenschutzrechtliche Einwilligung im Internet, MMR 2004, 723.

¹²⁵ G. Spindler/J. Nink, in: G. Spindler/F. Schuster (Hg.), Recht der elektronischen Medien (3. Aufl., 2015), § 4a BDSG, Rn. 5; M. Schwenke, Individualisierung und Datenschutz (2006), 188 ff.

¹²⁶ Vgl. Art. 8 der Datenschutz-Grundverordnung.

¹²⁷ Eine solche ist etwa in Deutschland grundsätzlich anerkannt, wobei die Rspr. aber größtenteils Klauseln deswegen nicht für unwirksam erklärt, weil sie keine „von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen“ enthielten, vgl. BGHZ 177, 253 (*Payback*); BGH, NJW 2010, 864 (*HappyDigits*); a.A. LG Berlin, NJW 2013, 2605 (*Apple*).

¹²⁸ Das gilt selbst in denjenigen Rechtssystemen, die ein sog. Koppelungsverbot vorsehen, dazu Langhanke/Schmidt-Kessel, EuCML 2015, 218, 221 f. m.w.N.

c) *Rechtssystemvergleichung als Weg zu einer integrierten Lösung*

Dass eine integrierte Lösung nicht gefunden wurde, liegt vor allem daran, dass sich Schuldvertragsrecht, Datenschutzrecht und Immaterialgüterrecht als transnationale Rechtssysteme praktisch unabhängig voneinander entwickelt bzw. erheblich auseinanderentwickelt haben und es auch nicht mehr möglich ist, diese innerhalb eines nationalen Rechts zusammenzuführen. Jede Zusammenführung müsste auf mindestens europäischer, letztlich aber globaler Ebene erfolgen, was ohne umfassende rechtssystemvergleichende Vorarbeit und entsprechende Anstrengungen nicht gelingen dürfte.

Nicht zu verkennen ist, dass ein Rechtssystemvergleich auch erhebliche rechtspolitische Brisanz in sich birgt. Auf breiterer Basis wurde zumindest die Integration von Schuldvertragsrecht und Urheberrecht zuletzt in einem Gemeinschaftsprojekt zwischen dem *American Law Institute* (ALI) und der *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* betrieben, das ursprünglich ein Artikel 2b zum *Uniform Commercial Code* werden sollte. Nachdem das Projekt vollkommen unter den Einfluss der digitalen Industrie gelangte, zog sich das ALI zurück, was das Projekt zum Scheitern brachte.¹²⁹ Das ALI hat sich im Rahmen seines *Restatement Consumer Contracts* nunmehr immerhin dazu bekannt, Vereinbarungen über die Nutzung von Daten vertraglich zu qualifizieren,¹³⁰ was Datenschutzerklärungen der Klauselkontrolle unterwirft.

Der Gerichtshof der EU hat in der Entscheidung *UsedSoft* zumindest zum Verhältnis von Kaufrecht und Lizenzvertragsrecht bereits viel zur Klärung beigetragen,¹³¹ doch könnten weitere Klarstellungen Jahrzehnte dauern. Erforderlich ist eine sorgfältige Vergleichung und Integration aller drei Rechtssysteme, Schuldvertragsrecht, Immaterialgüterrecht und Datenschutzrecht, hinsichtlich so zentraler Punkte wie: Anforderungen an die Erklärung – muss diese ausdrücklich, unmissverständlich, eindeutig usw. sein, und was heißt dies jeweils? Was sind die Anforderungen an die Handlungsfähigkeit von Personen, insbesondere was die Nutzung digitaler Produkte durch Minderjährige anbelangt? Ist Stellvertretung zulässig? Welche Anforderungen sind jeweils an die Einbeziehung von Klauseln zu stellen? Kann auf das Recht zum Widerruf der Einwilligung verzichtet werden bzw. welche rechtlichen Konsequenzen hat der Widerruf nach erfolgtem Leistungsaustausch?

¹²⁹ Das Ergebnis, der sogenannte *Uniform Computer Information Transactions Act* (UCITA), besteht im Wesentlichen in einer Kombination der Vorteile des Kaufrechts einerseits und des Lizenzvertragsrechts andererseits aus der Sicht der Industrie. Er wurde nur in Virginia und Maryland Gesetz, während zahlreiche andere Bundesstaaten sogar Abweggesetze gegen UCITA erlassen haben.

¹³⁰ American Law Institute (Hg.), *Restatement of the Law Consumer Contracts* (Preliminary Draft No. 2, 2015), 7 f.

¹³¹ EuGH, 3.7.2012, C-128/11 (*UsedSoft/Oracle*).

III. Verhältnis zu inter-nationaler Rechtsvergleichung

Dass die Vergleichung anderer als national oder wenigstens territorial oder personal abgegrenzter Rechtssysteme einen sinnvollen Forschungsgegenstand darstellt, scheint bislang nur für die Rechtsgeschichte als gleichsam diachroner Rechtsvergleichung anerkannt zu sein. Im Übrigen ist die These auf Stirnrunzeln, teilweise sogar auf vehemente Ablehnung getroffen. Dabei sind gleich mehrere Linien von Gegenargumenten auszumachen.

1. Einwände von Alltäglichkeit bis Irrelevanz

Zunächst einmal kann der These entgegen gehalten werden, dass das Zusammentreffen mehrerer solcher Rechtssysteme in der Praxis – ebenso wie deren integrierte wissenschaftliche Analyse – eine Alltäglichkeit darstelle. Die sicherlich notwendige Verknüpfung verschiedener Rechtsmaterien könne mit Begriffen wie dem des „interdisziplinären Arbeitens“, des „vernetzten Denkens“, oder der Wahl eines breiten Ansatzes weitaus treffender beschrieben werden. Zumal komme es in der Praxis nicht selten vor, dass ein Fall beispielsweise datenschutzrechtliche und urheberrechtliche oder zivilrechtliche und strafrechtliche Aspekte aufweise und sei es auch durchaus üblich, dass diese Aspekte etwa von ein und demselben Anwalt bearbeitet werden.

Dem ist allerdings entgegen zu halten, dass man ebenso gut die Rechtsvergleichung klassischer Prägung mit Begriffen wie dem des „internationalen Arbeitens“ oder des „Blickes über den nationalen Tellerrand“ belegen könnte, ohne dass bislang irgendjemand aufgrund derart mehr oder weniger willkürlicher Benennungen die Existenzberechtigung der Rechtsvergleichung infrage gestellt hätte. Dass das Zusammentreffen etwa zivilrechtlicher und strafrechtlicher Aspekte in ein und demselben praktischen Fall häufiger vorkomme als die parallele Relevanz zweier oder mehrerer nationaler Rechtsordnungen, ist schon statistisch gesehen nichts als eine kühne Behauptung. Sie trifft aber auch insgesamt nicht den Punkt, weil auch das Zusammentreffen mehrerer nationaler Rechtsordnungen in einem Sachverhalt – etwa infolge einer Nachlassspaltung¹³² oder der Belegenheit von relevanten Sachen in verschiedenen staatlichen Territorien¹³³ – die Aufgabe des Juristen noch nicht unbedingt zu einer genuin rechtsvergleichenden Aufgabe macht.

¹³² Beispiel: Ein deutscher Staatsangehöriger mit gewöhnlichem Aufenthalt in Quebec hinterlässt Fahrnis sowie Immobilien in Deutschland. Deutsche Gerichte sind nach Art. 10 Abs. 1 lit. a EuErbVO zuständig. Art. 21 Abs. 1 EuErbVO verweist auf kanadisches Recht, was gem. Art. 34 eine bedingte Gesamtverweisung ist. Das Kollisionsrecht von Quebec verweist für Fahrnis auf das Recht des *domicile* (Quebec) und für Immobilien auf die *lex situs* (Deutschland).

¹³³ Beispiel: Ein Bauunternehmen veräußert diverse Geräte, die teils in Deutschland, teils in Italien und teils in England im Einsatz sind, unter Eigentumsvorbehalt an ein ande-

Offenkundig zutreffend ist es allerdings umgekehrt, dass der Vergleichung anders als national definierter Rechtssysteme nie auch nur annähernd dieselbe praktische Relevanz zukommen kann wie der klassischen Rechtsvergleichung. Das liegt schon daran, dass es eine Wahlmöglichkeit für Parteien regelmäßig nicht gibt: Während sich Vertragsparteien im Voraus überlegen mögen, welchem nationalem Recht sie ihre vertraglichen Beziehungen unterstellen wollen,¹³⁴ und während Parteien auch sonst Einfluss haben auf die Bestimmung des anwendbaren Rechts, gibt es keine entsprechenden Möglichkeiten, etwa die Anwendbarkeit von Zivilrecht anstelle von Strafrecht herbeizuführen. Auch eine vergleichende Auslegung¹³⁵ oder eine Berücksichtigung systemfremder Präjudizien¹³⁶ dürfte allenfalls in Ausnahmefällen in Betracht kommen. Vielmehr liegt der Schwerpunkt der Vergleichung anders als national definierter Rechtssysteme eindeutig bei einer gesetzgeberischen Rechtssystemvergleichung einschließlich der sie vorbereitenden wissenschaftlichen Arbeiten, also dem Ringen um die beste Lösung *de lege ferenda*,¹³⁷ sowie bei einer rein wissenschaftlichen Vergleichung, die primär nur der zweckfreien Erkenntnisgewinnung und Erkenntnisschärfung dient.¹³⁸

Deswegen der Vergleichung anders als national definierter Rechtssysteme die Legitimität als Forschungsfrage abzusprechen, ja – wie von einem namhaften Kollegen in der Diskussion vorgebracht – von vornherein jeglichen Erkenntnisgewinn aus einer solchen Vergleichung kategorisch ausschließen zu wollen, geht allerdings eindeutig zu weit und unterstreicht nur, welche Fixierung das nationalstaatliche Denken in den vergangenen 200 Jahren in Juristengehirnen bewirkt hat.

2. Methodische Vergleichbarkeit

Nach wie vor zu erbringen ist damit allerdings noch der Nachweis, dass die hier skizzierten Beispiele auch methodisch mit der Rechtsvergleichung klassischer Prägung hinreichend viel gemeinsam haben, dass man es wagen kann, sie im Zusammenhang mit derselben zu nennen.

res Unternehmen. Gemäß Art. 43 EGBGB richtet sich der Eigentumsübergang teils nach deutschem, teils nach italienischem und teils nach englischem Recht.

¹³⁴ Vgl. etwa Art. 3 der Rom I-Verordnung.

¹³⁵ Zu dieser *Zweigert/Kötz* (Fn. 2), 14 ff. m.w.N.

¹³⁶ Eingehend etwa *I. Klöckner*, Grenzüberschreitende Bindung an zivilgerichtliche Präjudizien (2006) m.w.N.

¹³⁷ Zu dieser Funktion von Rechtsvergleichung statt aller *Zweigert/Kötz* (Fn. 2), 14 ff., 49 f.

¹³⁸ *Zweigert/Kötz* (Fn. 2), 14: „Die primäre Funktion der Rechtsvergleichung ist – wie die aller wissenschaftlichen Methoden – Erkenntnis.“

a) *Die Frage nach dem tertium comparationis*

Da wäre zunächst die Frage nach dem *tertium comparationis*. Zwar ist es nicht endgültig geklärt, ob Rechtsvergleichung stets und immer zwingend einen Vergleich voraussetzt oder ob nicht auch die von den eigenen Systemvorstellungen möglichst gereinigte,¹³⁹ gleichsam externe Sicht¹⁴⁰ auf ein einzelnes Rechtssystem genuine Rechtsvergleichung darstellen kann. Aber selbst wenn – wofür in der Tat Vieles spricht – ein *tertium comparationis* jeder vergleichenden Methode zwingend immanent sein sollte, lässt sich ein solches bei den oben skizzierten Beispielen doch zweifellos finden.¹⁴¹ Zwar befinden wir uns nicht in der gleichsam luxuriösen Situation, annehmen zu dürfen, dass die zu vergleichenden Systeme vermutlich ein bestimmtes praktisches Lebensproblem erstens gleichermaßen zu lösen haben und zweitens auch tatsächlich irgendwie lösen, wenn auch vielleicht auf unterschiedliche Weise oder auf unterschiedlichem Weg.¹⁴² Vielmehr ist die Ausgangsposition, dass beispielsweise Vertragsrecht, Urheberrecht und Datenschutzrecht präsumtiv verschiedene Lebensprobleme zu lösen haben und bedarf es erst des Ausweichens auf eine höhere Abstraktionsstufe, bis bei der Einwilligung, der Handlungsfähigkeit usw. ein gemeinsamer Nenner gefunden wird. Aber auch die klassische, inter-nationale Rechtsvergleichung bedarf des Ausweichens auf eine höhere Abstraktionsstufe, indem sie möglichst neutrale, von den Systemvorstellungen des eigenen Rechts möglichst gereinigte Kategorien schafft,¹⁴³ und auch inter-nationale Rechtsvergleichung darf nie unkritisch annehmen, dass das zu lösende Lebensproblem tatsächlich das gleiche ist.

b) *Universalität der funktionalen Methode*

Damit ist aber auch bereits festgestellt, dass die funktionale Methode – oder besser gesagt ein funktionaler Ansatz – nicht nur bei der Rechtsvergleichung klassischer Prägung, sondern auch bei anderen Formen von Rechtssystemvergleichung alternativlos und vollkommen unverzichtbar ist.¹⁴⁴ Sie ist möglicherweise sogar die einzige Methode, die in der Lage ist, eine sinnvolle Ver-

¹³⁹ *Zweigert/Kötz* (Fn. 2), 11, 44.

¹⁴⁰ C. Wendehorst, Von Arbeit im Recht, am Recht und über Recht – Konsequenzen für das Lückenproblem in der Rechtsvergleichung, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris, Bd. II (2007), 1403 ff.; *dies.*, The State as a Foundation of Private Law Reasoning, in: N. Jansen/R. Michaels (Hg.), *Beyond the State: Rethinking Private Law* (2008), 145, 163.

¹⁴¹ Eingehend zum *tertium comparationis* N. Jansen, Comparative Law and Comparative Knowledge, in: M. Reimann/R. Zimmermann (Hg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (2006), 305, 310 ff.

¹⁴² Statt aller *Zweigert/Kötz* (Fn. 2), 38.

¹⁴³ Oben Fn. 139.

¹⁴⁴ Umfassend zur funktionalen Methode R. Michaels, The Functional Method of Comparative Law, in: Reimann/Zimmermann (Hg.) (Fn. 141), 339 ff., m.w.N.

gleiung anderer als national abgegrenzter Rechtssysteme zu ermöglichen, jedenfalls sofern diese Vergleichung Erkenntnisse zutage fördern soll, die sich nicht in der aneinander gereihten Darstellung der zu vergleichenden Systeme und der achselzuckenden Feststellung von deren Andersartigkeit erschöpfen. Insbesondere jede Form von Mikrovergleichung¹⁴⁵ setzt einen schwierigen Auswahlprozess hinsichtlich der zu vergleichenden Normen und Rechtslagen voraus, der anders als durch Rückgriff auf funktionale Ähnlichkeit – bezogen auf eine deutlich höhere Abstraktionsstufe als bei klassischer Rechtsvergleichung – kaum durchzuführen ist.

Bei der Vergleichung anders als national abgegrenzter Rechtssysteme ist die funktionale Methode übrigens auch nicht den zahlreichen Missverständnissen und Einwänden ausgesetzt, die in den vergangenen Jahrzehnten immer wieder gegen die Methode vorgebracht worden sind.¹⁴⁶ Vielmehr wird deutlich, dass diese Einwände sich – soweit sie nicht einfach mit dem Bedürfnis erklärt werden können, sich an herrschenden Meinungen wissenschaftlich zu reiben – in Wahrheit weniger gegen das funktionale Element richteten als gegen das nationale. So ist es von vornherein eher fern liegend, der funktionalen Vergleichung anders als national abgegrenzter Rechtssysteme zu unterstellen, sie simplifiziere und sei im Sinne einer *praesumptio similitudinis* voreingenommen: Dürfte die Unterstellung der Voreingenommenheit schon bei klassischer Rechtsvergleichung auf einem Missverständnis beruhen und gar nichts mit Funktionalität zu tun haben,¹⁴⁷ klänge sie bei der Vergleichung anderer als national abgegrenzter Rechtssysteme geradezu absurd. Vielmehr gilt hier, wenn überhaupt, eine *praesumptio dissimilitudinis* und ist der Vergleichende eher erstaunt, wenn er trotz aller offenkundigen Unterschiede am Ende hier und dort doch Ähnliches findet. Auch der Vorwurf des Ethnozentrismus geht bei der Vergleichung anders als national abgegrenzter Rechtssysteme ins Leere, geht es doch von vornherein überhaupt nicht darum, dass der Vergleichende als Angehöriger einer bestimmten Nation, Ethnie oder eines bestimmten gesellschaftlichen Systems einen Blick auf andere Nationen, Ethnien oder gesellschaftliche Systeme wirft. Allenfalls könnte man disziplinäre Beschränkungen unterstellen, doch fehlte diesem Vorwurf jede politische bzw. ethische Brisanz und reduziert sich auf die allgemeine Wahrheit, dass eben kein Betrachter je vollends aus der eigenen Haut schlüpfen kann.

¹⁴⁵ Zur Unterscheidung zwischen Mikro- und Makrovergleichung statt aller *Zweigert/Kötz* (Fn. 2), 38.

¹⁴⁶ Überblick und Nachweise etwa bei *M. Siems*, *Comparative Law* (2015), 33 ff.; *G. Samuels*, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method* (2014), 79 ff.; *J. Husa*, *A New Introduction to Comparative Law* (2015), 151 ff.

¹⁴⁷ Eingehend *Michaels* (Fn. 144), 369 ff.

c) *Kulturalismus als Nationalismus?*

Auf dem Boden teleologischer und kommunikationstheoretischer Systembegriffe sowie der Erkenntnis, dass transnationale Rechtssysteme heute vielfach stärkere Kohäsionskräfte aufweisen als nationale, lässt sich allerdings umgekehrt gegenüber aggressiv auftretenden Vertretern des *cultural turn* ein Vorwurf mit erheblicher politischer bzw. ethischer Brisanz formulieren: der des verkappten Ethnizismus oder Nationalismus. Im Kern geht es bei der kulturalistischen These darum, dass sich Recht und Gesellschaft, Recht und Kultur, nicht trennen ließen: *extra culturam nihil datur*.¹⁴⁸ Da aber der Rechtsvergleicher seine eigene juristische Prägung stets in einem bestimmten Kulturzusammenhang erhalten habe, sei es ihm so gut wie verwehrt, das fremde Recht adäquat zu erfassen und darzustellen, außer durch vollkommene kulturelle Immersion.¹⁴⁹ Diese These enthält dabei unausgesprochen eine ganz wesentliche Prämisse, nämlich dass Kultur stets primär nationale Kultur sei und dass der französische Urheberrechtsexperte mit dem französischen Vertragsrechtsexperten in seinem Denken unvergleichlich mehr gemeinsam habe als mit dem deutschen Expertenkollegen, so dass er ersteren jederzeit, letzteren aber praktisch nie vollends verstehen könne.

Eben diese Prämisse ist angesichts fortschreitender Angleichung der Rechtsnormen, verstärkten transnationalen Austauschs von Experten und wachsenden kulturellen Pluralismus innerhalb der Nationalstaaten sowie multipler identitätsprägender Zuordnungen (politisch, religiös, geschlechtsbezogen, usw.) allerdings schon auf den ersten Blick vollkommen unplausibel. Die mangelnde Plausibilität folgt dabei nicht erst aus ihrer täglichen Widerlegung durch internationale Konferenzen und Forschungsprojekte, sondern schon aus der offenkundig engen Verbindung zwischen Kultur und Werten im Sinne teleologisch definierter Rechtssysteme bzw. zwischen Kultur und Kommunikation im Sinne kommunikationstheoretisch definierter Rechtssysteme.

Kulturalisten nach dem Muster eines *Pierre Legrand* oder eines *William Ewald* müssten der Rechtssystemvergleicher konsequenterweise entgegenhalten, ohne vollkommene Immersion in die Mentalität des Urheberrechtsexperten, die mindestens bei einem Studium von John Lockes *labour theory of property*¹⁵⁰ zu beginnen habe¹⁵¹ oder vielleicht letztlich ohnehin unmöglich

¹⁴⁸ Etwa *P. Legrand*, The Impossibility of ‚Legal Transplants‘, *Maastricht Journal of European & Comparative Law* 4 (1997), 111, 120.

¹⁴⁹ *W. Ewald*, What Was it Like to Try a Rat?, *Pennsylvania Law Review* 143 (1995), 1189, 1193 ff.; *V. Grosswald Curran*, Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law, *American Journal of Comparative Law* 46 (1998), 43.

¹⁵⁰ *J. Locke*, *Second Treatise of Government* (1690), Sect. 25 ff.

¹⁵¹ Vgl. die entsprechende Forderung des Studiums von Kant und Herder zum Verständnis des deutschen BGB, *Ewald*, *Pennsylvania Law Review* 143 (1995), 1189, 1193 ff.; *ders.*, *Legal History and Comparative Law*, *ZEuP* 7 (1999), 553, 556.

sei,¹⁵² sei dem Vertragsrechtsexperten ein echtes Verstehen der anderen Position verwehrt. Damit aber müssten sie offen legen, dass ihre These in Wahrheit ganz allgemein gegen die Möglichkeit wechselseitigen Verstehens gerichtet ist.

d) Übertragbarkeit von Methodendiskussionen

Haben wir einmal den kontra-intuitiven Schritt vollzogen, nicht nur das französische oder das deutsche Recht als Rechtssystem zu begreifen, sondern auch das Immaterialgüterrecht, das Datenschutzrecht usw., dann ist es nicht mehr besonders schwierig, bei der Vergleichung anders als national definierter Rechtssysteme auch viele Methodendiskussionen, die die Rechtsvergleichung in den letzten über einhundert Jahren durchgemacht hat, zu identifizieren.

Wie klassische Rechtsvergleichung ist auch eine weiter verstandene Rechtssystemvergleichung als Makrovergleichung oder Mikrovergleichung denkbar.¹⁵³ Dass die funktionale Methode dann, wenn man das zu lösende Lebensproblem auf einem höheren Abstraktionsgrad definiert, auch hier unverzichtbar ist, wurde bereits gezeigt. Es lassen sich bei näherem Hinsehen aber auch mühelos Rechtssystemfamilien¹⁵⁴ erkennen, die entweder durch strukturelle Ähnlichkeiten (etwa: alle religiösen Rechte) oder aber durch Vorgänge der Evolution und Rezeption (etwa: Entwicklung des Arbeitsrechts aus dem Dienstvertragsrecht heraus) miteinander verbunden sind. Auch bei den Rechtssystemen im weiteren Sinn gibt es *legal transplants*,¹⁵⁵ wie das Beispiel der auf die Ebene des primären EU-Rechts gehobenen privatrechtlichen Rechtsgrundsätze zeigt, und auch bei diesen *legal transplants* stellt sich prinzipiell – sogar in noch verschärfter Form – die Frage nach der Kontextabhängigkeit jeder Regelung. Wie ganz generell zeigt sich natürlich auch hier, dass der Kreis sinnvoller Forschungsfragen bei der Vergleichung anders als national abgegrenzter Rechtssysteme viel enger ist.

Bestimmte methodische Ansätze sind freilich nur bei klassischer, internationaler Rechtsvergleichung möglich. Dazu gehört etwa die Cornell-Methode, wie sie dem „Common Core“-Projekt¹⁵⁶ oder dem „Ius Commune Casebook“-

¹⁵² P. Legrand, *The Same and the Different*, in: P. Legrand/R. Munday (Hg.) *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (2003), 240, 251.

¹⁵³ *Zweigert/Kötz* (Fn. 2), 4 f.

¹⁵⁴ Zu den Rechtskreisen bzw. Rechtsfamilien *Zweigert/Kötz* (Fn. 2) 62 ff.; P. Glenn, *Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions*, in: Reimann/Zimmermann (Hg.) (Fn. 141), 421 ff. m.w.N.

¹⁵⁵ Überblick bei M. Graziadei, *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, in: Reimann/Zimmermann (Hg.) (Fn. 141), 441 ff. m.w.N.

¹⁵⁶ <www.common-core.org>.

Projekt¹⁵⁷ zugrunde liegt. Diese Ansätze bauen nämlich essentiell auf der absoluten Identität des zu entscheidenden Lebenssachverhalts auf und setzen voraus, dass alle zu vergleichenden Rechtssysteme eine Antwort geben müssen – eine Annahme, die bei anders als national abgegrenzten Rechtssystemen im Regelfall nicht berechtigt ist.

3. Abgrenzung zur internen Rechtsvergleichung?

Das wohl schwerwiegendste Argument dagegen, von so etwas wie Rechtssystemvergleichung zu sprechen, sind die offenkundigen Parallelen zur so genannten „internen Rechtsvergleichung“, also der Vergleichung von Normen oder Regelungszusammenhängen innerhalb eines nationalen Rechtssystems. So sollte es zu denken geben, was im ersten Absatz des Lehrbuchs von *Konrad Zweigert* und *Hein Kötz* zur Abgrenzung der Rechtsvergleichung von anderen Disziplinen gesagt wird: Da jeder alltäglichen juristischen Arbeit ein gewisses Vergleichen immanent sei, müsse mit der Rechtsvergleichung ein Mehr gemeint sein, das in dem Wort nicht unmittelbar zum Ausdruck kommt: dieses Mehr sei das Übernationale.¹⁵⁸ Nun darf man sich natürlich nicht wundern, dass dann, wenn man das Nationale aus der Definition entfernt, plötzlich auch das Übernationale zu verschwinden scheint, und dass, wenn man die Rechtsvergleichung als wichtigsten Unterfall der Rechtssystemvergleichung definiert, nicht umgekehrt die Rechtssystemvergleichung zum Unterfall der Rechtsvergleichung wird. Allerdings sollte doch irgendeine qualifizierte Verbindung mit dem Übernationalen bestehen, anderenfalls es kaum gerechtfertigt wäre, in einem mit „Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung“ überschriebenen Band über Rechtssystemvergleichung zu schreiben.

In meinen Augen ist diese qualifizierte Verbindung durchaus gegeben. Denn auch wenn es theoretisch möglich wäre, zwei nationale Sub-systeme miteinander zu vergleichen und sich damit zumindest in die Nähe der juristischen Alltagsarbeit zu begeben, ist es doch nicht zu verkennen, dass sich heute die vielversprechendsten Forschungsfragen allesamt im übernationalen Bereich stellen. Das Datenschutzrecht, das Urheberrecht oder das Schuldvertragsrecht sind eben nicht mehr nur Sub-systeme eines nationalen Rechtssystems, sondern sie verbinden sich mit dem jeweiligen Datenschutzrecht, Urheberrecht oder Schuldvertragsrecht anderer nationaler Rechtssysteme zu eigenen, quer zu den nationalen Grenzen verlaufenden, transnationalen Rechtssystemen. Dass dem so ist, ist seinerseits wieder die Frucht von mehr als hundert Jahren erfolgreicher Rechtsvergleichung, europäischer und internationaler Rechtsintegration, und der Globalisierung der vom Recht zu bewältigenden Herausforderungen.

¹⁵⁷ <www.casebooks.eu>.

¹⁵⁸ *Zweigert/Kötz* (Fn. 2), 2.

Der Gegenstand der Vergleichung ist demnach seinerseits ein durch Rechtsvergleichung und Rechtsintegration gewonnener Gegenstand, weshalb man die Vergleichung geradezu als *second order comparative law*, als Rechtsvergleichung zweiter Ordnung, bezeichnen könnte, ohne dabei demütig aus dem Auge zu verlieren, dass die Bedeutung klassischer Rechtsvergleichung diejenige der Vergleichung anderer als national definierter Rechtssysteme stets in den Schatten stellen wird. Letztere ist aber nicht nur wegen der methodischen Parallelen, sondern auch vom Gegenstand her so eng mit der genuinen Arbeit des Rechtsvergleichers verknüpft, dass sie in seinen Händen am besten aufgehoben ist.

4. *Rechtssystemvergleichung als dynamisches Element*

Es dürfte kein Zufall sein, dass zwei der oben skizzierten Beispiele für angewandte Rechtssystemvergleichung, nämlich die Diskussion um ein Dateneigentum und die Integration von Schuldvertragsrecht, Urheberrecht und Datenschutzrecht bei Verträgen über digitale Inhalte, brandaktuelle Herausforderungen betreffen, denen nahezu alle nationalen Rechtsordnungen gleichermaßen Rat suchend gegenüber stehen und bei denen es international nur wenig Spezifisches zu vergleichen gibt. Was das Beispiel der Verträge über digitale Inhalte anbelangt, so könnte man die Konzentration auf die klassische inter-nationale Rechtsvergleichung sogar als Grundproblem des Kommissionsentwurfs vom Dezember 2015¹⁵⁹ sehen: Dieser ist gerade dadurch gekennzeichnet, dass der *UK Consumer Rights Act 2015*¹⁶⁰ sowie zaghafte, aber noch nicht besonders weit gehende Regelungsansätze in den Niederlanden und in Irland den Horizont dessen, was als Regelungsgegenstand denkbar ist, im Prinzip abgesteckt haben. Bei zwei weiteren Beispielen, nämlich den allgemeinen Rechtsprinzipien im Unionsrecht und europäischen Privatrecht sowie den Kompetenzkonflikten in Zivilsachen und Strafsachen, ging es um die Vergleichung von Materien, die ihrerseits bereits Produkte klassisch-rechtsvergleichender Integrationsbemühungen bzw. supranationaler Kompromiss-suche sind und bei denen die klassische Rechtsvergleichung bereits so viel an Vorarbeit geleistet hat, dass es Zeit sein könnte für eine Erweiterung des Blickwinkels.

Rechtssystemvergleichung im hier verstandenen Sinn stellt demnach eine wichtige Ergänzung klassischer Rechtsvergleichung dar. Sie bereichert die klassische Rechtsvergleichung um ein dynamisches Element, was immer dann besonders wichtig erscheint, wenn der Vorrat an nationalen Lösungen zur Neige geht.

¹⁵⁹ Oben Fn. 87.

¹⁶⁰ Abrufbar unter <www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/contents/enacted>.

IV. Thesen

Die wesentlichen Thesen des vorstehenden Beitrags lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Die Vorstellung davon, was ein „Rechtssystem“ ausmacht, hat sich schrittweise von der (National-)Staatlichkeit von Recht entfernt. Waren hierarchische Systembegriffe (Kelsen, H.L.A. Hart) eng dem Nationalstaat verhaftet, sind bei näherem Hinsehen weder axiologische oder teleologische Systembegriffe (Canaris, Dworkin) noch systemtheoretische Konzeptionen (Luhmann, Teubner) an nationale Grenzen gebunden. Im Gegenteil führen – konsequent weitergedacht – sowohl der teleologische Systembegriff als auch erst recht die Systemtheorie zur Aufdeckung von Rechtssystemen, die gleichsam quer zu den Konturen nationaler Rechtsordnungen verlaufen.
2. Rechtssysteme, die quer zu den Konturen nationaler Rechtsordnungen verlaufen, existieren auf sehr verschiedenen Ebenen und haben sehr verschiedene Qualität. Solche Systeme müssen nicht hierarchisch strukturiert sein. Sie zeichnen sich aus durch eine teleologische Ordnung einheitsstiftender Rechtsprinzipien, noch mehr jedoch durch selbstreferentielle Kommunikationen, die sich durch eine bestimmte Codierung (Begrifflichkeit usw.) von anderen Kommunikationen unterscheiden. Äußeres Indiz für letztere ist die Existenz von – vermehrt transnationalen – *scientific* bzw. *legal communities*, die sich durch ein gewisses Maß operationaler Geschlossenheit von benachbarten *communities* abgrenzen.
3. Systemcharakter kann danach sowohl Strukturen zukommen, die neben nationalstaatlichen Rechten existieren (Beispiel: religiöse Rechte), als auch internationalen und supranationalen Strukturen (Beispiel: EU-Recht) oder Strukturen, die genuin transnationaler Natur sind und Teilgebiete nationalstaatlicher Rechte gleichsam horizontal zu einer eigenen *scientific* bzw. *legal community* vereinen (Beispiel: Europäisches Vertragsrecht bzw. Vertragsrecht in Europa). Die Abgrenzung zu bloßen Teildiskursen usw. ist fließend, aber letztlich von untergeordneter Bedeutung.
4. Die Vergleichung kann als Makrovergleichung oder als Mikrovergleichung erfolgen und vermag ähnliche Methodenfragen aufzuwerfen wie inter-nationale Rechtsvergleichung, wobei die Suche nach dem *tertium comparationis* anspruchsvoller ist. Die Vergleichung kann rein wissenschaftlicher Erkenntnis dienen (Beispiel: Allgemeine Rechtsgrundsätze des Privatrechts und des Unionsrechts), der besseren Einschätzung sich abzeichnender Paradigmenwechsel (Beispiel: aktuelle Debatte um ein Dateneigentum), der Suche nach besten Lösungen (Beispiel: Kompetenzkonflikte in Strafsachen und Zivilsachen) oder der Integration verschiedener Systeme, die in einem Lebenssachverhalt aufeinander treffen

(Beispiel: Schuldvertragsrecht, Urheberrecht und Datenschutzrecht bei Verträgen über digitale Inhalte).

5. Mit abnehmender Relevanz streng nationaler Zusammenhänge und dem Entstehen neuer Herausforderungen, denen alle nationalen Rechtsordnungen nahezu gleichermaßen Rat suchend gegenüber stehen, dürfte die Vergleichung anderer als national definierter Rechtssysteme tendenziell wichtiger werden. Aufgrund der Identität der Methode und des übernationalen Charakters der relevanten Systeme gehört auch sie in die Hände des Rechtsvergleichers. Sie vermag seine Arbeit zu bereichern, vor allem indem sie den Vorrat zu erwägender Lösungsmodelle erweitert und damit die Dynamik der Rechtsentwicklung befördert.

Die Konturen einer Rechtssystemvergleichung im hier skizzierten Sinn sind deutlich weniger scharf als die der klassischen, inter-nationalen Rechtsvergleichung. In einer Zeit, in der national definierte Zusammenhänge an Bedeutung verlieren und übernationale bzw. transnationale Zusammenhänge an Bedeutung gewinnen, scheint sie aber ein Gebot der Stunde zu sein. Ob man sie als eine von vielen Zukunftsperspektiven *der Rechtsvergleichung* betrachtet oder als eine ganz eigene Aufgabe, hängt davon ab, ob man es mit der Definition von Rechtsvergleichung allzu dogmatisch nimmt – aber das allzu Dogmatische ist ja bekanntlich auch demjenigen, dem dieser Band gewidmet ist, eher suspekt.

Religiöse Rechte und postsäkulare Rechtsvergleichung

*Ralf Michaels**

I.	Einleitung	40
II.	Die Marginalisierung religiöser Rechte in der Rechtsvergleichung	43
	1. Religiöse Rechte in der Rechtsvergleichung heute	43
	2. Religiöses Recht als nichtstaatliches Recht	45
	a) Marginalisierung	45
	b) Verstaatlichung	47
	c) Religiöses Recht als nichtpositives Recht	48
	3. Religiöses Recht als Recht niederer Entwicklungsstufe?	49
	a) Der marginalisierte Einfluss	50
	b) Die abgebrochene Modernisierung	52
	4. Religiöses Recht als fundamental anders?	53
	a) Verabsolutierung der Religiosität?	53
	b) Irrelevanz der Religiosität?	54
III.	Postsäkulare Rechtsvergleichung: Grundlagen	56
	1. Herausforderungen	56
	a) Religiöses Recht als globalisiertes Recht	56
	b) Die Irrelevanz des Entwicklungsstands für die Rechtsvergleichung	57
	c) Die religiöse Natur der religiösen Rechte	59
	2. Rechtsvergleichung in der postsäkularen Gesellschaft	59
	3. Anerkennung religiöser Rechte	60
	a) Die Notwendigkeit der Anerkennung	60
	b) Religiöse Rechte als Kategorie	61
	c) Ebenen religiösen Rechts: Taking Sacred Books Less Seriously	62
	d) Ambiguitätstoleranz	64
	4. Übersetzung	66
	a) Die Notwendigkeit der Übersetzung	66
	b) Die Möglichkeit der Übersetzung	67
IV.	Postsäkulare Rechtsvergleichung: Vergleichbarkeit	68
	1. Formale Vergleichbarkeit: Offenbarung und Grundnorm	68
	a) Juristenrecht	69
	b) Offenbartes Recht und Verfassung	70
	c) Offenbarung und Grundnorm	71
	d) Ebenenverwechslung und Vergleich verschiedener Ebenen	72

* Dank für wertvolle Hinweise an Félix Aden, Kilian Bälz, Nils Jansen, Clark Lombardi, Lena-Maria Möller, Mathias Reimann, James Whitman, und Teilnehmer des Symposiums „Zukunftsfragen der Rechtsvergleichung“ in Hamburg, 26. November 2015.

2.	Materielle Vergleichbarkeit	73
a)	Erfahrungen aus der „intersystemaren“ Rechtsvergleichung.....	73
b)	Religiöse Elemente im staatlichen Recht?.....	74
3.	Vergleichskonstellationen.....	75
a)	Interreligiöse Rechtsvergleichung.....	75
b)	Intrareligiöse Rechtsvergleichung.....	76
c)	Vergleichung zwischen religiösem und staatlichem Recht	78
V.	Postsäkulare Rechtsvergleichung: Anwendungsbeispiele.....	78
1.	Postsäkulares Familienrecht.....	79
a)	Säkulares Familienrecht.....	79
b)	Postsäkulares Familienrecht: Fragen.....	80
c)	Postsäkulares Familienrecht: Modelle.....	83
2.	Islamic Finance.....	85
a)	Islamic Finance als Phänomen.....	85
b)	Islamisches Vertragsrecht.....	87
c)	Islamic Finance als Rechtsgebiet	88
aa)	Schariakonformität als Frage der Ethik?	89
bb)	Schariakonformität als Vertragsrisiko?	90
cc)	Schariakonformität als Frage nichtstaatlichen Rechts.....	91
d)	Umgehung?	92
e)	Sharia Boards als privatisierte Finanzaufsicht?	93
3.	Kollisionsrecht der religiösen Rechte.....	94
a)	Das Verhältnis zwischen Staat und Religion als Rechtskollision.....	94
b)	Staatliches Recht aus Sicht des religiösen Rechts.....	96
c)	Die Lösung von Rechtskollisionen.....	98
VI.	Zusammenfassung in Thesen.....	99

I. Einleitung

Die größte Herausforderung für die heutige Rechtsvergleichung liegt zweifellos im Umgang mit sogenannten religiösen Rechten.¹ Hunderttausende Ehen in der Welt werden nach den Regeln eines religiösen Rechts geschlossen (und viele nach den Regeln desselben Rechts geschieden). Millionen von Euro

¹ Unter „religiösen Rechten“ verstehe ich für diesen Aufsatz solche Rechte, die Geltung und Inhalt (jedenfalls zum Teil) nicht vom Staat sondern aus einer Religion herleiten. Nicht umfasst ist dabei einerseits staatliches Recht, selbst wenn es sich – wie in einigen mehrheitlich islamischen Staaten – als religiös (in diesem Fall islamisch) versteht (siehe unten II.2.). Nicht umfasst sind dabei andererseits Gewohnheitsrechte wie etwa afrikanische Stammesrechte. Gemeint sind also insbesondere jüdisches und islamisches Recht, daneben aber auch etwa hinduistisches und buddhistisches Recht und andere (siehe unten bei Fn. 3–11). Eine solche Definition ist nicht unproblematisch. Sie setzt voraus, dass ein neutraler und umfassender Begriff der Religion existiert. Genau das aber ist in der vergleichenden Religionswissenschaft und auch der Religionssoziologie in den letzten Jahrzehnten zweifelhaft geworden. Die Auswirkungen dieser Definitionsprobleme auf die Rechtsvergleichung müssen anderswo umfassend diskutiert werden. Siehe einstweilen unten bei Fn. 137.

werden implizit oder explizit nach religiösem Recht vererbt. Milliarden von Euro werden nach religiösen Regeln investiert. In Kanada und England diskutiert man die Anerkennungsfähigkeit der Entscheidungen religiöser Schiedsgerichte, in Deutschland fürchtet man eine religiöse Paralleljustiz. In Indien hofft man auf eine Stärkung des Hindu-Rechts; in den USA verlangen fundamentalistische Christen eine stärkere Berücksichtigung christlicher Prinzipien im Recht. Jüdisches Recht erlebt eine Renaissance in der Rechtstheorie. Schon die bloße Erwähnung des Worts Scharia, als Bezeichnung des islamischen Rechts, macht Menschen in westlichen Ländern nervös.

Die Rechtsvergleichung spürt die Bedeutung der religiösen Rechte,² aber sie weiß nicht recht, was sie damit anfangen soll. Religiöse Rechte werden behandelt, aber meist am Rande – als „sonstige Rechte“ in der Makrovergleichung, als „ganz andere Perspektiven“ in der Mikrovergleichung. Im Großen und Ganzen sind religiöse Rechte für die Rechtsvergleichung immer noch mehr Ornament denn echtes Objekt. Das Erstarken religiöser Rechte wird als Problem für das Recht eingeordnet und bearbeitet: die Rechtsvergleichung fragt, wie staatliches Recht mit religiösen Rechten umgehen soll, aber nicht, was diese religiöse Rechte selbst sagen.

Diese Diskrepanz zwischen tatsächlicher Bedeutung und wissenschaftlicher Behandlung ist ein Problem. Freilich reicht es nicht aus, einfach zu verlangen, dass die Rechtsvergleichung den religiösen Rechten stärkere Aufmerksamkeit schenkt. Es gibt Gründe für die Schwierigkeiten, die die Rechtsvergleichung mit religiösen Rechten hat, und diese Gründe müssen erkannt werden. Nötig ist zum einen ein besseres Verständnis dessen, was wir unter religiösen Rechten verstehen, und insbesondere, was ihr religiöser Charakter für die Rechtsvergleichung bedeutet. Nötig ist zum anderen aber auch eine Besinnung darauf, wie sich die Rechtsvergleichung als Disziplin selbst umstellen muss, wenn sie religiöse Rechte adäquat vergleichen will.

Im Folgenden möchte ich entwerfen, wie das geschehen könnte. Ich nenne meinen Ansatz postsäkulare Rechtsvergleichung, um anzudeuten, worum es geht: eine Rechtsvergleichung, die das Verhältnis zwischen säkularem und religiösem Recht verarbeiten kann, ohne selbst Stellung beziehen zu müssen zwischen Säkularität und Religion. Dabei kann hier vieles nur angedeutet werden. Es geht um nicht mehr (aber auch nicht weniger) als den Entwurf einer Methode und den Abriss eines Forschungsprogramms. Geliefert werden

² Das Thema der 35. Jahrestagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung in Bayreuth (2015) war „Religion, Werte und Recht“. Die Beiträge sind mittlerweile veröffentlicht in *U. Kischel* (Hg.), *Religiöses Recht und religiöse Gerichte als Herausforderung des Staates: Rechtspluralismus in vergleichender Perspektive* (2016). Siehe den Tagungsbericht von *E. Lohse*, RW 2015, 359. Das Thema der Jahrestagung 2017 der American Society of Comparative Law an der American University in Washington DC soll sein „Comparative Law, Faith and Religion: the Role of Faith in Formulation, Development and Application of Law“.

mehr Fragen als Antworten, mehr Hypothesen als Nachweise, mehr Ideen als Einsichten. Viel bleibt zu tun.

Die Analyse beginnt in Teil II mit einer Bestandsaufnahme der marginalen Rolle, die religiöse Rechte in der heutigen Rechtsvergleichung spielen. Diese marginale Rolle lässt sich auf drei Gründe zurückführen: die Fokussierung der Rechtsvergleichung auf staatliche Rechte, das Verständnis religiöser Rechte als vormodern, und schließlich eine angenommene Unvereinbarkeit von weltlichem und religiösem Recht. Als Antwort auf diese Probleme wird sodann in Teil III die Idee einer postsäkularen Rechtsvergleichung entwickelt. Inspiriert von Habermas' Vorschlägen zum Umgang mit der Religion in der postsäkularen Gesellschaft baut postsäkulare Rechtsvergleichung insbesondere auf zwei Elementen auf, die diskutiert werden: der Anerkennung religiöser Rechte als Rechte, und der Übersetzung zwischen religiösrechtlicher und säkularrechtlicher Sprache zur Herstellung der Vergleichbarkeit. Die Vergleichbarkeit wird dann in Teil IV ausgeführt, und zwar in formaler und in substantieller Hinsicht. Formal muss im religiösen Recht getrennt werden zwischen den Ebenen des Juristenrechts, des offenbarten Rechts und der Offenbarung selbst, die ihre Äquivalente im säkularen Recht in einfachem Recht, Verfassungsrecht und Grundnorm finden. Substantiell geht es darum, ob der religiöse Inhalt des religiösen Rechts der Vergleichung entgegensteht. Daraus ergeben sich drei Vergleichskonstellationen – Vergleich zwischen religiösen Rechten, innerhalb religiöser Rechte, und religiösen Rechts mit staatlichem Recht – von denen die letzte am wichtigsten ist.

Bis dahin bleibt der Artikel theoretisch. In Teil V finden sich dagegen drei Anwendungsbeispiele, in denen angedeutet wird, was postsäkulare Rechtsvergleichung leisten könnte. Das erste Beispiel betrifft das postsäkulare Familienrecht und die Frage, wie religiöses Recht hier einbezogen werden kann. Im zweiten Beispiel wird die Islamic Finance aus spezifisch rechtsvergleichender Perspektive als Rechtsordnung eigener Art diskutiert und verglichen. Schließlich geht es in einem dritten Beispiel um die Rekonzeptualisierung des Verhältnisses zwischen Staat und Religion als ein Kollisionsrecht. Dieses Verständnis ermöglicht es insbesondere, nicht nur die Position des Staates zu analysieren, sondern auch die Kollisionsnormen der religiösen Rechte in den Blick zu nehmen und mit einander zu vergleichen. Beschlossen wird der Aufsatz mit einer Liste der wichtigsten Ergebnisse als Thesen (Teil VI).

II. Die Marginalisierung religiöser Rechte in der Rechtsvergleichung

1. Religiöse Rechte in der Rechtsvergleichung heute

Wenn die Rechtsvergleichung heute aufgefordert ist, sich mit den zurückgekehrten religiösen Rechten zu befassen, so tut sie das zwar, aber sie tut es zögerlich. Es gibt natürlich Einführungen in die wichtigsten religiösen Rechte:³ das islamische Recht vor allem,⁴ daneben aber auch jüdisches Recht,⁵ christliches Recht,⁶ Hindu-Recht,⁷ buddhistisches Recht,⁸ sowie das Recht

³ Eine Bibliographie englischsprachiger Texte und Websites findet sich unter <www.nyulawglobal.org/globalex/Religious_Legal_Systems1.html>.

⁴ An Einführungstexten zum islamischen Recht herrscht kein Mangel. Siehe auf Deutsch vor allem *M. Rohe*, *Das islamische Recht: Geschichte und Gegenwart* (3. Aufl., 2011); erweiterte und aktualisierte englische Ausgabe: *Islamic Law in Past and Present* (2015). Ein historischer Abriss bis zur Gegenwart ist *W.B. Hallaq*, *An Introduction to Islamic Law* (2009); vgl. auch *ders.*, *Sharīʿa: Theory, Practice, Transformations* (2009); *ders.*, *The Origins and Evolution of Islamic Law*. Umfassend *P. Bearman/R. Peters* (Hg.), *The Ashgate Research Companion to Islamic Law* (2014); *A. Emon/R. Ahmed* (Hg.), *The Oxford Handbook of Islamic Law* (2015). Auf Französisch siehe insb. *B. Dupret*, *La charia: Des sources à la pratique, un concept pluriel* (2014); *ders.*, *La Charia aujourd'hui: Usages de la reference au droit islamique* (2014).

⁵ Angekündigt ist *W. Homolka/S. Shetreet*, *Einführung in das jüdische und israelische Recht* (2017); vgl. einstweilen *W. Homolka*, *Das jüdische Recht: Eigenart und Entwicklung in der Geschichte*, *Humboldt Forum Recht* 2009, 251 ff. – <www.humboldt-forum-recht.de/deutsch/17-2009/index.html>. Siehe auch *A. Cohen*, *Introduction to Jewish Civil Law* (1994); *M. Levittes*, *Jewish Law – An Introduction* (1994); *C. Saiman*, *Halakhah: The Rabbinic Idea of Law* (im Erscheinen). Umfassend *M. Elon*, *Jewish Law – History, Sources, Principles* (4 Bände, 1994).

⁶ Zum historischen Recht der Bibel (hier ist oft das jüdische Recht mitumfasst) etwa *D. Daube*, *Studies in Biblical Law* (1969); *C. Carmichael*, *The Spirit of Biblical Law* (1996). Zum kanonischen Recht etwa historisch *R.H. Helmholz*, *Kanonisches Recht und Europäische Rechtskultur* (2014); interkonfessionell vergleichend *N. Doe*, *Christian Law: Contemporary Principles* (2013). Zu christlichen Perspektiven auf das geltende Recht, eingeschlossen der Einfluss des Christentums: *J. Witte, Jr./F.S. Alexander* (Hg.), *Christianity and Law: An Introduction* (2008).

⁷ Zum historischen Hindurecht insb. *D.R. Davis, Jr.*, *The Spirit of Hindu Law* (2010). Umstritten ist unter Wissenschaftlern, in welchem Maße Hindurecht als gelebtes Recht heute besteht. Siehe einerseits *W. Menski*, *Hindu Law – Beyond Tradition and Modernity* (2008) und andererseits die sehr kritische Bespr. von *D.R. Davis, Jr.*, *Traditional Hindu Law in the Guise of „Postmodernism“*, *Mich. J. Int'l L.* 25 (2004); ferner *R.T. Lubin/D.R. Davis, Jr./J.K. Krishnan* (Hg.), *Hinduism and Law: An Introduction* (2010); vgl. dazu *A. Parashar*, *Religious personal laws as non-state laws: implications for gender justice*, *Journal of Legal Pluralism* 45 (2013), 5.

⁸ Siehe etwa das Themenheft „Buddhism and Law“ des *Journal of the International Association of Buddhist Studies* 18:1 (1995); *R. French u.a.*, *Law, Buddhism, and Social*

kleinerer Religionen wie des Zoroastrismus⁹ der Jain¹⁰ oder der Baha'i.¹¹ Aber diese sind meistens nicht, oder nur ganz unvollständig, vergleichend angelegt.¹² Soweit es echte Vergleiche gibt, findet diese zum ganz großen Teil außerhalb der Rechtsvergleichung statt, insbesondere in der vergleichenden Religionswissenschaft, und oft als Vergleich ethischer, nicht rechtlicher Normen.¹³

Nun muss man sagen, dass manche neuere Veröffentlichungen zur Rechtsvergleichung zumindest einigen religiösen Rechten etwas mehr Raum geben. Uwe Kischels neues Lehrbuch zur Rechtsvergleichung etwa enthält ein Kapitel zum islamischen Recht, in dessen Zusammenhang auch Hindurecht und kanonisches Recht diskutiert werden.¹⁴ Der „Cambridge Companion to Comparative Law“ enthält Kapitel zur jüdischen und zur islamischen Rechtstradition.¹⁵ In Patrick Glenns „Legal Traditions of the World“ sind drei der sieben von ihm diskutierten Traditionen religiös, nämlich die jüdische (von ihm talmudisch genannte), die islamische, und die hinduistische Tradition.¹⁶ Und in Werner Menskis „Comparative Law“ spielt religiöses Recht schon wegen der Fokussierung auf das Recht Asiens und Afrikas eine wichtige Rolle.¹⁷

Change: A Conversation with the 14th Dalai Lama, September 20-21, 2006, *Buff. L. Rev.* 55 (2007), 635–735; R. French, What is Buddhist Law? – Opening Ideas, *Buff. L. Rev.* 63 (2015), 833–872; dies./M.A.Nathan (Hg.), *Buddhism and Law: An Introduction* (2014).

⁹ M. Macuch, „Vorislamisches iranisches Recht“, in: L. Paul (Hg.), *Handbuch der Iranistik* (2013), 123–132; dies., „Law in Pre-modern Zoroastrianism“, in: M. Stausberg/Y. Sohrab-Dinshaw Vavaina (Hg.), *The Wiley Blackwell Companion to Zoroastrianism* (2015), 289; M. Sharafi, *Law and Modern Zoroastrians*, in: Stausberg/Sohrab-Dinshaw Vavaina (diese Fn.), 299–312, beide m.w.N.

¹⁰ W. Menski, *Jaina law as an unofficial legal system*, in: P. Fluegel (Hg.), *Studies in Jaina History and Culture: Disputes and Dialogues* (2006), 417; P. Fluegel, *A Short History of Jaina Law*, *International Journal of Jaina Studies* 3 (2007), 1.

¹¹ U. Schaefer, *Das Recht der Religionsgemeinschaft der Bahā'ī: Grundlagen, Prinzipien und Strukturen*, *Kirche und Recht* 4 (2001), 19–48.

¹² Vgl. aber etwa H. Cohen, *Some notes on resemblances of Hebrew and English law*, *Jewish Quarterly Review* 20 (1908), 784.

¹³ Beispielhaft S.B. Twiss/B. Gelle (Hg.), *Explorations in Global Ethics – Comparative Religious Ethics & Interreligious Dialogue* (2000); siehe auch K. v. Stosch (Hg.), *Wirtschaftsethik interreligiös* (2014). In einem der wenigen rechtsvergleichenden Bücher zum Thema, beruhend auf einem 2000 in England gehaltenen Workshop, werden die Teilnehmer ausdrücklich als „friendly outsiders“ bezeichnet: A. Huxley, *Introduction*, in: ders. (Hg.), *Religion, Law and Tradition: Comparative Studies in Religious Law* (2000), 1, 5.

¹⁴ U. Kischel, *Rechtsvergleichung* (2015), § 10.

¹⁵ J.D. Bleich/A.J. Jacobson, *The Jewish Legal Tradition*, in: M. Bussani/U. Mattei (Hg.), *The Cambridge Companion to Comparative Law* (2012), 278–294; K. Abou El Fadl, *The Islamic Legal Tradition*, in: Bussani/Mattei (diese Fn.), 295.

¹⁶ H.P. Glenn, *Legal Traditions of the World* (5. Aufl., 2014).

¹⁷ W. Menski, *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa* (2. Aufl., 2002).

Jedenfalls das islamische Recht wird auch in einigen anderen Lehrbüchern behandelt.

Trotz alledem stimmt im Großen und Ganzen noch das, was *Harold Berman* 2006 in seinem Beitrag zum *Oxford Handbook of Comparative Law* schrieb: „The scholarly literature on interrelationships of comparative law and religion is skimpy, to say the least“.¹⁸ Dreierlei fällt auf. Erstens wird in rechtsvergleichenden Diskussionen zum religiösen Recht oft weit mehr Gewicht auf die Ursprünge und die frühe Entwicklung solcher Rechte gelegt als auf ihre heutige Bedeutung; wir lernen mehr über mittelalterliches islamisches Recht als zu den heutigen Diskussionen. Zweitens liegt dort, wo es um heutiges Recht geht, der Schwerpunkt oft auf dem kodifizierten, nicht dem gelebten Recht; wir lernen viel über die Personalstatute in Rechtsordnungen mit interner Rechtspaltung, aber wenig über religiöse Schiedsgerichtsbarkeit und die dort gefällten Entscheidungen, oder gar das in der religiösen Gemeinschaft praktisch gelebte Recht (*law in action*). Drittens taucht religiöses Recht meist nur in der Makrovergleichung auf; in der Mikrovergleichung, also wo es um spezifische Sachprobleme geht, sind religiöse Rechte regelmäßig nur ein Problem, das durch staatliches Recht zu lösen ist.

2. *Religiöses Recht als nichtstaatliches Recht*

Woran liegt das? Der vielleicht offensichtlichste Grund dafür, dass die religiösen Rechte vernachlässigt werden, liegt in der Beschränkung der Objekte moderner Rechtsvergleichung. Wenn etwa *Zweigert* und *Kötz* gleich zu Anfang ihres Lehrbuchs fast nebenbei schreiben, dass „die Rechtsvergleichung es mit dem Vergleichen verschiedener *nationaler* Rechtsordnungen zu tun hat“,¹⁹ so scheinen sie eine Selbstverständlichkeit auszudrücken, die keiner Begründung bedarf. Moderne Rechtsvergleichung ist die Vergleichung moderner, und das heißt: staatlicher Rechte.²⁰

a) *Marginalisierung*

Das heißt zunächst: insoweit religiöses Recht nicht staatlich ist, wird es marginalisiert, und aus demselben Grund wird es auch für relativ marginal erach-

¹⁸ *H.J. Berman*, *Comparative Law and Religion*, in: M. Reimann/R. Zimmermann (Hg.), *Oxford Handbook of Comparative Law* (2008), 739. Positiver das Verdikt bei *R. Zimmermann*, Einführung, in: ders. (Hg.), *Der Einfluss religiöser Vorstellungen auf die Entwicklung des Erbrechts* (2012), 1, 4 f.

¹⁹ *K. Zweigert/H. Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts (3. Aufl., 1996), § 1.II, S. 4 (Hervorhebung nicht im Original).

²⁰ *R. Michaels*, *Transnationalizing Comparative Law*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 23 (2016), 352; *ders.*, *Transnational Law and Comparative Law*, in: P. Zumbansen (Hg.), *Oxford Handbook of Transnational Law* (im Erscheinen).

tet. Das gilt für das jüdische Recht,²¹ für buddhistisches Recht, aber auch für das kanonische Recht.²² Selbst das Hindu-Recht wird so für unwichtig gehalten, weil es eben nur zu einem geringen Grade staatliches Recht sei.²³

Für das kanonische Recht mag diese Behauptung der Marginalität zutreffen; es verzichtet (mittlerweile) auf die Regelung weiter Bereiche, die der Staat regelt. Für andere religiöse Rechte stimmt das aber nicht so einfach. So ist kaum ernsthaft zu bestreiten, dass etwa jüdisches Recht eine wichtige Rolle für große Teile der jüdischen Bevölkerung in aller Welt spielt, schon weil die jüdische Religion in so starkem Maße rechtlich konstituiert ist. Das gleiche gilt für islamisches Recht, und zwar auch für Muslime außerhalb islamischer Staaten.

Nun ist man sich bewusst, dass islamisches Recht auch in westlichen Staaten von Bedeutung ist. In Deutschland spricht man von der Gefahr einer Paralleljustiz.²⁴ In den USA haben mehrere Staaten ihr Recht dahingehend geändert, dass ausländisches Recht keine Rolle mehr spielen dürfe²⁵ – gemeint ist damit implizit oft islamisches Recht.²⁶ Teilweise versucht man, dem islamischen Recht eine begrenzte Autonomie zuzugestehen, so etwa im (letztlich gescheiterten) Versuch, in Ontario islamische Familienschiedsgerichtsbarkeit zuzulassen,²⁷ oder aber auch in der durch den Erzbischof von Canterbury ausgelösten Debatte zur Rolle islamischen Rechts im Vereinigten Königreich.²⁸ Was aber sogar in diesen Debatten auffällt, ist, wie selten das religiöse Recht in westlichen Staaten als eigenständiges Recht inhaltlich ernstgenommen und analysiert wird.

Dieses Bild wird nicht dadurch wesentlich geändert, dass die Rechtsvergleichung durchaus Rechte mit personaler Rechtspaltung als solche behandelt. Gewiss lernen wir, dass es etwa in Indien und Israel religiöse Rechte gibt, dass etwa Muslime in diesen Staaten in einigen Bereichen speziellem Recht und auch speziellen Gerichten unterworfen sind. Aber die Rechtsvergleichung bleibt häufig dabei stehen, den gespaltenen Charakter dieser staatlichen Rechtsordnungen festzustellen, anstatt den Inhalt der Personalstatute selbst zu untersuchen.

²¹ *Kischel* (Fn. 14), § 10.172.

²² *Kischel* (Fn. 14), § 10.191.

²³ *Kischel* (Fn. 14), § 9.244.

²⁴ *J. Wagner*, Richter ohne Gesetz: Islamische Paralleljustiz gefährdet unseren Rechtsstaat (2011).

²⁵ Überblick unter <www.ncsl.org/research/civil-and-criminal-justice/-state-resources-on-the-prohibition-of-the-use-of-foreign-law-in-state-courts.aspx> (Dokument v. 13.4.2015).

²⁶ Das explizite Verbot der Scharia verstößt gegen das Gebot der staatlichen Neutralität in Religionsfragen: *Awad v. Ziriax*, 670 F.3d 1111 (2012).

²⁷ Siehe dazu die Beiträge in *A. Korteweg/J. Selby* (Hg.), *Debating Sharia: Islam, Gender Politics, and Family Law Arbitration* (2012).

²⁸ Vgl. die Beiträge in *R. Griffith-Jones* (Hg.), *Islam and English Law* (2013).

b) Verstaatlichung

Wenn religiöses Recht in der Rechtsvergleichung eine Rolle spielt, dann meist als verstaatlichtes Recht. So lässt sich hinduistisches Recht im Rahmen des indischen Rechts behandeln;²⁹ das jüdische Recht etwas ungenau als das Recht Israels,³⁰ islamisches Recht kann als das Recht islamischer Staaten eine bedeutende Rolle spielen.³¹ Diese Verstaatlichung religiöser Rechte bringt aber ihre eigenen Probleme mit sich. In Indien ist Hindu-Recht nur eine von vielen Rechtsordnungen in Indien. Auch in Israel, das sich als jüdischer Staat sieht, konnten sich die säkularen Zionisten bei der Gründung Israel weitgehend mit ihrer Forderung nach einer säkularen Rechtsordnung für den neuen Staat durchsetzen.³²

Letztlich ist es selbst mit islamischem Recht nicht anders. Zugegeben, es ist nicht nur Daesch, der selbsternannte Islamische Staat, der den Zusatz islamisch im Namen trägt;³³ das gilt auch etwa für die islamischen Republiken Pakistan, Mauretanien, Iran, Afghanistan und neuerdings Gambia. Zudem findet sich das islamische Recht als wichtige Rechtsquelle und gleichzeitig Begrenzung der Gesetzgebung in den Verfassungen zahlreicher Staaten mit mehrheitlich islamischer Bevölkerung.³⁴ Dennoch ist es eine problematische Simplifizierung, das Recht solcher Staaten einfach als „islamisch“ zu deklarieren – zumindest dann, wenn das als Gegensatz zum Recht westlicher Staaten gemeint ist. Nicht nur beruht ein Großteil des Rechts islamischer Staaten auf Transfers (*legal transplants*) aus westlichen Rechtsordnungen und kann schon insofern nicht rein islamisch genannt werden.³⁵ Die Rechtsordnungen islamischer Staaten sind so gesehen Mischrechtsordnungen. Hinzu kommt ein weiteres Problem. Wenn das Recht islamischer Staaten mit religiösem Recht

²⁹ *Zweigert/Kötz* (Fn. 19), § 23, S. 306–313; *Kischel* (Fn. 14), §§ 9.235–244.

³⁰ *M. Müller-Chen/C. Müller/C. Widmer Lüchinger*, *Comparative Private Law* (2015), 411–424. Genauer heißt der Abschnitt „Legal Systems Influenced by Religion“ (ebenda 349), mit dieser Definition ist aber im Grunde jedes Recht umfasst. (Meine Kritik bezieht sich hier auf den Titel, nicht den Inhalt des Abschnitts.)

³¹ *Zweigert/Kötz* (Fn. 19), § 22, S. 296–305.

³² Siehe zur Diskussion etwa die Beiträge in: *F. Öz-Salzberger/Y.Z. Stern* (Hg.), *The Israel Nation-State: Political, Constitutional, and Cultural Challenges* (2014).

³³ Die angebliche Grundlage des islamischen Staats im islamischen Recht ist ein beliebtes Thema für Journalisten: *G. Wood*, *What ISIS Really Wants*, *The Atlantic* (March 2015), <<http://www.theatlantic.com/magazine/archive/2015/03/what-isis-really-wants/384980/>>; siehe dagegen etwa *A. Duderija*, *The “Islamic State” as Proponent of Neo-ahl ḥadīth Manhāj on Gender Related Issues*, *Hawwa* 13 (2015), 198.

³⁴ Dazu *C.B. Lombardi*, *Constitutional Provisions making sharia “a” or “the” chief source of legislation: where did they come from? What do they mean? Do they matter?*, *Am. U. Int’l L.Rev.* 28 (2013), 737.

³⁵ Gute Diskussion bei *H.A. Hamoudi*, *The Death of Islamic Law*, *Ga. J. Int’l & Com. L.* 38 (2010), 293; siehe schon *L. Abu-Odeh*, *The Politics of (Mis-)recognition: Islamic Law Pedagogy in American Academia*, *Am. J. Comp. L.* 52 (2004), 789 ff.

gleichgesetzt wird, verstellt das für uns den Blick darauf, dass gerade auch in mehrheitlich islamischen Staaten staatliches Recht und nichtstaatliches religiösem Recht oft im Konflikt stehen.³⁶

c) *Religiöses Recht als nichtpositives Recht*

Hinzu kommt ein weiteres. Selbst wo religiöse Rechte in der Rechtsvergleichung als nichtstaatliche Rechte auftauchen, werden sie ganz weitgehend wie staatliche Rechte behandelt. Genauer: sie werden so behandelt, wie staatliche Rechte im 19. Jahrhundert, zu Zeiten der *législation comparée* behandelt wurden: streng positivistisch.

Das bedeutet erstens, dass die Rechtsvergleichung sich wesentlich auf die Interpretation von Texten beschränkt, also *law in the books* im Auge hat, anstatt *law in action*. Wir lernen viel über den Inhalt des Korans, weit weniger über seine heutige Anwendung. Juristen, die den Umgang mit modernen westlichen Gesetzen gelernt haben, sollten wissen, wie wenig ein Gesetzestext allein über die Wirklichkeit des Rechts aussagt. Dennoch meinen erstaunlicherweise viele offenbar immer noch, den Inhalt eines ihnen fremden Rechts allein aufgrund ihrer Lektüre von Quellen bestimmen zu können, die viele hundert Jahre alt sind. Anders als bei der Vergleichung westlicher Rechte, die die Rechtsprechung als wesentliche Quelle akzeptiert hat, wird bei religiösen Rechten existierende Rechtsprechung ganz oft marginalisiert oder sogar ignoriert – selbst dort, wo sie zugänglich wäre. Kaum mehr Aufmerksamkeit wird den Meinungen heutiger Rechtsgelehrter geschenkt. Das alte antisemitische Klischee von Juden und Arabern, die blind dem Gesetz folgen und nicht unabhängig davon denken können, bricht unterbewusst immer noch durch.

Freilich bietet religiöses Recht – wie auch andere nichtstaatliche Rechte³⁷ – besondere Probleme: Religiöses Recht wird oft eher gelebt als judiziert, und man braucht daher soziologische, nicht nur dogmatische Analysen. Wirkliches Verständnis des *law in action* müsste also über die Quellen hinausgehen und das tatsächliche Recht in der Gesellschaft erforschen. Das ist problematisch, weil vielen Rechtsvergleichern die notwendige rechtssoziologische und -anthropologische Expertise fehlt.

³⁶ Die Frage, ob Staat und Islam mit einander vereinbar sind, beschäftigt weiterhin Wissenschaft und Politik; siehe etwa für Argumente grundsätzlicher Unvereinbarkeit aus islamischer Sicht A.A. *An-Na'im*, *Islam and the Secular State: Negotiating the Future of Shari'a* (2008); W.B. *Hallaq*, *The Impossible State: Islam, Politics, and Modernity's Predicament* (2014).

³⁷ R. Michaels, Was ist nichtstaatliches Recht?, Eine Einführung, in: G.-P. Calliess (Hg.), *Transnationales Recht: Stand und Perspektiven* (2014), 39.

3. Religiöses Recht als Recht niedrigerer Entwicklungsstufe?

Dass religiöses Recht nichtstaatlich ist, ist allerdings nicht der einzige Grund dafür, dass die Rechtsvergleichung sich mit religiösen Rechten schwertut. Verbunden mit der Nichtstaatlichkeit ist die Annahme (implizit oder explizit), religiöse Rechte stünden auf einer niedrigeren Entwicklungsstufe als westliche staatliche Rechte und seien deshalb nicht gut zu vergleichen.

Das war nicht immer so. Bis zum 19. Jahrhundert spielten religiöse Rechte eine wichtige Rolle in der Rechtsvergleichung. Freilich zeigt sich schon im Fortschrittsdenken des 19. Jahrhunderts eine kategorische Entgegensetzung von fortschrittlichem westlich-säkularem Recht einerseits und (angeblich) unwandelbarem religiösen Recht andererseits. *Jhering* etwa stellt das westliche Recht, das Recht und Religion trennen kann, als einen Fortschritt dar, und setzte dem einen Orient entgegen, der „die Dogmen, Satzungen, Pflichten der Religion in die Fesseln des Rechts“ schlägt.³⁸ Verwissenschaftlicht wird dieser Gedanke bei *Max Weber*, dessen (vergleichend angelegte) Rechtssoziologie sich ganz maßgeblich mit religiösen Rechten befasst.³⁹ Weber entwirft einen Prozess der Rationalisierung, in dem das rationale, von Religion und Moral getrennte Recht westlicher Staaten auf einer höheren Entwicklungsstufe steht als das religiöse Recht mit seiner von ihm so genannten „Kadi-Justiz“.⁴⁰

Obwohl die Idee eines einheitlichen Fortschritts zweifelhaft geworden ist, ist der Gedanke der Rückständigkeit religiösen Rechts auch heute noch weit verbreitet, wenn auch häufig nur implizit. Insbesondere zum islamischen Recht heißt es häufig, dass es in der Entwicklung hinter dem westlichen Recht zurückgeblieben sei. *Timur Kuran* etwa hat die vielbeachtete These entwickelt, das islamische Recht sei schuld am Rückstand islamischer Länder.⁴¹ Allgemein fordert man eine islamische Aufklärung und auch eine Übernahme der westlichen Idee der Trennung von Staat und Religion.⁴² Man verlangt also vom nichtwestlichen religiösen Recht, dass es einen Modernisierungsschritt nachholt, den das westliche Recht bereits vollzogen habe.

³⁸ *R. v. Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung Theil II.1 (3. Aufl., 1874) § 24 (S. 26); vgl. auch ebenda § 30 (S. 131).

³⁹ *M. Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft (5. Aufl., 1972), 387–513.

⁴⁰ *M. Weber* (Fn. 39), 563. Zur Nutzung der Kadijustiz als Abgrenzungskriterium siehe *I. Rabb*, Against Kadijustiz: On the Negative Citation of Foreign Law, *Suffolk U. L. Rev.* 48 (2015) 343–377.

⁴¹ *T. Kuran*, The Long Divergence: How Islamic Law Held Back the Middle East (2012).

⁴² Das ist eine spezifisch auf das Recht bezogene Variante der allgemeinen These, dass die islamische Welt durch das Ausbleiben der Säkularisierung zurückgeworfen werde: *D. Diner*, Versiegelte Zeit: Über den Stillstand in der islamischen Welt (2007); *H. Abdel-Samad*, Der Untergang der islamischen Welt – Eine Prognose (2011).

Diese Entgegensetzung von „modernem“ westlich-säkularem Recht einerseits und zurückgebliebenem religiösen Recht andererseits hat maßgeblich zur Marginalisierung religiöser Rechte geführt. Wenn man annimmt, wie es vielfach geschieht, dass nur Rechtsordnungen auf derselben Entwicklungsstufe vergleichbar seien,⁴³ müssen religiöse Rechte notwendig aus der Vergleichung herausfallen. Die moderne Rechtsvergleichung, wie sie sich insbesondere seit dem Pariser Kongress von 1900 entwickelt hat,⁴⁴ verengt, als spezifisch juristische Disziplin, ihren Blick ganz wesentlich auf europäische und europäisch geprägte Rechte. Insbesondere die Vergleichbarkeit zwischen *civil law* und *common law* wird nun wichtig, ebenso der Export europäischen Rechts in andere Staaten. Die traditionell nichteuropäischen Rechte werden dagegen nunmehr in einer Ausdifferenzierung der Rechtswissenschaften anderen, häufig neu gebildeten Disziplinen zugewiesen; neben der Rechtssoziologie insbesondere der Rechtsethnologie und auch der Religionswissenschaft. (Und *Weber* selbst spielt, erstaunlicherweise, in der Rechtsvergleichung kaum noch eine Rolle.⁴⁵)

a) *Der marginalisierte Einfluss*

Allerdings waren religiöse Rechte nicht immer rückständig. Dass das kanonische Recht im Mittelalter entwickelter war als das weltliche Recht und dieses maßgeblich beeinflusst hat, ist bekannt,⁴⁶ wenn es auch erstaunlicherweise nicht oft diskutiert wird.⁴⁷ Noch weniger bekannt, vielleicht auch weniger bedeutsam, ist der direkte Einfluss des jüdischen Rechts auf das westlich-staatliche Recht, also ohne den Zwischenschritt des christlichen Rechts.⁴⁸

⁴³ *G. Radbruch*, Über die Methode der Rechtsvergleichung, *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform* 2 (1905/06), 422–425.

⁴⁴ In Paris spielten auch religiöse Rechte eine Rolle. Siehe *M. Rapaport*, *L'esprit du Talmud et son influence sur le droit judaïque*, in *Congrès international de droit compare tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900: Procès-verbaux des séances* (1905) 310–316. Von Rapaport stammt auch eine der wenigen monographischen Behandlungen religiösen Rechts als Kategorie: *M. Rapaport*, *Das religiöse Recht und dessen Charakterisierung als Rechts-theologie* (1913).

⁴⁵ Siehe aber etwa *A. Riles*, *Comparative Law and Socio-legal Studies*, in: *Reimann/Zimmermann* (Fn. 18), 775.

⁴⁶ Grundlegend *H.J. Berman*, *Recht und Revolution: Die Bildung der westlichen Rechtstradition* (1991); *ders.*, *Law and Revolution II: The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition* (2003); daneben etwa *O. Condorelli/Y. Mautsen/F. Roumy/M. Schmoeckel* (Hg.), *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur* (5 Bände, 2009/2012/2014/2016).

⁴⁷ So auch *Berman* (Fn. 18), 740.

⁴⁸ Zweifelnd *H.J. Berman*, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition* (1983), 588. Für solchen Einfluss aber etwa *N. Isaacs*, *The influence of Judaism on Western law*, in: *The legacy of Israel* (Oxford, 1927), 377; *E. Grafman*, *Influence of Mosaic Law upon Current Legal Systems*, *J. Marshall L.Q.* 2 (1936–37), 351; *C. Auerbach*,

Sicherlich unterschätzt ist dagegen, jedenfalls in weiten Teilen der Rechtsvergleichung, der Einfluss des islamischen Rechts auf das europäische.⁴⁹ So meinen einige, den *trust* des *common law* auf den islamischen *waqf* zurückführen zu können.⁵⁰ Auch das europäische Gesellschaftsrecht findet jedenfalls zum Teil Ursprünge im islamischen Recht; jedenfalls ist die Kommende höchstwahrscheinlich von der islamischen *mudharaba* beeinflusst.⁵¹ Weitere Institutionen des westlichen Rechts sind vielleicht vom islamischen Recht beeinflusst, so etwa die *Inns of Court* des *common law*⁵² und vielleicht sogar das *trial by jury*.⁵³

Diese weitgehende Ignorierung und Marginalisierung der Einflüsse religiösen Rechts ist nicht zufällig. Sie ist zu einem großen Teil konstitutiv für die westliche Rechtstradition – und eben aus diesem Grunde problematisch.⁵⁴ Es gehört maßgeblich zum Selbstverständnis des europäischen Rechts, dass es im Rahmen von Aufklärung und Säkularisierung die Dominanz der Religion überwunden hat. Das kanonische Recht blieb akzeptabel für das säkulare Recht, weil es sich auf den innerkirchlichen Bereich beschränkte. Das jüdische Recht dagegen war im 19. Jahrhundert das Objekt wütender Polemiken, weil es, nach Ansicht aufgeklärter christlicher Juristen, den Juden bei der Emanzipierung und Modernisierung im Wege stand, die die Christen bereits

The Talmud – A Gateway to the Common Law, *Western Reserve L.Rev.* 3 (1951), 5; für eine spezielle Regelung *M.J. Broyde*, *The Hidden Influence of Jewish Law on the Common Law: One Lost Example*, *Emory L.J.* 57 (2008), 1403.

⁴⁹ Siehe dazu etwa *J.A. Makdisi*, *The Islamic Origins of the Common Law*, *N.C.L.Rev.* 77 (1998–99), 1635–1739; *R. Sakrani*, *The Law of the Other: An unknown Islamic chapter in the legal history of Europe*, *Rechtsgeschichte* 22 (2014), 90, insb. 97 ff.; ferner *R. Potz*, *Islam und islamisches Recht in der europäischen Rechtsgeschichte* (2011), <www.ieg-ego.eu/potzr-2011a-de> (erschienen 11.1.2011).

⁵⁰ *M.M. Gaudiosi*, *The Influence of the Islamic Law of Waqf on the Development of the Trust in England: The Case of Merton College*, *Penn. L.Rev.* 136, No. 4 (1988), 1231; *A. Avini*, *The Origins of the Modern English Trust Revisited*, *Tul.L.Rev.* 70 (1995–96), 1139; *G. P. Verbit*, *The Origins of the Trust* (2002).

⁵¹ *A.L. Udovitch*, *At the Origins of the Western Commenda: Islam, Israel or Byzantium?*, *Speculum* 37 (1962), 198; *J.H. Pryor*, *The Origins of the Commenda Contract*, *Speculum* 52 (1977), 5; *A.E. Lieber*, *Eastern Business Practises and Medieval European Commerce*, *The Economic History Review* 21 (1968), 230; vgl. auch *S. Aslanian*, *The Circulation of Men and Credit: The Role of the Commenda and the Family Firm in Julfan Society*, *Journal of the Economic and Social History of the Orient*, Vol. 50, No. 2/3, *Spatial and Temporal Continuities of Merchant Networks in South Asia and the Indian Ocean* (2007), 124, 127 f.

⁵² *G. Makdisi*, *The Guilds of Law in Medieval Legal History: An Inquiry into the Origins of the Inns of Court*, *Zeitschrift für Geschichte der Arabisch-Islamischen Wissenschaften* 1 (1984), 233; wieder abgedruckt in *Clev. St. L.Rev.* 34 (1985–86).

⁵³ *J.A. Makdisi*, *The Islamic Origins of the Common Law*, *N.C.L.Rev.* 77 (1998–99), 1635, 1681–1695.

⁵⁴ Klassisch dazu *P.G. Monateri*, *Black Gaius – A Quest for the Multicultural Origins of the “Western Legal Tradition”*, *Hastings L.J.* 51 (2000), 479–556.

vollzogen hatten.⁵⁵ In der heutigen, häufig heftigen, Kritik des islamischen Rechts wiederholt sich dieser Topos: Wenn es heißt, der Islam müsse seine eigene Aufklärung unternehmen, wird Modernisierung über das europäische Modell definiert.

b) Die abgebrochene Modernisierung

Selbst wenn es richtig sein sollte, dass religiöses Recht sich heute auf einer niedrigeren Entwicklungsstufe befinde, so verweist das auf eine auch für die Rechtsvergleichung relevante Entwicklung: die abgebrochene Modernisierung. Bis ins 18. und 19. Jahrhundert hinein nämlich waren verschiedene religiöse Rechte in einer Modernisierung begriffen, die derjenigen des weltlich-säkular-staatlichen Rechts in vielerlei Hinsicht entsprach – bis auf eben den Unterschied, dass sie nicht säkular waren. Die Diskussionen innerhalb des jüdischen Rechts des 19. Jahrhunderts etwa verlaufen über die ganze Bandbreite von ultraorthodox bis ausgesprochen liberal.⁵⁶ Auch das islamische Recht war im Begriff sich zu modernisieren: wir finden Professionalisierung, Rationalisierung, Systematisierung, Kodifikation (insbesondere in der *Majalla*, der osmanischen Kodifikation des islamischen Rechts), und sogar Verstaatlichung.⁵⁷ Diese Modernisierung erfolgte teilweise nach westlichem Vorbild, teilweise als eigenständige Entwicklung.

Indes ist diese Form der Modernisierung abgebrochen. Innerhalb westlicher Staaten hatten religiöse Rechte eine zunehmend marginale Stellung; hier bedeutete Modernisierung notwendig Säkularisierung. Diese Gleichsetzung von Modernisierung und Säkularisierung wurde nun auch in die europäischen Kolonien übertragen: Die europäische Entwicklungshilfe bei der Modernisierung beschränkte sich häufig darauf, das lokale religiöse Recht durch westlich-säkulares Recht zu ersetzen, anstatt ihm bei der eigenen Modernisierung zu helfen. Noch heute sehen wir diese Entwicklung häufig, sowohl im Recht der Menschenrechte als auch bei der Entwicklungshilfe durch die Weltbank und andere Institutionen. Religiöses Recht wird durch westlich-säkulares Recht ersetzt und lediglich in Teilbereichen, insbesondere im angeblich kulturintensiveren Familien- und Erbrecht, in eine „ethnische Nische“ verbannt.⁵⁸

⁵⁵ A. Gotzmann, *Jüdisches Recht im kulturellen Prozess: Die Wahrnehmung der Halacha im Deutschland des 19. Jahrhunderts* (1997); K. Gerhardt, *Frühneuzeitliches Judentum und „Rabbinismus“ – Zur Wahrnehmung des jüdischen Rechts in den Zivilisationsdebatten der Aufklärung*, *trajectoires* 4 (2010), <trajectoires.revues.org/474>.

⁵⁶ Vgl. Gotzmann (vorige Fn.).

⁵⁷ J.N.D. Anderson, *Codification in the Muslim World: Some Reflections*, *RabelsZ* 30 (1966), 241; S. Zubaida, *Law and power in the Islamic World* (2003).

⁵⁸ Begriff (zum Hindu-Recht) bei W. Menski, *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Africa and Asia* (2. Aufl., 2006), 243; vgl. ebenda 199 zum Fundamentalismus als Reaktion.

Diese Gleichsetzung von Modernisierung mit Europäisierung hatte fatale Folgen für die religiösen Rechte. Wenn Modernisierung notwendig Säkularisierung bedeutete, dann blieb für Modernisierung innerhalb des religiösen Rechts kein Raum. Damit erstarkten notwendig im religiösen Recht die konservativen, reformfeindlichen Elemente. Dass religiöse Rechte heute oft so reaktionär wirken, ist insofern auch eine Folge der Kolonialisierung. Insofern jedenfalls muss der religiöse Fundamentalismus, der sich in allen wichtigen Religionen und ihrem Recht findet (ohne sie zu bestimmen), auch als anticolonialistisches Projekt verstanden werden. Ebenso, wie sich das westlich-säkulare Recht im Gegensatz zum religiösen Recht definiert, definiert sich das fundamentalistische religiöse Recht im Gegensatz zum westlichen Recht.

4. *Religiöses Recht als fundamental anders?*

Das führt zum dritten und wichtigsten Grund für die marginale Rolle religiöser Rechte in der Rechtsvergleichung. In der Behauptung, religiöse Rechte stünden auf einer niedrigeren Entwicklungsstufe als westlich-säkulare Rechte, spiegelt sich auch die Idee eines fundamentalen Unterschieds: es „überwiegt bei [religiösen Rechten] in so ausgeprägtem Maße der göttliche Ursprung und der Glaubensaspekt, dass sie sich schon deshalb grundlegend von den hier betrachteten, rein menschengemachten Rechtsordnungen unterscheiden“.⁵⁹

a) *Verabsolutierung der Religiosität?*

Damit wird ein fundamentaler Gegensatz formuliert. Religiöse Rechte werden auf ihren religiösen Charakter reduziert. Die Differenz zwischen religiösen und säkularen Rechten wird also sowohl absolutiert als auch essentialisiert (was im Übrigen manchmal auch von Seiten des religiösen Rechts erfolgt).⁶⁰ Religiöses Recht wird zum vollständig anderen gemacht.⁶¹ Das bedeutet, im Ernstfall, dass ein Vergleich schlicht nicht möglich ist, ohne den religiösen Charakter des religiösen Rechts zu ignorieren. In dieser Entgegensetzung wird die Religiosität des religiösen Rechts verabsolutiert.

Warum aber soll religiöses Recht auf seine Religiosität reduziert werden? Jedenfalls für das Recht islamischer Staaten ist das sehr fraglich – dieses kann, wie oben bereits gesagt, nicht auf islamisches Recht reduziert werden. Aber selbst für nichtstaatliches religiöses Recht ist eine solche Reduzierung,

⁵⁹ Kischel (Fn. 14), § 11 Rn. 3.

⁶⁰ Siehe zum jüdischen Recht die Diskussion bei A. Radzyner, Between Scholar and Jurist: The Controversy over the Research of Jewish Law Using Comparative Methods at the Early Time of the Field, *Journal of Law and Religion* 23 (2007–08), 189.

⁶¹ Zu R. Davids Behandlung des islamischen Rechts siehe J. Schacherreiter, Das Verhängnis von Ethnozentrismus und Kulturrelativismus in der Rechtsvergleichung: Ursachen, Ausprägungsformen und Strategien zur Überwindung, *RabelsZ* 77 (2013), 272, 281 f.

verbunden mit der behaupteten Unvergleichbarkeit, nicht recht einsichtig. Warum sollte etwa ein Wucherverbot im jüdischen Recht nicht mit den Regeln zur *lésion énorme* des französischen *Code civil* vergleichbar sein? Auf der Regelebene jedenfalls gibt es Regeln auch im religiösen Recht bei denen die Rückbindung an die Religion nur sehr indirekt ist.

Darüber hinaus gibt es innerhalb verschiedener religiöser Rechte eine Tendenz, das eigene Recht gewissermaßen als säkulares neu zu interpretieren. So sprach man längere Zeit von einer Säkularisierung des islamischen Rechts, das sich von der religiösen Basis und Unabänderlichkeit hin zu einem weltlichen und veränderlichen Recht zu wandeln schien.⁶² In Israel gab es seit der Staatsgründung Versuche, das jüdische Recht als Grundlage des jüdischen Staats zu akzeptieren, wobei aber nur einige dieses jüdische Recht als spezifisch religiös verstanden, andere dagegen eine säkularisierte Variante bevorzugten.⁶³ Letztere wurde *Mishpat 'Ivri* genannt, hebräisches Recht, zur Abgrenzung nicht nur von *Halacha*, sondern auch von *Mishpat ha-Torah* (Torah-Recht).⁶⁴ Diese Tendenzen lassen sich für eine Rechtsvergleichung, die den religiösen Charakter verabsolutiert, überhaupt nicht erfassen.

b) Irrelevanz der Religiosität?

Wenn es also in die Irre führt, den religiösen Charakter religiöser Rechte zu verabsolutieren, sollte man dann stattdessen den religiösen Charakter schlicht für irrelevant erachten? *Paul Heinrich Neuhaus* etwa hat das für das kanonische Recht behauptet:

„An sich ist für die Rechtsvergleichung nicht die theologische Bewertung des kanonischen Rechts bedeutsam, ob etwa nach der berühmten These von Sohm das Kirchenrecht mit dem Wesen der Kirche im Widerspruch steht oder das Kirchenrecht, wie man andererseits gesagt hat, ‚der theologische Modus des Rechtes ist‘. Solche Fragen berühren den Rechtsvergleicher ebenso wenig, wie der Kunstgeschichtler angesichts einer Ikone etwa nach dem Grade der Frömmigkeit ihres Malers oder nach ihrer Verehrung durch die Gläubigen oder nach ihrem Ruf als ‚wundertätig‘ fragt.“⁶⁵

⁶² Siehe etwa *A. Layish*, *The Contribution of the Modernists to the Secularization of Islamic Law*, *Middle Eastern Studies* 14 (1978), 263.

⁶³ Siehe etwa *I. Englard*, *The Problem of Jewish Law in a Jewish State*, *Israel Law Review* 3 (1968), 254; *J.E. David*, *Beyond the Janus Face of Zionist Legalism: The Theoretical Conditions of the Jewish Law Project*, *Ratio Juris* 18 (2005), 206.

⁶⁴ *A. Likhovski*, *The Invention of "Hebrew Law" in Mandatory Palestine*, *Am. J. Comp. L.* 46 (1998) 339; *Radzyner* (Fn. 60), 193–199.

⁶⁵ *P. Neuhaus*, *Ehe und Kindschaft in rechtsvergleichender Sicht* (1979), 284. Der Hinweis auf Sohm ist aufgeschlüsselt als *R. Sohm*, *Kirchenrecht I* (1892), 1. Den Hinweis auf das Kirchenrecht als „der theologische Modus des Rechtes“ habe ich nicht auffindig machen können. Vielleicht bezieht sich Neuhaus auf die umgekehrte Idee, dass das Kirchenrecht der juristische modus des Theologischen sei; so *C.G. Fürst*, *Kirchenrecht oder Kirchen-*

Das kann nun aber auch nicht richtig sein. Es dürften nur wenige Kunstgeschichtler sein, für die der Ruf einer Ikone als wundertätig irrelevant ist – diejenigen nämlich, die ein Kunstwerk gewissermaßen aus sich selbst heraus verstehen wollen, unter Ausschluss seiner gesellschaftlichen Bedeutung.⁶⁶ Gleiches gilt für den Rechtsvergleicher, für den der religiöse Hintergrund des religiösen Rechts irrelevant ist. Eine solche Beschränkung des Rechts auf seinen positiven Regelungsgehalt mag nicht völlig bedeutungslos sein. Aber sie macht es unmöglich, das Recht im gesellschaftlichen Kontext zu verstehen, wie es in der Rechtsvergleichung zu Recht gefordert wird. Und sie macht es unmöglich, die symbolische Bedeutung des Rechts zu erfassen.

Solche Beschränkung erscheint insbesondere beim religiösen Recht problematisch. *Suzanne Last Stone* hat das sehr eindrucksvoll hinsichtlich des jüdischen Rechts dargelegt, das zunehmend als relevant für Rechts- und Verfassungstheorie und Verfassungsrecht diskutiert wird.⁶⁷ Sie legt dar, dass das jüdische Recht, so dogmatisch es sich auch gibt, ohne seinen transzendenten Hintergrund nicht richtig zu verstehen sei. Einen ähnlichen Punkt macht *Nils Jansen* gegenüber Versuchen, das moderne Vertragsrecht auf die Spätscholastiker zurückzuführen: Was die Spätscholastiker entwickelten und was uns heute wie eine überraschend moderne Privatrechtsdogmatik erscheint, war seinerzeit etwas anderes, nämlich eine Sammlung von Regeln zur Rettung der eigenen Seele.⁶⁸ Ein Rechtsvergleich, der diese Aspekte ohne weitere Begründung als irrelevant abtut, muss notwendig unvollständig sein; er kann dem religiösen Recht nicht vollständig gerecht werden.

ordnung?, Zur Ideengeschichte der kirchlichen Rechtsordnung, in: U. Mosiek/H. Zapp (Hg.), *Ius et salus animarum – Festschrift für Bernhard Panzram* (1977), 43.

⁶⁶ Vgl. *E. Panofsky*, *Iconography and Iconology: An Introduction to the Study of Renaissance Art*, in: ders., *Meaning in the Visual Arts: Papers in and on Art History* (1955), 26. *H. Damisch*, *Semiotics and Iconography* (1975).

⁶⁷ *S.L. Stone*, *The Pursuit of the Countertext: The Turn to the Jewish Legal Model in Contemporary American Legal Theory*, *Harv. L.Rev.* 106 (1993), 813; *dies.*, *Jüdisches Recht in der postmodernen Rechtstheorie*, in: K.-H. Ladeur/I. Augsberg (Hg.), *Talmudische Tradition und moderne Rechtstheorie* (2012), 153. Zur US-amerikanischen Debatte zusammenfassend *J. v. Daniels*, *Religiöses Recht als Referenz – Jüdisches Recht im rechtswissenschaftlichen Vergleich* (2009). Siehe jetzt auch *Ladeur/Augsberg* (diese Fn.).

⁶⁸ *N. Jansen*, *Theologie, Philosophie und Jurisprudenz in der spätscholastischen Lehre von der Restitution: Außervertragliche Ausgleichsansprüche im frühneuzeitlichen Naturrechtsdiskurs* (2013); *ders.*, *Verwicklungen und Entflechtungen: Zur Verbindung und Differenzierung von Recht und Religion, Gesetz und rechtlicher Vernunft im frühneuzeitlichen Naturrechtsdiskurs*, *ZSS (GA)* 132 (2015), 29.

III. Postsäkulare Rechtsvergleichung: Grundlagen

1. Herausforderungen

Es gibt also Gründe, weswegen religiöse Rechte in der Rechtsvergleichung marginalisiert werden. Freilich lassen sich aus den drei genannten Gründen auch Anstöße für die Rechtsvergleichung entwickeln.

a) *Religiöses Recht als globalisiertes Recht*

Ich habe oben zu zeigen versucht, warum religiöses Recht schlecht in eine auf staatliches Recht fokussierte Rechtsvergleichung passt. Freilich ist diese Fixierung der Rechtsvergleichung auf staatliche und westliche Rechte selbst ein Problem – *William Twining* spricht abschätzig von der „country and western tradition of comparative law“. ⁶⁹ Im selben Maße, in dem wir das Staatsparadigma der Rechtsvergleichung als veraltet durch ein neues transnationales Paradigma ersetzen müssen, ⁷⁰ erkennen wir, dass religiöse Rechte in dieses transnationale Paradigma gut passen können. ⁷¹

Tatsächlich sind nämlich die allermeisten religiösen Rechte nicht nur nichtstaatlich, sondern auch transnational, entsprechend der Ausbreitung ihrer Religionen. Anders als staatliches Recht ist religiöses Recht nicht territorial sondern personal begrenzt. Das ist am offensichtlichsten vielleicht für das jüdische und das islamische Recht. ⁷² Das jüdische Recht, das historisch stark lokal differenziert war, verliert unter dem Einfluss der Globalisierung den traditionell bestimmenden Schwerpunkt auf das Verhältnis zum Staat; es wird intern gleichzeitig plural und stärker verbunden. ⁷³ Auch die islamische Idee der *umma*, also der weltweiten Gemeinschaft der Gläubigen, postuliert eine transnationale Gemeinschaft, die auch Rechtsgemeinschaft ist, und dadurch in der Globalisierung besondere Bedeutung gewinnt, ⁷⁴ wenn auch vielleicht eher als intern differenzierte Gemeinschaft ⁷⁵ denn als fundamentalistische und damit notwendig intern vereinheitlichte. Der Vergleich mit dem *ius commune*,

⁶⁹ *W.L. Twining*, *Comparative Law and Legal Theory: The Country and Western Tradition*, in: I. Edge (Hg.), *Comparative Law in Global Perspective* (2000), 21.

⁷⁰ *R. Michaels* (Fn. 20).

⁷¹ Siehe allgemein *P. James/P. Mandaville* (Hg.), *Globalization and Culture*, Bd. II: *Globalizing Religions* (2010).

⁷² Vgl. *A.A. An-Na'im*, *Globalization and Jurisprudence: An Islamic Law Perspective*, *Emory L.J.* 54 (2005), 25.

⁷³ *A. Israel-Vleeschhouwer*, *Jewish law in the age of globalisation: conceptual impacts, multi-player interaction and halachic re-organisation of the Jewish 'community'*, *European Review of History* 18 (2011), 57.

⁷⁴ *P. Mandaville*, *Transnational Muslim Politics: Reimagining the Umma* (2001).

⁷⁵ So jedenfalls *R. Hassan*, *Globalisation's Challenge to the Islamic Ummah*, *Asian Journal of Social Science* 34 (2006), 311.

das ja auch intern differenziert war, bietet sich an.⁷⁶ Aber auch andere religiöse Rechte haben eine transnationale Komponente. Hinduistisches Recht etwa gilt zwar vornehmlich in Indien, hat aber Bedeutung auch etwa in Ostafrika⁷⁷ und in Südafrika.⁷⁸ Auch das buddhistische Recht hat eine globale Komponente, und zwar sowohl in seinem Fokus auf die Menschheit als Ganze als auch in seiner Verbreitung auch außerhalb Asiens.⁷⁹ Und auch der christliche Fundamentalismus hat eine globale Komponente, die sich auch auf das Recht auswirkt.⁸⁰

Wenn nun zu Recht gefordert wird, dass sich die Rechtsvergleichung für transnationale Rechte öffnen muss, spricht man oft in erster Linie von transnationalem Wirtschaftsrecht, insbesondere der sogenannten *lex mercatoria*. Selbst wenn religiöse Rechte als transnational erkannt werden, hält man sie für so unterschiedlich, dass man sie nicht vergleichen will.⁸¹ Sieht man sich allerdings den Diskurs zum westlichen nichtstaatlichen Wirtschaftsrecht an, findet man eine Fülle religiöser und quasireligiöser Begründungsmodelle.⁸² Unterbewusst dienen offenbar religiöse Rechte doch als Vorbild. Und in der Tat sind religiöse Rechte in vielerlei Hinsicht ein lohnenderes Objekt für die Studie transnationaler Rechte als die *lex mercatoria*. Bei ihnen handelt es sich um entwickelte Rechte mit langer Geschichte, verankert in real existierenden Gemeinschaften – alles Dinge, die man von der sogenannten modernen *lex mercatoria* weit weniger sicher sagen kann.

b) Die Irrelevanz des Entwicklungsstands für die Rechtsvergleichung

Dass religiöse Rechte transnationaler Natur sind, schwächt den oben diskutierten zweiten Grund für ihre marginale Rolle: ihre angeblich rückständige Natur. Freilich stellt sich hierzu eine fundamentale Frage, die über religiöse Rechte hinausgeht: ob es nämlich in der Rechtsvergleichung auf den Ent-

⁷⁶ H. P. Glenn, *On Common Laws* (2005), 134–140.

⁷⁷ Dazu J.D. Derrett, *Introduction to Modern Hindu Law* (1963), 535–556.

⁷⁸ C. Rautenbach, in: dies. (Hg.), *Introduction to Legal Pluralism* (4. Aufl., 2014), 257, 269–271, 291 f., 308 f.

⁷⁹ Siehe etwa S.B. King, *An Engaged Buddhist Response to John Rawls' The Law of Peoples*, *Journal of Religious Ethics* 34 (2006), 637; U. Dessi, *Shin Buddhism and Globalization: Attitudes toward the Political Subsystem and Pluralism at the Organizational and Individual Levels*, in: ders. (Hg.), *The Social Dimension of Shin Buddhism* (2010), 251; ders., *Japanese Religions and Globalization* (2013). Allgemein zum Buddhismus als einer transnationalen Religion, siehe L. Kalmanson/J.M. Shields (Hg.), *Buddhist Responses to Globalization* (2014).

⁸⁰ Vgl. G.F. Thompson, *Religious fundamentalisms, territories and 'globalization'*, *Economy and Society* 36 (2007), 19, 30–40.

⁸¹ Kischel (Fn. 14), § 11 Rn. 3.

⁸² Vgl. R. Michaels, *Dreaming law without a state: scholarship on autonomous international arbitration as utopian literature*, *London Review of International Law* 1 (2013), 35.

wicklungsstand überhaupt ankommen kann. Die Idee verschiedener Entwicklungsstufen, die Gesellschaften notwendig durchlaufen, ist nämlich mittlerweile fast völlig diskreditiert. Natürlich haben Gesellschaften unterschiedliche Entwicklungsstandards. Aber messbar ist das nur als Unterschied zwischen Gesellschaften, nicht hinsichtlich einer behaupteten objektiv notwendigen Richtung, die Gesellschaften nehmen müssen. Das alles sollte kaum mehr der Diskussion bedürfen.

Für die Rechtsvergleichung ergeben sich zwei konkrete Implikationen. Erstens wissen wir, dass wir interkulturell vergleichen *müssen*. Die Globalisierung macht es schlicht notwendig, auch Rechtsordnungen unterschiedlicher Entwicklungsstufe miteinander zu vergleichen, schon weil diese koexistieren und miteinander ständig in Kontakt kommen.⁸³ *Ernst Blochs* Wort von der Gleichzeitigkeit des Ungleichzeitigen trifft hier ganz besonders zu.⁸⁴ Wir müssen etwa jüdisches Scheidungsrecht mit dem deutschen schon deshalb vergleichen, weil uns ein solcher Vergleich in der *ordre public*-Prüfung aufgegeben ist.⁸⁵

Zweitens wissen wir, dass wir auch interkulturell vergleichen *können* und daher auch zwischen Gesellschaften unterschiedlicher Entwicklungsstufe. Gewiss mag die behauptete Voraussetzung für die funktionale Rechtsvergleichung, dass nämlich verschiedene Gesellschaften die gleichen Funktionen zu erfüllen haben, bei sehr unterschiedlichen Gesellschaften schwieriger zu erfüllen sein.⁸⁶ Unmöglich ist solche Vergleichung indes nicht. Vielmehr ist funktionale Rechtsvergleichung gerade deshalb so attraktiv für solche Vergleiche, weil sie sich auf einzelne Funktionen beschränkt und nicht Gesellschaften oder Rechtsordnungen als ganze vergleichen muss.⁸⁷ Das gilt verstärkt dann, wenn man, wie anderswo vorgeschlagen, Probleme wie auch Funktionen nicht als objektive Elemente der Welt versteht, sondern vielmehr als Konstrukte, die dabei helfen, Rechtsordnungen zu verstehen und vergleichbar zu machen.⁸⁸

⁸³ H. Kötz, Alte und neue Aufgaben der Rechtsvergleichung, JZ 2002, 257, 263.

⁸⁴ A. Büchler, Jenseits des ganz normalen Chaos des Familienrechts, in: dies./M. Müller-Chen (Hg.), Festschrift für Ingeborg Schwenzer (Bd. 1, 2011), 285, 291 f.

⁸⁵ R. Michaels, Comparative Law and Private International Law, in: J. Basedow/G. Rühl/F. Ferrari/P. de Miguel Asensio (Hg.), Encyclopedia of Private International Law (im Erscheinen), unter III.G.

⁸⁶ Zum islamischen Recht etwa K. Bälz, Sharia Risk?, How Islamic Finance Has Transformed Islamic Contract Law (2008), 6.

⁸⁷ Ebenso (allerdings aufgrund der eher zweifelhaften Annahme, Rechtsprobleme seien in jedem Land gleichartig) Zweigert/Kötz (Fn. 19), 45.

⁸⁸ R. Michaels, The Functional Method of Comparative Law, in: Reimann/Zimmerman (Fn. 18), 339, 368 f.

c) Die religiöse Natur der religiösen Rechte

Damit komme ich zum dritten Grund dafür, dass religiöse Rechte marginalisiert sind: ihre religiöse Natur. In gewisser Weise umfasst dieser Grund die beiden anderen. Schließlich ist es die Säkularisierung, die – zumindest in Europa – zur Staatlichkeit allen Rechtes geführt hat, und die gleichzeitig als Bewegung der Modernisierung das religiöse Recht als vergleichsweise rückständig erscheinen lässt.

Oben wurde diskutiert, dass das religiöse Element weder absolutiert noch negiert werden darf. Religiöses Recht ist auch religiös, aber es ist auch Recht. Die Verabsolutierung des religiösen Elements führt zur Unvergleichbarkeit, aber sie verzerrt das religiöse Recht. Die Negierung des religiösen Elements ermöglicht Vergleichbarkeit, führt aber ebenfalls zur Verzerrung. Benötigt wird ein Ansatz an die Rechtsvergleichung, der es ermöglicht, säkulare mit religiösen Rechten zu vergleichen, ohne dabei das religiöse Element der letzteren zu leugnen. Ein solcher Ansatz soll im Folgenden entworfen werden.

2. Rechtsvergleichung in der postsäkularen Gesellschaft

Bei der Frage, wie mit dem religiösen Charakter des religiösen Rechts umzugehen ist, spiegelt sich in der Rechtsvergleichung eine grundsätzlichere Frage wider: Wie soll unsere säkularisierte Gesellschaft mit der wiedererstarkten Religion umgehen? Hierzu gibt es eine lebhaft Diskussions mit den unterschiedlichsten Positionen. Für die Rechtsvergleichung besonders fruchtbar ist die Idee der postsäkularen Gesellschaft, die *Jürgen Habermas* fruchtbar gemacht hat.⁸⁹ Hintergrund für die Idee der postsäkularen Gesellschaft ist die Erkenntnis, dass die Säkularisierung keineswegs zum Verschwinden der Religion geführt hat. Sie hat nicht einmal dazu geführt, dass die Religion zur reinen Privatsache wird.⁹⁰ Vielmehr stellen – sicher in anderen Teilen der Welt, aber sogar in Europa – Religionen den Anspruch, dass ihre Positionen auch zu Fragen des öffentlichen Lebens ernst genommen und berücksichtigt werden. Das geht über rituelle Fragen (wie etwa das Schächten oder das Kopftuch) hinaus auch in gesellschaftliche Fragen wie die Regelung von Ehe und Familie bis hin zur Zulässigkeit der Gentechnologie.

⁸⁹ *J. Habermas*, *Glauben und Wissen* (2001); vgl. auch *ders.*, *Politik und Religion*, in: *F.W. Graf/H. Meier* (Hg.), *Politik und Religion. Zur Diagnose der Gegenwart* (2013); *M. Reder/J. Schmidt* (Hg.), „Ein Bewußtsein von dem, was fehlt“: Eine Diskussion mit *Jürgen Habermas* (2007). Aus der Diskussion, siehe auch etwa *M. Lutz-Bachmann*, *Postsäkularismus: Zur Diskussion eines umstrittenen Begriffs* (2015); *M. Breul*, *Religion in der politischen Öffentlichkeit* (2015). Habermas' Theorie ist nicht unproblematisch; dass sie hier als Grundlage genommen wird, bedeutet nicht Zustimmung im Einzelnen.

⁹⁰ Dazu insbesondere *J. Casanova*, *Public Religions in the Modern World* (1994); siehe jetzt auch *ders.*, *Europas Angst vor der Religion* (3. Aufl., 2015).

Unter einer postsäkularen Gesellschaft versteht *Habermas* nun eine solche, die die Religion nicht nur duldet, sondern ihr sogar eine wichtige Rolle in der Gesellschaft zugesteht, freilich von der Religion umgekehrt fordert, das Recht und die Menschenrechte zu achten. Abgelehnt werden also nicht nur religiöser Fundamentalismus einerseits und radikaler Atheismus andererseits als Positionen, die keine Gegenposition akzeptieren. Abgelehnt wird auch eine Idee der Säkularität, nach der Religionen nur für den Privatbereich anerkannt werden, für Fragen der Öffentlichkeit dagegen ein Primat der säkularen Politik verlangt wird.

Dialog zwischen Staat und Religion, so *Habermas*, ist möglich und nötig, freilich nicht ohne Übersetzung zwischen der partikular-religiösen Sprache einerseits und der allgemein-rationalen Sprache andererseits, die Politik und Philosophie beherrscht. Während nun in einer rein säkularen Gesellschaft solche Positionen lediglich wie beliebige Meinungsäußerungen behandelt würden, muss die postsäkulare Gesellschaft davon ausgehen, dass die Positionen von Religionen ihrerseits als solche ernstgenommen werden müssen. Das heißt zum ersten, dass ihr spezifisch religiöser Charakter einerseits nicht aufgelöst werden kann, andererseits aber ihr Anspruch auf Beitrag zum Diskurs nicht bloß als partikuläre Stellungnahme marginalisiert werden kann. Es heißt zweitens, dass die Religionen zur politischen Diskussion etwas Eigenständiges beizutragen haben, das der säkularen Politik und Philosophie fehlt.

3. *Anerkennung religiöser Rechte*

Wie können diese Gedanken in die Rechtsvergleichung übersetzt werden? Insbesondere zwei Ideen lassen sich fruchtbar machen. Das erste ist die Idee der Anerkennung der Religion als eigenständigem Dialogteilnehmer. Übersetzt in die Rechtsvergleichung bedeutet das, dass religiöse Rechte als Rechte anerkannt werden müssen. Die zweite Idee ist die der notwendigen Übersetzung. Das betrifft zwar eine Kernkompetenz der Rechtsvergleichung; freilich stellen sich für religiöse Rechte besondere Probleme.

a) *Die Notwendigkeit der Anerkennung*

Zunächst zur Idee der Anerkennung. In der postsäkularen Gesellschaft lässt sich der Begriff des Rechts nicht auf säkular-staatliches Recht beschränken. Ebenso wie die Gesellschaft politische Fragen nicht nur im Rahmen des säkularen Staats verhandelt, sondern auch die Religion dazu einbezieht, muss die Rechtsvergleichung auch religiösen Rechten gegenüber offen sein, sie in die Vergleichung mit einbeziehen.

Die häufige Beschränkung der Rechtsvergleichung auf staatliche Rechte verstößt gegen ein zentrales Postulat, der Rechtsvergleichung, nämlich „daß man sich in der Rechtsvergleichung von seinen eigenen juristisch-dogmati-

schen Vorurteilen radikal befreien muss“.⁹¹ Wenn *Zweigert* und *Kötz* zu Recht davor warnen, „daß Begriffe und Merkmale, die der Rechtsvergleicher als ‚neutral‘ [...] ansieht, in Wahrheit national oder kulturell gefärbt sind oder unausgesprochen die Existenz eines bestimmten sozialen Umfelds voraussetzen“,⁹² so muss diese Warnung richtigerweise auch auf den Rechtsbegriff der Rechtsvergleichung bezogen werden. Die Beschränkung des Rechts auf staatliches und säkulares Recht ist nämlich keineswegs neutral. Sie ist vielmehr kulturell gefärbt durch die europäische Erfahrung der Säkularisierung und Staatenbildung, und sie setzt ein soziales Umfeld voraus, in dem die staatliche Hoheitsgewalt über der Religion steht. Das ist schon im Westen zweifelhaft geworden; für den Rest der Welt ist es noch weniger adäquat. Ein für die Rechtsvergleichung adäquater Rechtsbegriff muss auch für religiöse Rechte offen sein.

b) *Religiöse Rechte als Kategorie*

Freilich ist mit der Entscheidung, religiöse Rechte als Rechte anzuerkennen, das Definitionsproblem noch nicht voll gelöst. Es ist etwa nicht sicher, ob die chinesischen Begriffe *li* und *fa*, das indische *dharma*,⁹³ die arabischen Begriffe *fiqh* und *sharia*, wirklich mit Recht übersetzt werden können.⁹⁴

Übersetzungsprobleme bestehen nun auch im westlichen Recht, wo insbesondere die englische Sprache nicht zwischen *ius* und *lex* unterscheidet. Trotzdem verweisen die Fragen beim religiösen Recht auf ein grundsätzlicheres Problem. Im westlichen Recht ist das Recht extern strikt von der Religion differenziert (und auch, jedenfalls grundsätzlich, von der Moral). Hinzu kommt eine interne Differenzierung des Rechts zwischen öffentlichem Recht (das Verhältnis zwischen Individuum und Herrscher) und privatem Recht (das Verhältnis zwischen Privaten).⁹⁵ Solche Differenzierungen finden wir in religiösen Rechten oft nicht, jedenfalls nicht explizit. Rechtliche Normen sind formal nicht von religiösen und moralischen getrennt. Zudem sind Fragen, die aus unserem Verständnis Privatrecht betreffen, oft als Verpflichtungen nicht gegen den Nächsten, sondern gegen Gott formuliert und damit nicht eigentlich rechtliche Pflichten.

⁹¹ *Zweigert/Kötz* (Fn. 19), 34.

⁹² *Zweigert/Kötz* (Fn. 19), 11.

⁹³ *French*, *Buff. L.Rev.* 63 (2015), 845.

⁹⁴ *W. Hallaq*, *What is Shari'a?*, *Y.B. Islamic & Middle E. L.* 12 (2005–06), 151, 151–153.

⁹⁵ Im Einzelnen ist die Trennung zwischen öffentlichem und privatem Recht natürlich komplizierter, insbesondere in vergleichender Sicht; siehe insoweit *J. Merryman*, *The Public Law–Private Law Distinction in European and American Law*, *J. Pub. L.* 17 (1968), 3–19; *R. Michaels/N. Jansen*, *Private Law Beyond the State: Europeanization, Globalization, Privatization*, *Am. J. Comp. L.* 54 (2006), 843, 846–853.

Die Aufgabe für die Rechtsvergleichung ist daher zunächst, diejenigen Regeln und Gebräuche religiöser Normensysteme in den Blick zu fassen, die den rechtlichen im westlichen Recht funktional entsprechen. Das ist für einige Religionen relativ einfach. Im Islam und im Judentum etwa ist weithin anerkannt, dass das Recht einen relativ gut abgegrenzten Bereich betrifft. Schwieriger wird es bei asiatischen Religionen und Philosophien, wo sich Moral und Recht schwieriger voneinander differenzieren lassen.

Eine solche Orientierung an den Funktionen westlichen Rechts überwindet freilich noch nicht völlig den ethnozentristischen Blick. *Simon Roberts* hat vor einer Ausweitung des Rechtsbegriffs gewarnt: „Law, long so garrulous about itself, is now, in its contemporary enlargement, graciously embracing others in its discourse, seeking to tell those others what they are.“⁹⁶ Ob es der postsäkularen Rechtsvergleichung gelingen wird, einen wirklichen neutralen, postsäkularen, Rechtsbegriff hervorzubringen, muss sich erst zeigen.

c) Ebenen religiösen Rechts: *Taking Sacred Books Less Seriously*

Ein weiteres Problem ergibt sich daraus, dass religiöses Recht als nichtstaatliches Recht oft nicht in Regelform daherkommt. Genauer gesagt: Seine Formulierung als Regeln allein reicht nicht aus, um Rechtsfälle konklusiv lösen zu können. In dieser Hinsicht jedenfalls ist religiöses Recht nicht Recht im Sinne des westlichen staatlichen Rechts. Es ist bezeichnend, dass sich der Begriff für Recht in vielen religiösen Rechten als „Weg“ übersetzen lässt; das gilt nicht nur für das islamische (*sharia*) und jüdische Recht (*halacha*), sondern auch etwa für den Konfuzianismus (*dao*).⁹⁷ Oft müssen wir religiöse Rechte mehr als Diskurse denn als Regeln verstehen; das gilt vor allem für das jüdische Recht, aber auch für das islamische Recht.

Die Rechtsvergleichung wird dem nicht immer gerecht. Religiöse Rechte werden in der rechtsvergleichenden Lehre oft unvollkommen dargestellt. Unverhältnismäßiges Gewicht liegt auf der Darstellung der fundamentalen Texte (Koran, Talmud, etc.) und der frühen, oft mittelalterlichen juristischen Diskussion. Wenn dann die Rolle des religiösen Rechts im heutigen Staat behandelt wird, werden oft ungeprüft diese mittelalterlichen Diskussionen für

⁹⁶ *S. Roberts*, Against Legal Pluralism: Some Reflections on the Contemporary Enlargement of the Legal Domain, *J. of Leg. Plur.* 42 (1998), 95, 98; siehe auch *ders.*, After Government?, On Representing Law without the State, *Mod.L.Rev.* 68 (2005), 1, 23: „Negotiated orders have their own rationalities: they involve a different orientation to the normative repertoire from those of state law; decision-making is through agreement, reached through cyclical processes of information exchange and learning rather than the imposed order of a third party; different forms of trust are involved. Today under an onslaught of jural discourse and institutional design, these distinctive values of negotiated order, far from being celebrated, are actually effaced.“

⁹⁷ Vergleichend *G. Patt-Shamir*, Way as Dao; Way as Halakha: Confucianism, Judaism and Way Metaphors, *Dao* 5 (2005), 137–158.

heute relevant gehalten. Wie das religiöse Recht tatsächlich fortentwickelt wird – insbesondere in der Rechtsprechung, aber auch als gelebtes Recht – ist dagegen selten ein Thema. Beobachtet wird also das *law in the books*, nicht – wie sonst in der Rechtsvergleichung gefordert – das *law in action*.

Bei aller Vorsicht mit der Verallgemeinerung zwischen unterschiedlichen religiösen Rechten scheint es doch angemessen, diese drei Ebenen – historische Grundlagen, moderne Gesetzgebung, *law in action* – zu unterscheiden, wie wir das bei staatlichen Rechten auch tun. Sicherlich spielen die historischen Grundlagen, insbesondere die kanonischen Texte, bei einigen religiösen Rechten eine größere Rolle als bei staatlichen Rechten. Die Idee, dass das Recht maßgeblich in solchen Texten zu finden sei, ist allerdings eine spezifisch europäische. Unterschätzt wird oft die Frage, inwieweit Aussagen dieser Texte heute wörtlich oder anders verstanden werden, und ob sie nur referiert werden. Unterschätzt wird auch, dass die Wirklichkeit des Rechts sich weitgehend außerhalb der Quellen abspielt. In Abwandlung einer Forderung von *Hein Kötz zu civil codes* wäre ein Postulat für die postsäkulare Rechtsvergleichung: „Taking Sacred Books Less Seriously“.⁹⁸

Die wichtigste schriftliche Quelle für modernes religiöses Recht besteht ohnehin vielfach nicht in kanonischen historischen Texten, sondern in (modernen) Kodifikationen. Solche Kodifikationen sind manchmal Versuche, das Recht abzubilden (so etwa bei der osmanischen *Mejelle* oder dem darauf aufbauenden Restatement des ägyptischen Juristen *Qadrî Pâshâ* von 1875),⁹⁹ manchmal auch (wie bei der *Moudawana*, dem marokkanischen Familienrechtskodex von 2004) es fortzubilden. Diese Kodifikationen sind natürlich wichtig für die Rechtsvergleichung, aber es ist nicht garantiert, dass sie das nichtstaatliche religiöse Recht adäquat darstellen. Vielfach erfolgten zudem Kodifikationen im Rahmen der Kolonialisierung. Sie stehen also vor den bekannten Problemen des Kolonialrechts: mangelndes Verständnis durch die Kolonisatoren, strategische Interessen der einheimischen Informanten, fundamentaler Konflikt zwischen religiösem Recht als organisch und gelebtem Recht einerseits und seiner Fassung in abstrakten Regeln andererseits.

Hinzu kommt ein spezielles Problem für religiöse Rechte, ob sie nämlich einen wichtigen Teil ihrer Natur dadurch verlieren, dass sie zu staatlichem Recht gemacht werden. Die meisten dieser Probleme bestehen nach der Kolonialisierung fort. Der indische *Hindu Marriage Act* von 1955, um nur ein Beispiel zu nennen, ist also sicherlich Hindu-Recht, aber er ist eben auch staatliches Recht, und das bedeutet, dass er nicht notwendig die tatsächliche

⁹⁸ Nach *H. Kötz*, *Taking Civil Codes Less Seriously*, *Mod.L.Rev.* 50 (1987), 1–15. Es ist insgesamt fraglich, ob fremde Religionen jenseits von Judentum und Islam so zentral auf heiligen Büchern beruhen wie das Christentum.

⁹⁹ *H.-G. Ebert/A. Hefny*, *Die Qadrî-Pâshâ-Kodifikation: Islamisches Personalstatut der hanafitischen Rechtsschule* (2013).

Praxis des bestehenden Hindurechts widerspiegelt. Oder, genauer gesagt: indem sich die Kodifikation auf bestimmte Inhalte des Rechts festlegt, werden konkurrierende Entwicklungen im lebenden Recht abgeschnitten.¹⁰⁰

Insoweit bewegt sich die Rechtsvergleichung noch auf der bekannten Ebene der Rechtstexte. Daneben müssen Rechtsvergleicher dem *law in action* mehr Achtung entgegenbringen, als sie das vielfach tun. Das bedeutet zunächst, dass sie auch auf die Rechtsprechung zum religiösen Recht achten müssen, und zwar nicht nur die historische, sondern auch und gerade die heutige. Eine solche Tendenz weg von legislativen Texten und hin zur Rechtsprechung existiert generell in der Rechtsvergleichung. Einige religiöse Rechte haben hochentwickelte Rechtsprechungsorgane, deren Entscheidungen ebenso analysiert werden können wie jene staatlicher Gerichte. Manchmal sind dies selbst staatliche Gerichte (wie etwa in Indien), deren Entscheidungen leicht zugänglich sind. Manchmal sind es nichtstaatliche Organe (wie etwa jüdische Rabbinatsgerichte); hier ist der Zugang schwieriger, aber nicht weniger wichtig. Studien existieren insbesondere für englische *shariah councils*;¹⁰¹ für jüdische *Bet Din* gibt es sogar englischsprachliche Entscheidungssammlungen.¹⁰² Historisch wird die osmanische Rechtsprechung mittlerweile stärker berücksichtigt.¹⁰³

Kanonische Texte, Kodifikationen und Gerichtsentscheidungen sind bekannte Materialien; hiermit sollten Rechtsvergleicher vertraut sein. Indes findet ein Großteil des religiösen Rechts außerhalb von Institutionen statt; es handelt sich um gelebtes Recht. Hier sind Rechtsvergleicher wohl immer noch auf die Hilfe von Rechtssoziologen und -anthropologen angewiesen. Freilich existiert mittlerweile eine umfangreiche Literatur zu diesem gelebten Recht, die zwar teilweise noch der Übersetzung in juristische Terminologie bedarf, dann aber in der Rechtsvergleichung genutzt werden kann und muss.

d) *Ambiguitätstoleranz*

Religiöses Recht ist also nur teilweise institutionalisiert. Das stellt die Rechtsvergleichung noch vor eine weitere Herausforderung, die bei staatlichem

¹⁰⁰ M. Kishwar, Codified Hindu Law – Myth and Reality, *Economic and Political Weekly* 29 (1983), 2145.

¹⁰¹ S. Bano, *Muslim Women and Shari’ah Councils: Transcending the Boundaries of Community and Law* (2013); J.R. Bowen, *On British Islam: Religion, Law, and Everyday Practice in Shari’a Councils* (2016). Zu Israel, siehe A. Layish, *Women and Islamic Law in a Non-Muslim State: A Study Based on Decisions of the Shari’a Courts in Israel* (2006). Allgemeiner I. Shahr, *Legal Pluralism and the Study of Shari’a Courts*, *Islamic Law & Society* 15 (2008), 112.

¹⁰² Y. Warburg, *Rabbinic Authority: The Vision and the Reality*, *Beit Din Decisions in English* (Bd. 1, 2013; Bd. 2, 2016).

¹⁰³ A.A. Shalakany, *Islamic Legal Histories*, *Berkeley Journal of Middle Eastern & Islamic Law* 1 (2008), <scholarship.law.berkeley.edu/jmeil/vol1/iss1/1>.

Recht weit weniger relevant ist. Rechtsvergleicher fragen häufig, was „die“ Antwort einer Rechtsordnung auf eine bestimmte Frage ist. Vorausgesetzt wird damit implizit, dass ein Rechtssystem genau eine Antwort auf eine Frage bereithält. Das ist im staatlichen Recht, jedenfalls bei entwickelten Staaten häufig der Fall. Staaten haben Mechanismen, mit denen sie Streitige Fragen bindend entscheiden können – nicht nur höchste Gerichte, sondern vor allem auch einen Gesetzgeber. Viele religiöse Gemeinschaften haben das nicht, mit der Folge, dass Fragen offenbleiben – es gibt mehrere Antworten auf diese Fragen von unterschiedlichen Instanzen.¹⁰⁴ Das Ergebnis ist eine gewisse Ergebnisoffenheit religiöser Rechte, die zwar von Fundamentalisten geleugnet wird, für weite Kreise aber alltägliche Erfahrung ist: entschieden werden Rechtsfragen in konkreten Situationen, aber nicht mit Wirkung für alle. Eine Rechtsvergleichung, die bloß Ergebnisse vergleicht, sucht daher bei nicht-staatlichem Recht oft vergeblich. Wie weit etwa im islamischen Recht der Kopf der Frau bedeckt sein muss, ob (und wann) die Abtreibung zulässig ist – all das sind Fragen, die innerhalb des Rechts Streitig sind und deshalb keine einheitliche Antwort ermöglichen. Der Rechtsvergleicher muss hier eine besondere Fähigkeit aufbringen: Ambiguitätstoleranz.¹⁰⁵

Völlig ungewöhnlich ist das nun für das Recht, entgegen manchmal geäußerter Ansicht,¹⁰⁶ nicht. Auch im staatlichen Recht führt die Vagheit der rechtlichen Sprache notwendig zu Ambiguität. Insbesondere offene Rechtsbegriffe müssen häufig so fallspezifisch ausgelegt werden, dass einheitliche Aussagen nicht gemacht werden können. Wo es keine höchstrichterlichen Entscheidungen gibt (etwa weil die Revisionssumme nicht erreicht wird oder Landesrecht betroffen ist), besteht die Möglichkeit, dass unterschiedliche gerichtliche Entscheidungen Bestand haben. Während aber hier Ambiguität relativ beschränkt bleibt, stellt sie in vielen religiösen Rechten ein konstitutives Element dar.¹⁰⁷ So besteht etwa zum islamischen Recht der (allerdings umstrittene) Grundsatz, wonach jeder Jurist Recht hat¹⁰⁸ – er hat eine eigene Entscheidungskompetenz (und Entscheidungspflicht) zu rechtlichen Fragen

¹⁰⁴ Zur zentralen Rolle des Zweifels im islamischen Recht grundlegend *I. Rabb*, *Doubt in Islamic Law* (2014).

¹⁰⁵ Begriff nach *T. Bauer*, *Die Kultur der Ambiguität – Eine andere Geschichte des Islams* (2011). Der Begriff entstammt der Psychologie: *A. Furnham/T. Ribchester*, *Tolerance of Ambiguity: A Review of the Recent Literature*, *Psychology* 4 (2013), 717–728.

¹⁰⁶ *H. Honsell/T. Mayer-Maly*, *Rechtswissenschaft: Eine Einführung in das Recht und seine Grundlagen* (6. Aufl., 2015), 100: „Widersprüchliche Aussagen kann das Recht nicht zulassen [...]. Insofern ist die von der Psychologie für Kultur und Religion geforderte Ambiguitätstoleranz für die Jurisprudenz keine Option.“

¹⁰⁷ *A. B. Seligman*, *Ambiguität und Notation: Jüdisches Recht und Rechtspluralismus*, in *Ladeur/Augsberg* (Fn. 67), 197–212; siehe auch *ders./R.P. Weller*, *Rethinking Pluralism: Ritual, Experience, and Ambiguity* (2012).

¹⁰⁸ *Hallaq*, *Y.B. Islamic & Middle E. L.* 12 (2005–06), 151, 159.

und ist nicht an die Entscheidungen anderer gebunden.¹⁰⁹ Wenn das so ist, kann der Rechtsvergleicher nicht die Meinung einer einzelnen Institution so behandeln kann wie eine Entscheidung des höchsten Gerichts. Feststellen lassen sich, außer bei einheitlich beantworteten Fragen, daher allenfalls Trends und Mehrheitsmeinungen.

Eine Rechtsvergleichung, die eine solche Ambiguitätstoleranz aufweist, muss ihre Fragen daher umstellen. Der Inhalt religiöser Rechte lässt sich nicht gleichermaßen wie der staatlichen Rechts als ein System von Regeln darstellen; er muss eher als Prozess aufgefasst werden. Die Frage des Rechtsvergleichers kann nicht mehr sein: Was ist die Entscheidung des Rechtssystems zu dieser Frage? Stattdessen muss gefragt werden: Auf welche Art und Weise wird entschieden? Wie wird mit einer Frage umgegangen? Welche Materialien, welche Argumente werden verwendet? Das muss kein Nachteil sein. Häufig lehren uns die Antworten auf solche Fragen generell, also auch beim staatlichen Recht, mehr über das Funktionieren eines Rechtssystems als die Feststellung seines konkreten Inhalts. Beim religiösen Recht ist das häufig der einzige Weg.

4. Übersetzung

Die Anerkennung religiöser Rechte als Rechte macht es möglich, diese als Objekte in die Rechtsvergleichung einzubeziehen. Freilich ist eine solche Einbeziehung religiöser Rechte nicht automatisch möglich. *Habermas* diskutiert, wie gesehen, für die postsäkulare Gesellschaft die Notwendigkeit, zwischen politischem und religiösem Argument zu übersetzen. In der Rechtsvergleichung entspricht dem das Problem, Vergleichbarkeit herzustellen, das sich auch als ein Problem der Dialogfähigkeit darstellen lässt.

a) Die Notwendigkeit der Übersetzung

Können religiöse und säkulare Rechte miteinander in Verbindung gebracht werden? Zum parallelen Problem der Politik schlägt *Habermas* vor, dass es sich um ein Problem der Übersetzung handle. Einerseits müssten Fragen der säkularen Politik in die Sprache der Religion übersetzt werden, um auch für diese akzeptabel zu sein. Auf das Recht bezogen, bedeutet das, dass staatliches Recht auch innerhalb des religiösen Rechts akzeptiert werden muss. Ein Beispiel für diesen Vorgang lässt sich finden im Gedanken einiger religiöser Gemeinschaften, die staatliche Eheschließung religionsrechtlich als Verlobung anzuerkennen. Wichtiger noch ist andererseits die Übersetzung in der Gegenrichtung, also die Übersetzung religiöser Positionen in solche, die allgemein verhandelt werden können. *Habermas* fordert diese Übersetzungsleistung von Religiösen und Säkularen zugleich: Die Religion muss bereit

¹⁰⁹ *Hallaq*, Y.B. *Islamic & Middle E. L.* 12 (2005–06), 151 ff.

sein, ihre Positionen der Gesellschaft zur Diskussion anzubieten, die (nicht-religiöse) Gesellschaft ihrerseits muss dazu beitragen, dass diese Positionen im Diskurs verarbeitet werden können.

Im Umgang mit religiösen Rechten sind beide Leistungen problematisch. Einerseits wird solche Übersetzbarkeit von Vertretern der Religion oft geleugnet. Sie behaupten, ihr Recht könne nur von Mitgliedern der Religion verstanden und ausgelegt werden. Insbesondere aus dem Islam wird die Kritik an nichtislamischen Wissenschaftlern lauter, diese könnten, weil sie nicht Gläubige seien, das islamische Recht nicht verstehen. Würde diese Kritik akzeptiert, so wäre Rechtsvergleichung unmöglich. Tatsächlich ist sie wohl auch eine Mindermeinung.

Andererseits wird die Übersetzung auch von Seiten der Säkularen oft verweigert. Das zeigt sich am klarsten in der Rechtsprechung. Englische Gerichte etwa haben es lange Zeit abgelehnt, islamisches Recht anzuwenden, mit dem Argument, es sei ihnen nicht zugänglich.¹¹⁰ In den Vereinigten Staaten ist dem Richter die Stellungnahme zu Fragen religiösen Rechts sogar verfassungsrechtlich verboten – mit allen möglichen Problemen, die daraus folgen.¹¹¹ In der Rechtsvergleichung finden wir diese Position da, wo sie religiöse Rechte wegen ihres religiösen Charakters für unvergleichbar erachtet, anstatt eine Übersetzung zu versuchen.

b) Die Möglichkeit der Übersetzung

Das spezielle Problem bei religiösen Rechten scheint darin zu liegen, dass der Glaube (im weitesten Sinne) konstitutiv für das Recht ist. Wie soll unter diesen Umständen eine solche Übersetzung von religiösem Recht in die Begrifflichkeit des säkularen Rechts erfolgen? Der vielversprechendste Ansatz an ein solches Problem ist derjenige der funktionalen Rechtsvergleichung. In der funktionalen Rechtsvergleichung fragen wir nicht, ob Institutionen unterschiedlicher Ordnung substantiell identisch sind, sondern ob sie die gleiche Funktion erfüllen, so dass sie dann hinsichtlich dieser Funktion verglichen werden können.¹¹² Religiöses und säkulares Recht sind daher vergleichbar, insoweit sie die gleiche Funktion erfüllen.

Das scheint zunächst problematisch. Denn bei religiösen Rechten kommen oft mehrere Funktionen zusammen. Regeln zum richtigen Umgang im Geschäftsleben etwa dienen nicht nur einem funktionierenden Markt und der Gerechtigkeit zwischen Marktteilnehmern, sondern auch dem Seelenheil des

¹¹⁰ *Shamil Bank of Bahrain EC v. Beximco Pharmaceuticals Ltd and others*, [2004] EWCA Civ 19; ähnlich LG Tübingen, 18.12.2015, Az. 4 O 197/15.

¹¹¹ Siehe etwa *M.A. Helfand/B.D. Richman*, *The Challenge of Co-Religionist Commerce*, Duke L.J. 64 (2015) 879, 803–810.

¹¹² Grundlegend immer noch *Zweigert/Kötz* (Fn. 19), § 3; mein eigener Ansatz findet sich in *Michaels* (Fn. 88).

Gläubigen. Diese letzte Funktion lässt sich kaum in säkulare Begriffe übersetzen. Richtig verstanden, kann funktionale Rechtsvergleichung dieses Problem aber überwinden. Denn die funktionale Rechtsvergleichung vergleicht ja rechtliche Institute nicht als Ganze, sondern nur hinsichtlich bestimmter Funktionen. Wenn etwa eine Regel eines religiösen Rechts die Funktion hat, dem Gläubigen den Weg ins Jenseits zu erleichtern, so ist die Regel hinsichtlich dieser Funktion mit dem säkularen Recht nicht vergleichbar, wohl aber hinsichtlich anderer Funktionen, die sie auch haben mag.

Wir finden diesen Ansatz bei *Zweigert* und *Kötz* in der Darstellung des islamischen Rechts. Dort wird entwickelt, dass von den vier Wurzeln des islamischen Rechts zwei funktional als Quellen bezeichnet werden können (*Koran* und *Sunna*), eine als Methode (*qiyas*, Analogie) und eine als Instanz (*idschma*, der Konsens der Rechtsgelehrten).¹¹³ Damit wird die religiöse Grundlage nicht gezeugnet, trotzdem aber Vergleichbarkeit hergestellt. Die Vergleichbarkeit besteht hinsichtlich einer Funktion (nämlich der Rechtserkenntnis im weitesten Sinne), ohne dass es dafür notwendig wäre, dass das, was als Recht verstanden wird, das gleiche ist. Freilich macht die Tatsache, dass die verschiedenen Techniken einander ähnlich sind, es gleichzeitig wahrscheinlicher, dass auch das so erkannte Recht nicht so fundamental unterschiedlich ist.

IV. Postsäkulare Rechtsvergleichung: Vergleichbarkeit

1. Formale Vergleichbarkeit: Offenbarung und Grundnorm

Was heißt das alles nun konkret? Wie soll man mit der Religiosität des religiösen Rechts in der Rechtsvergleichung umgehen, ohne sie zu ignorieren, aber auch ohne dass sie der Vergleichbarkeit entgegensteht? Ein wichtiger Schritt liegt in der Differenzierung. Er besteht darin, verschiedene Ebenen des Rechts zu unterscheiden und funktional miteinander zu vergleichen. Das lässt sich gut an den Offenbarungsreligionen zeigen, also neben dem Christentum vor allem Judentum und Islam. Hier kann man, etwas schematisch, zwei Arten von Recht unterscheiden: das offenbarte Recht, das von Gott hergeleitet wird, und das juristische Recht, das zwar dem offenbartem Recht nicht widersprechen darf, im Einzelnen aber durch Juristen hergestellt und verwaltet wird. Im Islamischen Recht bestimmt sich so das Verhältnis zwischen *shari'a*

¹¹³ *Zweigert/Kötz* (Fn. 19), 301. Wenn dort im Folgenden gesagt wird, dass „die zentrale Bedeutung dem Gelehrtenkonsens zukommt; denn er allein entscheidet letztlich darüber, was – mit oder ohne Hilfe einer Analogie – dem Qur’ān oder der Sunna als geltende Rechtsregel entnommen werden kann“, so gilt das nicht nur für den Islam: es dürfte überall gelten, dass das Recht mit seiner epistemischen Gemeinschaft entscheidet, was Recht ist; vgl. *N. Jansen*, *The Making of Legal Authority* (2010).

(hier verstanden als offenbartes Recht) einerseits und *fiqh* (also Auslegung und Fortbildung durch Juristen) andererseits. Ähnlich lässt sich das jüdische Recht trennen in *mitzvot* einerseits (die 613 zwingenden, von Gott offenbarten Gebote), und die *halacha* andererseits, das juristische Recht, insbesondere die *mishpat ivri*, also den Teil des Rechts, der sich auf weltliche Dinge bezieht.

a) Juristenrecht

Diese Differenzierung ist nun für die Rechtsvergleichung hilfreich. Das juristische Recht selbst lässt sich nämlich weitgehend ohne Rückgriff auf das offenbarte Recht verstehen, und insofern auch mit säkularem Recht, oder auch mit dem Recht anderer Religionsgemeinschaften, relativ unbefangen vergleichen. Der religiöse Charakter des Rechts wird nicht geleugnet, aber er ist eben nicht unmittelbar relevant. Diskussionen zur Zulässigkeit der Abtreibung im jüdischen Rechts etwa gehen zwar von Quellen aus, werden aber letzten Endes unter Juristen geführt.¹¹⁴ Es ist insofern nicht anders als im deutschen Recht, wo eine Diskussion zur Sittenwidrigkeit der Globalzession zwar an Normen des BGB ansetzt, letztlich aber sich weitgehend davon autonom entwickelt. Tatsächlich dürfte bei religiösen Rechten diese weitgehende Autonomie noch umfassender sein als beim BGB, da die kanonischen Texte alt und oft vage sind.

Nirgends wird diese Autonomie des juristischen Rechts deutlicher als in der (vielzitierten) Erzählung von Rabbi Elieser, der in einem Meinungsstreit immer mehr Wunder vollbringt, ohne dass die anderen Rabbis sich überzeugen lassen. Als selbst Gott ihm Recht gibt, überzeugt auch das die Rabbis nicht. Sie weisen darauf hin, das Recht sei nicht im Himmel, sondern auf der Erde. Und Gott gibt sich geschlagen und lacht: „Meine Kinder haben mich besiegt.“¹¹⁵

Da dieses juristische Recht den Großteil des Rechts umfasst, ist damit die Rechtsvergleichung in weitem Maße recht unproblematisch möglich. Es ist deshalb nicht nur ungenau, sondern letzten Endes falsch, bei jeder Regel etwa des islamischen Rechts zu sagen, sie sei auf Allahs Wille zurückzuführen, oder, noch weiter, sie sei, wie das gesamte islamische Recht, unveränderbar. Ob eine Regel geändert werden kann oder nicht, bestimmt sich im religiösen wie im staatlichen Recht durch Diskurse und Verfahren. Und ungeachtet

¹¹⁴ D.B. Sinclair, The Legal Basis for the Prohibition on Abortion in Jewish Law, Israel Law Review 5 (1980) 109; v. Daniels (Fn. 67), 53ff.

¹¹⁵ Babylonischer Talmud, Baba Mezi'a 59b. Besonders anregend unter den zahlreichen juristischen Diskussionen der Erzählung ist D. Luban, The Coiled Serpent of Argument: Reason, Authority and Law in a Talmudic Tale: Epilogue: Law and Fable, Chi.-Kent L.Rev. 79 (2004), 1253.

jeglicher Fiktion der Unwandelbarkeit wissen wir faktisch, dass religiöse Rechte in stetem Wandel stehen.

b) Offenbartes Recht und Verfassung

Wie ist es nun mit dem offenbarten Recht? Ist dieses auch vergleichbar? Natürlich gibt es im säkularen Recht kein offenbartes Recht. Wohl aber kennen wir auch hier ein hierarchisches Verhältnis zwischen juristischem Recht einerseits, das relativ leicht geändert werden kann, und der Änderung weitgehend entzogenem höherem Recht andererseits. Im staatlichen Recht beschreibt das das Verhältnis zwischen einfachem Recht und Verfassungsrecht.¹¹⁶ Gewiss gibt es wichtige Unterschiede. Nicht nur ist das Verfassungsrecht nicht offenbartes, sondern gesetztes Recht. Auch kann die Verfassung formal geändert werden, anders als das göttlich gesetzte Recht.¹¹⁷ Aber neben diesen Unterschieden ergibt sich doch die Gemeinsamkeit des Stufenbaus: das juristische Recht muss mit einem höherrangigen Recht im Einklang stehen, und die normale juristische Diskussion verbleibt begrenzt durch Rahmen dieses höherrangigen Rechts, kann dieses aber nicht selbst verändern. Ebenso wie der Gesetzgeber im islamischen Staat (neben der Verfassung) an den Islam gebunden ist, ist der staatliche Gesetzgeber an die Verfassung gebunden.

Ob der staatliche Gesetzgeber oder gar Richter dabei mehr Freiheit hat als der islamische, wie manche meinen, ist eine durchaus offene (und der Forschung würdige) Frage. Einerseits wird die Auffassung, dass islamische Gesetzgeber nur sklavisch die Scharia umsetzen, nicht der oft stupenden rechtsschöpfenden Kreativität gerecht, die wir in islamischen Staaten finden. Andererseits gibt es im Westen durchaus Tendenzen, jegliche rechtspolitische Entscheidung aus der Verfassung abzuleiten und damit der Verfügbarkeit durch den Gesetzgeber zu entziehen; das Forsthoff'sche Wort von der Verfassung als juristischem Weltenei, aus dem die Gesamtrechtsordnung schlüpft, ist hier noch heute manchmal treffend.¹¹⁸

¹¹⁶ Insofern bezeichnet das viel diskutierte Problem der Schariakonformitätsklauseln in den Verfassungen islamischer Staaten (oben Fn. 34) auch einen Rangkonflikt höherrangiger Rechte. Indem die Schariakonformität als Verfassungsnorm etabliert wird, scheint einerseits das religiöse Recht den Vorrang zu erlangen; dass dieser Vorrang allerdings seinerseits aus einer Verfassungsnorm folgt, spricht für den Vorrang der Verfassung.

¹¹⁷ Allenfalls könnte man das Neue Testament jedenfalls in Teilen als Abänderung des Alten Testaments einordnen.

¹¹⁸ E. Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft* (1971), 144. Die Figur des Welteneis, die sich in den Schöpfungsmythen vieler Kulturen findet, ist ihrerseits häufig religiös besetzt; H. Nakamura, *A Comparative History of Ideas* (1992), 56 ff.

c) *Offenbarung und Grundnorm*

Damit bliebe als fundamentaler Unterschied nur noch das Moment der Offenbarung selbst. Die Offenbarung scheint im säkularen Recht keine direkte Entsprechung zu finden. Auch hier hilft indes der Fokus auf das zu lösende Problem. Die Offenbarung ist im religiösen Recht die Antwort auf eine Frage, die sich auch im staatlichen Recht stellt, nämlich diejenige der Letztbegründung. Wenn wir etwa mit *Hans Kelsen* diese Frage mit der Idee der Grundnorm beantworten, die gesetzt ist, so vermeiden wir zwar die Transzendentalisierung des Rechts, die im religiösen Recht vorgenommen wird. Wir müssen uns dann aber stattdessen mit einer bewusst gesetzten Fiktion begnügen – derjenigen eben der Grundnorm. Formuliert ist diese Grundidee des Rechtspositivismus nun als direkte Antwort auf das Wegfallen der Religion. *Kelsen* selbst sagt es so: „[M]an muß sich bewußt bleiben, daß die Befriedigung des Bedürfnisses nach einer absoluten Rechtfertigung des positiven Rechts nicht auf dem Wege wissenschaftlich-rationaler Erkenntnis, sondern nur auf dem Wege theologisch-metaphysischer Spekulation erreichbar ist“.¹¹⁹ Funktional sind also Grundnorm und Offenbarung seit jeher äquivalent.

Das ermöglicht die Vergleichung in beiden Richtungen. Einerseits muss die Grundnorm im säkularen Recht als Platzhalter für eine transzendente Begründung herhalten. Das gelingt nicht immer. Nicht zu Unrecht sieht *John Gardner*, in Anlehnung an *Kierkegaard*, im Recht einen „Leap of Faith“.¹²⁰ Umgekehrt kann im religiösen Recht die Offenbarung als Grundnorm des religiösen Rechts gesehen werden. Derartige Thesen findet man nicht nur zum jüdischen Recht,¹²¹ sondern auch zum islamischen Recht¹²² und zum Hindu-recht.¹²³ In Pakistan wurde nach dem Putsch sogar explizit mit dem Instrument der Grundnorm für die Weitergeltung islamischen Rechts argumentiert.¹²⁴

¹¹⁹ *H. Kelsen*, Die Selbstbestimmung des Rechts, in: H. Klecatsky u.a. (Hg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule (Bd. 2, 1968), 1445, 1453.

¹²⁰ *J. Gardner*, Law as a Leap of Faith (2012); insb. das gleichnamige Kapitel 1.

¹²¹ *M. Elon*, „The Basic Norm and the Sources of Jewish Law“, in: ders. (n. 5) Bd. 1, S. 229, 232–234. Ähnlich *B.J. Fisher*, Peering into the Kaleidoscope: Revisiting the Grundnorm of Jewish Law, *Oxford Journal of Law and Religion* 1 (2012), 470–495.

¹²² *A. Dahlén*, Islamic Law, Epistemology and Modernity: Legal Philosophy in Contemporary Iran (2003), 79; vgl. *E. Moosa*, Allegory of the Rule (Ḥukm): Law as Simulacrum in Islam?, *History of Religions* 38 (1998) 1, 21–23.

¹²³ *Menski* (Fn. 17) 204.

¹²⁴ Siehe *T.K.K. Iyer*, Constitutional Law in Pakistan: Kelsen in the Courts, *Am. J. Comp. L.* 21 (1973), 759; *M. Lau*, The Role of Islam in the Legal System of Pakistan (2006), 9, 14 ff.

Natürlich ist all dies umstritten¹²⁵ (ebenso wie ja auch die Idee der Grundnorm nicht unumstritten ist). Es geht hier auch nicht um den Nachweis der Gleichheit oder auch nur der funktionalen Äquivalenz im Einzelnen. Es geht nur, aber immerhin, darum, aufzuzeigen, dass und wie eine Vergleichen säkularen und religiösen Rechts sogar hinsichtlich des Moments der Offenbarung jedenfalls erwogen werden könnte.

d) Ebenenverwechslung und Vergleich verschiedener Ebenen

Trennt man, wie hier gezeigt, säkulares und religiöses Recht in verschiedene Ebenen auf, so zeigt sich, woher die behauptete Unvergleichbarkeit von religiösem und staatlichem Recht stammt. Es handelt sich schlicht um eine Ebenenverwechslung. Verglichen werden staatliches Juristenrecht einerseits und religiöses Quasi-Verfassungsrecht andererseits. Oder, anders gesagt: Das gesamte religiöse Recht wird so verstanden, als ob es Quasiverfassungsrecht wäre, und als solches für unvergleichlich gehalten.

Hält man dagegen die verschiedenen Ebenen auseinander, so ergibt sich Vergleichbarkeit gleich auf mehreren Ebenen. Hinsichtlich der Ebene des juristischen Rechts sind staatliche und religiöse Rechte relativ leicht miteinander vergleichbar. Damit dürften die meisten Fragen des Rechts umfasst sein.

Vergleichbar sind zweitens auch das offenbarte Recht einerseits und das Verfassungsrecht andererseits – nicht bezüglich ihrer Herkunft, wohl aber hinsichtlich ihrer Funktion als höherrangiges Recht. Für die Rechtsvergleichung ergibt sich hier eine Fülle vielversprechender Themen, die bislang noch viel zu wenig bearbeitet worden sind. Nur ein Beispiel: Macht etwa die absolute Unabänderbarkeit des höherrangigen Rechts (wie im islamischen Recht) die tatsächliche Rechtsänderung schwieriger? Oder ist es letztlich ebenso schwierig, staatliches Verfassungsrecht zu ändern? Formelle Verfassungsänderung scheitert oft an ihren hohen Hürden. Materielle Änderung unter Beibehaltung des Textes muss sich entgegenhalten lassen, dass sie die Regeln zur formalen Änderung unterlaufen.

Vergleichbar sind schließlich rechtstheoretisch die Momente der Letztbegründung im Recht, also insbesondere die Grundnorm und ihre Äquivalente im staatlichen Recht, die Offenbarung im religiösen Recht. Hier lässt sich zum einen rechtsvergleichend erforschen, welche Rolle die Letztbegründung für das Rechtssystem spielt. Daneben wäre es interessant zu erfahren, inwieweit das staatliche Recht wirklich mithilfe der Grundnorm oder ähnlicher Konstrukte die Notwendigkeit metaphysischer Letztbegründung vermeidet.

¹²⁵ Ablehnend etwa *M.K. Masud*, Muslim Jurists' Quest for the Normative Basis of Shari'a (2001); siehe auch *B.S. Jackson*, Mishpat Ivri, Halakhah and Legal Philosophy: Agunah and the Theory of 'Legal Sources', JSIJ 1 (2002) 69, <www.biu.ac.il/JS/JSIJ/jsij1.html>.

2. Materielle Vergleichbarkeit

Probleme mit der Vergleichbarkeit betreffen indes nicht nur formale Aspekte. Materiell stellt sich als Problem, ob staatliches und religiöses Recht von ihrer Ideologie her so unterschiedlich seien, dass man sie nicht sinnvoll vergleichen könne.

a) Erfahrungen aus der „intersystemaren“ Rechtsvergleichung

Nun ist das Problem der Vergleichbarkeit ideologisch unterschiedlicher Rechte für die Rechtsvergleichung nicht neu. Es ist bekannt aus der Diskussion zur Vergleichbarkeit zwischen sogenanntem kapitalistischem und sogenanntem sozialistischem Recht.¹²⁶ Begründet wurde das mit einer behaupteten grundsätzlich anderen Rolle, die das Recht im Sozialismus spiele. Insbesondere von Seiten sozialistischer Staaten wurde oft eine Vergleichbarkeit geleugnet.¹²⁷ Aber auch im Westen tat man sich lange Zeit schwer mit einer Vergleichung sozialistischer Rechte, die über eine Ideologiekritik hinausging.¹²⁸

Diese Einwände haben sich zu Recht nicht durchgesetzt. Insbesondere für die funktionale Rechtsvergleichung stehen ideologische Unterschiede der Vergleichbarkeit nicht entgegen. Vielmehr ermöglicht es gerade die funktionale Rechtsvergleichung, die ganz unterschiedlichen Problemlösungsmechanismen in verschiedenen Rechtsordnungen als funktional äquivalente Antworten auf gleiche Probleme anzusehen und damit vergleichbar zu machen, ohne eine Identität behaupten zu müssen. Dass formal gleiche Institute in unterschiedlichen Gesellschaftsordnungen unterschiedliche Funktionen erfüllen, ist ein Ergebnis der Vergleichung und steht ihr also nicht entgegen.¹²⁹ Selbst sogenannte systembezogene Rechtsinstitute sind daher vergleichbar.¹³⁰ Unvergleichbar ist sozialistisches Recht nur insoweit, als es Funktionen erfüllt, die in anderen Gesellschaften nicht existieren.

Diese Gedanken lassen sich auf die Vergleichung zwischen staatlich-säkularem und religiösem Recht übertragen. Ideologische Differenzen führen zu

¹²⁶ Einführend *K. Zweigert/H. Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, Bd. I (2. Aufl., 1984), 42–44 (in der 3. Aufl., Fn. 19, nicht mehr enthalten; siehe dort zum Fortfall des sozialistischen Rechtskreises Seite V).

¹²⁷ Darstellung bei *H.-J. Bartels*, Methode und Gegenstand intersystemarer Rechtsvergleichung (1982), 23–29.

¹²⁸ *A. Bilinsky*, Das sowjetische Wirtschaftsrecht (1968), 18.

¹²⁹ *U. Drobnig*, Rechtsvergleichung zwischen Rechtsordnungen verschiedener Wirtschaftssysteme: Zum Problem der intersystemaren Rechtsvergleichung, *RabelsZ* 48 (1984), 233, 239 f.; vgl. auch *K. Zweigert/H.-J. Puttfarcken*, Zur Vergleichbarkeit analoger Rechtsinstitute in verschiedenen Gesellschaftsordnungen, in: dies. (Hg.), *Rechtvergleichung* (1978), 395.

¹³⁰ *Drobnig* (vorige Fn.), 239; gegen *D.A. Loeber*, Rechtsvergleichung zwischen Ländern mit verschiedener Wirtschaftsordnung, *RabelsZ* 26 (1961), 201.

unterschiedlichen Lösungen, aber nicht zu Unvergleichbarkeit. Wenn etwa religiöses Vertragsrecht von Vertragsparteien verlangt, das Wohl des anderen Vertragspartners stärker zu berücksichtigen, als es im staatlichen Recht der Fall wäre, so ist das kein Grund, Vergleichbarkeit abzulehnen. Unvergleichbarkeit besteht lediglich dort, wo religiöse Rechte spezifisch spirituelle oder rituelle Funktionen erfüllen. Bei solchen Regeln wird es sich indes häufig nicht mehr um rechtliche Regeln im engeren Sinne handeln.

b) Religiöse Elemente im staatlichen Recht?

Selbst ein fundamentaler ideologischer Unterschied zwischen säkularem und religiösem Recht steht also der Rechtsvergleichung nicht entgegen. Freilich ist gar nicht ganz klar, ob dieser ideologische Unterschied tatsächlich so fundamental ist. Insbesondere die Behauptung, das staatliche Recht in Europa und Amerika sei fundamental nichtreligiös, ist zumindest nicht unumstritten. *Böckenförde* hat bekanntlich postuliert, der freiheitliche, säkularisierte Staat lebe von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren könne.¹³¹ Implizit bezieht sich das auf religiöse Grundlagen, auch wenn *Böckenförde* selbst nicht ausschließlich so verstanden werden wollte.

Manchmal werden die christlichen (manchmal auch judaeo-christlichen) Grundlagen der westlichen Rechtstradition explizit genannt und insbesondere gegen islamisches Recht in Stellung gebracht. In der Tat ist das westliche Recht voll von Werten, die aus der christlichen Religion stammen, von Fragen des Vertragsrechts bis zum Recht der Menschenrechte.¹³² Hierbei geht es dann durchaus um einen behaupteten fundamentalen ideologischen Konflikt, aber der besteht nicht zwischen Säkularismus einerseits und Religion andererseits, sondern zwischen zwei Religionen. Diese religiösen Grundlagen des staatlichen Rechts deutlich zu machen, ist eine wesentliche Aufgabe für die postsäkulare Rechtsvergleichung.

Nun ist westliches Recht natürlich nicht rein christliches Recht, und selbstverständlich hat es sich mit der Säkularisierung stärker vom religiösen Recht getrennt, als das für das Recht islamischer Staaten gilt. Freilich ist, worauf insbesondere die Religionssoziologie hinweist, die Säkularisierung ihrerseits

¹³¹ *E.-W. Böckenförde*, Staat, Gesellschaft, Freiheit (1976), 60. Vgl. jetzt *ders.*, Der säkularisierte Staat – Sein Charakter, seine Rechtfertigung und seine Probleme im 21. Jahrhundert (2006). Hilfreiche Analyse und Aufarbeitung der Diskussion bei *M. Ingenfeld*, Das Wagnis der Freiheit: Das Böckenförde-Diktum und seine Implikationen für eine moderne Demokratie, <www.gsi.uni-muenchen.de/forschung/forsch_zentr/voegelin/publikationen/studierendensymposium/ingenfeld_b__ckenf__rde.pdf>; *H.-J. Kracht*, Fünfzig Jahre Böckenförde-Theorem. Eine bundesrepublikanische Bekenntnisformel im Streit der Interpretationen, in: *ders./K. Große Kracht* (Hg.), Religion-Recht-Republik: Studien zu Ernst-Wolfgang Böckenförde (2014), 155.

¹³² Siehe dazu zuletzt *S. Moyn*, Christian Human Rights (2015).

eine spezifisch europäische (und christliche!) Entwicklung, vom Investiturstreit über die Konfessionsstreitigkeiten hin zur Aufklärung und zur Trennung von Staat und Religion.¹³³ Infolgedessen lässt das westliche Recht seine christlich-religiösen Hintergründe auch gerade dort erkennen, wo es sich spezifisch dagegen gewandt hat, wie etwa in der Ablehnung einer transzendental-göttlichen Begründung von Normen. Die Trennung zwischen Staat und Kirche etwa, mit ihren unterschiedlichen Ausgestaltungen in verschiedenen westlichen Staaten, ist historisch ganz spezifisch auf das Christentum bezogen. Auch solche Erkenntnisse kann die postsäkulare Rechtsvergleichung fördern.

3. Vergleichskonstellationen

Wenn religiöse Rechte so als mögliche Objekte der Rechtsvergleichung etabliert sind, womit soll man sie vergleichen? Unterschiedliche Vergleichskonstellationen stellen unterschiedliche Herausforderungen.

a) Interreligiöse Rechtsvergleichung

Insoweit religiöse Rechte in der Rechtsvergleichung vorkommen, beschränkt sie sich häufig auf den Vergleich zwischen religiösen Rechten. Relativ häufig ist der Vergleich zwischen islamischem und jüdischem Recht, sicherlich auch deshalb, weil sich dieser Vergleich besonders anbietet. Oft wird auch islamisches Recht mit christlichem verglichen.¹³⁴ Manchmal kommen die drei Buchreligionen zusammen.¹³⁵ Auch weitergehende, umfassende interreligiöse Rechtsvergleichung findet sich.¹³⁶

Indem religiöse Rechte als solche miteinander verglichen werden, wird vorausgesetzt, dass ihr religiöser Charakter eine Gemeinsamkeit bezeichnet. Es ist aber keineswegs sicher, wie sich diese Gemeinsamkeit definieren lässt. In der vergleichenden Religionswissenschaft sind die zahlreichen Versuche, einen umfassenden Begriff der Religion zu definieren, allesamt gescheitert.¹³⁷

¹³³ Insofern besteht eine Parallele zur Diskussion über den Liberalismus, der auch zunehmend als eine Ideologie unter anderen angesehen wird und nicht als Alternative zu Ideologien.

¹³⁴ Etwa *U. Hepperle*, Die Stellung der Frau im islamisch-sunnitischen und römisch-katholischen Eherecht: Ein Rechtsvergleich (2006).

¹³⁵ *A.M. Emon/M. Levering/D. Novak*, Natural Law: A Jewish, Christian, and Islamic Dialogue (2014). Siehe auch *R. Pahud de Mortanges/P. Bleisch Bouzar/D. Bollag/C.R. Tappenberg*, Religionsrecht – Eine Einführung in das jüdische, christliche und islamische Recht (2010), wo freilich einzelne religiöse Rechte nur vorgestellt, nicht aber verglichen werden. Andere Dreiteilung bei *J. Jany*, Judging in the Islamic, Jewish and Zoroastrian legal traditions: a comparison of theory and practice (2012).

¹³⁶ *Huxley* (Fn. 13).

¹³⁷ Gute Darstellung der Diskussion und interessanter Vorschlag zur Vergleichbarkeit bei *A. Hermann*, Unterscheidungen der Religion: Analysen zum globalen Religionsdiskurs

Es lässt sich schlicht keine umfassende Definition finden, die breit genug ist, um alle anerkannten Religionen zu erfassen, und andererseits eng genug, um nicht erwünschte Weltanschauungen – wie etwa Kommunismus und Liberalismus – außen vor zu lassen. So sind etwa nicht alle Religionen durch den Glauben an einen Gott, oder eine Auferstehung, oder transzendente moralische Normen geprägt. Glaube ist im Christentum wichtiger als Rituale, nicht unbedingt in anderen Religionen. Was buddhistisches und jüdisches Recht vereint, ist im Wesentlichen nicht viel mehr als das Kriterium der Nichtstaatlichkeit, das sie freilich auch mit Gewohnheitsrechten teilen.

All das ist nun aus Sicht postsäkularer Rechtsvergleichung nicht unproblematisch. Erstens besteht die Gefahr, dass man mehr Einigkeit zwischen religiösen Rechten annimmt, als man tatsächlich findet. Man stellt etwa fest, dass sowohl jüdisches als auch islamisches Recht die Knabenbeschneidung kennen, und übersieht, dass sie in beiden Rechten eine fundamental unterschiedliche Bedeutung hat: sie ist konstitutiv für die Zugehörigkeit zur jüdischen Gemeinschaft, aber von „nur“ kultureller Bedeutung im Islam.¹³⁸ Zweitens drohen Unterschiede, die innerhalb der religiösen Rechte existieren, unterschätzt werden, Vergleicht man das jüdische mit dem islamischen Recht, kann man leicht übersehen, dass sich innerhalb jedes dieser Rechte ganz ähnliche Meinungsstreitigkeiten abspielen. Drittens schließlich besteht die Gefahr, dass die Unterschiede zum staatlichen Recht überschätzt werden. Freilich: gute interreligiöse Rechtsvergleichung kann auch gerade dabei helfen, solche Vorurteile zu überwinden.

b) *Intrareligiöse Rechtsvergleichung*

Mehr verspricht es, innerhalb der religiösen Rechte zu vergleichen. Das mag als Vorschlag überraschen. Häufig werden religiöse Rechte als einheitliche Systeme dargestellt, oft auf Basis nur primärer Quellen wie etwa Koran oder Talmud. Das ist ein wenig, als ob man den Inhalt des *common law* nur darstellte anhand von englischen Gerichtsentscheidungen aus dem 15. Jahrhundert. Außer Acht würde dabei gelassen, dass das Recht von England, den USA, und Neuseelands nicht nur ganz unterschiedlich ist, sondern auch sich weiterentwickelt hat. In diesem Sinne ist es deutlich vorzuziehen, wenn etwa *Chibli Mallat* in seiner Einführung in das Recht des Mittleren Ostens das islamische Recht als eine Art gemeines Recht darstellt und dabei die Unterschiede zwi-

und dem Problem der Differenzierung von „Religion“ in buddhistischen Kontexten des 19. und frühen 20. Jahrhunderts (2015).

¹³⁸ Dazu *L. Salaymeh*, „Comparing“ Jewish and Islamic Legal Traditions: Between Disciplinarity and Critical Historical Jurisprudence, *Critical Analysis of Law* 2 (2015), 153.

schen verschiedenen Rechten deutlich hervorhebt.¹³⁹ Ebenso wie das *common law* sind auch die meisten religiösen Rechte in Wirklichkeit Rechtskreise.¹⁴⁰

Angesichts des Pluralismus innerhalb religiöser Rechte ist es daher nicht nur sinnlos, zu fragen, was die Antwort des islamischen, jüdischen, oder hinduistischen Rechts zu einer Rechtsfrage ist. Es ist auch weniger interessant, als die verschiedenen Antworten mit einander zu vergleichen. Die Rechtsvergleichung sollte nicht nur anerkennen, dass innerhalb all dieser religiösen Rechte mehrere Rechte existieren, die unterschiedliche Antworten geben; sie sollte auch durch internen Vergleich ein besseres Verständnis erreichen.

Wie sieht solche intrareligiöse Rechtsvergleichung aus? Beim islamischen Recht bietet es sich zunächst an, die Rechte verschiedener islamischer Staaten mit einander zu vergleichen.¹⁴¹ Das ist in gewisser Weise intrareligiöse Rechtsvergleichung. Freilich sind, wie schon gesagt, die staatlichen Rechte auch islamischer Staaten nicht sinnvoll vollständig als islamisches Recht zu verstehen.¹⁴² Zudem wird nichtstaatliches islamisches Recht so nicht erfasst. Vollständige innerislamische Rechtsvergleichung müsste noch weiter gehen und jedenfalls auch das islamische Recht in Ländern mit personaler Rechtspaltung einbeziehen, also etwa Indien und Israel.

Schließlich würde man sich wünschen, dass auch das islamische Recht in westlichen Staaten in eine solche intrareligiöse Vergleichung einbezogen würde.¹⁴³ Islamisches Recht in England ist nicht das gleiche wie islamisches Recht im Iran, und es ist auch nicht das gleiche wie islamisches Recht in den USA, weil das islamische Recht jeweils durch lokale Gegebenheiten und auch lokales Recht beeinflusst wird.¹⁴⁴ Wenn etwa Pakistanis in England die standesamtliche Trauung als Verlobung ansehen, bedeutet das eine lokale Variante islamischen Rechts. *Werner Menski* hat hierzu den hilfreichen Vorschlag gemacht, das islamische Recht in England mit einem eigenen Namen zu bezeichnen, nämlich *angrezi shariat*,¹⁴⁵ und behandelt es auch in seinem Lehrbuch zum „Muslim Family Law“.¹⁴⁶ Ein ähnlicher Vorschlag existiert für

¹³⁹ *C. Mallat*, Introduction to Middle Eastern Law (2007, Paperback 2009); siehe auch *ders./M. Revkin*, Middle Eastern Law, Annual Review of Law and Social Science 9 (2013), 405.

¹⁴⁰ Zum Hindurecht *Menski* (Fn. 7).

¹⁴¹ Ebenso etwa *J.M. Otto* (Hg.), Sharia Incorporated: A Comparative Overview of the Legal Systems of Twelve Muslim Countries in Past and Present (2010).

¹⁴² Oben II.2.b).

¹⁴³ *Rohe* (Fn. 4), 277–394.

¹⁴⁴ *L. Buskens*, An Islamic Triangle: Changing Relationships between Shari’a, State Law, and Local Customs, ISIM Newsletter 5 (2000), 8.

¹⁴⁵ *D. Pearl/W. Menski*, Muslim Family Law (3. Aufl. 1998), 58–59. Vgl. auch *D. Taha*, Muslim Minorities in the West: Between fiqh of Minorities and Integration, Electronic Journal of Islamic and Middle Eastern Law 1 (2013), <www.zora.uzh.ch/77593/1/Beitrag_DinaTaha_final.pdf>.

¹⁴⁶ *Pearl/Menski* (vorige Fn.), 74–77 und *passim*.

das islamische Recht in den USA unter dem Begriff *Amrikan Shari'a*.¹⁴⁷ Ebenso spricht Menski von *angrezi dharma* für Hindu-Recht in England;¹⁴⁸ Prakash Shah schlägt ein *European li* für die Chinesische Diaspora vor.¹⁴⁹ In der Rechtsvergleichung tauchen diese Rechte bislang nur zu vereinzelt auf.

c) *Vergleichung zwischen religiösem und staatlichem Recht*

Intrareligiöse und interreligiöse Vergleichung betreffen nur Teilbereiche. Die wichtigste Vergleichskonstellation ist diejenige, die religiöse und säkular-staatliche Rechte miteinander in Verbindung bringt. In der postsäkularen Gesellschaft geht es hauptsächlich nicht darum, den Diskurs innerhalb und zwischen religiösen Gemeinschaften zu fördern, sondern darum, die Religion in den politischen Diskurs einzubeziehen, der im Rahmen des Staates geführt wird. Ebenso ist das Hauptziel der postsäkularen Rechtsvergleichung nicht, ein separates Feld religiöser Rechtsvergleichung zu schaffen, sondern vielmehr, das Feld traditioneller Rechtsvergleichung so zu erweitern, dass auch religiöse Rechte umfasst werden können. Andererseits ist es nur so möglich, den religiösen Rechten Anschluss an die traditionelle Rechtsvergleichung zu ermöglichen.

Insofern sind inner- und interreligiöse Rechtsvergleichung letztlich nur Vorstufen. Die echte postsäkulare Rechtsvergleichung vergleicht religiöse und säkulare Rechte. Wie das geschehen kann, soll in drei Beispielen im Folgenden gezeigt werden.

V. Postsäkulare Rechtsvergleichung: Anwendungsbeispiele

Im Rahmen dieses Aufsatzes kann die Idee der postsäkularen Rechtsvergleichung nicht umfassend praktisch durchgeführt werden. Immerhin lässt sich an drei Beispielen andeuten, was postsäkulare Rechtsvergleichung beitragen könnte. Am Beispiel des europäischen Familienrechts zeigt sich, wie die Rechtsvergleichung profitieren kann, wenn sie religiöses Recht miteinbezieht. Umgekehrt lässt sich an der *Islamic Finance* demonstrieren, wie ein religiös-rechtliches Phänomen mit einem genuin rechtsvergleichenden Ansatz besser verstanden und eingeordnet werden kann. Schließlich eröffnet postsäkulare Rechtsvergleichung die Möglichkeit, Konflikte zwischen Staat und Religion

¹⁴⁷ S. Zaman, *Amrikan Shari'a – The Reconstruction of Islamic Family Law in the United States*, South Asia Research 28 (2008), 185. Vergleichend K. Moore, *The Unfamiliar Abode: Islamic Law in the United States and Britain* (2010).

¹⁴⁸ Menski (Fn. 7), 592; zustimmend Glenn (Fn. 16), 314 f.

¹⁴⁹ P. Shah, *Globalisation and the Challenges of Asian Legal Transplants in Europe*, Singapore Journal of Legal Studies 2005, 348, 358.

als genuine Rechtskollisionen zu verstehen und kollisionsrechtlich zu behandeln.

1. Postsäkulares Familienrecht

a) Säkulares Familienrecht

Als erstes Anwendungsbeispiel bietet sich das Familienrecht an. Außerhalb Europas spielen religiöse Familienrechte immer noch eine starke Rolle; in vielen Ländern werden familienrechtliche Fragen auch offiziell religiösen Rechten überlassen. In Europa ist die Lage schwieriger, wie sich etwa an der (anhaltenden) Diskussion zum islamischen Familienrecht in England zeigt. Das komplizierte Verhältnis ist aus der Geschichte zu begründen: auch das europäische Familienrecht hat eine religiöse Geschichte, stellt sich allerdings heute ganz wesentlich als eine Emanzipation vom kirchlichen Recht dar.¹⁵⁰ Dieser betont säkulare Charakter zeigt sich besonders in aktuellen Rechtsvereinheitlichungsprojekten. *Ingeborg Schwenger* etwa hat in ihrer Rabel-Vorlesung überzeugend argumentiert, dass das moderne Familienrecht unter dem Einfluss zweier Entwicklungen stehen sollte: Säkularisierung und Emanzipation, insbesondere (aber nicht nur) Gleichberechtigung der Frau.¹⁵¹ Auf dieser Grundlage hat sie, zusammen mit *Mariel Dimsey*, einen „Model Family Code from a Global Perspective“ ausgearbeitet, der in vielen Aspekten weit moderner ist als die meisten geltenden Familienrechte.¹⁵² Auch die im Entstehen begriffenen „Principles of European Family Law“ muss man als ein solches säkulares Familienrecht verstehen.¹⁵³

Es kann insofern nicht überraschen, dass dieses säkulare Familienrecht prinzipiell nur staatliche Rechte vergleicht. Die „Principles of European Family Law“ etwa beruhen explizit auf einem Vergleich staatlicher Rechtsordnungen; beim „Model Family Code“ sieht es nicht anders aus. Wo religiöse Rechte diskutiert werden, erscheinen sie als Problem für das staatliche Recht,

¹⁵⁰ Umfassend *M. Antokoloskaia*, *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective. A Tale of Two Millennia* (2006); zu fortbestehender Relevanz der Religion aber etwa *E. Örüçü*, *Diverse Cultures and Official Laws: Multiculturalism and Euroscepticism?*, *Utrecht L.Rev.* 6 (2010), 75, 83 f.

¹⁵¹ *I. Schwenger*, *Grundlinien eines modernen Familienrechts aus rechtsvergleichender Sicht*, *RabelsZ* 71 (2007), 705, 707 f. Als dritten Faktor könnte man Individualisierung und Privatisierung hinzufügen: *E. Beck-Gernsheim*, *From Rights and Obligations to Contested Rights and Obligations: Individualization, Globalization, and Family Law*, *Theoretical Inquiries in Law* 13 (2012), 1.

¹⁵² *I. Schwenger/M. Dimsey*, *Model Family Code from a Global Perspective* (2006).

¹⁵³ <<http://ceflonline.net/principles/>>; grundlegend zum Projekt *K. Boele-Woelki*, *The Principles of European Family Law: Its Aims and Prospects*, *Utrecht L.Rev.* 1 (2005), 160.

nicht als Lösungsmodell.¹⁵⁴ So beschreibt etwa *Jane Mair* im Schlusswort zum Buch „The Place of Religion in Family Law: A Comparative Search“ den Ausgangspunkt der Studie (nicht ganz ohne Selbstironie) als „a search embarked upon with confidence from the citadel of family law, with religion quite clearly placed in the position of challenger“.¹⁵⁵ Solches säkulares Recht grenzt sich nicht nur historisch gegen das kanonische Recht ab (das vielfach auch noch das staatliche Recht beeinflusste),¹⁵⁶ sondern auch vergleichend gegen andere religiöse Rechte. Insbesondere islamisches Familienrecht ist für ein solches Projekt das fundamental andere.¹⁵⁷ Unbewusst (oder vielleicht sogar bewusst?) wird mit dieser Ablehnung islamischen Familienrechts ein Projekt wiederaufgenommen, das bereits im 19. Jahrhundert bestand: die Einbeziehung Griechenlands nach Europa wurde ganz wesentlich auch mit der Ablehnung des ottomanischen Familienrechts begründet.¹⁵⁸

b) Postsäkulares Familienrecht: Fragen

Ein solch säkulares Familienrecht ist in vielerlei Hinsicht ein enormer Fortschritt gegenüber dem spezifisch religiösen Familienrecht, wie es über lange Zeit in Europa offen gegolten hat.¹⁵⁹ Für eine postsäkulare Rechtsverglei-

¹⁵⁴ Vgl. etwa den bezeichnenden Titel von *S. Cretney*, *Breaking the Shackles of Culture and Religion in the Field of Divorce?*, in: K. Boele-Woelki (Hg.), *Common Core and Better Law in European Family Law* (2005), 3–14. Stark kritisch gegenüber dem islamischen Recht in Westthrazien etwa *A. Tsaoussi/E. Zervogianni*, *Multiculturalism and Family Law: The Case of Greek Muslims*, in: K. Boele-Woelki/T. Sverdrup (Hg.), *European Challenges in Contemporary Family Law* (2008), 209.

¹⁵⁵ *J. Mair*, *The place of religion in family law: a comparative search*, in: dies./E. Örüçü (Hg.) *The Place of Religion in Family Law: A Comparative Search* (2011), 3–9, 385. Siehe die Kritik bei *J.A. Nichols*, *Bespr.*, *Journal of Law and Religion* 29 (2014), 344.

¹⁵⁶ Siehe etwa zum Scheidungsrecht *M.A. Glendon*, *The Transformation of Family Law* (1989), 31; *D. Bradley*, *A Family Law for Europe?, Sovereignty, Political Economy and Legitimation*, in: K. Boele-Woelki (Hg.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe* (2003), 65.

¹⁵⁷ *W. Gephart*, *Family Law as Culture*, in: K. Boele-Woelki/N. Dethloff/W. Gephart (Hg.), *Family Law and Culture in Europe – Developments, Challenges and Opportunities* (2014), 347, 356: „The family law of the ‘other’ is represented by Islamic law and different Muslim communities in Europe [...]. The whole matter is very complex, even though the ‘otherness’ is remarkable [...].“

¹⁵⁸ *P. Tsoukala*, *Marrying Family Law to the Nation*, *Am. J. Comp. L.* 58 (2010), 873.

¹⁵⁹ Allerdings ist die Behauptung, dass „[t]he family law of the whole European continent before the Reformation was mainly uniform canon law“ (*M. Antokolskaia* *Development of Family Law in Western and Eastern Europe: Common Origins, Common Driving Forces, Common Tendencies*, *J. of Family History* 28 (2003) 52, 53), allenfalls dann möglich, wenn man den europäischen Kontinent auf seine christliche Bevölkerung beschränken will, so offenbar in der Tat *dies.*, *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective – A Tale of Two Millennia* (2006); ähnlich *N. Dethloff*, *Europäische Vereinheitlichung des Familienrechts?*, *AcP* 204 (2004), 544, 545 f.; *dies.*, *Arguments for the*

chung stellen sich dagegen Fragen. Die erste ist diejenige, wie säkular dieses neue Familienrecht wirklich ist. Säkulares Familienrecht, so *Schwenzer*, beruht auf einem Prinzip der Nichteinmischung in private Lebensbereiche. Das bedeutet für sie insbesondere, dass der Staat die gleichgeschlechtliche Ehe nicht verbieten darf.¹⁶⁰ Es bedeutet auch, dass er der Scheidung jedenfalls dann nichts in den Weg legen darf, wenn beide Partner sich darüber einig sind und Interessen von Dritten, insbesondere Kindern, nicht betroffen sind.¹⁶¹ Allerdings gilt das Prinzip der Nichteinmischung für *Schwenzer* nicht grenzenlos. Sie will an gewissen „Ehehindernissen, die allen Rechtsordnungen des westlichen Kulturkreises gemeinsam sind“ festhalten, also insbesondere Kinderehe, Mehrfachehe und inzestuöse Verbindung. Begründet wird das Verbot der Mehrehe auf einmal mit „christlichen Werten“.¹⁶² Letzten Endes ist die Säkularisierung also nur partiell; der Ausgangspunkt ist hier die christliche Ordnung. Warum die Grenze gerade hier und nicht anderswo gesetzt wird, ist nicht klar.

Dass selbst das säkulare Familienrecht nicht vollständig säkular ist, ist nun kein Grund, es zu verwerfen. Im Gegenteil: die Erkenntnis bietet Anlass, das Familienrecht umfassender auf seine religiösen Elemente hin zu untersuchen. Auch unser heutiges Familienrecht verbindet säkulare und (christlich-)religiöse Elemente. Genauer: insoweit die Säkularisierung ihrerseits eine Fortsetzung des Christentums ist,¹⁶³ sollten wir auch erwarten, dass das säkulare Familienrecht seinerseits Spuren seiner christlichen Vergangenheit zeigt. Heutiges Familienrecht lässt sich wahrscheinlich nicht nur im Gegensatz zu seiner kanonischen Vergangenheit definieren, sondern notwendig auch als dessen Fortsetzung.

Darüber hinaus freilich muss die postsäkulare Rechtsvergleichung fordern, dass ein modernes Familienrecht den Dialog zwischen säkularem und religiösem Gedankengut nutzt. Das bedeutet erstens, dass postsäkulare Rechtsvergleichung sich nicht auf staatliches Familienrecht beschränken kann, sondern auch religiöse Rechtsordnungen miteinbeziehen muss. Wenn verlangt ist, dass der Blick der Rechtsvergleichung auf das *law in action*, das tatsächlich

Unification and Harmonisation of Family Law in Europe, in: Boele-Woelki (Fn. 156), 37, 59 f. Tatsächlich hatten verschiedene Religionen ihr jeweils eigenes Familienrecht.

¹⁶⁰ *Schwenzer*, *RabelsZ* 71 (2007), 705, 714.

¹⁶¹ *Ebenda* 714–715.

¹⁶² Vgl. Family Model Code Art. 1.7 Comment 1 (p. 10): „This Article is in accordance with all western legal systems that forbid bigamous marriages, e.g. in all parts of America, Europe, Australia and those parts of Asia and Africa, where neither a tribal law nor any religious laws allowing polygamy dominate. At this stage, although there is an ongoing process of assimilation of Islamic and Christian values in many parts of the world, the time does not seem to be ripe to abandon the principle of monogamy.“

¹⁶³ Oben IV.2.b).

gelebte Familienrecht gerichtet ist,¹⁶⁴ dann muss auch berücksichtigt werden, dass viele Menschen entsprechend religiösem Familienrecht leben. Wenn gefordert wird, dass „das Regelungsmodell einer europäischen Ehe, das Menschen unterschiedlichster religiöser und weltanschaulicher Grundüberzeugungen wie auch verschiedener kultureller Prägung zugänglich sein soll, von größtmöglicher Toleranz geprägt sein“ muss,¹⁶⁵ so kann religiöses Recht bei seiner Entstehung nicht fehlen. Wenn es heißt: „Finden sich in europäischen Rechtsordnungen verschiedene Regelungstypen, müssen diese – soweit in dem betreffenden Bereich Raum für privatautonome Entscheidungen ist – auch im Rahmen der europäischen Ehe offen stehen“, so muss zumindest begründet werden, warum das nicht auch für Regelungstypen religiöser Rechtsordnungen gelten soll.

Dieser letzte Gedanke lässt sich verallgemeinern. In einer postsäkularen Rechtsvergleichung kann man nicht von vornherein sagen, dass eine säkulare Position schon wegen ihres säkularen Charakters einer religiösen Position überlegen ist. Die gleichgeschlechtliche Ehe etwa ist also nicht schon deshalb zuzulassen, weil das Christentum traditionell die verschiedengeschlechtliche Ehe verlangt (was nicht heißt, dass es nicht andere Gründe für sie gäbe).

Schließlich – und das ist schwieriger – verlangt postsäkulare Rechtsvergleichung, dass auch gegenüber nichtchristlich-religiösem Recht kein automatischer Vorrang für säkulares oder auch für christliches Recht bestehen kann. Das heißt zunächst, dass die Mehrehe nicht schon mit dem Argument abgelehnt werden kann, dass sie nicht der christlichen Tradition entspricht.¹⁶⁶ Vielmehr müssen auch die religiös-rechtlichen Argumente für die Mehrehe ernstgenommen werden; man muss mehr als nur oberflächlich prüfen, ob sie nicht vielleicht mit Grundrechten und Gleichberechtigung vereinbar sein kann; man muss fragen, ob sie wichtige Funktionen erfüllt, und wenn ja, ob diese Funktionen auf andere Art und Weise erfüllt werden können.¹⁶⁷ Steht man der religiös begründeten Mehrehe auf diese Weise vorurteilsfrei gegenüber (was noch nicht heißt, dass man sie auch anerkennen muss), kann man sie auch mit westlichen Lebensmodellen vergleichen, etwa von polyamourö-

¹⁶⁴ *I. Schwenger*, Methodological Aspects of Harmonization of Family Law, in: Boele-Woelki (Fn. 156), 144–146.

¹⁶⁵ *N. Dethloff*, Europäische Vereinheitlichung des Familienrechts?, AcP 204 (2004), 544, 566.

¹⁶⁶ Auch *I. Schwenger*, die dieses wie gesehen noch in ihrem Family Model Code ablehnte, hält die Frage mittlerweile in einem Gutachten für den schweizerischen Nationalrat für offen, *I. Schwenger*, Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen – Gutachten zum Postulat 12.3607 Fehr „Zeitgemässes kohärentes Zivil- insbesondere Familienrecht“ (2013), <www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/veranstaltungen/familienrecht/gutachten-schwenger-d.pdf>, Rn. 46 (S. 17).

¹⁶⁷ Vgl. etwa *N. Dethloff*, Polygamie – Wer definiert Ehe und Familie in Europa?, in: Festschrift für Ingeborg Schwenger, Bd. 1 (2011), 409.

sen Verbindungen¹⁶⁸ oder der Wiederheirat nach Scheidung. Und wenn man sie als Status ablehnt, muss man sich weiterhin fragen, wie ein postsäkulares Familienrecht mit ihrem tatsächlichen Vorkommen umgehen kann.

c) *Postsäkulares Familienrecht: Modelle*

In welchem Rahmen können solche und andere Fragen beantwortet werden? Wie soll das staatliche Familienrecht auf religiöse Rechte reagieren?¹⁶⁹ Drei Modelle sind denkbar, die hier skizziert werden sollen: ein säkulares, ein pluralistisches und ein postsäkulares.

Das säkulare Modell des Familienrechts, so wie es in bestehenden Vorschlägen erkennbar ist, verbietet nicht grundsätzlich religiöses Familienrecht. Es akzeptiert dieses aber nur insoweit, als es sich in das Modell des säkularstaatlichen Familienrechts einfügen lässt. Das bedeutet etwa, dass formale Akte, wie zum Beispiel Heirat und Scheidung, nicht wirksam sind, wenn sie nicht vor staatlichen Stellen erfolgen. Es bedeutet für besondere Rechtsfiguren, wie die *Mahr* des islamischen Rechts, dass sie akzeptabel sind, soweit sie sich in Figuren des säkularen Rechts übersetzen lassen.¹⁷⁰ Gelingt eine solche Übersetzung nicht, so ist das Institut nicht anerkennungsfähig. Gleichzeitig bedeutet das, dass Familienrecht jedenfalls aus Sicht des Staates jeglichen religiösen Charakter ablegen muss. In den USA führt das teilweise so weit, dass Eheverträge dann nicht eingeklagt werden können, wenn sie religiöse Terminologie verwenden, weil es Richtern verboten sein soll, Stellung zu religiösen Fragen zu nehmen. Alles in allem ist also in einem solchen säkularen Familienrecht religiöses Familienrecht nur sehr unvollständig aufrecht zu erhalten.

In einem pluralistischen Modell dagegen wird dem religiösen Recht seine Autonomie belassen. In nichteuropäischen Ländern erfolgt das durch ein System der Personalrechte, wie sie im *Millet*-System des osmanischen Reichs, aber auch in britischen Kolonien und ihren Nachfolgestaaten üblich war und ist. Mitglieder einer religiösen Gruppe unterliegen danach dem Recht ihrer eigenen Religion; sie haben Zugang zu speziellen religiösen Gerichten. In Europa existiert ein solches System offiziell nur noch in Westthrakien in Griechenland für die muslimische Minderheit.¹⁷¹ Darüber hinaus ist aber auch

¹⁶⁸ E.S. Scott/R.E. Scott, From Contract to Status: Collaboration and the Evolution of Novel Family Relationships, Colum. L.Rev. 115 (2014), 293, 365–369 und *passim*.

¹⁶⁹ Kurze vergleichende Bestandsaufnahme bei P. Shah, Distorting Minority Laws?, Religious Diversity and European Legal Systems, in: ders./M.C. Foblets/M. Rohe (Hg.), Family, Religion and Law – Cultural Encounters in Europe (2014), 1.

¹⁷⁰ Dazu N. Yassari, Die Brautgabe im Familienrecht (2014), 333–402.

¹⁷¹ A. Ziaka, Greece – Debates and Challenges, in: M.S. Berger (Hg.), Applying Shari'a in the West – Facts, Fears and the Future of Islamic Rules on Family Relations in the West (2013), 125.

etwa für das Vereinigte Königreich ein pluralistisches System mit religiös-persönlichen Rechten vorgeschlagen worden.¹⁷² Begrenzt wird der Inhalt solcher Personalstatuten durch die Verfassung und die Grundrechte. Ein solches Modell kann also religiöse Rechte anerkennen und zur Wirksamkeit bringen. Sein Nachteil liegt darin, dass religiöses Recht gewissermaßen essentialisiert wird: in dem Moment, in dem der Inhalt etwa islamischen Rechts offiziell definiert wird, wird der vorher bestehende interne Pluralismus ausgeschaltet. Zudem werden Religionsangehörige religiösem Recht unterstellt, das sie vielleicht gar nicht wollen. So gibt es etwa in der muslimischen Gemeinschaft in England unterschiedliche Einstellungen gegenüber den *sharia councils*; viele Muslime bevorzugen staatliches Recht und staatliche Gerichte.¹⁷³ In Indien wird seit langem für die Abschaffung religiöser Rechte zugunsten eines säkularen einheitlichen Zivilgesetzbuchs gekämpft.¹⁷⁴

Ein postsäkulares Familienrecht schließlich kann sich beider Techniken bedienen, unterscheidet sich aber von beiden. Einerseits wird es versuchen, das religiöse Recht weder auszuschließen noch zu marginalisieren und als dem säkularen Familienrecht untergeordnet anzuerkennen, wie im säkularen Familienrechtsmodell. Andererseits wird es aber dem pluralistischen Modell nicht soweit folgen, als dieses getrennte Rechtsordnungen postuliert, die unter Umständen Mitglieder einer Religionsgemeinschaft zu sehr einschränken. Gesucht wird vielmehr ein Familienrecht, das staatliches und religiöses Familienrecht zusammenbringen kann und für verschiedene Familienformen und Institutionen offensteht. Teilweise wird ein solches Familienrecht auf staatlicher Ebene auch solche Institutionen regeln, die aus religiösen Rechten herkommen. Teilweise wird es solche Institute ermöglichen, indem es Parteien eine recht freie Institutionenwahl überlässt. Daneben wird es ihnen den Zugang zu nichtstaatlichen religiösen Institutionen ermöglichen und deren Entscheidungen unter gewissen Voraussetzungen anerkennen. Im Einzelnen lässt sich das hier nicht entwickeln. Freilich gibt es durchaus bereits vielversprechende Projekte, die unter diese Definition eines religionsoffenen postsäkularen Familienrechts fallen können.¹⁷⁵

¹⁷² I. Yilmaz, Law as Chameleon: The Question of Incorporation of Muslim Personal Law into the English Law, *Journal of Muslim Minority Affairs* 21 (2001), 297.

¹⁷³ Siehe etwa S. Bano, In Pursuit of Religious and Legal Diversity: A Response to the Archbishop of Canterbury and the 'Sharia Debate' in Britain, *Ecclesiastical L.J.* 10 (2008), 283.

¹⁷⁴ W. Menski, The Uniform Civil Code debate in Indian law: New developments and changing agenda, *German L.J.* 9 (2008), 211.

¹⁷⁵ Siehe insb. A. Büchler, Islamic Law in Europe?, *Legal Pluralism and its Limits in European Family Law* (2011); dies., Islamic family law in Europe?, From dichotomies to discourse – or: beyond cultural and religious identity in family law, *International Journal of Law in Context* 8 (2012), 196.

2. Islamic Finance

a) Islamic Finance als Phänomen

Familien- und Erbrecht sind klassische Gebiete für religiöse Rechte. Umso wichtiger ist es, in die postsäkulare Rechtsvergleichung auch andere Rechtsgebiete einzubeziehen, so insbesondere das Wirtschaftsrecht.¹⁷⁶ Das wichtigste Thema hier dürfte das Recht der Islamic Finance sein. Mit Islamic Finance bezeichnet man das Gebiet schariakonformer Finanzprodukte im Banken- und Versicherungswesen. Viele Transaktionen, die bei uns gang und gäbe sind, verstoßen gegen das islamische Recht. Insbesondere drei Prinzipien des islamischen Rechts sind hier relevant: das Zinsverbot, das Spekulationsverbot und das Glücksspielverbot. Vereinfacht gesagt, gilt folgendes: Das Zinsverbot wird weithin so ausgelegt, dass ein Darlehensgeber keine Zinsen nehmen darf.¹⁷⁷ Das Spekulationsverbot verbietet den Verkauf fremder Sachen, insbesondere also das *short selling*. Das Glücksspielverbot bedeutet, dass Verträge über Risiken, insbesondere also Versicherungsverträge, nicht erlaubt sind.

Im Rahmen der Islamic Finance werden nun Geschäftstypen entwickelt, die es Marktteilnehmern erlauben, gewinnbringend zu investieren bzw. Risiken zu versichern, ohne dabei gegen das islamische Recht zu verstoßen. Beispielsweise lässt sich das Zinsverbot durch die *murabaha* umgehen. Eine Bank darf etwa einem Hauskäufer kein verzinste Darlehen für den Kaufpreis gewähren. Stattdessen kann aber die Bank das Haus selbst vom Verkäufer gegen sofortige Kaufpreiszahlung erwerben, und es nach einer juristischen Sekunde an den Käufer weiterveräußern – zu einem erhöhten Kaufpreis, der in Raten zu bezahlen ist. Wirtschaftlich wird so das gleiche Ergebnis erreicht wie beim verzinste Darlehen, formal aber handelt es sich um zwei Kaufverträge.

Ein komplizierterer Typ der *murabaha* ist die *commodity murabaha*, oder *reverse tawarruq*: Hier kauft die Bank von einem Händler Rohstoffe zum Marktpreis, verkauft sie dann an ihren Kunden zu einem höheren Preis und verkauft sie dann sogleich, nunmehr im Namen des Kreditnehmers, an den Händler zurück, und zwar zum Marktpreis abzüglich einer Gebühr für den Händler. Der aus dem Verkauf erzielte Kaufpreis wird dabei sofort an den Kunden ausgekehrt, während die Bank dem Kunden den Kaufpreis (im Gegenzug für den Aufschlag) stundet. Der Kunde erwirbt so den Rückkaufpreis sofort, muss aber seinen eigenen Kaufpreis erst später an die Bank zahlen. Auch hier handelt es sich um ein Funktionsäquivalent zum Darlehen gegen

¹⁷⁶ Siehe auch H. Hirte, Zukunftsperspektiven der privatrechtlichen Forschung, ZGR 36 (2007), 511, 516 f.

¹⁷⁷ R. Lohlker, Das islamische Recht im Wandel: Riba, Zins und Wucher in Vergangenheit und Gegenwart (1999).

Zinsen; auch hier handelt es sich rechtstechnisch nur um eine Verbindung von Kaufverträgen.

Was der Scharia entspricht und was nicht, ist nun im Einzelnen umstritten. Unter den genannten Beispielen wird etwa die einfache *murabaha* ganz überwiegend für zulässig gehalten. Die Zulässigkeit des *tawarruq* ist dagegen sehr zweifelhaft und wird von vielen abgelehnt.¹⁷⁸ Solche Meinungsunterschiede gibt es zu einigen Instituten der Islamic Finance. Sie sind häufig deshalb nicht aufzulösen, weil es keine Letztinstanz zu solchen Fragen gibt. Ihre Zulässigkeit wird von Gerichten und Schiedsgerichten beurteilt, daneben aber auch durch Institute wie etwa das *Accounting and Auditing Organization for Islamic Finance Institutions* (AAOIFI) und das *Islamic Financial Services Board* (IFSB), einzelne Juristen (durch Gutachten, sogenannte *Fatwas*) und schließlich *sharia boards*, die einzelnen Banken oder Versicherungen wie Beiräte zugeordnet sind und ihre Produkte auf Schariakonformität hin überprüfen.

Islamic Finance ist praktisch relevant. Das Investitionsvolumen in Islamic Finance betrug 2014 etwa 2 Billionen US-Dollar, bis Ende 2018 werden 3 Billionen US-Dollar prognostiziert.¹⁷⁹ Ein nicht unbeträchtlicher Anteil dieser Investments erfolgt in westlichen Staaten. Dabei wird nicht nur das Recht in der islamischen Welt relevant. Da Banken in Europa und Nordamerika festgestellt haben, dass es sich um lukrative Geschäfte handeln kann, wird auch gefragt, wie Islamic Finance mit dem Recht europäischer und nordamerikanischer Staaten vereinbar sein kann.¹⁸⁰ Spätestens damit wird Islamic Finance auch zum relevanten Gebiet für die Wissenschaft, die Rechtswissenschaft eingeschlossen.¹⁸¹ Behandelt wird Islamic Finance hier allerdings meist nicht als Recht, sondern als ein Geschäftsbereich. Gefragt wird nicht nach dem Recht *der* Islamic Finance sondern nach dem Recht *für die* Islamic Finance.

¹⁷⁸ H. Ahmed/N. Mohammad Aleshaik, Debate on Tawarruq: Historical Discourse and Current Rulings, Arab Law Quarterly 28 (2014), 278.

¹⁷⁹ IMF Staff Discussion Note, Islamic Finance: Opportunities, Challenges, and Policy Options (April 2015), <www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2015/sdn1505.pdf>. TheCityUK, The UK: Leading Western Center for Islamic Finance (November 2015), 6, <www.thecityuk.com/research/our-work/reports-list/islamic-finance-2015>.

¹⁸⁰ Z.B. K. Bälz, Islamic Finance for European Muslims: The Diversity Management of Shari'ah-Compliant Transactions, Chi. J. Int'l L. 7 (2006), 551; F. Khan/M. Porzio (Hg.), Islamic Banking and Finance in the European Union: A Challenge (2010); V. Cattelan (Hg.), Islamic Finance in Europe: Towards a Plural Financial System (2013).

¹⁸¹ Aus der deutschsprachigen Literatur etwa M. Gaßner/P. Wackerbeck, Islamic Finance: Islam-gerechte Finanzanlagen und Finanzierungen (2. Aufl., 2009); M. Mahlknecht, Islamic Finance: Einführung in Theorie und Praxis (2008); D. Ernst/B. Akbiyik/A. Srour, Islamic Banking und Islamic Finance (2013).

Speziell in der rechtsvergleichenden Literatur ist die Rolle der Islamic Finance dagegen weitgehend marginal.¹⁸² Das gilt sowohl für allgemeine Bücher zur Rechtsvergleichung¹⁸³ als auch für Werke zum vergleichenden Vertragsrecht.¹⁸⁴ Wie sollte die Rechtsvergleichung hier reagieren?

b) Islamisches Vertragsrecht

Ein erster Schritt läge darin, das islamische Vertragsrecht in die Vertragsrechtsvergleichung einzufügen. Das scheitert bislang wohl hauptsächlich aus den oben genannten Gründen: unter islamischem Vertragsrecht versteht man oft nur das historische (und insofern nicht mehr geltende) mittelalterliche Recht, das als rückständig gilt; zudem erscheint es, als religiöses Recht, im Prinzip unvergleichbar. Diese zwei Begründungen führen dazu, dass selbst staatliches Vertragsrecht aus mehrheitlich islamischen Ländern für weltweite Vertragsrechtsvergleichung oft nicht hinreichend berücksichtigt wird. Bei den Beratungen für die UNIDROIT Principles etwa spielte islamisches Recht, soweit man sehen kann, nur eine marginale Rolle.¹⁸⁵ Allenfalls wird darauf hingewiesen, dass ähnliche Grundsätze wie die des islamischen Vertragsrechts einst auch in Europa galten, und zwar insbesondere im Christentum.¹⁸⁶ Aber religiöse Wertungen sollen ja gerade vom säkularen Recht überwunden (oder höchstens in die Ethik verwiesen) worden sein; die Abgrenzung des europäischen Rechts von der eigenen christlichen Geschichte führt hier also implizit zur Abgrenzung auch vom islamischen Recht.

Nun sind die Regeln des islamischen Vertragsrechts aus heutiger europäischer Sicht vielleicht ungewöhnlich; unvergleichbar ist ihr Inhalt nicht. Noch heute gibt es etwa im westlichen Recht nicht nur ein Verbot für übermäßige Zinsen, sondern auch ein Zinseszinsverbot.¹⁸⁷ Auch Verträge über Spiel und Wette sind im westlichen Recht regelmäßig unzulässig; das Verbot erstreckt

¹⁸² Ähnliches Verdikt bei *M. Heckel*, Islamische Finanzwirtschaft (Islamic Finance) – Eine Aufgabe für die Rechtsvergleichung, *ZVglRWiss* 111 (2012), 311–328.

¹⁸³ Kurz behandelt bei *Kischel* (Fn. 14), § 10 Rn. 113–118.

¹⁸⁴ (Sehr) kurz immerhin *J. Smits*, *Contract Law: A Comparative Introduction* (2014), 35. Siehe auch *P. Owsia*, *Formation of contract: a comparative study under English, French, Islamic, and Iranian law* (1994). Speziell im Rahmen der Islamic Finance etwa *B.H. Malkawi*, *Financial derivatives between Western legal tradition and Islamic Finance: A comparative approach*, *Journal of Banking Regulation* 15 (2014), 41, 49–51.

¹⁸⁵ *R. Michaels*, Preamble I, in: S. Vogenauer (Hg.), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts* (2. Aufl., 2015), Rn. 16.

¹⁸⁶ Siehe dazu etwa *H.-J. Becker*, *Das Zinsverbot im lateinischen Mittelalter*, in: M. Casper/N. Oberauer/F. Wittreck (Hg.), *Was vom Wucher übrigbleibt – Zinsverbote im historischen und interkulturellen Vergleich* (2014), 15.

¹⁸⁷ § 248 BGB (anders für Kaufleute § 355 HGB); zur Zulässigkeit in England *O. Brand*, *Das internationale Zinsrecht Englands* (2002), 45–46.

sich nur eben nicht, wie im islamischen Recht, auf Versicherungsverträge.¹⁸⁸ Islamisches Vertragsrecht ist also nicht gleich, wohl aber vergleichbar. Das gilt sicherlich für das heutige Vertragsrecht, aber es gilt auch für das historische.

Auch der religiöse Ursprung der islamischen Regeln sollte kein Hindernis für die Vergleichbarkeit der Regeln als Recht darstellen. Gewiss gibt es theologische Begründungen für diese Regeln, die keinen direkten Gegenpart im säkularen Recht haben (so wie etwa die Idee, Zinsen seien Gotteslästerung, weil nur Gott etwas aus nichts erschaffen könne). Diese brauchen uns aus Sicht der Rechtsvergleichung aber weitgehend, wie oben dargelegt, nicht zu interessieren. Relevant sind für uns die Funktionen der Regeln hinsichtlich der Marktordnung, und diese sind ohne Religion zu verstehen.¹⁸⁹ Insoweit Prinzipien der Islamic Finance als Prinzipien der Gerechtigkeit dargestellt werden,¹⁹⁰ mag man sie einem strikt liberalen Wirtschaftsrecht entgegensetzen. Aber Fragen der Gerechtigkeit werden auch im säkularen Recht diskutiert. Zudem unterliegen dem islamischen Vertragsrecht einschließlich der Islamic Finance auch solche Grundsätze, die ebenso westlichem Denken entsprechen, was die Vergleichbarkeit zusätzlich erleichtern sollte. Man kann insbesondere in vielen Regeln des islamischen Vertragsrechts das Prinzip sehen, dass Gewinne aus Risikogeschäften nur jemandem zustehen sollen, der auch das Risiko des Geschäfts trägt. Ein solcher Grundsatz ist auch säkularem Denken nicht fremd.

c) *Islamic Finance als Rechtsgebiet*

Islamic Finance muss allerdings vom islamischen Vertragsrecht unterschieden werden. Es entstand als Gebiet in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts, als Zusammenführung moderner kapitalistischer Finanzierungsmechanismen mit den Beschränkungen des Islam. Während islamisches Vertragsrecht unzweifelhaft Recht ist, ist es eine andere Frage, ob die Grundsätze der *Islamic Finance* ihrerseits als Rechtsgebiet angesehen werden können, und wenn ja, welcher Art dieses Rechtsgebiet ist.¹⁹¹

¹⁸⁸ Dazu *W. Ebel*, Glücksvertrag und Versicherung – Zur Geschichte der rechtstheoretischen Erfassung des Versicherungsverhältnisses, *ZVersWiss* 1962, 53.

¹⁸⁹ Ähnlich schon der Ansatz von *C. Chehata*, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit hanéfite* (1936, Nachdruck 2005).

¹⁹⁰ Nachweise etwa bei *H.A. Hamoudi*, *Muhammad's Social Justice or Muslim Cant: Langdellianism and the Failures of Islamic Finance*, *Cornell Int'l L.J.* 40 (2007), 89, 92–94.

¹⁹¹ Interessante Verbindung mit globalem Rechtspluralismus bei *J. Ercanbrack*, *The Transformation of Islamic Law in Global Financial Markets* (2015), 11–13 und *passim*.

aa) Schariakonformität als Frage der Ethik?

Insbesondere geht es hier darum, zu bewerten, ob die Voraussetzung der Schariakonformität rechtlicher Art ist. Vielfach wird das bezweifelt. Weit verbreitet ist etwa die Ansicht, Islamic Finance als einen Unterbereich der Ethik anzusehen. Schariakonforme Anlagen werden aus dieser Sicht ähnlich behandelt wie ethische Anlagemodelle, etwa grüne Anlagefonds. Das Argument, dass es sich um Ethik und nicht um Recht handle, wird dabei auch auf Grundlage des Vokabulars gemacht. Geprüft werde eine Finanztransaktion anhand der religiös-ethischen Kriterien von *halal* und *haram*, nicht den rechtlichen Kriterien von gültig/ungültig.¹⁹² Freilich ist die Terminologie nicht immer strikt getrennt.¹⁹³ Und streng betrachtet, weist die schariakonforme Anlagepraxis doch wesentliche Unterschiede zu ethischen Anlagen auf. Ethische Anlagen entspringen einer Präferenz von Anlegern, die sich letztlich aufgrund persönlicher Überzeugung für die eine oder andere Anlageform entscheiden. Die Schariakonformität ist dagegen für den gläubigen Anleger eine Frage nicht persönlicher Überzeugung sondern religiöser Notwendigkeit. Der Gläubige hat, anders als der ethische Anleger, keine Wahl. Das allein würde die Schariakonformität nur zur religiösen, nicht zur rechtlichen Voraussetzung machen. Aber die Erfordernisse der Religion sind eben nicht als ethische, sondern als rechtliche Normen formuliert. All das spricht gegen ihre bloße Natur als Ethik.

Tatsächlich spiegelt sich in der Einstufung der Islamic Finance als Frage der Ethik ein wenig die problematische Entgegensetzung zwischen rationaler säkularer Rationalität einerseits und irrationaler religiöser Rationalität andererseits. Implizit wird angenommen, der islamische Anleger verzichte auf maximalen wirtschaftlichen Erfolg, um stattdessen spirituell das Richtige zu tun. Studien zur Islamic Finance deuten dagegen an, dass schariakonforme Anlagen gar nicht notwendig schlechter am Markt abschneiden als säkulare Anlageprojekte.¹⁹⁴ Insofern ist Islamic Finance mit nutzenmaximierender wirtschaftlicher Rationalität nicht von vornherein unvereinbar.

¹⁹² Bälz (Fn. 86), 11–14.

¹⁹³ B. Johansen, Contingency in a Sacred Law – Legal and Ethical Norms in the Muslim Fiqh (1999), 79–80. Allgemeiner zum Verhältnis etwa A.K. Reinhart, Islamic Law as Islamic Ethics, *Journal of Religious Ethics* 11 (1983), 186.

¹⁹⁴ Die Literatur ist unübersichtlich. Siehe etwa M. Hasan/J. Dridi, The Effects of the Global Crisis on Islamic and Conventional Banks: A Comparative Study (2010), IMF Working Paper # WP/10/201; T. Beck/A. Demirgüç-Kunt/O. Merrouche, Islamic vs. conventional banking: Business model, efficiency and stability, *Journal of Banking & Finance* 37 (2013), 433; beide m.w.N.

bb) Schariakonformität als Vertragsrisiko?

Verbunden damit ist die Ansicht, Schariakonformität sei eine Frage nicht des Rechts sondern des Risikos. *Kilian Bälz* etwa argumentiert den Gegensatz folgendermaßen:

„In the world of finance, law (and lawyers) normally serve to make the transaction enforceable in court. Law provides transaction security. In Islamic Finance, in contrast, the role of the Sharia is reversed. Sharia is a risk, which allows the transaction to be attacked on the basis that it did not conform to Islamic legal principles.“¹⁹⁵

Aber auch dieses Argument scheint nicht zwingend. Dass das Recht nur die Funktion habe, „transaction security“ zu gewährleisten, ist nicht einmal vollständig zutreffend für das Vertragsrecht. Vertragsrecht dient auch dazu, Grenzen für Transaktionen zu formulieren. Finanzmarktrecht im weiteren Sinne dient dagegen maßgeblich auch dazu, ungewollte Finanzmarktprojekte auszuschließen. Das Recht der *Islamic Finance* ist vielleicht nicht ermöglichendes Vertragsrecht, aber es fungiert doch, faktisch, als eine Art Finanzmarktrecht im weiteren Sinne.

Zweitens ist der Unterschied zwischen Recht und Risiko ein Unterschied der Perspektive – je nachdem, ob man juristisch oder wirtschaftlich argumentiert. *Richard Fentiman* etwa definiert in seinem großen Handbuch zur *International Litigation* als „transaction risk“ das „risk that the parties’ expectations will be defeated by the application of a law which does not give effect to the object of the transaction“.¹⁹⁶ Das lässt sich zwanglos auf das Verhältnis zwischen Vertrag und Scharia anwenden, sofern man bereit ist, dieses als nichtstaatliches Recht anzusehen – was indes *Bälz* selbst in einer früheren Veröffentlichung getan hat.¹⁹⁷ Dass nun Parteien in Verträgen regelmäßig die sogenannte Scharia-Einrede auszuschließen versuchen,¹⁹⁸ ist daher auch nichts Besonderes. Parteien versuchen, wenn sie können, manchmal auch, die Berufung auf staatliches Recht auszuschließen. Die Frage ist in beiden Fällen lediglich, ob ein solcher Ausschluss wirksam ist. Das ist nun nach geltendem Recht hinsichtlich der Scharia weitgehend der Fall, hinsichtlich staatlichen Rechts dagegen nicht. Aber das ist nur eine Folge der kollisionsrechtlichen Entscheidung, religiöses Recht nicht als Recht anzuerkennen.

¹⁹⁵ *Bälz* (Fn. 86), 23. Siehe auch *M. Casper*, Islamisches und ethisches Wirtschaftsrecht – Risikoverteilung bei fehlender Vereinbarkeit mit den religiösen oder ethischen Vorgaben, RW 2011, 251, 267–273.

¹⁹⁶ *R. Fentiman*, *International Commercial Litigation* (2. Aufl., 2015), no. 1.02.

¹⁹⁷ *K. Bälz*, *Shari’a and Qanun in Egyptian Law: A Systems Theory Approach to Legal Pluralism*, Y.B. Islamic & Middle E. L. 2 (1995), 37.

¹⁹⁸ Dazu *K. Bälz*, *Islamisches Kreditwesen – Religion, Wirtschaft und Recht im Islam*, ZVglRWiss 109 (2010), 272, bei Fn. 48; *Casper*, RW 2011, 251, 271–273.

cc) Schariakonformität als Frage nichtstaatlichen Rechts

Man muss unterscheiden. Gewiss ist die Schariakonformität regelmäßig keine Frage des *staatlichen* Rechts. Staatliche Rechte, selbst in islamischen Staaten, verlangen typischerweise nicht, dass Finanzmarktprodukte mit der Scharia übereinstimmen. Die Staaten, die der Scharia ein größeres Gewicht geben, sind typischerweise nicht Hochburgen der Islamic Finance. Auch sind staatliche Gerichte ganz regelmäßig nicht mit der Überprüfung dieser Kriterien befasst. In England existieren mehrere Entscheidungen, in denen es englische Richter mit verschiedenen Begründungen abgelehnt haben, die Scharia anzuwenden.¹⁹⁹ In anderen Staaten wird die Frage der Schariakonformität an spezielle Institutionen abgegeben. In Malaysia etwa haben Zivilgerichte die Möglichkeit, Fragen zum islamischen Recht einer speziellen Institution vorzulegen.²⁰⁰

Wenn Islamic Finance nicht staatliches Recht ist, ist damit aber noch nicht gesagt, dass es überhaupt kein Recht ist. Meines Erachtens spricht vieles dafür, die Erfordernisse der Islamic Finance als Rechtsfragen anzusehen, weil sie ganz genauso funktionieren. *Nicholas Foster* hat dementsprechend zu Recht die Islamic Finance als „emergent legal system“ bezeichnet.²⁰¹ Dieses Rechtssystem beruht, wie er ausführt, nicht, wie staatliches Recht, auf Gesetzen und Rechtsprechung, sondern auf institutionellen Standards, *fatwas*, der Suche nach gemeinsamen Überzeugungen, usw. Vergleichbar ist es insofern, so Foster, eher der Selbstregulierung des Finanzwesens im Westen durch die Standards von ISDA und ICC, und ähnlichem,²⁰² also seinerseits einem nicht-staatlichen oder jedenfalls unvollständig staatlichem Recht.

Der Charakter der Islamic Finance als Recht wird dadurch häufig übersehen, dass man direkte Verbindungen zieht von historischen Quellen zum islamischen Recht zur Praxis der Islamic Finance, so wie ja auch sonst den historischen Textquellen zu viel, der heutigen Praxis zu wenig Aufmerksamkeit geschenkt wird. Damit wird aber mehreres vernachlässigt. Erstens bilden die historischen Quellen zwar durchaus den textlichen Ausgangspunkt; das bestehende islamische Vertragsrecht aber muss als moderne Ausarbeitung

¹⁹⁹ Speziell zur Islamic Finance siehe *The Islamic Investment Company of the Gulf (Bahamas) Ltd v Symphony Gems N.V.*, [2002] WL 346969 (QBD); *Shamil Bank of Bahrain E.C. v Beximco Pharmaceuticals Ltd*, [2004] 4 All ER 1072.

²⁰⁰ Siehe etwa *Z. Hasan/M. Atusay*, An Analysis of the Courts' Decisions on Islamic Financial Disputes, *ISRA International Journal of Islamic Finance* 3 (2011), 41, 43–49; *T. Arifin Bin Zakaria*, A Judicial Perspective on Islamic Finance Litigation in Malaysia, *IJUMIJ* 21 (2013), 143.

²⁰¹ *N.H.D. Foster*, Islamic Finance Law as an Emergent Legal System, *Arab Law Quarterly* 21 (2007), 170, 186.

²⁰² Dazu etwa *C. Brummer*, Soft Law and the Global Financial System: Rule Making in the 21st Century (2011).

von historischen Prinzipien verstanden werden.²⁰³ Zweitens ist Islamic Finance im wesentlichen Kautelarrecht, muss also weitgehend aus den tatsächlichen Verträgen und Vertragstypen verstanden werden. Drittens schließlich ist die Islamic Finance nicht bloß eine islaminterne Entwicklung von Rechtsgrundsätzen. Vielmehr entspringt sie in ihrer modernen Form einer Verbindung von westlichen Prinzipien der *Finance* mit islamisch-rechtlichen Regeln. Insofern müsste man sie eher als *mixed legal system* ansehen.

d) Umgehung?

Zwei Aspekte verdienen besondere Aufmerksamkeit. Der erste ist der Eindruck, den fast jeder westliche Beobachter hat, wenn er zum ersten Mal mit Islamic Finance konfrontiert wird: dass nämlich hier einfach Regeln umgangen werden. Der oben diskutierte *reverse tawarruq* etwa kommt einem normalen verzinnten Darlehen wirtschaftlich so nahe, dass der Unterschied fast nur formal besteht.²⁰⁴ Dass solche Geschäfte trotzdem wirksam sein sollen, wird dann erklärt mit einem übertriebenen Formalismus des heutigen islamischen Rechtsdenkens, das einerseits unangemessen strikte Regeln formuliert und andererseits Verstöße gegen den Geist der Regeln duldet, solange nur dem Text Genüge getan ist.²⁰⁵

Diese Analyse ist vielleicht nicht falsch. Insofern sie allerdings auf ein (häufiges) Klischee recurriert, nach dem islamisches Denken (im Recht und anderswo) insgesamt zu formalistisch und regelhörig wäre, ist sie in zweierlei Hinsicht problematisch. Erstens ist der Formalismus des islamischen Rechts ein Klischee (und zudem eines mit einer problematischen Ideengeschichte, in der semitische-jüdische und arabische Autoritätsgläubigkeit dem europäischen Freiheitsdenken gegenübergestellt wurde).²⁰⁶ Tatsächlich kann man durchaus davon ausgehen, dass auch islamische Juristen sich der Funktionen des Rechts bewusst sind und diese im Auge haben.²⁰⁷

Zweitens, und vor allem, ist aber ein solcher Regelformalismus jedenfalls im Bereich des Finanzmarkt- und Gesellschaftsrechts keine islamische Eigenheit. Dass Juristen versuchen, strikte Regeln durch komplizierte Konstruktionen zu umgehen, kennen wir im westlichen Recht auch. Die GmbH&Co KG

²⁰³ Dazu *N.H.D. Foster*, Islamic Commercial Law – An Overview, inDret 4/2006 No. 384, <www.indret.com/pdf/384_en.pdf> und inDret 1/2007 No. 405 <www.indret.com/pdf/405_en.pdf>; *Mallat* (Fn. 139), Kap. 9.

²⁰⁴ Allgemein *B. Soon Chong/M. Liu*, Islamic banking: Interest-free or interest-based?, Pacific-Basin Finance Journal 17 (2009), 125.

²⁰⁵ Siehe etwa sehr kritisch *Hamoudi* (Fn. 190); allgemeiner zum Formalismus im islamischen Rechtsdenken *S.A. Jackson*, Fiction and Formalism: Towards a Functional Analysis of Usul al-fiqh, in: B. Weiss (Hg.), *Studies in Islamic Legal Theory* (2002), 177.

²⁰⁶ Siehe schon oben bei Fn. 38.

²⁰⁷ Ähnlich auch *H.A. Hamoudi*, The Muezzin's Call and the Dow Jones Bell: On the Necessity of Realism in the Study of Islamic Law, *Am. J. Comp. L.* 56 (2008), 423.

etwa ist, streng betrachtet, eine Umgehung der Regeln zur unbeschränkten Haftung der KG. Die Vorratsgesellschaft dient der Umgehung der Probleme der Vorgesellschaft. Sogenannte „Special Purpose Vehicles“ dienen der Isolierung finanzieller Risiken. Transaktionen werden dadurch steueroptimiert, dass man sie bewusst als vom wirtschaftlichen Ziel abweichenden Vertragstyp formuliert, um bestimmte steuerliche Ergebnisse zu erreichen. Wir haben uns an all diese Instrumente gewohnt. Warum sollten wir formal ganz ähnliche Konstruktionen in der Islamic Finance ablehnen?

Ohnehin liegt die wichtigste Quelle der Islamic Finance weniger in den Vertragsrechtsregeln des klassischen islamischen Rechts und mehr in den Innovationen der modernen westlichen Finanzindustrie. Die Erfindung neuer Finanzprodukte, die den Rahmen bestehenden Rechts ausmessen, war die wichtigste Inspiration für den Gedanken, das gleiche auch für die islamische Welt zu testen. So gesehen ist die Islamic Finance geradezu ein *legal transplant* – eine Transposition von Figuren westlich-säkularen Rechts in das islamische Recht, die, wie auch sonst bei *legal transplants*, nicht ohne Veränderung vor sich ging. Für die Rechtsvergleichung besteht hier noch reiches Potential.

e) *Sharia Boards als privatisierte Finanzaufsicht?*

Auch ein weiterer Aspekt der Islamic Finance verspricht wertvolle Einsichten, sobald man Vergleichbarkeit erreicht hat. Gemeint sind die *sharia boards*, also die Institutionen, die die Schariakonformität von Finanzprodukten feststellen.²⁰⁸ In vielerlei Hinsicht sind *sharia boards* speziell ausgestaltete Beiräte und können auch als solche behandelt werden.²⁰⁹ Ihre spezielle Aufgabe, die Schariakonformität von Finanzprodukten festzustellen, ist aber damit nur sehr unzureichend erfasst.

In Bezug auf diese Aufgabe wird in der Wissenschaft ein solches Prädikat der Schariakonformität oft in Parallele zu anderen als privat qualifizierten Siegeln dar, so etwa das Siegel „umweltfreundlich“ oder „artgerecht“ oder ähnliches. Damit wird das religiöse Recht anderen nichtstaatlichen Selbstregulierungen gleichgestellt, freilich aber auch seines besonderen religiösen Charakters beraubt. Dass das einen Unterschied macht, sieht man an folgendem: während man bei anderen Gütesiegeln (umweltfreundlich etc.) sich gut vorstellen könnte, dass der Staat diese Siegel vergibt, ist das bei der Schariakonformität jedenfalls in nichtislamischen Staaten schlecht möglich. Nicht nur ist die Frage der Religionskompatibilität keine Aufgabe des Staates; es fehlt dem Staat im Zweifel auch die Kompetenz. Zudem ist, wie schon oben

²⁰⁸ M. Casper, *Sharia Boards und Corporate Governance*, in: Festschrift für Klaus J. Hopt (2010), 457.

²⁰⁹ Dazu etwa M. Casper (vorige Fn.), 457, 473 f.

gesagt, die Schariakonformität nicht bloß ein Reputationsmechanismus sondern ein echtes Erfordernis für den gläubigen Anleger.

Sieht man, wie oben argumentiert, die Schariakonformität als eine Rechtsfrage an, dann ist auch die Funktion des *sharia board* diejenige einer Rechtsaufsicht. Dafür spricht nicht zuletzt die Tatsache, dass in einigen islamische Staaten *sharia boards* sogar vorgeschrieben sind. Insofern könnte man eine Parallele zur Beleihung sehen, also der Übertragung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung auf private Akteure, etwa den TÜV. Dafür mag sprechen, dass in einigen Staaten eine Pflicht für islamische Bank besteht, ein *sharia board* zu haben,²¹⁰ ähnlich etwa einem Wirtschaftsprüfer. Aber das wird der Sache nicht gerecht: selbst wenn der Staat ein *sharia board* verlangt, so ist doch das vom *sharia board* selbst angewandte Recht letzten Endes gerade nicht staatliches, sondern nichtstaatliches islamisches Recht.

Das spricht vielleicht für die Idee, im *sharia board* eine Art privatisierte Rechtsaufsichtsbehörde zu sehen. Das Argument ginge etwa so: Islamische Banken sind verpflichtet, im Rahmen des islamischen Rechts zu bleiben, haben aber selbst weder die Kompetenz,²¹¹ noch den Anreiz, das richtig zu tun. Auch fehlt für das religiöse Recht eine andere zentrale Instanz, die die Aufsicht übernehmen könnte: der Staat kann es nicht, weil sein Recht ein anderes ist,²¹² und eine oberste kirchliche Behörde, die es könnte, existiert nicht (anders als etwa in der katholischen Kirche). Versuche, die Standards der Islamic Finance zu kodifizieren und damit zu vereinheitlichen, sind bislang gescheitert. Dass das Recht somit dezentral ausgelegt wird und uneinheitlich bleibt, stimmt dann mit allgemeinem Verständnis des islamischen Rechts überein.

3. Kollisionsrecht der religiösen Rechte

a) Das Verhältnis zwischen Staat und Religion als Rechtskollision

Ein drittes Anwendungsbeispiel für die postsäkulare Rechtsvergleichung betrifft schließlich das Verhältnis zwischen Staat und Religion. Dieses Verhältnis wird traditionell in der Rechtsvergleichung als verfassungsrechtliches Problem behandelt, betreffend die Religionsfreiheit einerseits, die religiöse Neutralität des Staates andererseits.²¹³ So verstanden, handelt es sich also um

²¹⁰ Zu Bahrain und Jordanien Casper (Fn. 208), 457, 461–464.

²¹¹ Allerdings gibt es oft zusätzlich zum *sharia board* noch eine interne Scharia-Kontrolle.

²¹² Allerdings existiert in Malaysia bei der staatlichen Zentralbank ein „Shariah Advisory Council on Islamic Finance“, der bindende Richtlinien erlassen kann; siehe Art. 51(1) Central Bank of Malaysia Act (2009).

²¹³ Etwa A. Sajó/R. Uitz, Freedom of Religion, in: M. Rosenfeld/A. Sajó (Hg.), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law (2012), 909–928.

ein Problem, das von der Perspektive des Staates und seines Rechts aus behandelt wird, dem die Religion als nichtrechtliches Phänomen gegenübersteht. Die Perspektive der Religion ihrerseits ist nicht relevant.

Aus dieser Sicht müssen alle Religionen im Prinzip gleichbehandelt werden: was dem Christentum erlaubt ist, muss auch dem Islam verboten werden; was der Jude nicht darf, darf auch der Hindu nicht. Unbeachtet bleibt dabei, dass die Erfordernisse der verschiedenen Religionen ganz unterschiedlich sind. Wenn man etwa, wie es das Landgericht Köln in einer viel beachteten Entscheidung getan hat, die Knabenbeschneidung als Körperverletzung einstuft,²¹⁴ behandelt man nur scheinbar alle Religionen gleich – in Wirklichkeit werden Judentum und Islam eingeschränkt, die christliche Religion dagegen überhaupt nicht, da für sie Beschneidung keine Rolle spielt.

Dass Religionen formal gleichbehandelt werden, substantiell dagegen dem Christentum weniger Einschränkungen abverlangt werden als anderen Religionen, ist nun kein Zufall. Denn die Religionsfreiheit hat sich im Westen entlang der historischen Trennung von Staat und christlicher Kirche entwickelt und ist daher auf dieses Verhältnis besonders eingerichtet. Religionsfreiheit hat dadurch oft eine spezifisch christliche Ausrichtung, die freilich nicht sofort sichtbar ist.²¹⁵ Wenn man etwa meint, dem Juden sei sein Glauben als innere Überzeugung unbenommen, die Beschneidung seines neugeborenen Sohns dagegen als nicht zum Kernbereich der Religion gehörend verboten, so erscheint das auf den ersten Blick wie eine einfache liberale Abgrenzung von religiösen und weltlichen Fragen. Tatsächlich aber wird damit für die Definition der Religion ein Charakteristikum des Christentums, speziell des Protestantismus, verallgemeinert: die Idee nämlich, dass Religion primär eine innere Angelegenheit sei.²¹⁶

Demgegenüber kann es nun helfen, religiöse Rechte als Rechte einzuordnen. Das hat als erste Folge, dass der Konflikt zwischen Staat und Religion zur Rechtskollision wird. Gegenüber stehen sich nicht mehr Recht und Religion, sondern vielmehr verschiedene Rechte. Die Frage der Religionsfreiheit wird damit zur kollisionsrechtlichen Frage. Das Verhältnis zwischen weltlicher und geistlicher Macht in Europa war über Jahrhunderte ein kollisionsrechtliches Verhältnis. Ebenso wie in der Rechtsvergleichung ist auch im internationalen Privatrecht die Beschränkung auf staatliche Rechte eine rela-

²¹⁴ LG Köln, NJW 2012, 2128.

²¹⁵ R. Bhargava, 'Rehabilitating secularism', in: C. Calhoun/M. Jurgensmayer/J. v. Antwerpen (Hg.), *Rethinking Secularism* (Oxford, 2011), 101; M. Tushnet, *Religion and the Roberts Court: The Limits of Religious Pluralism in Constitutional Law*, in: M. Schwartzman/C. Flanders/Z. Robinson (Hg.), *The Rise of Corporate Religious Liberty* (2016), 465–477.

²¹⁶ T. Asad, *Formations of the Secular: Christianity, Islam, Modernity* (2003), 209.

tiv junge Entwicklung.²¹⁷ Eine solche Einordnung des Konflikts als Rechtskollision ist insofern nicht ausgeschlossen.

Damit verbunden ist zweitens, dass das Verhältnis zwischen Staat und Religion nicht mehr hierarchisch konzipiert werden muss. Es ist nicht mehr von vornherein gesagt, dass der Staat das letzte Wort zur Grenzziehung zwischen Staat und Religion behält. Prinzipiell können staatliches und religiöses Recht auf gleicher Ebene behandelt werden.

Drittens lässt sich dieser Konflikt nun besser aus zwei Richtungen betrachten. Gefragt ist nicht mehr nur, wie sich der Staat zur Religion verhält, sondern auch umgekehrt, wie sich die Religion zum Staat verhält. Tatsächlich sind nämlich zwei Kollisionsrechte gefragt. Das eine ist das Kollisionsrecht des Staates – die Frage, wieweit er bereit ist, auf religiöses Recht zu verweisen. Das andere relevante Kollisionsrecht ist dasjenige des religiösen Rechts, das zu bestimmen hat, wieweit es auf staatliches Recht zu verweisen bereit ist. Dabei handelt es sich streng genommen nicht um interreligiöses Kollisionsrecht (weil dieses jedenfalls dem Begriff nach, den Konflikt zwischen unterschiedlichen religiösen Rechten bezeichnet). Will man dieses Kollisionsrecht benennen, so kann man, analog der postsäkularen Rechtsvergleichung, vielleicht von postsäkularem Kollisionsrecht sprechen.

b) Staatliches Recht aus Sicht des religiösen Rechts

In einem solchen Verständnis muss die Grenzziehung zwischen Staat und Religion für jede Religion gesondert untersucht werden. Von Seiten des staatlichen säkularen Rechts ergeben sich zunächst nur wenige neue Herausforderungen. Denn das staatliche Recht, jedenfalls in westlichen Staaten, behandelt jedenfalls formell alle Religionen gleich. Anders sieht es von Seiten der Religion aus. Hier muss für jede Religion gesondert untersucht werden, wie es sich zu staatlichem Recht verhält. Dazu existieren, soweit ich sehen kann, keine umfassenden vergleichenden Untersuchungen. Auch sind die relevanten Regeln typischerweise nicht in der Form des modernen Kollisionsrechts formuliert. Vielmehr muss das Kollisionsrecht aus zwei Typen von Normen hergeleitet werden: Anweisungen an den Einzelnen, wie er sich im Fall eines Normenkonflikts zu verhalten hat, und Grundsätze der religiösen Gerichtsbarkeit zur Zuständigkeit und zur Anerkennung staatlicher Entscheidungen. Insofern können hier im Folgenden nur Andeutungen gemacht werden.

Um mit dem christlichen Recht zu beginnen: hier besteht mittlerweile ein relativ umfassendes Kollisionsrecht. Zurückführen lässt es sich auf den Ausspruch Jesu im Neuen Testament: „So gebt dem Kaiser, was des Kaisers ist, und Gott, was Gottes ist.“²¹⁸ Es handelt sich formal um eine allseitige Kollisions-

²¹⁷ Vgl. E. Ehrlich, Internationales Privatrecht, Deutsche Rundschau 126 (1906), 419, 425.

²¹⁸ Lukas 20, 25; ähnlich Matthäus 22, 21–22.

sionsnorm (auch wenn sie inhaltlich leer bleibt). Ansonsten ist die Bibel nicht einheitlich: einerseits heißt es, dass Christen um des Herrn Willen aller menschlichen Ordnung untertan sein sollen,²¹⁹ andererseits aber, dass man Gott mehr gehorchen soll als den Menschen.²²⁰ Faktisch hat das kanonische Recht im Mittelalter wichtige Grundsätze zum Kollisionsrecht entwickelt und insbesondere seinen eigenen Bereich gegenüber demjenigen des weltlichen Rechts abgesteckt.²²¹ Eine Zeit lang war dieser Bereich sehr weit und ging bis ins Vertragsrecht; lange Zeit beanspruchte die christliche Kirche die Vorherrschaft über das Eherecht. Heute ist das kanonische Recht in seinem Regelungsanspruch weitgehend beschränkt. Der *Codex Iuris Canonici* enthält ein unvollständiges System einseitiger Kollisionsnormen, die freilich sehr allgemein bleiben.²²²

Im Judentum mit seiner Erfahrung aus der Diaspora geht die Unterordnung unter staatliches Recht relativ weit.²²³ Unter dem Prinzip *dina d'malkuta dina* (das Recht des Staates ist das Recht)²²⁴ erlangt staatliches Recht im Ausgangspunkt vollständige Priorität. Allerdings beschränkt man typischerweise den Vorrang auf zivile Angelegenheiten und beansprucht Vorrang jüdischen Rechts für religiöse Angelegenheiten. Früher fasste man darunter auch Fragen des Familien- und Erbrechts; noch heute versuchen viele Juden, jedenfalls zusätzlich zum staatlichen, dem jüdischen Recht in diesen Bereichen zu entsprechen. Zudem besteht eine Art *ordre public*-Vorbehalt gegenüber diskriminierenden Gesetzen und gegenüber Vorschriften der Torah.

Komplexer ist das Kollisionsrecht des islamischen Rechts, weil dieses grundsätzlich Vorrang über alle anderen Rechte beansprucht. Hier wird getrennt danach, ob der Staat islamisch ist oder nicht. Gegenüber dem Recht islamischer Staaten steht nichtstaatliches islamisches Recht zurück. Es steht dem Gläubigen in diesem Verhältnis also nicht frei, seine eigene Interpretation über diejenige des Staates zu stellen. Vielmehr erkennt das islamische Recht die Notwendigkeit für den Herrscher an, islamisches Recht mit Allgemeinwirkung bindend zu konkretisieren.²²⁵ Anders sieht es aus für den Gläubigen, der in einem nichtmuslimischen Staat lebt. Zwar gilt auch hier grund-

²¹⁹ 1. Petrus 2, 13–14.

²²⁰ Apostelgeschichte 5, 29.

²²¹ K. Neumeyer, Das kanonische Recht und die Lehren der Kanonisten in ihrem Einfluss auf die Entwicklung des Internationalen Privatrechts, TRG 33 (1965), 177.

²²² P. Neuhaus, Zum Kollisionsrecht des Codex Iuris Canonici, RabelsZ 30 (1966), 40; ders. (Fn. 65), 510–511.

²²³ Siehe etwa J.D.M. Lew, Jewish Law – Its Development and Co-Existence in the Non-Jewish World, RabelsZ 40 (1976), 101–122.

²²⁴ S. Shilo, Dina de-Malkhuta Dina (1974) (hebr.); G. Graff, Separation of Church and State: Dina de-Malkhuta Dina in Jewish Law, 1750–1848 (2003).

²²⁵ Siehe K. Wähler, Interreligiöses Kollisionsrecht im Bereich privatrechtlicher Rechtsbeziehungen (1978), 282.

sätzlich der Vorrang des islamischen Rechts. Dass der Gläubige sich trotzdem an das staatliche Recht zu halten hat, begründet sich aus einem (tatsächlichen oder fiktiven) Unterwerfungsvertrag mit dem Staat.²²⁶ Im Einzelnen ist allerdings vieles umstritten.²²⁷

c) Die Lösung von Rechtskollisionen

In einer solchen Neuformulierung des Verhältnisses zwischen Staat und Religion als Kollisionsrecht lassen sich die Kollisionen zwischen staatlichem und religiösem Recht genauer beschreiben als in der herkömmlichen Sprache des Verfassungsrechts. Wie sollen solche Kollisionen nun aufgelöst werden? Eine Möglichkeit wäre es, in der Tradition des europäischen Kollisionsrechts nach dem Sitz eines Rechtsverhältnisses zu suchen und danach zu bestimmen, ob es vom staatlichen oder vom religiösen Recht beantwortet werden sollte. Insoweit das primär berufene Recht auf das andere Recht verweist – religiöses Recht etwa auf staatliches – lässt sich eine Rückverweisung annehmen.

Da allerdings die relevanten Kollisionsnormen weder im staatlichen noch im religiösen Recht als echte Verweisungsnormen formuliert sind, hat man vorgeschlagen, sich der *interest analysis* zu bedienen.²²⁸ Bei dieser Methode wird zunächst untersucht, ob die beteiligten Rechtsordnungen jeweils für sich Anwendung beanspruchen. Ist das nur für eine der Rechtsordnungen der Fall, so ist diese ohne weiteres anzuwenden. Man spricht von einem *false conflict*. Nur wenn beide Rechtsordnungen Anwendung beanspruchen – im Falle eines sogenannten *true conflict* – muss dieser Konflikt aufgelöst werden. Wie das im Einzelfall zu geschehen hat, ist im Kollisionsrecht sehr umstritten. Für die Kollision zwischen staatlichem und religiösem Recht bedürfte es genauerer Analyse.

²²⁶ Das Bild des Vertrages findet sich umgesetzt in der Erklärung des Zentralrats der Muslime aus dem Jahr 2001, <www.zentralrat.de/3035.php>: Das islamische Recht verpflichtet Muslime in der Diaspora, sich grundsätzlich an die lokale Rechtsordnung zu halten. In diesem Sinn gelten Visumserteilung, Aufenthaltsgenehmigung und Einbürgerung als Verträge, die von der muslimischen Minderheit einzuhalten sind.

²²⁷ Vgl. M. Rohe, Sharia and the Muslim Diaspora, in: Bearman/Peters (Fn. 4), 261. Zur Geschichte K. Abou El Fadl, Islamic Law and Muslim Minorities: The Juristic Discourse on Muslim Minorities From the 2nd/8th to the 11th/17th Centuries, *Journal of Islamic Law & Society* 1 (1994), 141.

²²⁸ A. Kirschenbaum/J. Trafimow, The Sovereign Power of the State: A Proposed Theory of Accommodation in Jewish Law, *Cardozo L.Rev.* 12 (1990–91), 925, 932 ff.

VI. Zusammenfassung in Thesen

1. Die größte Herausforderung für die heutige Rechtsvergleichung liegt im Umgang mit sogenannten religiösen Rechten. Die Rechtsvergleichung ist auf solche Rechte schlecht vorbereitet (II.1.).
2. Die heutige Rechtsvergleichung ist auf staatliches Recht ausgerichtet (II.2.).
 - a) Nichtstaatliches religiöses Recht wird in der Rechtsvergleichung marginalisiert.
 - b) Bei staatlichem religiöses Recht wird übersehen, dass es nicht das gleiche ist wie nichtstaatliches religiöses Recht.
 - c) Religiöses Recht wird oft als positivistisches Recht verstanden, dessen Inhalt sich aus geschriebenen Quellen herleiten lasse. Dem gelebten religiösen Recht wird zu wenig Aufmerksamkeit geschenkt.
 - d) Als transnationales nichtstaatliches Recht verstanden, sind religiöse Rechte für Rechtsvergleichung in der Globalisierung besonders lohnend (III.1.a)).
3. Religiöses Recht wird oft als ein Recht niedriger Entwicklungsstufe angesehen (II.3.).
 - a) Dabei wird übersehen, wie sehr religiöse Rechte auch das westliche Recht beeinflusst haben.
 - b) Es wird übersehen, dass auch religiöse Rechte einer Modernisierung unterlagen, bevor sie durch westliche Rechte verdrängt wurden.
 - c) Zudem ist die Entwicklungsstufe für die Rechtsvergleichung irrelevant (III.1.b)).
4. Religiöses Recht wird wegen seines religiösen Charakters als fundamental anders verstanden (II.4.).
 - a) Religiöse Rechte lassen sich aber nicht auf ihren religiösen Charakter beschränken.
 - b) Andererseits wird es religiösen Rechten auch nicht gerecht, wenn man für Zwecke der Rechtsvergleichung ihren religiösen Charakter leugnet.
5. Postsäkulare Rechtsvergleichung muss religiöse Rechte als Rechte anerkennen und behandeln, weil sie als Rechte fungieren und als solche wesentlich an der globalen Normativität teilnehmen. Die traditionelle Beschränkung des Rechts auf staatliches und säkulares Recht ist kulturell gefärbt durch die europäische Erfahrung der Säkularisierung und Staatenbildung; sie ist nicht neutral und damit für die Rechtsvergleichung nicht adäquat (III.3.a)).

6. Die Aufgabe für die postsäkulare Rechtsvergleichung ist zunächst, diejenigen Regeln und Gebräuche religiöser Normensysteme in den Blick zu fassen, die den rechtlichen im westlichen Recht funktional entsprechen. Ob ein wahrhaft postsäkularer neutraler Rechtsbegriff gefunden werden kann, bleibt offen (III.3.b)).
7. Der Inhalt religiöser Rechte kann nicht auf den Inhalt heiliger Bücher reduziert werden. Hinzu kommen moderne Kodifikationen und Rechtsprechung. Besonders wichtig ist bei religiösen Rechten das außerhalb der Institutionen existierende gelebte Recht (III.3.c)).
8. Weil für religiöse Rechte oft keine Letztentscheidungsinstanz besteht (wie ein Gesetzgeber oder ein höchstes Gericht), bleibt die Antwort auf viele Fragen in ihnen umstritten. Die Rechtsvergleichung muss daher den religiösen Rechten Ambiguitätstoleranz entgegenbringen. Anstatt vergeblich eine einheitliche Entscheidung des religiösen Rechts zu einer Frage zu suchen, muss sie sich häufig auf den Modus der Entscheidung beschränken (III.3.d)).
9. Die Vergleichbarkeit religiöser und säkularer Rechte setzt einen Übersetzungsprozess in beide Richtungen voraus. Für diesen Prozess bietet sich die funktionale Methode der Rechtsvergleichung an (III.4.).
10. Formal setzt die Vergleichbarkeit zwischen religiösem und staatlichem Recht Differenzierung von Ebenen voraus (IV.1.).
 - a) Juristisches religiöses Recht lässt sich weitgehend ohne Rückgriff auf offenbartes Recht verstehen und insofern mit säkularem Recht oder auch dem Recht anderer Religionsgemeinschaften relativ unbefangen vergleichen.
 - b) Die Idee offenbarten Rechts findet im staatlichen Recht eine Äquivalenz im Verfassungsrecht.
 - c) Das Moment der Offenbarung lässt sich für die Rechtsvergleichung vergleichen mit der Grundnorm.
 - d) Die oft behauptete Unvergleichbarkeit zwischen staatlichem und religiösem Recht beruht auf einer Ebenenverwechslung. Verglichen werden westliches Juristenrecht einerseits und religiöses Quasi-Verfassungsrecht andererseits. Hält man dagegen die verschiedenen Ebenen auseinander, so ergibt sich Vergleichbarkeit auf mehreren Ebenen.
11. Materiell steht ein ideologischer Unterschied der Vergleichung von staatlichem mit religiösem Recht nicht entgegen (IV.2.).
 - a) Auch Rechtssysteme mit unterschiedlichen Ideologien können verglichen werden, wie wir aus der Rechtsvergleichung mit sozialistischem Recht wissen.

- b) Das westliche Recht ist voll von Werten, die aus der christlichen Religion stammen. Selbst sein säkularer Charakter ist vor dem Hintergrund der Religion zu verstehen. Ideologische Unvereinbarkeit besteht daher nicht.
12. Es ergeben sich drei Vergleichskonstellationen: interreligiöse, intrareligiöse, und Vergleichung zwischen religiösem und staatlichem Recht
- a) Die interreligiöse Vergleichung vergleicht verschiedene religiöse Rechte. Die Gefahr besteht, dass hierbei zu viele Gemeinsamkeiten zwischen religiösen Rechten und zu große Unterschiede gegenüber staatlichem Recht angenommen werden.
 - b) Die intrareligiöse Vergleichung vergleicht Rechte innerhalb einer Religion und kann dadurch den internen Pluralismus aufzeigen.
 - c) Am wichtigsten ist die Vergleichung zwischen religiösem und staatlichem Recht.
13. Die moderne Familienrechtsvergleichung ist weitgehend säkular. Religiöse Rechte tauchen hier nur als Probleme für das Recht auf, nicht selbst als Rechte (V.1.a)).
14. Postsäkulare Rechtsvergleichung ermöglicht es, weiterbestehende religiöse Elemente im modernen Familienrecht zu finden und zudem religiöse Rechte in die Rechtsvergleichung miteinzubeziehen (V.1.b)).
15. Für das Verhältnis zwischen staatlichem und religiösem Familienrecht bieten sich drei Modelle an: ein säkulares, ein pluralistisches, und ein postsäkulares (V.1.c)).
- a) Das säkulare Modell des Familienrechts, so wie es in bestehenden Vorschlägen erkennbar ist, verbietet nicht grundsätzlich religiöses Familienrecht. Es akzeptiert dieses aber nur insoweit, als es sich in das Modell des säkular-staatlichen Familienrechts einfügen lässt.
 - b) In einem pluralistischen Modell wird dem religiösen Recht seine Autonomie belassen. Sein Nachteil liegt darin, dass religiöses Recht gewissermaßen essentialisiert wird. Zudem werden Religionsangehörige religiösem Recht unterstellt, das sie vielleicht gar nicht wollen.
 - c) Ein postsäkulares Familienrecht bringt westlich-säkulares und religiöses Familienrecht zusammen und steht für verschiedene Familienformen und Institutionen offen.
16. Obwohl Islamic Finance ein wichtiges Phänomen ist, ist seine Rolle in der Rechtsvergleichung weitgehend marginal (V.2.a)).
17. Islamisches Vertragsrecht kann in die Vertragsrechtsvergleichung einbezogen werden; weder sein Inhalt noch seine religiöse Grundlage stehen dem entgegen (V.2.b)).

18. Islamic Finance sollte als eigenes Rechtsgebiet verstanden werden. Schariakonformität ist eine Rechtsfrage (V.2.c)).
19. Das Verhältnis zwischen Staat und Religion kann für die postsäkulare Rechtsvergleichung als Rechtskollision beschrieben werden. Die so verstandene Rechtskollision kann sowohl aus der Sicht des Staates als auch aus der der Religion betrachtet werden (V.3.a)).
20. Christliches, jüdisches und islamisches Recht haben jeweils Regeln zum Verhältnis zum staatlichen Recht, die sich als Kollisionsregeln verstehen lassen (V.3.b)).
21. Kollisionen zwischen staatlichem und religiösem Recht lassen sich unter Umständen am besten durch eine *interest analysis* lösen.

Rechtsvergleichung und europäisches Kollisionsrecht: Die vergessene Dimension

Giesela Rühl

I.	Einleitung	103
II.	Grundlagen	107
	1. Kollisionsrechtsvergleichung	108
	a) Wissenschaftliche Kollisionsrechtsvergleichung	108
	b) Legislative Kollisionsrechtsvergleichung	110
	c) Judikative Kollisionsrechtsvergleichung	112
	aa) Judikative Kollisionsrechtsvergleichung i.e.S.	113
	bb) Judikative Kollisionsrechtsvergleichung i.w.S.	115
	2. Sachrechtsvergleichung	116
	a) Judikative Sachrechtsvergleichung	117
	b) Anwaltliche Sachrechtsververgleichung	121
III.	Desiderata	122
	1. Wissenschaftliche Kollisionsrechtsvergleichung	123
	2. Judikative Kollisions- und Sachrechtsvergleichung	126
	3. Judikative Kollisionsrechtsvergleichung i.w.S.	131
	4. Anwaltliche Sachrechtsvergleichung	132
IV.	Perspektiven	133
	1. Ausbildung	133
	2. Praxis	134
	3. Wissenschaft	137
V.	Fazit	138

I. Einleitung

Der folgende Beitrag zu Ehren von *Hein Kötz* beschäftigt sich mit der Bedeutung der Rechtsvergleichung im europäischen Kollisionsrecht. Dies wird den einen oder anderen Leser vielleicht wundern: Gibt es wirklich einen Grund, sich mit dem Verhältnis von Rechtsvergleichung und Kollisionsrecht zu beschäftigen? Hat nicht bereits *Franz Kahn* im Jahr 1900 in seiner Abhandlung über „Die Bedeutung der Rechtsvergleichung mit Bezug auf das internationale Privatrecht“ festgestellt, dass „für Schöpfung, Entwicklung und Auslegung alles Internationalen Privatrechts die Rechtsvergleichung eine völlig unent-

behrliche Vorarbeit ist und sein muss“¹ Hat nicht schon *Alexander Makarov* im Jahr 1949 mit aller Deutlichkeit darauf hingewiesen, dass zwischen internationalem Privatrecht und Rechtsvergleichung eine „besonders feste Verbindung“ besteht?² Und schreibt nicht der Jubilar selbst in seiner zusammen mit *Konrad Zweigert* verfassten „Einführung in die Rechtsvergleichung“ unter der Überschrift „Rechtsvergleichung und Internationales Privatrecht“: „[D]ie Rechtsvergleichung [ist] für das Internationale Privatrecht [...] so unentbehrlich, daß die Methode des Internationalen Privatrechts heute nur noch als eine rechtsvergleichende denkbar ist“³ Auch in jüngster Zeit wird die enge Verbindung von Rechtsvergleichung und Kollisionsrecht immer wieder betont. So schreibt *Axel Flessner* in der Festschrift für Ulrich Magnus: „Rechtsvergleichung und Kollisionsrecht [...] stehen in einer alten und innigen Beziehung. Sie sind Geschwister, erzeugt und genährt von der Tatsache, dass es kein einheitliches Weltprivatrecht, sondern viele Privatrechtsordnungen nebeneinander gibt.“⁴ Und in der neuesten Auflage des Münchener Kommentars zum Bürgerlichen Recht stellt *Jan von Hein* in der Einleitung zum Internationalen Privatrecht fest: „Die Rechtsvergleichung ist für das IPR nicht nur ein Nebengebiet, sondern hat für die Ausgestaltung und Handhabung des Kollisionsrechts eine zentrale Bedeutung.“⁵

Warum also ein Beitrag zur Bedeutung der Rechtsvergleichung im europäischen Kollisionsrecht? Genauer: Warum ein Beitrag zur Rechtsvergleichung als angeblich vergessener Dimension des europäischen Kollisionsrechts? Nun, bezogen auf die Bedeutung der Rechtsvergleichung in Deutschland hat *Hein Kötz* in einem vielbeachteten Beitrag darauf hingewiesen, dass es die „Rechtsvergleichung herrlich weit gebracht“ habe,⁶ dass ihr aber nicht überall die Bedeutung zukomme, die ihr zukommen sollte: „Wo Licht ist, ist [...] immer auch Schatten“,⁷ so die anschauliche Feststellung des Jubilars. Und diese lässt sich vortrefflich auf das Verhältnis von Rechtsvergleichung und europäischem Kollisionsrecht übertragen. Denn obwohl die Bedeutung der

¹ *F. Kahn*, Bedeutung der Rechtsvergleichung mit Bezug auf das internationale Privatrecht, abgedruckt in: O. Lenel/H. Lewald (Hg.), Abhandlungen zum Internationalen Privatrecht von Franz Kahn (1928), 491 ff.

² *A. Makarov*, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung (1949).

³ *K. Zweigert/H. Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung (3. Aufl., 1996), 6.

⁴ *A. Flessner*, Rechtsvergleichung und Kollisionsrecht – Neue Akzente in einer alten Beziehung, in: Festschrift für Ulrich Magnus (2014), 403. Ebenso *ders.*, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung im Kollisionsrecht, in: A. Gamper/B. Verschraegen (Hg.), Rechtsvergleichung als juristische Auslegungsmethode (2013), 1.

⁵ *J. v. Hein*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 10 (6. Aufl., 2015), Einl. IPR, Rn. 320.

⁶ *H. Kötz*, Alte und neue Aufgaben der Rechtsvergleichung, abgedruckt in: *ders.*, Undogmatisches (2005), 138.

⁷ *Kötz* (Fn. 6), 139.

Rechtsvergleichung für das Kollisionsrecht im Allgemeinen und das europäische Kollisionsrecht im Besonderen grundsätzlich unbestritten und anerkannt ist, kommen rechtsvergleichende Überlegungen in der Realität des europäischen Kollisionsrechts häufig zu kurz. Dies gilt für die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem europäischen Kollisionsrecht ebenso wie für die Anwendung europäischer Kollisionsnormen in der gerichtlichen und anwaltlichen Praxis.

Der Beitrag gliedert sich in drei Teile. Im ersten Teil werde ich die traditionelle Bedeutung der Rechtsvergleichung für das Kollisionsrecht in Erinnerung rufen und auf einige Besonderheiten des europäischen Kollisionsrechts hinweisen (*infra* II.). Sodann werde ich im zweiten Teil darlegen, dass die Rechtsvergleichung im europäischen Kollisionsrecht nicht die Rolle spielt, die sie meiner Überzeugung nach spielen sollte (*infra* III.). Und im dritten Teil werde ich skizzieren, wie sich die Bedeutung der Rechtsvergleichung im europäischen Kollisionsrecht wieder stärken lässt (*infra* IV.). Bevor ich mich meinem Thema zuwende, sind jedoch vier Vorbemerkungen angebracht.

Erstens, nach *Ernst Rabel*, dem „Vater der modernen Rechtsvergleichung“ wie es *Reinhard Zimmermann* einmal formuliert hat,⁸ besteht die Aufgabe der Rechtsvergleichung darin, „Rechtssysteme auf Ähnlichkeiten, Verschiedenheiten und gegenseitige Beeinflussungen zu prüfen und in Beziehung zu setzen“.⁹ Wenn im folgenden Beitrag von Rechtsvergleichung die Rede ist, meine ich deshalb die Lehre vom Vergleich geschriebener oder ungeschriebener, nationaler, europäischer oder internationaler Rechtsnormen einschließlich ihrer Anwendung und Auslegung durch Rechtsprechung und Literatur. Die „bloße“ Erkundung des fremden Rechts ohne Vergleich, für die sich im Deutschen der Begriff der „Auslandsrechtskunde“ eingebürgert hat, wird mich demgegenüber nicht interessieren. Sie wurde lange Zeit nicht als Rechtsvergleichung angesehen, weil ihr das vergleichende Element fehlt.¹⁰ In neuerer Zeit hat sich demgegenüber die Auffassung durchgesetzt, dass auch die Auslandsrechtskunde zur Rechtsvergleichung gehöre.¹¹ Zur Begründung

⁸ *R. Zimmermann*, „In der Schule von Ludwig Mitteis“ – Ernst Rabels rechtshistorische Ursprünge, *RabelsZ* 65 (2001), 2.

⁹ *E. Rabel*, Rechtsvergleichung und internationale Rechtsprechung, *RabelsZ* 1 (1927), 5, 7.

¹⁰ *Zweigert/Kötz* (Fn. 3), 6. Ebenso *M. Bogdan*, Concise Introduction to Comparative Law (2013), 6, 22. *J. Kropholler*, Die vergleichende Methode und das Internationale Privatrecht, *ZVglRWiss* 77 (1978), 1, 8.

¹¹ *Flessner*, Rechtsvergleichung und Kollisionsrecht (Fn. 4), 408; *ders.*, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung im Kollisionsrecht (Fn. 4), 8 f.; *U. Mattei*, Some Current Transformations of Comparative Law, in: B. Verschraegen (Hg.), Interdisziplinäre Studien zur Komparatistik und zum Kollisionsrecht (2010), 19, 22 (Fn. 8); *R. Michaels*, Rechtsvergleichung, in: J. Basedow/K. Hopt/R. Zimmermann (Hg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts (2009), 1265; *M. Reimann*, Parochialism in American Conflicts Law, *Am. J.*

wird darauf verwiesen, dass die Unterschiede nicht übertrieben werden dürfen: Rechtsvergleichung setze in einem ersten Schritt stets die Erkundung des ausländischen Rechts voraus. Daneben gehe die Erkundung des ausländischen Rechts zwangsläufig mit dem Vergleich mit dem eigenen Recht einher. Für die Zwecke meines Beitrags soll dies keine Rolle spielen: Ob die Auslandsrechtswissenschaft als Rechtsvergleichung anzusehen ist oder nicht – sie wird im Folgenden außer Betracht bleiben. Dass das Kollisionsrecht den Richter in vielen Fällen zur Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts und damit zur Beschäftigung mit ausländischem Recht verpflichtet, wird deshalb nicht weiter vertieft werden.

Zweitens, ebenfalls nicht Gegenstand des nachfolgenden Beitrags ist die Frage nach der „richtigen“ Methode der Rechtsvergleichung. Diese wird zwar seit vielen Jahren intensiv diskutiert, wobei sich die von *Hein Kötz* und *Konrad Zweigert* geprägte sogenannte funktionale Methode der Rechtsvergleichung und die sogenannte kulturelle Methode gegenüber stehen.¹² Im nachfolgenden Beitrag soll es allerdings um die Bedeutung der Rechtsvergleichung im europäischen Kollisionsrechts, und damit um das „Ob“ und nicht um das „Wie“ der Rechtsvergleichung gehen. Verwiesen sei allerdings darauf, dass die richtige Methode regelmäßig davon abhängig, welchen Zweck die Rechtsvergleichung verfolgt.¹³ Für die Zwecke des Kollisionsrechts dürften sich mit der funktionalen Methode vielfach angemessene Ergebnisse erzielen lassen.¹⁴

Drittens, der nachfolgende Beitrag versteht unter dem Begriff des europäischen Kollisionsrechts ausschließlich die Kollisionsnormen europäischer Provenienz, die in den letzten Jahren vom europäischen Gesetzgeber in Form von Verordnungen erlassen worden sind. Kollisionsrechtliche Normen, die sich in europäischen Richtlinien finden und Vorgaben für das mitgliedstaatliche Kollisionsrecht machen, werden mich deshalb ebenso wenig interessieren wie Kollisionsnormen, die sich aus dem europäischen Primärrecht ergeben.¹⁵

Comp. L. 49 (2001) 369, 372; *ders.*, Comparative Law and Private International Law, in: M. Reimann/R. Zimmermann (Hg.), The Oxford Handbook of Comparative Law (2008), 1381 f. Ebenso schon A. v. Mehren, The Contribution of Comparative Law to the Theory and Practice of Private International Law, Am. J. Comp. L. 26 (1977), Supplement, 31, 32.

¹² Siehe dazu ausführlich R. Michaels, The Functional Method of Comparative Law, in: Reimann/Zimmermann (Hg.) (Fn. 11), 339 ff.; Michaels (Fn. 11), 1266.

¹³ Siehe dazu ausführlich J. Basedow, Comparative Law and its Clients, Am. J. Comp. L. 62 (2014), 821 ff.

¹⁴ Ebenso Basedow, Am. J. Comp. L. 62 (2014), 821, 833 ff., 837, 856.

¹⁵ Ein Überblick über die Rechtsquellen des europäischen Kollisionsrechts in diesem weit verstandenen Sinne findet sich bei G. Rühl/J. v. Hein, Towards a European Code on Private International Law?, *RabelsZ* 79 (2015), 701, 708 ff.; X. Kramer, A European Framework for private international law: current gaps and future perspectives (2012), 17 ff.

sionsnormen einer einzelnen innerstaatlichen Rechtsordnung eine unumgängliche Voraussetzung dieser Auslegung und Anwendung bildet.“¹⁷

1. Kollisionsrechtsvergleichung

Als Kollisionsrechtsvergleichung verfolgt die Rechtsvergleichung traditionell drei unterschiedliche Zwecke.¹⁸ Erstens, dient sie dem besseren Verständnis des Kollisionsrechts – und damit der Wissenschaft. Zweitens, dient sie der Schaffung von Kollisionsnormen – und damit dem Gesetzgeber. Und drittens, dient sie der Anwendung und Auslegung von Kollisionsnormen – und damit der Rechtsprechung.

a) Wissenschaftliche Kollisionsrechtsvergleichung

Die wissenschaftliche Kollisionsrechtsvergleichung blickt auf keine lange Geschichte zurück.¹⁹ Dies gilt zumindest dann, wenn man den Begriff der Rechtsvergleichung – so wie dies klassischer Weise und auch in dem berühmten Lehrbuch von *Hein Kötz* und *Konrad Zweigert* geschieht – auf den Vergleich unterschiedlicher nationaler Regelungssysteme und damit auf den Vergleich positiver Rechtssätze einschließlich ihrer Anwendung durch Gerichte beschränkt. Anders sieht es aus, wenn man den Begriff der Rechtsvergleichung erweitert und darunter auch den Vergleich von Lehrmeinungen und unterschiedlichen örtlichen Bräuchen fasst.²⁰ Im Hinblick auf diese Art der Rechtsvergleichung stellte bereits *Franz Kahn* in seinem eingangs zitierten Beitrag fest:

„Die rechtsvergleichende Methode ist keine Neuerung. Sie hat existiert, solange es ein Internationales Privatrecht gibt. ... Ebenso finden wir bei den Theoretikern des internationalen Privatrechts, soweit sie sich nicht auf allgemeinste Deduktionen beschränken, als Grundlage ihrer Ausführungen stets derartige Rechtsvergleichungen.“²¹

Beschränkt man den Begriff der kollisionsrechtlichen Rechtsvergleichung demgegenüber in der oben beschriebenen Art und Weise, so beginnt sie (erst) mit der Nationalisierung, der Verstaatlichung des Kollisionsrechts durch die

¹⁷ *Makarov* (Fn. 2), 6 f.

¹⁸ Siehe zum Folgenden ausführlich v. *Bar/Mankowski* (Fn. 16), 95 ff.; *Fauvarque-Cosson*, *Am. J. Comp. L.* 49 (2001) 410 ff.; *Flessner*, *Rechtsvergleichung und Kollisionsrecht* (Fn. 4), 405 ff.; *ders.*, *Bedeutung der Rechtsvergleichung* (Fn. 4), 3 ff.; *Lévy-Ullmann* (Fn. 16), 210 ff.; *Y. Loussouarn*, *Le rôle de la méthode comparative en droit international privé français*, *Rev. crit. DIP* 69 (1979) 307 ff.; *Reimann*, *Comparative Law* (Fn. 11), 1366 ff.; *Makarov* (Fn. 2), 5 ff.; *Michaels* (Fn. 16).

¹⁹ *Reimann*, *Comparative Law* (Fn. 11), 1367 ff. Ebenso *Makarov* (Fn. 2), 7 ff.; *Michaels* (Fn. 16).

²⁰ *Flessner*, *Rechtsvergleichung und Kollisionsrecht* (Fn. 4), 405; *ders.*, *Bedeutung der Rechtsvergleichung* (Fn. 4), 4 f.

²¹ *Kahn* (Fn. 1), 492.

großen privatrechtlichen Kodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts, namentlich durch die – wenn auch fragmentarische und punktuelle – Kodifikation kollisionsrechtlicher Vorschriften im *Codex Maximilianeus Bavaricus* von 1756, im Preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794, im *Code Napoléon* von 1804, im österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch von 1811, im italienischen *Codice civile* von 1865 und im deutschen EGBGB von 1896.²² Als ihr Begründer gilt weithin der Franzose *Jean Jacques Gaspard Foelix*. In einer Reihe von Aufsätzen, die in der von ihm 1834 begründeten *Revue étrangère et française de législation, de jurisprudence et d'économie politique* erschienen, sowie in seinem 1843 in erster Auflage veröffentlichten „*Traité du Droit international privé*“ stellte er als erster Kollisionsnormen unterschiedlicher nationaler Provenienz nebeneinander und unterzog sie einem eingehenden Vergleich.²³ Etwa zeitgleich publizierte *Joseph Story* in den USA die erste große rechtsvergleichende Gesamtdarstellung des Kollisionsrechts.²⁴ Der endgültige Durchbruch gelang der wissenschaftlichen Kollisionsrechtsvergleichung trotzdem erst im Jahr 1900 mit dem ersten Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Paris. Hier hielt unter anderem *Franz Kahn* seinen berühmt gewordenen und eingangs zitierten Vortrag über die „Bedeutung der Rechtsvergleichung mit Bezug auf das internationale Privatrecht“.²⁵ Es folgten eine große Zahl von Büchern und Aufsätzen, die sich alle um eine rechtsvergleichende Aufarbeitung kollisionsrechtlicher Normen bemühten²⁶ und schließlich Mitte des 20. Jahrhunderts in dem umfassenden Werk von *Ernst Rabel* über das Internationale Privatrecht aus rechtsvergleichender Perspektive²⁷ kulminierten.

²² *T. Kadner Graziano*, Gemeineuropäisches Internationales Privatrecht (2002), 45 ff.; *Makarov* (Fn. 2), 7 ff.; *Reimann*, Comparative Law (Fn. 11), 1367 ff.

²³ *J.J.G. Foelix*, *Traité du Droit international privé ou du conflit de lois de différentes nations en matière de droit privé* (1. Aufl., 1843). Siehe dazu ausführlich *Makarov* (Fn. 2), 10 ff.

²⁴ *J. Story*, *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in Regard to Contracts, Rights, and Remedies, and especially in Regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments* (1. Aufl., 1834). Siehe dazu ausführlich *Kadner Graziano* (Fn. 22), 52 f.

²⁵ Siehe Fn. 1.

²⁶ Siehe zum Beispiel *H. Batiffol*, *Les conflits de lois en matière de contrats: Étude de droit international privé comparé* (1938); *P. Fedozzi*, *Ufficio, funzione e metodo del diritto comparato nel campo di diritto internazionale privato*, *Archivio giuridico* 69 (1902), 225 ff.; *A.K. Kuhn*, *Comparative Commentaries on Private International Law or Conflict of Laws* (1937); *A. Nußbaum*, *Deutsches internationales Privatrecht: Unter besonderer Berücksichtigung des österreichischen und schweizerischen Rechts* (1932); *E. de Szász*, *Droit international privé comparé – Traité de législation comparée avec référence spéciale au droit égyptien et musulman* (1940).

²⁷ *E. Rabel*, *The Conflict of Laws: A Comparative Study*, Band 1 (1. Aufl., 1945), Band 2 (1. Aufl., 1947), Band 3 (1. Aufl., 1950) und Band 4 (1. Aufl., 1958).

Vergleichbare Werke wurden in der Folgezeit nicht mehr geschrieben. Trotzdem genießt die wissenschaftliche Kollisionsrechtsvergleichung bis heute große Anerkennung. Die Gründe dafür wurden von *Jan Kropholler* in seinem Referat für den 10. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Budapest im Jahr 1978 prägnant wie folgt zusammengefasst:

„Sie führt zur Befreiung aus der geistigen Enge des nationalen Positivismus, sie erhöht das Verständnis der miteinander verglichenen Rechtsordnungen durch Hervorhebung ihrer Besonderheiten und ihrer versteckten Gemeinsamkeiten, und sie unterrichtet über andere Lösungsmöglichkeiten sowie über das international herrschende Niveau der Lösungen.“²⁸

Der Fundus an Publikationen, die sich mit dem Kollisionsrecht aus rechtsvergleichender Sicht beschäftigen, ist vor diesem Hintergrund groß. So veröffentlicht die Haager Akademie für Internationales Recht seit den 1950er Jahren im *Recueil des cours* immer wieder umfangreiche rechtsvergleichende Studien zum Internationalen Privatrecht. Die *International Encyclopedia of Comparative Law* widmet dem Internationalen Privatrecht immerhin einen ganzen Band.²⁹ Und zahlreiche Zeitschriften, darunter das *American Journal of Comparative Law*, das *Journal of Private International Law*, das *Yearbook of Private International Law*, die *Revue critique de droit international privé* sowie *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* drucken regelmäßig Beiträge ab, die sich mit ausländischem Kollisionsrecht beschäftigen.

b) Legislative Kollisionsrechtsvergleichung

Neben der rein wissenschaftlichen Kollisionsrechtsvergleichung steht die legislative Kollisionsrechtsvergleichung.³⁰ Sie dient, wie der Name nahe legt,

²⁸ *Kropholler*, ZVglRWiss 77 (1978) 1, 4.

²⁹ *K. Lipstein* (Hg.), *Private International Law*, in: *International Encyclopedia of Comparative Law*, Bd. 3 (2011).

³⁰ Zu beachten ist, dass die Fortentwicklung des Rechts selbstverständlich kein Monopol des Gesetzgebers ist. Auch Gerichte können zur Schaffung von Kollisionsnormen berufen sein, und zwar dann, wenn das kodifizierte Kollisionsrecht Lücken aufweist, die es zu schließen gilt. Angesichts des nicht zu übersehenden Trends zur Kodifizierung des Kollisionsrechts und angesichts der beeindruckenden Dichte insbesondere des europäischen Kollisionsrechts nimmt die Bedeutung des judikativ gesetzten Kollisionsrechts freilich ab. Dennoch bleiben in dem dicht gewebten Teppich von nationalen, europäischen und internationalen Kollisionsnormen auch heute noch Lücken. In Deutschland betrifft dies beispielsweise das Internationale Gesellschaftsrecht und das Internationale Stellvertretungsrecht. Siehe allgemein zur rechtsvergleichenden Rechtsfindung durch Gerichte *v. Bar/Mankowski* (Fn. 16), 97 f. (m.w.N.); *Gutteridge* (Fn. 16), 122 ff.; *C. Rodriguez Iglesias*, Gedanken zum Entstehen einer europäischen Rechtsordnung, NJW 1999, 1, 6 ff. Siehe zur rechtsvergleichenden Rechtsfindung im Europäischen Privatrecht *A. Schwartze*, Die Rechtsvergleichung, in *K. Riesenhuber* (Hg.), *Europäische Methodenlehre* (3. Aufl., 2015), 53, 56 ff.

der Schaffung von Kollisionsnormen und damit ganz praktischen Zwecken.³¹ Bereits das EGBGB wurde durch umfangreiche rechtsvergleichende Vorarbeiten vorbereitet.³² Gleiches gilt für nahezu alle kollisionsrechtlichen Kodifikationsprojekte des 20. und des 21. Jahrhunderts³³ sowie für alle kollisionsrechtlichen Staatsverträge, die im Laufe des letzten Jahrhunderts namentlich von der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht ausgearbeitet wurden.³⁴ Auch bei der Schaffung des europäischen Kollisionsrechts spielt die legislative Kollisionsrechtsvergleichung eine wichtige Rolle.³⁵ So wurde nicht nur die Verabschiedung des Römer Schuldvertragsübereinkommens im Jahr 1980 rechtsvergleichend vorbereitet und begleitet.³⁶ Auch alle Verordnungen, die der europäische Gesetzgeber seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam erlassen hat, stehen – wenn auch mit Unterschieden im Detail – auf soliden rechtsvergleichenden Füßen.³⁷ Die kollisionsrechtlichen Traditionen der Mitgliedstaaten lassen sich in den einschlägigen Verordnungen dementsprechend deutlich ablesen.³⁸

³¹ *Kropholler*, ZVglRWiss 77 (1978), 1, 4 ff., 15; *Gutteridge* (Fn. 16), 131 ff.; MünchKomm/v. *Hein* (Fn. 5), Einl IPR, Rn. 321; *Lévy-Ullmann* (Fn. 16), 210 f.; *Loussouarn*, Rev. crit. DIP 69 (1979), 307, 308 f.; *Michaels* (Fn. 16); *Reimann*, Comparative Law (Fn. 11), 1377 ff.

³² Siehe dazu ausführlich *Makarov* (Fn. 2), 15 ff. (m.w.N.).

³³ *Flessner*, Rechtsvergleichung und Kollisionsrecht (Fn. 4), 407; *ders.*, Bedeutung der Rechtsvergleichung (Fn. 4), 5; MünchKomm/v. *Hein* (Fn. 5), Einl IPR, Rn. 321; *Michaels* (Fn. 16); *Reimann* (Fn. 11), 1379 f.

³⁴ *Flessner*, Rechtsvergleichung und Kollisionsrecht (Fn. 4), 406 f.; *ders.*, Bedeutung der Rechtsvergleichung (Fn. 4), 5; *Kropholler*, ZVglRWiss 77 (1978), 1, 5 f.; *Reimann*, Comparative Law (Fn. 11), 1377 ff. Siehe dazu allgemein *K. Lipstein*, One Hundred Years of Hague Conferences on Private International Law, ICLQ 42 (1993), 553 ff.

³⁵ Siehe allgemein zur Bedeutung der Rechtsvergleichung bei der Schaffung europäischen Rechts *Michaels* (Fn. 11), 1268; *Schwartz* (Fn. 30), 48 ff.

³⁶ Siehe dazu den Bericht von *M. Giuliano/P. Lagarde*, Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl. 1980 C 282/1.

³⁷ *Basedow*, Am. J. Comp. L. 62 (2014), 821, 833; *Flessner*, Rechtsvergleichung und Kollisionsrecht (Fn. 4), 406; *ders.*, Bedeutung der Rechtsvergleichung (Fn. 4), 5; *Schwartz* (Fn. 30), 58. Siehe zum Beispiel zur europäischen Erbrechts-Verordnung die rechtsvergleichenden Vorarbeiten von *H. Dörner/P. Lagarde*, Rechtsvergleichende Studie der erbrechtlichen Regelungen des Internationalen Verfahrensrechts und Internationalen Privatrechts der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, in: Deutsches Notarinstitut (Hg.), Internationales Erbrecht in der EU (2004), 169 ff. Siehe außerdem *A. Bonomi*, Successions internationales: conflits de lois et de juridictions, Recueil des cours 350 (2010), 71 ff.; *F. Boulanger*, Droit international des successions (2004); *A. Dutta*, Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation, *RechtsZ* 73 (2009), 547, 554 ff.

³⁸ Siehe zur Rom II-VO v. *Hein*, Something Old and Something Borrowed, but Nothing New? – Rome II and the European Choice-of-Law Evolution, *Tul. L. Rev.* 82 (2008) 1663, 1705 f.

Zu betonen ist allerdings, dass sich die Kollisionsrechtsvergleiche im Kontext der europäischen legislativen Kollisionsrechtsvereinheitlichung von der Kollisionsrechtsvereinheitlichung, die die Verabschiedung von Staatsverträgen begleitet, unterscheidet.³⁹ Wirken an der Ausarbeitung kollisionsrechtlicher Staatsverträge regelmäßig große, international besetzte Arbeitsgruppen mit, erfolgt die Ausarbeitung europäischer Verordnungen zentral in Brüssel und zumeist durch Beamte der europäischen Kommission. Diese lassen sich zwar rechtsvergleichend informieren, führen Anhörungen durch, holen durch Grünbücher Meinungen aus allen Mitgliedstaaten ein und geben unter Umständen sogar rechtsvergleichende Gutachten oder zumindest begleitende Berichte in Auftrag.⁴⁰ Ein rechtsvergleichender Dialog wie er bei der Verabschiedung von Staatsverträgen geführt wird, kommt allerdings regelmäßig nicht zustande. Darüber hinaus verzichtet der europäische Gesetzgeber auf Erläuterungen dazu, ob und inwieweit er sich hat rechtsvergleichend inspirieren lassen und ob und inwiefern europäische Kollisionsnormen Vorbilder im nationalen Recht finden.⁴¹ Auf diese Weise soll wohl zum einen der Eindruck vermieden werden, dass eine einzelne Rechtsordnung das Recht der Europäischen Union geprägt habe. Zum anderen soll sichergestellt werden, dass einzelne Rechtsordnungen bei der Auslegung des europäischen Rechts nicht stärker ins Gewicht fallen als andere.⁴² Das genaue Ausmaß der Übereinstimmung und Ähnlichkeit europäischer und nationaler Kollisionsnormen muss deshalb regelmäßig im Nachhinein durch Wissenschaft und Praxis entschlüsselt werden.⁴³

c) *Judikative Kollisionsrechtsvergleiche*

Neben der Wissenschaft und der Gesetzgebung dient der Vergleich verschiedener Kollisionsrechte schließlich auch der Judikative.⁴⁴ Dies gilt zunächst einmal für die Fälle, in denen Gerichte ausländisches Kollisionsrecht über die Rechtsfigur des *Renvoi* prüfen und anwenden müssen.⁴⁵ Auf diese Form der Kollisionsrechtsvergleiche möchte ich im Folgenden allerdings nicht eingehen: Zum einen stellt sich die durch den *Renvoi* veranlasste Beschäftigung mit dem ausländischen Kollisionsrecht als Auslandsrechtskunde dar, bei der

³⁹ Siehe dazu *Fauvarque-Cosson*, Am. J. Comp. L. 49 (2001), 410, 420. Ähnlich *Reimann*, Comparative Law (Fn. 11), 1391.

⁴⁰ Siehe ausführlich zur Bedeutung der Rechtsvergleiche bei der Schaffung europäischen Sekundärrechts *Schwartz* (Fn. 30), 58 ff.

⁴¹ *Schwartz* (Fn. 30), 60. Ebenso *M. Lutter*, Die Auslegung angeglichenen Rechts, JZ 1992, 592, 602.

⁴² *Schwartz* (Fn. 30), 60.

⁴³ *Schwartz* (Fn. 30), 60.

⁴⁴ Siehe dazu ausführlich *Reimann*, Comparative Law (Fn. 11), 1380 ff.

⁴⁵ Siehe dazu *Loussouarn*, Rev. crit. DIP 69 (1979), 307, 321 ff.; *Michaels* (Fn. 16).

es in erster Linie darum geht, das ausländische Kollisionsrecht zu erfassen und zu verstehen.⁴⁶ Zum anderen ist der Renvoi in den meisten, wenn auch nicht in allen, europäischen Verordnungen zum Kollisionsrecht ausgeschlossen.⁴⁷ Mein Hauptaugenmerk soll stattdessen auf zwei anderen Formen der judikativen Kollisionsrechtsvergleichung liegen.

aa) Judikative Kollisionsrechtsvergleichung i.e.S.

Die erste Form der Kollisionsrechtsvergleichung, die ich als judikative Kollisionsrechtsvergleichung im engeren oder im eigentlichen Sinne bezeichnen möchte, bezieht sich auf die Frage, ob und inwiefern Gerichte gehalten sind, bei der Anwendung und Auslegung von Kollisionsnormen rechtsvergleichende Überlegungen anzustellen und zum Zwecke der Inspiration einen Blick auf fremde Kollisionsrechte zu werfen. Im Hinblick auf das autonome nationale Recht wird diese Frage heute ganz überwiegend verneint. Zwar hat namentlich *Konrad Zweigert*, der akademische Lehrer von *Hein Kötz*, in seiner Tübinger Antrittsvorlesung über die „Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode“⁴⁸ unter Berufung auf *Ernst Rabel* eine Lanze für eine breite rechtsvergleichend orientierte Auslegung nationaler Vorschriften gebrochen. Und auch *Hein Kötz* hat sich mit dem Hinweis darauf, dass die Rechtsvergleichung Lösungsvorschläge unterbreiten könne, die dem Rechtsanwender „auch bei stärkster Anspannung seiner Phantasie nicht eingefallen wären“,⁴⁹ immer wieder für eine stärkere Berücksichtigung rechtsvergleichender Überlegungen ausgesprochen. Durchsetzen konnten sich beide damit allerdings zumindest in Deutschland nicht. Wie nicht zuletzt *Hein Kötz* in einem Beitrag über die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des BGH gezeigt hat, werden rechtsvergleichende Überlegungen von deutschen Gericht-

⁴⁶ *Kropholler*, ZVglRWiss 77 (1978), 1, 3. Siehe allgemein zum Verhältnis von Rechtsvergleichung und Auslandsrechtskunde oben I.

⁴⁷ Ausgeschlossen ist der Renvoi nach Art. 20 der Rom I-VO, nach Art. 24 der Rom II-VO, nach Art. 11 der Rom III-VO sowie nach Art. 15 der UnterhaltsVO i.V.m. Art. 12 des Haager Unterhaltsprotokolls von 2007. Zugelassen ist er demgegenüber nach Art. 34 der Erbrechts-VO. Siehe zum Ganzen *J. v. Hein*, Der Renvoi im europäischen Kollisionsrecht, in: S. Leible/H. Unberath (Hg.), Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung? (2013), 341 ff. Siehe außerdem *D. Henrich*, Der Renvoi: Zeit für einen Abgesang?, in: Festschrift für Bernd von Hoffmann (2011), 159 ff.; *D. Solomon*, Die Renaissance des Renvoi im Europäischen Kollisionsrecht, in: Liber Amicorum Klaus Schurig (2012), 237 ff.

⁴⁸ *K. Zweigert*, Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode, *RabelsZ* 15 (1949–1950), 5 ff. Siehe *B. Aubin*, Die rechtsvergleichende Interpretation autonom-internen Rechts in der deutschen Rechtsprechung, *RabelsZ* 34 (1979), 458 ff.

⁴⁹ *H. Kötz*, Der Bundesgerichtshof und die Rechtsvergleichung, abgedruckt in: ders., *Undogmatisches* (Fn. 6), 120, 137. Ebenso *Aubin*, *RabelsZ* 34 (1979), 458 ff., 476 ff.; *U. Drobniig*, Germany, in: ders./S. v. Erp (Hg.), *Comparative Law in the Courts* (1999), 127, 129 ff.

ten zwar nicht vollständig ausgeblendet, insgesamt aber doch eher sparsam und vor allen Dingen dann zum Einsatz gebracht, wenn das Ergebnis passt, das heißt wenn sie ein bereits auf andere Weise gefundenes Ergebnis bestätigen.⁵⁰ Rechtsvergleichung ist damit im nationalen Kontext allenfalls „ornamentales Beiwerk“⁵¹ und keine tragende Säule.

Eine größere Rolle spielt die Rechtsvergleichung anerkanntermaßen im staatsvertraglichen und im europäischen Kollisionsrecht.⁵² Zwar verlangt die Eigenständigkeit des staatsvertraglichen und europäischen Kollisionsrechts, dass die einschlägigen Normen autonom, das heißt unabhängig vom nationalen Recht und mit Rücksicht auf die Besonderheiten des Unionsrechts ausgelegt werden.⁵³ Dies bedeutet jedoch nicht, dass dem EuGH jeder Blick auf das mitgliedstaatliche Recht verboten wäre. Tatsächlich versperrt der Grundsatz der autonomen Auslegung lediglich den Rückgriff auf das Recht eines einzelnen Mitgliedstaates,⁵⁴ nicht aber eine rechtsvergleichende Bestandsaufnahme.⁵⁵ Im Rahmen der historischen Auslegung können deshalb rechtsvergleichende Überlegungen angestellt und Bezüge zu nationalen Kollisionsrechten hergestellt werden, wenn und soweit sie das staatsvertragliche oder das euro-

⁵⁰ Kötz (Fn. 49), 127 ff., 130. Siehe zum Ganzen U. Gruber, Methoden des internationalen Einheitsrechts (2004), 196 ff.

⁵¹ Gruber (Fn. 50), 197.

⁵² Jayme (Fn. 16), 74; MünchKomm/v. Hein (Fn. 5), Art. 3 EGBGB, Rn. 167. Siehe allgemein zur Bedeutung der Rechtsvergleichung für die autonome Auslegung europäischen Rechts S. Grundmann/K. Riesenhuber, Die Auslegung des Europäischen Privat- und Schuldvertragsrechts, JuS 2001, 529, 530 f., 533 f.; B. Heiderhoff, Europäisches Privatrecht (3. Aufl., 2012), 47 ff.; Schwartz (Fn. 30), 63 f. Siehe ausführlich zur Bedeutung der Rechtsvergleichung im internationalen Einheitsrecht Gruber (Fn. 50), 198 ff.

⁵³ Siehe zum Beispiel EuGH, 10.10.1976, Rs. 29/76 (*Eurocontrol*), Slg. 1976, 1541, Rn. 3; EuGH, 3.7.1997, Rs. 269/95 (*Benincasa*), Slg. 1997, I-3788, 37954, Rn. 12; EuGH, 7.12.2006, Rs. 306/05 (*Rafael Hoteles*), Slg. 2006, I-11519, Rn. 34; EuGH, 14.12.2006, Rs. 316/05 (*Nokia*), Slg. 2006, I-12083, Rn. 21. Siehe ausführlich zur autonomen Auslegung im europäischen Kollisionsrecht T. Nehne, Methodik und allgemeine Lehren des europäischen Internationalen Privatrechts (2012), 41 ff. Siehe allgemein zur autonomen Auslegung Heiderhoff (Fn. 52), 47; R. Stotz, Die Rechtsprechung des EuGH, in: Riesenhuber (Hg.) (Fn. 30), 491, 499, Rn. 19.

⁵⁴ Dies gilt dem Grundsatz nach sogar dann, wenn das Recht eines Mitgliedstaates für das europäische Recht erwiesenermaßen als Vorbild gedient hat. Siehe dazu Grundmann/Riesenhuber, JuS 2001, 529, 530 f.; K. Riesenhuber, Die Auslegung, in: ders. (Hg.) (Fn. 30), 199, 214, Rn. 39.

⁵⁵ Heiderhoff (Fn. 52), Rn. 47 ff. Ebenso im Ergebnis Riesenhuber (Fn. 54), 214, Rn. 40, der allerdings terminologisch abweichend davon spricht, dass die „vorbestehende Regelungssituation in den Mitgliedstaaten“ zu beachten sei. Allgemein zur Bedeutung der Rechtsvergleichung im Gemeinschaftsrecht H.-W. Daig, Zu Rechtsvergleichung und Methodenlehre im Europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Festschrift für Konrad Zweigert (1981) 395, 409 f.; P. Singer/J.-C. Engel, L'importance de la recherche comparative pour la justice communautaire, JDI 2007, 497, 499 ff.

päische Kollisionsrecht inspiriert haben. Daneben kann im Rahmen der teleologischen Auslegung gefragt werden, ob in den Kollisionsrechten der Vertrags- oder Mitgliedstaaten Übereinstimmung über den Inhalt eines Begriffs besteht.⁵⁶ Ist dies der Fall und gibt es keine Zielkonflikte zwischen nationalem und europäischem Kollisionsrecht, verfolgt das europäische Kollisionsrecht also – zum Beispiel aufgrund seiner Bedeutung für die Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes – keine vom nationalen Kollisionsrecht abweichenden oder widersprechenden Ziele, und ergibt sich auch nicht aus anderen Umständen, dass das europäische Recht anders auszulegen ist, spricht nichts dagegen, eine gemeinsame mitgliedstaatliche Rechtsauffassung für das europäische Recht fruchtbar zu machen⁵⁷. Im Hinblick auf den für das europäische Kollisionsrecht zentralen Begriff der „Zivil- und Handelssache“ hat der EuGH dementsprechend bereits im Jahr 1976 in der *Eurocontrol*-Entscheidung festgestellt, dass bei der Auslegung des Brüsseler Übereinkommens (EuGVÜ)⁵⁸ „die Zielsetzungen und die Systematik des Übereinkommens sowie die allgemeinen Rechtsgrundsätze, die sich aus der Gesamtheit der innerstaatlichen Rechtsordnungen ergeben, berücksichtigt werden müssen.“⁵⁹ Entsprechendes gilt für andere Begriffe, die im europäischen Kollisionsrecht verwendet werden.

bb) Judikative Kollisionsrechtsvergleichung i.w.S.

Die zweite Form der judikativen Kollisionsrechtsvergleichung, die sich als judikative Kollisionsrechtsvergleichung im weiteren oder untechnischen Sinne bezeichnen lässt, bezieht sich auf die Berücksichtigung von Rechtsprechung und Literatur zum europäischen Kollisionsrecht aus anderen Mitgliedstaaten. Sie wird allgemein als Selbstverständlichkeit empfunden, weil sie Voraussetzung für die gewünschte und bezweckte einheitliche Anwendung des europäischen Kollisionsrechts ist.⁶⁰ *Mathias Reimann* stellt deshalb im *Oxford Handbook of Comparative Law* vollkommen zu Recht fest:

⁵⁶ A. Junker, Die einheitliche europäische Auslegung nach dem EG-Schuldvertragsübereinkommen, *RabelsZ* 55 (1991), 674, 679; *Michaels* (Fn. 11), 1269.

⁵⁷ *Michaels* (Fn. 11), 1269.

⁵⁸ Übereinkommen von Brüssel über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. September 1968, ABl. 1972 L 299/32 (konsolidierte Fassung abgedruckt in ABl. 1998 C 27/1).

⁵⁹ EuGH, *Eurocontrol* (Fn. 53), Rn. 3. Ähnlich für den Begriff des Teilzahlungskaufs in Art. 13 EuGVÜ EuGH, 21.6.1977, Rs. 150/11 (*Bertrand*), Slg. 1977, 1432, Rn. 19/22. Siehe ausführlich zur Bedeutung allgemeiner Rechtsgrundsätze in der privatrechtsrelevanten Rechtsprechung des EuGH A. Metzger, *Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht* (2009), 325 ff. und 414 ff.

⁶⁰ *Jayme* (Fn. 16), 74; *MünchKomm/v. Hein* (Fn. 5), Einl IPR, Rn. 321 und Art. 3 EGBGB, Rn. 141 ff., 167; *Michaels* (Fn. 16); *Reimann*, *Comparative Law* (Fn. 11), 1391 f.

„[...] judges interpreting European conflicts rules must free themselves from their national predilections and consider what their colleagues elsewhere have done or are likely to do to [sic], in similar cases. [...] Such an approach becomes even more essential with regard to European conflicts law because its very point is to reach maximum uniformity throughout the whole European Community.“⁶¹

Zu beachten ist allerdings, dass sich die Berücksichtigung der kollisionsrechtlichen Praxis anderer Mitgliedstaaten nicht im eigentlichen Sinne als Kollisionsrechtsvergleichung darstellt.⁶² Denn es geht nicht um den Vergleich des eigenen mit einem fremden Kollisionsrecht, sondern um die Auslegung der gleichen, für alle mitgliedstaatlichen Gerichte geltenden Kollisionsrechtsordnung. Die anzuwendenden Methoden ähneln allerdings denen der Rechtsvergleichung.

2. Sachrechtsvergleichung

Neben der Kollisionsrechtsvergleichung spielt die Rechtsvergleichung wie eingangs angedeutet schließlich auch als Sachrechtsvergleichung eine große Rolle für das Kollisionsrecht.⁶³ Dies gilt zunächst einmal für alle methodischen Ansätze, die das anwendbare Recht durch einen Vergleich des materiellen Sachrechts bestimmen wollen oder zumindest einen Vergleich der Zwecke und Interessen des materiellen Rechts verlangen.⁶⁴ Diese Ansätze, namentlich der sogenannte *better law approach*,⁶⁵ die im 20. Jahrhundert in den USA einen starken Einfluss ausübten, konnten sich allerdings in Europa weder im nationalen noch im europäischen Kollisionsrecht durchsetzen. Sie sollen deshalb hier außer Betracht bleiben, auch wenn sie mit Persönlichkeiten wie zum Beispiel *Konrad Zweigert*⁶⁶ auch in Europa prominente Anhänger fanden. Für den europäischen Kontext wichtiger ist die Sachrechtsvergleichung bei der Anwendung klassischer Kollisionsnormen durch Gerich-

Ebenso zum Europäischen Privatrecht *Grundmann/Riesenhuber*, JuS 2001, 529, 534 sowie zum staatsvertraglichen Kollisionsrecht *Kropholler*, ZVglRWiss 77 (1978), 1, 6.

⁶¹ *Reimann*, Comparative Law (Fn. 11), 1391 f.

⁶² *Michaels* (Fn. 11), 1269.

⁶³ Siehe zum Ganzen *Fauvarque-Cosson*, Am. J. Comp. L. 49 (2001), 407 ff.; *Kropholler*, ZVglRWiss 77 (1978), 1, 6 ff.; v. *Mehren*, Am. J. Comp. L. 26 (1977), Supplement, 31 ff.; *Michaels* (Fn. 16); *Reichelt* (Fn. 16), 11 ff.; *Reimann*, Comparative Law (Fn. 11), 1382 ff.

⁶⁴ Siehe dazu *Fauvarque-Cosson*, Am. J. Comp. L. 49 (2001), 410, 412 f.; v. *Mehren*, Am. J. Comp. L. 26 (1977), Supplement, 31, 38 ff.; *Michaels* (Fn. 16). Siehe außerdem den Überblick bei *M. Reimann*, Interest and policy analysis, in: J. Basedow/G. Rühl/F. Ferrari/P. de Miguel (Hg.) (Fn. 16).

⁶⁵ Siehe dazu den Überblick bei *M. Reimann*, Better law approach, in: J. Basedow/G. Rühl/F. Ferrari/P. de Miguel (Hg.) (Fn. 16).

⁶⁶ *K. Zweigert*, Zur Armut des IPR an sozialen Werten, *RabelsZ* 37 (1973), 435 ff.

te.⁶⁷ Wie *Alexander Makarov* bereits im Jahr 1949 in seiner Abhandlung über das Internationale Privatrecht und die Rechtsvergleichung feststellte, spielt sie hier sogar eine Rolle, die über die Rolle, die die Rechtsvergleichung in anderen Rechtsgebieten spielt, hinausgeht:

„Die rechtsvergleichende Methode kann auf allen Rechtsgebieten Anwendung finden. [...] Es gibt aber ein Rechtsgebiet, für welches die Rechtsvergleichung eine viel weiter gehende Bedeutung hat als auf allen übrigen Rechtsgebieten: dieses Rechtsgebiet ist das internationale Privatrecht. Wenn für alle übrigen Teile der Rechtsordnung die Rechtsvergleichung nur *eine* der möglichen Methoden der Erforschung der betroffenen Rechtsnormen ist und der Regel nach für deren Auslegung und Anwendung nicht unbedingt erforderlich ist, ist im internationalen Privatrecht neben der rechtsvergleichenden Betrachtung der kollisionsrechtlichen Sätze unter rein wissenschaftlichen Gesichtspunkten die Rechtsvergleichung auf engste mit der Auslegung und Anwendung der zu diesem Rechtsgebiet gehörenden Rechtsnormen verknüpft.“⁶⁸

Die Auslegung und Anwendung von Kollisionsnormen obliegt traditionellerweise in erster Linie den staatlichen Gerichten. Die von diesen vorgenommene Sachrechtsvergleichung lässt sich als judikative Sachrechtsvergleichung bezeichnen. Im europäischen Kollisionsrecht gewinnt daneben die beratende Sachrechtsvergleichung zunehmend an Bedeutung. Sie wird von Anwälten und Unternehmen betrieben, die die Vorteile der immer größeren Raum einnehmenden Parteiautonomie ausschöpfen wollen.

a) *Judikative Sachrechtsvergleichung*

Von Gerichten fordert das Kollisionsrecht an unzähligen Stellen den Vergleich verschiedener Sachrechte.⁶⁹ Als erstes zu nennen sind Kollisionsnormen, die wie beispielsweise Art. 11 Rom I-VO⁷⁰ zur Bestimmung des anwendbaren

⁶⁷ Siehe dazu *Fauvarque-Cosson*, Am. J. Comp. L. 49 (2001), 410, 412 f.; *dies.*, Droit international privé et comparé: Brève histoire d'un couple à l'heure de L'Europe, in: T. Azzi u.a. (Hg.), *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques – Liber amicorum Hélène Baudement-Tallon* (2008), 45 ff.; *H. Koch*, Rechtsvergleichung im Internationalen Privatrecht: Wider die Reduktion des IPR auf sich selbst, *RabelsZ* 61 (1997), 623 ff.; *Loussouarn*, Rev. crit. DIP 69 (1979), 307, 326 ff.; *v. Mehren*, Am. J. Comp. L. 26 (1977), Supplement, 31, 34 ff.; *Reimann*, Comparative Law (Fn. 11), 1377 ff.

⁶⁸ *Makarov* (Fn. 2), 1 f.

⁶⁹ Siehe dazu ausführlich *v. Bar/Mankowski* (Fn. 16), 98 f.; *Drobnič* (Fn. 49), 130 f.; *Fauvarque-Cosson* (Fn. 67), 50 f.; *Flessner*, Rechtsvergleichung und Kollisionsrecht (Fn. 4), 406 f.; *ders.*, Bedeutung der Rechtsvergleichung (Fn. 4), 6 f.; *Koch*, *RabelsZ* 61 (1997), 623 ff.; *Kropholler*, *ZVglRWiss* 77 (1978), 1, 6 ff.; *Loussouarn*, Rev. crit. DIP 69 (1979) 307, 326 ff.; *Michaels* (Fn. 16); *Reichelt* (Fn. 16), 11 ff.; *Reimann*, Comparative Law (Fn. 11), 1382 ff. Siehe außerdem den Überblick bei *MünchKomm/v. Hein* (Fn. 5), Einl. IPR Rn. 320 ff.

⁷⁰ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. 2008 L 177/6.

Rechts auf Alternativanknüpfungen zurückgreifen,⁷¹ oder die wie beispielsweise Art. 6 Abs. 2 oder Art. 8 Abs. 1 Rom I-VO einen Günstigkeitsvergleich vorschreiben.⁷² Hier müssen Gerichte die einschlägigen Sachrechte vergleichen, um das anwendbare Recht bestimmen zu können. Zur Sachrechtsvergleichung aufgerufen sind Gerichte zudem, wenn sie aufgrund eines kollisionsrechtlichen Verweises ausländisches Recht zur Anwendung bringen und im Rahmen von Substitution und Transposition die funktionale Äquivalenz ausländischer und inländischer Rechtsinstitute zu prüfen haben.⁷³ Hinzutreten Fälle, in denen Gerichte Normenwidersprüche, die sich aus der kollisionsrechtlichen Aufspaltung einheitlicher Lebensverhältnisse ergeben, mit Hilfe der Anpassung überwinden⁷⁴ oder die Anwendung ausländischen Rechts mit Hilfe des *ordre public* einer Ergebniskontrolle unterziehen müssen.⁷⁵ Besonders wichtig ist die Sachrechtsvergleichung allerdings im Rahmen der sogenannten Qualifikation.⁷⁶ Auf sie möchte ich mich hier konzentrieren.

Das berühmt-berüchtigte Problem der Qualifikation beschäftigt sich bekanntermaßen mit der Frage, wie ein Rechtsinstitut oder eine Rechtsfrage⁷⁷

⁷¹ *Flessner*, Rechtsvergleichung und Kollisionsrecht (Fn. 4), 407; *ders.*, Bedeutung der Rechtsvergleichung (Fn. 4), 7 f.; *Koch*, *RabelsZ* 61 (1997), 623, 627 ff., 631 ff.; *MünchKomm/v. Hein* (Fn. 5), Einl. IPR, Rn. 322.

⁷² *Flessner*, Rechtsvergleichung und Kollisionsrecht (Fn. 4), 407; *ders.*, Bedeutung der Rechtsvergleichung (Fn. 4), 7 f.; *Jayme* (Fn. 16), 66 f.; *Koch*, *RabelsZ* 61 (1997), 623, 627 ff., 631 ff.; *Michaels* (Fn. 16); *MünchKomm/v. Hein* (Fn. 5), Einl. IPR, Rn. 322; *Reimann*, *Comparative Law* (Fn. 11), 1383.

⁷³ *Jayme* (Fn. 16), 63 f., 75 f., 76 ff.; *Kropholler*, *ZVglRWiss* 77 (1978), 1, 9; *Michaels* (Fn. 16); *MünchKomm/v. Hein* (Fn. 5), Einl. IPR, Rn. 322. Siehe ausführlich zur Substitution *J. Lüttringhaus*, *Substitution*, in: *J. Basedow/G. Rühl/F. Ferrari/P. de Miguel* (Hg.) (Fn. 16).

⁷⁴ *Fauvarque-Cosson*, *Am. J. Comp. L.* 49 (2001), 410, 412; *Fauvarque-Cosson* (Fn. 67), 50; *Kropholler*, *ZVglRWiss* 77 (1978) 1, 9; *Michaels* (Fn. 16); *MünchKomm/v. Hein* (Fn. 5), Einl. IPR, Rn. 322. Siehe ausführlich zur Anpassung *G. Dannemann*, *Adjustment/Adaptation* (Anpassung), in: *J. Basedow/G. Rühl/F. Ferrari/P. de Miguel* (Hg.) (Fn. 16).

⁷⁵ *Fauvarque-Cosson*, *Am. J. Comp. L.* 49 (2001) 410, 412; *Fauvarque-Cosson* (Fn. 67), 50; *Flessner*, *Rechtsvergleichung und Kollisionsrecht* (Fn. 4), 407; *ders.*, *Bedeutung der Rechtsvergleichung* (Fn. 4), 7; *Kropholler*, *ZVglRWiss* 77 (1978), 1, 9 ff.; *Loussouarn*, *Rev. crit. DIP* 69 (1979), 307, 324 ff.; *Michaels* (Fn. 16); *MünchKomm/v. Hein* (Fn. 5), Einl. IPR, Rn. 322. Siehe ausführlich zum *ordre public*: *I. Thoma*, *Public policy (ordre public)*, in: *J. Basedow/G. Rühl/F. Ferrari/P. de Miguel* (Hg.) (Fn. 16).

⁷⁶ *Fauvarque-Cosson*, *Am. J. Comp. L.* 49 (2001), 410, 412; *Flessner*, *Rechtsvergleichung und Kollisionsrecht* (Fn. 4), 406 f.; *ders.*, *Bedeutung der Rechtsvergleichung* (Fn. 4), 6 f.; *Jayme* (Fn. 16), 69 ff.; *Kropholler*, *ZVglRWiss* 77 (1978), 1, 6 ff.; *Koch*, *RabelsZ* 61 (1997), 623, 633 ff.; *Loussouarn*, *Rev. crit. DIP* 69 (1979), 307, 327 ff.; *Michaels* (Fn. 16); *Reichelt* (Fn. 16), 11 ff.; *Reimann* (Fn. 11), 1384 ff.

⁷⁷ Siehe zum (Streit über den) Gegenstand der Qualifikation *MünchKomm/v. Hein* (Fn. 5), Einl. IPR Rn. 112 f.

einer Kollisionsnorm zuzuordnen ist.⁷⁸ Es ist eng verwandt, wenn auch nicht identisch,⁷⁹ mit der Frage nach der Auslegung von Kollisionsnormen und findet seine Ursache darin, dass Kollisionsnormen nach Anknüpfungsgegenständen wie beispielsweise Vertrag, Delikt oder Rechtsnachfolge von Todes wegen geordnet sind, die in verschiedenen Rechtsordnungen nicht notwendigerweise die gleiche Bedeutung und die gleiche Reichweite haben. Kommt es zu Konflikten, stellt sich deshalb die Frage, nach welcher Rechtsordnung das in Rede stehende Rechtsinstitut oder die in Rede stehende Rechtsfrage einer Kollisionsnorm zuzuordnen ist. Die Entdecker des Problems, *Franz Kahn* und *Étienne Bartin*, sprachen sich für eine Qualifikation *lege fori* und damit für die Zuordnung nach dem Recht aus, unter dessen Kollisionsnorm zu subsumiert ist.⁸⁰ Dies entsprach der sich im 19. Jahrhundert durchsetzenden Vorstellung, dass das Kollisionsrecht nationales Recht sei. Die Grenzen dieses Ansatzes wurden allerdings schnell offenbar. Denn er bereitete Schwierigkeiten bei der Qualifikation von unbekanntem ausländischen Rechtsinstituten. Namentlich *Ernst Rabel* sprach sich deshalb für eine rechtsvergleichende Qualifikation und damit für die Emanzipation des Kollisionsrechts vom nationalen Sachrecht aus. Kollisionsrechtliche Anknüpfungsgegenstände seien im Lichte der rechtsvergleichend ermittelten Funktion des in Rede stehenden Rechtsinstituts näher zu bestimmen:⁸¹ „Die Auslegung der Kollisionsnormen muss sich [...] der Rechtsvergleichung bedienen“,⁸² formulierte er im Jahr 1931.

Dass Rabel sich mit seiner Forderung nach einer vom nationalen Recht gänzlich losgelösten Qualifikation nicht durchsetzen konnte, ist bekannt. Tatsächlich ist Ausgangspunkt der Qualifikation auch heute noch in nahezu allen nationalen Kollisionsrechten die *lex fori*.⁸³ Ob ein einseitiges Versprechen kollisionsrechtlich als Vertrag, die Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten als Delikt oder eine gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaft als Ehe anzusehen ist, richtet sich deshalb zunächst einmal nach dem Sach-

⁷⁸ *K. Lipstein*, Characterization, in: *K. Lipstein* (Hg.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, Bd. 3, Teil 1 (2011); *A. Metzger*, Qualifikation, in: *J. Basedow/K. Hopt/R. Zimmermann* (Hg.) (Fn. 11), 293 ff.; *Reimann*, *Comparative Law* (Fn. 11), 1384 ff. Siehe außerdem *S. Bariatti*, Classification (characterization), in: *J. Basedow/G. Rühl/F. Ferrari/P. de Miguel* (Hg.) (Fn. 16).

⁷⁹ Siehe zur Abgrenzung von Qualifikation und Auslegung *MünchKomm/v. Hein* (Fn. 5), Einl. IPR, Rn. 111.

⁸⁰ *É. Bartin*, De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits des lois, *Clunet* 24 (1897) 225 ff., 466 ff., 720 ff.; *F. Kahn*, Gesetzeskollisionen: Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts, *JherJb* 30 (1891), 107 ff.

⁸¹ *E. Rabel*, Das Problem der Qualifikation, *RabelsZ* 5 (1931), 241 ff.

⁸² *Rabel*, *RabelsZ* 5 (1931), 241, 287.

⁸³ *Jayme* (Fn. 16), 769; *MünchKomm/v. Hein* (Fn. 5), Einl. IPR, Rn. 117; *Metzger* (Fn. 78), 1221; *Reimann* (Fn. 11), 1386.

recht des entscheidenden Gerichts. Trotzdem kommt kein Kollisionsrecht bei der Qualifikation ohne rechtsvergleichende Überlegungen aus.⁸⁴ Insbesondere können ausländische Rechtsinstitute, die dem eigenen nationalen Recht unbekannt sind, wie beispielsweise die Morgengabe des islamischen Rechts, nur unter eine nationale Kollisionsnorm subsumiert werden, indem die Funktionen und Zwecke des ausländischen Rechtsinstituts in Bezug zu den Funktionen und Zwecken vergleichbarer inländischer Rechtsinstitute gesetzt werden.⁸⁵ Die Rechtsvergleichung ist deshalb aus dem Qualifikationsvorgang nicht wegzudenken, was *Mathias Reimann* im *Oxford Handbook of Comparative Law* zu der Schlussfolgerung veranlasst: „Rabel has lost the battle but won the war.“⁸⁶

Eine besondere Rolle spielt die Rechtsvergleichung daneben für die Qualifikation im europäischen Kollisionsrecht.⁸⁷ Hier gilt in konsequenter Fortsetzung des Grundsatzes der autonomen Auslegung⁸⁸ der Grundsatz der autonomen Qualifikation.⁸⁹ Die Anknüpfungsgegenstände europäischer Kollisionsnormen sind deshalb ohne Rückgriff auf irgendein mitgliedstaatliches Recht und insbesondere ohne Rückgriff auf die *lex fori* des entscheidenden Gerichts allein unter Berücksichtigung des privatrechtsrelevanten europäischen Primär- und Sekundärrechts und damit *lege europaea*⁹⁰ auszulegen.⁹¹ Da der Anwendungsbereich des europäischen Kollisionsrechts deutlich größer ist als der des materiellen Unionsprivatrechts, hat die allein am Unionsrecht ausgerichtete Qualifikation jedoch Grenzen. So gibt es mit der Rom III-

⁸⁴ Koch, *RabelsZ* 61 (1997), 623, 633 f.; Lévy-Ullmann (Fn. 16), 214 ff.; v. Mehren, *Am. J. Comp. L.* 26 (1977), Supplement, 31, 35; Makarov (Fn. 2), 26 ff.; Metzger (Fn. 78), 1221 f.; Michaels (Fn. 16); MünchKomm/v. Hein (Fn. 5), Einl IPR, Rn. 117; Reimann (Fn. 11), 1386; Reichelt (Fn. 16), 13.

⁸⁵ Jayme (Fn. 16), 74 f.; Koch, *RabelsZ* 61 (1997), 623, 633 f.; MünchKomm/v. Hein (Fn. 5), Einl IPR, Rn. 322 und 119 ff.; Metzger (Fn. 78), 1221 f.

⁸⁶ Reimann, *Comparative Law* (Fn. 11), 1386.

⁸⁷ Bariatti (Fn. 78); MünchKomm/v. Hein (Fn. 5), Einl IPR, Rn. 127; C. Heinze, Bausteine eines Allgemeinen Teils des europäischen Internationalen Privatrechts, in: Festschrift für Jan Kropholler (2008), 105, 107 ff.; H. Heiss/E. Kaufmann-Mohi, „Qualifikation“ – Ein Regelungsgegenstand für eine Rom 0-VO?, in: S. Leible/H. Unberath (Hg.) (Fn. 47), 181 ff.; Metzger (Fn. 78), 1221 f.

⁸⁸ Siehe dazu oben unter I.1.c.)aa).

⁸⁹ Bariatti (Fn. 78); MünchKomm/v. Hein (Fn. 5), Einl IPR, Rn. 126; Heinze (Fn. 87), 108; Metzger (Fn. 78), 1221.

⁹⁰ So K. Kreuzer, Was gehört in den Allgemeinen Teil eines Europäischen Kollisionsrechts?, in: B. Jud/W. Rechberger/G. Reichelt (Hg.), *Kollisionsrecht in der Europäischen Union – Neue Fragen des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechtes* (2008), 1, 53.

⁹¹ Bariatti (Fn. 78); MünchKomm/v. Hein (Fn. 5), Einl IPR, Rn. 126. Heinze (Fn. 87), 109 ff.; Heinze (Fn. 87), 108 f.; Heiss/Kaufmann-Mohi (Fn. 87), 189 ff.; Metzger (Fn. 78), 1221.

Verordnung⁹² und der Erbrechts-Verordnung⁹³ europäische Kollisionsnormen zur Ehescheidung sowie zum Erb- und Testamentsrecht. Jedoch gibt es in keinem der beiden Gebiete materiell vereinheitlichtes europäisches Recht. Es ist deshalb anerkannt, dass integraler Bestandteil der Qualifikation im europäischen Kollisionsrecht eine rechtsvergleichende Auswertung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen sein muss⁹⁴. Ob diese Qualifikation auf „europäisch rechtsvergleichender Grundlage“⁹⁵ die Billigung *Ernst Rabels* gefunden hätte, ist freilich unklar. Ihm schwebte schließlich eine Qualifikation auf der Grundlage aller Rechtsordnungen dieser Welt vor. Der Bedeutung der Rechtsvergleichung für das europäische Kollisionsrecht tut dies jedoch keinen Abbruch.

b) Anwaltliche Sachrechtsvergleichung

Bedeutung gewinnt die kollisionsrechtlich veranlasste Sachrechtsvergleichung schließlich auch in der anwaltlichen Beratungspraxis.⁹⁶ Ursächlich dafür ist, dass sich die Parteiautonomie zu einem allgemeinen Anknüpfungsprinzip des europäischen Kollisionsrechts entwickelt hat, das nicht nur das Internationale Schuldvertragsrechts, sondern auch das Kollisionsrecht der außervertraglichen Schuldverhältnisse beherrscht und darüber hinaus immer stärkere Berücksichtigung im Internationalen Familien- und Erbrecht findet.⁹⁷ Für Anwälte, die ihre Mandanten bei internationalen Transaktionen beraten, bietet es sich deshalb mehr denn je an, über den Tellerrand des eigenen nationalen Rechts zu schauen.⁹⁸

⁹² Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 des Rates vom 20. Dezember 2010 zur Durchführung einer verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anwendbaren Rechts, ABl. 2010 L 343/10.

⁹³ Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen und öffentlichen Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, ABl. 2012 L 1201/107.

⁹⁴ *Bariatti* (Fn. 78); *MünchKomm/v. Hein* (Fn. 5), Einl IPR, Rn. 127; *Heiss/Kaufmann-Mohi* (Fn. 87), 192; *Metzger* (Fn. 78), 1221.

⁹⁵ So die Formulierung bei *H.J. Sonnenberger*, Randbemerkungen zum Allgemeinen Teil eines europäisierten IPR, in: *Festschrift für Jan Kropholler* (2008), 227, 240.

⁹⁶ Siehe dazu ausführlich *Flessner*, *Rechtsvergleichung und Kollisionsrecht* (Fn. 4), 408 ff.; *ders.*, *Bedeutung der Rechtsvergleichung* (Fn. 4), 9 ff.; *Michaels* (Fn. 16).

⁹⁷ Siehe dazu *C. Kohler*, *L'autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel entre libéralisme et étatismes*, *Recueil des cours* 359 (2012), 287 ff.; *G. Rühl*, *Rechtswahlfreiheit im Europäischen Kollisionsrecht*, in: *Festschrift für Jan Kropholler* (2008) 187 ff.; *dies.*, *Rechtswahl*, in: *J. Basedow/K. Hopt/R. Zimmermann* (Hg.) (Fn. 11), 1270 ff. Siehe außerdem den Überblick bei *G. Rühl*, *Statut und Effizienz* (2011), 325 ff.

⁹⁸ *Flessner*, *Rechtsvergleichung und Kollisionsrecht* (Fn. 4), 408 ff.; *ders.*, *Bedeutung der Rechtsvergleichung* (Fn. 4), 9 ff.

Hinzukommt, dass der europäische Gesetzgeber einer Partei in manchen Fällen gestattet, das anwendbare Recht einseitig durch Ausübung einer Option zu bestimmen. So findet nach Art. 6 Abs. 3 lit. a) Rom II-VO⁹⁹ bei Wettbewerbsverletzungen zwar grundsätzlich das Recht des Staates Anwendung, dessen Markt beeinträchtigt wird. Wird allerdings der Markt in mehr als einem Staat beeinträchtigt, so kann ein Geschädigter seinen Anspruch auf das Recht eines anderen Staates stützen, wenn er in diesem Staat klagt und sofern auch der Markt in diesem Staat beeinträchtigt wurde. Eine ähnliche Vorschrift findet sich in Art. 8 Rom II-VO. Danach ist auf außervertragliche Schuldverhältnisse aus einer Umweltschädigung oder einem aus einer solchen Schädigung herrührenden Personen- oder Sachschaden das nach Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO geltende Recht und damit das Recht des Erfolgsortes anzuwenden, es sei denn, der Geschädigte hat sich dazu entschieden, seinen Anspruch auf das Recht des Staates zu stützen, in dem das schadensbegründende Ereignis eingetreten ist, also auf das Recht des Handlungsortes. In beiden Fällen räumt der Gesetzgeber dem Geschädigten ein Wahlrecht ein, das er nur sinnvoll ausüben kann, wenn er weiß, welche Konsequenzen mit der Anwendung des einen oder anderen Rechts verbunden sind. Er bzw. seine Berater und Anwälte müssen also vergleichen und sich die Vor- und Nachteile einer eventuellen Rechtswahl deutlich vor Augen führen.¹⁰⁰

III. Desiderata

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass die Rechtsvergleichung für das Kollisionsrecht im Allgemeinen und das europäische Kollisionsrecht im Besonderen von großer Bedeutung ist. Der geneigte Leser wird sich deshalb – vollkommen zu Recht – fragen, warum die Rechtsvergleichung im Titel dieses Beitrags als die „vergessene Dimension“ des europäischen Kollisionsrechts bezeichnet wird. Ich hatte es bereits eingangs angedeutet: Trotz der allgemein anerkannten Bedeutung der Rechtsvergleichung für das Kollisionsrecht im Allgemeinen und das europäische Kollisionsrecht im Besonderen, spielen rechtsvergleichende Überlegungen in der Realität des europäischen Kollisionsrechts nicht die Rolle, die sie nach meinen bisherigen Ausführungen und nach meinem Dafürhalten spielen sollten. Diese These stützt sich auf vier Beobachtungen.

⁹⁹ Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), ABl. 2007 L 199/40.

¹⁰⁰ MünchKomm/v. *Hein* (Fn. 5), Einl. IPR, Rn. 322.

1. Wissenschaftliche Kollisionsrechtsvergleichung

Die erste Beobachtung bezieht sich auf die wissenschaftliche Kollisionsrechtsvergleichung. Wer die europäische Literatur zum neu entstandenen europäischen Kollisionsrecht der letzten 10 bis 15 Jahre durchsieht, stellt fest, dass mit der Verabschiedung der einschlägigen europäischen Verordnungen der rechtsvergleichende Diskurs im Wesentlichen erloschen ist.¹⁰¹ Europaweit steht die Ordnung, Durchdringung und Systematisierung des – zugegebenermaßen immer dichter, umfassender und unüberschaubar werdenden – europäischen Kollisionsrechts im Mittelpunkt der wissenschaftlichen Aufmerksamkeit. In einer Fülle von Monographien, Tagungsbänden, Kommentierungen und Aufsätzen werden einzelne Vorschriften und Rechtsakte des europäischen Kollisionsrechts erörtert, analysiert und kritisiert. Daneben werden Vorschläge zur Verbesserung und zur Reform unterbreitet. Beiträge aus jüngerer Zeit betrachten die einschlägigen Regelungen darüber hinaus aus einer übergeordneten, der inneren Kohärenz und Stimmigkeit verpflichteten Warte und versuchen, sie einer übergreifenden Ordnung zuzuführen.¹⁰² Diskutiert wird dabei beispielsweise ob die einzelnen Rechtsakte gemeinsame Prinzipien enthalten und ob diese im Interesse der Stringenz in einem Allgemeinen Teil oder einer Rom 0-Verordnung zusammengeführt werden sollten.¹⁰³ Daneben hat sich kürzlich eine Gruppe europäischer Wissenschaftler in einer vom Europäischen Parlament in Auftrag gegebenen Studie mit Lücken und Inkohärenzen im europäischen Internationalen Privatrecht beschäftigt und Perspektiven für die weitere Entwicklung aufgezeigt.¹⁰⁴ Schließlich ist zuletzt von zahlreichen Wissenschaftlern die Frage aufgeworfen worden, worauf die Aktivitäten des europäischen Gesetzgebers hinauslaufen sollen.¹⁰⁵ Sollte am

¹⁰¹ Ebenso die Einschätzung von *Michaels* (Fn. 16); *Reimann*, Comparative Law (Fn. 18), 1372 f.

¹⁰² Siehe zum Beispiel die Beiträge in *M. Fallon/P. Lagarde/S. Poillot-Peruzetto* (Hg.), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?* (2011); *S. Leible/H. Unberath* (Hg.) (Fn. 47); *S. Leible* (Hg.), *General Principles of European Private International Law* (2016); *G. Reichelt* (Hg.), *Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR* (2007); v. *Hein/Rühl* (Hg.), *Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union* (2016).

¹⁰³ *Heinze* (Fn. 87), 105 ff.; *Kreuzer* (Fn. 90), 1 ff.; *S. Leible/M. Müller*, *A General Part for European Private International Law?, The Idea of a Rome 0-Regulation*, *YbPIL* 14 (2012/2013), 137; *S. Leible*, *Auf dem Weg zu einer Rom 0-Verordnung*, in: *Festschrift für Dieter Martiny* (2014), 429. Siehe außerdem die Beiträge in *S. Leible/H. Unberath* (Hg.) (Fn. 47) und in *S. Leible* (Hg.) (Fn. 102).

¹⁰⁴ *X. Kramer/M. de Rooij/V. Lasic/R. Blauwhoff/L. Frohn*, *A European framework for private international law: current gaps and future perspectives* (2012).

¹⁰⁵ *J. Basedow*, *Kodifizierung des europäischen Internationalen Privatrechts?*, *RabelsZ* 75 (2011), 671; *M. Czepelak*, *Would we like to have a European Code of Private International?*, *ERPL* 2010, 705 ff.; *Kieninger*, *Das Europäische IPR vor der Kodifikation*, in: *Festschrift für Bernd von Hoffmann* (2011), 184 ff.; *X. Kramer*, *Current gaps and future*

Ende des Weges – wie von vielen Autoren¹⁰⁶ und wohl auch vom Europäischen Parlament¹⁰⁷ und der Europäischen Kommission¹⁰⁸ befürwortet – die Kodifikation des europäischen Internationalen Privatrechts in einem einheitlichen Gesetzbuch stehen? Wie sollte ein solches aussehen? Welche Fragen sollten wie geregelt werden?

Eine rechtsvergleichende Perspektive wird in diesen Beiträgen – von punktuellen Ausnahmen abgesehen¹⁰⁹ – nicht eingenommen. Das europäische Kollisionsrecht wird weder als Ganzes noch in Bezug auf einzelne Regelungen oder Regelungskomplexe ins Verhältnis zu außereuropäischen, drittstaatlichen Kollisionsrechtssystemen gesetzt. Desgleichen wird nicht versucht, aus dem Vergleich Einsichten für das europäische Kollisionsrecht und seine zukünftige Entwicklung abzuleiten. Die von Europa ausgehende Diskussion ist ganz überwiegend nach „innen“ gerichtet, was mittlerweile auch im außer-

perspectives in European private international law: towards a code on private international law? (2012); *dies.*, European Private International Law: the way forward (2014); *P. Lagarde*, Embryon de Règlement portant Code européen de droit international privé, *RabelsZ* 75 (2011), 673 ff.; *Rühl/v. Hein*, *RabelsZ* 79 (2015), 701; *T. Rauscher*, Ein „Code of EC-Conflict Law“?, in: Festschrift für Rudolf Machacek und Franz Matscher (2008), 665 ff.

¹⁰⁶ *Czpelak*, ERPL 2010, 705 ff. Skeptischer demgegenüber *E.-M. Kieninger*, in: Festschrift für Bernd von Hoffmann (2011), S. 184 ff.; *Rühl/v. Hein*, *RabelsZ* 79 (2015), 701, 726 ff.

¹⁰⁷ Entschließung des Europäischen Parlaments vom 7. September 2011 (2009/2140/INI) Ziffer 2: „[...] meint, dass letztlich eine umfassende Kodifizierung des internationalen Privatrechts angestrebt werden könnte.“

¹⁰⁸ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Die EU-Justizagenda für 2020 – Stärkung von Vertrauen, Mobilität und Wachstum in der Union, COM(2014) 144 endg. No. 4.2.: „Seit dem Jahr 2000 hat die EU eine erhebliche Anzahl an Vorschriften im Bereich des Zivil- und Handelsrechts und des Kollisionsrechts erlassen. Die EU sollte prüfen, ob eine Kodifizierung der existierenden Rechtsinstrumente insbesondere für den Bereich des Kollisionsrechts nützlich sein könnte.“

¹⁰⁹ Siehe zum Beispiel *R. Michaels*, Die europäische IPR-Revolution: Regulierung, Europäisierung, Mediatisierung, in: Festschrift für Jan Kropholler (2008), 151 ff. Siehe außerdem die schon etwas älteren Beiträge von *J. Kropholler/J. v. Hein*, From Approach to Rule-Oriented in American Tort Conflicts?, in: J.A.R. Nafziger/S. Symeonides (Hg.), Law and Justice in a Multistate World (2002), 317 ff.; *G. Rühl*, Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency, in: E. Gottschalk/R. Michaels/G. Rühl/J. v. Hein (Hg.), Conflict of Laws in a Globalized World (2007), 153 ff.; *G. Rühl*, Consumer Protection in Choice of Law, *Cornell Int'l L. J.* 44 (2011), 569 ff.; *F. Vischer*, New Tendencies in European Conflict of Laws and the Influence of U.S. Doctrine – A Short Survey, in: J. Nafziger/S. Symeonides (Hg.) (diese Fn.), 459 ff. Siehe außerdem die Beiträge in *J. Basedow/H. Baum/Y. Nishitani* (Hg.), Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective (2008); *J. Basedow/K. Pißler* (Hg.), Private International Law in Mainland China, Taiwan and Europe (2014).

europäischen Ausland registriert wird. So stellt *Mathias Reimann* im *Oxford Handbook of Comparative Law* fest:

„[...] beginning in the late 1980s, European conflicts scholars focused their attention on the new and urgent problems created by the acceleration of European integration. Especially because of these new challenges at home, European private international law began to turn inward, and today, continental scholars rarely look beyond the boundaries of the European Union anymore.“¹¹⁰

Zum Teil wird die Konzentration auf das europäische Recht und die europäische Debatte sogar als „parochial“ beschrieben. So formuliert *Ralf Michaels* in der *European Encyclopedia of Private International Law*:

„For a long time, there have been attempts to formulate general principles of private international law on the basis of comparison. Such formulation has been made more difficult after the rise of the radically different approach to private international law in the US; it has become less interesting to Europeans since their attention has been captured, almost exclusively (and somewhat parochially), by the creation of European private international law.“¹¹¹

Über die Ursachen für den aufkommenden „European parochialism“ lässt sich selbstredend trefflich spekulieren. Eine Rolle spielt sicherlich die schiere Menge an Material und die unglaubliche Dynamik der Entwicklung. Tatsächlich ist die europäische Kollisionsrechtsvereinheitlichung in der Geschichte des Internationalen Privatrechts ohne Beispiel. Es ist deshalb nachvollziehbar, dass sich die Wissenschaft in den letzten Jahren auf den europäischen Stoff gestürzt und rechtsvergleichende Überlegungen zurückgestellt hat. Zur rechtsvergleichenden Zurückhaltung mag ergänzend die Vorstellung beigetragen haben, dass der Blick über den europäischen Tellerrand angesichts der Besonderheiten Europas und des europäischen Binnenmarktes nicht fruchtbar sein kann. Unter Umständen hat sich aber auch das Gefühl breitgemacht, dass Europa im Bereich des Kollisionsrechts Maßstäbe setzt und dass sich andere an uns und nicht wir uns an anderen zu orientieren haben. Genährt werden mag dieses Gefühl dadurch, dass dem europäischen Kollisionsrecht aus dem außereuropäischen Ausland ein starkes Interesse entgegengebracht wird. Tatsächlich fehlt es nicht an Beiträgen, die sich aus der Perspektive von Drittstaaten mit den einschlägigen Regelungen des europäischen Rechts auseinandersetzen und die Frage stellen, ob und wenn wie sich das europäische Recht für das eigene (drittstaatliche) Kollisionsrecht fruchtbar machen lässt.¹¹²

¹¹⁰ *Reimann*, Comparative Law (Fn. 11), 1372 f.

¹¹¹ *Michaels* (Fn. 16).

¹¹² Siehe zum Beispiel *C. Fresnedo de Aguirre/D.P. Fernandez Arroyo*, A Quick Latin American Look at the Rome II Regulation, *YbPIL* 9 (2007), 193 ff.; *P.J. Kozyris*, Rome II: Tort Conflicts on the Right Track!, *Am. J. Comp. L.* 46 (2008), 471; *R. Mortensen*, A Common Law Cocoon: Australia and the Rome II Regulation, *YbPIL* 9 (2007), 203 ff.; *Y. Nishitani*, The Rome II Regulation from a Japanese Point of View, *YbPIL* 9 (2007),

Zuweilen lässt sich außerdem deutlich erkennen, dass das europäische Kollisionsrecht Pate für ausländische Regelwerke gestanden hat.¹¹³ So orientieren sich beispielsweise Art. 11 des neuen japanischen IPR-Gesetzes¹¹⁴ und § 27 Abs. 1 des neuen koreanischen IPR-Gesetzes¹¹⁵ im Hinblick auf den kollisionsrechtlichen Schutz des Verbrauchers vor den Gefahren einer Rechtswahl ersichtlich an Art. 5 Abs. 2 EVÜ¹¹⁶ bzw. Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO. Letzteres spricht zweifelsohne für die Qualität und die Sichtbarkeit des vom europäischen Gesetzgeber geschaffenen dichten Netzes an Kollisionsnormen. Eine Entschuldigung für das von Europa ausgehende Desinteresse am außereuropäischen Kollisionsrecht ist dies jedoch nicht.

2. Judikative Kollisions- und Sachrechtsvergleichung

Die zweite Beobachtung bezieht sich auf die judikative Kollisions- und Sachrechtsvergleichung, die im Rahmen der autonomen Auslegung des europäischen Kollisionsrechts sowie im Rahmen der autonomen Qualifikation gefordert wird. Hier zeigt sich, dass insbesondere der EuGH rechtsvergleichende Überlegungen vernachlässigt, zumindest nicht ausreichend dokumentiert. Diese These mag überraschen, nachdem eben noch die *Eurocontrol*-Entscheidung zitiert wurde, in der der EuGH die Bedeutung allgemeiner Rechtsgrundsätze und damit der Rechtsvergleichung betont. Allerdings stammt die *Eurocontrol*-Entscheidung aus dem Jahr 1976. Seitdem ist nicht nur die europäische Integration rasant vorangeschritten. Auch die Rechtsprechung des EuGH hat sich weiterentwickelt – und verändert: Postulierte der EuGH im Bereich des Internationalen Privat- und Prozessrechts in den 70er Jahren noch regelmäßig die Bedeutung allgemeiner Rechtsgrundsätze,¹¹⁷ formuliert er heute in

175 ff.; Y. Okuda, A Short Look at Rome I on Contract Conflicts from a Japanese Perspective, YbPIL 10 (2008), 301 ff.; S. Symeonides, Rome II and Tort Conflicts: A missed Opportunity, Am. J. Comp. L. 56 (2008), 173; ders., Party autonomy in Rome I and II: an outsider's perspective, NIPR 2010, 191 ff.

¹¹³ Ebenso Michaels (Fn. 16).

¹¹⁴ Gesetz Nr. 78 vom 21. Juni 2006 über die allgemeinen Regeln über die Anwendung von Gesetzen, deutsche Übersetzung abgedruckt in IPRax 2007, 560 ff.

¹¹⁵ Gesetz Nr. 6465 über das Internationale Privatrecht der Republik Korea vom 7. April 2001, deutsche Übersetzung abgedruckt in RabelsZ 70 (2006), 342 ff.

¹¹⁶ Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, aufgelegt zur Unterzeichnung am 19. Juni 1980 im Rom, ABl. 1980 L 266/1.

¹¹⁷ EuGH, 21.6.1977, Rs. 150/11 (*Bertrand*), Slg. 1977, 1432, Rn. 19/22 (zum Begriff des Teilzahlungskaufs i.S.v. Art. 13 EuGVÜ); EuGH, 22.2.1979, Rs. 133/78 (*Gourdain*), Slg. 1979, 734, Rn. 3 (zum Begriff des Konkurses i.S.v. Art. 1 Abs. 1 Nr. 2 EuGVÜ); EuGH, 16.12.1980, Rs. 814/79 (*Rüffer*), Slg. 1980, 3808, Rn. 7 (zum Begriff der Zivil- und Handelssache i.S.v. Art. 1 Abs. 1 EuGVÜ); EuGH, 21.4.1993, Rs. 172/91 (*Sonntag*), Slg. 1993, I-1963, Rn. 18 (zum Begriff der Zivilsache in Art. 1 Abs. 1 EuGVÜ). Siehe zum Ganzen ausführlich Metzger (Fn. 59), 334 ff., 340 f., 347 f.

den einschlägigen Entscheidungen ganz überwiegend, dass das europäische Sekundärrecht im Lichte oder unter Berücksichtigung seiner Systematik und seiner Zielsetzung auszulegen ist.¹¹⁸ Zuweilen fügt er noch die Entstehungsgeschichte hinzu.¹¹⁹ Von allgemeinen Rechtsgrundsätzen der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen ist demgegenüber nur noch selten¹²⁰ und wenn überhaupt nur noch im Hinblick auf den Begriff der Zivil- und Handelssache die Rede.¹²¹

Auch in der Sache argumentiert der EuGH nicht, auch nicht ergänzend oder unterstützend mit den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen.¹²² Beispielfhaft verwiesen sei hier zunächst einmal auf die Rechtssache *Tacconi*, in der

¹¹⁸ Zur Brüssel I-VO EuGH, 13.7.2006, Rs. 103/05 (*Reisch Montage*), Slg. 2006, I-6840, Rn. 29 (zu Art. 6 Nr. 1 Brüssel I-VO); EuGH, 14.12.2006, Rs. 283/05 (*ASML*), Slg. 2006, I-12067, Rn. 22 (zu Art. 34 Brüssel I-VO); EuGH, 6.7.2009, Rs. 189/08 (*Zuid-Chemie*), Slg. 2009, I-6917, Rn. 17 (zu Art. 5 Nr. 3 Brüssel I-VO); EuGH, 2.10.2008, Rs. 372/07 (*Hassett und Doherty*), Slg. 2008, I-07403, Rn. 17 (zu Art. 22 Nr. 2 Brüssel I-VO); EuGH 23.4.2009, Rs. 167/08 (*Draka NK Cables u.a.*), Slg. 2009, I-03477, Rn. 19 (zu Art. 43 Abs. 1 Brüssel I-VO); EuGH, 7.10.2010, Rs. 585/08 und 144/09 (*Pammer/Alpenhof*) Rn. 55 (zu Art. 15 Abs. 1 lit. c) Brüssel I-VO); EuGH, 6.9.2012, Rs. 190/11 (*Mühlleitner*), ECLI:EU:C:2012:542, Rn. 28 (zu Art. 15 Abs. 1 lit. c) Brüssel I-VO); EuGH, 3.10.2013, Rs. 170/12 (*Pinckney*), ECLI:EU:C:2013:635, Rn. 23 (zu Art. 5 Nr. 3 Brüssel I-VO); EuGH, 16.1.2014, Rs. 45/13 (*Pantherwerke*), ECLI:EU:C:2014:7, Rn. 19 (zu Art. 5 Nr. 3 Brüssel I-VO); EuGH, 13.3.2014, Rs. 548/12 (*Brogstetter*), ECLI:EU:C:2014:148, Rn. 18 (zu Art. 5 Nr. 1 lit. a) Brüssel I-VO); EuGH, 28.1.2015, Rs. 375/13 (*Kolassa*), ECLI:EU:C:2015:37, Rn. 37 (zu Art. 5 Nr. 3 Brüssel I-VO). Ebenso schon zum EuGVÜ EuGH, 17.6.1992, Rs. 26/91 (*Handte*), Slg. 1992, I-3990, Rn. 10 (zu Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ); EuGH, 19.1.1993, Rs. 89/91 (*Shearson Lehman Hutton*), Slg. 1993, I-139, Rn. 13 (zu Art. 13 EuGVÜ); EuGH, 3.7.1997, Rs. 269/95 (*Benincasa*), Slg. 1997, I-3767, Rn. 12 (zu Art. 13 EuGVÜ); EuGH, 11.7.2002, Rs. 96/00 (*Gabriel*), Slg. 2002, I-6384, Rn. 37 (zu Art. 5 Nr. 1 und 3 EuGVÜ); EuGH, 15.1.2004, Rs. 433/01 (*Blijdenstein*), Slg. 2004, I-991 Rn. 24 (zu Art. 5 Nr. 2 EuGVÜ); EuGH, 20.1.2005, Rs. 27/02 (*Engler*) Slg. 2005, I-499, Rn. 33 (zu Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ).

¹¹⁹ Siehe zum Beispiel EuGH, 3.5.2007, Rs. 386/05 (*Color Drack*), Slg. 2007, I-3727, Rn. 18 (zu Art. 5 Nr. 1 lit. b) Brüssel I-VO). Siehe zu den unterschiedlichen vom EuGH verwendeten Formeln *Heinze* (Fn. 87), 110, Fn. 35.

¹²⁰ Ebenso die Beobachtung von *Metzger* (Fn. 53), 340 f.

¹²¹ Siehe zum Beispiel EuGH, 15.5.2003, Rs. 26601 (*Préservatrice foncière TIARD*), Slg. 2003, I-4867, Rn. 20; EuGH, 14.11.2002, Rs. 271/00 (*Baten*), Slg. 2002, I-10489, Rn. 28; EuGH, 18.5.2006, Rs. 343-04 (*ČEZ*), Slg. 2006, I-4557, Rn. 22; EuGH, 15.2.2007, Rs. 292/05 (*Lechouritou*), Slg. 2007, I-1519 Rn. 29; EuGH, 27.11.2007, Rs. 435/06, (*C*), Slg. 2007, I-10169, Rn. 40; EuGH, 28.4.2009, Rs. 420/07 (*Apostolides*), ECLI:EU:C:2009:271, Rn. 41; EuGH, 23.10.2014, Rs. 302/13 (*flyLAL*), ECLI:EU:C:2014:2319, Rn. 24. Ebenso GA Trstenjak, 28.11.2012, Rs. 645/11 (*Sapir et al.*), ECLI:EU:C:2012:757, Rn. 42; GA Kokott, 11.4.2014, Rs. 49/12 (*Sunico*), ECLI:EU:C:2013:231, Rn. 40.

¹²² Ebenso die Beobachtung von *Metzger* (Fn. 53), 340 f. sowie im Hinblick auf das Europäische Privatrecht *Grundmann/Riesenhuber*, JuS 2001, 529, 533.

es bekanntermaßen um die Qualifikation der *culpa in contrahendo* ging.¹²³ Sie wird häufig zitiert, um die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die autonome Auslegung und Qualifikation darzutun. Tatsächlich beruft sich der EuGH in der Entscheidung aber mit keinem Wort auf rechtsvergleichende Überlegungen. Auch in anderen Entscheidungen zum Internationalen Privat- und Prozessrecht recurriert das oberste europäische Gericht nicht auf die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, sondern ausschließlich auf den Wortlaut, die Systematik und die Zielsetzungen des jeweiligen Rechtsaktes sowie zunehmend auf seine eigene Rechtsprechung. Erwähnt seien an dieser Stelle nur die Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen *Gabriel, Engler* und *Ilsinger* zur Qualifikation von Gewinnzusagen.¹²⁴ Obwohl der EuGH hier die Frage beantworten musste, ob und unter welchen Voraussetzungen zwischen dem Versender und dem Empfänger einer Gewinnzusage ein Vertrag i.S.v. Art. 13 EuGVÜ bzw. Art. 15 Brüssel I-VO zustande kommt, fehlen in allen drei Entscheidungen Überlegungen dazu, ob und unter welchen Voraussetzungen die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen Gewinnzusagen als Vertrag ansehen.

Ein ähnlicher Mangel an rechtsvergleichender Orientierung zeigt sich schließlich auch bei einem Blick auf eine jüngst ergangene Entscheidung, die hier deswegen hervorgehoben werden soll, weil sie das europäische Kollisionsrecht unmittelbar betrifft.¹²⁵ In der Rechtssache *Lazar* hatte der EuGH auf Vorlage eines italienischen Gerichts darüber zu entscheiden, wo der Erfolgsort i.S.v. Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO liegt, wenn eine Person in einem Mitgliedstaat an den Folgen eines Straßenverkehrsunfalls stirbt und ihre in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Angehörigen Ersatz der ihnen durch den Tod entstandenen Vermögens- und Nichtvermögensschäden verlangen. Da es in der Sache um die Frage ging, was ein kollisionsrechtlich relevanter Schaden ist und ob Schäden, die Angehörige beim Tod eines ihnen nahestehenden Menschen erleiden, darunter fallen oder nicht, hätte es nahegelegen, sich im Wege einer rechtsvergleichenden Umschau einen Überblick über den Begriff des Schadens in den mitgliedstaatlichen Sach- und Kollisionsrechten zu verschaffen. Der EuGH aber betont, dass Art. 4 Rom II-VO autonom auszulegen sei und dass dabei nach ständiger Rechtsprechung der Wortlaut der Vorschrift sowie ihr Zusammenhang und ihre Ziele zu berücksichtigen seien.¹²⁶ Sodann verweist er (lediglich) auf verschiedene Vorschriften der Rom II-VO sowie ihr Ziel, Klarheit über das anwendbare Recht zu schaffen, und er kommt zu

¹²³ EuGH, 14.9.2002, Rs. 334/00 (*Tacconi*), Slg. 2002, I-7383. Siehe dazu ausführlich Metzger (Fn. 53), 416 ff.

¹²⁴ EuGH, *Gabriel* (Fn. 119) (zu Art. 13 EuGVÜ); EuGH, *Engler* (Fn. 119) (zu Art. 13 EuGVÜ); EuGH, *Ilsinger* (Fn. 119) (zu Art. 15 Brüssel I-VO).

¹²⁵ EuGH, 10.12.2015, Rs. 340/14 (*Lazar*), ECLI:EU:C:2015:802.

¹²⁶ EuGH, *Lazar* (Fn. 125), Rn. 21.

dem Ergebnis, dass Vermögens- und Nichtvermögensschäden naher Angehöriger keine Schäden i.S.v. Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO, sondern unbeachtliche indirekte Schadensfolgen sind.

Insgesamt legt der EuGH damit zumindest *prima facie* eine ähnliche rechtsvergleichende Zurückhaltung an den Tag wie die Kollisionsrechtswissenschaft. Allerdings liest man häufig, der EuGH stelle selbstverständlich in jedem Fall rechtsvergleichende Überlegungen an, diese kämen in den Urteilen jedoch nicht immer zum Ausdruck.¹²⁷ *Otto Riese*, der erste deutsche Richter am EuGH hat die Praxis des Gerichtshofs bereits in den 1960er Jahren wie folgt beschrieben:

„Bei seiner Rechtsprechung berücksichtigt der Gerichtshof selbstverständlich soweit als möglich alle erreichbaren Quellen, setzt sich mit der einschlägigen wissenschaftlichen Literatur auseinander und nimmt häufig eingehende rechtsvergleichende Studien vor, die freilich zuweilen noch weiter hätten vertieft werden sollen. Dies alles kommt in den Urteilen – im Gegensatz zu den Schlussanträgen der Generalanwälte – nicht zum Ausdruck, da der Gerichtshof sich seit Beginn seiner Tätigkeit dazu entschlossen hat, in den Urteilen auf Zitate zu verzichten, [...]“¹²⁸

Ob und inwiefern diese allgemeinen ohne Bezug zu einem bestimmten Rechtsgebiet gemachten Ausführungen auch die (heutige) Praxis des EuGH im Bereich des Internationalen Privat- und Prozessrechts zutreffend beschreiben, ob der EuGH in den einschlägigen Entscheidungen also rechtsvergleichende Überlegungen anstellt, ohne dies zu erkennen zu geben, ist freilich unklar. Auch die Äußerungen anderer Richter und anderer Personen mit Einblick in die Arbeitsweise des EuGH geben insofern keinen Aufschluss.¹²⁹ Wie oben gesehen ist der EuGH allerdings in den 1970er Jahren nicht davor zurückgeschreckt, in Entscheidungen zum Internationalen Privat- und Prozessrecht rechtsvergleichende Überlegungen anzustellen und diese auch offenzulegen.¹³⁰ Gleiches gilt für jüngere Entscheidungen, soweit sie den Begriff

¹²⁷ *Daig* (Fn. 55), 411 ff.; *Drobnig*, General Report, in: U. Drobnig/S. v. Erp (Hg.), *The Use of Comparative Law in the Courts* (1999), 3, 11, Rn. 21; *U. Everling*, *Rechtsvereinheitlichung durch Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, *RabelsZ* 50 (1986), 193, 211; *C.N. Kakouris*, *L'utilisation de la Méthode Comparative par la Cour de Justice des Communautés Européennes*, in: U. Drobnig/S. v. Erp (Hg.) (diese Fn.), 97, 104, Rn. 33 sowie 105, Rn. 35; *ders.*, *The Use of the Comparative Method by the Court of Justice of the European Communities*, *Pace Int'l L. Rev.* 6 (1994), 267, 275 ff.; *K. Lenaerts*, *Le droit comparé dans le travail du juge communautaire*, *RTD eur* 37 (2001), 487, 489 ff.; *P. Pescatore*, *Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés Européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres*, *Rev. int. dr. comp.* 32 (1980), 337, 338 ff.; *Rodriguez Iglesias*, *NJW* 1999, 1, 8; *Schwartz* (Fn. 30), 64 f.

¹²⁸ *O. Riese*, *Das Sprachproblem in der Praxis des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, in: *Festschrift für Hans Dölle*, Band II (1963), 507, 516.

¹²⁹ Siehe dazu die Nachweise oben in Fn. 127.

¹³⁰ Siehe dazu die Nachweise oben in Fn. 117.

der Zivil- und Handelssache betreffen.¹³¹ Dass sich der EuGH in anderen Fällen der Rechtsvergleichung bedient, dies aber nicht offenlegt, lässt sich vor diesem Hintergrund zwar nicht ausschließen, vermag aber nicht so recht einzuleuchten. Näher liegt die Vermutung, dass der EuGH sich zwar gern rechtsvergleichend inspirieren lässt, dass das Maß der Rechtsvergleichung aber hinter dem einer veröffentlichungsfähigen rechtsvergleichenden Studie zurückbleibt.

Bestätigt wird diese Vermutung nicht nur durch *Otto Riese* selbst, der davon spricht, dass rechtsvergleichenden Studien zuweilen vertiefter ausfallen könnten, sondern auch durch die Beschreibungen anderer EuGH-Richter.¹³² So weist beispielsweise *C.N. Kakouris* wie *Otto Riese* darauf hin, dass der EuGH seine Entscheidungen fast immer rechtsvergleichend vorbereite.¹³³ Bei der Illustration dieser Behauptung wird es allerdings vage: Die Generalanwälte verglichen „häufig“ verschiedene nationale Rechtsordnungen. Zudem beauftrage der EuGH „oft“ seinen Wissenschaftlichen Dienst mit rechtsvergleichenden Studien.¹³⁴ „Gelegentlich“ bitte er die Europäische Kommission um Auskünfte zum nationalen Recht. Auch die Parteien machten in ihren Schriftsätzen „häufig“ entsprechende Angaben. Zumindest präsentierten sie ihre Argumente vor dem Hintergrund ihrer eigenen Rechtsordnung und machten auf diese Weise zumindest indirekte Angaben zum nationalen Recht. In jedem Fall sei die Arbeit des EuGH schon deshalb rechtsvergleichend, weil die Richter aus verschiedenen Rechtsordnungen kämen.

Es dürfte vor diesem Hintergrund auf der Hand liegen, dass am EuGH zumindest nicht so systematisch und so umfassend Rechtsvergleichung betrieben wird, wie dies für die Zwecke des Kollisionsrechts, das wie oben gesehen in besonders intensiver Weise – und mehr als andere Rechtsgebiete – auf die Rechtsvergleichung angewiesen ist, erforderlich wäre. Zwar ist es richtig, dass sich bei einigen Generalanwälten zum Teil substantielle rechtsvergleichende Ausführungen zum Recht der Mitgliedstaaten finden. So stellt der Generalanwalt in der Rechtssache *Tacconi* Überlegungen zum italienischen, deutschen, französischen, niederländischen und englischen Recht sowie zu den UNIDROIT-Prinzipien an.¹³⁵ Und auch in der oben erwähnten Rechtssache *Ilsinger*, in der es um die Qualifikation von Gewinnzusagen ging, finden sich in den Schlussanträgen der Generalwältin Ausführungen zum Recht der Mitgliedstaaten, zu den Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts

¹³¹ Siehe dazu die Nachweise oben in Fn. 121.

¹³² *Kakouris* (Fn. 127), 104, Rn. 33 ff.; *ders.*, Pace Int'l L. Rev. 6 (1994), 267, 277. Siehe zur Praxis des EuGH außerdem die Ausführungen von *Daig* (Fn. 55), 411 ff. und *Lenaerts*, RTD eur 37 (2001), 487, 489 ff.

¹³³ *Kakouris* (Fn. 127), 104, Rn. 33; *ders.*, Pace Int'l L. Rev. 6 (1994), 267, 277.

¹³⁴ Siehe ausführlich zum Wissenschaftlichen Dienst und seiner Bedeutung für die rechtsvergleichende Arbeit des EuGH *Singer/Engel*, JDI 2007, 497, 508 ff.

¹³⁵ GA Geelhoed, 31.1.2002, Rs. 334/00 (*Tacconi*), Slg. 2002, I-7359, Rn. 55 ff.

sowie zum Entwurf eines Gemeinsamen Referenzrahmen.¹³⁶ In zahlreichen anderen Schlussanträgen fallen die rechtsvergleichenden Überlegungen allerdings ausgesprochen knapp aus. Beispielhaft genannt seien an dieser Stelle die bereits oben erwähnten Rechtssachen *Engler* und *Lazar*. In der Rechtssache *Engler* belässt es der Generalanwalt bei der knappen Feststellung, dass „in den Rechtsordnungen aller Vertragsstaaten [...] zumindest einige Formen einer einseitigen Verpflichtung, eine bestimmte Handlung zugunsten eines anderen vorzunehmen, gerichtlich durchgesetzt werden“ können.¹³⁷ Und in der Rechtssache *Lazar* stellt der Generalanwalt ohne Nachweise und ohne Details schlicht fest, dass manche Rechtsordnungen Verwandten des Opfers einen eigenen Schadensersatzanspruch zusprechen, manche nicht.¹³⁸ In anderen Schlussanträgen fehlen rechtsvergleichende Überlegungen schließlich ganz. Als Beispiel sei die Rechtssache *Kolassa* genannt, in der es um die Frage ging, ob zwischen einem Verbraucher und der Emittentin eines Wertpapiers ein Vertrag zustande kommt, wenn der Verbraucher das Zertifikat nicht direkt von der Emittentin, sondern über einen Dritten erwirbt und zudem nicht Inhaber des Zertifikats wird, sondern lediglich von dem Dritten Übertragung verlangen kann.¹³⁹ Hier enthält sich nicht nur der EuGH, sondern auch der Generalanwalt jeder Äußerung zum Recht der Mitgliedstaaten. Umfang und Qualität der rechtsvergleichenden Vorarbeiten durch die Generalanwälte sind vor diesem Hintergrund so unterschiedlich, dass von einer zuverlässigen und systematischen rechtsvergleichenden Aufbereitung, die die rechtsvergleichende Information des EuGH in kollisionsrechtlich relevanten Fällen systematisch sicherstellen würde, nicht die Rede sein kann.

3. Judikative Kollisionsrechtsvergleichung i.w.S.

Die dritte Beobachtung, die die These stützt, dass die Rechtsvergleichung in der Realität des europäischen Kollisionsrechts vernachlässigt wird, bezieht sich auf die judikative Kollisionsrechtsvergleichung im weiteren oder untechnischen Sinne. Sie fordert von Gerichten wie gesehen die Berücksichtigung ausländischer Literatur und Rechtsprechung zum europäischen Kollisionsrecht. Und auch sie kommt regelmäßig zu kurz. Tatsächlich fördern Recherchen in den einschlägigen Datenbanken keine Entscheidungen zu Tage, in der ausländisches Material in nennenswerter Weise aufgearbeitet oder genutzt worden wäre. Wahrgenommen werden lediglich – aber immerhin –

¹³⁶ GA Trstenjak, 11.9.2008, Rs. C-180/06 (*Ilsinger*), ECLI:EU:C:2008:483, Rn. 44 ff. (zum Begriff des Vertrags i.S.v. Art. 15 Brüssel I-VO). Ähnlich GA Jacobs, 8.4.1992, Rs. C-26/91 (*Handte*), Slg. 1992, I-3977, Rn. 16 ff. (zum Begriff des Vertrags i.S.v. Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ).

¹³⁷ GA Jacobs, 8.7.2004, Rs. 27/02 (*Engler*), Slg. 2004, I-484, Rn. 41.

¹³⁸ GA Wahl, 10.9.2015, Rs. 350/14 (*Lazar*), ECLI:EU:C:2015:586, Rn. 33, 34.

¹³⁹ EuGH, *Kolassa* (Fn. 119).

die einschlägigen Entscheidungen des EuGH sowie die Entscheidungen der eigenen nationalen Gerichte.

Auch hier lässt sich über die Ursachen für die rechtsvergleichende Zurückhaltung spekulieren: Mangelnde Ausbildung und mangelndes Bewusstsein mögen eine Rolle spielen. Entscheidender scheinen mir aber schlicht die Schwierigkeiten zu sein, die mit der Beschaffung des einschlägigen Materials verbunden sind: Selbst juristische Fakultäten verfügen regelmäßig nur über einen beschränkten Zugriff auf ausländische Literatur und Rechtsprechung. Insbesondere Bücher sind schwer zu erhalten. Gerichtsbibliotheken stehen regelmäßig noch weit schlechter dar und müssen sich nicht zuletzt in Zeiten knapper Kassen auf das für das tägliche Kerngeschäft wesentliche Material – und damit auf das deutsche Recht – beschränken. Desgleichen müssen Richter, die unter hohem Zeit- und Erledigungsdruck stehen, ihre Akten möglichst schnell und effizient abarbeiten. Für aufwendige – eigene – rechtsvergleichende Recherchen, bleibt folglich keine Zeit. Eng damit zusammen hängt, dass unsere eigene Zunft, die Wissenschaft, nicht immer mit gutem Beispiel voran geht: Wer einen Blick in Kommentare und Lehrbücher wirft, stellt fest, dass die große Masse auf die kollisionsrechtliche Praxis anderer Mitgliedstaaten nicht oder allenfalls punktuell eingeht. Dass ausländisches Schrifttum und ausländische Entscheidungen von Gerichten nicht in Bezug genommen werden, wundert deshalb kaum.

4. *Anwaltliche Sachrechtsvergleichung*

Die letzte Beobachtung bezieht sich schließlich auf die anwaltliche Sachrechtsvergleichung. Auch diese scheint in der Praxis zu kurz zu kommen. Zumindest zeigen zahlreiche Studien, dass Parteien internationaler Verträge – vermutlich unter dem Einfluss ihrer Anwälte und Berater¹⁴⁰ – eine deutliche Präferenz für die Anwendung ihres eigenen Rechts haben.¹⁴¹ Dies mag man als unproblematisch empfinden. Denn schließlich bemisst sich die Vorteilhaftigkeit einer Rechtswahl nicht nur nach der inhaltlichen Qualität des gewählten Rechts, sondern auch nach der Vertrautheit der Parteien oder der Anwälte

¹⁴⁰ Siehe dazu *The English Law Society*, Firm's Cross-Border Work (2010), Charts 5, 6, abrufbar unter <ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/224_en.pdf>.

¹⁴¹ Queen Mary International School of Arbitration, 2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration (2010), Charts 9 und 10, abrufbar unter <www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/123290.pdf>; S. Vogenauer/S. Weatherill, *The European Community's Competence to Pursue the Harmonisation of Contract Law – an Empirical Contribution to the Debate*, in dies. (Hg.), *Harmonisation of European Contract Law: Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice* (2006), 121 (Tabelle 3). Siehe außerdem *The English Law Society* (Fn. 140), Chart 9, wonach die Vertrautheit mit dem anwendbaren Recht einer der wichtigsten Faktoren bei der Wahl des anwendbaren Rechts ist.

mit dem gewählten Recht, dem Zugang zu Informationen über das gewählte Recht sowie den Möglichkeiten seiner Anwendung durch nationale Gerichte.¹⁴² Trotzdem ist der Inhalt des gewählten Rechts ein Faktor, der in die Entscheidung über das anwendbare Recht einfließen sollte. Soweit dies aufgrund mangelnder Beratung, mangelnder Recherche oder mangelnder Zugänglichkeit bislang nicht geschieht, bleibt zumindest unklar, ob die durch das europäische Kollisionsrecht eröffneten Möglichkeiten der Rechtswahlfreiheit im Interesse der Parteien vollständig ausgeschöpft werden.

IV. Perspektiven

Zusammenfassend lässt sich damit feststellen: Die Rechtsvergleichung spielt im europäischen Kollisionsrecht nicht die Rolle, die sie spielen sollte.¹⁴³ Dies ist sowohl unter methodischen als auch unter teleologischen Gesichtspunkten zu bedauern. Denn das erkenntnisbringende Potential der Rechtsvergleichung wird so nicht ausgeschöpft. Die interessante Frage ist deshalb, wie sich die festgestellten Defizite beheben lassen? Drei Forderungen oder Wünsche möchte ich formulieren.

1. Ausbildung

Erstens, die Rechtsvergleichung sollte – ebenso wie das Internationale Privatrecht – einen prominenteren Platz in der juristischen Ausbildung einnehmen. Diese Forderung ist freilich alt, wahrscheinlich so alt wie die Rechtsvergleichung selbst. Der Jubilar höchstpersönlich hat ihr nicht nur in der siebten von „Zehn Thesen zum Elend der deutschen Juristenausbildung“,¹⁴⁴ sondern darüber hinaus in zahlreichen Beiträgen Ausdruck verliehen.¹⁴⁵ Auch vom Wissenschaftsrat wurde sie zuletzt in aller Deutlichkeit formuliert:¹⁴⁶

„Die Vermittlung von Methoden und Wissen, mit denen sich Studierende auf juristische Denk- und Theorietraditionen anderer Länder einstellen und sich auf eine fortschreitend europäisierte Rechtspraxis vorbereiten können, lehrt reflexive Distanz zur eigenen Rechtsordnung und stärkt das wissenschaftliche Verhältnis zum Rechtsstoff. Der Wissenschaftsrat ist deshalb der Meinung, dass im rechtswissenschaftlichen Studium rechtsvergleichende Perspektiven stärker verankert werden sollten. Die Anwendung, Auslegung und Gestaltung

¹⁴² Siehe dazu *Rühl* (Fn. 97), 347 ff.

¹⁴³ Ebenso im Hinblick auf das Internationale Privatrecht im Allgemeinen *Michaels* (Fn. 16).

¹⁴⁴ *H. Kötz*, Zehn Thesen zum Elend der deutschen Juristenausbildung, abgedruckt in: ders., *Undogmatisches* (Fn. 6), 275, 277 f.

¹⁴⁵ Siehe zum Beispiel *Kötz* (Fn. 6), 139 ff.

¹⁴⁶ *Wissenschaftsrat*, Perspektiven der Rechtswissenschaften in Deutschland – Situation, Analysen, Empfehlungen (2012).

des Rechts wird eine intensive Auseinandersetzung mit den Regelungskonzepten anderer Rechtsordnungen und unterschiedlichen Professions- wie Fachkulturen erfordern.“¹⁴⁷

Getan hat sich allerdings – trotz der Einführung der universitären Schwerpunktbereichsausbildung – wenig. Auch dem Wissenschaftsrat ist lediglich eingefallen, dass „ausländische Gäste verstärkt in die Lehre“¹⁴⁸ einbezogen werden müssten. „Ausländische Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler sollten Blockseminare anbieten können und für Vorlesungen gewonnen werden.“¹⁴⁹

Die Hoffnung, der Rechtsvergleichung auf diese Weise zum Durchbruch zu verhelfen, dürfte freilich gering sein. Denn das eigentliche Problem liegt woanders, und zwar in der Struktur des Studiums und des Examens, was den Jubilar in seinen „Zehn Thesen zum Elend der deutschen Juristenausbildung“ zu der Forderung veranlasst hat, die Erste Juristische Staatsprüfung sei abzuschaffen.¹⁵⁰ Die vollständige Abschaffung der Ersten Juristischen Staatsprüfung hieße freilich, das Kind mit dem Bade auszuschütten. Tatsächlich würde es ausreichen, der Rechtsvergleichung und dem ausländischen Recht sowie den Bezügen zum ausländischen Recht einen zentralen Platz in den einschlägigen Prüfungsordnungen einzuräumen.¹⁵¹ Dann würden Lehrpläne nachfolgen und die Anreize der Studenten steigen, sich auf die schwierige Rechtsvergleichung einzulassen. Ergänzend könnten spezielle (Bachelor- oder Master-) Studiengänge eingeführt werden, wie es sie an manchen Universitäten bereits gibt. Daneben ließe sich an einen Ausbau der Weiterbildungsangebote für Richter und Anwälte denken.¹⁵² Alle Maßnahmen zusammen würden langfristig die Grundlage für eine stärkere Berücksichtigung der Rechtsvergleichung in der Praxis legen.

2. Praxis

Zweitens, die kollisionsrechtliche Rechtsvergleichung sollte trotz der mit ihr einhergehenden Kosten und Mühen einen prominenteren Platz in der gerichtlichen Praxis einnehmen. So sollten insbesondere der EuGH und die Generalanwälte nicht davor zurückschrecken, bei der Anwendung und Auslegung europäischen Kollisionsrechts systematisch rechtsvergleichende Überlegun-

¹⁴⁷ Wissenschaftsrat (Fn. 146), 61.

¹⁴⁸ Wissenschaftsrat (Fn. 146), 61.

¹⁴⁹ Wissenschaftsrat (Fn. 146), 61.

¹⁵⁰ Kötz (Fn. 144), 275.

¹⁵¹ So auch schon Rühl/v. Hein, *RabelsZ* 79 (2015), 701, 750. Siehe eingehend zu den Möglichkeiten, die Rechtsvergleichung in der Lehre zur berücksichtigen K.H. Neumayer, *Rechtsvergleichung als Unterrichtsfach*, in: *Festschrift für Konrad Zweigert* (1981), 501 ff.

¹⁵² Siehe dazu auch schon Rühl/v. Hein, *RabelsZ* 79 (2015), 701, 750.

gen anzustellen und diese auch offen zu legen.¹⁵³ Der Grundsatz der autonomen Auslegung und Qualifikation stünde dem wie oben dargelegt nicht im Weg. Im Gegenteil: Eine stärker rechtsvergleichende Orientierung würde dem Geist der autonomen Auslegung entsprechen. Sie würde zudem die Akzeptanz europäischer Entscheidungen fördern und gleichzeitig sicherstellen, dass das europäische Kollisionsrecht den Bezug zu seinen Wurzeln, dem mitgliedstaatlichen Kollisionsrecht nicht verliert. Schließlich würde sie die Arbeit des EuGH an vielen Stellen erleichtern. Denn dieser müsste das Rad nicht jedes Mal neu erfinden, sondern könnte vorhandene Lösungen für den europäischen Kontext fruchtbar machen.¹⁵⁴

Um die zusätzliche Arbeitsbelastung, die mit einem Mehr an Rechtsvergleichung einhergeht abzufedern, müsste im Zweifel die Anzahl der Mitarbeiter oder der Generalanwälte (weiter) erhöht¹⁵⁵ oder nach Art. 257 AEUV ein spezielles Gericht für den Bereich des Internationalen Privatrechts geschaffen werden.¹⁵⁶ Bei der Auswahl der Generalanwälte und Richter, zumindest aber bei der Auswahl der ihnen zugewiesenen Mitarbeiter sollte zudem noch stärker auf rechtsvergleichende Expertise geachtet werden. Insgesamt dürfte der EuGH aber bereits jetzt gut, zumindest besser als irgendein anderes Gericht in der Lage sein, ein Mehr an Rechtsvergleichung in der Sache oder zumindest in der Dokumentation zu stemmen. Denn zum einen stammen seine Mitglieder aus unterschiedlichen Rechtsordnungen. Und zum anderen verfügt der EuGH über eine sehr gute Bibliothek sowie über einen Wissenschaftlichen Dienst, der systematisch Unterstützung leisten kann.

Neben dem EuGH sollten außerdem auch die mitgliedstaatlichen Gerichte stärker rechtsvergleichend arbeiten und im Interesse der einheitlichen Anwendung des europäischen Kollisionsrechts stärker als bislang Literatur und Rechtsprechung aus anderen Mitgliedstaaten berücksichtigen. Dagegen sollte nicht eingewandt werden, dass der Blick ins Ausland zeit- und kostenintensiv sei und den nationalen Richter überfordere.¹⁵⁷ Denn nationale Gerichte würden sich durch die Berücksichtigung ausländischer Literatur und Rechtspre-

¹⁵³ Ebenso im Hinblick auf das europäische Privat- und Wirtschaftsrecht *O. Remien*, Einheit, Mehrstufigkeit und Flexibilität im europäischen Privat- und Wirtschaftsrecht, *RabelsZ* 62 (1998), 627, 646: „Mehr Rechtsvergleichung durch den EuGH!“

¹⁵⁴ Ebenso im Hinblick auf das europäische Privat- und Wirtschaftsrecht *Remien*, *RabelsZ* 62 (1998), 627, 646.

¹⁵⁵ Die Anzahl der Generalanwälte wurde zuletzt zum Oktober 2015 auf elf erhöht.

¹⁵⁶ *H. Rösler*, Europäische Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts – Strukturen, Entwicklungen und Reformperspektiven des Justiz- und Verfahrensrechts der Europäischen Union (2012), 420 f. sowie ihm folgend *Rühl/v. Hein*, *RabelsZ* 79 (2015), 701, 746. Siehe zu weiteren Vorschlägen zur Erleichterung und Verbesserung der rechtsvergleichenden Arbeit am EuGH *Remien*, *RabelsZ* 62 (1998), 627, 646.

¹⁵⁷ Ebenso *Michaels* (Fn. 16) sowie im Hinblick auf das europäische Privat- und Wirtschaftsrecht *Remien*, *RabelsZ* 62 (1998), 627, 646.

chung auch viel (eigene) Arbeit sparen, weil sie ebenso wie der EuGH das Rad nicht immer wieder neu erfinden müssten. Um die Herausforderungen, die mit der Auswertung ausländischer Literatur und Rechtsprechung einhergehen, meistern zu können, müssten auf der Ebene der Mitgliedstaaten im Zweifel Spezialkammern für die Bearbeitung kollisionsrechtlicher Fälle eingerichtet werden.¹⁵⁸ Diese könnten aufgrund ihrer fachlichen und methodischen Expertise sicherstellen, dass ausländische Literatur und Rechtsprechung in angemessener Weise berücksichtigt wird, ohne gerichtliche Verfahren zu sehr in die Länge zu ziehen.¹⁵⁹

Ergänzend müsste selbstverständlich sichergestellt werden, dass tatsächlich Zugriff auf ausländisches Material zum europäischen Kollisionsrecht besteht. Dies ist bislang nicht der Fall: Wer heute nach Literatur und Rechtsprechung beispielsweise zur Rom I-VO oder zur Rom II-VO sucht, stößt in den deutschen Datenbank in aller erster Linie auf deutsche und allenfalls noch auf österreichische und niederländische Literatur und Rechtsprechung. Wer in englischen Datenbanken sucht, findet in allererster Linie englische Literatur und Rechtsprechung, in den französischen Datenbanken finden sich in aller erster Linie Hinweise auf französisches Material. Dass Gerichte, die in der Regel lediglich Zugriff auf ihre nationalen Datenbanken haben, so die einheitliche Anwendung und Auslegungen des europäischen Kollisionsrechts nicht sicherstellen können, liegt auf der Hand. Verlage müssten deshalb ihre Datenbanken ergänzen oder mit ausländischen Datenbanken vernetzen. Alternativ oder ergänzend könnte eine neue Datenbank speziell für das europäische Internationale Privatrecht aufgebaut werden.¹⁶⁰ Aus wissenschaftlichen Kreisen gibt es dafür bereits Pläne.¹⁶¹ Im Zweifel müsste hier die Europäische Kommission tätig werden und die Zugänglichkeit von Material zum europäischen Kollisionsrecht sicherstellen. Wichtige Entscheidungen müssten zudem übersetzt und in verbreiteten Amtssprachen allgemein zugänglich gemacht werden. Unterstützend müsste schließlich die Wissenschaft wirken. Tatsächlich ist es in den Worten von *Hein Kötz* als „Bringschuld“¹⁶² der Wissenschaft anzusehen, ausländisches Material – zum Kollisionsrecht, aber ebenso zum Sachrecht – zu erschließen und der Praxis zugänglich zu machen.

¹⁵⁸ Siehe zu weiteren Vorschlägen *Remien*, *RabelsZ* 62 (1998), 627, 646.

¹⁵⁹ Siehe dazu und zu den damit zusammenhängenden Problemen *Rühl/v. Hein*, *RabelsZ* 79 (2015), 701, 747 f.

¹⁶⁰ So auch schon *Rühl/v. Hein*, *RabelsZ* 79 (2015), 701, 748 f.

¹⁶¹ European Private International Law Legal Application in Reality (EUPILLAR), Cross-Border Litigation in Europe: Civil Justice Framework, National Courts and the Court of Justice of the European Union – (JUST/2013/JCIV/AG/4635). Siehe dazu *Rühl/v. Hein*, *RabelsZ* 79 (2015), 701, 748 f.

¹⁶² *Kötz* (Fn. 49), 120, 136.

3. Wissenschaft

Damit ist der Bogen gespannt zu meinem dritten – und wahrscheinlich wichtigsten – Wunsch. Er bezieht sich auf die Kollisionsrechtswissenschaft. Auch diese muss sich wieder stärker um die Rechtsvergleichung, insbesondere um die Kollisionsrechtsvergleichung bemühen. Derzeit konzentriert sich die europäische Diskussion aus zum Teil sehr gut nachvollziehbaren Gründen fast ausschließlich auf sich selbst. Ein Vergleich mit anderen, vor allen Dingen außereuropäischen Kollisionsrechtsregimen findet nicht statt. Das Potential der Rechtsvergleichung für die Verbesserung und Fortentwicklung des europäischen Kollisionsrechts wird damit nicht ausgeschöpft. Gleichsam scheint sich Geschichte zu wiederholen. Denn auch nach der Nationalisierung des Kollisionsrechts im 18. und 19. Jahrhundert folgte eine Phase, in der das Kollisionsrecht, wie *Ernst Rabel* schmerzlich beklagte,¹⁶³ im Wesentlichen Gegenstand nationaler Diskurse war.¹⁶⁴

Um ähnliches bezogen auf das europäische Kollisionsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts zu vermeiden, muss die europäische Kollisionsrechtswissenschaft wieder über den europäischen Tellerrand hinausschauen und den globalen Diskurs suchen. Im Interesse der stetigen Fortentwicklung und Verbesserung der europäischen Kollisionsnormen darf sie nicht die Augen vor dem Rest der Welt verschließen. Rechtsordnungen, die sich für einen Vergleich anbieten würden, weil sie ähnlich wie die Europäische Union föderal oder quasi-föderal strukturiert sind und weil das Kollisionsrecht dort ähnliche marktintegrative Zwecke verfolgt, gibt es genug. Als Beispiel lassen sich die USA nennen, wo gerade ein *Restatement (Third) of Conflict of Laws* ausgearbeitet wird.¹⁶⁵ Aber auch Rechtsordnungen, die ihr Kollisionsrechte kürzlich reformiert haben wie zum Beispiel China, Korea und Japan, bieten reichhaltiges Anschauungsmaterial, das die innereuropäischen Diskussion befördern kann.

¹⁶³ *Rabel* (Fn. 27), Band 1, 9: „Thus, the long-established international community of conflict studies was dissolved, and the national conflict rules succumbed to the same spirit of isolationism that permeated other fields of law.“ Siehe außerdem *ders.*, Schriften aus dem Nachlass: A Comparative Study of the Conflict of Laws, *RabelsZ* 50 (1986), 303, 305: „Self-satisfaction, self-reliance – in one word, autarchy – is the necessary fruit of an exaggerated nationalism.“

¹⁶⁴ Siehe dazu ausführlich *Kadner Graziano* (Fn. 22), 1 ff., 48 ff. und 59 ff.

¹⁶⁵ Informationen dazu sind auf der Website des American Law Institute erhältlich unter <www.ali.org/projects/show/conflict-laws>.

V. Fazit

Die Rechtsvergleichung spielt sowohl bei der Schaffung als auch bei der Anwendung von Kollisionsnormen europäischer Provenienz eine enorme Rolle. Wie die vorstehenden Überlegungen zeigen, wird das Potential der Rechtsvergleichung in der Realität des europäischen Kollisionsrechts jedoch bei weitem nicht ausgeschöpft. Dies gilt zunächst einmal für die wissenschaftliche Kollisionsrechtsvergleichung. Diese ist in den letzten Jahren weitgehend zum Erliegen gekommen, da sich die europäische Kollisionsrechtswissenschaft auf die Auseinandersetzung mit dem neu entstandenen dichten Netz an europäischen Kollisionsnormen konzentriert hat. Nicht vollständig ausgeschöpft wird zudem das Potential der judikativen Kollisionsrechts- und Sachrechtsvergleichung. Diese hat wie die wissenschaftliche Kollisionsrechtsvergleichung in den letzten Jahren an Bedeutung verloren, weil insbesondere der EuGH sich bei der autonomen Auslegung und Qualifikation nicht systematisch im Wege einer rechtsvergleichenden Umschau informieren und inspirieren lässt. Nationale Gerichte nehmen zudem keinen Bezug auf die kollisionsrechtliche Praxis anderer Mitgliedstaaten.

Die Europäisierung des Kollisionsrechts hat vor diesem Hintergrund – durchaus kontraintuitiv – zu einem Bedeutungsverlust der Rechtsvergleichung und zu einer weitgehenden Abschottung des europäischen Kollisionsrechts sowohl vom drittstaatlichen als auch vom mitgliedstaatlichen Kollisionsrecht geführt. Dies wiederum begründet die Gefahr, dass die Fortentwicklung des europäischen Kollisionsrechts gebremst wird. Darüber hinaus steht zu befürchten, dass die gemeinsamen Wurzeln des europäischen Kollisionsrechts in Vergessenheit geraten. Um beides zu verhindern, gilt es, die Bedeutung der Rechtsvergleichung in der juristischen Ausbildung, in der gerichtlichen Praxis sowie in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung (wieder) zu stärken. Denn „[ohne ...] Rechtsvergleichung können auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts weder zweckmäßige Gesetze noch nützliche Staatsverträge zustande kommen. Ohne sie ist weder eine gedeihliche Rechtsprechung, noch eine fruchtbare theoretische Arbeit möglich.“¹⁶⁶

¹⁶⁶ Kahn (Fn. 1), 495.

Sachenrechtliche Prinzipien und Grundbegriffe als Gegenstände der Rechtsvergleichung

Eva-Maria Kieninger

I.	Status Quo: Das Sachenrecht als „Stiefkind“ der Rechtsvergleichung.....	140
II.	Ursachen der stiefmütterlichen Behandlung	142
	1. „On the face of it“: Was hat die Rechtsvergleichung in den letzten Jahrzehnten befeuert?	142
	2. Eine Schicht tiefer.....	144
	a) <i>Property</i> versus Sachenrecht.....	147
	b) Historische Entwicklung.....	148
	c) Rechtstheorie: Der Einfluss des <i>legal realism</i>	151
III.	Eine vergleichende Grammatik des Sachenrechts	156
	1. „Gemeineuropäisches Sachenrecht“	157
	2. Methodenfragen.....	160
IV.	Konkretes Beispiel: Die Übereignung beweglicher Sachen und der Begriff der Verfügung	163
V.	Schluss	166

Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung – das ist ein anspruchsvolles Thema, es klingt nach einer Aufforderung zur Entwicklung eines neuen methodischen Ansatzes, oder zumindest dem Führen des Nachweises, dass und warum die bisherigen verfehlt sind, nach einer Neuordnung der Rechtskreise oder nach der Suche innovativer Themenfelder zwischen Globalisierung und Digitalisierung, kurz, nach „Rechtsvergleichung 5.0“. „Sachenrechtliche Prinzipien und Grundbegriffe“ – dieser Titel wirkt demgegenüber vielleicht schon wie eine Zumutung, jedenfalls reichlich verstaubt. Rigide, altertümliche Formeln wie der *numerus clausus* engen die Phantasie des Juristen ein, vor dem geistigen Auge tauchen holzgetäfelte Notariatsstuben und die Ärmelschoner des Grundbuchbeamten auf, englische Sachenrechtslehrbücher beginnen gar mit 1066.¹ Aber gerade weil das Sachenrecht in rechtsvergleichenden Kreisen

¹ Vgl. beispielsweise *E.H. Burn/J. Cartwright*, Cheshire and Burns’s Modern Law of Real Property (18. Aufl., 2011), 1: „The modern law of real property in England can be fully understood only by reference to its history. The law of the twenty-first century contains structures, concepts and language that date back to the middle ages.“

nicht in hohem Ansehen steht, möchte der folgende Beitrag ausgehend von einer Analyse des *status quo* zeigen, warum und wie die Rechtsvergleichung gut daran täte, sich dieses ungeliebten Kindes anzunehmen.

I. Status Quo: Das Sachenrecht als „Stiefkind“ der Rechtsvergleichung

Das Sachenrecht hat bislang deutlich weniger rechtsvergleichende Aufmerksamkeit erfahren als etwa das Vertrags- oder Schadensrecht, das Zivilprozess- oder das Gesellschaftsrecht. Als ein Beispiel von vielen lässt sich das rechtsvergleichende Standardwerk aus der Feder des Jubilars² anführen, welches das Sachenrecht praktisch überhaupt nicht behandelt, weder im „Besonderen Teil“, noch bei den Einführungen in die verschiedenen Rechtskreise und nationalen Rechtsordnungen. Auch von den bis Ende 2015 erschienenen, rund 340 Bänden der im Institut herausgegebenen Reihe „Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht“ beschäftigen sich nur 19, d.h. 5,57 % mit sachenrechtlichen Themen.

Allein die im internationalen Wirtschaftsverkehr besonders bedeutsamen Rechtsgebiete des Trust und der Mobiliarkreditsicherheiten haben mehr rechtsvergleichende Aufmerksamkeit erfahren,³ siehe zum ersten Thema bereits die Dissertation von *Hein Kötz*, „Trust und Treuhand“,⁴ zum zweiten Thema die am Institut seit Jahrzehnten unter der Leitung von *Ulrich Drobnig* durchgeführten Vorarbeiten zu einer europäischen und weltweiten Harmonisierung des Kreditsicherungsrechts.⁵ In den letzten Jahren sind die Arbeiten der Salz-

² *K. Zweigert/H. Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung (3. Aufl., 1996).

³ Vgl. *J.H. Merryman*, Ownership and Estate, *Tulane Law Review* 48 (1974), 916, 939: „Of all property devices, the trust is the only one to have been the subject of a substantial literature in comparative common-civil law scholarship.“ Siehe außer den unter Fn. 4 und 5 genannten Arbeiten auch einige neuere rechtsvergleichende Dissertationen zum französischen Recht, das 2007 erstmals die Treuhand (*fiducie*) kodifiziert hat: *O. Reichard*, Die neue fiducie des französischen Code civil im Vergleich mit der deutschen Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts (2013); *C. Wilhelm*, Die rechtsgeschäftliche Treuhand in Deutschland und Frankreich (im Erscheinen). Siehe außerdem *R. Becker*, Die fiducie von Québec und der trust: Ein Vergleich mit verschiedenen Modellen fiduziarischer Rechtsfiguren im civil law (2007). Siehe außerdem Buch X des DCFR sowie *M. Graziadei/U. Mattei/L. Smith*, Commercial Trusts in European Private Law (2005).

⁴ *H. Kötz*, Trust und Treuhand. Eine rechtsvergleichende Darstellung des anglo-amerikanischen trust und funktionsverwandter Institute des deutschen Rechts (1963). Zur historischen Perspektive siehe *R. Helmholz/R. Zimmermann* (Hg.), *Itinera Fiduciae, Trust and Treuhand in Historical Perspective* (1998).

⁵ Vgl. jüngst *U. Drobnig/O. Böger*, Principles of European Law: Proprietary Security in Movable Assets (2015).

burger Arbeitsgruppe um *Brigitta Lurger* und *Wolfgang Faber* an Buch VIII des „Draft Common Frame of Reference“ (DCFR) über die Übereignung beweglicher Sachen hinzugetreten.⁶

Ein stärkeres, allgemeines Interesse am vergleichenden und europäischen Sachenrecht, das sich auch auf die Grundlagen dieses Rechtsgebiets erstreckt, ist in den letzten Jahren vor allem in den Niederlanden zu beobachten, wo zahlreiche neuere Studien zum europäischen und vergleichenden Sachenrecht erschienen sind. Zu erwähnen sind beispielsweise die Arbeiten zum *numerus clausus* von *Teun Struycken*⁷ und *Bram Akkermans*,⁸ zur Publizität von *Dewi Hamwijk*⁹ oder das Werk „European Union Property Law: From Fragments to a System“ von *Eveline Ramaekers*, in dem die Autorin versucht, aus den verstreuten Mosaiksteinchen, die sich in der europäischen Gesetzgebung und Rechtsprechung zum Sachenrecht finden lassen, das Bild eines künftigen Europäischen Sachenrechts zu extrapolieren.¹⁰ Einige der genannten jüngeren Wissenschaftler sind Schüler von *Sjef van Erp*, Maastricht, Initiator und Kopf der „Maastricht Research Group on European Property Law“.¹¹ *Sjef van Erp* ist wohl der Rechtswissenschaftler in Europa, der sich zentral mit Europäischem und vergleichendem Sachenrecht beschäftigt. Er hat das sachenrechtliche Kapitel im „Oxford Handbook of Comparative Law“¹² verfasst, er ist Autor des „Ius Commune Casebook on Property Law“¹³ und *spiritus rector* des „European Property Law Journal“. Während sich im Vertrags- und Schadensrecht, im Verbraucherschutz- und Gesellschaftsrecht etc. europaweit unzählige Rechtswissenschaftler betätigen, man möchte fast sagen, sich gegenseitig auf den Füßen stehen, stößt man in der Sachenrechtsvergleichung nur auf Wenige, die dieses Gebiet zu einem Schwerpunkt ihrer Arbeit gemacht

⁶ Vgl. *W. Faber/B. Lurger* (Hg.), National Reports on the Transfer of Movables in Europe, Bd. I–VI (2008–2011); *dies.* (Hg.), Rules for the Transfer of movables, A Candidate for European Harmonisation or National Reforms? (2008).

⁷ *T.H.D. Struycken*, De numerus clausus in het goederenrecht (2007).

⁸ *B. Akkermans*, The principle of numerus clausus in European Property Law (2008).

⁹ *D.J.Y. Hamwijk*, Publicity in Secured Transactions Law: Towards a European public notice filing system for non-possessory security rights in movable assets? (2014); *dies.*, The puzzling concepts of publicity and possession: to the heart of property law, EPLJ 2012, 299–316.

¹⁰ *E. Ramaekers*, European Union Property Law: From Fragments to a System (2013).

¹¹ Siehe außerdem das von Schülern von *Sjef van Erp* gegründete *Young Property Lawyers Forum*, vgl. *B. Akkermans/E. Marais/E. Ramaekers* (Hg.), Property Law Perspectives I (2014), V. Zu Van Erps Schülern zählt weiter *Lars van Vliet*, dessen Dissertation ebenfalls ein sachenrechtsvergleichendes Thema zum Gegenstand hat: *L. van Vliet*, The Transfer of Movables in German, French, English and Dutch Law (2000).

¹² *S. van Erp*, Comparative Property Law, in: *M. Reimann/R. Zimmermann* (Hg.), The Oxford Handbook of Comparative Law (2006), 1043 ff.

¹³ *S. van Erp/B. Akkermans* (Hg.), Cases, Materials and Text on Property Law (2012).

haben:¹⁴ *Ulrich Drobnig*, aus dem Bereich des common law *Frederick Lawson*, Herausgeber von Bd. VI zu „Property and Trust“ der „International Encyclopedia of Comparative Law“,¹⁵ *Bernard Rudden*¹⁶ und *John Henry Merryman*, sowie gegenwärtig vor allem *Sjef van Erp*.

II. Ursachen der stiefmütterlichen Behandlung

Warum zeigt der rechtsvergleichende Mainstream dem Sachenrecht gleichsam die kalte Schulter? Ist es nur das verstaubte, statische, geradezu „petrifizierte“ Image des Sachenrechts, um einen Ausdruck von *Sjef van Erp* zu benutzen,¹⁷ oder liegen die Ursachen tiefer?

I. „On the face of it“:

Was hat die Rechtsvergleichung in den letzten Jahrzehnten befeuert?

Die Rechtsvergleichung empfängt, wie andere Disziplinen auch, ihre Anstöße aus aktuellen gesellschaftlichen und politischen Entwicklungen und widmet sich konkreten Aufgaben.¹⁸ Aus dieser Perspektive lässt sich das weitgehende Desinteresse des rechtsvergleichenden Mainstreams am Sachenrecht leicht erklären:

Blickt man auf Europa, so hat die Privatrechtsvergleichung ihre Impulse in den letzten 20 bis 30 Jahren vor allem von der europäischen Rechtsangleichung empfangen. Die Schaffung, Umsetzung und Auslegung einer Vielzahl von Richtlinien war durch rechtsvergleichende Studien vorzubereiten und zu begleiten. Da aber Rechtsakte zum Sachenrecht Seltenheitswert besitzen, blieb es von diesen Aktivitäten weitgehend ausgespart. Selbst Richtlinien, die nach dem Titel zu urteilen auch sachenrechtliche Aspekte zum Gegenstand haben könnten, wie etwa diejenigen über Teilzeitnutzungsrechte an Ferienimmobilien¹⁹ oder Wohnimmobilienkredite,²⁰ enthalten nur Regeln über schuld-

¹⁴ Selbstverständlich gibt es darüber hinaus zahlreiche Wissenschaftler/-innen, die gewichtige Beiträge zum vergleichenden Sachenrecht geleistet haben, vgl. aus neuerer Zeit *C. v. Bar*, *Gemeineuropäisches Sachenrecht* Bd. I (2015); *A. Stadler*, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion* (1996); *A. Veneziano*, *Le garanzie mobiliari non possessorie – Profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale* (2000); *Lurger/Faber* (Hg.) (Fn. 6 – beide Titel); *U. Mattei*, *Basic Principles of Property Law* (2000); *C. van der Merwe*, *European Condominium Law* (2015).

¹⁵ Von den geplanten 15 Kapiteln des Bd. VI sind bislang allerdings nur drei erschienen, zuletzt *C. van der Merwe*, *Apartment Ownership* (1994).

¹⁶ Vgl. *F.H. Lawson/B. Rudden*, *The Law of Property* (3. Aufl., 2002).

¹⁷ Vgl. *Van Erp* (Fn. 12), 1044.

¹⁸ Näher zu den „Kunden“ der Rechtsvergleichung *J. Basedow*, *Comparative Law and its Clients*, *American Journal of Comparative Law* 62 (2014), 821.

¹⁹ Richtlinie 2008/122/EG, ABl. 2009 L 33/10.

rechtliche Fragen wie Informations- und Belehrungspflichten oder Widerrufsrechte.²¹ Die Pläne der EU-Kommission zur Schaffung eines Europäischen Vertragsrechts beschränkten sich, wie der Name schon sagt, ebenfalls auf das Schuldrecht. In den vorausgegangenen Kommissionsmitteilungen zum Europäischen Vertragsrecht wurde das Sachenrecht zwar punktuell, nämlich in Bezug auf das Kreditsicherungsrecht, erwähnt,²² konkrete Vorschläge gab es aber nicht.

Im Gesellschaftsrecht hat die Rechtsvergleichung seit Ende der 1990er Jahre einen spürbaren Aufschwung durch die Abkehr von der Sitztheorie²³ und die Rede vom Wettbewerb der Gesellschaftsrechte²⁴ erhalten. Seither finden sich selbst in Kurzlehrbüchern zum deutschen Gesellschaftsrecht Kapitel über die englische *limited*²⁵ und Praxishandbücher informieren über die wählbaren ausländischen Gesellschaftsformen.²⁶ Im Sachenrecht dagegen wird die Praxis nach wie vor durch den *lex situs*-Grundsatz beherrscht, die Wahl eines anderen als des Belegenheitsrechts ist nach Gesetzeslage und Rechtsprechung weitestgehend ausgeschlossen.²⁷ Geradezu kurios mutet es

²⁰ Richtlinie 2014/17/EU, ABl. 2014 L 60/34.

²¹ E. Ramaekers, *European Union Property Law: From Fragments to a System* (2013), 143 ff., spürt zwar zahlreiche Verordnungen und Richtlinien auf, die sachenrechtliche Begriffe wie Eigentum (*ownership*) oder Sachenrechte (*rights in rem*) enthalten. Der sachenrechtliche Gehalt dieser Rechtsakte bleibt aber minimal.

²² Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Ein kohärenteres europäisches Vertragsrecht – Ein Aktionsplan, KOM(2003) 68 endgültig vom 12.2.2003, 41 ff.

²³ Vgl. EuGH, 9.3.1999, Rs. C-212/97 (*Centros Ltd./Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*), Slg. 1999, I-1459; EuGH, 5.11.2002, Rs. C-208/00 (*Überseering B.V./Nordic Construction Company Baumanagement GmbH [NCC]*), Slg. 2002, I-9919; EuGH, 30.9.2003, Rs. C-167/01 (*Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam/Inspire Art Ltd.*), Slg. 2003, I-10155.

²⁴ Vgl. etwa H. Eidenmüller, *Recht als Produkt*, JZ 2009, 641; ders., *The Transnational Law Market, Regulatory Competition, and Transnational Corporations*, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 18 (2011), 707; E.-M. Kieninger, *Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt* (2002); C. Teichmann, *Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht* (2006), 332 ff.

²⁵ Vgl. zum Beispiel U. Eisenhardt, *Gesellschaftsrecht* (14. Aufl., 2009), § 50a.

²⁶ Vgl. etwa R. Süß/T. Wachter (Hg.), *Handbuch des internationalen GmbH-Rechts* (2. Aufl., 2011).

²⁷ Vgl. für das deutsche IPR Art. 43 EGBGB; nach der Regierungsbegründung kann die Anwendbarkeit eines gewählten Rechts nicht auf die Ausweichklausel des Art. 46 EGBGB gestützt werden, vgl. BT-Drucks. 14/343, 14; aus der Rechtsprechung zuletzt BGH, NJW 2009, 2824; zur weltweiten Geltung der Situs-Regel vgl. H.-P. Mansel, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Art. 43–46 EGBGB Internationales Sachenrecht, 2015), Art. 43 EGBGB, Rn. 90 ff.; zu einigen neueren ausländischen Kodifikationen E.-M. Kieninger, *Das internationale Sachenrecht als Gegenstand eines Rechtsakts der EU – eine Skizze*, in: *Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen* (2015), 469, 474 ff.

daher an, das sei am Rande bemerkt, wenn die Hochglanzbroschüre „Law made in Germany“²⁸ die Überlegenheit des deutschen Notarwesens, des Grundbuchsystems und des Immobiliarsachenrechts insgesamt über das US-amerikanische Recht mit *conveyancing* und *title insurance* preist. Es mag Parteien, die ein Grundstück in Deutschland übereignen oder belasten wollen, mit Stolz erfüllen, wenn sie bei „Law Made in Germany“ lesen, dass deutsches Recht ohnehin das Beste sei. Wäre es aber anders, dann könnten sie kein anderes Recht wählen. Umgekehrt können Parteien, die ein Grundstück im Ausland übertragen wollen, mit Tränen in den Augen feststellen, wie gut sich das deutsche Recht für ihre Transaktion eignen würde – sie können sich seiner aber nicht bedienen.

Schließlich ist das Sachenrecht in der Tat ein eher statisches Rechtsgebiet. Anders als im Schuld-, Familien- oder im Zivilprozessrecht gibt es aktuell keine großen Reformen, keine brennenden rechtspolitischen Probleme, die nach umfassenden, sachenrechtsvergleichenden Studien rufen, das Kreditsicherungsrecht wieder ausgenommen.²⁹

2. Eine Schicht tiefer...

Diese offensichtlichen Gründe befriedigen aber nicht. Auch wenn die Rechtsvergleichung nicht *l'art pour l'art* ist,³⁰ so ist es doch ganz offensichtlich nur eine Frage der Zeit, bis die Europäisierung auch das Sachenrecht erreichen wird,³¹ denn selbstverständlich haben Transaktionen nicht nur eine schuld-, sondern auch eine sachenrechtliche Seite und der *lex situs*-Grundsatz ruft geradezu nach einer materiell-rechtlichen Angleichung, weil die Parteien nicht qua Rechtswahl der strikten Anwendung unterschiedlicher Rechtsord-

²⁸ <www.lawmadeingermany.de/Law-Made_in_Germany.pdf>.

²⁹ Zur jüngsten Reform des belgischen Rechts vgl. *E. Dirix*, Mobiliarsicherheiten in Belgien, ZEuP 2015, 273 ff.; *F. Helsen*, Security in Movables Revisited: Belgium's Re-thinking of the Art. 9 UCC System, ERPL 2015, 959 ff.

³⁰ Vgl. insbesondere *Basedow*, American Journal of Comparative Law 62 (2014).

³¹ Wissenschaftliche Vorarbeiten existieren nicht nur zum Trust und zu den Mobiliarkreditsicherheiten, sondern insbesondere auch zur Übereignung beweglicher Sachen, vgl. *Faber/Lurger* (Hg.) (Fn. 6 – Rules for the transfer). Zu einem supranationalen europäischen Grundpfandrecht vgl. *M. Habersack*, Die Akzessorietät – Strukturprinzip der europäischen Zivilrechte und eines künftigen europäischen Grundpfandrechts, JZ 1997, 857; *O. Stöcker*, Die Eurohypothek (1992); *B. Foëx*, L'Eurohypothèque, in: F. Werro (Hg.), L'Européanisation du Droit privé (1998), 481; *T. Wachter*, Die Eurohypothek – Grenzüberschreitende Kreditsicherung an Grundstücken im Europäischen Binnenmarkt, WM 1999, 49; *G. Watt*, The Eurohypothec and the English Mortgage, Maastricht Law Journal 13 (2006), 173, sowie jüngst umfassend *C. Rupp*, Grundpfandrechte zwischen Flexibilität und Schutz (2015).

nungen entgehen können.³² Auch verwenden verschiedene Richtlinien und Verordnungen bereits heute punktuell sachenrechtliche Begriffe wie beispielsweise „dingliches Recht“ („right in rem“),³³ die eine europäische Reflektion über deren Inhalt notwendig machen.³⁴ Nicht zuletzt gibt es moderne, aktuelle Themen wie etwa die Frage nach dem sachenrechtlichen Status virtueller Gegenstände wie E-Books, Musik- und Filmdateien, *domain names* und vielem mehr.³⁵ Zu denken ist weiter an die Entmaterialisierung des Wertpapierrechts, die eine Analyse der Übertragung von Wertrechten als Übereignung von Miteigentumsanteilen an sammelverwahrten Globalurkunden samt den dazugehörigen besitzrechtlichen Fragen als äußerst fragwürdig und lebensfremd erscheinen lassen.³⁶ Das Wertpapierrecht ist auch ein gutes Beispiel dafür, dass die für die Praxis notwendige Kollisionsrechtsvereinheitlichung und -modernisierung³⁷ ohne eine vorausgehende Vergewisserung über die materiell-rechtlichen Grundlagen ins Leere zu laufen droht. Die Haager Konvention über das auf bestimmte Rechte an intermediär-verwahrten Wertpapieren anwendbare Recht, kurz „Hague Securities Convention“ 2006, ist bislang nur von Mauritius und der Schweiz ratifiziert worden und damit noch nicht in Kraft getreten. Nach verbreiteter Auffassung passt sie nicht zu denjenigen Rechtsordnungen, die, wie Deutschland, die Beziehungen zwischen den An-

³² In Richtung einer behutsamen Öffnung des Sachenrechts für die Rechtswahl *J. Basedow*, *The Law of Open Societies* (2015), 199 ff., Ziff. 334 ff. Allgemein für Rechtswahlfreiheit im Sachenrecht *A. Flessner*, *Rechtswahl im internationalen Sachenrecht – neue Anstöße aus Europa*, in: *Festschrift für Helmut Koziol* (2010), 125–147; *P. v. Wilmsowsky*, *Europäisches Kreditsicherungsrecht* (1996), 94 ff.; *A.-C. Ritterhoff*, *Parteiautonomie im internationalen Sachenrecht* (1999), 281 ff. (Ritterhoff plädiert allerdings für Rechtswahlfreiheit nur in Bezug auf das Verfügungsstatut, während sie das Wirkungsstatut weiterhin an die aktuelle Belegenheit der Sache anknüpfen will. Zum Wirkungsstatut rechnet sie insbesondere die Publizitätsvoraussetzungen bei der Begründung von Kreditsicherungsrechten. Insgesamt bezeichnet sie die *lex rei sitae* weiterhin als Grundregel des internationalen Sachenrechts, a.a.O., 328); *L. d’Avout*, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens* (2006), 612 ff. (*d’Avout* räumt allerdings dem Belegenheitsrecht als *loi de police* Möglichkeiten der Korrektur ein, a.a.O., 656 ff.). Siehe zum Ganzen auch *E.-M. Kieninger*, *Rechtswahlfreiheit im Sachenrecht?*, in: *Festschrift für Dieter Martiny* (2014), 391.

³³ Siehe Art. 29 Abs. 1 der Verordnung 6/2002 des Rates vom 12.12.2001, über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster, ABl. 2001 L 3/1; Art. 2 Abs. 1 lit. a und c der Richtlinie 47/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6.2.2002, über Finanzsicherheiten, ABl. 2002 L 168/43; Art. 8 Europäische Insolvenzverordnung (Neufassung), Verordnung 848/2015 vom 20.5.2015, ABl. 2015 L 141/19.

³⁴ *G. Gretton*, *Ownership and its Objects*, *RabelsZ* 71 (2007), 802, 803.

³⁵ Vgl. *Van Erp* (Fn. 12), 1062 ff.; *W. Erlank*, *Books, Apps, Movies and Music – Ownership of Virtual Property in the Digital Library*, *EPLJ* 2013, 194.

³⁶ Vgl. *S. Saager*, *Effektengiroverkehr und Internationales Privatrecht* (2007), 26.

³⁷ Vgl. *C. Bernasconi*, *General Introduction*, in: *R. Goode/H. Kanda/K. Kreuzer* (Hg.), *Hague Securities Convention, Explanatory Report* (2005), 3 ff.

teilseignern und den sammelverwahrten Globalurkunden noch sachenrechtlich denken.³⁸ Die fehlende materiell-rechtliche Fundierung hat UNIDROIT durch eine eigene Konvention, die Genfer Konvention 2009, nachzuholen versucht, die allerdings bislang auch nicht erfolgreicher war.³⁹

Schließlich beschäftigt sich auch die europäische Kollisionsrechtsvereinheitlichung schon jetzt mit Randbereichen des Sachenrechts, etwa bei der Abgrenzung von Erbstatut und Sachstatut nach der Europäischen Erbrechtsverordnung⁴⁰ oder der Wahl des richtigen Anknüpfungsregimes für das Ehegüterrecht.⁴¹ Letztlich wird auch das internationale Sachenrecht irgendwann einer europäischen Vereinheitlichung zugeführt werden müssen.⁴² Das Kollisionsrecht muss aber immer die Unterschiedlichkeit des materiellen Rechts, auf das verwiesen wird, im Auge haben, um nicht letztlich unpraktikabel zu sein. Nur mit fehlenden Impulsen oder Trends und mangelnder Aktualität ist das rechtsvergleichende Desinteresse am Sachenrecht also offenbar doch nicht zu erklären. Die Gründe scheinen tiefer zu liegen.

³⁸ Siehe *D. Einsele*, Security Interests in Financial Instruments, in: H. Eidenmüller/E.-M. Kieninger (Hg.), *The Future of Secured Credit in Europe* (2008), 350; *Saager* (Fn. 36), 220 ff.; a.A. *G. Morton*, Security Interests in Financial Instruments – Commentary, in: Eidenmüller/Kieninger (Hg.) (diese Fn.), 364. Siehe zum Ganzen *S. Schwarz*, *Globaler Effektenhandel: Eine rechtstatsächliche und rechtsvergleichende Studie zu Risiken, Dogmatik und Einzelfragen des Trading, Clearing und Settlement bei nationalen und internationalen Wertpapiertransaktionen* (2016).

³⁹ Vgl. UNIDROIT Convention on Substantive Rules for Intermediated Securities (2009), die bisher nur von Bangladesch gezeichnet und noch von keinem Staat ratifiziert worden ist. Eine deutsche Übersetzung findet sich in WM 2005, 1147. Die EU hat die Konvention mit Rücksicht auf eigene Harmonisierungspläne (siehe dazu jüngst den Aktionsplan der Kommission zur Schaffung einer Kapitalmarktunion, COM[2015] 468 final, 26 f) bislang nicht ratifiziert. Zu der Genfer Konvention siehe *D. Einsele*, *The Book-Entry in a Securities Account: Linchpin of a Harmonised Legal Framework of Securities Held with an Intermediary*, *Rev.dr.unif.* 2004, 41; *H. Kronke*, *Das Genfer UNIDROIT-Übereinkommen über materiellrechtliche Normen für intermediär-verwahrte Wertpapiere und die Reform des deutschen Depotrechts*, WM 2010, 1625; *P. Paech*, *Grenzüberschreitende Wertpapierverfügungen – Rechtssicherheit und Effizienz durch Kompatibilität des Depotrechts*, WM 2005, 1101; *C. Eichholz*, *Das Genfer Wertpapierübereinkommen und das deutsche sachenrechtliche Denken im Effekten giroverkehr*, WM 2013, 250. Weitere Veröffentlichungen zur UNIDROIT-Konvention in der Sonderausgabe der *Uniform Law Review/Revue de droit uniforme* 1–2/2005.

⁴⁰ *K. Lechner*, *Die EuErbVO im Spannungsfeld zwischen Erbstatut und Sachstatut*, IPRax 2013, 497; *C. Hertel*, *Die Abgrenzung des Erbstatuts vom Sachstatut und vom Gesellschaftsstatut*, in: A. Dutta/S. Herrler (Hg.), *Die Europäische Erbrechtsverordnung* (2014), 85.

⁴¹ *D. Martiny*, *Lex rei sitae as a connecting factor in EU Private International Law*, IPRax 2012, 119 ff.

⁴² *Kieninger* (Fn. 27), 28.

a) *Property versus Sachenrecht*

Gemünzt auf den Vergleich zwischen *common* und *civil law* schreibt der bereits erwähnte *John Henry Merryman* 1974, die Hauptursache für das geringe rechtsvergleichende Interesse am Sachenrecht liege darin, dass es im *civil law* gar kein Sachenrecht als eigenständiges Fach gebe und man deshalb auch keine Partner finde, mit denen man sich austauschen könne:

„There is really no such field as property in the civil law. The law schools teach no courses in the law of property, there are no professors or institutes of property law, and there is only a negligible literature on property topics. [...] Thus, the civil lawyer gives only slight and incidental attention to a subject to which the common lawyer pays substantial and direct attention in study, teaching and scholarship.“⁴³

Der deutsche Jurist, der ebenfalls der Spezies der „civil lawyers“ angehört, reibt sich verwundert die Augen: 1974 „only a negligible literature“, „no professors“, „no courses“? Die erste Auflage von *Fritz Baurs* großem Lehrbuch zum Sachenrecht erschien 1960; *Philipp Hecks* „Grundriß des Sachenrechts“ 1930 – alles zu vernachlässigen? Dennoch: Aus seiner Perspektive hatte *Merryman* durchaus Recht. Das, womit sich Juristen des *common* und des *civil law* unter dem Label *property* bzw. Sachenrecht beschäftigen, könnte nicht unterschiedlicher sein. Als deutscher Jurist könnte man mit gleichem Recht entgegnen, dass man im *common law* ebenfalls nichts finden könne, was auch nur annähernd nach einem der vertrauten Lehrbücher des Sachenrechts aussehe. Überwiegend wird nur *land law* behandelt,⁴⁴ und diese Bücher stellen zunächst auf vielen Seiten die Entwicklung des Feudalsystems seit William dem Eroberer dar;⁴⁵ keine Sachenrechtsprinzipien, keine klaren Regeln. Stattdessen wird eine auf der feudalen Tradition beruhende, für den Außenstehenden äußerst verwirrende Vielfalt von *estates* präsentiert,⁴⁶ mit zahlreichen Grenzüberschreitungen zum Erbrecht.⁴⁷ Zum Mobiliarsachenrecht, das bei uns im akademischen Unterricht, aber auch in der Rechtspraxis eine zentrale Rolle spielt, gab es in England bis vor wenigen Jahren nicht einmal ein *leading textbook*.⁴⁸ Im Vorwort zu ihrem 2013(!) in erster Auflage

⁴³ *Merryman*, Tulane Law Review 48 (1974), 916, 917.

⁴⁴ Das gilt trotz des umfassenderen Titels auch für das an Studierende gerichtete Buch von *W.T. Murphy/S. Roberts/T. Flessas*, Understanding Property Law (4. Aufl., 2004), 38: „There is no such thing as the law of property in general“.

⁴⁵ Vgl. etwa *Burn/Cartwright* (Fn. 1), 29 ff.

⁴⁶ Siehe *Burn/Cartwright* (Fn. 1), 149 ff.

⁴⁷ Vgl. zum Grenzbereich zwischen Sachen- und Erbrecht *G. Gretton*, Quaedam Meditationes Caledoniae: The Property/Succession Borderland, EPLJ 2014, 109. Siehe zum Thema dieses Beitrags die Schlussbemerkung: „This has been a travelogue of a short trip into a large and underexplored territory. Young people looking for a doctoral topic will find plenty of such topics in the property/succession borderland“.

⁴⁸ Vgl. auch die Nachweise bei *v. Bar* (Fn. 14), § 1, Fn. 146.

erschienenen Werk „The Law of Personal Property“ schreiben die Autoren: „[...] there are leading texts on land law, trusts and intellectual property, but there is no overall doctrinal account of personal property law“.⁴⁹

Andererseits wird *property* in den angelsächsischen Ländern sehr viel umfassender verstanden als bei uns: Das Fach erschöpft sich nicht in der Behandlung bestimmter klar definierter dinglicher Rechte an beweglichen und unbeweglichen Gegenständen und der aus ihnen fließenden Ansprüche etc., sondern es geht um das Vermögen der Person als Ganzes und seine Rolle in der Rechts-, Wirtschafts- und Sozialordnung eines Landes. Der Begriff *property* als Gegenstand rechtswissenschaftlicher Betätigung – auch im Zivilrecht – ähnelt eher dem Eigentumsbegriff des Art. 14 GG, der bekanntlich alle vermögenswerten Rechtspositionen erfasst.⁵⁰ *Intellectual property*,⁵¹ der verfassungsrechtliche Schutz von sozialrechtlichen Ansprüchen, Entschädigungsfragen bei Enteignungen oder Beschlagnahmen etc.⁵² gehören für den *property law scholar* selbstverständlich zu seinem Gebiet.⁵³

b) Historische Entwicklung

Die Gründe liegen in der historischen Entwicklung: Zwar hat sich auf beiden Seiten des Kanals das Sachenrecht aus dem Grundstücksrecht heraus entwickelt, denn Grundstücke waren hier wie dort in der für die Entwicklung des Privatrechts entscheidenden Phase der Geschichte die bedeutendsten Wirtschaftsgüter. Auch das Feudalwesen war zunächst eine gemeinsame Entwicklung, denn das fränkische Lehenswesen⁵⁴ wurde von den Normannen nach England importiert.⁵⁵ Der entscheidende und bis heute nachwirkende Unterschied liegt jedoch darin, dass sich das kontinentaleuropäische Recht in der Folge der Aufklärung bis etwa zur Mitte des 19. Jahrhunderts den Spuren des mittelalterlichen Lehenswesens nach und nach vollständig entledigt hat. Schon der preußische König Friedrich Wilhelm I. bot 1717 seinen Vasallen die Umwandlung der Lehen in freie Güter (sogenannte Allodifikation) gegen

⁴⁹ M. Bridge/L. Gullifer/G. McMeel/S. Worthington, *The Law of Personal Property* (2013), Vorwort.

⁵⁰ Vgl. z.B. H. Prütting, *Sachenrecht* (35. Aufl., 2014), 122.

⁵¹ Vgl. z.B. Bridge u.a. (Fn. 49), Rn. 24-002.

⁵² Vgl. etwa J. Sluysmans/S. Verbist/R. de Graaff, *Compensation for Expropriation, How Compensation Reflects a Vision on Property*, EPLJ 2014, 3 ff.

⁵³ Vgl. Van Erp (Fn. 12), 1062 ff., der in diesem erweiterten Zuschnitt des Fachs eine Chance für ein sich dynamisch entwickelndes Forschungsgebiet auch für die Rechtsvergleichung sieht.

⁵⁴ Siehe dazu H. Mitteis, *Lehnrecht und Staatsgewalt, Untersuchungen zur mittelalterlichen Verfassungsgeschichte* (1933).

⁵⁵ Siehe Burn/Cartwright (Fn. 1), 32 ff.

Zahlung an.⁵⁶ Allgemein durchgesetzt hat sich diese Einwicklung trotz mancher Widerstände in den deutschen Territorien im Laufe des 18. und 19. Jahrhunderts; formal wurde das Reichslehenswesen 1806 aufgehoben. In Frankreich fand es mit der Revolution 1789 sein Ende. Weder im *Code civil* noch im BGB finden sich daher lehensrechtliche Anklänge. Dagegen beherrscht die feudale Tradition im angelsächsischen Recht bis heute Systematik und Begriffsbildung des Immobiliarsachenrechts.⁵⁷ Es gibt formal auch gegenwärtig kein Eigentum (*ownership, dominium*) an Grundstücken, sondern nur *legal* und *equitable freehold* und *leasehold estates*,⁵⁸ wenngleich das *estate in fee simple absolute*⁵⁹ dem kontinentaleuropäischen Eigentum funktional nicht nachsteht.⁶⁰ Im Vereinigten Königreich lässt sich das mit der Fortexistenz der Krone begründen,⁶¹ aber auch in den USA ist diese Begriffsbildung und Systematisierung trotz vielfältiger Kritik beibehalten und weiter ausziseliert worden.⁶²

Was einerseits altertümlich und rückwärtsgewandt wirkt, hat andererseits für den oben skizzierten weiten Begriff des *property law* und damit für den Einschluss moderner, politisch aktueller Fragestellungen den Boden bereitet. Das Lehensverhältnis schloss historisch auch Rechtsprechungsgewalt und Ausübung politischer und militärischer Befugnisse ein. Der Lehnsherr hatte nicht nur bestimmte Rechte in Bezug auf das Land, sondern vielfach auch Funktionen in Militär, Regierung, Verwaltung und Rechtsprechung, zum einen gegenüber den ihm unterstellten *tenants*, zum anderen im Verhältnis zu dem eine Stufe über ihm stehenden *lord*.⁶³ Damit schloss *land law* von Anfang an auch politische und soziale Fragestellungen ein. Um noch einmal *Merryman* zum heutigen Status des Fachs zu zitieren:

„It is the law of property that controls the distribution of wealth in a society; consequently, there must be the most intimate relationship between that society's economic and social characteristics and the rules, practices and institutions of property law.“⁶⁴

⁵⁶ K.-H. Spieß, Stichwort „Lehnsrecht, Lehenswesen“, in: A. Erler/E. Kaufmann (Hg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (Bd. II, 1978) 1725, 1738.

⁵⁷ Vgl. etwa die Darstellung bei U. Kischel, Rechtsvergleichung (2015), 330 ff.

⁵⁸ Zum grundlegenden Unterschied zwischen *estate* und *ownership* siehe *Burn/Cartwright* (Fn. 1), 52 ff.; *Merryman*, *Tulane Law Review* 48 (1974), 916.

⁵⁹ *Burn/Cartwright* (Fn. 1), 151 ff.

⁶⁰ Vgl. auch v. *Bar* (Fn. 14), § 1, Rn. 23.

⁶¹ *Burn/Cartwright* (Fn. 1), 33.

⁶² Vgl. etwa *Kischel* (Fn. 57), 330 ff.

⁶³ Vgl. *Merryman*, *Tulane Law Review* 48 (1974), 916, 922: „At every level of the feudal scale was a court that combined advisory, legislative and judicial functions in which the lord presided and his tenants attended, and to whose jurisdiction they were subject. In this way, the land tenure system of feudal England was also the basis of government, of the military system, and of revenue and supply“.

⁶⁴ *Merryman*, *Tulane Law Review* 48 (1974), 916.

Studierende der London School of Economics, die dort *property law* belegen, hören etwas zu Themen wie „kulturelles Eigentum“, dem „Eigentumsbegriff im juristischen und sozialen Kontext“, der „Funktion von verschiedenen Eigentumsformen in heutigen Rechtsordnungen“. ⁶⁵ Unsere Studierenden dagegen sind Experten in der Frage, ob die in den Vorschriften über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis angeordnete Privilegierung des gutgläubigen Besitzers gegenüber Schadenersatzansprüchen (§ 993 Abs. 1 HS 2 BGB) auch im Falle des Fremdbesitzerexzesses gelten soll, ⁶⁶ oder ob die Vormerkung gutgläubig erworben werden kann, obgleich sie kein dingliches Recht ist. ⁶⁷

Wirft man einen Blick auf das Programm der 2015 abgehaltenen Tagung der in den USA beheimateten *Association for Law, Property and Society* (ALPS), eines Zusammenschlusses von „academics doing interdisciplinary legal scholarship on all aspects of property law and policy“ (dem als einziges Mitglied des europäischen Kontinents erneut Sjef van Erp angehört), ⁶⁸ so erkennt man die heutigen Auswirkungen des geschichtlichen Hintergrunds auf den Zuschnitt des Fachs: Es finden sich dort fast ausschließlich Themen, die wir dem öffentlichen Recht, insbesondere dem Verwaltungs- und Sozialrecht, zuordnen würden. Es geht um die Rechte indigener Völker an Land, um Stromleitungen durch Indien, um *co-housing* und die neue *share economy*, um Wohnrechte und Obdachlosigkeit, um Datenschutz und virtuelles Eigentum, um *zoning*, Bau- und Planungsrecht. Mit dem, was in Deutschland oder auch in Frankreich, Italien, Spanien oder den Niederlanden in einem Lehrbuch des Sachenrechts behandelt wird, hat dies alles wenig zu tun. Allenfalls in den Vorbemerkungen zur Einordnung des Sachenrechts in das Gesamtsystem wird man hierzulande eine Erwähnung des verfassungsrechtlichen Eigentumschutzes, des Baurechts oder des Immissionsschutzrechts finden. ⁶⁹ Das alles führt dazu, dass es kaum Überschneidungsbereiche des wissenschaftlichen Interesses, kaum eine Verständigung zwischen *civil* und *common law* gibt. Bei *Merryman* gipfelt das in der Aussage:

⁶⁵ Siehe die *course description* für „property“ an der LSE, <www.lse.ac.uk/resources/calendar/courseGuides/LL/2015_LL105.htm>: „The aim is to introduce students to the role of property concepts in legal and social thought. Particular attention is paid to the context, development and function of property forms in contemporary legal systems. The course encompasses a broad range of established and emergent property forms, ranging from questions of copyright and share ownership to aspects of real property. Extensive use will be made of historical and other general commentaries on the question of property.“

⁶⁶ Dazu *F. Baur/R. Stürner*, Sachenrecht (18. Aufl., 2009), § 11, Rn. 27.

⁶⁷ Dazu *Baur/Stürner* (Fn. 66), § 20, Rn. 60 ff.

⁶⁸ <www.law.uga.edu/association-law-property-society-alps> (Stand 26.1.2016).

⁶⁹ Vgl. *Baur/Stürner* (Fn. 66), 1 f. Eine ausführlichere Darstellung des verfassungsrechtlichen Schutzes des Eigentums findet sich bei *J. Wilhelm*, Sachenrecht (4. Aufl., 2010), 128 ff.

„Indeed, aside from language problems, he [the common lawyer] may find it difficult to communicate relatively simple and basic ideas about the nature and scope of his interest because our conception of property as a field of interest for the scholar is so unfamiliar to the civilian.“⁷⁰

Im umgekehrten Verhältnis könnte man wohl dasselbe sagen.

Diese grundsätzlichen Unterschiede im Zuschnitt der Fächer und der in ihnen verfolgten Fragestellungen scheinen ein wesentlicher Grund dafür zu sein, dass der sonst so fruchtbare Gedankenaustausch zwischen *civil law* und *common law* im Sachenrecht so wenig entwickelt ist.⁷¹ Aber selbst wenn man das Netz des Erkenntnisinteresses weniger weit auswirft und sich stärker auf die Themen konzentriert, die zum Kernbereich des deutschen Sachenrechts als Teil der Privatrechtsordnung gehören, also Arten von dinglichen Rechten, Erwerb und Verlust sowie Schutz dinglicher Rechte an beweglichen und unbeweglichen körperlichen Gegenständen, sind die Unterschiede enorm.

c) *Rechtstheorie: Der Einfluss des legal realism*

Neben der Geschichte spielen auch unterschiedliche rechtstheoretische Einflüsse, die ihrerseits im historischen Kontext wurzeln, eine gewichtige Rolle: Der amerikanische und der skandinavische *legal realism* haben im Sachenrecht deutliche Spuren hinterlassen, deutlichere als in anderen Rechtsgebieten.⁷² Insbesondere wird der für das deutsche Sachenrecht so zentrale Begriff des absoluten Rechts einer Person an einer Sache⁷³ in den USA und in Skandinavien abgelehnt oder jedenfalls für unerheblich erachtet. Statt in absoluten Rechten, die vom Berechtigten oder auch – unter bestimmten Voraussetzungen – vom Nichtberechtigten erworben werden können, und die dann gegenüber Dritten in grundsätzlich gleicher Weise wirken, denken US-amerikanische und skandinavische Juristen relational, in Beziehungen zwischen Personen.⁷⁴ Bei der Frage, ob der Käufer einer Sache lastenfreies Eigentum erworben hat, wird beispielsweise nicht nach dem Eigentumserwerb und dem möglichen gutgläubigen Wegerwerb einer zuvor bestehenden Belastung durch

⁷⁰ Merryman, Tulane Law Review 48 (1974), 916, 918.

⁷¹ Vgl. auch Van Erp (Fn. 12), 1061.

⁷² Zu Unrecht bezeichnet Kischel (Fn. 57), 625 f. den Einfluss des skandinavischen *legal realism* als praktisch nicht mehr existent. Anders klar Faber/Lurjer (Hg.) (Fn. 6 – National Reports), 13 ff., Länderbericht Schweden; zu Norwegen und Dänemark ebenda 214 ff.

⁷³ Vgl. nur Baur/Stürner (Fn. 66), 35 f.

⁷⁴ Siehe W. Faber/M. Lilja, Employing Argumentation Analysis in the Discussion of Optimal Rule for the Transfer of Movables – Part 1: Description of the Problem and General Outline, EPLJ 2012, 10, 18 ff., sowie C. Martinson, How Swedish Lawyers Think about “Ownership” and “Transfer of Ownership” – Are We Just Peculiar or Actually Ahead?, in: Faber/Lurjer (Hg.) (Fn. 6 – Rules for the Transfer), 69, jeweils mit zahlreichen Nachweisen. Zu den Gründen gegen einen „unitary approach“ in Bezug auf die Übereignung vgl. auch T. Håstad, Derivative Acquisition of Ownership of Goods, ERPL 2009, 725.

ein beschränktes dingliches Recht gefragt, sondern danach, wie der Rangkonflikt (*priority conflict*) zwischen dem Inhaber des beschränkten dinglichen Rechts und dem Erwerber zu lösen ist. Wer könnte aus welchen Gründen ein „besseres“ Recht an der Sache haben? Man sieht schon an diesen Formulierungen, dass die *legal realists* direkt auf die Frage zusteuern und nicht den Weg über eine Analyse eines möglichen lastenfreien Eigentumswerbers und dessen Voraussetzungen wählen. Diesen „dogmatischen“ Weg empfindet man in den USA und in Skandinavien geradezu als Umweg. Die Einkleidung des Problems in Fragen des Erwerbs oder Verlusts absoluter, vollständiger oder beschränkter dinglicher Rechte lenke nur von der eigentlich entscheidenden Frage ab, wem aus welchen Gründen in einem Zwei-Personen-Konflikt der Vorrang einzuräumen sei. Die hier zu treffenden Wertungen sollten, so die vorherrschende Ansicht in den nordischen Ländern und den USA, durch den Gesetzgeber entschieden oder jedenfalls von der Rechtsprechung offen ausgesprochen und nicht hinter dogmatischen Glasperlenspielen versteckt werden.

Besonders einflussreich⁷⁵ war die unter anderem auf den Eigentumsbegriff gemünzte Attacke von *Alf Ross*, einem dänischen *legal realist*, in der *Harvard Law Review* 1957 unter dem Titel „Tû-Tû“.⁷⁶ *Ross* schildert einen fiktiven Eingeborenenstamm auf einer ebenfalls fiktiven Insel im Südpazifik, dessen Mitglieder davon überzeugt sind, dass bestimmte Vorkommnisse, zum Beispiel die Tötung eines Totemtieres, die Begegnung mit der Schwiegermutter oder das Verzehren von Speisen, die für den Häuptling bestimmt sind, in der betreffenden Person den Status von „Tû-Tû“ auslösen. Wenn eine Person diesen Status erreicht hat, muss sie sich einer Reinigungszeremonie unterziehen, sonst drohen Sanktionen. Auf derselben irrationalen Ebene sieht *Ross* den Begriff des Eigentums angesiedelt. Auch dieser Begriff habe keinerlei eigenständigen Gehalt, sondern sei nur ein sprachliches Bindeglied zwischen Voraussetzungen und Rechtsfolgen. Anstatt etwa aus einem Erbfall die Rechtsfolge des Eigentumserwerbs abzuleiten und hieraus wiederum einen Herausgabeanspruch des wahren Erben gegen den Erbschaftsbesitzer, sei es direkter, klarer und einfacher, aus den Voraussetzungen unmittelbar auf die Rechtsfolgen zu schließen. Der Begriff „ownership“ sei ebenso inhaltsleer wie der Begriff „Tû-Tû“:

„It will be clear from this that the ‘ownership’ inserted between the conditioning facts and the conditioned consequences is in reality a meaningless word, a word without any semantic reference whatever, serving solely as a tool of presentation.“⁷⁷

⁷⁵ Der Aufsatz wird bis heute rezipiert, vgl. etwa *D. Ruiter*, Normative and Real Institutions, in: B. Steunenbergh/F. van Vught (Hg.), *Political Institutions and Public Policy* (1997), 72 ff.

⁷⁶ *A. Ross*, Tû-Tû, *Harvard Law Review* 70 (1957) 812.

⁷⁷ *Ross*, *Harvard Law Review* 70 (1957) 812, 820.

Zu diesen Thesen wäre viel zu sagen, aber um eine inhaltliche Auseinandersetzung geht es an dieser Stelle nicht. Hier kommt es nur auf die Feststellung an, dass der Einfluss der *realists* gerade im Sachenrecht bis heute anhält. Die Äußerung von Lord Judge in *Yearworth v. North Bristol NHS Trust*, einer Entscheidung des englischen *Court of Appeal* aus 2009, klingt wie unmittelbar von *Alf Ross* abgeschrieben: „The concept of ownership is no more than a convenient global description of different collections of rights held by persons over physical and other things.“⁷⁸ Der Rechtsrealismus und das relationale Denken haben weiterhin über den US-amerikanischen *Uniform Commercial Code*⁷⁹ und seinen *functional approach*⁸⁰ Eingang in aktuelle internationale Konventionen und Modellregeln gefunden hat, wie etwa die „Cape Town Convention über internationale Sicherungsrechte an beweglicher Ausrüstung“,⁸¹ das gegenwärtig in Arbeit befindliche „Uncitral Model Law on Secured Transactions“⁸² bis hin zu Buch IX des „Draft Common Frame of Reference“.⁸³ Der zentrale Terminus *perfection* in Art. 9 UCC kann in keine Kategorie des kontinentaleuropäischen Sachenrechts übersetzt werden, weder in „Vollendung des Erwerbs eines dinglichen Rechts“ noch in „Drittwirk-

⁷⁸ [2010] Q.B. 1, 12 (Court of Appeal), [2009] 3 WLR 118, [2009] 2 All ER 986 CA.

⁷⁹ *Chief reporter* des UCC war Karl Llewellyn, ein führender „legal realist“, vgl. *M. Bridge/R. Macdonald/R.L. Simmonds/C. Walsh*, Formalism, Functionalism and Understanding the Law of Secured Transactions, *McGill Law Journal* 44 (1999), 567, 573 ff.

⁸⁰ Vgl. *H.C. Sigman*, Security in Movables in the United States, in: E.-M. Kieninger (Hg.), *Security Rights in Movable Property in European Private Law* (2004), 54, 57: „The Article 9 security interest is based on a functional approach, rather than on theoretical distinctions, and the location of title to the property that serves as collateral is, for this purpose, irrelevant. This contrasts with those European systems where ownership (even in some cases, an ownership created for security purposes) is outcome-determinative.“ Eine kritische Analyse des „functional approach“ unternehmen *Bridge/Macdonald/Simmonds/Walsh*, *McGill Law Journal* 44 (1999), 567, 577 ff.

⁸¹ Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment (2001); der Text der Konvention und der aktuelle Status können auf der Webpage von UNIDROIT <www.unidroit.org> abgerufen werden. Zu der Konvention siehe *B. v. Bodungen*, *Mobilarsicherungsrechte an Luftfahrzeugen und Eisenbahnrollmaterial im nationalen und internationalen Rechtsverkehr* (2009); *R. Goode*, *Official Commentary on the Convention on International Interests in Mobile Equipment and the Protocol thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment* (3. Aufl., 2013).

⁸² Vgl. Draft Model Law on Secured Transactions. Die Entwürfe können auf der Webpage von UNCITRAL <www.uncitral.org> unter „Working Group VI.“ – „Security Interests“ abgerufen werden. Zugrunde liegt der UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, als E-Book verfügbar unter „Uncitral Texts“ auf der Webpage von UNCITRAL.

⁸³ Buch IX des DCFR ist wesentlich von Art. 9 UCC, den kanadischen Personal Property Security Acts und dem UNCITRAL Legislative Guide beeinflusst, vgl. *Drobnig/Böger* (Fn. 5), 206 ff.; *R. Macdonald*, *Transnational Secured Transaction Reform: Book IX of the Draft Common Frame of Reference in Perspective*, *ZEuP* 2009, 745.

samkeit“ o.ä. Einer der intimsten Kenner des Art. 9 UCC schreibt hierzu: „Perfection is simply a tool of the priority regime. [...] [It] can mean whatever the particular legal system chooses to have it mean“.⁸⁴ Denn letztlich komme es nur darauf an, welche Prioritätsregel im Einzelfall einschlägig ist.

Juristische Oberbegriffe wie etwa „Eigentum“ oder „beschränktes dingliches Recht“ werden unter einem *functional approach* irrelevant, es zählt allein die ökonomische Funktion. Ob vorbehaltenes Eigentum, Sicherungseigentum, Leasing oder beschränkte dingliche Rechte wie das Pfandrecht: Alle Figuren werden einem grundsätzlich einheitlichen Regime unterworfen.⁸⁵ Über das Rangverhältnis entscheiden nicht konstruktive Überlegungen wie die Frage, ob Eigentum zurückbehalten wurde, oder ob der Sicherungsgeber noch wirtschaftlicher Eigentümer der Sache ist, so dass ihm im Fall der Insolvenz des Sicherungsnehmers ein Aussonderungsrecht zustehen sollte etc., sondern der Gesetzgeber, der mit einer möglichst alle Konfliktfälle enumerativ erfassenden Liste die verschiedenen Rangfragen anhand ökonomischer Kriterien zu lösen hat.⁸⁶ Wer etwa Kredit zur Anschaffung einer Sache gegeben hat, der sollte an ihr ein Sicherungsrecht haben, das Vorrang vor früher bestellten Globalsicherheiten genießt, ganz unabhängig davon, ob es sich bei dem Kreditgeber um eine Bank handelt, oder einen Verkäufer, ob dem Kreditgeber nur ein Sicherungsrecht eingeräumt wurde, oder ob er sich das Recht bei der Übereignung vorbehalten hat.⁸⁷ Nach deutschem Recht ist dagegen der konstruktive Unterschied entscheidend für die Behandlung in der Insolvenz: Vorbehaltenes Eigentum des Verkäufers berechtigt zur Aussonderung, Übertragung des Sicherungseigentums nur zur abgesonderten Befriedigung (vgl. §§ 47 und 51 Nr. 1 InsO). Auch die Frage, ob sich eine *super-priority* für Anschaffungssicherheiten auf die die ursprüngliche Sache ersetzenden Weiterveräußerungserlöse, Verarbeitungsprodukte, Versicherungssummen etc. (sogenannte *proceeds*)⁸⁸ erstrecken sollte,⁸⁹ ist nach US-amerikanischer Vorstellung nicht aus allgemeinen Sachenrechtsprinzipien wie dem der *surrogation réelle*⁹⁰ oder Überlegungen zu juristischen Sekunden, Durchgangs- oder

⁸⁴ *Sigman* (Fn. 80), 143, 145.

⁸⁵ Vgl. etwa die Definition des *international interest* in Article 2 Cape Town Convention (2001).

⁸⁶ *Sigman* (Fn. 80), 160 ff., listet in seiner Übersicht über die wichtigsten Prioritätsregeln des Art. 9 UCC allein 20 einzelne Konfliktfälle auf, die spezifisch gesetzlich geregelt sind.

⁸⁷ *Sigman* (Fn. 80), 162 ff.

⁸⁸ Zum Begriff der *proceeds* vgl. UNCITRAL Legislative Guide (Fn. 82), 47, Rn. 16 ff.

⁸⁹ Zu den unterschiedlichen Lösungen nach Art. 9 UCC und Buch IX DCFR siehe *M. Brinkmann*, *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen* (2011), 438 ff.

⁹⁰ Vgl. *V. Sagaert*, *Zakelijke subrogatie* (2004); *E. Dirix*, Belgium, in: H.C. Sigman/ E.-M. Kieninger (Hg.), *Cross-Border Security over Tangibles* (2007), 221, 223.

Direkterwerb abzuleiten,⁹¹ sondern vom Gesetzgeber anhand klarer *priority rules*, die auf ökonomischen Erwägungen gründen, zu entscheiden.

Zusammenfassend lässt sich festhalten: Bei der Skepsis gegenüber bestimmten sachenrechtlichen Prinzipien und Grundbegriffen, speziell gegenüber dem Begriff des absoluten Rechts „Eigentum“, gehen Rechtsgeschichte und Rechtstheorie in den angelsächsischen Ländern Hand in Hand. Auch die Lehenspyramide war ein System relationaler Rechte. Der Empfänger eines Lehens hatte nicht ein absolutes Recht an dem überlassenen Land, sondern ein Bündel von Rechten und Pflichten gegenüber seinem *lord* und wieder ein anderes Bündel von Rechten und Pflichten gegenüber seinen *tenants*. Das englische Sachenrecht befasste sich demgemäß mit Regeln in Bezug auf Rechte an Land, nicht aber mit Eigentum an Land.⁹² Die Besonderheiten im Vergleich zum Kontinent, dass das angelsächsische Recht weniger in dinglichen Rechten einer Person an einer Sache als vielmehr in Rechtsbeziehungen denkt, den Begriffen *ownership* oder *absolute right* keine besondere Bedeutung beimisst,⁹³ auch in Bezug auf Sachenrechte eine größere Flexibilität erlaubt und der Vertragsfreiheit und damit der Kautelarpraxis eine gewichtigere Rolle zugesteht,⁹⁴ haben 1066 ihren Ausgang genommen.⁹⁵ *Estate*, der Schlüsselbegriff des englischen Immobiliarsachenrechts, bezeichnet nicht unmittelbar ein Recht an einem Grundstück, sondern verschiedene Formen und zeitliche Grenzen von Nutzungs-, Besitz- und Übertragungsbefugnissen in Bezug auf ein Grundstück. Auch *title*, ein Begriff, den man in England lieber verwendet als *ownership*, wird als etwas Relatives betrachtet: *Property law* beschäftigt sich nicht mit Rechten von Personen an Sachen, sondern mit rechtlichen Beziehungen zwischen Personen mit Bezug auf Sachen. In einem Einführungslehrbuch zum englischen Sachenrecht heißt es: „In disputes concerning ownership [lawyers] do not ask or seek to show who is the owner in any absolute sense, but rather which of the disputants has a better title to the

⁹¹ Siehe zu derartigen konstruktiven Überlegungen bei der Vorausabtretung von Forderungen P. Bülow, *Recht der Kreditsicherheiten* (8. Aufl., 2012), Rn. 1419 f.; J. Busche, in: J. von Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (Buch 2: *Recht der Schuldverhältnisse*, 2012), § 398 BGB, Rn. 72 ff.; ausführlich R. Serick, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, Bd. IV (1976), § 47 IV.

⁹² Merryman, *Tulane Law Review* 48 (1974), 916, 928: „Thus, the English law began as law about rights with respect to land rather than about ownership of it. The nature and extent of these rights could vary widely, depending in part on the agreement of the parties, in part on custom and to a large extent on the will of the dominant party, the lord.“

⁹³ Vgl. *Bridge u.a.* (Fn. 49), Rn. 2-002: „Many traditional accounts of the law of personal property have accorded no or limited significance to the concept of ownership in goods“.

⁹⁴ Das Einführungslehrbuch von *Murphy/Roberts/Flessas* (Fn. 44), 39 erwähnt die Kautelarpraxis als erste Quelle der Entwicklung des englischen Sachenrechts, vor Rechtsprechung und Gesetzgebung.

⁹⁵ In diese Richtung bereits *Van Erp* (Fn. 12), 1060.

thing at issue”,⁹⁶ und einige Seiten später: “English law’s conception of title is a relative one”.⁹⁷

III. Eine vergleichende Grammatik des Sachenrechts

Die Feststellung der gravierenden Unterschiede in der Perzeption von Sachenrecht/*property* als Gegenstand rechtswissenschaftlicher Forschung und Lehre in den Ländern des *civil* und *common law* sollte natürlich nicht von der Rechtsvergleichung abhalten. Im Gegenteil: „Gleichgültig, ob der Rechtsvergleicher mehr an technischen Details oder an grundlegenden Prinzipien, mehr an den Zusammenhängen zwischen juristischen Regeln und der gegenwärtigen sozialen und ökonomischen Realität interessiert ist oder der Untersuchung der historischen Wurzeln, es gibt kaum ein wichtigeres und faszinierendes Feld als das Sachenrecht“, so *Merryman* schon 1974.⁹⁸

Aber anders als im Vertragsrecht, wo die Unterschiede und Gemeinsamkeiten zwischen *common law* und *civil law* gerade das richtige Maß haben, um den Vergleich gleichermaßen attraktiv wie durchführbar erscheinen zu lassen,⁹⁹ sind die Unterschiede im Sachenrecht wesentlich größer.¹⁰⁰ *Lawson* schreibt in seiner rechtsvergleichenden Conclusio in der *International Encyclopedia*:

„[The reader] will do best to recognise that what he has seen is not a number of more or less satisfactory approximations to a single grammar of property law but a number of substantially different grammars.“¹⁰¹

⁹⁶ *Murphy/Roberts/Flessas* (Fn. 44), 54.

⁹⁷ *Murphy/Roberts/Flessas* (Fn. 44), 63.

⁹⁸ *Merryman*, *Tulane Law Review* 48 (1974), 916: „This lacuna is, at least to a property lawyer, difficult to understand. Whether he be interested in theory or in practice, in technical legal matters or in the relationships between law and the socio-economic order, one can hardly find a more significant and fascinating field of comparative study than the law of property.“

⁹⁹ Vgl. *E.A. Farnsworth*, *Comparative Contract Law*, in: *Reimann/Zimmermann* (Hg.) (Fn. 12), 899, 901.

¹⁰⁰ Vgl. auch *P. Sparkes*, *Certainty of Property: Numerus Clausus or the Rule with No Name?*, *ERPL* 2012, 769, 771: „Comparative property law in Europe resembles nothing so much as the many-worlds interpretation of quantum mechanics. [...]. What appears to us to be a single reality is in truth a “multiverse”. In the comparative law of Europe, national systems operate as universes in parallel with little intercommunication, with some semblance of a shared structure certainly, but with so much scope for variation that almost every conceivable rule of property law can be found in one or the other of our many property laws“.

¹⁰¹ *F.H. Lawson*, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Bd. VI: *Property and Trust* (1973), Chapter 2, *Structural Variations in Property Law*, Tz. 2-272.

Es fehlt also an einer vergleichenden Grammatik, an einem sachenrechtsvergleichenden Grundlagenwerk, das die unterschiedlichen Strukturen offenlegt und in ihrer historischen und geistesgeschichtlichen Entwicklung erklärt, und auf dem Einzeluntersuchungen zuverlässig aufbauen können. Für das Vertragsrecht liegen solche Grundlagenwerke vor, ich erwähne nur *Reinhard Zimmermanns* „Law of Obligations“ und das „Europäische Vertragsrecht“ des Jubilars.¹⁰² Im Sachenrecht fehlen sie bislang,¹⁰³ und dies auch in Anbetracht des im Sommer 2015 erschienenen ersten Bandes des „Gemeineuropäischen Sachenrechts“ von *Christian von Bar*.

1. „Gemeineuropäisches Sachenrecht“

Zunächst einmal ist festzustellen, dass *von Bar* und seine Mitarbeiter eine staunenswerte Fülle von Material zusammengetragen, gesichtet und geordnet haben. Die Informationen erstrecken sich auch auf die in rechtsvergleichenden Kompendien oft vernachlässigten süd- und osteuropäischen Mitgliedstaaten der EU und sie sind durchweg mit Gerichtsentscheidungen aus den entsprechenden Ländern und originalsprachlicher Literatur unterlegt. Es versteht sich von selbst, dass hier mit höchster Akribie und Akkuratess gearbeitet worden ist. Die Sachenrechtsvergleichung wird von diesem Werk ebenso wie von den schon zuvor veröffentlichten Länderberichten¹⁰⁴ enorm profitieren. Dennoch bleiben Wünsche offen. Das liegt vor allem an dem meiner Ansicht nach verfrühten Ansatz, ein gemeineuropäisches Sachenrecht qua Handbuch gleichsam herbeizwingen zu wollen und damit den zweiten Schritt vor dem ersten zu tun. Die von vielen Sachenrechtsvergleichern und auch in diesem Beitrag prominent herausgestellten fundamentalen Unterschiede werden im „Gemeineuropäischen Sachenrecht“ selbstverständlich erwähnt, aber letztlich marginalisiert, weil sie die angestrebte Einheit des Systems stören. So schreibt *von Bar* beispielsweise nach ausführlicher Darstellung der englischen Auffassung, wonach *property* ein „relatives Konzept“ sei, quasi korrigierend, die englische Herangehensweise, wonach ein Mieter nach Ablauf der Mietzeit zwar gegenüber einem Dieb der vormals gemieteten Sache einen besseren Titel, gegenüber dem Eigentümer aber einen schwächeren habe, ließe sich „sprachlich ebenso präzise und nach unserer Einschätzung sogar besser einfangen, wenn man statt von relativen Titeln von nachrangigen oder gestuften absoluten Titeln sprechen würde“.¹⁰⁵ Insgesamt finden sich die Ausführungen

¹⁰² *H. Kötz*, Europäisches Vertragsrecht (2. Aufl., 2015).

¹⁰³ Einzelaspekte sind aber selbstverständlich bereits bearbeitet, siehe etwa die historische und vergleichende Betrachtung von „Ownership and its Objects“ von *Gretton*, *RabelsZ* 71 (2007), 802.

¹⁰⁴ Siehe die von *C. v. Bar* herausgegebene, vierbändige Reihe „Sachenrecht in Europa“ (1999–2001).

¹⁰⁵ *v. Bar* (Fn. 14), § 1, Rn. 21.

zum englischen Verständnis des *title* oder *property right* als eines „relativen“ Rechts unter der Überschrift „Begriff des absoluten Rechts“ (§ 1, Rn. 20) im Kapitel „Absolute Vermögensrechte“ (§ 1, Rn. 19 ff.). Systembildend ist für *von Bar* also nur der Begriff des absoluten Rechts, die englische Sichtweise wird mit einem pejorativen Unterton dargestellt, die US-amerikanische wird vom Forschungsgegenstand ausgenommen und die skandinavische, die gar nicht eindeutig zwischen Sachen- und Schuldrecht unterscheidet, in die Fußnoten verbannt (§ 1, Rn. 25, Fn. 144). Im Haupttext heißt es dort, „alle europäische Rechtsordnungen [würden] ihren Bürgern die Möglichkeit einräumen, [...] absolute Vermögensrechte zu erwerben“, und daher müsse man sich „zunächst auch nicht darum kümmern, ob und wie die europäischen Rechtsordnungen die systematische Selbständigkeit von Sachenrecht in ihrer Gesetzgebung, der gängigen rechtswissenschaftlichen Literatur und dem Ausbildungsprogramm der Universitäten nachvollziehen.“ Dies geschehe in der Tat auf unterschiedliche Weise, ändere aber „nichts an der gemeinsamen Grundüberzeugung“.

Die Systembegriffe, Grundüberzeugungen etc., die *von Bar* hier in Anspruch nimmt, werden somit nicht aus einem gemeineuropäischen Bestand, einem *common core*, abgeleitet, den es tatsächlich eben nicht gibt, sondern sie schweben als *deus ex machina* von oben ein. Im Vorwort heißt es dazu, das System, unter dem die Sachenrechtsordnungen der Mitgliedstaaten in einem Bild zusammengeführt werden sollen, entwickle sich gewissermaßen selbst.¹⁰⁶ Über den Rat von *Lawson* in der *International Encyclopedia*, „[that] anyone brought up in a civil law or some other legal system who tries to compare a portion of [property law] in any common law country [...] will indeed be well advised to put out of his mind for the time being all that he has learnt about his own system and start afresh“,¹⁰⁷ setzt sich das „Gemeineuropäische Sachenrecht“ ganz offensichtlich hinweg.

Ein zweites Beispiel ist die Darstellung des Verzichts des schwedischen und englischen Rechts auf den Begriff des Eigentums (§ 3, Rn. 340 ff.): Die schwedische und englische Sichtweise, die einen eigenständigen Eigentumsbegriff verneint oder jedenfalls für unbeachtlich erklärt,¹⁰⁸ erscheint nicht als eigene Rubrik neben dem Eigentumsbegriff, sondern wird in das Kapitel „Eigentum“ einsortiert und bereits auf diese Weise an den Rand gedrängt. Eine inhaltliche Auseinandersetzung mit dem schwedischen Ansatz unterbleibt; seine Herkunft aus dem Rechtsrealismus findet sich nur versteckt in

¹⁰⁶ v. *Bar* (Fn. 14), V.

¹⁰⁷ *Lawson* (Fn. 101), Tz. 2-24.

¹⁰⁸ Vgl. *Lawson* (Fn. 101), Fn. 493 unter Berufung auf „Crossley Vaines on Personal Property“: „It is possible, even desirable, to write a treatise on English [property] law without defining ownership or mentioning it as a juridical conception.“

einem Fußnotenverweis auf den Aufsatz von *Alf Ross*;¹⁰⁹ dass auch das US-amerikanische Recht hiervon durchtränkt ist, erfährt der Leser nicht, weil das amerikanische Recht insgesamt vom Untersuchungsgegenstand ausgenommen bleibt. Bei der Darstellung des englischen Rechts wird der Stil des Autors offen kritisch. So heißt es in § 3, Rn. 341: „Nicht völlig unähnlich liegen die Dinge auch in England. Ausgerechnet eines der kapitalistischsten Systeme der Welt leistet sich den Luxus, ‚ownership‘ undefiniert zu lassen. Das wiederum hängt damit zusammen, dass man meint, das Konzept des Eigentums zur Lösung privatrechtlicher Konflikte nicht oder nur in sehr geringem Maße zu benötigen.“ Und weiter unten: „Folglich unternimmt auch die Lehrbuchliteratur herzlich wenig, *ownership* zu präzisieren [...]. Im Grunde muss sich der Interessierte aus einer Vielzahl von Einzelentscheidungen die Steine zusammensuchen, die er benötigt, um mit dem Legen des Puzzles Eigentum beginnen zu können. [...] Wie vieler es bedarf, um ein Gesamtbild zu legen, und wie es aussehen soll, bleibt jedoch offen.“

Meines Erachtens wird bei diesen zentralen Passagen das Streben nach einem einheitlichen System zu sehr in den Vordergrund gerückt. In Anbetracht der auch von *Christian von Bar* keineswegs geleugneten Unterschiede zwischen den verschiedenen Rechtskreisen hätte man gerade bei den Grundbegriffen feststellen müssen, dass es eben (noch) kein gemeineuropäisches Sachenrecht gibt. Indem die Emanationen der verschiedenen Rechtsordnungen in die Grammatik des kontinentaleuropäischen, genauer gesagt, des deutschen Rechts gepresst werden, die als eine Art Naturrecht präsentiert wird,¹¹⁰ bleibt der Wunsch nach einem rechtsvergleichenden Grundlagenwerk, das zunächst einmal die historisch gewachsene Verschiedenartigkeit in ihrer ganzen Breite zum Vorschein bringt und Verständnis für die auf verschiedenen theoretischen Konzepten beruhenden Unterschiede erzeugt, jedenfalls bei den hier behandelten, systemprägenden Grundbegriffen unerfüllt. Eine vergleichende Grammatik des Sachenrechts, die idealerweise auch über die Rechtsordnungen der EU-Mitgliedstaaten hinausreichen und zumindest das im globalen Kontext außerordentlich wichtige US-amerikanische Recht einbeziehen müsste,¹¹¹ ist damit jedenfalls in wichtigen Teilen noch immer ein Desiderat.

¹⁰⁹ *Ross*, Harvard Law Review 70 (1957), 812.

¹¹⁰ Vgl. für den Eigentumsbegriff *v. Bar* (Fn. 14), § 3, Rn. 343. Zur Gefahr, gerade des deutschen Juristen, seine eigene Systematik und Denkmethode für geradezu naturrechtlich vorgegeben zu halten, siehe schon *Zweigert/Kötz* (Fn. 2), 34.

¹¹¹ Es erscheint insgesamt fraglich, ob aus rechtsvergleichender, wissenschaftlicher Perspektive, d.h. wenn nicht sogleich das normative Ziel der Schaffung europäischer *principles* angestrebt wird, die Beschränkung auf die Mitgliedstaaten der EU im Bereich des Sachenrechts fruchtbar ist. Diese Beschränkung führt zu einem automatischen Übergewicht des kontinentaleuropäischen Rechts und marginalisiert das *common law*. Sie lässt außerdem außer Acht, dass gerade im Sachenrecht und hier speziell im Mobiliarkreditsiche-

2. Methodenfragen

Bevor das Anliegen dieses Beitrags abschließend an einem konkreten Beispiel verdeutlicht werden soll, sind noch einige kurze methodische Vorbemerkungen vorzuschicken: Dass eine von dem jeweiligen Gegenstand des Vergleichs losgelöste Methodendiskussion unfruchtbar ist, und dass es nicht das eine, allein seligmachende „Kochrezept“ für jedwede rechtsvergleichende Unternehmung gibt, scheint evident zu sein.¹¹² Dies sollte man nicht als Beliebigkeit oder methodisches Desinteresse kritisieren, sondern als Notwendigkeit hinnehmen. Manche neueren methodischen Ansätze sprechen zudem letztlich (mittlerweile) Selbstverständlichkeiten aus. Das gilt etwa für *Rodolfo Saccos* Lehre von den Formanten¹¹³ oder *Tschentschers* Formel einer „dialektischen Rechtsvergleichung“.¹¹⁴ Dass Rechtsregeln in einem komplexen Zusammenwirken verschiedener Akteure wie Gesetzgeber, wissenschaftlicher Literatur und Rechtsprechung entstehen, wobei das Gewicht dieser Formanten und ihre Funktionsweise je nach Rechtsordnung unterschiedlich sein können, ist richtig, aber inzwischen auch selbstverständlich. Dasselbe gilt für die Erkenntnis, dass der Untersuchungsgegenstand nicht von vornherein endgültig definiert werden kann, sondern im Laufe der Untersuchung immer wieder aus den neu gewonnenen Erkenntnissen heraus nachjustiert werden muss; letztlich kann die rechtsvergleichende Fragestellung erst dann präzise formuliert werden, wenn man sich zumindest einen Überblick über die möglichen Antworten in verschiedenen Rechtsordnungen verschafft hat.

Anhand der Betrachtungen des anglo-amerikanischen Grundstücksrechts und des *legal realism* ist bereits deutlich geworden, dass die historische Entwicklung und die theoretischen und methodischen Fundamente der jeweiligen Rechtsordnung gerade im Sachenrecht prominent zu berücksichtigen sind, wenn man ein zutreffendes Gesamtbild erstellen will. Interessant ist weiter die Frage nach dem möglichen Beitrag der ökonomischen Analyse zum vergleichenden Sachenrecht. *Property rights* sind ein gängiges Schlagwort auch der rechtsökonomischen Literatur¹¹⁵ und des *critical legal studies movement*¹¹⁶

rungsrecht das US-amerikanische Recht global eine außerordentlich wichtige Vorbildrolle einnimmt, vgl. oben Fn. 82–84.

¹¹² Vgl. insbesondere *Kischel* (Fn. 57), 165 ff.; kritisch zum Methodenpluralismus dagegen *M. Oderkerk*, *The Need for a Methodological Framework for Comparative Legal Research*, *RabelsZ* 79 (2015), 589, 595 ff.

¹¹³ Vgl. *R. Sacco*, *Legal formants: a dynamic approach to comparative law*, *American Journal of Comparative Law* 39 (1991), 1 ff., 343 ff.

¹¹⁴ Vgl. *A. Tschentscher*, *Dialektische Rechtsvergleichung – Zur Methode der Komparatistik im öffentlichen Recht*, *JZ* 2007, 807; dazu *Kischel* (Fn. 57), § 3, Rn. 49 ff.

¹¹⁵ Vgl. z.B. *H.-B. Schäfer/C. Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts* (5. Aufl., 2012), 589 ff.

und immerhin gibt es aus der Feder des bekannten italienischen Rechtsvergleichers *Ugo Mattei*¹¹⁷ eine Monographie zur Sachenrechtsvergleichung aus rechtsökonomischer Sicht.¹¹⁸ Allerdings wirkt sich an dieser Stelle der Unterschied im Fächerzuschnitt zwischen *common* und *civil law* besonders gravierend aus. Da *property law* wie gezeigt in den USA denkbar weit verstanden wird und sich heute vor allem auf soziale und politische Fragestellungen konzentriert, geht auch die ökonomische Analyse in ihrem Heimatland von einem umfassenden Begriff der *property rights* aus. Sie werden ganz allgemein als „Handlungsrechte“ verstanden und schließen Nutzungsrechte an Gemeineigentum, etwa das Recht auf Betreten von in Privateigentum stehenden Wäldern etc., das Recht auf freie Rede, das Wahlrecht u.ä. ein.¹¹⁹ Soweit es um prinzipielle Fragen geht, erreichen die Themen einen sehr hohen Abstraktionsgrad, wie etwa die Frage nach dem optimalen Niveau sachenrechtlicher Regulierung.¹²⁰

Zurück zu einer bodenständigeren Rechtsvergleichung: Als grundsätzlicher Ansatz scheint die funktionale Rechtsvergleichung auch für das Sachenrecht eine taugliche Methode zu sein. Auch hier empfiehlt es sich, die in den Vergleich einzubeziehenden Rechtsinstitute und -regeln anhand ihrer Funktion in einem sozialen und ökonomischen Kontext auszuwählen und nicht bei der juristischen Konstruktion zu verharren. Allerdings ist es für das Sachenrecht mehr noch als für das Vertrags- oder Schadensrecht zentral, auch diese unterschiedlichen Konstruktionen in den Blick zu nehmen. Anders gewendet ist die von *Zweigert* und *Kötz* formulierte Maxime, die Ausgangsfrage jeder rechtsvergleichenden Arbeit müsse rein funktional gestellt werden, also das zu untersuchende Problem frei von den Systembegriffen der eigenen Rechtsordnung formuliert werden,¹²¹ im Sachenrecht oft nur schwer zu verwirklichen.¹²² Vielleicht erklärt auch das die Abneigung des rechtsvergleichenden Mainstreams gegenüber dem Sachenrecht. Gleichsam auf die Spitze getrieben

¹¹⁶ Vgl. die Übersicht über die Lehren der „progressive property group“ als Teil des *critical legal studies movement* von *A.J. van der Walt*, *The Modest Systemic Status of Property Rights*, *Journal of Law, Property and Society* 1 (2014), 15 ff.

¹¹⁷ Vgl. auch *U. Mattei*, *Comparative Law and Critical Legal Studies*, in: Reimann/Zimmermann (Hg.) (Fn. 12), 815 ff.

¹¹⁸ *U. Mattei*, *Basic Principles of Property Law – A Comparative Legal and Economic Introduction* (2000).

¹¹⁹ Siehe auch die Themen des von *K. Ayotte* und *H.E. Smith* herausgegebenen „*Research Handbook on the Economics of Property Law*“ (2001).

¹²⁰ Vgl. *Van der Walt*, *Journal of Law, Property and Society* 1 (2014) 15, 18 ff.

¹²¹ *Zweigert/Kötz* (Fn. 2), 33.

¹²² In diese Richtung auch *B. Lurger*, *Introduction to the Project „Transfer of Movables“*, in: *Faber/Lurger* (Hg.) (Fn. 6 – *Rules on the Transfer*), 1, 7, die betont, dass man im Sachenrecht oft auf „real differences“ stoße, nicht nur auf verschiedene „black letter rules“, die aber letztlich dasselbe intendierten.

ist der funktionale Ansatz in der *case law method*, die *Rudolf Schlesinger* an der *Cornell Law School* in den 1960er Jahren praktiziert hat und die *Mattei* und *Bussani* für das Trentiner Common Core Projekt auf breiter Front wiederbelebt haben.¹²³ Idealerweise sollen die hypothetischen Fälle, die aus der Sicht der jeweiligen nationalen Rechtsordnungen zu bearbeiten sind, reine Tatsachenschilderungen sein, bar jeden Rechtsbegriffs. Im Schadens- und selbst im Vertragsrecht lässt sich das recht gut durchhalten. Ein Verkehrsunfall, eine Gesundheitsverletzung durch ein fehlerhaftes Produkt, die Nichtlieferung oder die Mangelhaftigkeit einer bestellten Sache, die Veränderung der Begleitumstände eines Vertrags – all das lässt sich schildern, ohne dass man dabei spezifischere Rechtstermini als beispielsweise „Kaufvertrag“ oder „Vereinbarung“ benutzen müsste.¹²⁴ Auch komplexe Rechtsfragen nach Verschulden, Vorhersehbarkeit, hypothetischer oder überholender Kausalität oder ersatzfähigen Schadensarten setzen keine Schilderungen komplexer Transaktionen voraus. Im Sachenrecht ist das in großen Teilen anders. Selbstverständlich kann man rein nach dem ökonomischen Ziel einer Transaktion fragen, etwa, auf welche Weise das jeweilige Rechtssystem die Belastung eines Grundstücks zum Zweck der Sicherung einer Geldschuld zulässt. Für eine erste Einkreisung des Themas und der zu behandelnden Sachenrechte kann eine solche Frage durchaus sinnvoll und besser geeignet sein, als wenn man von einem nationalen Rechtsbegriff wie dem der Hypothek ausgeht und darunter nur ein (schon von Gesetzes wegen und nicht erst durch den Sicherungsvertrag) akzessorisches Recht, nicht aber die deutsche Grundschuld oder den Schweizer Schuldbrief subsumiert. Komplexere sachenrechtliche Fallgestaltungen und damit auch Rechtsfragen sind aber ohne eine bestimmte, von den Parteien bereits ins Auge gefasste juristische Einkleidung der Transaktion in der Regel nicht darstellbar. Im Sachenrecht wird man auch häufiger als im Vertrags- oder Schadensrecht auf das Phänomen stoßen, dass sich bestimmte Rechtsfragen, wie etwa die Rechtsfolgen von Übersicherung¹²⁵ oder das Verhältnis von Waren- und Geldkredit,¹²⁶ die durchaus funktional beschrieben werden können, in vielen Rechtsordnungen trotz sozialer und ökonomischer Gleichartigkeit aufgrund der Verschiedenartigkeit der sachenrechtlichen Ausgangslage gar nicht stellen. Hier schlagen oft Sachenrechtsprinzipien wie der Publizitäts- oder der Bestimmtheitsgrundsatz durch, die bestimmte Transaktionen von vornherein ausschließen.

¹²³ *U. Mattei/M. Bussani*, The Common Core Approach to European Private Law, *Columbia Journal of European Law* 3 (1997/1998), 339.

¹²⁴ Solche allgemeinen juristischen Begriffe lassen auch *Zweigert/Kötz* (Fn. 2), bei der Formulierung einer Ausgangsfrage zu, vgl. die Beispiele a.a.O., 33.

¹²⁵ Vgl. dazu *Kieninger* (Hg.) (Fn. 80), 528 f. Zur Übersicherung im deutschen Recht vgl. BGHZ 137, 212 = NJW 1998, 671.

¹²⁶ *C. Wilhelm*, Die Regelung der Geld- und Warenkreditsicherheiten nach deutschem Recht im Vergleich zum Draft Common Frame of Reference (2013), 213 ff.

Gerade wenn es, wie der erste Teil des Beitrags zu zeigen versucht hat, darum geht, eine vergleichende Grammatik des Sachenrechts zu entwerfen, kommt man folglich nicht umhin, juristische Grundbegriffe und -prinzipien gleichsam zum Angelpunkt des Vergleichs zu machen. Die Auswahl der aus den jeweiligen Rechtsordnungen einzubeziehenden Institute muss aber funktional geschehen; eine Subsumtion fremder Rechtsbegriffe unter die Systematik des eigenen Rechts wäre ein Zuviel an eigener Wertung und schadet dem primären Anliegen, die Rechtsordnungen zunächst einmal mit ihrer eigenen Systematik, in ihrem jeweiligen Kontext und in ihrer geschichtlichen Eigenartigkeit darzustellen.

In der Summe ist für die Sachenrechtsvergleichung eine Mischung aus funktionalem Ansatz einerseits und Institutionenvergleich oder „vergleichender Dogmatik“ andererseits zu wählen. Dabei ist besonders auf die historische Entwicklung zu achten und damit zu rechnen, dass sich geschichtlich gewachsene Eigentümlichkeiten trotz gewisser Dysfunktionalitäten erhalten haben. Ein neuer methodischer Ansatz ist mit dem Gesagten gewiss nicht begründet, nur eine gewisse Adaptation der vorherrschenden funktionalen Methode¹²⁷ an ihren Gegenstand.

IV. Konkretes Beispiel: Die Übereignung beweglicher Sachen und der Begriff der Verfügung

Wie wichtig im Sachenrecht die Verortung der einzelnen Rechtsfiguren und -sätze im Gesamtgefüge der jeweiligen Rechtsordnung ist und wie die richtige Mischung aus Systemvergleich und funktional ausgerichtetem Einzelvergleich aussehen könnte, soll abschließend am Beispiel der Übereignung beweglicher Sachen, einem Klassiker der Sachenrechtsvergleichung,¹²⁸ angedeutet werden. Es gibt bekanntlich Rechtssysteme, die eine separate Einigung verlangen (Deutschland) und andere, bei denen der zugrundeliegende Schuldvertrag als Erwerbstitel genügt (Österreich, Spanien); manche, wie das französische und italienische Recht, geben sich beim Stückkauf mit dem bloßen Vertragsschluss zwischen den Parteien zufrieden, andere halten die Übergabe

¹²⁷ Vgl. *Kischel* (Fn. 57), § 3, Rn. 3 ff.

¹²⁸ Vgl. schon *F. Ferrari*, Vom Abstraktionsprinzip und Konsensualprinzip zum Traditionsprinzip, *ZEuP* 1993, 52; *K. Kreuzer*, La propriété mobilière en droit international privé, *Recueil des cours* 259 (1996), 92 ff.; *U. Drobnič*, Transfer of Property, in: A.S. Hartkamp/M.W. Hesselink/E. Hondius/C. Joustra/E. Du Perron/M. Veldman (Hg.), *Towards a European Civil Code* (3. Aufl., 2004), 725 ff.; *Kieninger* (Hg.) (Fn. 80), 222 ff.; ausführlich *Van Vliet* (Fn. 11), sowie die vorbereitenden Länderberichte zu Buch VIII des DCFR: *Faber/Lurger* (Hg.) (Fn. 6).

als „modus“ für erforderlich (Österreich, Spanien). Unterschiede bestehen weiterhin bei der Verknüpfung zwischen schuldrechtlichem Geschäft und Verfügung.¹²⁹ Schließlich kann man verschiedene Durchbrechungen dieser Regeln beobachten – in Deutschland die Fälle des Doppelmangels, in den Ländern des Traditionsprinzips die Übergabe durch Besitzkonstitut und in den Ländern des Konsensprinzips die parteiautonome Entkoppelung von Vertragsschluss und Eigentumsübergang – und damit im Ergebnis trotz gegensätzlicher Ausgangspunkte funktional doch eine gewisse Annäherung feststellen.¹³⁰

Wenn man sich allerdings in dieser Weise beim Einzelvergleich auf den Erwerbsvorgang *inter partes* beschränkt und nicht berücksichtigt, was die einzelnen Rechtsordnungen mit „Übergang“ oder „Erwerb“ insgesamt bezeichnen und welche Rechtsfolgen sie damit über das Verhältnis zwischen den Parteien hinaus verknüpfen, erhält man kein zutreffendes Gesamtbild und kann auch leicht über die Perspektiven für eine europäische Harmonisierung in die Irre geführt werden.¹³¹ Im deutschen Recht ist die Übereignung eine Verfügung über den Gegenstand. Dieser Begriff ist für das deutsche Sachenrecht zentral: Um den sachenrechtlichen Status zu eruieren und einen praktischen Fall zu lösen, betrachtet man in chronologischer Reihenfolge alle Verfügungen in Bezug auf den jeweiligen Gegenstand, und fragt jeweils, ob sie wirksam sind. Mit wenigen Ausnahmen im Bereich des Grundstücksrechts (Vormerkung, dingliches Vorkaufsrecht) wirken Verfügungen stets gleichmäßig gegenüber jedermann, gleichgültig, ob es sich um die Partei des Übereignungsvorgangs, um Dritterwerber oder Gläubiger von Erwerber oder Veräußerer in Zwangsvollstreckung oder Insolvenz handelt. Mit der Feststellung einer wirksamen Verfügung sind alle diese Rechtsverhältnisse in gleicher Weise und *uno actu* determiniert. Nur relativ wirkende dingliche Rechte kennt das deutsche Recht einzig bei der Vormerkung (§ 883 Abs. 2 S. 1 BGB) und beim dinglichen Vorkaufsrecht (§ 1098 Abs. 2 i.V.m. § 883 Abs. 2 S. 1 BGB). Die systematisierende Kraft des Begriffs der Verfügung liegt weiter darin, dass er in der Lage ist, für ganz unterschiedliche Gegenstände und verschiedene Arten von dinglichen Rechten ein einheitliches Schema zur Verfügung zu stellen.¹³²

Ein Pendant zur „Verfügung“ in diesem umfassenden Sinn gibt es im französischen und englischen Recht ebenso wenig wie eine überwölbende, einheitliche Struktur für den Übergang verschiedener Arten von dinglichen

¹²⁹ Vgl. Stadler (Fn. 14), 24 ff., 132 ff.

¹³⁰ Vgl. V. Sagaert, Consensual versus Delivery Systems in European Private Law – Consensus about Tradition?, in: Faber/Lurjer (Hg.) (Fn. 6 – Rules on the Transfer), 9 ff.

¹³¹ Vgl. Ferrari, ZEuP 1993, 52.

¹³² Vgl. Baur/Stürner (Fn. 66), § 5.

Rechten an Mobilien und Grundstücken.¹³³ Auch ist mit der Feststellung, ein Übergang habe stattgefunden, noch keine endgültige Aussage darüber getroffen, im Verhältnis zu wem ein Recht an der jeweiligen Sache erworben wurde.¹³⁴ Vielmehr differenziert das französische Recht im Ergebnis zwischen der Übertragungswirkung des Kaufvertrags *inter partes* und seiner *opposabilité* im Verhältnis zu Dritten, wobei zwischen Dritterwerbenden und dritten Gläubigern, die nur Vollstreckungsinteressen, aber keine dinglichen Rechte an der Sache haben, zu unterscheiden sein kann.¹³⁵ Nach englischem Recht bewirkt zwar der Kaufvertrag im Grundsatz den Eigentumsübergang *erga omnes*, gleichwohl gilt nach Section 24 *Sale of Goods Act* 1979 der im Besitz verbliebene Verkäufer als ermächtigt, das Eigentum an einen gutgläubigen Dritten zu übertragen.¹³⁶

Dieser Hintergrund ist notwendig, um den Einzelvergleich richtig einordnen zu können. Das französische Recht knüpft an den Konsens nicht dieselben umfassenden Rechtsfolgen, die man als deutscher Jurist von einer Verfügung gewohnt ist. Der Eigentumsübergang durch bloßen Konsens tritt vielmehr zunächst einmal nur *inter partes* ein; bewirkt wird vor allem der Gefahrübergang.¹³⁷ Im Verhältnis zu anderen Parteien können durchaus zusätzliche Voraussetzungen zu erfüllen sein, zum Beispiel die Übergabe bei beweglichen Sachen oder die Registrierung des Vertragsdokuments bei Grundstücken.¹³⁸ Noch vielfältiger wird das Bild, wenn man die in der Praxis dominierenden Fälle einbezieht, bei denen der Kaufpreis erst nach Lieferung zu bezahlen ist. Zwar trifft es zu, dass auch in den Rechtsordnungen, die dem Konsens- und dem Kausalprinzip folgen, Eigentumsübergang und Abschluss

¹³³ Bezeichnenderweise definiert auch der DCFR den Begriff „transfer“ nicht, weder im Annex noch zu Beginn des Buchs IX.

¹³⁴ Vgl. zu dem Phänomen nur relativer dinglicher Rechte aus rechtsvergleichender Perspektive jüngst *J.J. Bornheim*, Die Wirkung relativer dinglicher Rechte nach deutschem internationalem Sachenrecht, *RabelsZ* 79 (2015), 37, 42 ff.

¹³⁵ Vgl. zum französischen Recht *F. Terré/P. Simler*, *Droit civil – Les biens* (9. Aufl., 2014), Rn. 404 ff.; *C. Atias*, *Droit civil – Les biens* (12. Aufl., 2014), Rn. 288: Im Verhältnis zweier Käufer derselben Sache erwirbt derjenige Eigentum, dem die Sache zuerst übergeben worden ist, vorausgesetzt, er ist im guten Glauben.

¹³⁶ „Where a person having sold goods continues or is in possession of the goods, or of the documents of title to the goods, the delivery or transfer by that person, or by a mercantile agent acting for him, of the goods or documents of title under any sale, pledge, or other disposition thereof, to any person receiving the same in good faith and without notice of the previous sale, has the same effect as if the person making the delivery or transfer were expressly authorised by the owner of the goods to make the same“.

¹³⁷ *Terré/Simler* (Fn. 135), Rn. 400.

¹³⁸ *Terré/Simler* (Fn. 135), Rn. 404 ff. Vgl. zum belgischen Recht *V. Sagaert/J. Del Corral*, Acquisition of Ownership of Goods in the DCFR: A Belgian Perspective, in: *V. Sagaert/M. Storme/E. Terryn* (Hg.), *The Draft Common Frame of Reference: national and comparative perspectives* (2012), 343, 367.

des Grundgeschäfts entkoppelt werden können,¹³⁹ aber die unterschiedlichen Voraussetzungen in Bezug auf Form- oder Registrierungserfordernisse, die einzuhalten sind, damit der sachenrechtliche Status nicht nur zwischen den Parteien wirkt, sondern auch Dritten, insbesondere im Konkurs des Käufers, entgegengehalten werden kann,¹⁴⁰ sind damit noch nicht erfasst. Gerade für den deutschen Juristen, der an die Omnipotenz der Verfügung gewöhnt ist, lauern Fallstricke, denen nur mit der richtigen Einbettung des Einzelvergleichs in eine „vergleichende Grammatik des Sachenrechts“ abgeholfen werden kann.

V. Schluss

Vor 30 Jahren verglich der in Passau lehrende *Burkhard Schmiedel* zur Ermutigung seiner Studierenden das Sachenrecht mit dem Skatspiel. Man müsse nur gewisse, feste Grundregeln kennen, dann könne man losspielen und mache keine Fehler mehr. Dieser Beitrag hat zu zeigen versucht, dass sich gerade die Grundregeln von Rechtsordnung zu Rechtsordnung unterscheiden, und dass man *sie selbst* zum Gegenstand rechtvergleichender Grundlagenforschung machen muss, und nicht nur die Karten nebeneinander legen kann. Sonst merkt man am Ende nicht, dass mit dem gleichen Blatt an einem Tisch Skat und am anderen „Mau Mau“ gespielt wird.

¹³⁹ So auch das französische Recht seit Cass.com. 20.11.1979, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique* 1980, 43; dazu und zum vorangegangenen Streit um die dogmatische Einordnung umfassend *Stadler* (Fn. 14), 280 ff. Seit 2006 ist der Eigentumsvorbehalt in Art. 2367 Code civil geregelt.

¹⁴⁰ Vgl. zum französischen Recht *Terré/Simler* (Fn. 135), Rn. 403 m.w.N. Zum italienischen Recht und seinen nach der Zahlungsverzugsrichtlinie sogar noch verschärften Formanforderungen vgl. *A. Veneziano*, Italy, in: *Sigman/Kieninger* (Hg.) (Fn. 90), 159, 181 ff. Zum spanischen Recht und seinen Registrierungsanforderungen vgl. *A. Carrasco*, Spain, in: *Sigman/Kieninger* (Hg.) (Fn. 90), 243, 253.

Zur Rolle der Rechtsvergleichung im Kontext des Wettbewerbs der Rechtsordnungen

Graf-Peter Calliess

I.	Rechtsvergleichung.....	170
1.	Gegenstand „Recht in Aktion“: Norm, Institution, Kommunikation	170
2.	Ziel „Recht als Wissenschaft“: Zwischen Wesen, Kultur und Zufall.....	172
3.	Methodenpluralismus: Zwischen Selbstzweck und Kundenorientierung	173
II.	Paradigmen der Rechtsvergleichung.....	175
1.	Einheit (funktional).....	176
2.	Pluralismus (kontextbezogen und postmodern)	177
3.	Wettbewerb (empirisch und funktional)	178
III.	Rechtsvergleichung jenseits des Nationalstaats	182
1.	Rechtsbedürfnisse und subjektive Rechtsfunktion	183
2.	Justizdienstleistung und objektive Rechtsfunktionen.....	185
3.	Die Verfassung des Rechtsmarkts als Metafunktion	186
IV.	Perspektiven der Rechtsvergleichung	187

Rechtsvergleichung ist ein sogenanntes Grundlagenfach. Gemessen an meinen akademischen Lehrern *Ralf Dreier* und *Gunther Teubner* bin ich eher in der Rechtsphilosophie und -theorie sowie in der Rechtssoziologie zuhause. Die Beschäftigung mit Phänomenen eines Rechts jenseits des Nationalstaats, dogmatisch verankert in den Gebieten des internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts der Verbraucher- und Handelsverträge, hat mich freilich zunehmend mit Fragestellungen wie etwa dem „transnationalen Recht“ in Berührung gebracht, die häufig von Rechtsvergleichern bearbeitet werden. Die Ausarbeitung eines Enzyklopädie-Eintrags zum Stichwort „Lex mercatoria“¹ hat mich zudem dazu verleitet, mein letztes Forschungssemester mit der Geschichte des Handelsrechts und somit der Rechtsvergleichung in der Zeitdimension² zu verbringen. Vor diesem Hintergrund – so dachte ich beim Entwurf meines Vortrags –

¹ *G. Calliess*, *Lex mercatoria*, in: J. Basedow/G. Rühl/F. Ferrari/P. de Miguel (Hg.), *Encyclopedia of Private International Law* (Bd. 2, 2016), im Erscheinen.

² Dazu *R. Pound*, *Comparative Law in Space and Time*, *Am. J. Comp. L.* 4 (1955), 70 ff.

könnte ich vielleicht einige die Grundlagenwissenschaften übergreifende Perspektiven in den rechtsvergleichenden Diskurs einbringen.

Freilich musste ich bei der – im vorliegenden Kontext obligatorischen – erneuten Lektüre einiger Beiträge des Jubilars feststellen, dass fast alles, was mir bedenkenswert erschien, bereits im Abschnitt „Generalia“ der Einführung in die Rechtsvergleichung von *Konrad Zweigert* und *Hein Kötz* steht, und zwar in unnachahmlicher Kürze und Deutlichkeit. Selbst die Abschaffung des ersten Staatsexamens wird da gefordert!³ Das lässt sich weder aus Altbremer Perspektive der Gründer der „Hanse Law School“, eines rechtsvergleichend angelegten Bachelor- und Masterstudiengangs, noch aus Neubremer, vor allem an einer Transnationalisierung des Rechts interessierten, Perspektive⁴ überbieten. Gleich am Anfang findet sich dort, das Wichtige nicht fett, sondern kleingedruckt und vielleicht gerade deshalb umso wichtiger, folgende Bemerkung:

„Man kann in der Tat zweifeln, ob die bloße Interpretation geltender Gesetze mit den üblichen Methoden der Jurisprudenz den Charakter einer Wissenschaft (sei sie Geistes- oder Sozialwissenschaft) beanspruchen kann. Von Wissenschaft wird in der Jurisprudenz wohl erst dort gesprochen werden können, wo sie sich über die positiven nationalen Rechtsnormen erhebt, wie es vornehmlich in der Rechtsphilosophie, in der Rechtsgeschichte, in der Rechtssoziologie und eben in der Rechtsvergleichung geschieht“.⁵

Ich meine, dass man die Erkenntnis des zu einer bestimmten Zeit und an einem bestimmten Ort geltenden Rechts durchaus als Wissenschaft bezeichnen kann. Das gilt jedenfalls dann, wenn darunter mit *Roscoe Pound* nicht nur das *law in books*, sondern auch das *law in action* verstanden wird, also das jenseits von Dogmen in der Rechtspraxis gelebte Recht.⁶ Zu Recht weist *Jürgen Basedow* darauf hin, dass die Nachfrager nach rechtsvergleichender Forschung überwiegend am *black letter law* interessiert sind, weshalb sich Rechtsvergleichung in der Praxis methodisch überwiegend an dessen Erschließung orientiert.⁷ Aber die so genannten *black letter rules* müssen ja erst aus dem sich beständig fortentwickelnden Strom juristisch relevanter Entscheidungen herausdestilliert werden, was nicht nur für das Common Law, sondern für jedes Recht in Aktion

³ *K. Zweigert/H. Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung (3. Aufl., 1996), 22. Mein etwas abgegriffenes Exemplar war übrigens aus meinem Büro verschwunden, was die trotz fehlender Neuauflage anhaltende Beliebtheit des Buches bei meinen Mitarbeitern belegt. Nach Neubeschaffung konnte ich den Text immerhin ganz unbefangen von alten Hervorhebungen und Anmerkungen wieder lesen.

⁴ Vgl. die Beiträge in: *G. Calliess* (Hg.), *Transnationales Recht – Stand und Perspektiven* (2014).

⁵ *Zweigert/Kötz* (Fn. 3), 3; im Sinne einer Stärkung der Grundlagenwissenschaften in der Juristenausbildung äußert sich auch *R. Zimmermann*, *Die Europäisierung des Privatrechts und die Rechtsvergleichung* (2006), 19, wobei er – wie ich hoffe, ganz ohne Hintergedanken – die Rechtssoziologie durch die Rechtstheorie ersetzt.

⁶ *R. Pound*, *Law in Books and Law in Action*, *Am. L. Rev.* 44 (1910), 12 ff.

⁷ *J. Basedow*, *Comparative Law and its Clients*, *Am. J. Comp. L.* 64 (2014), 821 ff.

gilt.⁸ Eben dieser Vorgang des Destillierens ist aber weit anspruchsvoller als das bloße Sammeln von Gesetzen und Urteilen. Ohne Grundlagenreflektion funktioniert schon die hermeneutische Gesetzesinterpretation nicht, geschweige denn eine Erschließung des in der Praxis gelebten Rechts. In den Worten von *Pound*:

„Let us look to economics and sociology and philosophy, and cease to assume that jurisprudence is self-sufficient. It is the work of lawyers to make [...] the law in the books such that the law in action can conform to it“.⁹

Der sowohl bei *Zweigert* und *Kötz* als auch bei *Pound* anklingende Verweis auf die Bedeutung der Grundlagenfächer in ihrer Vielfalt impliziert aber noch etwas anderes: Neben der wissenschaftlichen Beschäftigung mit dem geltenden Recht, die Voraussetzung von guter Rechtswissenschaft ist und bleibt, eint die sogenannten Grundlagenwissenschaften das Interesse an bleibender, also nicht vom positiven Recht abhängiger Erkenntnis. Die zunehmende Ausdifferenzierung der juristischen Grundlagenwissenschaften in Spezialdiskurse mit unterschiedlichen interdisziplinären Bezugspunkten ist zwar angesichts der wachsenden Menge an international vorhandenem Wissen unumgänglich, darf aber nicht zu Sprachlosigkeit oder gar wechselseitiger Ignoranz führen.

Die gemeinsamen Wurzeln der Grundlagenwissenschaften, etwa der modernen Rechtsvergleichung sowie der Rechtssoziologie und Rechtsphilosophie, im Projekt einer rechtsethnologisch-vergleichend orientierten Universalrechtsgeschichte des ausgehenden 19. Jahrhunderts¹⁰ sollten uns zur Bewahrung von Intra- und Interdisziplinarität mahnen. So war *Josef Kohler* 1878 nicht nur Mitbegründer und von 1882–1918 Leiter der „Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft“, damals noch „einschließlich der ethnologischen Rechtsforschung“, sondern 1907 auch Mitbegründer des „Archivs für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie“ sowie 1909 der „Internationalen Vereinigung für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie“, heute als IVR mit ihrem Organ ARSP bekannt.¹¹ Und der Mitbegründer der (Rechts-)Soziologie *Max Weber* verfasste seine handelsrechtsgeschichtliche Doktorarbeit¹² unter *Levin Goldschmidt*, dem Verfasser einer „Universalgeschichte des Handelsrechts“,¹³ um nur zwei Beispiele

⁸ *G. Calliess*, Kommentar und Dogmatik im Recht. Funktionswandel im Angesicht von Europäisierung und Globalisierung, in: D. Kästle/N. Jansen (Hg.), Kommentare in Recht und Religion (2014), 381 ff.

⁹ *Pound*, Am. L. Rev. 44 (1910), 12, 35 f. Und nicht umgekehrt, so möchte man hinzufügen.

¹⁰ Vgl. *Zweigert/Kötz* (Fn. 3), 9, 56 ff.

¹¹ Vgl. *B. Großfeld*, Josef Kohler (1849–1919), in: Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin (2010), 375 ff.; zu IVR und ARSP siehe <rechtsphilosophie.wordpress.com> (zuletzt aufgerufen am 13.6.2016).

¹² Vgl. *G. Dilcher/S. Lepsius* (Hg.), Max Weber. Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter – Schriften 1889–1894 (2008).

¹³ *L. Goldschmidt*, Handbuch des Handelsrechts (Bd. 1, 3. Aufl., 1891).

für Wissenschaftler zu nennen, mit denen man sich zwar nicht messen, aber an deren universalgelehrtem Anspruch man sich orientieren sollte.

Mein diesbezügliches Plädoyer ist, dass auch heute – in Zeiten der Globalisierung, die neben der Deterritorialisierung und Entstaatlichung von Recht unter dem Stichwort der „Global Governance“ auch eine Entdifferenzierung der Steuerungswissenschaften Recht, Ökonomik, Politologie und Soziologie mit sich bringt – ein breiter intra- und interdisziplinärer Ansatz erforderlich ist, der methodisch verschiedene Zugriffe auf einen gewählten Forschungsgegenstand miteinander vereint. Kurzum: Wer sein Forschungsobjekt durch verschiedene Brillen betrachtet, kommt der Wahrheit wahrscheinlich näher.

Bevor ich im Folgenden einige Forschungsergebnisse vorstelle, die einen transdisziplinären Zugriff auf Rechtsvergleichung jenseits des Nationalstaats veranschaulichen sollen (III.), möchte ich dem Vortragstitel entsprechend kurz etwas zu Gegenstand, Ziel und Methoden der Rechtsvergleichung (I.) sowie zum Wettbewerb der Rechtsordnungen als geeignetem Paradigma für eine Rechtsvergleichung jenseits des Nationalstaats (II.) sagen.

I. Rechtsvergleichung

1. Gegenstand „Recht in Aktion“: Norm, Institution, Kommunikation

Die moderne Rechtswissenschaft hat sich im Vergleich zum von Pound im Jahre 1910 beklagten Zustand weitgehend entdogmatisiert, wofür in den USA Bewegungen wie *legal realism* und *critical legal studies* ebenso wie in jüngerer Zeit die *economic analysis of law* stehen.¹⁴ Weltfremde Begriffsklaubereien juristischer Mönche – wie Pound einst spottete¹⁵ – finden sich nur noch selten. Heute ist im Grundsatz unbestritten, dass Gegenstand der Rechtsvergleichung das *law in action* ist, es also um die Abbildung und den Vergleich der *black letter rules* geht, die einen Lebenssachverhalt – unabhängig von ihrem nationalen, inter-, supra- oder transnationalen Charakter – an einem bestimmten Ort und zu einer bestimmten Zeit tatsächlich strukturieren.¹⁶

¹⁴ In Europa trifft dies nicht in gleicher Weise zu, vgl. die treffende Anekdote zu einer transatlantischen Konferenz in Fiesole bei Basedow, *Am. J. Comp. L.* 64 (2014), 821, 823: „Most of the American speakers [...] did not refer to any specific national sales law, but discussed the economic pros and cons of hypothetical solutions for hypothetical cases. By contrast, the European attendees struggled with various national rules of sales law and the conflicts they may bring about [...]“. Zum kritischen Privatrechtsdiskurs in Europa siehe aber den Überblick bei M. Auer, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne* (2014), 46–87.

¹⁵ Pound, *Am. L. Rev.* 44 (1910), 12, 36.

¹⁶ Vgl. H. Kötz, *Alte und neue Aufgaben der Rechtsvergleichung*, *JZ* 2002, 257 ff., der lediglich didaktische Erwägungen dafür anführt, dass rechtsvergleichende Lehrbücher die moderne internationale Rechtswelt nicht in voller Wirklichkeitsnähe abbilden (262). Mit

Recht ist aber nicht nur als System von (vornehmlich materiellen) Normen interessant.¹⁷ Versteht man unter Rechtswissenschaft mit *Zweigert* und *Kötz* „die Erforschung von Modellen für die Verhinderung und Lösung sozialer Konflikte“,¹⁸ so kommt Recht als soziale Institution in den Blick, die neben Normen auch Vorkehrungen zu deren Anwendung und Durchsetzung umfasst. Die sekundären Normen, die die Funktionen der Normsetzung, der Normanwendung und des Normvollzugs regeln, können dann selbst Gegenstand der Rechtsvergleichung sein, etwa in der Prozessrechtsvergleichung, dem vergleichenden Verfassungsrecht oder in einer vergleichenden Methodenlehre. Ein institutionelles Verständnis von Recht eröffnet aber auch interdisziplinäre Anschlüsse an die vergleichende Politikwissenschaft oder Institutionenökonomik und gibt den Blick auf funktionale Alternativen zu nationalstaatlicher Gesetzgebung, Rechtsprechung und Zwangsvollstreckung frei.¹⁹

Vor allem aber impliziert Recht als Institution, dass auch bei der Rechtsvergleichung alle drei Dimensionen immer zusammen gedacht werden müssen:²⁰ So mag in Rechtsordnungen mit geringen zeitlichen und sachlichen Anforderungen an die Restschuldbefreiung im Insolvenzverfahren gar kein Bedürfnis nach einer komplizierten Dogmatik zur materiellen Sittenwidrigkeit von Familienbürgschaften bestehen. Oder der Export eines besonders gelungenen Kartellrechtsmodells in einen Transformationsstaat mag an den dort fehlenden Vorkehrungen zur Anwendung und Durchsetzung scheitern. Schließlich mag ein im Wege der Rechtsvergleichung nach dem *better law approach* bestimmtes materielles Recht im Rechtswettbewerb weitgehend irrelevant sein, weil es aus Sicht der Praxis etwa bei der Durchführung von Schiffsarresten vor allem auf Geschwindigkeit ankommt. *Rights and remedies* müssen aus institutioneller Sicht immer als Gesamtpaket verglichen werden.²¹

Basedow, Am. J. Comp. L. 64 (2014), 821 ff. kann man auch Ressourcenknappheit als Grund für unterkomplexe rechtsvergleichende Studien anführen (839), freilich dürfte auch unter den praxisorientierten Nachfragern nach rechtsvergleichender Forschung wenig Interesse an der Darstellung von totem Buchrecht bestehen.

¹⁷ Vgl. etwa die Kritik an der Fokussierung auf die Vergleichung des materiellen Privatrechts der europäischen Nationalstaaten bei *M. Reimann*, *The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century*, Am. J. Comp. L. 50 (2002), 671, 692 ff.

¹⁸ *Zweigert/Kötz* (Fn. 3), 14.

¹⁹ *G. Calliess*, *The Governance of Contractual Relations: A Case for Fairness?*, in: S. Grundmann/F. Möslein/K. Riesenhuber (Hg.), *Contract Governance – Dimensions in Law and Interdisciplinary Research* (2015), 265 ff.

²⁰ *Zweigert/Kötz* (Fn. 3), 29: „Auch darf man sich nicht nur mit dem Inhalt der Normen selbst, sondern man muß sich auch mit den Prozessen ihrer Entstehung und Anwendung beschäftigen [...]“. Das ergibt sich bereits aus der funktionalen Methode der Rechtsvergleichung, vgl. *E. Rabel*, *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung* (1925), 3 f.

²¹ Zur Relevanz der Unterscheidung in einem praktischen Fall *O. Morineau*, *Rights and Remedies*, Am. J. Comp. L. 8 (1959), 263 ff.

Dieser Zusammenhang wird noch deutlicher, wenn man Recht als Kommunikationsprozess versteht, wodurch die Bedeutung von Normen tendenziell verblasst: „Realitätswert haben Strukturen nur dadurch, dass sie zur Verknüpfung kommunikativer Ereignisse verwendet werden; Normen nur dadurch, dass sie, explizit oder implizit, zitiert werden“,²² so *Niklas Luhmann*. Dieser konzeptionelle Zugriff legt nahe, dass Rechtsvergleichung nicht bei den Rechtsnormen, sondern bei den Rechtsakten (Urteile, Vollzugsakte, Vertragsschlüsse etc.) ansetzen sollte, in denen Rechtsnormen erst kondensiert und dann konfirmiert werden. Im Grunde genommen handelt es sich dabei allerdings nur um eine radikalisierte Form von *law in action*, die freilich einen Ansatzpunkt für empirische Rechtsvergleichung bietet, insoweit sie die Zitationshäufigkeit von bestimmten Normen oder Normkomplexen im juristischen Diskurs, oder enger gefasst in Vertragstexten, Gerichtsentscheidungen etc. zum Maßstab erhebt.²³ Solche Analysen können die klassische Rechtsvergleichung natürlich nicht ersetzen, sondern nur ergänzen. Man muss auch aufpassen, dass man den Wald (Struktur) vor lauter Bäumen (Operationen) noch sieht. Immerhin können sie zur Vermeidung der Verschwendung knapper Ressourcen beitragen, wenn sich etwa die Frage stellt, ob das deutsche Seehandelsrecht zum Gegenstand rechtsvergleichender Untersuchung gemacht werden soll, obwohl es jährlich von weniger als einem Dutzend Gerichtsentscheidungen zitiert wird.²⁴

2. Ziel „Recht als Wissenschaft“: Zwischen Wesen, Kultur und Zufall

Nachdem der Rechtswissenschaft die Gewissheit des Naturrechts abhandengekommen war und *Kant* auch das Vernunftrecht auf ein prozedurales Minimum reduziert hatte, suchte man die Vernunft mit *Hegel* in der Geschichte, wobei sich die historische Rechtsschule mit *Savigny* eher national ausrichtete, während rechtsethnologische Studien wie *Maines* „Ancient Law“ transnational argumentierten.²⁵ In dieser Tradition der Universalrechtsgeschichte rechtfertigte sich das Projekt der Rechtsvergleichung aus einem Unbehagen an der Behauptung, dass sich Recht ausschließlich aus nackter Positivität ableiten soll. Schon deutlich früher hatte Pascal dies in dem Gedankensplitter: „Eine lustige Gerechtigkeit, die an einem Fluss endet. Wahrheit diesseits der Pyrenäen, Irrtum jenseits?“ eingefangen.²⁶

²² *N. Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft (1993), 46.

²³ Ein aktueller Überblick zur statistischen Rechtsvergleichung bei *M. Siems*, Comparative Law (2014), 146 ff.

²⁴ Vgl. *A. Maurer*, Lex Maritima (2012), 114.

²⁵ Vgl. *Zweigert/Kötz* (Fn. 3), 49, 51 (zu Savigny), 56 f. (zu Maine).

²⁶ *H. Kötz*, Rechtsvereinheitlichung – Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele, *RabelsZ* 50 (1986), 1 ff., das Originalzitat von Blaise Pascal findet sich dort in Fn. 1.

In Anknüpfung an die römische Idee des *ius gentium* als Recht, das allen zivilisierten, d.h. Handel treibenden Völkern gemeinsam ist, war der Internationale Kongress für Rechtsvergleichung 1900 in Paris von der Idee getragen, dass jedenfalls im sogenannten Verkehrsrecht die Unterschiede der Rechtsordnungen der zivilisierten Staatenwelt historisch zufällig sind, sodass sich der gemeinsame Wesenskern durch deren Vergleich als allgemeine Rechtsprinzipien bestimmen lässt, auf deren Grundlage ein Weltrecht durch völkervertragsrechtliche Rechtsvereinheitlichung entstehen kann.²⁷

Die funktionale Methode der Rechtsvergleichung, die für diese Zwecke das Mittel der Wahl ist, hat inzwischen auf dem Gebiet der Vereinheitlichung des Privatrechts insbesondere in Europa zu großen Erfolgen geführt.²⁸ Rechtsvergleichung ist in diesem Kontext Wissenschaft, insofern das gemeinsame, universale und damit politisch unverfügbare Wesen gegen das positive Recht als dessen zufällige Erscheinungsform gewendet wird. Demgegenüber verweist der Begriff der Rechtskultur in der Tradition von *Savignys* Volksgeist darauf, dass die Unterschiede in den positiven Rechtsordnungen der Nationalstaaten keineswegs zufällig, sondern historisch gewachsener Ausdruck von Anders- und Eigenartigkeit der Kulturvölker sind, die einer Einebnung durch ökonomische Funktionalisierung nicht zur Verfügung stehen. Funktionale Rechtsvergleichung ist aus dieser Perspektive ein elitäres, eurozentristisches, ja antidemokratisches Projekt.²⁹

3. Methodenpluralismus: Zwischen Selbstzweck und Kundenorientierung

Die Debatten um die Frage, ob Rechtsvergleichung lediglich eine Methode oder ein eigenständiges Grundlagenfach ist, und wenn Letzteres zutrifft, welche Methoden der Vergleichung ihrem Gegenstand „Recht“ gerecht werden können, reißen auch einhundert Jahre nach dem Pariser Kongress nicht ab.³⁰ Sieht man einmal von der postmodernen Radikalkritik ab, die das Wissenschaftsverständnis der Moderne insgesamt in Frage stellt, so lässt sich folgende Gleichung aufstellen: Je höher die methodischen Anforderungen an die Durchdringung der zu vergleichenden Rechtsmassen ausfallen, desto mehr wird gelungene Rechtsvergleichung zum Problem knapper personeller und zeitlicher Ressourcen.

²⁷ R. Michaels, Im Westen nichts Neues?, 100 Jahre Pariser Kongress für Rechtsvergleichung – Gedanken anlässlich einer Jubiläumskonferenz in New Orleans, *RabelsZ* 66 (2002), 97, 101.

²⁸ Vgl. Zimmermann (Fn. 5), 35 ff.; Kötz, *JZ* 2002, 257, 259 ff.; kritischer Reimann, *Am. J. Comp. L.* 50 (2002), 671, 690 ff.

²⁹ Vgl. die Überblicke zur Kritik bei H. Kötz, Abschied von der Rechtskreislehre?, *ZEuP* 1998, 493, 495 f.; Reimann, *Am. J. Comp. L.* 50 (2002), 671, 680 ff.; U. Kischel, *Rechtsvergleichung* (2015), 95 ff., 106 ff.

³⁰ Vgl. nur Michaels, *RabelsZ* 66 (2002), 97 ff. sowie aus jüngerer Zeit die Zusammenfassung bei Kischel (Fn. 29), 92–163 m.w.N.

Ernst Rabel hatte diesbezüglich ausgeführt:

„For the purposes of studying western legal systems, a large-sized institute should comprise various departments organized around eight groups of countries, in charge of a legally trained staff of 15 to 20 members. These persons must be graduates of high qualification, with a mastery of their own legal systems, a thorough acquaintance with at least one foreign language, and some practical experience in public or private law offices. They must be well paid and prepared to perform, along with exciting and rewarding research, a compact mass of dull and mechanical labor, [...]“³¹

Die Forderung nach 120–160 gut bezahlten Mitarbeitern allein für das Studium westlicher Rechtssysteme dürfte selbst unter Max-Planck-Direktoren Schmunzeln hervorrufen. Anders als 1947 besteht das Problem heute auch weniger im öden und mechanischen Sammeln von Informationen über ausländische Rechtsordnungen (Gesetze, Urteile, Literatur), sondern zunehmend in der Bewältigung der digitalen Informationsflut. Von einer theoretisch denkbaren, teilweisen Automatisierung dieser Aufgabe ist die Rechtswissenschaft jedenfalls noch weit entfernt. Hinzu kommt, dass sich die Idee einer kartographischen Dokumentation der Rechtsordnungen der Welt³² nach dem Vorbild der Rechtszyklopädien des 18. und 19. Jahrhunderts³³ angesichts einer anhaltenden Beschleunigung der Rechtsentwicklung überlebt hat.

Neben den verfügbaren Ressourcen hängt die Methodenwahl aber auch von Erkenntnisinteresse und Fragestellung ab. Soweit es um rechtsvergleichende Auftragsforschung geht, werden diese ebenso wie die zur Verfügung stehenden Ressourcen von den Nachfragern bestimmt, was insbesondere im Hinblick auf enge Zeitvorgaben häufig zu eher oberflächlichen, am *black letter law* orientierten Studien führt.³⁴ Andererseits werden von der Europäischen Union im Bereich der Grundlagenforschung große internationale Forschungsnetzwerke gefördert, die derart umfangreiches Material in Form von Länderberichten und Gruppenvergleichen produzieren, dass eine praktische Auswertung schwerfällt.³⁵

Soweit Rechtsvergleichung darüber hinaus aber als Grundlagenfach verstanden wird, ist ihre primäre Funktion wissenschaftliche Erkenntnis als Selbstzweck.³⁶ Rechtsvergleichung, die als Wissenschaft ernst genommen wer-

³¹ *E. Rabel*, On Institutes for Comparative Law, *Columbia Law Review* 47 (1947), 227, 231.

³² *Rabel*, *Columbia Law Review* 47 (1947), 227, 232 f.

³³ Dazu *R. Kiesow*, *Das Alphabet des Rechts* (2004).

³⁴ Vgl. *Basedow*, *Am. J. Comp. L.* 64 (2014), 821, 857.

³⁵ Vgl. etwa die Ergebnisse des von meinem Kollegen Christoph Schmid geleiteten Projekts TENLAW, erhältlich unter <www.tenlaw.uni-bremen.de> (Stand 13.6.2016).

³⁶ *Zweigert/Kötz* (Fn. 3), 14.

den will, wird sich regelmäßig nicht auf Analysen des *black letter law* beschränken können, sondern muss breiter ansetzen.³⁷ Im Kontext der internationalen Debatte, die vornehmlich in englischsprachigen Publikationsorganen stattfindet, bedeutet dies auch, dass qualitative und quantitative empirische Methoden tendenziell an Bedeutung gewinnen werden, wobei der unter der Restriktion von Zeitverträgen operierende wissenschaftliche Nachwuchs hierbei schnell an Grenzen stößt.

II. Paradigmen der Rechtsvergleichung

Soweit Rechtsvergleichung als Grundlagenwissenschaft auf allgemeingültige Erkenntnisse über das Wesen von Recht zielt, die nicht vom zu einer bestimmten Zeit und an einem bestimmten Ort geltenden positiven Recht eines Nationalstaats abhängig sind, ist ihr Gegenstand *per definitionem* transnational: Es geht also um Weltrecht oder globales Recht. Da es keinen Weltstaat gibt, der die Einheit der Weltrechtsordnung nach dem hierarchischen Vorbild nationalstaatlichen Rechts durch einen in einer Grundnorm gipfelnden Stufenbau der Rechtsordnung verbunden mit einem gerichtlichen Instanzenzug gewährleisten könnte, stellt sich die Frage nach den Leitprinzipien des Rechts hier anders.

In rechtstheoretischer Sicht setzt die Frage nach einem globalen Recht lediglich voraus, dass überall und jederzeit zwischen Recht und Nicht-Recht unterschieden werden kann. Ist dies der Fall, so ergibt sich in deskriptiver Hinsicht recht umstandslos der Befund, dass sich das globale Recht in eine Vielzahl von Rechtsregimes nationalen, inter- und supranationalen – und je nach Rechtsbegriff auch transnationalen – Ursprungs gliedert. Diese sind nicht durchweg territorial, sondern teils auch funktional ausdifferenziert, sodass in vielen Bereichen Überschneidungen und damit Abgrenzungsprobleme bestehen, während sich in anderen Gebieten normative Leerstellen ergeben.

Fragt man sodann aus normativer Sicht, welche Ordnungsprinzipien das globale Recht in Abwesenheit der Option einer Hierarchisierung strukturieren sollen, so kann man drei relativ abgeschlossene Diskurse beobachten, die sich an den Paradigmen Einheit, Pluralismus und Wettbewerb orientieren.³⁸ Diese Diskurse lassen sich auch in der Rechtsvergleichung nachweisen, wobei den Paradigmen bestimmte Methoden zugeordnet werden können.

³⁷ So auch *Basedow*, Am. J. Comp. L. 64 (2014), 821, 837.

³⁸ Vgl. *G. Calliess/I. Buchmann*, Global commercial law between unity, pluralism, and competition: the case of the CISG, Uniform Law Review 21 (2016), 1 ff.

1. Einheit (funktional)

Besonders deutlich ist dies für das Paradigma der Rechtseinheit. Der Topos der Einheit der Rechtsordnung verweist auf die Notwendigkeit der Konsistenz und Kohärenz ihrer Elemente im Sinne eines geschlossenen und widerspruchsfreien Zusammenhangs. Auf das globale Recht angewendet stehen hierfür die Forderungen nach Schaffung von internationalem Einheitsrecht durch völkerrechtliche Verträge oder nach Rechtsharmonisierung im Sinne einer Angleichung auf der Grundlage von Modellgesetzen oder anderen Instrumenten des *soft law* einschließlich deren international autonomer Auslegung sowie im internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht der Ruf nach internationalem Entscheidungseinklang.³⁹

Wie bereits ausgeführt (oben I. 2.) steht hierfür in der Rechtsvergleichung die Ausarbeitung von Katalogen allgemeiner Rechtsprinzipien auf der Basis der funktional vergleichenden Methode, wobei auf globaler Ebene insbesondere die UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts* (PICC) hervorzuheben sind, welche ausweislich ihrer Präambel nicht nur beanspruchen, nationalen und internationalen Gesetzgebern als Modell zu dienen, sondern auch von den Vertragsparteien als anwendbares Recht gewählt werden zu können, wobei im Kommentar noch darauf hingewiesen wird, dass man die Rechtswahl dann mit einer Schiedsabrede verbinden sollte.⁴⁰

Wenngleich oder gerade weil dieser Geltungsanspruch (*imperio rationis*) das staatliche Rechtsetzungsmonopol (*ratione imperii*) grundlegend in Frage stellt,⁴¹ wird in jüngerer Zeit wieder diskutiert, ob UNCITRAL das UN-Kaufrecht nicht unter Einbeziehung der PICC zu einem Weltvertragsrecht ausbauen sollte.⁴² Bemerkenswert ist in diesem Kontext, dass Rechtseinheit heute weniger als

³⁹ Vgl. zur Rechtsvereinheitlichung *Kötz*, *RabelsZ* 50 (1986), 1 ff.; *Zweigert/Kötz* (Fn. 3), 23 ff.; *R. Goode*, Some Reflections on the Harmonisation of Commercial Law, *Uniform Law Review* 1 (1996) 54 ff.; *H. Kronke*, International Uniform Commercial Law Conventions: Advantages, Disadvantages, Criteria for Choice, *Uniform Law Review* 5 (2000), 13 ff.; zum Entscheidungseinklang *J. Kropholler*, *Internationales Privatrecht* (6. Aufl., 2006), 36 ff.

⁴⁰ UNIDROIT PICC (2010), Preamble, Comment 4 a), S. 3: <www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>; vgl. den Überblick bei *S. Vogenauer*, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts at Twenty: Experiences to Date, the 2010 Edition, and Future Prospects, *Uniform Law Review* 19 (2014), 481 ff.; zur Anwendung in der Schiedsgerichtsbarkeit *M. Piers/J. Erauw*, Application of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts in Arbitration, *Journal of Private International Law* 8 (2012), 441 ff.

⁴¹ *Kötz*, *JZ* 2002, 257, 262; ausführlich *N. Jansen*, The Making of Legal Authority (2010); *ders.*, Informelle Autoritäten in der Entwicklung des transnationalen Privatrechts, in: Calliess (Hg.) (Fn. 4), 115 ff.

⁴² Vgl. *H. Gabriel*, UNIDROIT Principles as a Source for Global Sales Law, *Villanova Law Review* 58 (2013), 661 ff.; *I. Schwenzler*, Global unification of contract law, *Uniform Law Review* 21 (2016), 60 ff.

Selbstzweck verstanden wird, sodass nur noch über die zielführenden Mittel (Staatsvertrag vs. *soft law*) gestritten werden müsste, sondern selbst als Mittel erscheint, welches im Zuge des allgemeinen Trends zur Ökonomisierung des Rechtsdenkens vor allem aus dem Ziel einer Reduktion von Transaktionskosten zu rechtfertigen ist.⁴³ Dadurch wird der Einheitsdiskurs im Ergebnis für ökonomische Zielkonflikte geöffnet, sodass die Reduktion von Transaktionskosten gegenüber der Aufrechterhaltung von Optionenvielfalt als Voraussetzung eines Wettbewerbs der Rechtsordnungen abzuwägen ist.

2. Pluralismus (kontextbezogen und postmodern)

Den natürlichen Kontrapunkt zum Einheitsparadigma bildet der Rechtspluralismus,⁴⁴ der seine Überzeugungskraft zunächst aus dem Befund bezieht, dass das globale Recht in eine Vielzahl sich überlappender Rechtsregimes fragmentiert ist. Während dies angesichts der Koexistenz nationaler, inter- und supranationaler Rechtsordnungen unmittelbar einleuchtet, ist auf deskriptiver Ebene interessant, dass auf der Grundlage eines soziologischen Rechtsbegriffs auch nichtstaatliche Ordnungen ethnischer, religiöser⁴⁵ oder funktional ausdifferenzierter Gemeinschaften wie etwa die *lex mercatoria* oder die *lex sportiva* als *unofficial law* in die Analyse einbezogen werden, wodurch sich die Zahl der zu berücksichtigenden Rechtsordnungen deutlich erhöht.

Gilt das hieraus resultierende Konfliktpotential dem Einheitsdiskurs als zu überwindendes Problem, ist für den globalen Rechtspluralismus kennzeichnend, dass der Eigenwert von Vielfalt, Andersartigkeit und Konflikt betont wird, die es aus normativer Perspektive zu respektieren und aufrecht zu erhalten gilt. Den Vertretern eines globalen Rechtspluralismus schwebt vor, die Gerichte könnten die Rolle eines *diversity manager* übernehmen, der Konflikte zwischen Kulturen oder systemischen Teilrationalitäten kompatibelisiert, indem nach dem Vorbild des Kollisionsrechts Vorrangrelationen und Verweisungsregeln herausgebildet werden, anstatt diese durch Rechtsvereinheitlichung und Hierarchisierung einzuebnen.⁴⁶

⁴³ Calliess/Buchmann (Fn. 38), 5 ff. m.w.N.

⁴⁴ Zum Folgenden Calliess/Buchmann (Fn. 38), 8 ff. m.w.N.

⁴⁵ Dazu R. Michaels, in diesem Band S. 39 ff.

⁴⁶ Vgl. dazu mit unterschiedlichen Tendenzen G. Teubner, Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society, in: ders. (Hg.), Global Law without a State (1997), 3 ff.; ders., Verfassungsfragmente (2012), 225 ff.; M. Amstutz, Zwischenwelten – Zur Emergenz einer interlegalen Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht, in: C. Joerges/G. Teubner (Hg.), Rechtsverfassungsrecht (2003), 213 ff.; R. Michaels, Global Legal Pluralism, Annual Review of Law and Social Science 5 (2009), 243 ff.; P. Schiff Berman, Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law beyond Borders (2012); ders., The inevitable legal pluralism within universal harmonization regimes: the case of the CISG, Uniform Law Review 21 (2016), 23 ff.

In der Rechtsvergleichung ist die rechtspluralistische Position vor allem mit einer Kritik der funktionalen Methode verbunden.⁴⁷ Schon die Unterstellung, dass Recht eine Funktion habe, also der rationalen Lösung gesellschaftlicher Probleme diene, sei häufig unzutreffend. Mit der *praesumptio similitudinis* sei die funktionale Methode geradezu auf Einheit fixiert und vernachlässige den kulturellen Kontext von Recht. Auf der Grundlage eines postmodernen Wissenschaftsverständnisses erscheint den Rechtspluralisten die Einheit der Rechtsordnung im Sinne ihrer logischen Widerspruchsfreiheit als bloße Fiktion, allgemeine Rechtsprinzipien sind demnach soziale Konstruktionen, die der vielgestaltigen Realität in einem metaphorischen Sinne Unrecht tun.

Überspitzt formuliert ist die methodische Alternative, bei der Erstellung der Länderberichte (oder besser Regimeberichte) interdisziplinär so tief zu bohren, dass diese entweder nie fertig werden oder zwangsweise in der Unvergleichbarkeit des Vergleichenen münden. Aus diesem Grunde gibt es auch kaum praktisch ertragreiche Beispiele für rechtspluralistisch angelegte Rechtsvergleichung, diese erschöpft sich vielmehr in einer Modernisierungskritik, die aufgrund ihrer Europäisierungs- und Globalisierungsaversion teils nationalistische Züge zeigt.⁴⁸

3. Wettbewerb (empirisch und funktional)

Das vergleichsweise jüngste Paradigma, dessen Bezüge zur Rechtsvergleichung noch wenig erforscht sind,⁴⁹ bildet die Idee eines Wettbewerbs der Rechtsordnungen, die ihre Ursprünge in der ökonomischen Föderalismusforschung hat.⁵⁰ Recht wird in diesem Kontext nicht mehr als Zwangsordnung, sondern als Produkt verstanden, welches auf einem Rechtsmarkt gehandelt wird, auf welchem die Nachfrage durch direkte oder indirekte Rechtswahl das Angebot bestimmt, sodass sich mittelfristig das Angebot verbessert (*race to the top*).⁵¹ Diese Idee hat viel Kritik im Kleinen und im Großen auf sich gezogen,⁵² geht

⁴⁷ Zum Folgenden *Kischel* (Fn. 29), 95 ff., 106 ff. m.w.N.

⁴⁸ Vgl. nur *P. Legrand*, *European Legal Systems Are Not Converging*, ICLQ 45 (1996), 52 ff.

⁴⁹ Siehe aber *A. Ogus*, *Competition Between National Legal Systems: A Contribution of Economic Analysis to Comparative Law*, ICLQ 48 (1999), 405 ff.

⁵⁰ Zum Folgenden *Calliess/Buchmann*, *Uniform Law Review* 21 (2016), 1, 11 ff. m.w.N.

⁵¹ Vgl. nur *R. Romano*, *Law As Product: Some Pieces of the Incorporation Puzzle*, *Journal of Law, Economics and Organization* 1 (1985), 225 ff.; *E. O'Hara O'Connor/L. Ribstein*, *The Law Market* (2009); *E.-M. Kieninger*, *Competition between Legal Systems*, in: J. Basedow/K. Hopt/R. Zimmermann (Hg.), *Max Planck Encyclopedia of European Private Law* (2012), 301 ff.

⁵² Vgl. die immer noch lesenswerte Analyse bei *E.-M. Kieninger*, *Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt* (2002); aus jüngerer Zeit *S. Vognauer*, *Regulatory Competition through Choice of Contract Law and Choice of Forum in Europe: Theory and Evidence*, *European Review of Private Law* 21 (2013), 13 ff.

es doch um die Möglichkeit, sich vermeintlich ineffizienten staatlichen Regulierungen durch *opt-out* zu entziehen, also in *Gerhard Kegel's* Worten darum, „dem Recht den Vogel [zu] zeigen“⁵³. Inzwischen hat sich die Debatte stark verästelt, wobei die Theorie insbesondere im Hinblick auf die Voraussetzungen einer positiven Wirkung des Wettbewerbs der Rechtsordnungen ungemein verfeinert wurde.⁵⁴

In deskriptiver Hinsicht überzeugt das Wettbewerbsparadigma zunächst dadurch, dass die Wahlmöglichkeiten der Rechtsnutzer im Kontext der Globalisierung in der Tat enorm gestiegen sind, und zwar ganz unabhängig davon, wie man diesen Befund normativ bewertet. Dies gilt zunächst faktisch aufgrund der mit der Globalisierung und Digitalisierung verbundenen Ubiquität der Sachverhalte für das Kriterium der Auslandsberührung als Voraussetzung der direkten Rechtswahl sowie aufgrund der Virtualisierung in Bezug auf Standortverlagerungen als Voraussetzung der indirekten Rechtswahl. Zudem hat auf normativer Ebene der Grundsatz der Parteiautonomie weltweite Verbreitung gefunden,⁵⁵ beidseitige Schieds-, Gerichtsstands-, und Rechtswahlvereinbarungen werden zunehmend anerkannt, und zwar auch in Reaktion auf gesteigerte Möglichkeiten zum allgemein als schädlich empfundenen einseitigen *forum shopping*.⁵⁶

Darüber hinaus ist im vorliegenden Kontext von besonderer Bedeutung, dass das Wettbewerbsparadigma, sofern Wettbewerb als evolutorischer Prozess verstanden wird,⁵⁷ geeignet erscheint, bestimmte Vorzüge des Einheitsparadigmas mit solchen des Rechtspluralismus zu verbinden. Mit Letzterem verbindet es im Ausgangspunkt eine Abneigung gegenüber am grünen Tisch entwickelten, zentral-einheitlichen Vorgaben, insofern Wettbewerb als Entdeckungsverfahren (*Hayek*) dezentrale Optionenvielfalt voraussetzt. Unterschiedlichkeit wird aber nicht als Selbstzweck verstanden, sondern als Voraussetzung für Innovation und Lernfähigkeit, damit die schöpferische Kraft der Zerstörung (*Schumpeter*) regulatorische Fehlentwicklungen beseitigen kann.

⁵³ G. Kegel, Editorial EWS Heft 8 (1999).

⁵⁴ Vgl. nur die Beiträge in: H. Eidenmüller (Hg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013); eine Zusammenfassung der Voraussetzungen für „gesunden Wettbewerb“ bei E. O’Hara O’Connor, *The role of the CISG in promoting healthy jurisdictional competition for contract law*, *Uniform Law Review* 21 (2016), 41, 46 f., 50 ff.

⁵⁵ J. Basedow, *Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts*, *RabelsZ* 75 (2011), 32 ff.

⁵⁶ Zur Unterscheidung von einseitigem und zweiseitigem Wettbewerb ausführlich G. Wagner, *Dispute Resolution as a Product: Competition between Civil Justice Systems*, in: Eidenmüller (Hg.) (Fn. 54), 347, 356.

⁵⁷ W. Kerber, *Transnational commercial law, multi-level legal systems, and evolutionary economics*, in: G. Calliess/P. Zumbansen (Hg.), *Law, Economics and Evolutionary Theory* (2011), 297 ff.

Den mit völkervertragsrechtlichem Einheitsrecht verbundenen Versteinerungseffekten steht das Wettbewerbsparadigma daher kritisch gegenüber, insbesondere wo dieses in Form eines regulatorischen Monopols auftritt, dessen Geltung aus Sicht der Nutzer alternativlos ist.⁵⁸ Wie vom Rechtspluralismus wird zudem betont, dass einheitliche Lösungen den Bedürfnissen lokaler oder branchenspezifischer Nutzergruppen häufig nicht gerecht werden (*one size does not fit all*).

Während die Debatte um einen Wettbewerb der Rechtsordnungen ursprünglich auf das materielle Recht verschiedener National- oder Bundesstaaten fokussiert war, wurden im weiteren Verlauf auch die institutionellen Aspekte der Streitschlichtung und Rechtsdurchsetzung in die Analyse einbezogen, sodass etwa der berühmte „Delaware-Effekt“ weniger auf ein materiell-rechtliches *race to the top or bottom* zum Vor- oder Nachteil bestimmter Interessen als auf Größenvorteile im Hinblick auf eine Spezialisierung der Gerichte und der Anwaltschaft und eine mit zunehmenden Präzedenzfällen verbundene Erhöhung der Rechtssicherheit zurückgeführt wurde.⁵⁹ Auch im Bereich des Vertragsrechts besteht ein offensichtlicher Zusammenhang zwischen Rechts- und Gerichtsstandwahl, sodass beide Aspekte zunehmend als institutionelles Bündel analysiert werden.⁶⁰ Als logische Folge ergibt sich dann, dass auch Schiedsgerichte als private Anbieter auf dem Markt für Streitschlichtung Berücksichtigung finden.⁶¹ Von hier aus ist es nur noch ein kleiner Schritt zur Einbeziehung der reichhaltigen institutionenökonomischen Literatur zu *private ordering* und *private legal systems*, wodurch eine weitere bedeutende Gemeinsamkeit zum rechtspluralistischen Paradigma entsteht, welches sich bekanntlich besonders für die *lex mercatoria* als transnationales Rechtsregime interessiert.⁶²

Mit dem Einheitsparadigma verbindet das Wettbewerbsparadigma andererseits die Vorstellung, dass sich im Wettbewerbsprozess bestimmte institutionelle Arrangements als überlegen erweisen und sich deshalb auf dem Rechtsmarkt quasi als marktbeherrschend durchsetzen können. Freilich erfolgt Rechtsvereinheitlichung in diesem Kontext nicht *top-down*, sondern *bottom-up*, die erwähnte ökonomische Abwägung zwischen dem Ziel der Reduktion von Transaktionskosten durch Rechtseinheit und dem Interesse an maßgeschneiderten Lösungen sowie der Erhaltung von Innovations- und Lernfähigkeit durch Optionenvielfalt wird dementsprechend nicht durch zentrale politische

⁵⁸ Die in Art. 6 CISG vorgesehene Möglichkeit zum *opt-out* wird dementsprechend positiv bewertet, vgl. O'Hara O'Connor, *Uniform Law Review* 21 (2016), 41, 49 f.

⁵⁹ Vgl. J.E. Fisch, *Peculiar Role of the Delaware Courts in the Competition for Corporate Charters*, *U. Cin. L. Rev.* 68 (1999), 1061 ff.

⁶⁰ Vgl. nur Vogenauer, *European Review of Private Law* 21 (2013), 13 ff.

⁶¹ O'Hara O'Connor, *Jurisdictional Competition for Dispute Resolution: Courts versus Arbitration*, in: Eidenmüller (Hg.) (Fn. 54), 427 ff. m.w.N.

⁶² Ausführlich G. Calliess/P. Zumbansen, *Rough Consensus and Running Code* (2010), 28 ff., 112–123.

Instanzen vorgenommen, sondern an die unsichtbare Hand des Rechtsmarkts delegiert.

In diesem Zusammenhang kommt behavioristischen (Herdentrieb) und evolutionistischen (Pfadabhängigkeit) Ansätzen in der Ökonomik eine besondere Erklärungskraft zu. So wird aus dem überragenden Bedürfnis nach Rechtssicherheit im Bereich internationaler Handelsverträge abgeleitet, dass es sich bei den entsprechenden vertragsrechtlichen Angeboten um Netzgüter handelt, deren Nutzen für die Nachfrager mit der Zahl weiterer Nutzer steigt, sodass dem Markt für Vertragsrecht eine Tendenz zur Herausbildung natürlicher Monopole innewohnt. Auf der Kehrseite führt dies vergleichbar dem Versteinerungseffekt völkervertragsrechtlicher Lösungen zu besonderen Beharrungskräften einmal etablierter Monopole, dem sogenannten „lock-in-Effekt“.⁶³

Der Rechtsvergleichung kommt unter dem Paradigma des Wettbewerbs der Rechtsordnungen eine bedeutende Funktion zu. Dies gilt zunächst für rechtsvergleichende Analysen, die konkrete Wahlentscheidungen auf dem Rechtsmarkt im Hinblick auf die Nutzenoptimierung einzelner Nachfrager(-gruppen) vorbereiten. Wenn etwa internationale Beratungsfirmen multinationalen Unternehmen bei der Optimierung ihrer Konzernstruktur in steuerlicher und rechtlicher Hinsicht zur Seite stehen, dann steht methodisch die zutreffende Beschreibung des *black letter law* verschiedener Rechtsordnungen und deren funktionaler Vergleich im Hinblick auf die individuelle Nutzenoptimierung der Nachfrager im Vordergrund.⁶⁴

Soweit es Rechtsvergleichung dagegen aus wissenschaftlicher Perspektive um eine Beschreibung des Wettbewerbs der Rechtsordnungen geht, aus denen die Politik als Anbieter bestimmte normative Schlussfolgerungen ziehen kann, verschiebt sich der Fokus zunächst auf empirische Methoden, mit denen die Verhältnisse und Entwicklungen auf einzelnen Rechtsmärkten beschrieben werden können. In quantitativer Hinsicht geht es dabei um die statistische Erfassung von Nachfrageverhalten, in qualitativer Hinsicht um die Erhebung von Motiven der Nachfrager durch Fragebögen und Interviews.⁶⁵

⁶³ A. Aviram, Regulation by Networks, Brigham Young University Law Review 2003, 1179 ff.; B.H. Druzin, Buying Commercial Law: Choice of Law, Choice of Forum, and Network Effect, Tulane Journal of International and Comparative Law 18 (2009), 131 ff.; ders., Anarchy, Order, and Trade: A Structuralist Account of Why a Global Commercial Legal Order is Emerging, Vanderbilt Journal of Transnational Law 47 (2014), 1149 ff.; A. Engert, Regelungen als Netzgüter: Eine Theorie der Rechtsvereinheitlichung im Vertragsrecht, AcP 213 (2013), 321 ff.; ders., Private Normsetzungsmacht: Die Standardisierung von Regelungen im Markt als Form der Fremdbestimmung, Rechtswissenschaft 2014, 301 ff.

⁶⁴ Dazu Basedow, Am. J. Comp. L. 64 (2014), 821, 854 ff.

⁶⁵ Vgl. nur G.P. Miller/T. Eisenberg, The Market for Contracts, Cardozo Law Review 30 (2008), 2073 ff.; H. Eidenmüller/A. Engert/L. Hornuf, How Does the Market React to the Societas Europaea?, European Business Organization Law Review 11 (2010), 35 ff.; siehe

III. Rechtsvergleichung jenseits des Nationalstaats

Eine der zentralen Herausforderungen der heutigen Rechtswissenschaft besteht in der Suche nach Antworten auf die Frage, wie das Recht auf die Phänomene gesellschaftlicher Globalisierung eingestellt werden kann.⁶⁶ Die Rechtsvergleichung ist als Grundlagenfach schon im Ausgangspunkt darauf angelegt, die „Kirchturmperspektive des nationalen Rechts“⁶⁷ durch eine „internationale Rechtswissenschaft“⁶⁸ zu überwinden. Aufgrund ihrer Etablierung in der Blütezeit des Rechtspositivismus ist sie dem Nationalstaat freilich methodisch eng verhaftet geblieben, was in der Erstellung von Länderberichten und der Rechtskreislehre zum Ausdruck kommt. Auf der Basis der funktionalen Methode hat sie indes in jüngerer Zeit nicht nur bedeutende Beiträge zur Europäisierung des Privatrechts geleistet, sondern auch zur Transnationalisierung verstanden als kombinierte Internationalisierung und Entstaatlichung von Recht beigetragen. Beispielhaft steht hierfür der Anspruch der UNIDROIT PICC, als Privatkodifikation eines transnationalen Handelsrechts ohne staatlichen Geltungsbefehl entweder kraft Parteiautonomie oder objektiv als Ausdruck der *lex mercatoria* zur Anwendung zu kommen.⁶⁹

Der modernen Rechtsvergleichung fehlt hingegen ein theoretischer Bezugsrahmen, der es erlauben würde, die transnationale Rechtswirklichkeit in ihrer ganzen Komplexität zu erfassen und für rechtsvergleichende Studien fruchtbar zu machen.⁷⁰ Wie der soeben erfolgte Durchgang durch die Paradigmen Einheit, Pluralismus und Wettbewerb, welche unser Denken über die Ordnungsprinzipien eines globalen Rechts strukturieren, gezeigt hat, bieten der globale Rechtspluralismus und der Wettbewerb der Rechtsordnungen hierfür in deskriptiver Hinsicht mehr Anschlusspunkte als die Einheit der Rechtsordnung. Gegenüber dem Rechtspluralismus bietet das Modell eines transnationalen Rechtsmarkts zudem den Vorteil, dass es mit Blick auf den Zielkonflikt zwischen Einheit und Pluralismus normativ (relativ) offen ist, weshalb es sich in deskriptiver Hinsicht gut als Bezugsrahmen für international anschlussfähige empirische Rechtsforschung eignet.

Ohne gegenüber den etablierten Paradigmen der Rechtseinheit und des Rechtspluralismus einen Ausschließlichkeitsanspruch zu erheben, erscheint es

auch die Auswertung zahlreicher empirischer Studien bei *Vogenauer*, *European Review of Private Law* 21 (2013), 13 ff.

⁶⁶ *G. Calliess/A. Maurer*, *Transnationales Recht – eine Einleitung*, in: Calliess (Hg.) (Fn. 4), 1 f.

⁶⁷ *J. Basedow*, *Weltkartellrecht* (1998), 111.

⁶⁸ *Zweigert/Kötz* (Fn. 3), 13.

⁶⁹ *R. Michaels*, in: *S. Vogenauer* (Hg.), *Commentary on the UNIDROIT PICC* (2. Aufl., 2015), Preamble I, insbesondere Rn. 7 ff.

⁷⁰ *Kötz*, *JZ* 2002, 257, 262.

deshalb als sinnvoll, die Perspektiven einer Rechtsvergleichung jenseits des Nationalstaats unter dem Paradigma des Wettbewerbs der Rechtsordnungen auszuloten. Wie bereits ausgeführt, sind die Methoden der Rechtsvergleichung in diesem Kontext empirisch und funktional. Die funktionale Methode der Rechtsvergleichung wird mitunter dafür kritisiert, dass sie das Grundprinzip der Funktionalität, aus dem sich die Fragestellung, die Auswahl der zu vergleichenden Rechte, die Spannweite der Untersuchung etc. ergeben, nicht hinreichend klar konkretisiere, sodass ihre Ergebnisse eher auf der Intuition und Erfahrung hervorragender Rechtsvergleicher, als auf einem reproduzierbaren methodischen Kochrezept beruhen.⁷¹ Im Folgenden werden anhand unterschiedlicher Zugriffe auf die Bestimmung der Funktion von Recht auf transnationalen Rechtsmärkten drei Stränge rechtsvergleichender Forschungsfragen herausgearbeitet. Die Ausführungen beschränken sich dabei auf einige allgemeine Bemerkungen, die anhand von ausgewählten Beispielen aus einem Forschungsprojekt am Bremer Sonderforschungsbereich 597 „Staatlichkeit im Wandel“ erläutert werden.

1. *Rechtsbedürfnisse und subjektive Rechtsfunktion*

Konzipiert man das Weltrechtssystem als transnationalen Rechtsmarkt, so müssen rechtsvergleichende Studien bei der Bestimmung des relevanten Marktes ansetzen, der nach kartellrechtlichem Vorbild in räumlicher, zeitlicher und sachlicher Hinsicht abzugrenzen ist. Letzteres geschieht nach dem Bedarfsmarktkonzept, wonach zum sachlich relevanten Markt alle Angebote gehören, die aus Sicht der Nachfrager zur Deckung eines bestimmten Bedarfs austauschbar sind. Die Bestimmung der Funktion erfolgt also nicht aus der Beobachterperspektive des Rechtsvergleichers, sondern aus der Teilnehmerperspektive bestimmter Gruppen von Nachfragern. Worin deren Rechtsbedürfnisse (*legal needs*) bestehen und welche Angebote zu ihrer Befriedigung als austauschbar gelten können, kann im Zweifelsfalle nach dem Vorbild der Sektoruntersuchungen des Bundeskartellamts empirisch untermauert werden.

Fragt man beispielsweise, welche institutionellen Arrangements im internationalen Handel genutzt werden, um die Durchsetzung grenzüberschreitender Verträge abzusichern,⁷² so kommen auf der Angebotsseite neben dem staat-

⁷¹ Vgl. *Kischel* (Fn. 29), 97 ff.; *Siems* (Fn. 23), 33 ff., jeweils m.w.N.

⁷² Vgl. zum Folgenden die Berichte aus dem Teilprojekt A4 „Die Verfassung des globalen Handels“ am Bremer Sonderforschungsbereich 597 „Staatlichkeit im Wandel“: *G. Calliess et al.*, Transformations of Commercial Law: New Forms of Legal Certainty for Globalized Exchange Processes?, in: A. Hurrelmann/S. Leibfried/K. Martens/P. Mayer (Hg.), Transforming the Golden Age Nation State (2007), 83 ff.; *ders. et al.*, The Transnationalisation of Commercial Law, in: H. Rothgang/S. Schneider (Hg.), State Transformations in OECD Countries (2015), 127 ff.

lichen Transaktionsrecht nationaler, inter- und supranationaler Provenienz eine Reihe privater Governance-Strukturen als funktionale Äquivalente in den Blick, die nach der Zahl der Beteiligten in einseitige (firmeninterner Handel), zweiseitige (sich selbst vollziehende Verträge) und dreiseitige (private Rechtssysteme) Mechanismen unterteilt werden können. Entscheidend ist in diesem Kontext, dass jeweils Institutionenbündel (Regimes) aus Durchsetzungsmechanismen (Zwangsvollstreckung, soziale Sanktion, Abbruch der Geschäftsbeziehung, Verwertung von Geiseln, Weisung im Konzern), Streitbeilegungsmechanismen (Gerichte, Schiedsgerichte, Mediation, Verhandlung) und Normkomplexen (staatliche Vertragsrechte, Privatkodifikationen, soziale und relationale Normen, *internal trading policies*) nachgefragt werden, wobei auch hybride Kombinationen möglich sind, wenn etwa private Schiedsgerichte auf staatliche Anerkennung und Vollstreckung setzen, gleichviel ob staatliche oder nichtstaatliche Rechtsregeln zur Anwendung kommen.⁷³

In dieser Abstraktionshöhe fällt ein praktisch ertragreicher Vergleich allerdings schwer, weshalb sich konkrete Studien entweder auf die Verwendung staatlicher und privater Mechanismen zur Vertragsdurchsetzung in bestimmten Branchen⁷⁴ oder auf den Vergleich einzelner Mechanismen⁷⁵ beschränken. *Tertium comparationis* solcher Studien ist die Funktion, die freilich auf der Grundlage eines institutionenökonomisch inspirierten Verständnisses mit „effektiver Vertragsdurchsetzung im internationalen Handel“ recht weit bestimmt ist, sodass man trefflich darüber streiten kann, ob es sich dabei überhaupt um ein Rechtsbedürfnis i.e.S. handelt. Jedenfalls die Einbeziehung von firmeninternem Handel und relationalen Verträgen als ein- und zweiseitigen Alternativen zum Recht verlässt – so könnte man argumentieren – den Raum der Rechtsvergleichung in Richtung eines ökonomischen Institutionenvergleichs.⁷⁶

⁷³ Zusammenfassung bei Calliess (Fn. 1).

⁷⁴ Zur maritimen Branche Maurer (Fn. 24); zur Softwareindustrie T. Dietz, Contract Law, Relational Contracts, and Reputational Networks in International Trade: An Empirical Investigation into Cross-Border Contracts in the Software Industry, *Law & Social Inquiry* 37 (2012), 25 ff.; ders., *Global Order beyond Law* (2014).

⁷⁵ Vergleiche der staatlichen Handelsgerichte mit Handelsschiedsgerichten bei H. Hoffmann, Kammern für internationale Handelssachen (2011); F. Parise Kuhnle, Effektiver Rechtsschutz im grenzüberschreitenden Handel durch private Schiedsgerichte (2015); zum firmeninternen Handel G. Calliess/S. v. Harder, Firmeninternes Handelsrecht, Vertragsdurchsetzung und Streitbeilegung in transnationalen Unternehmen, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 33 (2012/2013), 207 ff.

⁷⁶ Vgl. O. Williamson, The Economics of Governance, *American Economic Review* 95 (2005), 1 ff.

2. Justizdienstleistung und objektive Rechtsfunktionen

Bei der erforderlichen Abgrenzung des Rechtsmarkts von anderen Märkten auf der Grundlage einer Unterscheidung zwischen rechtlichen und nicht-rechtlichen Bedürfnissen kann man sich allerdings nicht an der Unterscheidung von staatlichem und privatem Angebot orientieren, was ein Blick auf den staatlichen Zivilprozess erhellt.⁷⁷ Der Justizgewährungsanspruch ist die Kehrseite des Selbsthilfeverbots als Ausdruck des staatlichen Gewaltmonopols, weshalb der Zivilprozess mit dem Grundsatz der Parteiautonomie primär im Interesse des Individualrechtsschutzes und nur sekundär im öffentlichen Interesse an der Realisierung, Bewährung und Fortbildung des Rechts durchgeführt wird. Auf dem Markt für Streitschlichtung stehen Gerichte als Erbringer von Justizdienstleistungen deshalb im Wettbewerb zu anderen staatlichen und privaten Anbietern. Dies gilt schon auf nationaler Ebene, besonders aber für transnationale Rechtsmärkte.

In Abgrenzung zu alternativen Angeboten der Konfliktlösung zeichnet sich das Recht jedoch dadurch aus, dass es die Befriedigung des individuellen Bedürfnisses nach Streitschlichtung jedenfalls potentiell zur Schaffung eines gesamtgesellschaftlichen Mehrwerts ausnutzt, also auch objektive Funktionen erfüllt. Dazu gehört in erster Linie die Schaffung von Rechtssicherheit, die als Nebeneffekt der öffentlichen Entscheidung über private Konflikte in Form von Präjudizien anfällt und außenstehenden Dritten im Hinblick auf die Vermeidung künftiger Konflikte zu Gute kommt. Darüber hinaus erfüllt die Justiz aber auch andere Funktionen wie etwa den Schutz des Schwächeren, von Drittinteressen und des Allgemeinwohls. Diese objektiven Rechtsfunktionen kann das Recht aber nur anlässlich der Nachfrage nach Streitschlichtung auf dem Markt für Justizdienstleistungen erfüllen: wo kein Kläger, da kein Richter.

Diese Erkenntnis bietet Raum für rechtsvergleichende Studien, die sich mit den Auswirkungen einer Veränderung des Nachfrageverhaltens auf Rechtsmärkten auf die Erfüllung der objektiven Rechtsfunktionen befassen. Insofern auf dem Markt für Streitschlichtung ein empirischer Zusammenhang zwischen der Flucht in die Schiedsgerichtsbarkeit und dem Prozessschwund vor staatlichen Handelsgerichten besteht, stellt sich die Frage, ob und unter welchen Bedingungen Schiedsgerichte nicht nur subjektive Rechtsbedürfnisse nach Streitschlichtung erfüllen, sondern auch objektive Rechtsfunktionen übernehmen. Im Hinblick auf die Funktion der Gewährleistung von Rechtssicherheit kann man etwa den Beitrag verschiedener Schiedsinstitutionen zur Fortbildung

⁷⁷ Ausführlich zum Folgenden G. Calliess, Der Richter im Zivilprozess – Sind ZPO und GVG noch zeitgemäß?, in: Deutscher Juristentag, Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages Hannover 2014, Band I: Gutachten / Teil A (2014) A 36 ff. m.w.N.

des maritimen Rechts vergleichen.⁷⁸ Oder man kann veröffentlichte Entscheidungen unterschiedlicher Schiedsregime (ICC, ICSID, ICANN UDRP) daraufhin untersuchen, ob und unter welchen Bedingungen diese im öffentlichen Interesse zwingende Normen zum Schutz des Schwächeren, von Drittinteressen oder dem Allgemeinwohl wie etwa das Kartellverbot oder Grundrechte transnational durchsetzen.⁷⁹ *Tertium comparationis* ist hier die objektive Rechtsfunktion, wie sie idealtypisch von Gerichten im demokratischen Verfassungsstaat wahrgenommen wird. Soweit Schiedsgerichte Präzedenzfälle veröffentlichen, agieren sie nach hier vertretener Auffassung innerhalb des globalen Rechtssystems,⁸⁰ weshalb es sich bei den erwähnten Studien um Rechtsvergleichung i.e.S. handelt.

3. Die Verfassung des Rechtsmarkts als Metafunktion

Eine dritte Perspektive für rechtsvergleichende Studien jenseits des Nationalstaats ergibt sich schließlich, wenn man analog zur ordoliberalen Idee einer Wirtschaftsverfassung für Gütermärkte nach der Verfassung des transnationalen Rechtsmarkts fragt.⁸¹ Dabei geht es um jene Rechtsregeln, die die Funktionsvoraussetzungen eines gesunden Wettbewerbs der Rechtsordnungen betreffen. Eine Verfassung hat dabei eine ermöglichende und eine begrenzende Funktion, bezogen auf die klassische Wirtschaftsverfassung geht es einerseits um die Ermöglichung von Tausch durch Bereitstellung von Institutionen zur effektiven Vertragsdurchsetzung (Transaktionsrecht), andererseits um die Beseitigung staatlicher Wettbewerbsbeschränkungen (Grundfreiheiten) sowie das Verbot privater Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellrecht).

Der Markt für Vertragsrecht und Streitschlichtung wird durch die Regeln des internationalen Privatrechts, des internationalen Zivilverfahrensrechts und des internationalen Schiedsrechts, die den Rechtsnutzern die Wahl eines bestimmten Forums und eines bestimmten Rechts ermöglichen, konstituiert. Geht man davon aus, dass ein gesunder Rechtswettbewerb nicht nur voraussetzt, dass Wahlentscheidungen überhaupt ermöglicht werden, sondern dass es sich möglichst um zweiseitige und wohl informierte Wahlentscheidungen handeln

⁷⁸ G. Calliess/A. Klopp, *Lex Maritima: Vanishing Commercial Trial – Fading Domestic Law?*, in: L. Mistelis/M. Goldby (Hg.), *The Role of Arbitration in Shipping Law* (2016), im Erscheinen.

⁷⁹ M. Renner, *Zwingendes transnationales Recht* (2010).

⁸⁰ G. Calliess/M. Renner, *Between Law and Social Norms: The Evolution of Global Governance*, *Ratio Juris* 22 (2009), 260 ff.

⁸¹ Hierzu und zum Folgenden G. Calliess, *Reflexive Transnational Law: The Privatisation of Civil Law and the Civilisation of Private Law*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 23 (2002), 185; *ders./J. Mertens/M. Renner*, *Privatizing the Economic Constitution – Can the World Market Reproduce its Own Institutional Prerequisites?*, in: Ch. Herrmann et al. (Hg.), *European Yearbook of International Economic Law* 4 (2013), 201 ff.; M. Renner, *Transnationale Wirtschaftsverfassung*, *RabelsZ* 78 (2014), 750 ff.

sollte,⁸² so stellt sich etwa die Frage, ob und unter welchen Bedingungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen und Musterverträgen enthaltene Streitbeilegungsklauseln diesen Anforderungen genügen.

Zulässigkeit und Voraussetzungen von Rechtswahl, Gerichtsstandswahl und Schiedsabrede sind auf europäischer und internationaler Ebene weitgehend vereinheitlicht, was für das Funktionieren des transnationalen Rechtsmarkts von essentieller Bedeutung ist. Die so geschaffene Rechtssicherheit wird durch eine richterliche Kontrolle von Streitbeilegungsklauseln anhand nationaler Maßstäbe tendenziell in Frage gestellt. Es ist deshalb eine lohnende rechtsvergleichende Aufgabe, die betreffenden europäischen und internationalen Vorschriften im Hinblick darauf zu untersuchen, ob aus ihnen autonome und auch im Hinblick auf ihr unterschiedliches Gefährdungspotential kohärente Maßstäbe der Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle gewonnen werden können.⁸³

Was schließlich das Feld staatlicher Wettbewerbsbeschränkungen betrifft, so ist der Gedanke nicht neu, dass Beschränkungen der Rechtswahlfreiheit im Lichte der europäischen Grundfreiheiten verhältnismäßig sein müssen. Weniger klar ist dies für den Bereich der Gerichtsstandswahl und Schiedsabreden, wobei auch hier rechtsvergleichende Studien zur Erhellung beitragen könnten. Demgegenüber stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit privater Wettbewerbsbeschränkungen vor allem dort, wo private Anbieter auf einzelnen Rechtsmärkten eine beherrschende Stellung innehaben, etwa wenn eine Branchenvereinigung als marktbeherrschender Anbieter von Musterverträgen in einer Streitbeilegungsklausel eine bestimmte Schiedsinstitution gegenüber ihren Wettbewerbern auf dem Markt für Justizdienstleistungen bevorzugt.⁸⁴

IV. Perspektiven der Rechtsvergleichung

Mit Blick auf das Oberthema des Symposiums ergeben sich zusammenfassend fünf Thesen zu den Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung (1.–5.), die ich um eine These zur institutionellen Verankerung der Rechtsvergleichung im Wissenschaftsbetrieb (6.) ergänzen möchte.

1. Der Gegenstand von Rechtsvergleichung ist das *law in action*. Der Gehalt dieses Begriffs lässt sich durch ein Verständnis von Recht als Institution oder Kommunikationsprozess erweitern. Damit wird Rechtsvergleichung einerseits interdisziplinär anschlussfähiger und gleichzeitig praktisch rele-

⁸² O'Hara O'Connor, *Uniform Law Review* 21 (2016), 41, 46 f.

⁸³ Dieses Projekt verfolgt meine Doktorandin Mascha Hesse.

⁸⁴ Dazu am Beispiel der BIMCO-LMAA Streitbeilegungsklausel *Calliess/Klopp* (Fn. 78); kartellrechtlich argumentieren auch das OLG München und der BGH in der Sache Pechstein, *JZ* 2015, 355; BGH-Pressmitteilung Nr. 97/2016.

vanter, andererseits aber auch komplexer. Konkret muss die Wahl von Untersuchungsgegenstand und korrespondierenden Methoden pragmatisch anhand von Zielen und Ressourcen erfolgen, die nicht zuletzt von der Nachfrage bestimmt werden. Soweit das Ziel wissenschaftliche Erkenntnis ist, wird Rechtsvergleichung im Kontext der Globalisierung zunehmend interdisziplinär und empirisch ausgerichtet sein. Klassische Länderberichte und Einordnung in Rechtsfamilien verlieren demgegenüber mit dem Nationalstaat an Bedeutung.

2. Als Paradigma moderner Rechtsvergleichung eignet sich eher der institutionelle Wettbewerb als die Rechtseinheit oder der Rechtspluralismus. Denn einerseits nehmen die Wahlmöglichkeiten der Nutzer von Recht im Kontext der gesellschaftlichen Trends zu Globalisierung und Digitalisierung dramatisch zu, wodurch der Staat als Anbieter von Rechtsdienstleistungen sein Monopol verliert. Andererseits verbindet das Wettbewerbsparadigma die positiven Aspekte des Rechtspluralismus mit denen der Rechtseinheit, insofern Einheit aus der Optionenvielfalt dynamisch und „von unten“ nur dort entsteht, wo dies aus Nutzersicht wirklich sinnvoll ist, ohne dass Andersartigkeit und Lernfähigkeit „von oben“ ausgeschlossen würden.
3. Rechtsvergleichung jenseits des Nationalstaats gliedert sich unter dem Wettbewerbsparadigma in drei Stränge, die die Funktion von Recht unterschiedlich bestimmen. Am stärksten empirisch ausgerichtet sind erstens Untersuchungen, die den zu untersuchenden Rechtsmarkt in sachlicher Hinsicht nach dem kartellrechtlichen Bedarfsmarktkonzept anhand der Rechtsbedürfnisse bestimmter Gruppen von Nachfrager als *tertium comparationis* abgrenzen. Auf der Angebotsseite kommen dadurch neben staatlichem Recht auch private Rechtssysteme und weitere Alternativen zum Recht als funktionale Äquivalente in den Blick. Rechtsvergleichung bezieht sich in diesem Kontext zunehmend auf den Vergleich von inter-, supra-, und transnationalen Rechtsregimes, wobei staatliche und private Mechanismen der Normsetzung, Streitschlichtung und Durchsetzung zu hybriden Institutionenbündeln verknüpft werden.
4. Daneben bilden zweitens auch objektive Rechtsfunktionen wie die Herstellung von Rechtssicherheit sowie der Schutz von Schwächeren, Drittin-teressen und Allgemeinwohl eine Folie für rechtsvergleichende Studien, wenn etwa gefragt wird, wie sich empirisch beobachtbare Veränderungen von Angebot und Nachfrage auf transnationalen Rechtsmärkten auf diese Funktionen auswirken. Relevant ist dies insbesondere auf dem Markt für Justizdienstleistungen, der durch Privatisierungstendenzen gekennzeichnet ist. In den Vergleich verschiedener alternativer Streitschlichtungsangebote wie etwa Schiedsregimes oder *Online Dispute Resolution* fließen unsere Lernerfahrungen mit dem demokratischen Verfassungsstaat als *tertium comparationis* ein.

5. Als transnationales Wesen des Rechts rücken drittens jene allgemeinen Rechtsprinzipien in den Vordergrund des Interesses, die den institutionellen Wettbewerb zwischen staatlichen, privaten und hybriden Rechtsangeboten ermöglichen und zugleich begrenzen: *Inhalt und Grenzen der Parteiautonomie* in Form der Rechtswahl-, Gerichtsstands- und Schiedsklauseln bilden die Verfassung des transnationalen Rechtsmarkts. *Tertium comparationis* vergleichender Studien auf diesem Gebiet ist die Wirtschaftsverfassung im ordoliberalen Sinne.
6. Vor dem Hintergrund, dass der Deutsche Juristen-Fakultätentag die erste juristische Staatsprüfung erfolgreich gegen das Bologna-Modell verteidigt hat und das Schwerpunktstudium in der universitären Praxis zunehmend auf ein Wahlfachstudium reduziert wird, kann eine auf Grundlagenorientierung, Internationalisierung und Interdisziplinarität ausgerichtete Strategie erst in der Graduiertenförderung greifen. Neben auf Zeit angelegten Drittmittelprojekten insbesondere der DFG, deren Höchstfördergrenze von drei Jahren für Promovierende sich insofern als hinderlich erweist, als die besten Examensabsolventen zunächst eine Art Zweitstudium zur Internationalisierung und Interdisziplinarisierung absolvieren müssen, kommt der Max-Planck-Gesellschaft bei der Förderung einer international konkurrenzfähigen juristischen Nachwuchswissenschaftlerelite eine besondere Bedeutung zu.

Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung im IPR und Unternehmensrecht

*Marc-Philippe Weller**

I.	Einführung.....	192
II.	Forschungsperspektiven im IPR.....	193
	1. Bedeutungszuwachs.....	193
	2. Unternehmenskollisionsrecht.....	193
	3. Defizite der gegenwärtigen Anknüpfungsdogmatik.....	195
	a) Das Problem der Eviktionswirkung des IPR.....	195
	b) Abkehr vom klassischen IPR und Favorisierung der <i>lex fori</i>	197
	aa) Ursprünglich: Gleichberechtigung, Neutralität, Allseitigkeit.....	197
	bb) Unilateralisierungstendenzen.....	198
	(1) Materialisierung der Verweisungsregeln (teleologische Unilateralisierung).....	198
	(2) Gewöhnlicher Aufenthalt (interne Unilateralisierung).....	199
	(3) Zunahme von Eingriffsrecht.....	200
	cc) Von der „Heimat des Rechtsverhältnisses“ zur „Heimat des Gerichts“.....	201
	c) Kritik.....	201
	4. Die Methodentrias des IPR des 21. Jahrhunderts.....	203
	a) Verweisung.....	203
	aa) Analytische Methode.....	203
	bb) Kategoriale Analytik.....	204
	cc) Intertemporale Analytik.....	205
	b) Anerkennung.....	205
	aa) Inkorporierende Methode.....	205
	bb) Nostrifikation oder Wirkungserstreckung.....	206
	c) Berücksichtigung.....	207
	aa) Synthetische Methode.....	207
	bb) Anpassung, Substitution, Datum, Transposition, ausländische Eingriffsnormen.....	207
	cc) Bilateralisierung der Berücksichtigungsmethodik.....	209
III.	Forschungsperspektiven im Unternehmensrecht.....	209
	1. Kapital- und Personengesellschaftsrecht.....	209
	2. Defizit: Fehlende Auslandssensibilität der Gesellschaftsrechtsdogmatik.....	210

* Herzlich gedankt für wertvolle Impulse sei Frau Wiss. Ass. Bettina Rentsch, Ann Arbor/Heidelberg, sowie Herrn Akad. Rat Dr. Chris Thomale, LL.M. (Yale), Heidelberg.

3.	Die Internationalisierung der Gesellschaftsrechtsdogmatik.....	212
a)	Internationale Compliance	212
b)	Internationale Umwelt- und Menschenrechtsverantwortung	213
c)	Internationale Knowledge Governance	215
d)	Internationale Unternehmensstrafbarkeit.....	216
IV.	Die Funktionstrias der Rechtsvergleichung	216
1.	Innere Funktion	217
2.	Äußere Funktion.....	218
3.	Standardgewinnende statt regelsetzende Funktion.....	218
V.	Bilanz in Thesenform.....	220

I. Einführung

„Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung.“¹ – Eine gewichtige Fragestellung – allerdings nicht neu:² Schon *Franz Kahn*, der deutsche Berichterstatter auf dem legendären Rechtsvergleichungskongress im Jahr 1900 in Paris,³ sah die Verknüpfung mit dem Internationalen Privatrecht (IPR):

„Die rechtsvergleichende Methode ist keine Neuerung. Sie hat existiert, solange es ein internationales Privatrecht gibt. [...] Bei den Theoretikern des internationalen Privatrechts [finden wir ...] als Grundlage ihrer Ausführungen stets [...] Rechtsvergleichungen.“⁴

¹ Vgl. bereits *H. Kötz*, Alte und neue Aufgaben der Rechtsvergleichung, *JZ* 2002, 257 ff.; ferner *J. Basedow*, Comparative Law and its Clients, *American Journal of Comparative Law* 62 (2014), 821, 857 (Thesen 4 und 5); *U. Kischel*, Rechtsvergleichung (2015), 32 ff.; *R. Zimmermann*, Comparative Law and the Europeanization of Private Law, in: *M. Reimann/R. Zimmermann* (Hg.), *Oxford Handbook of Comparative Law* (2006), 539 ff.; *ders.*, Perspektiven europäischer Privatrechtswissenschaft, in: *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* (Hg.), *Stabwechsel: Ansprachen aus Anlass des Wechsels im Direktorium am 24. September 2002* (2003), 25 ff.

² Zum ersten Mal wurde sie prominent diskutiert in Paris im Jahr 1900. Im Schatten der *exposition universelle*, die über 50 Millionen Besucher begeistern sollte, organisierten Edouard Lambert und Raymond Saleilles den ersten Kongress für Rechtsvergleichung. Es war die Hochzeit der Industrialisierung: „Glanz, Reichtum und Fortschritt“ allerorten. Glänzend erschien damals auch die Zukunft der jungen Disziplin: am Horizont träumte man gar von einem *droit commun de l'humanité*. Näher *K. Zweigert/H. Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung (3. Aufl., 1996), 2.

³ Zum 100-jährigen Jubiläum des Pariser Kongresses für Rechtsvergleichung *R. Michaels*, Im Westen nichts Neues?, *RabelsZ* 66 (2002), 97 ff.

⁴ *F. Kahn*, Bedeutung der Rechtsvergleichung in Bezug auf das internationale Privatrecht, in: *H. Lewald/O. Lenel* (Hg.), *Franz Kahn – Abhandlungen zum IPR* (Bd. I, 1928), 491, 492, 494; hierzu *A. Flessner*, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung im Kollisionsrecht, in: *A. Gamper/B. Verschraegen* (Hg.), *Rechtsvergleichung als juristische Auslegungsmethode* (Wien, 2013), 1, 3 ff.

Ernst Rabel sollte diese inhaltliche Symbiose⁵ aus IPR und Rechtsvergleichung später aufgreifen und institutionell in Gestalt des heutigen Hamburger Max-Planck-Instituts verankern.⁶

Wenn ich heute über die Perspektiven der Rechtsvergleichung im IPR und darüber hinaus auch im Unternehmensrecht sprechen möchte, hat dies jedoch nicht nur historische Gründe. Im Gegenteil: Wie zu zeigen sein wird, stellen diese Rechtsgebiete die Themen unserer Zeit. Dabei zeichnen sich drei große Perspektiven ab: (1.) Die Methodentrias des IPR des 21. Jahrhunderts, (2.) die Internationalisierung der Gesellschaftsrechtsdogmatik und – beide Disziplinen überlagernd – (3.) die Funktionstrias der Rechtsvergleichung.

II. Forschungsperspektiven im IPR

1. Bedeutungszuwachs

Das Kollisionsrecht wird weiter an Bedeutung gewinnen.⁷ Als spezifische Methodenlehre und Metadogmatik, die Normkonkurrenzen aufzulösen versteht, ist das IPR geradezu prädestiniert, um die Vielfalt an Rechtsquellen im Mehrebenensystem aus Völkerrecht, Europarecht und autonomem nationalen Recht in einem kohärenten Rahmen zusammenzuführen.⁸

2. Unternehmenskollisionsrecht

Innerhalb des IPR wird es dabei zu einer Neujustierung der Fächer kommen. Entwickelt wurde die IPR-Dogmatik im 20. Jahrhundert namentlich anhand des Personen-, Familien- und Erbrechts. Neben diesen nach wie vor bedeutenden Teildisziplinen⁹ und dem Allgemeinen Teil des IPR¹⁰ avanciert nun

⁵ *M. Reimann*, Comparative Law and Private International Law, in: Reimann/Zimmermann (Hg.) (Fn. 1), 1363, 1365: „quasi-symbiotic relationship“.

⁶ *Flessner* (Fn. 4), 1, 3 f.

⁷ Ebenso *R. Goode/H. Kronke/E. McKendrick/J. Wool*, Transnational Commercial Law (2. Aufl., 2015), Rn. 2.62 ff.; *H. Eidenmüller*, Forschungsperspektiven im Unternehmensrecht, ZGR 2007, 484, 487.

⁸ Befürchtet wird teilweise ein in der „digitalen und transnationalen Welt“ wachsender „rechtsleerer Raum“: Das Recht habe seine Systematik und Gesetzgebungskunst in den Nationalstaaten entwickelt. Internationales Recht sei demgegenüber nur schwach institutionalisiert, von der mangelnden Durchsetzbarkeit gar nicht zu reden. Hinter der transnationalen Entfaltung der Ökonomie und Technologie hinke es hilflos zurück. Hier kämpfe „weniger Recht gegen Unrecht als vielmehr Recht gegen Rechtsleere“, so *A. Zielcke*, Triumph über die Humanität, Süddeutsche Zeitung v. 18.12.2014, S. 11: „Barbarischer Rückfall ins Mittelalter und Ausweitung des rechtsleeren Raums: Im Kampf gegen das Unrecht erleidet das Recht weltweit immer schwerere Verluste.“

⁹ Siehe etwa die öffentlichkeitswirksame Kontroverse um die Leihmutterchaft. Hierzu *C. Thomale*, Mietmutterchaft – Eine international-privatrechtliche Kritik (2015).

jedoch das Unternehmensrecht zu einem zugkräftigen Motor der IPR-Entwicklung.¹¹ Grund hierfür sind die sprunghaft wachsenden Auslandsinvestitionen und die jüngst eröffnete Mobilität von Gesellschaften.¹² So sorgt derzeit die Luxus-Kreuzfahrtschiffe bauende Meyer-Werft für Aufregung, weil sie ihren Satzungssitz von Niedersachsen nach Luxemburg verlegen will, um so dem deutschen Mitbestimmungsgesetz zu entkommen.¹³ Zuvor haben schon viele andere inländische Unternehmen von ihrer internationalen Rechtsformwahlfreiheit Gebrauch gemacht.¹⁴ Zudem lassen unzählige Judikate von *Centros* über *Vale*¹⁵ bis hin zum Europäischen Prozess-¹⁶ und Insolvenzrecht¹⁷ das Unternehmenskollisionsrecht erblühen.¹⁸

¹⁰ Hierzu *S. Leible/H. Unberath* (Hg.), Brauchen wir eine Rom 0-VO? (2013); *G. Rühl/J. v. Hein*, Towards a European Code on Private International Law?, *RabelsZ* 79 (2015), 701 ff.

¹¹ Ebenso bereits *Eidenmüller*, *ZGR* 2007, 484, 487.

¹² Hierzu *M.-P. Weller*, Unternehmensmobilität im Binnenmarkt, in: Festschrift für Uwe Blaurock (2013), 497 ff.

¹³ *A. Slavik*, „Küstendrama“, *SZ* v. 25.7.2015, 26. Näher zur Unternehmensmitbestimmung für Auslandsgesellschaften *M.-P. Weller*, Unternehmensmitbestimmung für Auslandsgesellschaften, in: Festschrift für Peter Hommelhoff (2012), 1275 ff.

¹⁴ Beispiele bei *Weller* (Fn. 13), 1275, 1279 f.; zu den rechtlichen Rahmenbedingungen *ders.*, Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung (2004).

¹⁵ Zu *Vale* *B. Rentsch/M.-P. Weller*, Die Kombinationslehre beim grenzüberschreitenden Rechtsformwechsel – Neue Impulse durch das Europarecht, *IPRax* 2013, 530 ff.; vgl. ferner *OLG Nürnberg*, *ZIP* 2014, 128; hierzu *L. Hübner*, Der grenzüberschreitende Formwechsel nach *Vale* – zur Satzungssitzverlegung von Luxemburg nach Deutschland, *IPRax* 2015, 134 ff.; *OGH Wien*, *ecolex* 2014, 714; zum grenzüberschreitenden Formwechsel zuletzt *H. Heckschen*, Grenzüberschreitender Formwechsel, *ZIP* 2015, 2049 ff.

¹⁶ *EuGH*, 10.9.2015, Rs. C-47/14 (*Holterman Ferho/Spies von Bülllesheim*), *ECLI:EU:C:2015:574* (internationale Zuständigkeit für die Geschäftsführerhaftung); vgl. ferner *EuGH*, 18.7.2013, Rs. C-147/12 (*ÖFAB, Östergötlands Fastigheter AB/Koot, Evergreen Investments BV*), *ECLI:EU:C:2013:490*; zur GmbH-Vorbelastungshaftung *M.-P. Weller/C. Harms*, Die Vorbelastungshaftung in der GmbH zwischen EuGVO und EulnsVO, *IPRax* 2016, 119 ff.

¹⁷ Hierzu *M.-P. Weller*, Brennpunkte des Insolvenz kollisionsrechts, in: Festschrift für Bernd von Hoffmann (2011), 513 ff.; *L. d'Avout/P. Kinsch/S. Sanchez-Lorenzo/M.-P. Weller/M. Wilderspin*, Droit international privé de l'Union Européenne 2014 in: *Panthéon-Assas* (Hg.), *Annuaire de Droit de l'Union Européenne* (2015), 449, 499 ff. Diese Entwicklung würde noch verstärkt, wenn man *Eidenmüller* darin folgte, Geschäftsleiter organischhaftlich sogar für verpflichtet zu halten, grenzüberschreitende Sanierungsoptionen wahrzunehmen, wenn sich eine Gesellschaft in der Krise befindet, vgl. *H. Eidenmüller*, Strategische Insolvenz: Möglichkeiten, Grenzen, Rechtsvergleichung, *ZIP* 2014, 1197, 1205.

¹⁸ Hinzu kommen viele anhängige Verfahren zu typischen IPR-Fragen, etwa zur Qualifikation des § 64 GmbHG, vgl. *BGH*, *IPRax* 2015, 334; hierzu *L. Hübner*, Kollisions- und europarechtliche Einordnung von § 64 S. 1 GmbHG, *IPRax* 2015, 297 ff.; zur Vorinstanz *M.-P. Weller/A. Schulz*, Die Anwendung des § 64 GmbHG auf Auslandsgesellschaften, *IPRax* 2014, 336 ff.

3. Defizite der gegenwärtigen Anknüpfungsdogmatik

Dem IPR kommt in unseren „offenen Gesellschaften“ also eine Schlüsselrolle zu, wie *Jürgen Basedow* in seinem gleichnamigen Haager *Cours général* untermauert.¹⁹ Um diese Rolle auszufüllen, muss es sich jedoch methodisch weiterentwickeln. Neben der klassischen Methode der *Verweisung* wird die europarechtlich fundierte *Anerkennungsmethode* ihren Platz beanspruchen.²⁰ Als dritte Methode des IPR wird die *Berücksichtigung* fremden Rechts auf Sachrechtsebene eine wichtigere Rolle spielen,²¹ etwa in Gestalt der Substitution, der Transposition, der Anpassung und der Datumlehre.²² Das Kennzeichen des IPR des 21. Jahrhunderts wird m.E. also seine Methodentrias sein, bestehend aus (1.) Verweisung, (2.) Anerkennung und (3.) Berücksichtigung. Eine Begründung dieser These muss zunächst am kontemporären Status quo und seinen Defiziten ansetzen. Diese liegen (a) in der tradierten Eviktionswirkung des IPR und (b) der neuerdings systematischen Favorisierung der *lex fori*. In ihrer Kombination fordern sie die klassischen Ideale des IPR heraus. Im Einzelnen:

a) Das Problem der Eviktionswirkung des IPR

Das Internationale Privatrecht trifft Auswahlentscheidungen:²³ Unter mehreren in Frage kommenden Rechtsordnungen wird nur *eine* zur Anwendung berufen.²⁴ Als Kehrseite hat der Anwendungsbefehl eine Eviktionswirkung:²⁵

¹⁹ Vgl. *J. Basedow*, *The Law of Open Societies, General Course on Private International Law, Recueil des cours* 360 (2013).

²⁰ Ähnlich *C. Wendehorst*, *Denkschulen im Internationalen Privatrecht*, in: *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* (Band 45, 2012), 33, 42 ff., 52 ff.

²¹ Einen anderen Akzent setzt *Wendehorst*, die neben dem „Verweisungs- und Anerkennungsparadigma“ noch das „Geltungsparadigma“ nennt, das früher für die Statutenlehre und heute für die Eingriffsnormen stehe, *Wendehorst* (Fn. 20), 33, 42 ff., 49 f.

²² *E. Jayme*, *Narrative Norms in Private International Law, Recueil des cours* 375 (2015), 27 f.

²³ *Flessner* (Fn. 4), 1, 18 f.: Kollisionsregel als „Auswahlregel“ in Bezug auf mehrere klar abgrenzbare Rechtsordnungen; *G. Dannemann*, *Die ungewollte Diskriminierung in der internationalen Rechtsanwendung* (2004), 75 ff.; *P. Kinsch*, *Le fait du prince étranger* (1994), 341: „La technique des conflits de lois, ayant à résoudre un problème d’option, ne sert pas seulement à désigner la loi applicable à un rapport juridique mais aussi à écarter, du même coup, l’application de la loi du ou des pays tiers avec le rapport juridique, international par hypothèse, entretient également des liens.“

²⁴ *C. v. Bar/P. Mankowski*, *Internationales Privatrecht* (Bd. I, 2. Aufl., 2003), § 4, Rn. 23.

²⁵ *Kinsch* (Fn. 23), 333, 341: „fonction d’éviction de la loi“. Vgl. ferner bereits *B. Currie*, *On the Displacement of the Law of the Forum*, in: *Selected Essays on the Conflict of Laws* (Durham, 1963), 3 ff. (Erstveröffentlichung: *Columbia Law Review* 58 (1958), 964 ff.).

Anderen Rechtsordnungen mit Sachverhaltsnähe wird die Anwendung versagt. Geprägt ist der Auswahlvorgang dabei von einer binären Logik.²⁶ Es wird entweder das Recht des Staates A oder aber dasjenige des Staates B für anwendbar erklärt.²⁷ Kumulierende Anknüpfungen, die für einen Anknüpfungsgegenstand zu einer Verdoppelung der anwendbaren Rechtsordnungen führen könnten, werden grundsätzlich abgelehnt.²⁸ Vielmehr wird der *internationale* Sachverhalt²⁹ „durch Zuweisung an nur *ein* Recht gleichsam *nationalisiert*“.³⁰

Eviktionswirkung und Binärstruktur des IPR sind als Problem schon lange identifiziert, etwa von *Brainerd Currie*.³¹ Bis heute ebbt die Kritik nicht ab. Diese Regelungstechnik sei oft unterkomplex, monierte jüngst der Berliner Theologe *Christoph Markschies* in Jerusalem auf einer Konferenz zu „Comparatism“.³² In der Tat widerspricht die starre Nationalisierung eines facettenreichen internationalen Sachverhalts der Einzelfallgerechtigkeit. v. *Bar und Mankowski* sprechen von einer „kollisionsrechtlich induzierten Disharmonie“,³³ *Dannemann* von einem „Defizit in der klassischen kollisionsrechtlichen Perspektive“.³⁴ Eine Fundamentalkritik formuliert *Patrick Glenn* in seinem Haager *Cours général*.³⁵ Die dem Eviktionsprinzip inhärente Haltung eines „milieu exclu“, einer ausgeschlossenen Mittelposition, sei nicht mehr zeitgemäß. Anstelle von Entweder-oder-Lösungen müsse das IPR einen umfas-

²⁶ *H.P. Glenn*, *Legal Traditions of the World* (4. Aufl., 2011), 153. *Ders.*, *La conciliation des lois – Cours général 2011*, *Recueil des cours* 364 (2013), führt diese IPR-Logik auf Aristoteles und dessen Lehre vom Nicht-Widerspruch zurück; kritisch insoweit *C. Thomale*, *Legal Traditions of the World* (Rezension), *ZaöRV* 72 (2013), 657, 659. Allgemein zur binären Codierung von Recht *T. Hoeren*, *Das Pferd frisst keinen Gurkensalat: Überlegungen zur Internet Governance*, in: *Festschrift für Heinz Lothar Grob* (2008), 207, 214.

²⁷ In Frankreich ist gar von einer „existentialistischen Unterscheidung“ zwischen dem „Mein“ und dem „Dein“ die Rede („distinction existentialiste entre le moi et l’autrui“), siehe *J.-L. Elhoueiss*, *L’élément d’extranéité*, *Journal du droit international – Clunet* 130 (2003), 39, 40 ; vgl. ferner v. *Bar/Mankowski* (Fn. 24), § 4, Rn. 1 ff., 5 ff., 16.

²⁸ v. *Bar/Mankowski* (Fn. 24), § 7, Rn. 101.

²⁹ Zum Kriterium des Auslandsbezugs *Elhoueiss*, *Journal du droit international – Clunet* 130 (2003), 39 ff.

³⁰ *H.-P. Mansel*, *Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität* (1988), 49 f.: „Nachdem der Sachverhalt einer Rechtsordnung zugeordnet wurde (Nationalisierung), ist diese seinen Besonderheiten anzupassen (Internationalisierung).“ Vgl. ferner v. *Bar/Mankowski* (Fn. 24), § 4, Rn. 18.

³¹ Siehe *Currie* (Fn. 25).

³² *C. Markschies*, *Globalized History of Religions in Late Antiquity? – The Problem of Comparative Studies and the Example of Manichaeism*, in: *G. Stroumsa* (Hg.), *Comparative Studies in the 21st Century – Prospects and Pitfalls* (Jerusalem, 2016, im Erscheinen).

³³ v. *Bar/Mankowski* (Fn. 24), § 4, Rn. 18.

³⁴ *Dannemann* (Fn. 23), 75 ff., 77.

³⁵ *Glenn*, *Recueil des cours* 364 (2013), 222 ff.

senden Ausgleich der konfligierenden Gesetze, eine „conciliation des lois“, herbeiführen.³⁶

b) *Abkehr vom klassischen IPR und Favorisierung der lex fori*

Die Eviktionswirkung des IPR steht also grundsätzlich unter Druck. Erheblich verschärft wird diese Problematik zusätzlich durch eine neue Entwicklung im Europäischen Kollisionsrecht, die Favorisierung der *lex fori*. Während die Eviktion bislang neutral erfolgte, einmal zu Gunsten und einmal zu Lasten des in- oder ausländischen Rechts, erhält sie nun eine einseitige Stoßrichtung: Inlandsrecht wird zur Anwendung berufen, Auslandsrecht wird eviniert.

aa) *Ursprünglich: Gleichberechtigung, Neutralität, Allseitigkeit*

Die gegenwärtige europäische Kollisionsrechtsentwicklung steht in Kontrast zu den auf *Friedrich Carl v. Savigny* (1779–1861)³⁷ zurückgehenden Anknüpfungsprinzipien³⁸ des „klassischen IPR“.³⁹ Diese sind (1.) die strikte Gleichberechtigung der Rechtsordnungen, (2.) die Neutralität des Kollisionsrechts, d.h. seine Unabhängigkeit von materiell-rechtlichen Wertungen (in den Grenzen des *ordre public* und der Eingriffsnormen⁴⁰), (3.) die echte Allseitigkeit der Verweisungsnormen, d.h. eine Vermeidung des Heimwärtsstrebens und (4.) der internationale Entscheidungseinklang.⁴¹

³⁶ Zu Glenss Thesen *M.-P. Weller*, *Les conflits de lois n'existent pas*, IPRax 2012, 284 ff.

³⁷ *F.C. v. Savigny*, *System des heutigen römischen Rechts* (Band VIII, 1849), vgl. insbesondere 23 ff.

³⁸ *M.-P. Weller*, *Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht – eine neue „kopernikanische Wende“?*, in: S. Arnold (Hg.), *Grundfragen des Europäischen Kollisionsrechts* (2016, im Erscheinen). Vgl. ferner *H.-P. Mansel*, *Internationales Privatrecht im 20. Jahrhundert* (2014), 1 ff.; hierzu *G. Kühne*, *Internationales Privatrecht im 20. Jahrhundert*, ZVglRWiss 114 (2015), 355.

³⁹ Zum Begriff des „klassischen IPR“ *B. Audit/L. d'Avout*, *Droit international privé* (6. Aufl., 2010), Rn. 92 ff.; v. *Bar/Mankowski* (Fn. 24), § 6, Rn. 53 ff. Die Begriffe „modernes“ und „klassisches“ IPR werden fast synonym gebraucht; vgl. zum „modernen IPR“ *J. v. Hein*, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (Bd. X, 6. Aufl., 2015), Einleitung, Rn. 17 ff.

⁴⁰ Dazu etwa *J. Fetsch*, *Eingriffsnormen und EG-Vertrag* (2002), 8.

⁴¹ Ein wichtiger Baustein in Savignys IPR-System ist das Ideal des internationalen Entscheidungseinklangs bzw. der internationalen Entscheidungsgleichheit. Das IPR habe zum Ziel, so Savigny, dass „die Rechtsverhältnisse, in Fällen einer Collision der Gesetze, dieselbe Beurtheilung zu erwarten haben, ohne Unterschied, ob in diesem oder jenem Staate das Urtheil gesprochen wird“: *Savigny* (Fn. 37), 27. Dieses Ideal wird erreicht, wenn die Anknüpfungsgegenstände und Anknüpfungspunkte Kollisionsregeln vergleichbar ausgestaltet sind, so dass auf Rechtsverhältnisse ungeachtet des angerufenen Forums jeweils dieselbe Rechtsordnung Anwendung findet, vgl. v. *Bar/Mankowski* (Fn. 24), § 6, Rn. 56; *B. v. Hoffmann/K. Thorn*, *Internationales Privatrecht* (9. Aufl., 2007), § 1 Rn. 13; *P.H. Neu-*

Dem klassischen IPR ging es nicht um eine materielle, sondern um eine räumliche Gerechtigkeit.⁴² Auf der Ebene der Anknüpfung sollte es hiernach also (noch) keine Rolle spielen, ob beispielsweise das Sachrecht ein bestimmtes Geschlecht diskriminiert. Hiernach konnten bei Scheidungen – bis zur Grenze des *ordre public* – sogar geschlechterdiskriminierende islamische Rechte zur Anwendung berufen werden, sofern die Ehe nur *räumlich* dem islamischen Rechtskreis zuzuordnen war.⁴³ Mit *Erik Jayme*: „Das IPR beruht auf einer einfachen Gerechtigkeitsidee. Es nimmt die inhaltlichen Unterschiede der Rechtsordnungen hin.“⁴⁴

bb) Unilateralisierungstendenzen

Das europäische Kollisionsrecht vollzieht nun insofern einen Wandel, als es von gleich drei Unilateralisierungstendenzen durchzogen ist, die jede für sich und erst recht zusammen genommen zu einer häufigeren Berufung der *lex fori* führen.⁴⁵ Diese Tendenzen könnten – so *Gerhard Wagner* – als Ausdruck einer stärkeren „Politisierung des IPR“ gewertet werden.⁴⁶ Diese „neue Einseitigkeit“ äußert sich (1.) durch materialisierte Verweisungsregeln (teleologische Unilateralisierung), (2.) den gewöhnlichen Aufenthalt als Anknüpfungspunkt (interne Unilateralisierung) und (3.) durch die Zunahme von Eingriffsrecht (externe Unilateralisierung).⁴⁷

(1) Materialisierung der Verweisungsregeln (teleologische Unilateralisierung)

Das Europäische Kollisionsrecht *muss* – um seinen primärrechtlichen Grundlagen gerecht zu werden (Art. 3 EUV, Art. 81 AEUV) – nunmehr schon bei der Ausgestaltung der Kollisionsnormen materielle Ziele verfolgen: Die Förderung des Binnenmarktes und der Freizügigkeit, der Verbraucherschutz und die Geschlechtergleichstellung *müssen* sich schon aus Kompetenzgründen in den Kollisionsregeln niederschlagen, will die Union nicht *ultra vires* agieren.

haus, Abschied von Savigny?, *RabelsZ* 46 (1982), 4, 9. Jayme formuliert hierzu pointiert: „L'égalité est ainsi garantie; la justice n' a pas un contenu différent au-delà de la frontière“: *E. Jayme*, *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne* (Cours général), in: *Recueil des Cours* 360 (1995), 42 ff.

⁴² *Weller* (Fn. 38).

⁴³ Etwa erforderliche Korrekturen sollen lediglich nachgelagert im Rahmen des *ordre public* vorgenommen werden.

⁴⁴ *E. Jayme*, *Zugehörigkeit und kulturelle Identität – Die Sicht des IPR* (2012), 13.

⁴⁵ Vgl. auch *A. Bucher*, *La dimension sociale du droit international privé* (2011).

⁴⁶ Gedankt sei *Gerhard Wagner* für seinen diesbezüglichen Diskussionsbeitrag und Hinweis.

⁴⁷ Die Begriffe der teleologischen, internen und externen Unilateralisierung hat *Chris Thomale* zur begrifflichen Charakterisierung meiner Thesen in die Diskussion eingebracht.

Im Verhältnis zu Drittstaaten äußern sich diese materiellen Zwecke in einer unilateralen Bevorzugung des EU-Inlandsrechts.⁴⁸ Hier sei die EU, so *Jan von Hein*,⁴⁹ ein aktiver Spieler, der Rechtsanwendungsansprüche erhebe, mit-hin ein Interesse an der Anwendbarkeit des *eigenen* Rechts habe.⁵⁰

So wird etwa der Grundsatz der Geschlechtergleichstellung im Internationalen Scheidungsrecht anders als bisher nicht mehr nur im Einzelfall über den *ordre public*, sondern schon abstrakt auf Verweisungsebene über Art. 10 Rom III-VO gegenüber geschlechterdiskriminierenden ausländischen Scheidungsstatuten durchgesetzt.⁵¹ Religiös fundierte *talaq*- oder *get*-Scheidungen werden im Inland generell nicht mehr anerkannt.⁵²

Aber auch scheinbar allseitig formulierte Verweisungsnormen verfolgen oft materiell-rechtliche Ziele, zum Beispiel den Verbraucherschutz.⁵³ Die Anknüpfungspunkte werden so gewählt, dass sie diese materiell-rechtlichen Ziele fördern, etwa indem sie über einen Günstigkeitsvergleich zu dem für den Verbraucher vorteilhaftesten Recht gelangen⁵⁴, was gegenüber Drittstaaten häufig das EU-Inlandsrecht sein wird. Ihnen wohnt insoweit eine Unilateralisierungstendenz inne.

(2) Gewöhnlicher Aufenthalt (interne Unilateralisierung)

Eine Favorisierung der *lex fori* resultiert ferner aus der neuen Aufenthaltsanknüpfung des Personalstatuts.⁵⁵ Das bisherige Staatsangehörigkeitsprinzip

⁴⁸ Diese imperialistische Haltung der EU ist primärrechtlich schlüssig, erlegt doch Art. 3 Abs. 5 EUV der Union auf, in ihren Beziehungen zur übrigen Welt *ihre* Werte und Interessen zu fördern, vgl. *Weller* (Fn. 38).

⁴⁹ MünchKomm/v. *Hein* (Fn. 39), Einleitung, Rn. 42.

⁵⁰ Rechtsanwendungsansprüche erhebt auch das autonome deutsche Gesellschaftsrecht, wenn es Kapitalgesellschaften aus Drittstaaten wie der Schweiz, die ihren Verwaltungssitz ins Inland verlegen, dem inländischen Recht unterwirft und sie dadurch zu ihrem Nachteil in eine Personengesellschaft umwandelt, *M.-P. Weller*, Die Wechselbalgtheorie, in: Festschrift für Wulf Goette (2011), 583 ff.

⁵¹ Sofern das eigentlich anwendbare ausländische Scheidungsstatut in Bezug auf den „Zugang zur Ehescheidung“ gleichheitswidrig konzipiert ist, wie es etwa bei der den Ehemann privilegierenden *talaq*-Scheidung des islamischen sowie der *get*-Scheidung des jüdischen Rechts der Fall ist, wird es durch die *inländische lex fori* als Ersatzrecht verdrängt. Ausführlich hierzu *M.-P. Weller/I. Hauber/A. Schulz*, Gleichstellung im Internationalen Scheidungsrecht, IPRax 2016, 123 ff.

⁵² *M.-P. Weller*, Jewish Cultural Identity Before German Courts – Challenges to Comparatism, in: Stroumsa (Hg.) (Fn. 32).

⁵³ *Bucher* (Fn. 45).

⁵⁴ Vgl. Art. 6 Rom I-VO.

⁵⁵ Näher *M.-P. Weller*, Die *lex personalis* im 21. Jahrhundert – Paradigmenwechsel von der *lex patriae* zur *lex fori*, in: Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen (2015), 897, 898, 908 ff.

fürte – selbst bei Zulassung eines *renvoi*⁵⁶ – statistisch häufiger ins ausländische Recht.⁵⁷ Nunmehr beruft die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt⁵⁸ im Zusammenspiel mit den Vorschriften zur Internationalen Zuständigkeit für die im Inland lebenden Personen jedoch meist das aktuelle Umgebungsrecht zur Anwendung.⁵⁹ Die damit verbundene Favorisierung der *lex fori* ist rechtspolitisch intendiert, wie ein Blick auf die Kommissionsbegründung zur Rom III-VO erhellt: „Da als Hauptanknüpfungspunkt der gewöhnliche Aufenthalt der Ehegatten gilt [...], dürfte in der überwiegenden Zahl der Fälle die *lex fori* zur Anwendung gelangen [...]. Die Fälle, in denen fremdes Recht zur Anwendung gelangt, sind somit begrenzt.“⁶⁰

(3) Zunahme von Eingriffsrecht

Schließlich fällt auf, dass wirtschaftliches Regulierungsrecht und damit Eingriffsrecht zunimmt.⁶¹ Eingriffsnormen haben zur Folge, dass auch insofern ein verweisungsrechtlich anwendbares Auslandsrecht durch die *lex fori* verdrängt wird. Mit *Ingmar*⁶² und *Unanmar*⁶³ eröffnet der EuGH den Mitgliedstaaten Spielräume, Eingriffsnormen autonom zu erlassen und damit Ausnahmen zu den europarechtlich vereinheitlichten Verweisungen zu schaffen.⁶⁴ Ein aktuelles Beispiel ist die Geschlechterquote für Großunternehmen in § 96 AktG, die sich als Eingriffsnorm auch gegenüber ausländischen Gesellschaften mit Verwaltungssitz im Inland – man denke etwa an die Air Berlin PLC –

⁵⁶ Durch das Institut des *renvoi* und das von ihm geförderte Heimwärtsstreben wird der Auslandsrechtsanwendung nur bedingt entgegengewirkt, da der *renvoi* auf das forumeigene Recht nur wirksam wird, wenn das berufene Recht gerade nicht dem Staatsangehörigkeits-, sondern dem Aufenthaltsprinzip folgt, v. *Bar/Mankowski* (Fn. 24), § 7, Rn. 19, 233, 237 f.

⁵⁷ v. *Bar/Mankowski* (Fn. 24), § 7, Rn. 19. Skeptisch, mit Verweis auf die fehlende Letztharmonisierung von IPR und IZPR in der Europäischen Union, *T. Rauscher*, Heimatlos in Europa – Gedanken gegen eine Aufgabe des Staatsangehörigkeitsprinzips im IPR, in: *Festschrift für Erik Jayme* (Bd. I, 2004), 719, 735 ff.

⁵⁸ Zur Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthaltes *B. Rentsch*, Die Zukunft des europäischen Personalstatuts im gewöhnlichen Aufenthalt, *ZEuP* 2015, 288 ff.; *M.-P. Weller/B. Rentsch*, Habitual Residence – A Plea for Settled Intention, in: *S. Leible* (Hg.), *General Principles of European Private International Law* (2016), Kapitel 9.

⁵⁹ *K. Hilbig-Lugani*, in: *R. Hüßtege/H.-P. Mansel* (Hg.), *Rom-Verordnungen* (Bd. 6, 2. Aufl. 2015), Art. 8 Rom III, Rn. 10, 18.

⁶⁰ Vgl. die Erläuterung zu Art. 4 [a.F.] im Entwurf einer Rom III-VO v. 24.3.2010, *KOM(2009) 154* endgültig.

⁶¹ *M.-P. Weller*, Wind of change im Gesellschaftsrecht: Von den „closed“ zu den „framed open societies“, *ZEuP* 2016, 53 ff.

⁶² EuGH, Urt. v. 9.11.2000, C-381/98.

⁶³ EuGH, Urt. v. 17.10.2013, C-184/12.

⁶⁴ *B. Rentsch*, Krisenbewältigung durch Kollisionsrecht – Eingriffsnormen als integraler Bestandteil des europäischen Internationalen Privatrechts, in: *B. Fassbender et al.* (Hg.), *Konstitutionalisierung in Zeiten globaler Krisen* (2015), 255 ff.

durchsetzt.⁶⁵ Weitere Beispiele für Eingriffsnormen sind die zahlreichen Staaten- und Personalembargos,⁶⁶ die von den Vereinten Nationen und der EU z.B. gegen russische Politiker und Geschäftsleute verhängt wurden und gegen die jüngst die Deutsche Bank verstoßen haben soll.⁶⁷

cc) Von der „Heimat des Rechtsverhältnisses“ zur „Heimat des Gerichts“

Diese Unilateralisierungstendenzen modifizieren das Anknüpfungsleitbild: Nicht mehr die neutrale *Savigny'sche* „Heimat des Rechtsverhältnisses“ sondern die inländische „Heimat des Gerichts“ steht im Vordergrund.⁶⁸ Gewiss, die *lex fori* ist einfacher, kostengünstiger und schneller zu ermitteln als ausländisches Recht, das oft einem „Sprung ins Dunkle“ (*Leo Raape*) gleicht.⁶⁹ Insoweit lässt sich mit *Flessner* auch folgern, dass die beteiligten Parteien *ein Interesse* an der Anwendung der *lex fori* haben.⁷⁰ Vor dem Hintergrund zunehmender Flüchtlings- und Migrationsbewegungen ist die Favorisierung des Inlandsrechts unter Effizienzgesichtspunkten sicher ebenfalls sinnvoll.

c) Kritik

Gleichwohl, bei Lichte besehen bleibt ein Gerechtigkeitsproblem: Die Nationalisierung des Internationalen bei gleichzeitiger Favorisierung der *lex fori* ist ein Anachronismus: *Déjà vue* im 17. Jahrhundert bei *Ulrich Huber* und seinem Territorialitätsprinzip. Jedenfalls konträr zum postmodernen Zeitgeist.⁷¹ Dessen Charakteristikum ist die Differenzierung.⁷² Multikulturelle Gesellschaften verlangen nicht nach pauschalen, sondern nach abgestuften Lösun-

⁶⁵ Zum international zwingenden Charakter der Geschlechterquote *M.-P. Weller/C. Harms/B. Rentsch/C. Thomale*, Der internationale Anwendungsbereich der Geschlechterquote für Großunternehmen, ZGR 2015, 361 ff.

⁶⁶ Hierzu *S. Mathäß*, Staaten- und Personalembargos im Zivilrecht (2016).

⁶⁷ *M. Schreiber*, Süddeutsche Zeitung v. 27.10.2015, S. 19.

⁶⁸ Siehe bereits die These bei *Weller* (Fn. 55), 897 ff.

⁶⁹ Das ausländische Recht ist von deutschen Gerichten gemäß § 293 ZPO von Amts wegen zu ermitteln, was kostenintensiv ist. In einwanderungsintensiven Ländern führt die Aufenthaltsanknüpfung daher auch zu einer Entlastung der Justiz: *Basedow* (Fn. 19), Rn. 82 ff.; v. *Bar/Mankowski* (Fn. 24), § 7, Rn. 19.

⁷⁰ *A. Flessner*, Das Parteiinteresse an der *lex fori* nach europäischem Kollisionsrecht, in: A.-L. Verbeke et al. (Hg.), *Confronting the Frontiers of Family and Succession Law: Liber Amicorum Walter Pintens* (2012), 593 ff.

⁷¹ Begriffsbildend für die geistig-kulturelle Bewegung der Postmoderne seit den 1980er Jahren war namentlich *F. Lyotard*, *La Condition postmoderne: Rapport sur le savoir* (1979). Kritisch zu postmodernen Ansätzen in der Rechtsvergleichung *Kischel* (Fn. 1), 103 ff.

⁷² Der Gedanke ist freilich nicht neu, er klingt bereits bei *Montesquieu* an: „S'il est vrai que le caractère de l'esprit et les passions du coeur soient extrêmement *différents* dans les divers climats, *les lois* doivent être *relatives* à la différence de ces passions et (relatives) à la différence de ces caractères.“ *Montesquieu*, *L'esprit des Lois*, Livre XIV (1748), 1.

gen, auch im Recht.⁷³ Die Differenz ist heutzutage ein Rechtswert; mit *Erik Jayme* kann man von einem „droit à la différence“⁷⁴ sprechen.

Aber nicht nur die Postmoderne, auch die Grundrechte und völkerrechtliche Konventionen verlangen, Ungleiches seinem Wesen entsprechend verschieden zu behandeln,⁷⁵ wie es das Bundesverfassungsgericht in der Spanier-Entscheidung denn auch für den Bereich des IPR betont hat.⁷⁶ „Gleichheit im IPR bedeutet [also] Beachtung der Unterschiede“ (*Jayme*).⁷⁷

⁷³ *E. Jayme*, Zum Jahrtausendwechsel: Das Kollisionsrecht zwischen Postmoderne und Futurismus, IPRax 2000, 165, 168.

⁷⁴ *E. Jayme*, Rechtsvergleichung und kulturelle Identität (2012), 13; *ders.*, Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht (2003), 5 ff.

⁷⁵ Zum Gleichheitssatz als Grundlage des Kollisionsrechts und dessen interner und externer Gleichstellungsfunktion *Mansel* (Fn. 30), 47 ff.

⁷⁶ Das Gericht meint in einer bislang wenig beachteten Passage, es sei „jeweils durch Auslegung der entsprechenden Verfassungsnorm festzustellen, ob [...] sie bei Sachverhalten mit [...] Auslandsbeziehung eine Differenzierung“ zulasse oder gar verlange. Wenn aber der Internationalität eines Sachverhaltes schon auf Verfassungsebene Rechnung zu tragen ist, muss dies normhierarchisch erst recht für die einfachgesetzliche Sachnormebene gelten, BVerfG, Beschluss v. 4.5.1971 – 1 BvR 636/68, NJW 1971, 1509, 1512: „[...] Hierfür mag schon darauf verwiesen werden, dass der Verfassungsgeber selbst bei der Ausprägung einzelner Grundrechte zwischen Deutschen und Nichtdeutschen unterschieden hat. Unabhängig davon kann ein Grundrecht wesensgemäß, eine bestimmte Beziehung zur Lebensordnung im Geltungsbereich der Verfassung voraussetzen, so dass eine uneingeschränkte Durchsetzung in ganz oder überwiegend auslandsbezogenen Sachverhalten den Sinn des Grundrechtsschutzes verfehlen würde. Wieweit dies der Fall ist, lässt sich nicht allgemein bestimmen. Vielmehr ist jeweils durch Auslegung der entsprechenden Verfassungsnorm festzustellen, ob sie nach Wortlaut, Sinn und Zweck für jede denkbare Anwendung hoheitlicher Gewalt innerhalb der Bundesrepublik gelten will oder ob sie bei Sachverhalten mit mehr oder weniger intensiver Auslandsbeziehung eine Differenzierung zulässt oder verlangt (vgl. *W. Wengler*, Urteilsanmerkung, JZ 1965, 101 f.). Im Rahmen dieser, aus der Verfassung selbst zu entwickelnden Bestimmung der Reichweite der Grundrechte mag auch die erwähnte Grundhaltung der Verfassung gegenüber anderen Staaten und der Völkerrechtsgemeinschaft ihre Rolle spielen. – Die Befürchtung, eine solche Auslegung überfordere den Richter und gefährde die Rechtssicherheit, ist unbegründet. Die zu leistende Aufgabe unterscheidet sich wesensmäßig nicht von der gewöhnlichen Verfassungsauslegung in Bezug auf inlandsbezogene Sachverhalte, besonders soweit es sich um die Ausstrahlung der Grundrechte auf das Privatrecht handelt (vgl. BVerfGE 7, 198 [205 ff.] = NJW 58, 257; s.a. BVerfGE 25, 167 [181] = NJW 69, 597). Im Übrigen haben Rechtsprechung und Schrifttum bei der Entwicklung des Internationalen Privatrechts aus wenigen unvollständigen Rechtsnormen eine der Art nach vergleichbare, mindestens ebenso schwierige Arbeit geleistet.“

⁷⁷ Aufgegriffen von *G. Schulze*, Moralische Forderungen und das IPR, IPRax 2010, 293.

4. Die Methodentrias des IPR des 21. Jahrhunderts⁷⁸

Welche Schlussfolgerungen lassen sich aus dem Doppelproblem Eviktionswirkung und *lex fori*-Favorisierung für die Zukunft des IPR ziehen?⁷⁹

Es wird m.E. unumgänglich sein, die IPR-Methodik weiter zu verfeinern, um dem Petitum nach Differenzierung nachzukommen.⁸⁰ Neben die klassische *Verweisung* treten zunehmend die *Anerkennung* von Rechtslagen sowie die *Berücksichtigung* der Internationalität auf Sachrechtsebene. Man kann insofern von einer Methodentrias des IPR sprechen: (1.) Verweisung, (2.) Anerkennung, (3.) Berücksichtigung.

a) Verweisung

aa) Analytische Methode

Für die Verweisungstechnik hat *Werner Goldschmidt* den Begriff der analytischen Methode des IPR geprägt⁸¹, der heute in den USA zum methodischen Paradigma des *conflict of law* avanciert ist.⁸²

⁷⁸ *D. Looschelders*, Die Anpassung im IPR (1995), 66, benutzt den Begriff der „Methodentrias“ in einem engeren Sinne allein auf Sachrechtsebene für die drei klassischen Institute der Berücksichtigung: (1.) die Substitution, (2.) die Anpassung und (3.) die Transposition.

⁷⁹ Eine Abfederung der klassischen Binarität des IPR könnte man auch durch einen Rückbau der rechtlichen/staatlichen Grenzen und durch Schaffung von transnationalem Privatrecht (TPR) erreichen, näher *C. Thomale*, Private international Law sans frontières, in: *J. Vidmar et al.* (Hg.), *Hague Yearbook of International Law* 4 (2013), 1 ff.; vgl. auch *Kötz*, *JZ* 2002, 257, 261 f.

⁸⁰ Ausgangspunkt ist die bereits etablierte Zwei-Stufen-Theorie des IPR, wonach der Internationalität des Sachverhalts sowohl auf Verweisungsebene als auch auf Sachrechtsebene Rechnung zu tragen ist. Diese Theorie muss jedoch noch weiter verfeinert werden. Zur Zwei-Stufen-Theorie des IPR, *E. Jayme*, Internationales Privatrecht – Ideengeschichte von Mancini und Ehrenzweig zum Europäischen Kollisionsrecht (2009), 410 f.; *ders.*, Rechtsvergleichung – Ideengeschichte und Grundlagen von *Emérico Amari* zur Postmoderne (2000), 137, 143 f.; *ders.*, Die kulturelle Dimension des Rechts ihre Bedeutung für das IPR und die Rechtsvergleichung, *RabelsZ* 67 (2003), 211, 224 f.; *ders.*, Internationales Familienrecht heute, in: *Festschrift für Wolfram Müller-Freienfels* (1986), 341, 369 f.; ferner *S. Grundmann*, Zur „Datumtheorie“ im internationalen Strafrecht, *NJW* 1985, 1251, 1252 mit Fn. 3 und 4; *E. Lorenz*, Die Grundsätze des deutschen internationalen Betriebsverfassungsrechts, in: *Festschrift für Werner Lorenz* (1991), 441, 464 ff.; *Mansel* (Fn. 30), 49 f.; *M.-P. Weller*, Internationales Unternehmensrecht 2010 – IPR-Methodik für grenzüberschreitende gesellschaftsrechtliche Sachverhalte, *ZGR* 2010, 679, 694 ff.; kritisch zur Zwei-Stufen-Theorie v. *Bar/Mankowski* (Fn. 24), § 4, Rn. 22 ff.; *G. Dannemann*, Die ungewollte Diskriminierung in der internationalen Rechtsanwendung (2004), 114 ff.

⁸¹ Die analytische Methode geht letztlich auf *Savigny* zurück, der auf das IPR die zwei Jahrtausende alten Kategorien des Privatrechts überträgt: *W. Goldschmidt*, Die philosophischen Grundlagen des Internationalen Privatrechts, *Festschrift für Martin Wolff* (1952), 203, 208 ff.

bb) Kategoriale Analytik

Hiernach wird der Auslandssachverhalt entsprechend den überkommenen *Kategorien* des Zivilrechts⁸³ zergliedert und jeweils gesondert angeknüpft,⁸⁴ z.B. bei Verträgen in die Anknüpfungsgegenstände Geschäftsfähigkeit, Form und Vertragsinhalt.⁸⁵ Das Arsenal dieser kategorialen Analytik ist bereits erheblich, wie die Figuren der *dépeçage*,⁸⁶ die selbständige Anknüpfung von Vorfragen⁸⁷ sowie der Korrekturmodus der (allgemeinen oder speziellen⁸⁸) Ausweichklausel erhellen.⁸⁹

⁸² Diesen Hinweis verdanke ich Chris Thomale, Heidelberg.

⁸³ Während historisch zunächst die nationalen Kategorien des Zivilrechts als Vorbilder für die Systembegriffe herangezogen wurden, ist die Formulierung von Anknüpfungsgegenständen heute insbesondere bei Vereinheitlichungsprojekten das Resultat funktional-abstrahierender Rechtsvergleichung.

⁸⁴ Der Anknüpfungspunkt ist Savigny zufolge so zu wählen, dass er dem „Sitz des Rechtsverhältnisses“ Rechnung trägt, *Savigny* (Fn. 37), 28, 108, 200: „Bei den Obligationen, wie bei den dinglichen Rechten, tritt die Person aus ihrer abstracten Persönlichkeit heraus in das *örtliche* Rechtsgebiet eines einzelnen Rechtsverhältnisses [...]. Auch hier also haben wir die stets wiederkehrende Frage zu beantworten, wo der wahre Sitz der Obligation ist, *wo im Raum* sie ihre Heimath hat“ (Hervorhebung durch Verf.).

⁸⁵ v. *Bar/Mankowski* (Fn. 24), § 4, Rn. 16, sprechen beim Zuschnitt der Anknüpfungsbegriffe vom Vorgang der vertikalen Bündelung bzw. Bündelschnürung anhand der verfolgten Interessen.

⁸⁶ *Dépeçage* meint die „Zerstückelung“ einer an sich einheitlichen Anknüpfung. Eine derartige Aufspaltung kann zum Beispiel bei der Wahl eines Vertragsstatuts von Interesse sein. Grundsätzlich gilt das gewählte Vertragsstatut *einheitlich* für die gesamte Vertragsdurchführung. Die Parteien können nach dem Konzept der *dépeçage* jedoch in den Grenzen inneren Entscheidungseinklangs abgespaltene Vertragsteile unterschiedlichen Rechtsordnungen unterstellen, vgl. z.B. Art. 3 Abs. 1 S. 3 Rom I-VO. *D. Martiny*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Bd. X, 6. Aufl., 2015, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 67 ff.; *E. Jayme*, Betrachtungen zur „*dépeçage*“ im internationalen Privatrecht, in: Festschrift für Gerhard Kegel (1987), 253 ff.

⁸⁷ Bei einer Vorfrage geht es um die Würdigung eines präjudiziellen Rechtsverhältnisses, welches sich im Rahmen der *lex causae* stellt und zugleich einem *eigenständigen Systembegriff* unterfällt und daher kollisionsrechtlich gesondert anzuknüpfen ist, *F. Kienle*, IPR (2. Aufl., 2010), Rn. 24.

⁸⁸ Im Gegensatz zur Schweiz (Art. 14 IPRG) kennt das deutsche Recht keine allgemeine, sondern nur einige speziell normierte Ausweichklauseln. Aus den Gesetzesmaterialien zum EGBGB (1986) lässt sich jedoch entnehmen, dass der Reformgesetzgeber eine richterrechtliche Korrektur der Regelanknüpfung für möglich hält, *Mansel* (Fn. 30), 483 ff.

⁸⁹ Anders als im EGBGB ist es im europäischen Kollisionsrecht unklar, ob man richterrechtlich eine Ausweichklausel formulieren kann, wenn diese nicht in der Verordnung vorgesehen ist. Der Umstand, dass Ausweichklauseln in einigen Verordnungen explizit normiert sind (z.B. Art. 21 Abs. 2 EuErbVO sowie Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO), deutet in Bezug auf die anderen, „schweigenden“ Verordnungen – wie die Rom III-VO zum Scheidungsrecht – eher auf eine Sperrwirkung hin: *O. Remien*, Engste Verbindung und Ausweichklauseln, in: *Leible/Unberath* (Hg.) (Fn. 10), 223, 238 f.

cc) *Intertemporale Analytik*

Noch nicht ausgeschöpft ist allerdings das Potenzial der *intertemporalen* Analytik, d.h. die Ergänzung der Anknüpfungskategorien um eine zeitliche Dimension.⁹⁰

Verlegt etwa eine insolvenzreife GmbH ihren *Centre of Main Interest* (COMI) nach Spanien, wechselt nach Art. 7 EuInsVO n.F. das Insolvenzstatut: An die Stelle des deutschen tritt das spanische Insolvenzrecht. Daher stellt sich die Frage, ob mit dem neuen Statut die Insolvenzverschleppungshaftung der Geschäftsführer nach § 15a InsO i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB, die auf der Zeitachse bereits *vor* der COMI-Verlegung entstanden war, erlischt.⁹¹ Einige bejahen dies. Sie meinen, das Insolvenzstatut sei allein im Zeitpunkt der Insolvenzverfahrenseröffnung zu bestimmen; im Beispiel käme dann nur spanisches Insolvenzrecht zum Zuge. Diese Sichtweise ist unterkomplex; sie lädt zum Missbrauch geradezu ein. Untergliederte man dagegen den Sachverhalt nicht nur kategorial in Insolvenz-, Gesellschafts- und Deliktsstatut, sondern zusätzlich intertemporal, könnte man zwei zeitlich aufeinander folgende Insolvenzstatute mit einem *ex nunc*-Statutenwechsel annehmen. Damit bliebe die vor dem Insolvenzstatutenwechsel entstandene Insolvenzverschleppungshaftung auf Grundlage der deutschen *lex concursus anterior* erhalten.⁹²

Es ist evident, dass zunehmende Migrationsbewegungen gerade bei mobilen Anknüpfungspunkten wie dem gewöhnlichen Aufenthalt, dem COMI oder dem Verwaltungssitz künftig häufiger einen Statutenwechsel nach sich ziehen werden. Die Rolle des intertemporalen Rechts⁹³ muss hier stärker aktiviert werden als bisher.⁹⁴

b) *Anerkennung*

aa) *Inkorporierende Methode*

Neben der Verweisung wird unter dem Eindruck der EU-Freizügigkeit (Art. 21 AEUV) und der Grundfreiheiten die Anerkennung von Rechtslagen als neue IPR-Methode ihren Platz beanspruchen.⁹⁵ Dabei geht es im Kern um die Ein-

⁹⁰ Vgl. aber *B. Hess*, Intertemporales Privatrecht, 1998.

⁹¹ Zum Meinungsstand *M.-P. Weller*, Die intertemporale Behandlung der Insolvenzverschleppungshaftung beim Insolvenzstatutenwechsel in: Festschrift für Hans Gerhard Gantner (2010), 439 ff.

⁹² *Weller* (Fn. 91), 439 ff.; vgl. ferner *K. Bartels*, Zuzug ausländischer Kapitalgesellschaften unter der Sitztheorie, ZHR 176 (2012), 412 ff.

⁹³ Schon *Savigny* behandelte internationales und intertemporales Privatrecht zusammen, erkannte also deren Wechselbezüglichkeit, *Savigny* (Fn. 37).

⁹⁴ Vgl. aber bereits Art. 48 S. 2 EGBGB, der eine intertemporale Wahlmöglichkeit bei der Namenswahl eröffnet.

⁹⁵ Hierzu eingehend *H.-P. Mansel*, Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums, *RabelsZ* 70 (2006), 651 ff.; *ders./K. Thorn/R. Wagner*, Europäisches Koll-

gliederung eines im Ausland begründeten Status im Rahmen der *lex fori*, weshalb man auch von einer inkorporierenden Methode sprechen kann.⁹⁶ Es zeichnet sich ab, dass die Anerkennungsmethode nicht nur für den Namen einer Person⁹⁷ und für Auslandsgesellschaften⁹⁸ sondern auch für andere persönliche Statusverhältnisse greifen wird.⁹⁹ Kontroversen, etwa zur Anerkennung der Abstammung in Leihmutterchaftsfällen¹⁰⁰ sowie gleichgeschlechtlichen oder polygamen Ehen, sind vorprogrammiert.

bb) Nostrifikation oder Wirkungserstreckung

Offene Forschungsfragen zu den Voraussetzungen, Wirkungen und Grenzen der Anerkennung gibt es zuhauf, etwa nach welchem Recht die Wirksamkeit der Rechtslage erstmalig beurteilt wird.¹⁰¹ Ferner: Steht die Anerkennung unter dem Vorbehalt des *ordre public*, der unionsrechtlichen *Cassis-de-Dijon*-Formel oder etwa beidem?¹⁰² Die Antworten hängen an der Anerkennungsmethode: In Frage käme hier das Modell der universalen *Wirkungserstreckung* der Regelungen des Ursprungsstaates, wie man es aus dem Gesellschaftsrecht oder im Insolvenzrecht (Art. 20 EuInsVO n.F.) kennt.¹⁰³ Denkbar wäre aber auch eine Transposition¹⁰⁴ und damit eine *Gleichstellung* des fremden Rechtsverhältnisses mit den entsprechenden Institutionen des Anerkennungsstaates, also etwa die Überführung einer im Ausland geschlossenen gleichgeschlechtlichen Ehe in eine inländische eingetragene Lebenspartnerschaft (*Nostrifikation*).¹⁰⁵

Von der Anerkennung lassen sich methodenübergreifende Brücken schlagen: Man könnte sie etwa mit *v. Hein* in das Verweisungsparadigma einbetten, indem man die Rechtswahlmöglichkeiten ausbaute und um alternative

sionsrecht 2010, IPRax 2011, 1, 2 ff.; *E. Jayme/C. Kohler*, Europäisches Kollisionsrecht 2001 – Anerkennungsprinzip statt IPR?, IPRax 2001, 501 ff.; MünchKomm/v *Hein* (Fn. 39), Art. 3 EGBGB, Rn. 88, 116 ff.; *Wendehorst* (Fn. 20), 33, 45, 51 ff.

⁹⁶ Bezeichnenderweise wird die *Inkorporierung* der Auslandsrechtslage im Inland im Fall von Gesellschaften nur dadurch möglich, dass in deren Heimatstaat die *incorporation theory* gilt. Diesen Hinweis verdanke ich Chris Thomale, Heidelberg.

⁹⁷ EuGH, Urt. v. 14.10.2008, Rs. C-353/06 – *Grunkin Paul*. Ein „hinkendes Namensverhältnis“ würde gegen Art. 21 AEUV verstoßen, *F. Wall*, Enthält Art. 21 AEUV eine „versteckte“ Kollisionsnorm?, IPRax 2010, 431, 432.

⁹⁸ *Weller* (Fn. 14).

⁹⁹ Siehe etwa *M. Grünberger*, Alles obsolet? – Anerkennungsprinzip vs. Klassisches IPR, in: *Leible/Unberath* (Hg.) (Fn. 10), 81, 128: „civil status shopping“; MünchKomm/v *Hein* (Fn. 39), Art. 3 EGBGB, Rn. 122 ff.

¹⁰⁰ Ausführlich *Thomale* (Fn. 9).

¹⁰¹ *Mansel*, *RabelsZ* 70 (2006), 651 ff.

¹⁰² Vgl. *Grünberger* (Fn. 99), 81, 128.

¹⁰³ MünchKomm/v *Hein* (Fn. 39), Art. 3 EGBGB, Rn. 127.

¹⁰⁴ Ebenso *Wendehorst* (Fn. 20), 33, 45, 51.

¹⁰⁵ MünchKomm/v *Hein* (Fn. 39), Art. 3 EGBGB, Rn. 127.

Anknüpfungen ergänzte.¹⁰⁶ Man könnte sie aber auch mit *Coester-Waltjen* als Spielart der Datum-Theorie konzipieren¹⁰⁷ oder aber anderweitig auf Sachrechtsebene implementieren, wie der neu geschaffene Art. 48 EGBGB zur optionalen Namenswahl erhellt. Dies deutet die dritte Methode des kontemporären IPR an: die Berücksichtigung.

c) *Berücksichtigung*

aa) *Synthetische Methode*

Die Favorisierung der *lex fori* auf Verweisungsebene verlagert das Problem der Internationalität auf die Sachrechtsebene, wie *Albert Ehrenzweig* schon weitsichtig erkannte.¹⁰⁸ Entsprechendes würde gelten, wenn man die Anerkennung im Sinne der Nostrifikationslösung umsetzte. Es kommt dann zu Friktionen zwischen der auf den reinen Inlandsfall zugeschnittenen Sachrechtsordnung und dem Auslandsbezug des Sachverhalts.¹⁰⁹ Der Abbau solcher Spannungslagen ist Aufgabe der von *Goldschmidt* so genannten synthetischen Methode des IPR.¹¹⁰ Die Synthese wird insbesondere dadurch erreicht, dass im Rahmen der *lex causae* der Auslandssachverhalt *berücksichtigt* wird. *Heinz-Peter Mansel* spricht insofern von einer „Internationalisierung“ der Sachrechtsordnung.¹¹¹

bb) *Anpassung, Substitution, Datum, Transposition, ausländische Eingriffsnormen*

Vertypte Formen der Berücksichtigung¹¹² sind namentlich die Anpassung,¹¹³ die Substitution¹¹⁴ und die Transposition.¹¹⁵ Auch bei der Beachtung ausländi-

¹⁰⁶ MünchKomm/v. *Hein* (Fn. 39), Art. 3 EGBGB, Rn. 139.

¹⁰⁷ *D. Coester-Waltjen*, Anerkennung im Internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht und das Europäische Kollisionsrecht, IPRax 2006, 392, 399 f.

¹⁰⁸ *A. Ehrenzweig*, Local and Moral Data in the Conflict of Laws, Buffalo Law Review 16 (1966), 55 ff.

¹⁰⁹ Vgl. v. *Bar/Mankowski* (Fn. 24), § 4, Rn. 17 ff., 22: „Adaptation des Sachrechts an die Internationalität des Sachverhalts.“

¹¹⁰ *Goldschmidt* (Fn. 81), 203, 208 ff.

¹¹¹ *Mansel* (Fn. 30), 49 f.: „Nachdem der Sachverhalt einer Rechtsordnung zugeordnet wurde (Nationalisierung), ist diese seinen Besonderheiten anzupassen (Internationalisierung).“

¹¹² Vgl. zu den bereits etablierten „Berücksichtigungsmethoden“ MünchKomm/v. *Hein* (Fn. 39), Einleitung, Rn. 219 ff., 270 ff.

¹¹³ Die *Anpassung* zielt darauf ab, Normwidersprüche zu überbrücken, die sich als Produkt der Anwendung verschiedener Rechtsordnungen auf national gleichlaufende Rechtsfragen ergeben, *Looschelders* (Fn. 78); *H.J. Sonnenberger*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Bd. X, 5. Aufl., 2010), Einl. IPR, Rn. 614 ff. Die Anpassung findet nach h.M. entweder auf kollisionsrechtlicher Ebene durch einheitliche Anknüpfung oder auf sachrechtlicher Ebene durch Korrektur des materiellen Ergebnisses statt und ist in ihren Voraussetzungen und ihrer Methodik durch die Umstände des Einzelfalls ge-

scher Eingriffsnormen nach Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO wird die Berücksichtigungsmethode diskutiert.¹¹⁶ Als zu berücksichtigende Eingriffsnormen können etwa ausländische Embargo-Verordnungen¹¹⁷ oder Staatsnotstandsgesetze angesehen werden, welche – siehe Griechenland¹¹⁸ und Argentinien¹¹⁹ – in Privatrechtsverhältnisse eingreifen.¹²⁰ Schließlich bietet sich die Datumlehre als methodisches Instrument der Feinsteuerung an, um zwischen der *lex causae* und den verweisungsrechtlich evinzierten Rechtsordnungen zu vermitteln.¹²¹ Diese verschiedenen Modalitäten der Berücksichtigung des Auslandsrechts harren allesamt der internationalprivatrechtlichen und rechtsvergleichenden Erschließung.

prägt. Zu unterscheiden sind drei Fälle: Normenmangel, Normenhäufung und Normenwiderspruch. Auf kollisionsrechtlicher Ebene kann der Normenkonflikt z.B. mittels Bildung einer ergänzenden Kollisionsnorm oder Ausdehnung einer der anzuwendenden Kollisionsnormen zugunsten einer Rechtsordnung aufgelöst werden. Auf materiell-rechtlicher Ebene ist das Ergebnis der Anwendung unterschiedlicher Rechtsordnungen in den Blick zu nehmen: Würde das kollisionsrechtliche Resultat von keiner Rechtsordnung gebilligt, wären sie alleinig auf den gesamten Lebenssachverhalt anwendbar, muss es im Wege eigenständiger Rechtsschöpfung korrigiert werden. Diese Korrektur bemisst sich nach den Umständen des Einzelfalls, wobei das Ergebnis demjenigen entsprechen muss, das sich bei alleiniger Anwendung der einzelnen Rechtsordnungen ergeben würde; vgl. v. *Bar/Mankowski* (Fn. 24), § 7 Rn. 253 ff.; *J. Kropholler*, Internationales Privatrecht (6. Aufl., 2006), § 34 IV; *K. Thorn*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch (73. Aufl., 2014), Einl. v. EGBGB 3, Rn. 32.

¹¹⁴ Bei der *Substitution* werden rechtlich vorgeprägte Tatbestandsmerkmale der Inlandsnorm durch funktionsäquivalente ausländische Rechtsinstitute ersetzt, MünchKommBGB/*Sonnenberger* (Fn. 113), Rn. 602 ff.

¹¹⁵ Ferner kann dem Auslandssachverhalt bei der Auslegung von Generalklauseln Rechnung getragen werden, *E. Jayme*, Die kulturelle Dimension des Rechts ihre Bedeutung für das IPR und die Rechtsvergleichung, *RabelsZ* 67 (2003), 211, 224; *E. Fohrer-Dedeurwaerder*, *La prise en considération des normes étrangères* (2008).

¹¹⁶ *C. Thomale*, Griechische Spargesetze vor deutschen Arbeitsgerichten – Verwirrung um Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO, *EuZA* 2016, 116 ff.; *J. Schacherreiter*, Der missglückte Legal Transplant des Art. 9 (3) Rom I-VO – Eine Kritik an der Regelung fremder Eingriffsnormen im europäischen internationalen Vertragsrecht, *ZEuP* 2015, 497 ff.

¹¹⁷ Siehe etwa zur Berücksichtigung von US-Sanktionsembargos im Rahmen des § 275 BGB *B. Mayer/M. Albrecht*, Bankvertrag und Finanzsanktionen: Leistungsverweigerungsrecht bei drohendem Verstoß gegen US-Verordnungen?, *WM* 2015, 1226 ff.

¹¹⁸ BAG-Vorlagebeschluss an den EuGH v. 25.2.2015, 5 AZR 962/13 (A); hierzu *Thomale*, *EuZA* 2016, 116 ff.

¹¹⁹ BGH, Urt. v. 24.2.2015, XI ZR 193/14, *JZ* 2015, 1002 – Argentinien-Anleihen.

¹²⁰ Zum Staatsnotstand in Bezug auf Staatsanleihen *M.-P. Weller/P. Grotz*, Staatsnotstand bei Staatsanleihen, *JZ* 2015, 989 ff.

¹²¹ *Jayme* (Fn. 22), 27 f.; *H.-P. Mansel*, Die kulturelle Identität im IPR, in: Nolte et al. (Hg.), *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* 43 (2008), 137, 150 f., 205; *M.-P. Weller*, Das Individuum und die Datumtheorie, in *M. Gebauer/H.-P. Mansel/G. Schulze* (Hg.), *Die Person im IPR* (2016, im Erscheinen).

cc) *Bilateralisierung der Berücksichtigungsmethodik*

Hinzu kommt, dass Substitution, Transposition und Datumlehre bislang überwiegend einseitig gedacht werden: Es geht stets um die Berücksichtigung ausländischer Rechtserscheinungen im Inland – der ausländische Notar wird substituiert, die ausländische Kreditsicherheit wird transponiert, die ausländische Verkehrsregel wird als Datum subsumiert, jeweils im Rahmen des deutschen Sachrechts. Der allseitige Ausbau, also die Bilateralisierung dieser Berücksichtigungsmethoden, steht noch aus.

So spricht nichts dagegen, inländische Institute im Rahmen einer ausländischen *lex causae* zu berücksichtigen, z.B. die Geschlechterquote für den Aufsichtsrat in § 96 AktG im Rahmen des englischen Gesellschaftsstatuts einer *Public Limited Company* zu aktivieren, sofern die *Limited* – man denke an Air Berlin PLC – einen hinreichenden Inlandsbezug aufweist.¹²²

Eine historische Parallele fällt ins Auge: Das EGBGB und der *Code civil* kannten ursprünglich nur einseitige Verweisungsnormen, die dann von Wissenschaft und Rechtsprechung bilateralisiert wurden. Dasselbe wird sich nun auf Berücksichtigungsebene wiederholen.

III. Forschungsperspektiven im Unternehmensrecht

1. *Kapital- und Personengesellschaftsrecht*

Im Unternehmensrecht drängen sich eine Reihe von Teilgebieten auf, die es rechtsvergleichend noch auszuleuchten lohnt.¹²³ Das Recht der kleinen Kapitalgesellschaft ist derzeit hier in Hamburg Gegenstand einer breiten rechtsvergleichenden und historisch-vergleichenden Studie.¹²⁴ Dagegen erfolgte die „letzte große Landvermessung“¹²⁵ im Personengesellschaftsrecht im Jahr 1975 durch den Belgier *Jaques Heenen* in der „International Encyclopedia of Comparative Law“.¹²⁶ Indes: Interessiert sich wirklich jemand für die

¹²² Siehe *Weller/Harms/Rentsch/Thomale*, ZGR 2015, 361 ff.

¹²³ Vgl. etwa die auf rechtsvergleichender Basis erfolgende Erarbeitung eines European Model Companies Act *C. Teichmann*, European Model Companies Act in the making – Ein Werkstattbericht, Kölner Schriften zum Wirtschaftsrecht 2014, 77 ff.

¹²⁴ Vgl. *H. Fleischer*, Vergleichende Corporate Governance in der geschlossenen Kapitalgesellschaft, ZHR 179 (2015), 404 ff.

¹²⁵ Vgl. *H. Fleischer*, Perspektiven des Personengesellschaftsrechts, ZGR 2014, 107, 109.

¹²⁶ Vgl. aber immerhin die „internationale Landkarte der Personengesellschaften“ bei *C. Windbichler*, Eine internationale Landkarte der Personengesellschaften, ZGR 2014, 110 ff., sowie zum Personengesellschaftsrecht in Österreich *M. Schauer*, Rechtspolitische Perspektiven im Recht der Personengesellschaften: das Beispiel Österreichs, ZGR 2014, 143 ff.; zum IPR des Personengesellschaftsrechts *W.-H. Roth*, Internationalprivatrechtliche Aspekte der Personengesellschaften, ZGR 2014, 168 ff.

„nicht gerade weltbewegende“ und „gesellschaftspolitisch bedeutungslose“ Frage nach der Rechtsnatur der GbR in ausländischen Jurisdiktionen (*Rolf Stürner*)?¹²⁷

2. Defizit: Fehlende Auslandssensibilität der Gesellschaftsrechtsdogmatik

Das Grundproblem des deutschen Unternehmensrechts ist ein anderes. Es ist das Ausblenden jeglicher Internationalität in der Gesellschaftsrechtsdogmatik.¹²⁸ Als Auslegungsmethode¹²⁹ sucht man die Rechtsvergleichung in der gesellschaftsrechtlichen Spruchpraxis vergebens.¹³⁰ Anwälte in den internationalen Kanzleien aktivieren sie erstaunlicherweise ebenfalls nicht, obgleich sie – wie der Jubilar einmal zu Recht hervorgehoben hat – für die Mandanten oft Vorteile brächte.¹³¹ Erst recht eine „terra incognita“¹³² ist für viele Gesellschaftsrechtler schließlich das IPR.¹³³ Trotz Globalisierung dominiert weitgehend eine „auf das nationale System ausgerichtete dogmatische Selbstbe-

¹²⁷ R. Stürner, Die Zivilrechtswissenschaft und ihre Methodik – zu rechtsanwendungsbezogen und zu wenig grundlagenorientiert?, AcP 214 (2014), 7, 46.

¹²⁸ Ein schwacher Trost dürfte sein, dass auch ausländische Gerichte das IPR oft vernachlässigen, so etwa der *High Court of Justice, Queen's Bench Division* (2014) EWHC 3615 (Comm) bei der Frage nach dem wirksamen grenzüberschreitenden Abschluss von Kreditderivaten. Hier wird „die Frage des anwendbaren Rechts [...] in der gesamten Entscheidung nicht [...] diskutiert“: S. Mock, Der grenzüberschreitende (fehlerhafte) Abschluss von Kreditderivaten – zugleich Besprechung von High Court of Justice Queen's Bench Division vom 4. November 2014, WM 2015, 749, 750.

¹²⁹ Vgl. die Beiträge von A. Flessner, G. Kodek et al. in: A. Gamper/B. Verschraegen (Hg.), Rechtsvergleichung als juristische Auslegungsmethode (2013).

¹³⁰ Als Argumente gegen den Einsatz der rechtsvergleichenden Methode werden angeführt: die fehlende demokratische Legitimation, die nationale Einbettung des Rechtssystems, nationale Eigenheiten des Rechts, fehlende ausländische Sprach- und Rechtskenntnisse und die Gefahr des *cherry picking* durch die Gerichte, näher hierzu T. Kadner Graziano, Rechtsvergleichung vor Gericht, RIW 2014, 473, 474 ff. (dort auch mit überzeugenden Gegenargumenten); Kötz, JZ 2002, 257, 258 f.

¹³¹ Kötz, JZ 2002, 257, 259.

¹³² So in Bezug auf die internationalprivatrechtlichen Implikationen einer versicherungsrechtlichen Sache W.-H. Roth, IZPR und IPR – terra incognita, IPRax 2014, 499.

¹³³ Dem Bundesgerichtshof fehlt mitunter ebenfalls die Auslandssensibilität. Obwohl der für das Gesellschaftsrecht zuständige II. Zivilsenat gern zu den „Königssenaten“ des BGH gerechnet wird, hat er in seiner jüngsten Entscheidung zur GmbH-Geschäftsanteilsabtretung in der Schweiz weder ein Wort zum IPR noch zur Rechtsvergleichung verloren, vgl. BGH, Beschluss v. 17.12.2013 – II ZB 6/2013; kritisch hierzu bereits M.-P. Weller, GmbH-Anteilsübertragungen in Basel, ZGR 2014, 865 ff. Dies ist umso bemerkenswerter, als die Auslandsbeurkundung gesellschaftsrechtlicher Vorgänge nicht nur verweisungsrechtlich Fragen aufwirft (Qualifikation des § 15 Abs. 3 GmbHG als Formvorschrift, als Teil des Gesellschaftsstatuts oder gar als Eingriffsnorm?). Diese fordert zudem auch auf Sachrechtsebene im Rahmen der Substitution rechtsvergleichende Erwägungen geradezu heraus (Funktionsäquivalenz einer notariellen Beurkundung im Kanton Basel-Stadt?).

scheidung“¹³⁴, mithin, so *Christoph Paulus*, eine „artifizielle Fragmentierung der Erde“, obwohl diese doch als Ganze den Marktplatz für Unternehmen bildet.¹³⁵

Gewiss, es gibt Ausnahmen: So kann man im Gesellschaftsrecht mit *Holger Fleischer* eine Akzentverschiebung von der eingebetteten zur nichteingebetteten Forschung konstatieren, die ihre Inspiration aus fachfremden Quellen schöpft.¹³⁶ Allerdings bezieht sich dieser Befund vornehmlich auf die (seltenen) Spitzenforschung im Bereich der Rechtsökonomie¹³⁷ und Rechtsempirie.¹³⁸

Dagegen denkt und agiert die große Breite des Unternehmensrechts systemimmanent, obgleich die wirtschaftliche Realität systemübergreifend ist. Nicht zu Unrecht moniert der Wissenschaftsrat, die Rechtswissenschaft konzentriere sich zu sehr auf „positives Norm- und Applikationswissen“.¹³⁹ Dabei ist *Rolf Stürner* durchaus zuzustimmen, wenn er die methodische Eigenart der deutschen Zivilistik – ihre „Feinsystematik“ und „Gebrauchsdogmatik“ – mit Verve verteidigt.¹⁴⁰ Dem steht aber nicht entgegen, dass gerade diese dogmatischen Errungenschaften um eine internationale Dimension ergänzt werden.¹⁴¹

¹³⁴ So allgemein für die Zivilistik in Deutschland *Stürner*, AcP 214 (2014), 7, 10 ff., 25 mit Fn. 68.

¹³⁵ *C. Paulus*, Multinationale Unternehmen und nationale Insolvenzrechte, ZIP 2014, 2374, 2382. Paulus kritisiert die Insolvenzprivilegien multinationaler Unternehmen, die diese ihm zufolge gegenüber dem ansonsten anwendbaren nationalen Recht aufgrund geschickter Lobbyarbeit (Initiierung supranationaler Gesetzgebung oder Motivierung der nationalen Gesetzgeber zur Schaffung gewisser Insolvenzprivilegien, etwa im Bereich des Leasing) genießen.

¹³⁶ *H. Fleischer*, Zur Zukunft der gesellschafts- und kapitalmarktrechtlichen Forschung, ZGR 2007, 500, 501.

¹³⁷ Zur Rechtsökonomie in der Rechtsvergleichung *Kötz*, JZ 2002, 257, 262 f.

¹³⁸ Vgl. zur Rechtsempirie am Beispiel des *Delisting* demnächst *C. Thomale/A. Walter*, ZGR 2016, Heft 5 (im Erscheinen).

¹³⁹ *Wissenschaftsrat*, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland – Situation, Analyse, Empfehlungen (2012).

¹⁴⁰ Die deutsche Zivilistik zeichne sich aus durch ihre „Feinsystematik“ und „Gebrauchsdogmatik“, die sich als eine Art „Zwischenschicht“ zwischen die Einzelfallkasuistik und die Grundprinzipien schiebe und so dem Gleichheitspostulat als dem Grundprinzip menschlicher Gerechtigkeit Geltung verschaffe: *R. Stürner*, AcP 214 (2014), 7, 10 ff.; vgl. hierzu auch *W. Ernst*, Gelehrtes Recht, in: *C. Engel/W. Schön* (Hg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft (2007), 3 ff.

¹⁴¹ Ähnlich wohl auch *Stürner*, AcP 214 (2014), 7, 25 (Fn. 68), 40.

3. Die Internationalisierung der Gesellschaftsrechtsdogmatik

a) Internationale Compliance

Die Notwendigkeit der Internationalisierung gilt zunächst für das Megathema der Compliance. Für den grenzüberschreitenden Kontext ist hier praktisch noch alles unklar, wie die vieldiskutierte *Siemens/Neubürger*-Entscheidung des Landgerichts München¹⁴² erhellt. Der frühere Siemens-Vorstand Neubürger hätte, so das Landgericht, durch entsprechende organisatorische Vorkehrungen Schmiergeldzahlungen verhindern müssen. Das entscheidende Problem der Internationalität wird freilich übersehen. Die Bestechungsgelder flossen nämlich weder in Deutschland noch über die Siemens AG, sondern vielmehr in Nigeria über eine ausländische Tochtergesellschaft. *Fleischer* moniert zu recht, das Landgericht habe „überraschender Weise nicht zur Sprache“ gebracht, dass die postulierten Compliance-Pflichten eine konzern- und – so kann man ergänzen – eine auslandsrechtliche Dimension aufwiesen, die beide zu begründen gewesen wären.¹⁴³

Ob sich die Legalitätspflicht über die Gesellschaft und damit über das Subjekt hinaus (transsubjektiv) auch darauf erstreckt, die Rechtstreue in Tochtergesellschaften sicherzustellen, ist nur in vagen Umrissen und jedenfalls nicht rechtsvergleichend erforscht.¹⁴⁴ Entsprechendes gilt für die noch schwierigere Frage, welcher Pflichtenstandard bei Auslandsaktivitäten zu beachten ist. Gilt der ausländische, wie bei Verkehrsregeln?¹⁴⁵ Oder wirkt der inländische extraterritorial, wie es das Landgericht München für die Schmiergeldzahlungen in Nigeria implizit annimmt? Oder gelten die in- und ausländischen Pflichten nebeneinander – *alternativ* zugunsten des Geschädigten, der die ihm günstige Haftungsnorm auswählen darf, oder aber *kumulativ* zugunsten des Schädigers, der nur haftet, wenn er *beide* Pflichtenstandards verletzt?

Allgemeiner formuliert: Es wird darum gehen, die gesellschaftsrechtlichen Rechte, Pflichten und Institute auf ihre *rechtsträgerübergreifende, konzernweite und extraterritoriale Dimension* hin auszuleuchten.¹⁴⁶ Hier ist die

¹⁴² LG München, Urt. v. 10.12.2013, 5 HK O 1387/10, NZG 2014, 345.

¹⁴³ *H. Fleischer*, Aktienrechtliche Compliance-Pflichten im Praxistest: Das Siemens/Neubürger-Urteil des LG München I, NZG 2014, 321, 326.

¹⁴⁴ Hierzu für Inlandsfälle *D. Verse*, Compliance im Konzern, Zur Legalitätskontrollpflicht der Geschäftsleiter einer Konzernobergesellschaft, ZHR 175 (2011), 401 ff.

¹⁴⁵ Vgl. Art. 17 Rom II-VO.

¹⁴⁶ „Die Europäisierung und die Internationalisierung des Rechts stellen Entwicklungen dar, die systematisch und in ihren praktischen Effekten zu erforschen sind.“ Dies gilt insbesondere für das Gesellschaftsrecht. Dabei werden „Anpassungsleistungen“ nötig werden. Diese implizieren eine „Aktzentverschiebung von spezialisiertem Anwendungswissen auf ein übergreifendes Wissen über die fachlichen und außerfachlichen Kontexte.“ Siehe Wissenschaftsrat, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland – Situation, Analyse, Empfehlungen (2012), 36.

Rechtsvergleichung gefordert, internationale Standards zu identifizieren. Erste Ansätze lassen sich im Rahmen der Unternehmensmitbestimmung erkennen: Ob jene auch zugunsten der Auslandsbelegschaft wirken kann, ist Gegenstand einer kürzlich formulierten EuGH-Vorlage des Kammergerichts.¹⁴⁷ Generell erweist sich die Extraterritorialitätsfrage als durchaus komplex, berührt sie doch wegen möglicher Übergriffe in die Souveränität fremder Staaten auch das Völker- und Europarecht.¹⁴⁸

b) Internationale Umwelt- und Menschenrechtsverantwortung

Ein zweites hochaktuelles Forschungsfeld ist die internationale Umwelt- und Menschenrechtsverantwortung deutscher Unternehmen bei deren Auslandsaktivitäten.¹⁴⁹ In den USA wird die Problematik anhand des *Alien Tort Claims Act* diskutiert, derzeit befeuert um die aktuellen Judikate *Kiobel*¹⁵⁰, *Daimler v. Baumann*¹⁵¹ und *Ranza v. Nike*.¹⁵²

Neuerdings entwickelt sich auch hierzulande ein Gespür für diese brisante Problematik. So beschäftigt sich das Landgericht Dortmund in einem Pilotverfahren gegen den Textildiscounter Kik mit einer Brandkatastrophe in einem Kik-Zulieferbetrieb in Pakistan.¹⁵³ Die dortigen Arbeitsbedingen seien unmenschlich gewesen.¹⁵⁴ Gegen den Stromkonzern RWE wird gerade eine

¹⁴⁷ KG, Beschl. v. 16.10.2015, Az. 14 W 89/15: „Ist es mit Artikel 18 AEUV (Diskriminierungsverbot) und Artikel 45 AEUV (Freizügigkeit der Arbeitnehmer) vereinbar, dass ein Mitgliedstaat das aktive und passive Wahlrecht für die Vertreter der Arbeitnehmer in das Aufsichtsorgan eines Unternehmens nur solchen Arbeitnehmern einräumt, die in Betrieben des Unternehmens oder in Konzernunternehmen im Inland beschäftigt sind?“

¹⁴⁸ S. Fischer, EuGH überprüft deutsche Mitbestimmungsgesetze, Legal Tribune Online v. 29.10.2015.

¹⁴⁹ C. Dohmen, Die Globalisierung und ihre Folgen: Wenn Waren auf Kosten der Menschen produziert werden, Süddeutsche Zeitung v. 20.2.2015, S. 20; siehe dazu auch M.-P. Weller/L. Kaller/A. Schulz, Haftung deutscher Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland, AcP 216 (2016), Heft 3/4 (im Erscheinen).

¹⁵⁰ D. Coester-Waltjen, Allzuständigkeit oder genuine link – eine unendliche Geschichte?, in: Festschrift für Rolf Schütze (2014), 27 ff.; M. Nodoushani, Die neue Rechtsprechung des US Supreme Court zu General Jurisdiction – Ein Zuständigkeitsdurchgriff auf deutsche Unternehmen wird schwerer, Compliance-Berater 2015, 41 ff.; C. Thomale, The forgotten discipline of Private International Law: Lessons from *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*“, erscheint in: *Transnational Legal Theory* (2016).

¹⁵¹ C. Thomale, Internationale Menschenrechtsklagen gegen europäische Gesellschaften vor US-amerikanischen Gerichten, ZIP 2014, 1158 ff.

¹⁵² US Court of Appeals, 9th Cir. 16.7.2015 – No. 13-35251 – *Loredana Ranza v. Nike Inc. et al.*

¹⁵³ Süddeutsche Zeitung v. 17.11.2014, S. 21.

¹⁵⁴ Vgl. zur modernen Sklaverei als Menschenrechtsverletzung K. Bales, *Disposable People – New Slavery in the Global Economy* (2012).

Schadensersatzklage wegen Mitverursachung des Klimawandels vorbereitet.¹⁵⁵

Das Auswärtige Amt und das Bundesjustizministerium eruieren die vielschichtige Problematik ebenfalls, um den vom UN-Menschenrechtsrat verabschiedeten Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte (sog. *Ruggie Principles*)¹⁵⁶ gerecht zu werden.¹⁵⁷ Mehrere Haftungsmodelle wären rechtsvergleichend auszuleuchten¹⁵⁸, wollte man eine Haftung der Muttergesellschaft für Menschenrechtsverletzungen ihrer ausländischen Tochtergesellschaften konstruieren:

- In Frage käme zunächst eine Deliktsorganisationshaftung der Konzernsitz, wie sie in England kürzlich in der *Chandler v. Cape*-Entscheidung bejaht wurde.¹⁵⁹ In Deutschland ist dagegen die konzerndimensionale und grenzüberschreitende Dimension der deliktischen Betriebsorganisations- und Verkehrssicherungspflichten noch unerforscht.
- In Betracht käme ferner eine Deliktsdurchgriffshaftung auf die Konzernobergesellschaft, sofern Umwelt- oder Menschenrechtsverletzungen durch Tochtergesellschaften begangen werden.¹⁶⁰ Hierzu läuft in Heidelberg derzeit ein DFG-Projekt unter der Leitung meines Habilitanden Chris Thomale.
- Denkbar wäre des Weiteren eine Deklarationshaftung der Muttergesellschaft für Verletzungen ihrer Erklärungsspflicht aus der Corporate Social Responsibility (CSR)-Richtlinie – entsprechend der Rechtsprechung bei fehlerhaften Erklärungen zum Corporate Governance Kodex nach § 161 AktG.

¹⁵⁵ Vgl. *M. Baumüller*, Der Stromkonzern und die Eislawine, *Süddeutsche Zeitung* v. 16.3.2015, S. 5.

¹⁵⁶ UN-Menschenrechtsrat, Resolution 17/4 v. 16.6.2011.

¹⁵⁷ Vgl. zur Expertenanhörung des Auswärtigen Amtes *H.-P. Mansel/M.-P. Weller*, Internationale Menschenrechtsverantwortung deutscher Unternehmen, *IPRax* 2016 (im Erscheinen).

¹⁵⁸ Ausführlich dazu *M.-P. Weller/L. Kaller/A. Schulz*, Haftung deutscher Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland, *AcP* 216 (2016), Heft 3/4 (im Erscheinen).

¹⁵⁹ *Chandler v Cape* [2012] EWCA (Civ) 525; *M. Petrin*, Assumption of Responsibility in Corporate Groups: *Chandler v Cape plc*, *Modern Law Review* 76 (2013), 589 ff.; relativierend jedoch *Thompson v Renwick Group Plc* [2014] EWCA Civ 635; hierzu *U. Grusic*, Responsibility in groups of companies and the future of international human rights and environmental litigation, *Cambridge Law Journal* 74 (2015), 30 ff.

¹⁶⁰ Vgl. zur Umwelthaftung der Muttergesellschaft auch das umstrittene Vorhaben der Atomkraftwerksbetreiber EON, RWE, Vattenfall und EnBW, die Langfrisrisiken, die aus radioaktiven Abfällen entstehen können, in Tochtergesellschaften auszulagern, *Süddeutsche Zeitung* v. 17.12.2014, S. 6.

- In Weiterentwicklung der *Siemens/Neubürger*-Entscheidung lässt sich schließlich über eine internationale Konzernleitungshaftung des Vorstands der Muttergesellschaft nachdenken. Allerdings handelt es sich dabei um eine Organ-Innenhaftung. Ihre Drittwirkung zugunsten außenstehender Geschädigter müsste erst noch eruiert werden.

Inspiration verspricht bei alledem neben dem Blick nach England auch derjenige nach Frankreich: So hat das französische Parlament jüngst ein Gesetzgebungsvorhaben auf der Schnittstelle von Konzernrecht, Deliktsrecht und IPR-Eingriffsrecht auf den Weg gebracht, das die Haftung von Muttergesellschaften für Menschenrechtsverletzungen im Ausland vorsieht.¹⁶¹

c) *Internationale Knowledge Governance*

Internationale Dimensionen öffnen sich ferner beim Thema Wissenszurechnung, wie der VW-Abgasskandal erhellt. Welche Maßstäbe gelten für die Erhebung, Verarbeitung, Speicherung und Abrufung von Wissen, wenn die Wissenspersonen in *mehreren* Jurisdiktionen agieren? Ein neues Forschungsfeld

¹⁶¹ Am 30. März 2015 hat die französische Nationalversammlung in erster Lesung einen Gesetzesvorschlag mit der Bezeichnung „devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre“ verabschiedet. Dieser statuiert zunächst eine Unternehmensorganisationspflicht im neuen Art. L. 225-102-4 *Code de commerce*: „Toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l’étranger, établit et met en œuvre de manière effective un plan de vigilance. – Ce plan comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier et à prévenir la réalisation de risques d’atteintes aux droits de l’homme et aux libertés fondamentales, de dommages corporels ou environnementaux graves ou de risques sanitaires résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu’elle contrôle au sens du II de l’article L. 233-16, directement ou indirectement, ainsi que des activités de leurs sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels elle entretient une relation commerciale établie. Les mesures du plan visent également à prévenir les comportements de corruption active ou passive au sein de la société et des sociétés qu’elle contrôle. – Le plan de vigilance est rendu public et inclus dans le rapport mentionné à l’article L. 225-102.“ Im Verletzungsfall soll die Sanktionierung über die deliktische Generalklausel laufen, wie der neue Art. 225-102-5 *Code de commerce* klarstellt: „Le non-respect des obligations définies à l’article L. 225-102-4 engage la responsabilité de son auteur dans les conditions fixées aux articles 1382 et 1383 du code civil. – L’action en responsabilité est introduite devant la juridiction compétente par toute personne mentionnée au II de l’article L. 225-102-4 du présent code. – Outre la réparation du préjudice causé, le juge peut prononcer une amende civile définie au III du même article L. 225-102-4. Cette amende n’est pas une charge déductible du résultat fiscal. – La juridiction peut ordonner la publication, la diffusion ou l’affichage de sa décision ou d’un extrait de celle-ci, selon les modalités qu’elle précise. Les frais sont supportés par la personne condamnée. – La juridiction peut ordonner l’exécution de sa décision sous astreinte.“

zeichnet sich ab: die internationale „Knowledge Governance“¹⁶² (*Thomale*). Dabei ist das Wissen nicht nur für die subjektive Vorwerfbarkeit bei Haftungsfragen von Bedeutung, sondern spielt in vielerlei zivilrechtlichen Kontexten eine Rolle: Ein Versicherer leistet nicht, wenn der Versicherungsfall grob fahrlässig herbeigeführt wurde; Vorsatz erhöht das Schmerzensgeld; Arglist modifiziert Gewährleistungsrechte und Verjährungsfristen. Nach welcher Rechtsordnung bestimmt sich die grobe Fahrlässigkeit, der Vorsatz, die Arglist? Hier dürfte neben der Rechtsvergleichung die synthetische Methode des IPR gefordert sein.

d) Internationale Unternehmensstrafbarkeit

Schließlich werden die Fälle der internationalen Unternehmensstrafbarkeit zunehmen. In Frankreich laufen Ermittlungen gegen Lufthansa wegen des Germanwings-Absturzes, gegen Daimler lief bis vor Kurzem ein – inzwischen eingestelltes – Strafverfahren wegen angeblichen Insiderhandels, gegen die FIFA wird weltweit ermittelt.¹⁶³ Auch in diesen Fällen ist vieles unklar, was an der internationalen Dimension liegt. Gilt etwa die aus dem deutschen Strafrecht bekannte Zivilrechtsakzessorietät der Wirtschaftsdelikte auch in ausländischen Verfahren mit der Folge, dass ein im Inland aktienrechtlich legales Handeln im Ausland nicht strafbar sein kann?¹⁶⁴ Oder formulieren die ausländischen Strafrechte ein autonomes Gebotsregime mit einem eigenen Organ-, Handlungs- und Wissenszurechnungsbegriff?¹⁶⁵

IV. Die Funktionstrias der Rechtsvergleichung

Die skizzierte Spannbreite an Fragestellungen im IPR und Unternehmensrecht ist weit mehr als ein *amuse geule* für die Komparatistik! Die fortschreitende grenzüberschreitende Mobilität und Vernetzung¹⁶⁶ machen die Rechts-

¹⁶² C. *Thomale*, Wissenszurechnung im Gesellschaftsstrafrecht – deutsche Unternehmen vor französischen Strafgerichten, AG 2015, 641, 650 ff.

¹⁶³ M.-P. *Weller*, Wissenszurechnung in internationalen Unternehmensstrafverfahren, ZGR 2016, Heft 2 (im Erscheinen).

¹⁶⁴ Vgl. zur Problematik A.-M. *Brutscher*, Zivilrechtsakzessorietät des Strafrechts bei Sachverhalten mit Auslandsbezug (2014); P. *Mankowski/S. Bock*, Fremdrechtsanwendung im Strafrecht durch Zivilrechtsakzessorietät bei Sachverhalten mit Auslandsbezug für Blanketttatbestände und Tatbestände mit normativem Tatbestandsmerkmal, ZStW 120 (2008), 704 ff.

¹⁶⁵ Zum französischen Unternehmensstrafrecht *Thomale*, AG 2015, 641 ff.

¹⁶⁶ Vgl. auch H. *Merkt*, Die Zukunft der privatrechtlichen Forschung im Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, ZGR 2007, 532 ff.

vergleichung zu einer *discipline directrice* der Rechtswissenschaft.¹⁶⁷ Dieser wird bei alledem eine dreifache Funktion zukommen:¹⁶⁸ eine innere, eine äußere und eine standardgewinnende.

1. Innere Funktion

Im Rahmen der Methodentrias des IPR ist die Rechtsvergleichung unerlässlich, um die Techniken der Verweisung, der Anerkennung und der Berücksichtigung operationabel zu machen.¹⁶⁹ Man kann hier von einer IPR-systemimmanenten und damit inneren Dimension der Rechtsvergleichung sprechen.¹⁷⁰

Auf Verweisungsebene war die Rechtsvergleichung schon immer von Bedeutung, etwa für die Entwicklung kollisionsrechtlicher Systembegriffe, den Günstigkeitsvergleich bei Alternativanknüpfungen¹⁷¹ oder für die Durchführung der Qualifikation¹⁷² und neuerdings zunehmend bei der Parteiautonomie.¹⁷³

¹⁶⁷ Ähnlich *Basedow*, *American Journal of Comparative Law* 62 (2014), 821, 857 (Thesen 4 und 5). Vgl. als Indiz ferner die zahlreichen neu erscheinenden Lehrbücher zur Rechtsvergleichung in jüngerer Zeit: *Kischel* (Fn. 1); *M. Siems*, *Comparative Law* (2015); *M. Ventoruzzo et al.*, *Comparative Corporate Law* (2015). Auch der Wissenschaftsrat will die Rechtsvergleichung als Grundlagenfach prominenter im universitären Curriculum verankert wissen: Wissenschaftsrat, *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland – Situation, Analyse, Empfehlungen* (2012), 58, 61. Siehe zu den Empfehlungen des Wissenschaftsrates die sog. „Statements“ von *S. Grundmann*, *T. Gutmann*, *C. Hillgruber*, *S. Lorenz*, *S. Rixen* und *M. Stolleis* in der *JZ* 2013, 693 ff. sowie *M. Jestaedt*, *Rechtsdogmatik im Wissenschaftsvergleich*, *JZ* 2014, 1 ff. und *M.-P. Weller*, *Internationalisierung und Grundlagenorientierung – Zu den beiden Kernempfehlungen des Wissenschaftsrates an die Rechtswissenschaft*, *ZEuP* 2014, 463 ff.

¹⁶⁸ Vgl. (mit einer anderen Akzentuierung) zu den Zielen und Aufgaben der Rechtsvergleichung *Basedow*, *American Journal of Comparative Law* 62 (2014), 821, 833 ff.; *M. Gebauer*, *Rechtsvergleichung*, in: *Festschrift für Paul Kirchhof* (2013), § 39, 433, 434 ff.; *Kischel* (Fn. 1), 47 ff.; *Kötz*, *JZ* 2002, 257 ff.

¹⁶⁹ *MünchKomm/v. Hein* (Fn. 39), Einleitung, Rn. 320 ff.

¹⁷⁰ Ähnlich *Flessner* (Fn. 4), 1 ff.

¹⁷¹ *MünchKomm/v. Hein* (Fn. 39), Einleitung, Rn. 322.

¹⁷² BGH NJW 1967, 1177: „Die Zuordnung dieser Vorschriften ist nach deutschem Recht vorzunehmen. Dabei sind folgende Auslegungsgrundsätze zu beachten: Die Vorschriften des ausländischen Rechts sind nach ihrem Sinn und Zweck zu erfassen, in ihrer Bedeutung vom Standpunkt des ausländischen Rechts zu würdigen und mit den Einrichtungen der deutschen Rechtsordnung zu *vergleichen*. Auf der so ermittelten Grundlage sind sie den aus den Begriffen und Abgrenzungen der deutschen Rechtsordnung aufgebauten Merkmalen der deutschen Kollisionsnormen, d.h. im vorliegenden Fall dem Begriff der Formvorschrift oder dem der materiellrechtlichen Norm zuzuordnen“ (Hervorhebung durch Verf.). Grundlegend zur rechtsvergleichenden Qualifikation *E. Rabel*, *Das Problem der Qualifikation*, *RabelsZ* 5 (1931), 241 ff.

An Bedeutung gewinnt diese innere Funktion der Rechtsvergleichung nun auch für die Methoden der Anerkennung und der Berücksichtigung. Sie spielt nicht nur bei der Substitution eine Rolle, wenn es um die Beurteilung der Funktionsäquivalenz von in- und ausländischen Rechtsinstituten geht, sondern auch bei der Anpassung ausländischer Sachrechte oder bei der Ermittlung ausländischer Daten im Rahmen der Datumlehre.¹⁷⁴

2. Äußere Funktion

Darüber hinaus können die IPR-Methoden verschiedener Länder miteinander verglichen werden:¹⁷⁵ Es wird sich also ein neues Gebiet der *Methodenvergleichung* entwickeln. Hier verspricht die Rechtsvergleichung mit ihrer klassischen Kontroll- und Inspirationsfunktion¹⁷⁶ – gleichsam von außen kommend – „reflexive Distanz zur eigenen Rechtsordnung“¹⁷⁷ zu gewinnen.¹⁷⁸

Studien zum Vergleich von *Verweisungssystemen* gibt es freilich schon viele. So wurde am Max Planck-Institut kürzlich das Europäische Kollisions-Verordnungsrecht mit dem neuen chinesischen IPR-Gesetz verglichen.¹⁷⁹ Komparatistisch noch kaum erschlossen sind dagegen die Methoden der Anerkennung und der Berücksichtigung. Welche Rolle diese in anderen Rechtsordnungen einnehmen, wäre ein zu erforschendes Desiderat.

3. Standardgewinnende statt regelsetzende Funktion

Eine zentrale Aufgabe der modernen Rechtsvergleichung ist schließlich die Erarbeitung von Einheitsrecht.¹⁸⁰ Im 20. Jahrhundert konnten hier Meilen-

¹⁷³ Flessner (Fn. 4), 1, 13: „Wer wählen kann, muss klug wählen, muss es in Kenntnis der wählbaren Lösungen tun können. Über die wählbaren Lösungen [...] informiert die Rechtsvergleichung.“

¹⁷⁴ MünchKomm/v. Hein (Fn. 39), Einleitung, Rn. 322.

¹⁷⁵ MünchKomm/v. Hein (Fn. 39), Einleitung, Rn. 320 f.

¹⁷⁶ O. Brand, Grundfragen der Rechtsvergleichung, JuS 2003, 1082, 1084.

¹⁷⁷ Wissenschaftsrat, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland – Situation, Analyse, Empfehlungen (2012), 61.

¹⁷⁸ Ob man dabei die funktionale Methode zugrunde legen kann, ist allerdings umstritten, kritisch R. Michaels, The functional method of comparative law, in: M. Reimann/R. Zimmermann (Hg.), Oxford Handbook of Comparative Law (2008), 339 ff.; dagegen S. Piek, Die Kritik an der funktionalen Rechtsvergleichung, ZEuP 2013, 60 ff.; vgl. auch Kötz, JZ 2002, 257, 262 ff.; H. Kronke, Der funktionale Ansatz in der Rechts-, „Vereinheitlichung“: Kritik und Bewährung am Beispiel des Rechts intermediärverwahrter Effekten, in: Festschrift für Ulrich Magnus (2014), 231, 232 f.

¹⁷⁹ J. Basedow/K.B. Pissler (Hg.), Private International Law in Mainland China, Taiwan and Europe (2014).

¹⁸⁰ Goode/Kronke/McKendrick (Fn. 7), Rn. 1.16 ff., 1.36; Zweigert/Kötz (Fn. 2), 23 ff., 59 ff.

steine gefeiert werden, etwa das UN-Kaufrecht, die UNIDROIT¹⁸¹ und die *Lando Principles*¹⁸² sowie das EU-Verbraucherrecht.¹⁸³

Das 21. Jahrhundert kann dagegen bislang nicht an diese Vereinheitlichungserfolge anknüpfen. Nationalistische Tendenzen erwachen,¹⁸⁴ kulturell verwurzelte Rechtstraditionen stemmen sich allerorts einer weiteren Unifikation entgegen.¹⁸⁵ Die *Societas Privata Europaea* (SPE) und das Prestigeprojekt eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts (GEK) sind jüngst am Widerstand Deutschlands, Frankreichs und des Vereinigten Königreichs gescheitert.¹⁸⁶ Dabei kann man mit *Jürgen Basedow* zu Recht befürchten, dass hinter dem Scheitern eine generelle Skepsis der Mitgliedstaaten gegenüber einer weiteren Privatrechtsvereinheitlichung steckt.¹⁸⁷ Hat die Rechtsvereinheitlichung, einst stolze Disziplin, insoweit ihren Zenit überschritten?

Mitnichten! Die Aussichten der Rechtsvergleichung, sagt uns ein Blick in die „Kristallkugel“,¹⁸⁸ sind durchaus rosig. Allerdings wird man fundamental umdenken müssen. M.E. wird die bisherige *regelsetzende* Rechtsvereinheitlichung durch eine lediglich *standardgewinnende* Herangehensweise abgelöst sein.¹⁸⁹ Denn die Regelsetzung belässt den Staaten mit ihrem oktroyierenden Duktus nicht genug Raum für rechtskulturelle nationale Eigenheiten. Diese werden jedoch – wie das Scheitern des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts erhellt – wieder zunehmend betont. Nicht zuletzt deshalb garantiert der Vertrag von Lissabon in Art. 67 AEUV die Achtung der verschiedenen Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten.

¹⁸¹ Hierzu *R. Zimmermann*, Die Unidroit-Grundregeln der internationalen Handelsverträge 2004 in vergleichender Perspektive, ZEuP 2005, 264 ff.

¹⁸² Vgl. z.B. *R. Zimmermann*, Die Principles of European Contract Law als Ausdruck und Gegenstand europäischer Rechtswissenschaft, Jura 2005, 289 ff. (Teil 1), 441 ff. (Teil 2).

¹⁸³ Vgl. *H. Kötz*, Europäisches Vertragsrecht (2. Aufl., 2015); *R. Schulze/F. Zoll*, Europäisches Vertragsrecht (2015).

¹⁸⁴ So fordert z.B. der bekannte Schweizer Gesellschaftsrechtler *Hans-Ueli Vogt*: „Schweizer Recht geht fremdem Recht vor“, Süddeutsche Zeitung v. 9.10.2015, S. 8.

¹⁸⁵ Vgl. auch *Goode/Kronke/McKendrick* (Fn. 7), Rn. 6.03, wonach Vereinheitlichungsprojekte auf regionaler Ebene (z.B. der EU) hinderlich für eine Vereinheitlichung auf globaler Ebene sein können.

¹⁸⁶ Vgl. das in Bezug auf das GEK ablehnende Schreiben der Justizminister dieser Staaten an die EU-Kommission, abgedruckt in ZEuP 2015, 433 ff.

¹⁸⁷ *J. Basedow*, Gemeinsames Europäisches Kaufrecht – Das Ende eines Kommissionsvorschlages, ZEuP 2015, 432, 433. Vgl. dagegen *Kötz*, JZ 2002, 257, 259 ff.; *C. v. Bar*, Privatrecht europäisch denken!, JZ 2014, 473, 479: „Gebt der Europäischen Union ein Privatrecht, ein Privatrecht!“

¹⁸⁸ Terminus übernommen von *Fleischer*, ZGR 2007, 500, 501.

¹⁸⁹ Einen anderen Akzent setzt *Kronke*, soweit es um die drittsschützende Wirkung gewisser Regelwerke (wie Insolvenzrecht) geht, vgl. *H. Kronke*, Transnational Commercial Law and Conflict of Laws, Recueil des Cours 369 (2014), 10, 41: „Suggestions that treaties are the past, whereas soft-law instruments are the future, are simplistic and unhelpful.“

Wenig Ertrag verspricht es daher – wie bislang üblich –, kodifikationsähnliche und detailverliebte Einheitsregelwerke wie den *Draft Common Frame of Reference* (DCFR)¹⁹⁰ zu erarbeiten. Stattdessen muss die Rechtsvergleichung die sich dezentral und induktiv in den einzelnen Ländern herausbildenden Prinzipien als systemübergreifende Standards¹⁹¹ sichtbar machen.¹⁹²

Standards sind großzügiger als Regeln: Sie haben nur empfehlenden Charakter und zählen damit zum *soft law*.¹⁹³ Doch selbst wenn sie völkervertraglich verbindlich verabschiedet würden, beließen sie den Staaten nicht nur hinsichtlich des Ob sondern auch des Wie Umsetzungsspielräume, wie das EU-Instrument der Richtlinie zeigt.¹⁹⁴ Sie lassen sich damit mit der jeweiligen Rechtstradition in Einklang bringen. Das *Institut de droit international* kann hier mit seinen auf rechtsvergleichender Basis gewonnenen Resolutionen, etwa zur Substitution und Anpassung aus dem Jahr 2007,¹⁹⁵ als Vorbild dienen. Der Forschungsbedarf in Bezug auf internationale Standards im Unternehmensrecht ist jedenfalls enorm.

V. Bilanz in Thesenform

1. Zunehmende Mobilität und grenzüberschreitende Unternehmensaktivitäten machen die Rechtsvergleichung zu einer *discipline directrice* der Rechtswissenschaften.
2. Ihr werden dabei drei wesentliche Funktionen zukommen: Eine innere zur Operationalisierung des IPR, eine äußere als Erkenntnisquelle über die Methodenvielfalt im IPR und eine standardgewinnende für internationales Unternehmenshandeln.
3. Das IPR wird sich durch eine Methodentrias auszeichnen: Neben die Verweisung treten die Anerkennung von Rechtslagen sowie die Berücksichtigung des Auslandssachverhalts auf Sachrechtsebene. Auf jeder der drei Ebenen wird eine Verfeinerung der gegenwärtigen analytischen, inkorpo-

¹⁹⁰ Hierzu etwa *H. Eidenmüller/F. Faust/H.C. Grigoleit/N. Jansen/G. Wagner/R. Zimmermann*, Revision des Verbraucher-acquis, JZ 2008, 529 ff.; *N. Jansen/R. Zimmermann*, Was ist und wozu der DCFR?, NJW 2009, 3401 ff.

¹⁹¹ Für das Gesellschaftsrecht spricht Hanno Merkt von der Zukunftsaufgabe, „European oder Global Principles of Company Law“ zu entwickeln: *Merkt*, ZGR 2007, 532, 540.

¹⁹² Vgl. etwa die rechtsvergleichende Analyse von Leitentscheidungen zu gewissen gesellschaftsrechtlichen Sachfragen bei *D. Cabrelli/M. Siems*, Convergence, Legal Origins, and Transplants in Comparative Corporate Law: A Case-Based and Quantitative Analysis, *American Journal of Comparative Law* 63 (2015), 109 ff.

¹⁹³ Teilweise haben sie narrativen Charakter, siehe *Jayme* (Fn. 22), 23 ff.

¹⁹⁴ Vgl. Art. 288 AEUV.

¹⁹⁵ Institut de Droit International – Session de Santiago, La substitution et l'équivalence en droit international privé (2007).

rierenden und synthetischen Methodik erforderlich sein: intertemporale Analytik, Nostrifikation und Bilateralisierung sind lediglich erste Stichworte einer Debatte, die uns noch lange beschäftigen wird.

4. Die Gesellschaftsrechtsdogmatik wird zu internationalisieren sein. Internationale Compliance und Knowledge Governance, Menschenrechts- und Umweltverantwortung, sowie die Unternehmensstrafbarkeit sind nicht nur spannend – es sind die Themen unserer Zeit.

Marktregulierung durch Deliktsrecht – Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung

Jan von Hein

I.	Einführung.....	223
II.	Die Entstehung neuer Märkte durch technische Innovationen.....	227
	1. Evolutionäre und disruptive Innovationen.....	227
	2. Beispiele für disruptive Innovationen.....	228
	a) Autonomes Fahren.....	228
	b) Nanotechnologische Medizinprodukte.....	229
	c) Digitale Inhalte und digital gesteuerte Produktionsprozesse.....	229
III.	Das Zeit- und Informationsdilemma bei der Regulierung neuer Märkte.....	231
IV.	Ziviles Haftungsrecht und öffentliches Recht.....	232
V.	Verschuldens- und Gefährdungshaftung.....	234
	1. Haftung der Hersteller oder Anlagenbetreiber.....	234
	a) Gefährdungshaftung als Reaktion auf neuartige Risiken.....	234
	b) Verschuldenshaftung als Subventionierung von Innovationen.....	237
	c) Haftung für Entwicklungsrisiken.....	238
	aa) Differenzierung nach Fehlertypen.....	238
	bb) Sonderregelungen.....	241
	cc) Zwischenergebnis.....	242
	2. Haftung der Nutzer.....	243
	3. Fazit.....	245
VI.	Private Normsetzung, „soft law“ und Compliance.....	246
VII.	Verfahrensrechtliche Flankierung.....	248
VIII.	Internationales Privat- und Verfahrensrecht.....	251
	1. Marktregulierung und Innovationsförderung durch IPR und IZVR.....	251
	2. Defizite des geltenden IPR und IZVR.....	253
	a) Mangelnde Abstimmung von Rom II-VO und EuGVO.....	253
	b) Die unklare Behandlung der maßgebenden Produktsicherheitsanforderungen.....	257
	c) Fortbestehende europäische Rechtszersplitterung.....	259
	3. Fazit.....	260
IX.	Ergebnisse und Ausblick.....	261

I. Einführung

Der Titel des vorliegenden Aufsatzes – „Marktregulierung durch Deliktsrecht“ – bedarf zunächst einer begrifflichen Klärung dahingehend, dass der Begriff des „Deliktsrechts“ im Folgenden weit zu verstehen ist, also nicht nur

die klassische Verschuldenshaftung i.S. des § 823 BGB, sondern auch die Gefährdungshaftung einbezogen wird. Dieses Verständnis entspricht sowohl der von *Hein Kötz* maßgeblich geprägten funktionalen Methode der Rechtsvergleichung¹ als auch dem Titel des von ihm begründeten Lehrbuchs² sowie der europäisch-autonomen Terminologie im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, insbesondere in Erwägungsgrund 11 Satz 3 der Rom II-Verordnung.³ Die Frage, welchen Beitrag das Haftungsrecht im weitesten Sinne, einschließlich seiner spezialgesetzlichen Ausprägungen im Kartell-, Lauterkeits- und Kapitalmarktrecht, zur Verhaltenssteuerung auf Märkten leisten kann, ist bereits mehrfach in verschiedenen Facetten untersucht worden; verwiesen sei insoweit nur auf die Vorträge *Gerhard Wagners* auf der Zivilrechtslehrertagung in Basel⁴ und auf dem 66. Deutschen Juristentag,⁵ aus jüngerer Zeit auf die Heidelberger Habilitationsschrift von *Dörte Poelzig*⁶ und, last but not least, auf die noch unveröffentlichte Habilitationsschrift von *Alexander Hellgardt* an der Münchener LMU.⁷ Im Folgenden soll aus Anlass des Symposiums zu Ehren von *Hein Kötz* besonders ein Rechtsgebiet betrachtet werden, mit dem sich auch der Jubilar wiederholt intensiv beschäftigt hat, und zwar die Produkthaftung.⁸ Es fügt sich, dass die maßgebende Richtlinie der EU⁹ im Jahre 2015 ebenso wie *Hein Kötz* einen runden Geburtstag feiern konnte – wenn auch erst den dreißigsten.¹⁰

¹ *K. Zweigert/H. Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts (3. Aufl., 1996), 31 ff.

² *H. Kötz/G. Wagner*, Deliktsrecht (12. Aufl., 2013), Rn. 491 ff. zur Gefährdungshaftung allgemein und Rn. 605 ff. speziell zur Produkthaftung.

³ Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), ABl. 2007 L 199/40, ber. ABl. 2012 L 310/52; näher *A. Junker*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Bd. X, 6. Aufl., 2015), Art. 4 Rom II-VO, Rn. 22.

⁴ *G. Wagner*, Prävention und Verhaltensteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006), 352 ff.

⁵ *G. Wagner*, Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden, in: Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages (Bd. I, 2006), Gutachten A.

⁶ *D. Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht (2012), besprochen von *M. Brinkmann*, RW 2014, 415 ff.; *K. Langenbacher*, ZVglRWiss 113 (2014), 96 ff.; *G. Wagner*, AcP 214 (2014), 602 ff.

⁷ *A. Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht (im Erscheinen).

⁸ Siehe *H. Kötz*, Ist die Produkthaftung eine vom Verschulden unabhängige Haftung?, in: *ders.*, Undogmatisches (2005), 192 ff. (zuerst veröffentlicht in: Festschrift für Werner Lorenz zum 70. Geburtstag (1991), 109 ff.); *Kötz/Wagner* (Fn. 2), Rn. 605 ff.; *Zweigert/ Kötz* (Fn. 1), 676 ff.

⁹ Richtlinie 85/374/EWG des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte vom 25.7.1985, ABl. 1985 L 210/29; geändert durch die Richtlinie 1999/34/EG des Europäischen Parla-

Produkthaftungsnormen kommt eine zentrale Rolle für die Regulierung der auf Produktmärkten geltenden Sicherheitsstandards und für die Bewältigung der insoweit bestehenden Risiken zu.¹¹ Die funktionale Bedeutung dieser Haftung geht über einen allein am Individualschutz des Geschädigten orientierten Schadensausgleich hinaus.¹² Die entsprechenden Normen erfüllen in den Worten des Generalanwalts beim EuGH, *Yves Bot*, „offensichtlich“ eine „präventive“ bzw. eine „prophylaktische Funktion, indem sie demjenigen die Haftung auferleg[en], der, da er durch die Herstellung eines fehlerhaften Produkts das Risiko ganz unmittelbar geschaffen hat, am besten in der Lage ist, diesem Risiko vorzubeugen und Schäden mit dem geringsten Aufwand zu vermeiden“.¹³ Bereits in Erwägungsgrund 1 der Produkthaftungsrichtlinie von 1985 wird – noch vor dem Verbraucherschutz – das Ziel der europäischen Rechtsangleichung hervorgehoben, Verfälschungen des Wettbewerbs und Beeinträchtigungen des freien Warenverkehrs im Binnenmarkt auszuschließen. Zwar findet sich gelegentlich die Auffassung, dass diese Betonung des marktregulierenden Charakters der Produkthaftung nur entstehungsgeschichtlich bedingt, d.h. der engen Fassung der damals maßgebenden Kompetenzgrundlage (ex-Art. 100 EWGV)¹⁴ geschuldet sei.¹⁵ Ganz in diesem Sinne wird auch

ments und des Rates vom 10.5.1999 zur Änderung der Richtlinie 85/374/EWG zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, ABl. 1999 L 141/20.

¹⁰ Siehe die Konferenz „30 Years of European Product Liability Law“ an der Universität Breslau am 15.10.2015, <<http://www.plconference.prawo.uni.wroc.pl/>>; einen Überblick über mehr als zwei Jahrzehnte Rechtsprechung zur ProdHaftRL gibt *D. Wuyts*, *The Product Liability Directive – More than two Decades of Defective Products in Europe*, *JETL* 2014, 1 ff., m.w.N.

¹¹ Statt vieler *E. Helmig*, *Herstellerverantwortung im Unionsrecht – Prävention und Prophylaxe in der EuGH-Rechtsprechung*, *PHI* 2015, 86, 90 f.; ablehnend zu dieser (auch von ihnen als ganz herrschend bezeichneten) Sicht aber *A.M. Polinsky/S. Shavell*, *The Uneasy Case for Product Liability*, *Harv. L. Rev.* 123 (2010), 1437, 1443 ff., die stattdessen primär auf informierte Verbraucher und die Selbstregulierung des Marktes setzen wollen; siehe hierzu die ausführliche kritische Replik von *J.C.P. Goldberg/B.C. Zipursky*, *The Easy Case for Products Liability Law: A Response to Professors Polinsky and Shavell*, *Harv. L. Rev.* 123 (2010), 1919, 1927 ff.

¹² Vgl. auch *C. v. Bar*, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht* (Bd. II, 1999), § 3, Rn. 313: „Beide, die Haftung für Unterlassungen und die Haftung ohne eigenes Fehlverhalten, sind mit ihren fließenden Übergängen Konstituenten einer sozialen Marktwirtschaft.“

¹³ GA *Y. Bot*, Schlussanträge vom 21.10.2014 in den verb. Rs. C-503/13 und C-504/13 (*Boston Scientific Medizintechnik GmbH/AOK Sachsen-Anhalt – Die Gesundheitskasse und Betriebskrankenkasse RWE*), *ECLI:EU:C:2014:2306*, Rn. 38.

¹⁴ Ex-Art. 100 S. 1 EWGV lautete: „Der Rat erläßt einstimmig auf Vorschlag der Kommission Richtlinien für die Angleichung derjenigen Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, die sich unmittelbar auf die Errichtung oder das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes auswirken.“ Eine explizite Bezugnahme auf den Verbraucherschutz brachte erst Art. 94 EG.

bisweilen moniert, dass auf europäischer Ebene die Zuständigkeit für produkt haftungsrechtliche Fragen – im Gegensatz zur Produktsicherheit – bislang nicht bei der Generaldirektion für Justiz und Verbraucher, sondern der Generaldirektion für Binnenmarkt und Industrie angesiedelt ist.¹⁶ Jedoch wollte der Richtliniengeber mit der europäischen Produkthaftungsrichtlinie gerade diejenigen regulatorischen Defizite kompensieren, die beim Vertrieb von Produkten auf dem Binnenmarkt dadurch entstehen, dass es eine zentrale europäische Aufsichtsbehörde für die Produktsicherheit weder gab noch gibt.¹⁷ Der EuGH hat daher in ständiger Rechtsprechung klargestellt, dass der marktregulierende Charakter der Produkthaftungsrichtlinie ernst zu nehmen ist und daraus geschlossen, dass sie – innerhalb ihres sachlichen Anwendungsbereichs, d.h. der zumindest nominell verschuldensunabhängigen Haftung für fehlerhafte Produkte¹⁸ – eine Vollharmonisierung bewirkt, also nicht dem Ziel des größtmöglichen Verbraucherschutzes durch eine bloße Mindestharmonisierung verpflichtet ist.¹⁹

In Bezug auf das Rahmenthema dieses Symposiums, die *Zukunftsperspektiven* der Rechtsvergleichung, ist eine weitere regulatorische Zwecksetzung der Produkthaftungsrichtlinie von besonderem Interesse. Die Rechtsanglei-

¹⁵ So *D. Fairgrieve/G. Howells/M. Pilgerstorfer*, *The Product Liability Directive: Time to get Soft?*, JETL 2013, 1, 4.

¹⁶ Vgl. *G. Howells*, *Product Safety – A Model for EU Legislation and Reform*, in: *Liber Amicorum for Hans Micklitz* (2014), 525, 537.

¹⁷ *H.-W. Micklitz*, *Warenverkehrsfreiheit für Medizinprodukte gegen Sicherheitserwartungen der Patienten – der Europäische Binnenmarkt auf dem Prüfstand*, VuR 2015, 241, 242; insoweit greift das Argument von *Polinsky/Shavell*, *Harv. L. Rev.* 123 (2010), 1437, 1450 ff., die effektive Aufsicht über die Einhaltung von Produktsicherheitsstandards durch die US-Bundesbehörden mache eine zivilrechtliche Produkthaftung überflüssig, zumindest im europäischen Kontext nicht durch.

¹⁸ Zur strittigen Rechtsnatur der Produkthaftung nach der Richtlinie siehe unten V.1.c).

¹⁹ EuGH, 25.4.2002, Rs. C-52/00 (*Kommission/Frankreich*), Slg. 2002, I-3827, Rn. 24; EuGH, 25.4.2002, Rs. C-154/00 (*Kommission/Griechenland*), Slg. 2002, I-3879, Rn. 29; EuGH, 25.4.2002, Rs. C-183/00 (*González/Sánchez/Medicina Asturiana SA*), Slg. 2002, I-3901, Rn. 25 ff.; EuGH, 10.1.2006, Rs. C-402/03 (*Skov ÆG/Bilka Lavprisvarehus A/S und Bilka Lavprisvarehus A/S/Jette Mikkelsen und Michael Due Nielsen*), Slg. 2006, I-199, Rn. 22 ff.; EuGH, 9.2.2006, Rs. C-127/04 (*Declan O’Byrne/Sanofi Pasteur MSD Ltd und Sanofi Pasteur SA*), Slg. 2006, I-1313, Rn. 35 ff.; EuGH, 14.3.2006, Rs. C-177/04 (*Kommission/Frankreich*), Slg. 2006, I-2461, Rn. 47 ff.; EuGH, 4.6.2009, Rs. C-285/08 (*Moteurs Leroy Somer/Dalkia France und Ace Europe*), Slg. 2009, I-4733, Rn. 21; EuGH, 21.12.2011, Rs. C-495/10 (*Centre hospitalier universitaire de Besançon/Thomas Dutrueux und Caisse primaire d’assurance maladie du Jura*), Slg. 2011, I-14155, Rn. 20; dem folgend *G. Wagner*, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (Bd. V, 6. Aufl., 2015), *ProdHaftG Einl.*, Rn. 3; kritisch hingegen *J. Oechsler*, in: *J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2, *Recht der Schuldverhältnisse*, §§ 826–829; *ProdHaftG (Unerlaubte Handlungen 2, Produkthaftung)* (2014), *Einl. zum ProdHaftG*, Rn. 45.

chung innerhalb der EU soll nämlich laut Erwägungsgrund 2 der Änderungsrichtlinie von 1999 dem Ziel dienen, Innovationen zu fördern. Im Folgenden sollen daher zwei Fragen näher untersucht werden:

- *erstens*, welchen Beitrag das Haftungsrecht zur Schaffung technischer Innovationen und der Bewältigung der durch sie entstehenden Risiken leisten kann, und
- *zweitens*, welche Rolle die Rechtsvergleichung für die Beantwortung dieser Frage spielt.

II. Die Entstehung neuer Märkte durch technische Innovationen

1. Evolutionäre und disruptive Innovationen

Technische Innovationen lassen sich danach unterscheiden, ob und in welchem Umfang sie sich auf bereits bestehende Märkte auswirken. *Clayton M. Christensen*, Professor an der Harvard Business School, differenziert insoweit zwischen sog. „evolutionären“ und „disruptiven“ Innovationen.²⁰ Mit der ersten Fallgruppe bezeichnet *Christensen* solche technischen Neuerungen, die vorhandene Produkte lediglich verbessern und einer verfeinerten Nachfrage auf vorhandenen Märkten Rechnung tragen.²¹ Dem stehen die von ihm so genannten „disruptiven Technologien“ gegenüber, die zur Entstehung völlig neuer Produktarten führen und durch die auch große, etablierte Firmen vom Markt verdrängt werden können, wenn sie den Anschluss an die technische Entwicklung verpassen.²² Historische Standardbeispiele sind die Ablösung von Segelschiffen durch Dampfschiffe, der Pferdekutsche durch die Eisenbahn, von großen Mainframe-Computern durch PC's oder von Print-Enzyklopädiën durch Online-Nachschlagewerke.²³

Werden durch solche „disruptiven Technologien“ neue Märkte geschaffen, stellt sich stets die Frage, ob das bestehende Haftungsrecht über angemessene Instrumentarien verfügt, um den durch sie hervorgerufenen neuartigen Risiken gerecht zu werden, oder ob allfällige Lücken geschlossen werden

²⁰ *C.M. Christensen/K. Matzler/S.F. v. d. Eichen*, The Innovator's Dilemma – Warum etablierte Unternehmen den Wettbewerb um bahnbrechende Innovationen verlieren (2011), 6 ff.; kritisch zur Dominanz dieses Modells im US-amerikanischen BWL-Diskurs aber (aus journalistischer Sicht) *J. Lepore*, The Disruption Machine – What the gospel of innovation gets wrong, *The New Yorker*, 23.6.2014, abrufbar unter <www.newyorker.com>, die eine Kurzfristorientierung und mangelnde Nachhaltigkeit beklagt.

²¹ *Christensen/Matzler/v. d. Eichen* (Fn. 20), 6 f.

²² *Christensen/Matzler/v. d. Eichen* (Fn. 20), 6 ff.

²³ Vgl. die tabellarische Übersicht bei *Christensen/Matzler/v. d. Eichen* (Fn. 20), 18.

müssen.²⁴ Darüber hinaus steht eine zukunftsorientierte Rechtspolitik und -dogmatik vor der weitergehenden Herausforderung, Haftungsregeln bereits *ex ante* möglichst so zu gestalten, dass sie Innovationen und die Entstehung neuer Märkte in sozial verträglicher Weise fördern und nicht unnötig behindern.²⁵ An dieser Stelle seien nur drei aktuelle Beispiele für potenziell „disruptive“ Zukunftstechnologien genannt:

2. Beispiele für disruptive Innovationen

a) Autonomes Fahren

Erstens, das selbstfahrende Auto. Die amerikanische Internet-Firma *Google* arbeitet in Kalifornien mit Hochdruck an der Entwicklung eines autonomen Kraftfahrzeugs, und auch deutsche Hersteller sind darum bemüht, in näherer Zukunft serienreife Modelle zu präsentieren.²⁶ Die Frage, wer für die aus dem Gebrauch solcher Fahrzeuge resultierenden Risiken haftet, wird dies- und jenseits des Atlantiks intensiv erörtert.²⁷ Während bisher Produkthaftungsan-

²⁴ N. Katyal, *Disruptive Technologies and the Law*, Geo. L. J. 102 (2014), 1685 ff.

²⁵ Siehe hierzu J. Eichelberger, *Innovationsrelevante Regeln des allgemeinen Zivilrechts und ihre Innovationswirkung*, in: R.M. Hilty/T. Jaeger/M. Lamping (Hg.), *Herausforderung Innovation: Eine interdisziplinäre Debatte* (2012), 45 ff.; T. Hoeren, *Innovationsverantwortung und Haftung im Internet*, in: M. Eifert/W. Hoffmann-Riem (Hg.), *Innovation, Recht und öffentliche Kommunikation* (2011), 123 ff.; A. Röthel, *Zuweisung von Innovationsverantwortung durch Haftungsregeln*, in: M. Eifert/W. Hoffmann-Riem (Hg.), *Innovationsverantwortung* (2009), 335 ff.; G. Spindler, *Nanotechnologie und Haftungsrecht*, in: R. Hendler/P. Marburger/P. Reiff/M. Schröder (Hg.), *Nanotechnologie als Herausforderung für die Rechtsordnung* (2009), 125 ff.; G. Wagner, *Haftung und Versicherung als Instrumente der Techniksteuerung*, in: K. Vieweg (Hg.), *Techniksteuerung und Recht* (2000), 87 ff.; vgl. auch aus vorwiegend öffentlich-rechtlicher Sicht W. Kahl, *Die Innovationsfunktion des Rechts*, ZRph 2004, 1 ff.; A. Roßnagel, *Innovation als Gegenstand der Rechtswissenschaft*, in: H. Hof (Hg.), *Innovationsforschung: Ansätze, Methoden, Grenzen und Perspektiven* (2007), 9, 14 f.

²⁶ Siehe zum aktuellen Stand der Entwicklung W. Kuntz, *BITKOM: Durchbruch beim autonomen Fahren für 2030 erwartet*, ZD-Aktuell 2015, 04802; R. Lindner, *Kalifornien bremst Roboterautos aus*, FAZ Nr. 294 v. 18.12.2015, S. 24; o.V., *Vertrauen in selbstfahrende Autos*, FAZ Nr. 274 v. 25.11.2015, S. 21; W. v. Petersdorff, *Selbstfahrende Autos sind nicht unfallfrei*, FAZ (Online-Ausgabe) v. 2.11.2015, abrufbar unter <<http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/fruehaufsteher/strassenverkehr-selbstfahrende-autos-sind-nicht-unfallfrei-13888773.html>>.

²⁷ Katyal, Geo. L. J. 102 (2014), 1685, 1688 f., insbes. 1689: „Liability in a world of driverless cars is one of the great legal questions to come“; ausführlich S.H. Duffy/J.P. Hopkins, *Sit, Stay, Drive: The Future of Autonomous Car Liability*, SMU Sci. Tech. L. Rev. 16 (2013), 453 ff.; hierzu aus deutscher Perspektive J. Fleck/A. Thomas, *Automatisierung im Straßenverkehr – Wohin fahren wir?*, NJOZ 2015, 1393 ff.; V.M. Jänich/P.T. Schrader/V. Reck, *Rechtsprobleme des autonomen Fahrens*, NZV 2015, 313 ff.; L.S. Lutz, *Autonome Fahrzeuge als rechtliche Herausforderung*, NJW 2015, 119 ff.; M.N. Schubert, *Autonome*

sprüche bei der Bewältigung von Straßenverkehrsunfällen gegenüber der Haftung des Halters und des Fahrers nur wenig ins Gewicht fallen,²⁸ könnte sich dies dramatisch ändern, wenn die Rolle des Fahrers sich künftig auf die eines bloßen Passagiers beschränken sollte.²⁹ Wenn das Recht in dieser Frage keine klare Zuweisung der Haftungsrisiken schafft, droht die daraus resultierende Unsicherheit die Entstehung eines neuen Marktes zu behindern.³⁰

b) Nanotechnologische Medizinprodukte

Zweitens, der Zukunftsmarkt für medizintechnologische Produkte. Auch hier beansprucht *Google* eine Pionierrolle.³¹ Die *Life Sciences*-Abteilung des Konzerns arbeitet derzeit an nanotechnologischen Produkten, die in den Blutkreislauf eines Menschen eingeschleust werden.³² Dort sollen sie aus dem Körper unmittelbar Daten gewinnen, die vor Gesundheitsrisiken, wie etwa einer drohenden Krebserkrankung oder einem Herzinfarkt, warnen.³³ Der zunehmende Einsatz technologischer Mittel zur Gesundheitsprophylaxe wirft in normativer Hinsicht insbesondere die Frage auf, ob der Hersteller für die hiermit verbundenen Entwicklungsrisiken haftet (näher unten V.1.c)).

c) Digitale Inhalte und digital gesteuerte Produktionsprozesse

Drittens, digitale Inhalte und digital gesteuerte Produktionsprozesse.³⁴ Hier stellt sich zunächst die Frage der Abgrenzung zwischen Produkten und Dienstleistungen. Das europäische Produkthaftungsrecht erstreckt sich bekanntlich derzeit nur auf bewegliche Sachen (Art. 2 Satz 1 ProdHaftRL, § 2

Fahrzeuge – Vorüberlegungen zu einer Reform des Haftungsrechts, PHI 2015, 46 ff.; vgl. auch aus ethisch-moralphilosophischer Sicht A. Hevelke/J. Nida-Rümelin, Selbstfahrende Autos und Trolley-Probleme: Zum Aufrechnen von Menschenleben im Falle unausweichlicher Unfälle, Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik 19 (2014/2015), 5 ff.

²⁸ Siehe aber z.B. BGHZ 181, 253 = NJW 2009, 2952 – *Airbags*.

²⁹ Näher hierzu unten V.2.

³⁰ Zutreffend Jänich/Schrader/Reck, NZV 2015, 313, 318; vgl. auch aus der Tagespresse R. Lindner, Haftungsfragen, FAZ Nr. 294 v. 18.12.2015, S. 24.

³¹ T. Schulz, Medizin-Labor GWC 7 – Hier programmiert Google die Menschheit um, Spiegel Online vom 8.11.2015, abrufbar unter <www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/google-revolutioniert-die-medizin-einblicke-in-die-geheimen-labore-a-1060865.html>.

³² Schulz (Fn. 31); speziell zu den Haftungsfragen der Nanotechnologie eingehend Spindler (Fn. 25), 125 ff.

³³ Schulz (Fn. 31).

³⁴ Vgl. P. Bräutigam/T. Klindt, Industrie 4.0, das Internet der Dinge und das Recht, NJW 2015, 1137 ff.; M. Schmidt-Kessel, Für ein digitales Produktsicherheitsrecht – ein Plädoyer, VuR 2015, 121 f.; C. Schucht, Das neue Recht der Funkanlagen – Regelungsgeme für Zukunftstechnologien („Industrie 4.0“, „Smart Home“ und Drohnen), PHI 2015, 170 ff.

ProdHaftG).³⁵ Eine allgemeine Gefährdungshaftung für Datenverarbeitung kennt das geltende Recht hingegen nicht.³⁶ Zwar kann die Produkthaftung nach allgemeiner Meinung auch z.B. auf einer DVD gespeicherte Standardsoftware erfassen,³⁷ aber schon in Bezug auf Individualsoftware scheiden sich die Geister daran, ob insoweit der Dienstleistungscharakter gegenüber der Verkörperung überwiegt.³⁸ Umstritten ist ferner, ob die Produkthaftung im Fall der heute gängigen Online-Übertragung von Software eingreifen kann.³⁹ Diese Rechtsunsicherheit bei der Haftung für Sicherheitsmängel ist angesichts millionenfacher Hackerangriffe auf private und staatliche IT-Systeme Besorgnis erregend.⁴⁰ Während Innenminister *de Maizière* auf dem nationalen IT-Gipfel in Berlin am 19.11.2015 ausdrücklich gefordert hat, Software-Anbieter bei Sicherheitsdefiziten stärker als bisher mittels der Produkthaftung zur Verantwortung zu ziehen,⁴¹ schweigt die Strategie der Europäischen Kommission für einen digitalen Binnenmarkt leider zu diesem zentralen Punkt.⁴² Der technische Fortschritt verwischt zudem nicht nur die Trennung zwischen Sachen und Dienstleistungen, sondern auch die für das europäische und US-amerikanische Produkthaftungsrecht konstitutive Grenzziehung zwischen Produzenten und Verbrauchern.⁴³ Leistungsfähige 3 D-Drucker werden

³⁵ Näher MünchKomm/Wagner (Fn. 19), § 2 ProdHaftG, Rn. 15; Staudinger/Oechsler (Fn. 19), § 2 ProdHaftG, Rn. 64; ebenso im Grundsatz das Recht in den USA, siehe Restatement (Third) of Torts: Products Liability § 19 (1998), m.w.N. in Comment d; näher *W.C. Powers, Jr.*, Distinguishing Between Products and Services in Strict Liability, N.C. L. Rev. 62 (1984), 415, 418, 425; *M.D. Scott*, Tort Liability for Vendors of Insecure Software: Has the Time Finally Come?, Md. L. Rev. 67 (2008), 425 ff.; *F.E. Zollers/A. Mc Mullin/S.N. Hurd/P. Shears*, No More Soft Landings for Software: Liability for Defects in an Industry that Has Come of Age, Santa Clara Computer and High Tech. L. J. 21 (2005), 745 ff.

³⁶ *T. Hoeren*, Rezension von *N. Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, ZSS (GA) 121 (2004), 590, 593.

³⁷ MünchKomm/Wagner (Fn. 19), § 2 ProdHaftG, Rn. 15; Staudinger/Oechsler (Fn. 19), § 2 ProdHaftG, Rn. 64.

³⁸ Vgl. einerseits Staudinger/Oechsler (Fn. 19), § 2 ProdHaftG, Rn. 69 (Sacheigenschaft bejahend); MünchKomm/Wagner (Fn. 19), § 2 ProdHaftG, Rn. 15 (verneinend), beide m.w.N.; unentschieden *Wuyts*, JETL 2014, 1, 5 f.

³⁹ Vgl. einerseits MünchKomm/Wagner (Fn. 19), § 2 ProdHaftG, Rn. 15 (bejahend); andererseits Staudinger/Oechsler (Fn. 19), § 2 ProdHaftG, Rn. 67 (verneinend), beide m.w.N.

⁴⁰ Vgl. *o.V.*, De Maizière rügt Apple und Microsoft, FAZ Nr. 270 v. 20.11.2015, S. 15; *C. Schulzki-Haddouti*, Mehr IT-Sicherheit durch Produkthaftung, vdi-Nachrichten v. 27.2.2015, abrufbar über <www.vdi-nachrichten.com>.

⁴¹ FAZ Nr. 270 v. 20.11.2015, S. 15 (vorige Fn.).

⁴² KOM(2015) 192 endgültig.

⁴³ *D.R. Desai/G.N. Magliocca*, Patents, Meet Napster: 3D Printing and the Digitization of Things, Geo. L. J. 102 (2014), 1691, 1702 f.; *R. Kerpen*, 3D-Druck und Haftung – mehr Dimensionen als man sich vorstellen kann, PHI 2015, 194 f.; *L.S. Osborn*, Regulating

bereits heute in der industriellen Fertigung eingesetzt;⁴⁴ sie finden aber dank sinkender Kosten zunehmend ihren Weg auch in die Haushalte von Privatpersonen.⁴⁵ Die den Konsumenten damit eingeräumte Möglichkeit, Produkte in quasi-industrieller Qualität selbst herstellen zu können, ist nicht allein vertriebs-, patent- oder markenrechtlich relevant,⁴⁶ sondern wirft viele neue Haftungsfragen auf.⁴⁷ Überdies können 3 D-Drucker nicht nur für harmlose Zwecke eingesetzt werden; vielmehr lassen sie sich mithilfe entsprechender Software auch zur Herstellung funktionsfähiger Waffen, illegaler Arzneimittel oder Drogen verwenden.⁴⁸

III. Das Zeit- und Informationsdilemma bei der Regulierung neuer Märkte

Die Regulierung neuartiger technischer Risiken steht vor einem grundlegenden Dilemma, das auch als „Zeitkonflikt“ oder als „Innovationsparadoxie“ bezeichnet wird:⁴⁹ Um innovativen Produkten einen Marktzutritt zu ermöglichen, müssen Sicherheitsstandards und Haftungsregeln bereits zu einem Zeitpunkt festgelegt werden, in dem über die mit der Nutzung entsprechender Produkte verbundenen Risiken vielfach noch keine abschließende Klärung möglich ist.⁵⁰ Sind die Regeln zu streng, werden Innovationen erschwert und die einheimische Industrie gegenüber ausländischen Wettbewerbern benach-

Three-Dimensional Printing: The Converging Worlds of Bits and Atoms, San Diego L. Rev. 51 (2014), 553, 569 ff.

⁴⁴ Zu den so hergestellten Waren als Produkten i.S.d. § 2 ProdSG T. Klindt/C. Schucht, Produktsicherheitsgesetz (2. Aufl., 2015), § 2 ProdSG, Rn. 160.

⁴⁵ Desai/Magliocca, Geo. L. J. 102 (2014), 1691, 1702 f.; Kerpen, PHI 2015, 194, 195; Osborn, San Diego L. Rev. 51 (2014), 553, 566 ff.

⁴⁶ Hierzu eingehend Desai/Magliocca, Geo. L. J. 102 (2014), 1691 ff.; siehe auch H. Zech, Neue Technologien als Herausforderung für die Rechtfertigung des Immaterialgüterrechtsschutzes, in: R.M. Hilty/T. Jaeger/M. Lamping (Hg.), Herausforderung Innovation: Eine interdisziplinäre Debatte (2012), 81 ff.; ferner allgemein zur Frage der Innovationsangemessenheit des Immaterialgüterrechts die Beiträge in C. Ott/H.-B. Schäfer (Hg.), Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovationen (1994).

⁴⁷ Näher Kerpen, PHI 2015, 194 f.; Osborn, San Diego L. Rev. 51 (2014), 553, 566 ff.

⁴⁸ Katyal, Geo. L. J. 102 (2014), 1685, 1687 f.; zu den denkbaren Regulierungsmöglichkeiten im Hinblick auf Waffen Desai/Magliocca, Geo. L. J. 102 (2014), 1691, 1700 ff.; Osborn, San Diego L. Rev. 51 (2014), 553, 576 ff.

⁴⁹ Vgl. Eichelberger (Fn. 25), 45, 51: („Zeitkonflikt“); ähnlich bereits Kahl, ZRph 2004, 1, 3: „Innovationsparadoxie im Recht“; Roßnagel (Fn. 25), 9, 16 f.: („3 Paradoxien“); ausführlich Röthel (Fn. 25), 335, 344 f. („legal lag“), Spindler (Fn. 25), 125, 128.

⁵⁰ Vgl. Eichelberger (Fn. 25), 45, 51; Kahl, ZRph 2004, 1, 3; Roßnagel (Fn. 25), 9, 16 f.; Röthel (Fn. 25), 335, 344 f.

teilt. ⁵¹ Sind die maßgebenden Vorschriften aber zu lax, werden die Sicherheitserwartungen der Verbraucher enttäuscht und wird die Akzeptanz neuer Produkte erschwert. ⁵² Auch dies kann sich im Ergebnis innovationshemmend auswirken. Hier die richtige Balance zu finden, hängt von der angemessenen Gewichtung zwischen einer *ex ante*- und einer *ex post*-Regulierung ab; ⁵³ eng damit verknüpft ist die Verteilung regulatorischer Aufgaben zwischen dem bürgerlichen und dem öffentlichen Recht. ⁵⁴

IV. Ziviles Haftungsrecht und öffentliches Recht

Geht man von der funktionalen Methode der Rechtsvergleichung aus, ⁵⁵ erweist sich eine Fokussierung allein auf das Zivilrecht als zu eng, denn Steuerungsaufgaben, die der eine Staat als legitime Zwecke des Privatrechts ansehen mag, können in einem anderen Rechtssystem exklusiv oder zumindest primär dem öffentlichen Recht bzw. dem Strafrecht zugewiesen werden. ⁵⁶ Dies gilt auch für die Regulierung neuer Produkte und Märkte. ⁵⁷ Das herkömmliche deutsche Modell betont insoweit das Vorsorgeprinzip und damit verbunden die *ex ante*-Regulierung von Risiken durch das öffentliche Recht,

⁵¹ Näher *J.M. Shepherd*, Products Liability and Economic Activity: An Empirical Analysis of Tort Reform's Impact on Businesses, Employment, and Production, *Vand. L. Rev.* 66 (2013), 257, 289 f.; ferner *M. Reimann*, Harmony and Chaos in Products Liability: The Divergent Paths of Europe and the United States, in: F. Faust/G. Thüsing (Hg.), *Beyond Borders: Perspectives on International and Comparative Law – Symposium in Honour of Hein Kötz* (2006), 91, 102; vgl. auch die Kritik von Google an der geplanten strengen kalifornischen Regelung zum autonomen Fahren, *R. Lindner* (Fn. 26).

⁵² Hierzu *Röthel* (Fn. 25), 335, 353.

⁵³ Hierzu aus ökonomischer Sicht eingehend *B. Galle*, In Praise of Ex Ante Regulation, *Vand. L. Rev.* 68 (2015), 1715 ff.

⁵⁴ Zur Überforderung des öffentlichen Rechts durch die Einführung neuer Technologien *Wagner*, *AcP* 206 (2006), 352, 440; zur Überforderung des Zivilrechts bei dem Ausgleich öffentlich-rechtlicher Steuerungsdefizite aber wiederum *U. Magnus*, Why is US Tort Law so Different?, *JETL* 2010, 102, 122 f.

⁵⁵ Siehe oben bei Fn. 1.

⁵⁶ Hierzu näher *Poelzig* (Fn. 6), 18 ff.; *Wagner*, *AcP* 206 (2006), 352, 436 ff.; zum Deliktsrecht allgemein *J. Fedtke*, The Culture of German Tort Law, *JETL* 2012, 183, 187; *Magnus*, *JETL* 2010, 120 ff.; *Röthel* (Fn. 25), 335, 336; *C. Widmer Lüchinger*, Schweizerisches und US-amerikanisches Haftpflichtrecht: Konvergenz/Divergenz unter Berücksichtigung der Arzthaftung und der Haftung für Asbestschäden, *ZBJV* 151 (2015), 545; speziell zur Produkthaftung *K.-H. Ladeur*, Die rechtliche Steuerung von Entwicklungsrisiken zwischen zivilrechtlicher Produkthaftung und administrativer Sicherheitskontrolle, *BB* 1993, 1303 ff.; *M. Reimann*, Product Liability in a Global Context: The Hollow Victory of the European Model, *ERPL* 2003, 128, 152 f.

⁵⁷ Konziser Überblick bei *A.-C. Hahn*, Produktsicherheit und Produkthaftung im internationalen Kontext, *AJP/PJA* 2008, 1007, 1010 f.

etwa das Produktsicherheitsrecht, das Immissionsschutzrecht oder ähnliche Regeln.⁵⁸ Haftungsrechtliche Ansprüche spielen unter regulatorischen Aspekten traditionell eher eine untergeordnete, ergänzende Rolle.⁵⁹ Dem steht idealtypisch das Recht in den USA gegenüber, das in wesentlich stärkerem Maße eine *ex post*-Perspektive einnimmt:⁶⁰ Die Regulierung von Produktrisiken erfolgt dort traditionell nicht nur, vielleicht nicht einmal primär, durch verwaltungsrechtliche Standardsetzung und Behördenaufsicht, sondern auch durch private Kläger.⁶¹ Zu diesem Zweck stellt das Recht in den USA den Geschädigten und ihren Anwälten ein äußerst wirkungsvolles Instrumentarium aus materiellen Anreizen (*punitive damages*, *contingency fees*) und prozessualer Anspruchsbündelung (*class actions*) zur Verfügung.⁶²

Diese holzschnittartige Gegenüberstellung muss aber in mehrfacher Hinsicht relativiert werden. Erstens sind US-amerikanische Bundesbehörden nicht nur auf den Gebieten des Kapitalmarkt- und Kartellrechts,⁶³ sondern auch in Bezug auf Umwelt- und Produktsicherheitsstandards höchst schlagkräftig;⁶⁴ man denke nur an den jüngsten Abgasskandal bei Volkswagen.⁶⁵ Zweitens ist bereits darauf hingewiesen worden, dass die europäische Produkthaftungsrichtlinie gerade einen *ex post*-Ausgleich dafür schaffen sollte, dass eine zentrale europäische Aufsichtsbehörde für die Produktsicherheit nicht existiert (s. oben I.). Weder ist also das US-amerikanische Recht rein *ex post* noch umgekehrt das europäische bzw. deutsche Recht rein *ex ante* orien-

⁵⁸ Von einem „europäischen“ Modell öffentlich-rechtlicher Regulierung spricht *Hahn*, AJP/PJA 2008, 1007, 1010 f.; ebenso *Reimann*, ERPL 2003, 128, 152 f.; zur rechtskulturellen Prägung des deutschen Deliktsrechts eingehend *Fedtke*, JETL 2012, 183 ff.; zur Frage einer europäischen Rechtskultur in diesem Zusammenhang *K. Oliphant*, Cultures of Tort Law in Europe, JETL 2012, 147 ff.

⁵⁹ Gute Zusammenfassung der deutschen Diskussion bei *Poelzig* (Fn. 6), 31 ff.; ferner *Hahn*, AJP/PJA 2008, 1007, 1010 f.; *Reimann*, ERPL 2003, 128, 152 f.; alle m.w.N.

⁶⁰ Von einem „US-amerikanische[n] Modell“ spricht *Hahn*, AJP/PJA 2008, 1007, 1011; ebenso *Reimann*, ERPL 2003, 128, 152 f.

⁶¹ Siehe allgemein zum Ansatz der „Regulation through litigation“ *K.J. Hopt/R. Kulms/J. v. Hein*, Rechtshilfe und Rechtsstaat (2006), 12 f.; *Poelzig* (Fn. 6), 51 ff., jeweils mit umfassenden Nachweisen zur Diskussion in den USA.

⁶² Näher *Hopt/Kulms/v. Hein* (vorige Fn.), 12 f.; *Poelzig* (Fn. 6), 51 ff.; *Widmer Lüchinger*, ZBJV 151 (2015), 545, 549 ff.

⁶³ Zum US-amerikanischen Kapitalmarktrecht eingehend *J. v. Hein*, Die Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland (2008), 617 ff.; zum US-amerikanischen Kartellrecht *Poelzig* (Fn. 6), 58 f.

⁶⁴ Eingehend *Polinsky/Shavell*, Harv. L. Rev. 123 (2010), 1437, 1450 ff.; eine abnehmende Bedeutung des zivilen Produkthaftungsrechts im Verhältnis zur öffentlich-rechtlichen Regulierung der Produktsicherheit konstatiert auch *Shepherd*, Vand. L. Rev. 66 (2013), 257, 283.

⁶⁵ Hierzu *F. Dudenhöffer*, Auf Kosten der anderen, Cicero 11/2015, 88 ff.; *O. Storbeck*, Im Abgastest, Cicero 11/2015, 82 f.

tiert.⁶⁶ Auch der Blick auf die materiellrechtlichen Anspruchsgrundlagen zeigt, dass das Verhältnis zwischen *ex ante*- und *ex post*-Regulierung differenzierter zu betrachten ist.

V. Verschuldens- und Gefährdungshaftung

1. Haftung der Hersteller oder Anlagenbetreiber

a) Gefährdungshaftung als Reaktion auf neuartige Risiken

Die Gefährdungshaftung gilt herkömmlich als klassisches Instrument, um das mit der Einführung technischer Innovationen verbundene Zeit- und Informationsdilemma sowie die damit verbundene Abgrenzung zwischen bürgerlichem und öffentlichem Recht in den Griff zu bekommen. So fassen etwa *Kötz* und *Wagner* die traditionelle Sichtweise dahingehend zusammen, dass die Gefährdungshaftung als ein „Korrelat für die Zulassung technischer Risiken“ erscheine:⁶⁷ Eine *ex ante*-Regulierung neuer Risiken durch Verwaltungsrecht würde den Fortschritt hemmen, sodass ein haftungsrechtlicher Interessenausgleich *ex post* vorzugswürdig sei.⁶⁸ Das historische Standardbeispiel bildet die auf *Savigny* zurückgehende preußische Gesetzgebung von 1838, mit der die Eisenbahn einer Gefährdungshaftung unterworfen wurde.⁶⁹ Und auch in jüngster Zeit wird in Bezug auf die Regulierung selbstfahrender Autos oder anderer „smart products“ in den USA und Deutschland mit normativen Parallelen zur strikten Haftung des Tierhalters (vgl. § 833 Satz 1 BGB) argumentiert: „Sit, Stay, Drive“, lautet der plastische Titel eines amerikanischen Beitrags.⁷⁰

So plausibel dieses historische Narrativ auf den ersten Blick klingt, bleibt doch fraglich, warum die Gefährdungshaftung gerade für *neue* technische Risiken eine adäquate Haftungsform darstellen soll. Es ist nicht zu Unrecht darauf hingewiesen worden, dass es zahlreiche alte Techniken gibt – etwa das

⁶⁶ Eine Lanze für eine stärkere *ex ante*-Regulierung in den USA bricht *Galle*, Vand. L. Rev. 68 (2015), 1715 ff.

⁶⁷ *Kötz/Wagner* (Fn. 2), Rn. 498; vgl. auch ebenda Rn. 494: „Sieht man von der strengen Haftung der Halter von Luxustieren gem. § 833 S. 1 [BGB] ab, so zielen alle übrigen Tatbestände der Gefährdungshaftung auf den Ausgleich solcher Schäden ab, in denen sich die besonderen Unfallrisiken der modernen technischen Entwicklung verwirklicht haben.“

⁶⁸ *Kötz/Wagner* (Fn. 2), Rn. 498.

⁶⁹ Hierzu *T. Baums*, Die Einführung der Gefährdungshaftung durch F.C. von Savigny, ZSS (GA) 104 (1987), 277 ff.; *R. Ogorek*, Untersuchungen zur Entwicklung der Gefährdungshaftung im 19. Jahrhundert (1975), 61 ff.

⁷⁰ Eingehend *Duffy/Hopkins*, SMU Sci. Tech. L. Rev. 16 (2013), 453, 467 ff.; vgl. auch *Bräutigam/Klindt*, NJW 2015, 1137, 1138 f. (Rechtsgedanke des § 833 Satz 1 BGB für „smart products“).

Fällen eines Baums oder die Fahrt mit einer gewerblichen Pferdedroschke –, die vermutlich für den Einzelnen gefährlicher sind als z.B. eine Reise im ICE, aber dennoch keiner Gefährdungshaftung unterliegen.⁷¹ Zudem würde der Gedanke einer Förderung technischer Innovationen durch Haftungsrecht (siehe oben III.) es *prima facie* eher nahelegen, neue Technologien durch eine Verschuldenshaftung zu subventionieren.⁷² *Von Bar* hat hierzu die interessante Hypothese entwickelt, dass die Unterscheidung zwischen Verschuldens- und Gefährdungshaftung „ihren wichtigsten Grund darin haben [dürfte], dass es nach der Zulassung bestimmter neuer Risiken überhaupt noch keine Erfahrungen darüber gab, was im Umgang mit ihnen als ‚sorgfältig‘ bzw. ‚unsorgfältig‘ anzusehen ist.“⁷³ Er bestätigt damit eine rechtsökonomisch fundierte Auffassung, nach der die Gefährdungshaftung dem Schädiger wirksamere Anreize zur Erforschung potenzieller Risiken und zur Sammlung entsprechender Informationen gebe als die Verschuldenshaftung.⁷⁴ Während bei der Verschuldenshaftung erst die Gerichte notwendige Sorgfaltsmaßstäbe entwickeln müssten, so dieser Gedankengang, habe der rational seine Kosten und seinen Nutzen abwägende Verantwortliche bei der verschuldensunabhängigen Haftung einen Anlass dazu, über den bereits etablierten Standard hinausgehende Maßnahmen zur Risikovermeidung zu konzipieren, um die Entstehung von Schadensfällen und damit seine drohende Inanspruchnahme zu vermeiden.⁷⁵ Das klingt bestechend, weckt aber doch gewisse Vorbehalte:

Erstens weist *von Bar* darauf hin, dass es rechtshistorisch kein einziges Beispiel dafür gibt, dass nach einer Übergangszeit, in der entsprechende Erfahrungen gesammelt worden seien und die einstmals neue Technik ausgereift sei, eine Rückkehr zur Verschuldenshaftung vollzogen worden wäre.⁷⁶ Wenn die Ratio der Gefährdungshaftung allein darin läge, Anreize zur Generierung von Wissen bei neuartigen Risiken zu schaffen, müsste dieser Effizienzvorteil jedoch mit der Zeit notwendigerweise abnehmen.

Zweitens bedarf die Einstufung der Gefährdungshaftung als Form der *ex post*-Regulierung einer Einschränkung, soweit – wie in Deutschland – hierfür eine spezialgesetzliche Normierung erforderlich ist.⁷⁷ Da es an einer zivilrechtlichen Generalklausel für die Gefährdungshaftung fehlt und die

⁷¹ *N. Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts (2003), 384; *Ladeur*, BB 1993, 1303, 1308.

⁷² Dazu sogleich unter V.1.b).

⁷³ *C. v. Bar*, Rezension von *Jansen* (Fn. 71), AcP 203 (2003), 859, 862; ähnlich *Kötz*, Deliktsrecht (4. Aufl., 1988), Rn. 341: Regulierung „neuartiger, noch [!] nicht voll beherrschter Gefahren“.

⁷⁴ Näher *Wagner* (Fn. 25), 87, 94 ff.; ebenso *Röthel* (Fn. 25), 335, 349.

⁷⁵ *Wagner* (Fn. 25), 87, 96; ebenso *Röthel* (Fn. 25), 335, 349.

⁷⁶ *v. Bar* (Fn. 12), § 3, Rn. 313.

⁷⁷ Eingehend *Röthel* (Fn. 25), 335, 348 f.; vgl. bereits *H. Kötz*, Haftung für besondere Gefahr, AcP 170 (1970), 1, 15.

Rechtsprechung sich beim Aufkommen neuer Risiken einer Analogie zu bereits vorhandenen Tatbeständen verschließt,⁷⁸ muss der deutsche Gesetzgeber nicht nur im Verwaltungsrecht, sondern auch im Zivilrecht schon *vor* einer Schädigung tätig werden, was wiederum in das bekannte Zeit- und Informationsdilemma mündet.⁷⁹ *Hein Kötz* hat bereits 1970 herausgearbeitet, dass die nachträgliche Kodifikation spezieller Gefährdungshaftungstatbestände als Reaktion auf neuartige technische Risiken zu einer „ungute[n] Phasenverschiebung“ führe.⁸⁰ Die von *Kötz* daraus abgeleitete rechtspolitische Forderung, eine Haftung für besondere Gefahr als Generalklausel einzuführen,⁸¹ könnte insoweit einen Beitrag zur Förderung technischer Innovationen leisten. Sie birgt aber auch heute noch das Potenzial, das europäische Deliktsrecht zu spalten,⁸² was sich daran ablesen lässt, dass der *Draft Common Frame of Reference* (DCFR⁸³) einerseits, die *Principles of European Tort Law* (PETL⁸⁴) andererseits diese Streitfrage entgegengesetzt lösen, der DCFR verneinend (Art. VI.-3:202 ff.: Enumerationsprinzip),⁸⁵ die PETL hingegen bejahend (Art. 5:101: Generalklausel).⁸⁶ Auch im Zusammenhang mit geplanten Reformen des französischen und des österreichischen Haftungsrechts wird diese Frage kontrovers diskutiert.⁸⁷ Bedenklich stimmt, dass sich selbst das *House*

⁷⁸ St. Rspr., siehe RGZ 78, 171, 172; BGHZ 55, 229, 233 ff.; hierzu mit zahlreichen rechtsvergleichenden Hinweisen *Kötz/Wagner* (Fn. 2), Rn. 509 ff.

⁷⁹ *Röthel* (Fn. 25), 335, 348 f.

⁸⁰ *Kötz*, AcP 170 (1970), 1, 15.

⁸¹ *Kötz*, AcP 170 (1970), 1 ff.; *ders.*, Gefährdungshaftung – Empfiehlt sich eine Vereinheitlichung und Zusammenfassung der gesetzlichen Vorschriften über die Gefährdungshaftung im BGB und erscheint es erforderlich, das Recht der Gefährdungshaftung weiterzuentwickeln?, in: Bundesminister der Justiz (Hg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts (Bd. II, 1981), 1779 ff.; kritisch hierzu namentlich *H. Stoll*, Richterliche Fortbildung und gesetzliche Überarbeitung des Deliktsrechts (1984), 19 ff.

⁸² Eingehend zum aktuellen Diskussionsstand in Europa *J. Metzinger*, Gefährdungshaftung: Einzelgesetze oder Generalklausel?, *Bucerius L. J.* 2014, 80 ff. (insbes. 84); umfassender Überblick über die europäischen Rechtsordnungen bei *v. Bar* (Fn. 12), § 3, Rn. 342 ff., beide m.w.N.

⁸³ *C. v. Bar/E. Clive* (Hg.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition (Bd. 4, 2009).

⁸⁴ European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law – Text and Commentary* (2005); ohne Kommentierung sind die PETL in verschiedenen Sprachfassungen auch abrufbar unter <<http://www.egtl.org/>>.

⁸⁵ Hierzu *G. Wagner*, Deliktsrecht, in: R. Schulze (Hg.), *Der akademische Entwurf für einen gemeinsamen Referenzrahmen* (2008), 161, 187 ff.

⁸⁶ Hierzu *N. Jansen*, *Principles of European Tort Law? – Grundwertungen und Systembildung im europäischen Haftungsrecht*, *RabelsZ* 70 (2006), 732, 764 ff.

⁸⁷ Siehe zur Rezeption des Art. 5:101 PETL in der französischen Reformdiskussion *O. Moréteau*, *The Draft Reforms of French Tort Law in the Light of European Harmonization*, in: *Festschrift für Ulrich Magnus* (2014), 77, 84; zu Österreich siehe den Vorschlag einer Generalklausel (§ 1304) im Entwurf von *I. Griss/G. Kathrein/H. Koziol*, Entwurf

of Lords, das als Gerichtshof des Common Law sicher nicht zurückhaltend gegenüber richterlicher Rechtsfortbildung war, in der Sache *Cambridge Water* dafür aussprach, die Einführung einer Gefährdungshaftung dem Parlament zu überlassen:⁸⁸

„[A]s a general rule, it is more appropriate for strict liability in respect of operations of high risk to be imposed by Parliament, than by the courts. If such liability is imposed by statute, the relevant activities can be identified, and those concerned can know where they stand. Furthermore, statute can where appropriate lay down precise criteria establishing the incidence and scope of such liability.“

Trotz beachtlicher rechtsvergleichender Vorarbeiten herrscht somit in der Legitimation und Ausgestaltung der Gefährdungshaftung in Bezug auf neuartige Risiken auch heute noch eine erhebliche normative Unsicherheit, deren Klärung weitere Forschung erfordert.

b) Verschuldenshaftung als Subventionierung von Innovationen

Die Gegenposition zur Anordnung einer Gefährdungshaftung für neuartige Risiken könnte darin bestehen, Innovationen gezielt durch das Festhalten am Verschuldensprinzip zu fördern. So entschied man sich bereits bei der Schaffung des BGB im 19. Jahrhundert gegen die allgemeine Einführung einer Gefährdungshaftung, weil man den Unternehmern die mit einer strikten Haftung verbundenen finanziellen Belastungen ersparen wollte.⁸⁹ Der Gedanke, eine bestimmte wirtschaftliche Betätigung durch eine Verschuldenshaftung zu subventionieren, findet sich auch heute noch explizit im BGB, allerdings nicht in Bezug auf innovative Tätigkeiten, sondern in Gestalt der ökonomisch fragwürdigen Privilegierung gewerblicher Tierhalter (§ 833 Satz 2 BGB).⁹⁰

eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts (2006); diesen befürwortend *J. Taupitz/C. Pfeiffer*, Der Entwurf und der Gegenentwurf für ein neues österreichisches Schadenersatzrecht, JBl 2010, 88, 89 f.; hierzu die kritische Replik von *R. Reischauer*, Österreichische Schadenersatzreform mit deutschen Schiedsrichtern?, JBl 2010, 401 ff.; kritisch auch *C. Huber*, Die Reform des österreichischen Schadenersatzrechts, ZVR 2006, 472, 474 f.; bewusst auf eine Generalklausel verzichtend der sog. „Gegenentwurf“ von *R. Reischauer/K. Spielbüchler/R. Welser*, Reform des Schadenersatzrechts (Bd. II, 2008); allgemein gegen eine „Tendenz zur Entwicklung nichtssagender Generalklauseln“ im Haftungsrecht *R. Reischauer*, Entwicklungstendenzen bei den Haftungsstrukturen, JBl 2012, 545, 548 f.

⁸⁸ *Cambridge Water Co. v. Eastern Counties Leather Plc.* [1993] UKHL 12, 16 = [1994] 2 A.C. 264, 305.

⁸⁹ Eingehend *H.-P. Benöhr*, Die Entscheidung des BGB für das Verschuldensprinzip, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 46 (1978), 1, 18 ff.; *Kötz*, AcP 170 (1970), 1, 4 f.; *Kötz/Wagner* (Fn. 2), Rn. 24; *Ogorek* (Fn. 69), 135.

⁹⁰ Hierzu näher BGH, NJW 2009, 3233, Rn. 7; mit Recht kritisch *MünchKomm/Wagner* (Fn. 19), § 833 BGB, Rn. 3, m.w.N. zur Entstehungsgeschichte. Trotz des bereits bei der Schaffung des BGB von der Agrarlobby ausgeübten Drucks (hierzu *Benöhr*, Tijdschrift

Gegen die Förderung von Innovationen durch eine bloße Verschuldenshaftung wird aber ins Feld geführt, dass die Anordnung einer Gefährdungshaftung gerade umgekehrt dazu geeignet sei, die gesellschaftliche Akzeptanz einer neuen Technologie zu fördern.⁹¹ Ferner belaste das Erfordernis, Sorgfaltsstandards erst durch einen vom Erstgeschädigten zu führenden Prozess ermitteln und feststellen zu lassen, dieses Opfer mit einem „Aufopferungsschaden“, da der von ihm erstrittene Sicherheitsgewinn fortan „allen Marktteilnehmern als Gemeingut“ zugutekomme.⁹² Dieses Argument lässt sich aber ebenso umkehren: Warum soll ein Hersteller eigene knappe Ressourcen für die Erforschung von Risiken aufwenden, wenn anschließend nicht nur er selbst, sondern auch seine Wettbewerber von dem so generierten Wissen als Trittbrettfahrer profitieren?⁹³

c) Haftung für Entwicklungsrisiken

aa) Differenzierung nach Fehlertypen

Diese Frage wird bei der Produkthaftung für sog. Entwicklungsrisiken virulent, d.h. in Fällen, in denen die Fehlerhaftigkeit des Produkts nach dem Stand der Wissenschaft und Technik im Zeitpunkt des Inverkehrbringens noch nicht erkannt werden konnte (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 5 ProdHaftG; Art. 7 lit. e ProdHaftRL).⁹⁴ Die in Europa in den 1980er Jahren eingeführte Produkthaftung wird herkömmlich als Rezeption eines US-amerikanischen Regelungsvorbilds der „strict liability“ gesehen;⁹⁵ Generalanwalt *Tesouro* z.B. nahm in seinen Schlussanträgen in der Sache *Kommission/Vereinigtes Königreich* ausführlich auf die bekannten kalifornischen Leitentscheidungen *Escola v. Coca-Cola*⁹⁶

voor Rechtsgeschiedenis 46 (1978), 1, 20) konnte diese Privilegierung erst mit der Novelle vom 30.5.1908 (RGBl. 1908, 313) durchgesetzt werden.

⁹¹ Röthel (Fn. 25), 335, 353.

⁹² Röthel (Fn. 25), 335, 353.

⁹³ Siehe *Ladeur*, BB 1993, 1303, 1310; *Wagner* (Fn. 25), 87, 114 ff.

⁹⁴ Hierzu EuGH, 29.5.1997, Rs. C-300/95 (*Kommission/Vereinigtes Königreich*), Slg. 1997, I-2663; monographisch *J. Böhmeke-Tillmann*, Konstruktions- und Instruktionsfehler – Haftung für Entwicklungsrisiken (1992); *F. Kühn-Gerhard*, Eine ökonomische Betrachtung des zivilrechtlichen Haftungsproblems „Entwicklungsrisiko“ (2000); *A.M. Meermann*, Entwicklungsrisiko und State-of-the-Art (2013); *R. Schrupkowski*, Die Haftung für Entwicklungsrisiken in Wissenschaft und Technik (1995); eingehend *U. Becker/K. Rusch*, Das Problem des Entwicklungsrisikos und der state of the art defense im deutschen, französischen und US-amerikanischen Recht, ZEuP 2000, 90 ff.; *R. Krause*, Entwicklungsrisiken und Produkthaftung, in: K. Vieweg (Hg.), Risiko – Recht – Verantwortung (2006), 451 ff.; *Ladeur*, BB 1993, 1303 ff.; ferner *Eichelberger* (Fn. 25), 45, 57 ff.; *Fairgrieve/Howells/Pilgerstorfer*, JETL 2013, 1, 10 ff.; *Röthel* (Fn. 25), 335, 338 ff.; *Spindler* (Fn. 25) 125, 131 ff.; *Wagner* (Fn. 25), 87, 110 ff.; *D. Wuyts*, JETL 2014, 1, 30 ff.

⁹⁵ Näher *Reimann*, ERPL 2003, 128, 130 ff.

⁹⁶ 24 Cal. 2d 453, 150 P. 2d 436 (1944).

und *Greenman v. Yuba*⁹⁷ Bezug.⁹⁸ Bereits in den 1970er Jahren begann aber in den USA eine kritische Diskussion, die zum Niedergang und zur teilweisen Aufgabe des Dogmas der strikten Produkthaftung führte.⁹⁹ Im 3rd Restatement von 1998 ist die strikte Haftung des Produzenten praktisch auf eine Fehlerkategorie beschränkt worden.¹⁰⁰ Grob gesagt gilt Folgendes: Während für Fabrikationsrisiken tatsächlich gehaftet wird, ohne dass es darauf ankommt, ob der Fehler nach dem Stand der Technik im Zeitpunkt des Inverkehrbringens erkennbar war, der Hersteller also auch für sog. „Ausreißer“ in Anspruch genommen wird,¹⁰¹ kann er sich im Falle von Konstruktions- oder Instruktionsfehlern darauf berufen, dass die Fehlerhaftigkeit des Produkts nach dem Stand der Wissenschaft und Technik nicht vorhersehbar war.¹⁰² Obwohl sich eine entsprechende Differenzierung nach Fehlertypen nicht explizit in der Produkthaftungsrichtlinie findet und die Rechtsprechung etwa in Österreich oder dem Vereinigten Königreich grundsätzlich zu einer einheitlichen Behandlung von Entwicklungsrisiken tendiert,¹⁰³ hat der BGH das deutsche Produkthaftungsgesetz in der bekannten „Airbag“-Entscheidung

⁹⁷ 59 Cal. 2d 57, 377 P. 2d 897 (1963).

⁹⁸ GA *G. Tesauro*, Schlussanträge vom 23.1.1997 in der Rs. C-300/95 (*Kommission/Vereinigtes Königreich*), Slg. 1997, I-2651, Rn. 16 in Fn. 6; der von *G. Rühl*, Rechtsvergleichung und Europäisches Kollisionsrecht: Die vergessene Dimension, erhobene Vorwurf der „unzureichende[n]“ Sachrechtsvergleiche durch die EU-Judikative (in diesem Band, S. 103 ff., 126 ff.) verkennt, dass der Generalanwalt und der ihm zuarbeitende wissenschaftliche Dienst zentrale Elemente der Institution EuGH darstellen; hierzu statt vieler *R. Stotz*, Die Rechtsprechung des EuGH, in: K. Riesenhuber (Hg.), Europäische Methodenlehre (3. Aufl., 2015), § 22, Rn. 23.

⁹⁹ Zum „Decline of Strict Liability Theory“ eingehend *D.B. Dobbs/P.T. Hayden/E.M. Bublick*, *The Law of Torts* (Bd. II, 2. Aufl., 2011), 897 f.; von einer „Erosion of the Strict Liability Principle“ spricht *Reimann* (Fn. 51), 91, 101 f.

¹⁰⁰ Restatement (Third) of Torts: Products Liability § 2 (1998), hierzu *Dobbs/Hayden/Bublick* (Fn. 99), 897 f.; *Reimann* (Fn. 51), 91, 100 f.

¹⁰¹ Restatement (Third) of Torts: Products Liability § 2(a) und Comment a (1998).

¹⁰² Restatement (Third) of Torts: Products Liability § 2(b), § 2(c) (1998); zur Differenzierung nach Fehlertypen näher *Dobbs/Hayden/Bublick* (Fn. 99), 901 ff.; zum „reasonable alternative design test“ ebenda 928 ff.; speziell zu Entwicklungsrisiken bei Konstruktionsfehlern („design defects“) ebenda 941 ff.; für einen umfassenden Vergleich der Haftung für Entwicklungsrisiken in den USA und der EU siehe *J. Liu*, *Two Roads Diverged in a Yellow Wood: The European Community Stays on the Path to Strict Liability*, *Fordham Int'l L. J.* 27 (2003), 1940 ff.; eingehend zur Haftung für Konstruktionsfehler im Recht der USA *D.G. Owen*, *Design Defects*, *Mo. L. Rev.* 73 (2008), 291 ff., insbes. 331 ff., 362 zur „state of the art defense“; ferner *Becker/Rusch*, *ZEuP* 2000, 90, 98 ff.; *Meermann* (Fn. 94), 105 ff., insbes. 146 ff. zum Restatement 3rd; *Reimann* (Fn. 51), 91, 161; *ders.*, *ERPL* 2003, 128, 144.

¹⁰³ *A & Ors v. National Blood Authority & Ors* (2001) EWHC QB 446, (2001) 3 All ER 289; OGH, 28.6.1995 – 3Ob547/95, <<http://www.ris.bka.gv.at>> (Haftungsausschluss für Entwicklungsrisiken auch bei Produktionsfehlern).

von 2009 im Einklang mit dieser aus den USA stammenden Klassifikation ausgelegt.¹⁰⁴

Wenngleich die europäische Produkthaftungsrichtlinie von 1985 vom Richtliniengeber selbst in Erwägungsgrund 2 allgemein als Grundlage einer strikten Haftung eingestuft wurde,¹⁰⁵ hat insbesondere der Haftungsausschluss für Entwicklungsrisiken bei Konstruktionsfehlern in Art. 7 lit. e ProdHaftRL dazu geführt, dass diese vermeintliche Rechtsnatur der Produkthaftung in Frage gestellt wird, namentlich von *Hein Kötz*.¹⁰⁶ Die Richtlinie selbst gestattet zwar (Art. 15 Abs. 1 lit. b ProdHaftRL), dass die Mitgliedstaaten auch in Bezug auf Konstruktionsfehler eine Haftung für Entwicklungsrisiken einführen;¹⁰⁷ diese Option haben aber nur Luxemburg und Finnland umfassend verwirklicht.¹⁰⁸ Die Kommission befasste sich in ihrem Evaluationsbericht von 2006 erneut mit der Haftung für Entwicklungsrisiken und gelangte zu

¹⁰⁴ BGHZ 181, 253 = NJW 2009, 2952, Rn. 27 – *Airbags*; siehe auch bereits BGHZ 129, 353 = NJW 1995, 2162 – *Mineralwasserflasche*; der Einfluss des US-amerikanischen Produkthaftungsrechts auf die deutsche Rechtsprechung wird auch im Ausland hervorgehoben, eingehend *Wuyts*, JETL 2014, 1, 10 ff.

¹⁰⁵ *Wuyts*, JETL 2014, 1, 10 erblickt in dieser mangelnden Differenzierung des Haftungsstandards nach Fehlertypen den entscheidenden Unterschied zwischen der europäischen und US-amerikanischen Rechtslage.

¹⁰⁶ *Kötz*, Ist die Produkthaftung... (Fn. 8), 192, 197 ff.; *Zweigert/Kötz* (Fn. 1), 684; ebenso *C. v. Bar*, Neues Haftungsrecht durch Europäisches Gemeinschaftsrecht, in: Festschrift für Hermann Lange (1992), 373, 389; *G. Hager*, Umwelthaftung und Produkthaftung, JZ 1990, 397, 398; *W. Lorenz*, Europäische Rechtsangleichung auf dem Gebiet der Produzentenhaftung, ZHR 151 (1987), 1, 13 ff.; *MünchKomm/Wagner* (Fn. 19), Einl. ProdHaftG, Rn. 15; *P. Schlechtriem*, Dogma und Sachfrage – Überlegungen zum Fehlerbegriff des Produkthaftungsgesetzes, in: Festschrift für Fritz Rittner (1991), 545, 547 ff.; *Staudinger/Oechsler* (Fn. 19), Einl. zum ProdHaftG, Rn. 38 („Verhaltensunrecht“); *A. Stoppa*, The Concept of Defectiveness in the Consumer Protection Act 1987, (1992) 12 Legal Studies 210, 213 ff.; anders, auch für Konstruktionsfehler von einer strikten Haftung ausgehend, namentlich *H.C. Taschner*, Produkthaftung – Noch einmal: Verschuldenshaftung oder vom Verschulden unabhängige Haftung?, ZEuP 2012, 560, 563 ff.; *ders.*, Produkthaftung in der Europäischen Union: Bilanz, Auslegung und Reform, PHI 2000, 148, 152; umfassende Nachweise zum Streitstand um die Rechtsnatur der Produkthaftung bei *Staudinger/Oechsler* (Fn. 19), Einl. zum ProdHaftG, Rn. 27 ff.

¹⁰⁷ Für die Abschaffung dieser Optionsmöglichkeit GRERCA (Groupe de recherche européen sur la responsabilité civile et l'assurance), D. 2012, 1872, die hierin eine Wettbewerbsverzerrung erblickt.

¹⁰⁸ Loi relative à la responsabilité civile du fait des produits défectueux vom 21.4.1989, Mém. A n°25, 28.4.1989, auch abgedr. in: *D. Hiez* (Hg.), Droit luxembourgeois (6. Aufl., Brüssel, 2014), 469; hierzu *G. Ravarani*, La responsabilité des personnes privées et publiques (3. Aufl., Luxemburg, 2014), Rn. 839; das finnische Produkthaftungsgesetz (694/1990, mit den seither erfolgten Änderungen) ist (in englischer Übersetzung) abrufbar auf der Homepage des finnischen Justizministeriums, <www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1990en19900694.pdf>, hierzu *Staudinger/Oechsler* (Fn. 19), Einl. zum ProdHaftG, Rn. 71; weitere rechtsvergleichende Darstellung auch zu Drittstaaten bei *Meermann* (Fn. 94), 86 ff.

dem Schluss, der entsprechende Haftungsausschluss in der Richtlinie solle beibehalten werden, weil er Innovationsanreize schütze und die Versicherbarkeit der Produkthaftung erleichtere.¹⁰⁹ Diesem Befund wird jedenfalls für Konstruktions- und Instruktionsfehler in der Rechtswissenschaft überwiegend gefolgt, so auch in Art. VI.-3:204(4) lit. e DCFR,¹¹⁰ wobei das pro und contra in rechtsökonomischer Sicht durchaus kontrovers ist.¹¹¹ Zum Teil wird argumentiert, eine Haftung für Entwicklungsrisiken könne Anreize dazu schaffen, noch unbekannte Risiken zu erforschen.¹¹² Dem wird aber wiederum entgegengehalten, dass der Hersteller durch die Generierung eines entsprechenden Risikowissens gerade die Gefahr vergrößere, für noch unentdeckte Fehler seiner Produkte in Anspruch genommen zu werden.¹¹³ Zudem müsse der Hersteller, wenn ein solcher Anreiz greifen solle, zumindest ein „latentes“ Wissen von drohenden Risiken haben;¹¹⁴ ein blindes Drauflos-Forschen im Hinblick auf gänzlich unbekannte Risiken würde zu keiner effizienten Ressourcenallokation führen.

bb) Sonderregelungen

Trotz des Ausschlusses der Haftung für Entwicklungsrisiken im deutschen ProdHaftG besteht gemäß Art. 13 ProdHaftRL als ältere Sonderregel § 84 Arzneimittelgesetz (AMG) fort, der den Hersteller von Arzneimitteln auch für Entwicklungsrisiken in die Pflicht nimmt; eine entsprechende Regelung findet sich im Gentechnikgesetz (§ 32 Abs. 1 GenTG). Ob sich diese Differenzierung rechtfertigen lässt, ist fraglich, nicht zuletzt im Vergleich mit der Rechtsentwicklung in den USA, wo auch in Bezug auf Arzneimittel die Haf-

¹⁰⁹ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Dritter Bericht über die Anwendung der Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte (85/374/EWG vom 25. Juli 1985, geändert durch die Richtlinie 1999/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. Mai 1999), KOM(2006) 496 endgültig, 7 im Anschluss an den Bericht der Fondazione Rosselli, Analysis of the Economic Impact of the Development Risk Clause as provided by Directive 85/374/EEC on Liability for Defective Products (2004).

¹¹⁰ Nähere Erläuterungen in v. Bar/Clive (Fn. 83), 3509 f.

¹¹¹ Den Haftungsausschluss grundsätzlich befürwortend *Eichelberger* (Fn. 25), 45, 59; *Krause* (Fn. 94), 451 ff.; *Ladeur*, BB 1993, 1303, 1309 ff.; *Meermann* (Fn. 94), 153 ff.; *Roßnagel* (Fn. 25), 9, 13 f.; *Spindler* (Fn. 25), 125, 131 ff.; *Wagner* (Fn. 25), 87, 110 ff.; ablehnend *Böhmeke-Tillmann* (Fn. 94), 96 ff.; *Hager*, JZ 1990, 397, 399; *Schrupkowski* (Fn. 94), 210 ff.; zweifelnd auch *Röthel* (Fn. 25), 335, 350; vermittelnd *Kühn-Gerhard* (Fn. 94), 392 ff., der am Haftungsausschluss unter dem Vorbehalt festhalten will, dass die Bezugnahme auf den Zeitpunkt des Inverkehrbringens aus § 1 Abs. 2 Nr. 5 ProdHaftG gestrichen wird.

¹¹² *Böhmeke-Tillmann* (Fn. 94), 53 ff.; *Hager*, JZ 1990, 397, 399; *Kühn-Gerhard* (Fn. 94), 337 ff.; dazu tendierend auch *Röthel* (Fn. 25), 335, 350.

¹¹³ *Krause* (Fn. 94), 451, 479 f.; *Wagner* (Fn. 25), 87, 114 („moral hazard“).

¹¹⁴ *Wagner* (Fn. 25), 87, 112 f.

tung für Entwicklungsrisiken ausgeschlossen ist.¹¹⁵ Zum Teil wird für die deutsche Lösung argumentiert, dass Arzneimittel eine besonders gefährliche Produktart bildeten.¹¹⁶ Ein Entwicklungsfehler bei einem Medizinprodukt, z.B. einem Herzschrittmacher, kann aber für den betroffenen Patienten mitunter gefährlicher sein als Nebenwirkungen eines Arzneimittels.¹¹⁷ Die strengere Haftung der Pharmaindustrie wird ferner von *Wagner* damit begründet, dass der Arzneimittelhersteller typischerweise als Patentinhaber die Stellung eines Monopolisten innehat, sodass er im Gegensatz zu anderen Produkten nicht befürchten müsse, das von ihm generierte spezifische Risikowissen könne seinen Mitbewerbern als Trittbrettfahrern zugutekommen.¹¹⁸ Allerdings werden innovative technische Produkte auch in anderen Branchen häufig Patentschutz genießen.¹¹⁹ Hinzu kommt, dass die funktionale Abgrenzung von Medizinprodukten und Arzneimitteln, insbesondere im Bereich der Nanotechnologie (siehe oben II.2.b)), zunehmend verschwimmt,¹²⁰ sodass auch die normative Dichotomie in Bezug auf Entwicklungsrisiken problematisch erscheint.¹²¹

cc) Zwischenergebnis

Insgesamt dürften nach dem derzeitigen Forschungsstand grundsätzlich die besseren Argumente für einen Haftungsausschluss in Bezug auf Entwicklungsrisiken sprechen. Vorzugswürdig erscheint vielmehr die Bewältigung der Problematik über Produktbeobachtungspflichten, die den Hersteller dazu bewegen, ab Erkennbarkeit der Gefährlichkeit eines Produkts ggf. Warnungen auszusprechen oder Rückrufe zu veranlassen.¹²² Ein gravierendes Defizit

¹¹⁵ Restatement (Third) of Torts: Products Liability § 6(c) und Comment g (1998); näher *Dobbs/Hayden/Bublick* (Fn. 99), 939 f.; *Liu*, *Fordham Int'l L. J.* 27 (2003), 1940, 1941; ausführlicher Vergleich bei *Meermann* (Fn. 94), 157 ff.

¹¹⁶ *Becker/Rusch*, *ZEuP* 2000, 90, 104.

¹¹⁷ Vgl. EuGH, 5.3.2015, Rs. C-503/13, C-504/13 (*Boston Scientific Medizintechnik GmbH/AOK Sachsen-Anhalt u.a.*), ECLI:EU:C:2015:148 = *EuZW* 2015, 318 mit Anm. *N. Reich*, Rn. 39 zur „Situation besonderer Verletzlichkeit der diese Geräte [Herzschrittmacher, Defibrillatoren] nutzenden Patienten“.

¹¹⁸ *Wagner* (Fn. 25), 87, 118.

¹¹⁹ Näher statt vieler *Zech* (Fn. 46), 81, 82 f., m.w.N.

¹²⁰ Hierzu bereits *Spindler* (Fn. 25), 125, 133, mit dem Hinweis auf Nanoprodukte, welche die Blut-Hirn-Schranke überwinden könnten.

¹²¹ Schwerlich haltbar ist die Annahme *Taschners*, Entwicklungsrisiken könnten „nur in der chemischen oder pharmazeutischen Industrie vorkommen, nicht bei der Herstellung technischer Produkte“ (*H.C. Taschner*, *Die künftige Produzentenhaftung in Deutschland*, *NJW* 1986, 611, 615); hierzu bereits kritisch *MünchKomm/Wagner* (Fn. 19), *ProdHaftG Einl.*, Rn. 15; vgl. auch zu Entwicklungsrisiken im Hinblick auf das autonome Fahren *Jänich/Schrader/Reck*, *NZV* 2015, 313, 317.

¹²² *Becker/Rusch*, *ZEuP* 2000, 90, 92, 101 f.; *Krause* (Fn. 94), 451, 457; *Spindler* (Fn. 25), 125, 133.

der Produkthaftungsrichtlinie liegt aber darin, dass diese die Produktbeobachtung nicht selbst regelt, sondern den nationalen Rechten überlässt.¹²³ Angesichts der evidenten funktionalen Wechselwirkungen zwischen einem Haftungsausschluss für Entwicklungsrisiken und einer damit korrelierenden Produktbeobachtungspflicht überzeugt es nicht, diese Regelungslücke damit zu rechtfertigen, es sei nicht die Absicht des Richtliniengebers gewesen, die Produktbeobachtung zu regeln, weil „Produkthaftung und Produktbeobachtung [...] zwei völlig verschiedene Dinge“ seien.¹²⁴ Hinzu kommt, dass neuartige Medizinprodukte (siehe oben II.2.b)) und der stetige Ausbau der Informationstechnologie z.B. im Kraftfahrzeugbau („Connected Car“) einen immens wachsenden Datenbestand generieren, der erhebliche Auswirkungen auf die Produktbeobachtungspflichten der Hersteller haben kann.¹²⁵ Es liegt zudem auf der Hand, dass das Interesse der Produzenten an Datengewinnung einerseits und das Recht der Verbraucher auf informationelle Selbstbestimmung andererseits in Konflikt geraten können.¹²⁶ Hier öffnet sich nicht nur ein weites Feld für künftige Rechtsvergleichung,¹²⁷ sondern es entsteht auch ein dringender Bedarf für weitere Rechtsangleichung in der EU.

2. Haftung der Nutzer

Abgesehen von der Haftung der Hersteller spielt auch die Haftung der Nutzer innovativer Produkte eine Schlüsselrolle für deren Akzeptanz und somit die Entstehung eines neuen Markts. Exemplarische Bedeutung kommt insoweit der Frage zu, wie die Haftung für Unfälle beim vollautomatisierten Fahren künftig im Verhältnis zwischen dem Halter, dem Fahrer und dem Hersteller aufgeteilt werden soll.¹²⁸ Beharrt man auch in Bezug auf das vollautoma-

¹²³ Dies monieren u.a. bereits *Kötz*, Ist die Produkthaftung... (Fn. 8), 192, 194 f.; *Kühn-Gerhard* (Fn. 94), 390.

¹²⁴ So aber *Taschner*, ZEuP 2012, 560, 563.

¹²⁵ Hierzu eingehend *B.W. Smith*, Proximity-Driven Liability, *Geo. L. J.* 102 (2014), 1777 ff.; zur Produkthaftung bei „connected cars“ näher *R. Weisser/C. Färber*, Rechtliche Rahmenbedingungen bei Connected Car – Überblick über die Rechtsprobleme der automobilen Zukunft, *MMR* 2015, 506, 511 f.

¹²⁶ Zu den mit der Nutzung sog. „Wearables“ im Bereich der Gesundheitsprophylaxe verbundenen Datenschutzproblemen ausführlich *M.R. Langley*, Hide Your Health: Addressing the New Privacy Problem of Consumer Wearables, *Geo. L. J.* 103 (2015), 1641 ff.

¹²⁷ Siehe hierzu das von der International Law Association im Jahre 2013 eingerichtete Komitee „Protection of Privacy in Private International and Procedural Law“ (Vorsitz: *B. Hess*; Berichterstatter: *J. v. Hein/C.M. Mariottini*), <<http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1047>>.

¹²⁸ Ausführlich *Duffy/Hopkins*, *SMU Sci. Tech. L. Rev.* 16 (2013), 453 ff.; aus deutscher Perspektive *Fleck/Thomas*, *NJOZ* 2015, 1393 ff.; *Jänich/Schrader/Reck*, *NZV* 2015, 313 ff.; *Lutz*, *NJW* 2015, 119 ff.; *Schubert*, *PHI* 2015, 46 ff.; vgl. auch aus ethisch-moralphilosophischer Sicht *Hevelke/Nida-Rümelin* (Fn. 27), 5 ff.

tisierte Fahren auf der herkömmlichen Gefährdungshaftung des Halters (§ 7 StVG),¹²⁹ dürfte es in aller Regel zu einem erfolgreichen Regress des Kfz-Haftpflichtversicherers beim Hersteller kommen, denn ein Unfall im vollautomatisierten Betrieb wird zumeist auf einen Fehler des Steuerungsprogramms zurückzuführen sein.¹³⁰ Auch in der deutschen Automobilindustrie wird davon ausgegangen, dass autonome Kraftfahrzeuge die Hersteller mit zusätzlichen Haftungsrisiken belasten werden.¹³¹ Man kann indes bezweifeln, dass diese komplizierte, zweistufige Schadensabwicklung gesamtwirtschaftlich effizient ist.¹³² Daher werden in der Literatur verschiedene Alternativmodelle diskutiert: Einerseits könnte man daran denken, die Hersteller von ihrer Produkthaftpflicht zu entlasten und sie stattdessen direkt mit einem Beitrag zur Kfz-Haftpflichtversicherung der von ihnen produzierten Fahrzeuge heranzuziehen.¹³³ Andererseits ließe sich die Schadensabwicklung auch umgekehrt dadurch vereinfachen, dass dem Hersteller schlicht die Haftung für die von einem vollautomatisierten Kraftfahrzeug ausgehende Betriebsgefahr auferlegt würde, ohne dass der Geschädigte einen Fehler des Produkts nachweisen müsste.¹³⁴ In diesem Sinne hat etwa der schwedische Automobilhersteller Volvo kürzlich angekündigt, die volle Haftung übernehmen zu wollen, wenn ein Fahrzeug im autonomen Betrieb sei.¹³⁵ Dieser Vorschlag ist von der australischen Diskussion zur Reform der Produkthaftung in den 1990er Jahren inspiriert,¹³⁶ er konnte sich dort aber seinerzeit nicht durchsetzen. Letztlich spricht gegen die Verlagerung der Haftung vom Halter auf den Hersteller vor allem ein Grund: Die Gefährdungshaftung des Halters beruht bekanntlich auf dem zentralen Gedanken, dass sie das Aktivitätsniveau steuert, d.h. die Häufigkeit, mit der eine bestimmte gefährliche Aktivität entfaltet wird.¹³⁷ Die Entscheidung, ob und wie oft ein Kraftfahrzeug genutzt wird, trifft aber auch beim vollautomatisierten Fahren weiterhin der Halter, nicht der Hersteller.¹³⁸

¹²⁹ Näher *Jänich/Schrader/Reck*, NZV 2015, 313, 315 f.; *Fleck/Thomas*, NJOZ 2015, 1393, 1394.

¹³⁰ *Lutz*, NJW 2015, 119, 120 („massive Haftungsverschiebung“); *Schubert*, PHI 2015, 46, 50; zu den Problemen der Produkthaftung in Bezug auf das autonome Fahren näher *Jänich/Schrader/Reck*, NZV 2015, 313, 316 f.; zur Frage der adäquaten Systemprogrammierung im Hinblick auf unausweichliche Unfälle *Hevelke/Nida-Rümelin* (Fn. 27), 5 ff.

¹³¹ So der Vorstandsvorsitzende der Daimler AG, *D. Zetsche*, zitiert nach *Lindner* (Fn. 26).

¹³² *Schubert*, PHI 2015, 46, 50.

¹³³ *Schubert*, PHI 2015, 46, 50.

¹³⁴ *Schubert*, PHI 2015, 46, 50; ähnlich *Lutz*, NJW 2015, 119, 121.

¹³⁵ *Lindner* (Fn. 26).

¹³⁶ Näher *Schubert*, PHI 2015, 46, 50 f.

¹³⁷ Vgl. *Kötz/Wagner* (Fn. 2), Rn. 72 ff. und Rn. 503.

¹³⁸ *Fleck/Thomas*, NJOZ 2015, 1393, 1394; *Lutz*, NJW 2015, 119, 121; im Ergebnis ebenso, unter Berufung auf Parallelen zur strikten Tierhalterhaftung, *Duffy/Hopkins*, SMU Sci. Tech. L. Rev. 16 (2013), 453, 472 f.

Diesem Gedanken entspricht es, dass auch der am 16.12.2015 vorgelegte Gesetzesvorschlag Kaliforniens die Verantwortung für die Einhaltung der Verkehrs- und Sicherheitsregeln weiterhin dem Fahrer bzw. Halter eines autonomen Kraftfahrzeugs zuweist.¹³⁹

Ebenfalls noch nicht abschließend geklärt ist die Frage der Fahrerhaftung.¹⁴⁰ Der 53. Deutsche Verkehrsgerichtstag hat insoweit im Januar 2015 gefordert, den Fahrer ab dem hochautomatisierten Fahrbetrieb bei einem bestimmungsgemäßen Gebrauch von jeglicher Haftung freizustellen.¹⁴¹ Der jüngst in Kalifornien vorgelegte Gesetzesvorschlag sieht hingegen vor, dass in einem autonomen Auto ein Fahrer sitzen müsse, der jederzeit eingreifen könne; dieser sei auch für den sicheren Betrieb des Fahrzeugs verantwortlich, sodass ihn auch das entsprechende Haftungsrisiko treffe.¹⁴² Als eine vermittelnde Lösung käme in Betracht, den Fahrer beim automatisierten Betrieb von der ihn bisher nach § 18 Abs. 1 Satz 2 StVG treffenden Beweislast für sein fehlendes Verschulden zu befreien.¹⁴³

Es wird spannend sein zu analysieren, wie verschiedene Rechtssysteme auf diese neuartigen Herausforderungen reagieren.

3. Fazit

Entgegen der herkömmlichen Auffassung, die Gefährdungshaftung sei gerade für neuartige technische Risiken ein adäquater Haftungstyp, zeigt der sowohl in der EU als auch in den USA ganz überwiegend anerkannte Haftungsausschluss für Entwicklungsrisiken, dass es im Dienste der Innovationsförderung sachgerechter ist, die Verantwortlichkeit des Herstellers bei Konstruktions- und Instruktionsfehlern von einer strikten Einstandspflicht im Ergebnis zu einer Haftung für Verhaltensunrecht, d.h. der sorgfaltspflichtwidrigen Nichtermittlung oder Nichtberücksichtigung erkennbarer Produktrisiken, herabzustufen. Auch in Bezug auf die Haftung der Nutzer innovativer Produkte, die exemplarisch in Bezug auf das autonome Fahren untersucht wurde, ergibt sich, dass die Neuartigkeit dieser Technik allein keine weitgehende Haftungs-

¹³⁹ Der Gesetzesvorschlag vom 16.12.2015 ist abrufbar unter <www.dmv.ca.gov/portal/dmv/detail/vr/autonomous/auto>; hierzu *Lindner* (Fn. 26); zum Verhältnis von Halter- und Fahrerhaftung in den USA näher *Duffy/Hopkins*, SMU Sci. Tech. L. Rev. 16 (2013), 453, 457 f.

¹⁴⁰ Zur Qualifikation des Insassen eines autonomen Fahrzeugs als Fahrzeugführer i.S. des § 18 StVG näher *Fleck/Thomas*, NJOZ 2015, 1393, 1395.

¹⁴¹ 53. Deutscher Verkehrsgerichtstag (2015), Empfehlung des Arbeitskreises II, Automatisiertes Fahren, abrufbar unter <www.gdv.de/wp-content/uploads/2015/01/Verkehrsgerichtstag_2015_Empfehlungen_Arbeitskreis_2.pdf>; skeptisch hierzu *Jänich/Schrader/Reck*, NZV 2015, 313, 316 („problembehaftet“).

¹⁴² § 227.02(e) des Gesetzesvorschlags vom 16.12.2015, abrufbar unter <www.dmv.ca.gov/portal/dmv/detail/vr/autonomous/auto>; hierzu *Lindner* (Fn. 26).

¹⁴³ Vgl. die Überlegungen bei *Fleck/Thomas*, NJOZ 2015, 1393, 1395 f.

verlagerung vom Halter bzw. Fahrer auf den Hersteller rechtfertigt. Die genaue Ausbalancierung der gegenläufigen Interessen wird weitere rechtsvergleichende Studien erfordern. Hierbei sollte nicht passiv auf die Verabschiedung von einschlägigen Gesetzen gewartet werden, sondern proaktiv der Dialog mit Wissenschaftlern und Wissenschaftlerinnen aus anderen Rechtsordnungen gesucht werden, um rechtzeitig Einfluss auf die europäische und deutsche Gesetzgebung nehmen zu können.

VI. Private Normsetzung, „soft law“ und Compliance

Als ein weiterer Ansatz zur Lösung des mit der Regulierung innovativer Techniken verbundenen Zeit- und Informationsdilemmas ist ein stärkerer Rückgriff auf eine private Normierung bzw. Normkonkretisierung zu erwägen.¹⁴⁴ Ein solches Vorgehen könnte schneller, besser und effizienter, insgesamt also Innovationen förderlicher sein als die Erledigung entsprechender Aufgaben durch Verwaltungsbehörden.¹⁴⁵ Die Einschaltung privater Stellen auf dem Gebiet der Produktsicherheit wirft aber wiederum neue Haftungsfragen auf, die sich an einem aktuellen Fall veranschaulichen lassen:¹⁴⁶ Ein französischer Hersteller von Silikonbrustimplantaten hatte den TÜV Rheinland mit der Konformitätsprüfung seiner Produkte beauftragt, die nach dem europäischen Medizinproduktsicherheitsrecht¹⁴⁷ vorgeschrieben war. Die auch in Deutschland vertriebenen Implantate erwiesen sich aber später als fehlerhaft und die französische Herstellerin als insolvent. Eine deutsche Geschädigte nimmt daher den TÜV wegen der Verletzung einer dem Verein obliegenden Produktbeobachtungspflicht auf Schadensersatz in Anspruch. Der BGH hält insoweit sowohl Ansprüche aus einem Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte

¹⁴⁴ Vgl. bereits die Übertragung der Ausarbeitung technischer Normen auf europäische Standardisierungsorganisationen durch die Entschließung des Rates vom 7.5.1985 über eine neue Konzeption auf dem Gebiet der technischen Harmonisierung und der Normung, ABl. 1985 C 136/1; hierzu *Hahn*, AJP/PJA 2008, 1007, 1015 f.; jüngst die Empfehlung der Kommission vom 24.9.2013 zu den Audits und Bewertungen, die von benannten Stellen im Bereich der Medizinprodukte durchgeführt werden, ABl. 2013 L 253/27; hierzu *Helmig*, PHI 2015, 86, 90 f.

¹⁴⁵ Vgl. auch zur Nanotechnologie *Spindler* (Fn. 25), 125, 130.

¹⁴⁶ BGH, NJW 2015, 2737 = VuR 2015, 268 mit Anm. *P. Rott*; hierzu näher *Helmig*, PHI 2015, 86, 89 ff.; *B. v. Leeuwen*, La responsabilité des organismes notifiés du fait d'implants mammaires défectueux: TÜV Rheinland devant les tribunaux français et allemands, RIDE 29 (2015), 69 ff.; *Micklitz*, VuR 2015, 241 f.; *P. Rott/C. Glinski*, Le scandale PIP devant les juridictions allemandes, RIDE 29 (2015), 87 ff.

¹⁴⁷ Richtlinie 93/42/EWG des Rates vom 14.6.1993 über Medizinprodukte (ABl. 1993 L 169/1), zuletzt geändert durch die RL 2007/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.9.2007, ABl. 2007 L 247/21.

als auch aus Deliktsrecht (§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. den einschlägigen Bestimmungen des Medizinproduktegesetzes) für möglich und hat daher Fragen zur Drittschutzwirkung der Medizinprodukte-Richtlinie dem EuGH vorgelegt.¹⁴⁸ Der Gerichtshof wird damit, wie es *Micklitz* treffend ausgedrückt hat, in die Rolle eines Regulierers für die Marktbeobachtung von Medizinprodukten gezwungen.¹⁴⁹ Der auf diese Weise erreichbare Harmonisierungserfolg wird aber bescheiden ausfallen, denn die maßgeblichen zivilrechtlichen Anspruchsgrundlagen (Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte oder Schutzgesetzverletzung) wurzeln nicht in der Produkthaftungsrichtlinie, sondern allein im anwendbaren nationalen Recht.¹⁵⁰ Eine stärkere Einbeziehung privater Stellen zur Regulierung der Produktsicherheit im Binnenmarkt macht daher eine Europäisierung auch der flankierenden Haftungsregeln unabweisbar, die gründliche rechtsvergleichende Vorbereitung erfordert.¹⁵¹

Ferner ist im englischen Schrifttum der Vorschlag gemacht worden, für eine größere Rechtssicherheit bei der Anwendung der Produkthaftungsrichtlinie dadurch zu sorgen, dass ein Komitee auf europäischer Ebene „guidance“ für die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe ausarbeitet.¹⁵² Dieser Vorschlag orientiert sich an vergleichbaren Regelungsmustern im europäischen Kapitalmarktrecht,¹⁵³ eine Parallele, die wiederum die marktregulierende Funktion der Produkthaftung unterstreicht. Insbesondere die Unsicherheiten in Bezug auf Entwicklungsrisiken (siehe oben V.1.c)) sollen durch ein solches „soft law“ vermindert werden.¹⁵⁴ Zudem enthält der Vorschlag weitere begrüßenswerte Elemente, so etwa den Aufbau einer europäischen Datenbank mit rechtsvergleichendem Fallmaterial zur Produkthaftung.¹⁵⁵

Gerade in der Erprobungsphase neuer Technologien kann „soft law“ eine wichtige Bedeutung zukommen. So hat z.B. das *Department of Transport* in

¹⁴⁸ BGH, NJW 2015, 2737 = VuR 2015, 268; der Fall ist beim EuGH anhängig unter dem Az. C-219/15.

¹⁴⁹ *Micklitz*, VuR 2015, 241, 242.

¹⁵⁰ Näher BGH, NJW 2015, 2737, Rn. 17 ff.; internationalprivatrechtlich wird hiermit die Frage nach der Qualifikation des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte aufgeworfen, hierzu *A. Dutta*, Das Statut der Haftung aus Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, IPRax 2009, 293 ff.; *J. v. Hein*, in: T. Rauscher (Hg.), EuZPR/EuIPR (2016), Art. 1 Rom I-VO, Rn. 10; *D. Martiny*, Zur Einordnung und Anknüpfung der Ansprüche und der Haftung Dritter im Internationalen Schuldrecht, in: Festschrift für Ulrich Magnus (2014), 483, 491 (alle für autonome außervertragliche Qualifikation).

¹⁵¹ Siehe hierzu bereits *Zweigert/Kötz* (Fn. 1), 458 ff.; vgl. auch *S. Leicht*, Die Qualifikation der Haftung von Angehörigen rechts- und wirtschaftsberatender Berufe im grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr (2002), 183 ff.

¹⁵² *Fairgrieve/Howells/Pilgerstorfer*, JETL 2013, 1 ff.

¹⁵³ Näher *Fairgrieve/Howells/Pilgerstorfer*, JETL 2013, 1, 28 ff., die sich auf das Vorbild des Lamfalussy-Prozesses berufen; zu diesem näher *v. Hein* (Fn. 63), 605 ff.

¹⁵⁴ *Fairgrieve/Howells/Pilgerstorfer*, JETL 2013, 1, 10 ff.

¹⁵⁵ *Fairgrieve/Howells/Pilgerstorfer*, JETL 2013, 1, 31 ff.

Großbritannien jüngst einen „Code of Practice“ zur Regulierung des autonomen Fahrens im Testbetrieb vorgelegt, der zwar nicht die Kraft einer Rechtsverordnung hat, dessen Nicht-Einhaltung aber Auswirkungen auf die Haftung aus „negligence“ haben kann.¹⁵⁶ Dieses Beispiel zeigt, dass man dem Mangel an Erfahrungswissen im Hinblick auf neuartige Risiken auch innovationsfreundlicher begegnen kann als mit der Einführung neuer Gefährdungshaftungstatbestände. Auch solche Regelwerke müssen daher in der Rechtsvergleichung Berücksichtigung finden.

Schließlich spielt die private Selbstorganisation zur Einhaltung von Produktsicherheits- und Umweltstandards innerhalb der Unternehmen eine zentrale Rolle. Hiermit ist das weite Feld der Compliance angesprochen, das in voller Breite nur unter Einbeziehung der hierfür bestehenden gesellschaftsrechtlichen Vorgaben und auch der strafrechtlichen Sanktionen erfasst werden kann.¹⁵⁷ Dies belegt erneut, dass eine moderne, funktionale Rechtsvergleichung den Blick notwendigerweise über das Zivilrecht hinaus weiten muss.

VII. Verfahrensrechtliche Flankierung

Die präventive, marktregulierende Funktion der Produkthaftung bedarf einer angemessenen verfahrensrechtlichen Flankierung, wenn sie ihre volle Wirksamkeit entfalten soll.¹⁵⁸ Produkthaftungsfälle betreffen zudem häufig Massenschäden; so wird z.B. in dem bereits genannten Fall der mangelhaften Sili-

¹⁵⁶ Department of Transport (UK), *The Pathway to Driverless Cars: A Code of Practice for Testing* (2015); zu den haftungsrechtlichen Implikationen Department of Transport (UK), *The Pathway to Driverless Cars: A detailed review of regulations for automated vehicle technologies* (2015), 11, Rn. 15; beide Dokumente abrufbar unter <www.gov.uk/government/publications/driverless-cars-in-the-uk-a-regulatory-review>.

¹⁵⁷ Hierzu umfassend die Beiträge in *T. Rotsch* (Hg.), *Wissenschaftliche und praktische Aspekte der nationalen und internationalen Compliance-Diskussion* (2012) sowie *U. Sieber/M. Engelhart*, *Compliance Programs for the Prevention of Economic Crimes – An Empirical Survey of German Companies* (2014); *U. Strothmeyer*, *Compliance – Risikobegrenzung und Imagevorteil* (2010); ferner *U. Immenga*, *Compliance als Rechtspflicht nach Aktienrecht und Sarbanes-Oxley-Act*, in: *Festschrift für Eberhard Schwark* (2009), 199 ff.; *M. Kort*, *Verhaltensstandardisierung durch Corporate Compliance*, *NZG* 2008, 81 ff.; *K. Moosmayer*, *Modethema oder Pflichtprogramm guter Unternehmensführung? – Zehn Thesen zu Compliance*, *NJW* 2012, 3013 ff.; *A. Pohlmann*, *Compliance über Grenzen – Integritätsmanagement in global operierenden Unternehmen*, in: *S. Talmon* (Hg.), *Über Grenzen – Kolloquium zum 70. Geburtstag von Wolfgang Graf Vitzthum* (2012), 17 ff.; zur Entwicklung in den USA v. *Hein* (Fn. 63), 538 ff.

¹⁵⁸ Näher *H. Koch*, *Sammel- oder Gruppenklagen zur effektiven Durchsetzung europäischen Produkthaftungsrechts?*, *PHI* 2001, 2, 8 f.; *A. Stadler*, *European Developments in Collective Redress*, *EuVR* 2014, 80 ff., insbes. 82 zur regulatorischen Funktion des kollektiven Rechtsschutzes.

konbrustimplantate die Zahl der geschädigten Frauen auf 300.000 beziffert.¹⁵⁹ In Bezug auf die Bündelung der Ansprüche mehrerer Geschädigter weisen das deutsche und auch das europäische Recht aber erhebliche Defizite auf, die aus der allgemeinen Diskussion über den kollektiven Rechtsschutz bekannt sind.¹⁶⁰ Erinnerung sei nur an die Fälle *Cartel Damage Claims* (CDC)¹⁶¹ und die aktuellen Bemühungen der Geschädigten im VW-Skandal, ihre Ansprüche zu konsolidieren.¹⁶² Auf diese prozessualen Schwachpunkte ist es auch zurückzuführen, dass die Menge der Gerichtsentscheidungen zur Produkthaftung in der EU signifikant unter den Fallzahlen für die USA liegt.¹⁶³ Die Rechtssetzung der EU beschränkt sich im kollektiven Rechtsschutz, abgesehen von einer entsprechenden Empfehlung,¹⁶⁴ bislang auf ein sektorales Vorgehen, das primär auf das *private enforcement* im Kartellrecht ausgerichtet ist.¹⁶⁵ Ebenfalls rechtsgebietsbezogen ist der Ansatz in Deutschland, wo

¹⁵⁹ Rott, VuR 2015, 271; zur Problematik ausführlich C. Jourdain-Fortier, L'affaire PIP ou la difficile réparation en Europe des dommages corporels de masse causés par un dispositif médical défectueux, RIDE 29 (2015), 5 ff.

¹⁶⁰ Näher L. Gorywoda/N.E. Hatzimihail/A. Nuyts, Introduction: Market Regulation, Judicial Cooperation and Collective Redress, in: A. Nuyts/N.E. Hatzimihail (Hg.), Cross-Border Class Actions – The European Way (2014), 1 ff.; E. Kocher, Kollektiver Rechtsschutz: Effektivität und Erforderlichkeit im Verbraucherrecht, in: C. Brömmelmeyer (Hg.), Die EU-Sammelklage (2013), 71 ff.; C. Meller-Hannich, Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente, in: Brömmelmeyer (Hg.) (diese Fn.), 33 ff.; A. Stadler, Class Actions in den USA als Vorbild für Europa?, in: Brömmelmeyer (Hg.) (diese Fn.), 91 ff.

¹⁶¹ EuGH, 21.5.2015, Rs. C-352/13 (*Cartel Damage Claims [CDC] Hydrogen Peroxide SA/Akzo Nobel NV u.a.*), ECLI:EU:C:2015:335; hierzu näher J. v. Hein, LMK 2015, 373398; A. Stadler, Schadensersatzklagen im Kartellrecht – Forum Shopping welcome!, JZ 2015, 1138 ff.

¹⁶² M. Elfering/T. Steffen, Regierung will Sammelklagen ermöglichen, Die Zeit Online v. 28.9.2013, abrufbar unter <www.zeit.de/wirtschaft/2015-09/volkswagen-sammelklage-spritverbrauch-schaden>.

¹⁶³ Vgl. Reimann, ERPL 2003, 128, 151 ff.: Bloße „blackletter law harmonization“ ohne prozessrechtliche Flankierung sei leerer Triumph („hollow triumph“); ähnlich Fairgrieve/Howells/Pilgerstorfer, JETL 2013, 1, 3 („[T]he amount of informative [...] litigation has been minimal“); differenzierter aber der aktuelle Rechtsprechungsbericht von Wuyts, JETL 2014, 1 ff.; zudem dürfte es gedauert haben, bis die EuGH-Rechtsprechung zur Vollharmonisierung durch die RL (s. oben Fn. 19) auf die Praxis durchschlug.

¹⁶⁴ Empfehlung 2013/396/EU der Kommission vom 11.6.2013, Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten, ABl. 2013 L 201/60; hierzu P. Behrendt/D. Freiin v. Enzberg, Auf dem Weg zur Class Action in Europa?, RIW 2014, 253 ff.

¹⁶⁵ Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. 2014 L 349/1; hierzu F. Böni/A. Wassmer, Sammelklagen als Instrument der Kartellrechtsdurchsetzung, EWS 2015, 130 ff.; Stadler, JZ 2015, 1138 f.;

seit 2005 das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) besteht.¹⁶⁶ Die darin kodifizierte Lösung soll trotz ihrer zahlreichen Mängel nach den aktuellen Plänen des Bundesjustizministeriums in die ZPO integriert und auch auf andere, nicht-kapitalmarktrechtliche Anspruchsgrundlagen ausgedehnt werden; ein entsprechender Referentenentwurf soll Anfang 2016 vorgelegt werden.¹⁶⁷ Offenbar ist aber vorgesehen, die Erhebung einer solchen Musterfeststellungsklage nur qualifizierten Verbänden zu gestatten.¹⁶⁸ Anwälte unmittelbar Geschädigter, die ein eigenes ökonomisches Interesse haben, sollen hingegen von der Klageerhebung ausgeschlossen werden.¹⁶⁹

Hierzu nur zwei kritische Anmerkungen: Erstens wird das US-amerikanische Modell der „regulation through litigation“ traditionell auf die Überlegung gestützt, dass der kollektive Rechtsschutz einer allzu engen Symbiose von Unternehmen und den für sie zuständigen Aufsichtsbehörden, der sog. „regulatory capture“, entgegenwirkt.¹⁷⁰ Ob dieser „Anti-Filz-Effekt“ auch dann noch zum Tragen kommt, wenn z.B. die Befugnis zur Erhebung kollektiver Produkthaftungsklagen in der Automobilbranche ausgerechnet dem ADAC anvertraut wird, darf man bezweifeln. Zweitens bleibt die Frage, woher in diesem System effektive Anreize für die Erhebung einer Gruppenklage kommen sollen, wenn im Gegensatz zum US-amerikanischen Modell *punitive damages* ausgeschlossen bleiben und Opferanwälte keine Klage einreichen dürfen.¹⁷¹ Obwohl Gruppen- und Sammelklagen bereits seit langem einen Gegenstand intensiver rechtsvergleichender Forschung darstellen,¹⁷² hat sich eine international oder auch nur in der EU konsensfähige Lösung auf diesem

zur Problematik bereits C. Brömmelmeyer, Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht – Sammelklagen auf Schadensersatz?, in: ders. (Hg.) (Fn. 160), 57 ff.

¹⁶⁶ BGBl. 2005 I, 2437, geändert durch das Gesetz zur Reform des Kapitalanlegermusterverfahrensgesetzes und zur Änderung anderer Vorschriften vom 19.10.2012, BGBl. 2012 I, 2182; zur Evaluation und Reform eingehend J. v. Hein, Kollektiver Rechtsschutz im Kapitalmarktrecht, in: Brömmelmeyer (Hg.) (Fn. 160), 129 ff., m.w.N.

¹⁶⁷ A. Stehle, Bessere Rechte für Verbraucher, Handelsblatt Nr. 186 v. 28.9.2015, S. 14.

¹⁶⁸ M. Schweiger, Deutschland – BMJV plant Referentenentwurf zur kollektiven Rechtsdurchsetzung, PHI 2015, 202.

¹⁶⁹ Schweiger, PHI 2015, 202.

¹⁷⁰ Ob diese Annahme empirisch zu verifizieren ist, ist jedoch umstritten, zum Stand der Diskussion E. Helland/J. Klick, Why Aren't Regulation and Litigation Substitutes?, in: G. Coglianese (Hg.), Regulatory Breakdown (Philadelphia PA, 2012), 227 ff., m.w.N.

¹⁷¹ Zur Anreizfunktion von *punitive* bzw. *treble damages* in Bezug auf den kollektiven Rechtsschutz deutlich *Exxon Shipping Co. v. Baker*, 128 S.Ct. 2605, 2622, 2632 (2008); hierzu auch Stadler, EuVR 2014, 80, 84; näher Poelzig (Fn. 6), 63 ff.; zur aktuellen Entwicklung siehe den Überblick bei M.N. Schubert, Punitive Damages in den USA, PHI 2015, 108 ff.; zur Rechtsvergleichung siehe die Beiträge in H. Koziol/V. Wilcox/B. Askeland (Hg.), Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives (Wien, 2009).

¹⁷² Siehe bereits J. Basedow/K.J. Hopt/H. Kötz/D. Baetge (Hg.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozeß (1999).

Gebiet noch nicht herausgebildet. Eine effektive Harmonisierung des materiellen Haftungsrechts kann aber nur gelingen, wenn die rechtsvergleichende Forschung die verfahrensrechtlichen Grundlagen der Anspruchsdurchsetzung im Blick behält. Den bekannten Exzessen des US-amerikanischen Produkthaftungsrechts kommt insoweit selbstverständlich kein Vorbildcharakter zu.¹⁷³

VIII. Internationales Privat- und Verfahrensrecht

1. Marktregulierung und Innovationsförderung durch IPR und IZVR

Angesichts der Globalisierung der internationalen Wirtschaftsbeziehungen betreffen Produkthaftungsfälle heutzutage vielfach mehrere nationale Märkte, sodass sich notwendigerweise die Frage nach der internationalen Zuständigkeit und dem anwendbaren Recht stellt.¹⁷⁴ Hierbei kommt es insbesondere dann zu Koordinationsproblemen zwischen verschiedenen Rechtsordnungen, „wenn es um neue Technologien oder Produkte geht, deren Risiken noch nicht voll abschätzbar sind“.¹⁷⁵ Das Internationale Privat- und Verfahrensrecht der Produkthaftung ist bereits heute in Art. 7 Nr. 2 EuGVO n.F.¹⁷⁶ und in der Rom II-VO geregelt.¹⁷⁷ Wie sich aus Erwägungsgrund 20 der Rom II-VO ergibt, soll die Kollisionsnorm für die Produkthaftung nicht nur „für eine gerechte Verteilung der Risiken einer modernen, hochtechnisierten Gesell-

¹⁷³ Insoweit berechnete Kritik an der Kosten-Nutzen-Relation im US-amerikanischen Produkthaftungsrecht üben *Polinsky/Shavell*, *Harv. L. Rev.* 123 (2010), 1437, 1465 ff.

¹⁷⁴ Grundlegend *M. Wandt*, *Internationale Produkthaftung* (1995), besprochen durch *J. v. Hein*, *RabelsZ* 62 (1998), 542 ff.; vgl. zur Rechtslage in den USA eingehend *P. Hay/P. Borchers/S. Symeonides*, *Conflict of Laws* (5. Aufl., St. Paul, MN, 2010), §§ 17.64–17.84.

¹⁷⁵ So *Hahn*, *AJP/PJA* 2008, 1007, 1010.

¹⁷⁶ Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Neufassung), *ABl.* 2012 L 351/1.

¹⁷⁷ Vgl. zu Art. 5 Rom II-VO und seinem Zusammenspiel mit der EuGVO eingehend *S. Corneloup*, *La responsabilité du fait des produits*, in: dies./N. Joubert (Hg.), *Le Règlement Communautaire „Rome II“ sur la loi applicable aux obligations non contractuelles* (2008), 85 ff.; *J. v. Hein*, *Die Produkthaftung des Zulieferers im Europäischen Internationalen Zivilprozessrecht*, *IPRax* 2010, 330 ff.; *P. Huber/M. Illmer*, *International Product Liability. A Commentary on Article 5 of the Rome II Regulation*, *YbPIL* 9 (2007), 31; *M. Illmer*, *The New European Private International Law of Product Liability – Steering Through Troubled Waters*, *RabelsZ* 73 (2009), 269 ff.; *A. Spickhoff*, *Die Produkthaftung im Europäischen Kollisions- und Zivilverfahrensrecht*, in: *Festschrift für Jan Kropholler* (2008), 671 ff.; *P. Stone*, *Product Liability under the Rome II Regulation*, in: *J. Ahern/W. Binchy* (Hg.), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations* (2009), 175 ff.

schaft sorgen und die Gesundheit der Verbraucher schützen“, sondern auch „Innovationsanreize geben, einen unverfälschten Wettbewerb gewährleisten und den Handel erleichtern“. Von einigen Autoren wird vor diesem Hintergrund geltend gemacht, dass im europäischen IPR in wesentlich stärkerem Maße regulative und materielle Wertungen die Anknüpfung bestimmen würden, als dies herkömmlich im „klassischen“ (nationalen) IPR der Fall gewesen sei.¹⁷⁸ Es ist aber fraglich, ob das europäische IPR und IZVR den in Erwägungsgrund 20 Rom II-VO erhobenen Anspruch tatsächlich einlöst.

Unter regulativem Blickwinkel ist die in Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Rom II-VO kodifizierte Anknüpfungsleiter, die primär auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Geschädigten abstellt (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 lit. a Rom II-VO), fragwürdig. Während nach Art. 9 Satz 1 lit. b ProdHaftRL (§ 1 Abs. 1 Satz 2 ProdHaftG) Sachschäden gewerblicher Abnehmer nicht ersatzfähig sind,¹⁷⁹ findet Art. 5 Rom II-VO allgemein auch auf Schädigungen von Unternehmen Anwendung,¹⁸⁰ sodass der verbraucherzentrierte Ansatz der Vorschrift beim gewöhnlichen Aufenthalt des Geschädigten (lit. a) problematisch ist. Für geschädigte Unternehmen erscheint vielmehr unter regulatorischen Aspekten die – gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 1 lit. b Rom II-VO nur zweitrangige – Anknüpfung an den Marktort sachgerechter als die an den Unternehmenssitz, weil das jeweilige Produkthaftungsniveau die Preisbildung auf einem Markt mitbestimmt und mangels eines sozialen Gefälles auch kein sachlicher Grund für eine kollisionsrechtliche Privilegierung eines unternehmerischen Klägers besteht.¹⁸¹

Auch die These einer Materialisierung des europäischen IPR ist kritisch zu hinterfragen. Sie wird insbesondere darauf gestützt, dass die Rom II-VO in erster Linie am Opferschutz orientiert sei, weil sie grundsätzlich an den Erfolgsort (Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO) und bei der Produkthaftung (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 lit. a Rom II-VO) sogar primär an den gewöhnlichen Aufenthalt des Geschädigten anknüpfe.¹⁸² Die herrschende Meinung betont hingegen zu

¹⁷⁸ So *R. Michaels*, Die europäische IPR-Revolution – Regulierung, Europäisierung, Mediatisierung, in: Festschrift für Jan Kropholler (2008), 151, 161 ff. (Regulierung); *M.-P. Weller*, Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht: Abschied von der „klassischen“ IPR-Dogmatik?, IPRax 2011, 429 ff. (Materialisierung).

¹⁷⁹ Näher MünchKomm/Wagner (Fn. 19), § 1 ProdHaftG, Rn. 13 ff. (mit berechtigter rechtspolitischer Kritik in Rn. 14); Staudinger/Oechsler (Fn. 19), § 1 ProdHaftG, Rn. 21 ff. Zur Zulässigkeit einer Ausdehnung der RL auch auf solche Schäden nach nationalem Recht siehe EuGH, *Moteurs Leroy Somer* (Fn. 19).

¹⁸⁰ *F.J. Garcimartín Alférez*, The Rome II Regulation: On the way towards a European Private International Law Code, EuLF 2007, I-77, I-85; *J. v. Hein*, Europäisches Internationales Deliktsrecht nach der Rom II-Verordnung, ZEuP 2009, 6, 28; MünchKomm/Junker (Fn. 3), Art. 5 Rom II-VO, Rn. 16.

¹⁸¹ Eingehend *J. v. Hein*, Grenzüberschreitende Produkthaftung für „Weiterfresserschäden“: Anknüpfung an den Marktort ist interessengerechter, RIW 2000, 820 ff.

¹⁸² *Weller*, IPRax 2011, 429, 435.

Recht die grundsätzliche Kontinuität der Rom II-VO mit den Methoden und Wertungen des klassischen, vom materiellrechtlichen Ergebnis prinzipiell unabhängigen Kollisionsrechts i.S. *Savignys*.¹⁸³ Generalanwalt *Nils Wahl* hat erst kürzlich zutreffend betont:

„Die Rom-II-Verordnung, die einen Kompromiss zwischen der Notwendigkeit, ein gewisses Maß an Rechtssicherheit zu gewährleisten und dabei die berechtigten Erwartungen der Parteien durch Erarbeitung konkreter Anknüpfungskriterien zu schützen, und dem Wunsch darstellt, eine gewisse Flexibilität zu behalten, wenn die Anwendung dieser Kriterien zu unangemessenen Ergebnissen führt, knüpft an die Lösungen an, die zuvor im internationalen Privatrecht galten.“¹⁸⁴

Insbesondere in Gestalt des Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO beruhe die Verordnung auf „einer klassischen Kollisionsnorm des internationalen Privatrechts“.¹⁸⁵ Gerade aus deutscher Perspektive ist das Internationale Deliktsrecht auf europäischer Ebene nicht stärker, sondern sogar – genau umgekehrt – *weniger* an Opferinteressen ausgerichtet als das herkömmliche autonome IPR, weil die Rom II-VO nicht nur im Hinblick auf die allgemeine Grundregel (Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO), sondern auch für die Produkthaftung das besonders geschädigtenfreundliche Günstigkeitsprinzip, d.h. das traditionelle Wahlrecht des Klägers zwischen Handlungs- und Erfolgsort (Art. 40 Abs. 1 EGBGB), aufgegeben hat.¹⁸⁶ Diese Umorientierung verursacht im Zusammenspiel mit dem im europäischen Zivilverfahrensrecht (Art. 7 Nr. 2 EuGVO n.F.) fortgeltenden Ubiquitätsprinzip gewisse Friktionen, die im Folgenden näher beleuchtet werden.

2. Defizite des geltenden IPR und IZVR

a) Mangelnde Abstimmung von Rom II-VO und EuGVO

In Bezug auf Verbraucher führt Art. 5 Abs. 1 Satz 1 lit. a Rom II-VO vielfach zu unbefriedigenden Ergebnissen, weil die Vorschrift nicht hinreichend mit dem europäischen Zivilprozessrecht abgestimmt ist.¹⁸⁷ Die Bestimmung des

¹⁸³ Umfassend hierzu *J. v. Hein*, *Something Old and Something Borrowed, but Nothing New? – Rome II and the European Choice-of-Law Evolution*, *Tul. L. Rev.* 82 (2008), 1663 ff.; *ders.*, *Of Older Siblings and Distant Cousins: The Contribution of the Rome II Regulation to the Communitarisation of Private International Law*, *RabelsZ* 73 (2009), 461 ff., jeweils m.w.N.

¹⁸⁴ *GA N. Wahl*, Schlussanträge in der Rs. C-350/14 v. 10.9.2015 (*Florin Lazar/Allianz SpA*), *ECLI:EU:C:2015:586*, Rn. 20.

¹⁸⁵ *GA Wahl* (vorige Fn.), Rn. 27.

¹⁸⁶ Eingehend zur Produkthaftung nach autonomem deutschen IPR *J. v. Hein*, *Das Günstigkeitsprinzip im Internationalen Deliktsrecht* (1999), 377 ff.; *ders.*, *RIW* 2000, 820 ff.

¹⁸⁷ Zum Folgenden näher *J. v. Hein*, *Protecting Victims of Cross-Border Torts under Article 7 No. 2 Brussels Ibis: Towards a More Differentiated and Balanced Approach*, *YbPIL* 16 (2014/2015), 241, 254 ff.; *ders.*, *Der Schutz des Geschädigten bei grenzüber-*

Handlungsortes in Produkthaftungsfällen war für die EuGVO lange Zeit höchst umstritten: Während herkömmlich der Sitz des Herstellers oder der Ort der Herstellung als maßgebend galt, sollte es nach einer neueren Auffassung in der Lehre auf den Ort des Inverkehrbringens des schädigenden Produkts ankommen, weil Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Rom II-VO nicht die Herstellung des Produkts, sondern dessen (vorhersehbares, Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Rom II-VO) Inverkehrbringen als kollisionsrechtlich maßgebende Handlung einstuft.¹⁸⁸ Der EuGH hat dieser Auffassung aber in der Sache *Kainz/Pantherwerke* im Jahre 2014 eine eindeutige Absage erteilt.¹⁸⁹ Herr Kainz, wohnhaft in Salzburg (Österreich), hatte die Pantherwerke AG, die ihren Sitz in Deutschland hat, wegen Produkthaftung in Österreich auf Schadensersatz verklagt. Zugrunde lag ein Unfall, den der Kläger in Deutschland mit einem von der Pantherwerke AG in der Bundesrepublik hergestellten Fahrrad erlitten hatte, das er zuvor bei einem Einzelhändler in Österreich erworben hatte. Nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 lit. a Rom II-VO hätte – wenn man von der Frage der intertemporalen Anwendbarkeit der Verordnung absieht¹⁹⁰ – auf den Schadensersatzanspruch des Klägers österreichisches Recht Anwendung gefunden: Dort hatte er seinen gewöhnlichen Aufenthalt, und dort war das Fahrrad auch offenbar mit dem Willen des Herstellers in den Verkehr gebracht worden. Den EuGH ficht der vermeintlich durch Art. 5 Rom II-VO bewirkte kollisionsrechtliche Paradigmenwechsel hin zu Regulierung und Materialisierung (siehe oben VIII.1.) jedoch nicht an; er hält vielmehr an einer rein prozessual begründeten Ableitung des verfahrensrechtlichen Ubiquitätsprinzips fest und misst den Gesichtspunkten einer kohärenten Auslegung der Rom II-VO und der EuGVO (Erwägungsgrund 7 Rom II-VO) sowie einer marktregulierenden Funktion der Produkthaftung in Bezug auf den Verbraucherstaat (Erwägungsgrund 20

schreitenden Delikten im europäischen Zivilprozessrecht, in: J. Kleinschmidt/H. Kronke/T. Raab/G. Robbers/K. Thorn (Hg.), Strukturelle Ungleichgewichtslagen in der internationalen Streitbeilegung – Symposium zum Gedenken an Bernd von Hoffmann (2016), 45, 62 ff.; H. Schack, Kohärenz im europäischen Internationalen Deliktsrecht, in: J. v. Hein/G. Rühl (Hg.), Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union (2016), 279, 290 f.

¹⁸⁸ Zum Streitstand ausführlich v. Hein, Der Schutz des Geschädigten (Fn. 187), 45, 63 f., m.w.N.

¹⁸⁹ EuGH, 16.1.2014, Rs. C-45/13 (*Andreas Kainz/Pantherwerke AG*), ECLI:EU:C:2014:7; zum Erfolgsort siehe bereits EuGH, 16.7.2009, Rs. C-189/08 (*Zuid-Chemie BV/Philippo's Mineralenfabriek NV/SA*), Slg. 2009, I-6917; hierzu v. Hein, IPRax 2010, 330 ff.

¹⁹⁰ Unabhängig davon, ob man die Herstellung des Produkts oder dessen Inverkehrbringen als schadensbegründendes Ereignis ansieht (dazu MünchKomm/Junker [Fn. 3], Art. 32 Rom II-VO, Rn. 6), lagen beide Ereignisse vor dem nach Art. 31, 32 Rom II-VO maßgebenden Zeitpunkt, dem 11.1.2009; zur intertemporalen Anwendbarkeit der Rom II-VO siehe EuGH, 17.11.2011, Rs. C-412/10 (*Deo Antoine Homawoo/GMF Assurances SA*), Slg. 2011, I-11603.

Rom II-VO) kein besonderes Gewicht bei.¹⁹¹ Zwar darf das in Erwägungsgrund 7 Rom II-VO enthaltene Kohärenzgebot nicht im Sinne eines strikten Gleichlaufs von Zuständigkeit und anwendbarem Recht missverstanden werden.¹⁹² Es ist aber rechtspolitisch zu bezweifeln, ob es interessengerecht ist, einen durch ein fehlerhaftes Produkt geschädigten Verbraucher ebenso zu behandeln wie z.B. einen multinationalen Konzern. Die für eine Begünstigung des Verbrauchers in Fällen einer vertraglichen Haftung sprechenden Argumente, insbesondere seine strukturelle Unterlegenheit aufgrund mangelnder Rechts- und Sprachkenntnisse,¹⁹³ treffen regelmäßig auch auf durch ein fehlerhaftes Produkt geschädigte Verbraucher zu. Anders als im Verbrauchervertragsrecht, bei dem die internationale Zuständigkeit nach Art. 17 ff. EuGVO n.F. und das anwendbare Recht gemäß Art. 6 Rom I-VO weitgehend parallel ausgestaltet sind,¹⁹⁴ muss der Geschädigte in einem Produkthaftungsfall aber ein erhöhtes Kostenrisiko aufgrund der Notwendigkeit der Fremdsprachmittlung tragen. Im Falle *Kainz/Pantherwerke* wären nur die deutschen Gerichte zuständig gewesen,¹⁹⁵ die aber nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 lit. a Rom II-VO österreichisches Recht hätten anwenden müssen, sofern man nicht wegen des Zusammenfallens von Herstellungs- und Verletzungsort ausnahmsweise eine engere Verbindung zur deutschen Rechtsordnung i.S. des Art. 5 Abs. 2 Satz 1 Rom II-VO annehmen wollte.¹⁹⁶ Die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Geschädigten ist daher einerseits zu weit, weil sie neben Verbrauchern auch Unternehmer erfasst (siehe oben VII.1.), andererseits zu eng, weil sie in Bezug auf Verbraucher nur das Kollisions- und nicht auch das Verfahrensrecht einbezieht.

Zudem führt die kollisionsrechtliche Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt jedes einzelnen Geschädigten bei internationalen Massenschäden zu einer Zersplitterung des Produkthaftungsstatuts und bildet insoweit keine

¹⁹¹ EuGH, *Kainz/Pantherwerke AG* (Fn. 189); überwiegend kritisch daher die Reaktion im Schrifttum: *R. Freitag*, EuGH: Internationale Zuständigkeit für Produkthaftungsklagen, LMK 2014, 355576; *T. Garber*, Anmerkung, ÖJZ 2014, 661; *C. Schmon*, „Handlungsort“ in Produkthaftungssachen ist nur der Herstellungsort, *ecolex* 2014, 334; *B. Sujecki*, Art. 5 Nr. 3 EuGVVO: In grenzüberschreitenden Produkthaftungsfällen ist Ort des ursächlichen Geschehens der Ort, an dem das Produkt hergestellt wurde, *EWS* 2014, 94; *E. Wagner*, Der Ort des Inverkehrbringens ist für die Bestimmung des anwendbaren Rechts von zentraler Bedeutung, *BB* 2014, 661; *H.-P. Mansel/K. Thorn/R. Wagner*, *Europäisches Kollisionsrecht 2014: Jahr des Umbruchs*, *IPRax* 2015, 1, 17.

¹⁹² *v. Hein*, *RabelsZ* 73 (2009), 461, 470 f.; *G. Rühl/J. v. Hein*, *Towards a European Code on Private International Law?*, *RabelsZ* 79 (2015), 701, 731 f.

¹⁹³ Vgl. zu Art. 15 EuGVO a.F. *Kropholler/v. Hein*, *Europäisches Zivilprozessrecht* (9. Aufl., 2011), Art. 15 EuGVO a.F., Rn. 1, 5 ff.

¹⁹⁴ Näher *Kropholler/v. Hein* (Fn. 193), Art. 15 EuGVO a.F., Rn. 4.

¹⁹⁵ Siehe die Abschlussentscheidung des OGH, 26.2.2014 – 7Ob19/14s, ÖJZ 2014, 660 mit Anm. *T. Garber*.

¹⁹⁶ Insoweit berechtigte Kritik bei *Mansel/Thorn/Wagner*, *IPRax* 2015, 1, 17.

geeignete Grundlage für den kollektiven Rechtsschutz in der EU.¹⁹⁷ Selbst wenn der Hersteller eines fehlerhaften Produkts an seinem allgemeinen Gerichtsstand (Art. 4 Abs. 1 EuGVO n.F.) verklagt wird, muss das zuständige Gericht bei einem Produkthaftungsfall mit binnenmarktweiten Schäden nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 lit. a Rom II-VO die Ansprüche der Opfer im Extremfall nach 28 verschiedenen Rechten beurteilen.¹⁹⁸ Aufgrund der Absage des europäischen IPR an das herkömmliche Ubiquitätsprinzip können die Geschädigten selbst bei einer Klage am Herstellersitz nicht für das dort anwendbare Haftungsrecht optieren, sofern es nicht zu einer zweiseitigen Rechtswahl (Art. 14 Abs. 1 Rom II-VO) mit dem Schädiger kommt.¹⁹⁹ Dieses Problem ist aus den USA bekannt, wo deshalb in interlokalen Fällen auf die *lex fori* zurückgegriffen wird, um die prozessökonomische Behandlung einer Sammelklage zu ermöglichen.²⁰⁰ Da es hingegen im europäischen IPR/IZVR an Sonderregeln für den kollektiven Rechtsschutz bislang fehlt, wird dessen ohnehin unterentwickelte Bedeutung im europäischen Produkthaftungsrecht (siehe oben VII.) bei internationalen Fallgestaltungen weiter geschwächt.

Soll das europäische Internationale Privat- und Verfahrensrecht dem vom Ordnungsgeber selbst erhobenen Postulat, eine kohärente, innovationsfördernde und Verbraucherschützende Regelung zu schaffen, tatsächlich gerecht werden, bedarf es daher künftig dringend einer besseren Abstimmung des

¹⁹⁷ Dies betont auch *S. Fulli-Lemaire*, *Affaire PIP: quelques réflexions sur les aspects de droit international privé*, RIDE 29 (2015), 99, 119; zur Problematik des kollektiven Rechtsschutzes im IPR/IZVR ausführlich *R. Fentiman*, *Recognition, Enforcement and Collective Judgments*, in: A. Nuyts/N.E. Hatzimihail (Hg.) (Fn. 160), 85 ff.; *B. Hess*, *Collective Redress and the Jurisdictional Model of the Brussels I Regulation*, in: A. Nuyts/N.E. Hatzimihail (Hg.) (Fn. 160), 59 ff.; *R. Michaels*, *European Class Actions and Applicable Law*, in: A. Nuyts/N.E. Hatzimihail (Hg.) (Fn. 160), 111 ff., *A. Nuyts*, *The Consolidation of Collective Claims under Brussels I*, in: A. Nuyts/N.E. Hatzimihail (Hg.) (Fn. 160), 69 ff.

¹⁹⁸ Die Ausweichklausel (Art. 5 Abs. 2 Rom II-VO) bietet hierfür keine Lösung, weil die engste Verbindung für jeden Geschädigten gesondert zu bestimmen ist; vgl. zur Parallelproblematik im Rahmen des Art. 4 Abs. 3 Rom II-VO bei Massenunfällen *J. v. Hein*, *Die Ausweichklausel im europäischen Internationalen Deliktsrecht*, in: *Festschrift für Jan Kropholler* (2008), 553, 571.

¹⁹⁹ Zur Rechtswahl nach Art. 14 Rom II-VO eingehend *J. v. Hein*, in: G.-P. Calliess (Hg.), *Rome Regulations – Commentary* (2. Aufl., 2015), Article 14 Rome II, Rn. 1 ff., m.w.N.

²⁰⁰ Zu interlokalen Sammelklagen in den USA siehe *Bunting v. Progressive Corp. et al.*, 348 Ill. App. 3d 575, 809 N.E. 2d 225 (1st Dist. 2004), wo ein lokales Regulierungsinteresse des Forumstaates bejaht wird; vgl. hierzu *P. Hay*, *US-amerikanisches Recht* (6. Aufl., 2015), Rn. 398 in Fn. 231, der darauf hinweist, dass die Bejahung eines derartigen lokalen Regulierungsinteresses bei ausländischen Klägern „[w]eniger wahrscheinlich“ sei; zur Übertragbarkeit eines *lex-foi*-Ansatzes auf die EU eingehend *Michaels*, *European Class Actions* (Fn. 197), 111, 138 ff.

europäischen IPR und IZVR.²⁰¹ Überdies werden Sonderregeln für den kollektiven Rechtsschutz erforderlich sein. Für die Vorbereitung entsprechender Reformschritte ist die Rechtsvergleichung auch mit außereuropäischen Staaten unentbehrlich.

b) Die unklare Behandlung der maßgebenden Produktsicherheitsanforderungen

Nicht abschließend geklärt ist ferner, an welchen Sicherheitsanforderungen sich der Hersteller gemäß Art. 17 Rom II-VO orientieren muss.²⁰² Art. 17 Rom II-VO bestimmt, dass „[b]ei der Beurteilung des Verhaltens der Person, deren Haftung geltend gemacht wird, [...] faktisch und soweit angemessen die Sicherheits- und Verhaltensregeln zu berücksichtigen [sind], die an dem Ort und zu dem Zeitpunkt des haftungsbegründenden Ereignisses in Kraft sind“. Daraus, dass Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Rom II-VO ausdrücklich den Hersteller schützt, wenn dieser das Inverkehrbringen des Produkts oder eines gleichartigen Produkts in dem nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Rom II-VO ermittelten Staat vernünftigerweise nicht voraussehen konnte, wird zwar zum Teil geschlossen, dass Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Rom II-VO eine speziellere Bestimmung im Verhältnis zu Art. 17 Rom II-VO darstelle und somit vorrangig sei.²⁰³ Jedoch hält diese Analyse einer näheren Prüfung nicht stand.²⁰⁴ Für die Anwendung des Art. 17 Rom II-VO auch auf die Produkthaftung sprechen das Regelungsvorbild des Art. 9 des Haager Produkthaftungsübereinkommens (HPÜ),²⁰⁵ die Stellung des Art. 17 in Kapitel V Rom II-VO („Gemeinsame Vorschriften“) und die unterschiedlichen Rechtsfolgen: Während Art. 17 Rom II-VO das Gericht lediglich dazu verpflichtet, fremdes Recht im Rahmen des Deliktsstatuts als Tatsache zu berücksichtigen,²⁰⁶ ist Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Rom II-VO eine echte Kollisionsnorm, die das anwendbare Haftungsrecht selbst definiert.

²⁰¹ v. Hein, YbPIL 16 (2014/2015), 241, 273 f.

²⁰² Zum Folgenden bereits J. v. Hein, Die Behandlung von Sicherheits- und Verhaltensregeln nach Art. 17 der Rom II-Verordnung, in: Festschrift für Bernd von Hoffmann (2011), 139, 154 f.

²⁰³ G. Wagner, Die neue Rom II-Verordnung, IPRax 2008, 1, 5.

²⁰⁴ Näher v. Hein (Fn. 202), 139, 154 f.

²⁰⁵ Haager Übereinkommen über das auf die Produkthaftpflicht anwendbare Recht v. 2.10.1973, RabelsZ 37 (1973), 594 (englisch); deutsche Übersetzung bei B. v. Hoffmann in: J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, EGBGB/IPR, Art. 38–42 EGBGB (2001), Art. 40 EGBGB, Rn. 80; Art. 9 HPÜ bestimmt: „Die Anwendung der Artikel 4, 5 und 6 schließt nicht aus, daß Verhaltens- und Sicherheitsbestimmungen des Landes berücksichtigt werden, in dem das Produkt in den Verkehr gebracht wurde.“

²⁰⁶ Zu den dogmatischen Grundlagen näher T.W. Dornis, Die Theorie der *local data*: dogmatische Bruchstelle im klassischen IPR, SZIER/RSDIE 25 (2015), 183 ff; T. Pfeiffer,

Damit wird indes die Frage aufgeworfen, wo das „haftungsbegründende Ereignis“ in Produkthaftungsfällen zu verorten ist. Da Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Rom II-VO auf das „Inverkehrbringen“ eines Produkts ausgerichtet ist, muss die Einführung eines Produkts auf einem Markt – und nicht dessen Herstellung – als das für die Zwecke des Art. 17 Rom II-VO relevante Ereignis angesehen werden.²⁰⁷ Nur diese Anknüpfung trägt der marktregulierenden und innovationsfördernden Funktion der Produkthaftung sowie den berechtigten Erwartungen der Verbraucher Rechnung. Dies ergibt sich bereits aus der Begründung der Kommission zum Verordnungsvorschlag von 2003: „Da alle Wettbewerber auf einem bestimmten Markt dieselben Sicherheitsnormen einhalten müssen, können Hersteller in einem Staat mit niedrigem Schutzniveau diese niedrigen Standards nicht auf die anderen Staaten übertragen, was einen Anreiz für Innovation sowie wirtschaftliche und technische Entwicklung darstellt.“²⁰⁸ Der Umstand, dass der EuGH in der Rechtssache *Kainz* den verfahrensrechtlichen Handlungsort entgegengesetzt am Sitz des Herstellers lokalisiert hat, rechtfertigt keine parallele Interpretation des Art. 17 Rom II-VO, weil der EuGH seine Auslegung der EuGVO a.F. rein prozessual konzipiert und somit bewusst von den Wertungen und Anknüpfungen der Rom II-VO abgekoppelt hat (siehe oben VIII.2.a)). Allerdings kann die Berücksichtigung des Rechts des Bestimmungslandes hinter dem Recht des Herkunftslandes zurücktreten, sofern dies durch vorrangige Anerkennungsregeln zur Produktsicherheit z.B. im EU- oder WTO-Recht, künftig möglicherweise durch TTIP,²⁰⁹ geboten ist.²¹⁰

Datumtheorie und „local data“ in der Rom II-VO – am Beispiel von Straßenverkehrsunfällen, in: Liber Amicorum Klaus Schurig (2012), 229 ff.

²⁰⁷ Vgl. Art. 9 HPÜ; *Wandt* (Fn. 174), Rn. 762–774; siehe auch *H. Heiss/L. Lockerer*, Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse durch Rom II, JBl 2007, 613, 637; MünchKomm/*Junker* (Fn. 3), Art. 17 Rom II-VO, Rn. 31.

²⁰⁸ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), KOM(2003) 427 endgültig, 16.

²⁰⁹ Transatlantic Trade and Investment Partnership; vgl. hierzu einerseits die Einschätzungen und Empfehlungen des Verbraucherzentrale Bundesverbandes (vzbv) für eine noch mögliche Korrektur zur Transatlantischen Handels- und Investitionspartnerschaft vom 19.6.2014, S. 29, in denen der vzbv davor warnt, Produktsicherheitsstandards könnten durch TTIP „aufgeweicht“ werden (abrufbar unter <www.vzbv.de/meldung/ein-jahr-ttip-vorschlaege-des-vzbv-fuer-kurskorrekturen>); andererseits die Stellungnahme des Bundesverbands der Deutschen Industrie (BDI), Argumente für TTIP, vom 26.10.2015 (abrufbar unter <bdi.eu/artikel/news/argumente-fuer-ttip>), in der es heißt: „Die deutsche Industrie hat daher kein Interesse, dass durch TTIP Standards gesenkt werden – im Gegenteil: Die regulatorische Zusammenarbeit sollte nur dann zu Ergebnissen führen, wenn ein vergleichbar hohes Niveau [...] bei der Produktsicherheit [...] etc. gewährleistet ist.“

²¹⁰ Zu derartigen Anerkennungsverpflichtungen näher *Hahn*, AJP/PJA 2008, 1007, 1013 ff.

Die beschriebenen Unklarheiten in der kollisionsrechtlichen Behandlung von Produktsicherheitsstandards bergen ebenfalls die Gefahr, die marktregulierende und innovationsfördernde Funktion von Produkthaftungsvorschriften in internationalen Fällen zu schwächen.

c) *Fortbestehende europäische Rechtszersplitterung*

Schließlich werden die Kollisionsnormen der Rom II-VO für die Produkthaftung und für Straßenverkehrsunfälle in mehreren Mitgliedstaaten wie z.B. Frankreich oder den Niederlanden von den einschlägigen Haager Übereinkommen (HPÜ²¹¹; Haager Übereinkommen über das auf Straßenverkehrsunfälle anzuwendende Recht [HStVÜ²¹²]) verdrängt.²¹³ Nach Art. 28 Abs. 1 Rom II-VO bleiben nämlich sachlich relevante kollisionsrechtliche Staatsverträge von der Rom II-VO grundsätzlich unberührt. Die Verordnung genießt zwar in den Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten Vorrang vor solchen Übereinkommen, die *ausschließlich* zwischen zwei oder mehreren Mitgliedstaaten gelten (Art. 28 Abs. 2 Rom II-VO). Diese Ausnahme berührt die Anwendbarkeit des HPÜ und HStVÜ indes nicht, weil beiden Übereinkommen auch zahlreiche Drittstaaten angehören.²¹⁴ Aufgrund des verbreiteten Unbe-

²¹¹ Das HPÜ (Fn. 205) gilt innerhalb der EU in Frankreich, Finnland, Kroatien, Luxemburg, den Niederlanden, Slowenien und Spanien, siehe *E. Jayme/R. Hausmann*, Internationales Privat- und Verfahrensrecht (17. Aufl., 2014), 351 in Fn. 1.

²¹² Haager Übereinkommen über das auf Straßenverkehrsunfälle anzuwendende Recht vom 4.5.1971, *Jayme/Hausmann* (Fn. 211), Nr. 100; es gilt innerhalb der EU in Belgien, Frankreich, Kroatien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Österreich, den Niederlanden, Polen, der Slowakei, Slowenien, Spanien und der Tschechischen Republik, siehe *Jayme/Hausmann* (Fn. 211), 351 in Fn. 1.

²¹³ Umfassend hierzu *T. Kadner Graziano*, The Rome II Regulation and the Hague Conventions on Traffic Accidents and Product Liability – Interaction, conflicts and future perspectives, NIPR 2008, 425 ff.; *I.C. Nagy*, The Rome II Regulation and Traffic Accidents: Uniform Conflict Rules with Some Room for Forum Shopping: How So?, *J. Priv. Int. L.* 6 (2010), 93 ff.; *A. Staudinger*, Das Konkurrenzverhältnis zwischen dem Haager Straßenverkehrsübereinkommen und der Rom II-VO, in: *Festschrift für Jan Kropholler* (2008), 691 ff.; *T. Thiede/M. Kellner*, „Forum shopping“ zwischen dem Haager Übereinkommen über das auf Verkehrsunfälle anzuwendende Recht und der Rom-II-Verordnung, *VersR* 2007, 1624 ff.; zu den Vorentwürfen noch *C. Brière*, Réflexions sur les interactions entre la proposition de règlement „Rome II“ et les conventions internationales, *Clunet* 2005, 677 ff.; *M. Adensamer*, Der Verkehrsunfall im Licht der Rom-II-Verordnung, *ZVR* 2006, 523, 527 f.

²¹⁴ Im Falle des HPÜ sind dies Mazedonien, Montenegro, Norwegen und Serbien, *Jayme/Hausmann* (Fn. 211), 351 in Fn. 1; im Falle des HStVÜ Bosnien-Herzegowina, Marokko, Mazedonien, Montenegro, die Schweiz, Serbien, die Ukraine und Weißrussland, *Jayme/Hausmann* (Fn. 211), 351 in Fn. 1.

hagens an diesem im Verordnungsgebungsverfahren erzielten Kompromiss²¹⁵ wurde die Kommission nach Art. 30 Abs. 1 Nr. ii Rom II-VO dazu verpflichtet, bis zum 20.8.2011 einen Bericht über die Auswirkungen des Art. 28 Rom II-VO auf das HStVÜ vorzulegen. Dieses Dokument wurde aber, soweit ersichtlich, bislang nicht veröffentlicht.²¹⁶

Es bleibt folglich bei einer Zersplitterung des europäischen Deliktskollisionsrechts in den zentralen Fallgruppen der Haftung für Produkte und Straßenverkehrsunfälle.²¹⁷ Insbesondere mit Blick auf die Haftungsprobleme des autonomen Fahrens, die im Schnittbereich beider Rechtsgebiete anzusiedeln sind (siehe oben V.2.), wird die Unsicherheit auf dem Feld des materiellen Rechts somit dadurch verstärkt, dass es an einer einheitlichen Grundlage für die Bestimmung des anwendbaren Haftungsrechts innerhalb der EU fehlt. Auch insoweit kann man die gegenwärtige Rechtslage daher nicht als innovationsangemessen bezeichnen.²¹⁸

3. Fazit

Trotz bereits vorhandener Rechtsgrundlagen und entgegen dem von ihr selbst in Erwägungsgrund 20 Rom II-VO erhobenen Anspruch ist die EU von einer kohärenten und innovationsfördernden Regulierung der internationalen Produkthaftung noch weit entfernt, sodass auch künftig ein großer Bedarf an kollisionsrechtsvergleichender Forschung und weiterer Rechtsvereinheitlichung besteht.²¹⁹ Hierfür ist es erstens erforderlich, die Rechtspraxis zur Rom II-VO in den Mitgliedstaaten zu erfassen; hieran arbeitet bereits das von der Europäischen Kommission geförderte internationale EUPILLAR-Konsortium, an dem von deutscher Seite die Universität Freiburg beteiligt ist und das eine elektro-

²¹⁵ Zur Entstehungsgeschichte näher *R. Wagner*, Das Vermittlungsverfahren zur Rom II-Verordnung, in: Festschrift für Jan Kropholler (2008), 715, 726 f.; *J. v. Hein*, Konflikte zwischen völkerrechtlichen Übereinkommen und europäischem Sekundärrecht auf dem Gebiet des Internationalen Privatrechts, in: Festschrift für Meinhard Schröder (2012), 29, 40 ff.

²¹⁶ *R. Wagner*, Aktuelle Entwicklungen in der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen, NJW 2014, 1862, 1864; *MünchKomm/Junker* (Fn. 3), Art. 30 Rom II-VO, Rn. 1.

²¹⁷ Zu den daraus resultierenden Problemen im Hinblick auf die wegen fehlerhafter Brustimplantate in Deutschland und Frankreich anhängigen Prozesse ausführlich *Fulli-Lemaire*, RIDE 29 (2015), 99, 104 ff.

²¹⁸ Zum Begriff der Innovationsangemessenheit im Gegensatz zu einer wertfreien Förderung von Innovationen *Röthel* (Fn. 25), 335, 349.

²¹⁹ Zur allgemein anerkannten Bedeutung der Kollisionsrechtsvergleichung siehe *J. v. Hein*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Bd. X, 6. Aufl., 2015), Einl. IPR, Rn. 321; *F. Sturm/G. Sturm*, in: *J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, EGBGB/IPR (2012), Einl zum IPR, Rn. 366 f., jeweils m.w.N.; nur schwerlich nachvollziehbar ist die von *Rühl* (Fn. 98) aufgestellte Behauptung, die wissenschaftliche Kollisionsrechtsvergleichung sei „unzureichend“.

nische Datenbank mit dem entsprechenden Fallmaterial erstellt.²²⁰ Zweitens muss aber auch das Internationale Produkthaftungsrecht gerade solcher Drittstaaten, die in der Entwicklung innovativer Technologien führend sind, Berücksichtigung finden.²²¹ Eckpunkte einer künftigen Regulierung müssen vor allem eine bessere Abstimmung des IPR und des IZVR, eine klare Unterscheidung zwischen B2B- und B2C-Fällen und eine Überwindung der europäischen Rechtszersplitterung in Bezug auf die Haager Übereinkommen sein. Schließlich sollte im Internationalen Zivilverfahrensrecht auch die Drittstaatenproblematik angegangen werden (z.B. die internationale Zuständigkeit und die Anerkennung von Urteilen im Verhältnis zu den USA), die bei der Revision der EuGVO im Ergebnis weitgehend ausgeklammert wurde.²²²

IX. Ergebnisse und Ausblick

Abschließend ist festzuhalten: Eine Regulierung von Märkten ist nicht kostenlos, und eine normative Unsicherheit in grundlegenden Fragen ist es erst recht nicht. Auch nach dreißig Jahren Rechtsangleichung durch die Produkthaftungsrichtlinie fällt eine konsistente Grenzziehung zwischen Verschuldens- und Gefährdungshaftung im Umgang mit neuartigen Risiken schwer. Diese Abgrenzung ist nicht allein terminologischer Natur,²²³ weil von ihr abhängt, in welchem Umfang neben der vollharmonisierenden Richtlinie überhaupt auf nationale Haftungsregeln zurückgegriffen werden darf.²²⁴ Hier besteht innerhalb der EU erheblicher weiterer Rechtsangleichungsbedarf, der sich nicht nur auf das materielle Haftungsrecht erstreckt, sondern auch im Hinblick auf den kollektiven Rechtsschutz sowie das Internationale Privat- und Verfahrensrecht zu einem kohärenteren Regelungswerk führen muss. Hierzu kann die Rechtsvergleichung einen entscheidenden Beitrag leisten, wenn sie das Zivilrecht in seiner Wechselwirkung mit anderen Rechtsgebieten und im Lichte seiner ökonomischen Grundlagen analysiert. Das Ziel des Rechtsvergleichers darf sich dabei aber nicht auf die Gewinnung allein europäischer Prinzipien beschränken.²²⁵ Nach einer jüngst vorgelegten Studie der *World Intellectual Property Organization* (WIPO) in Genf nehmen weltweit derzeit fünf Länder

²²⁰ Siehe näher <www.jura.uni-freiburg.de/institute/ipr3/eupillar>.

²²¹ Vgl. zum internationalen Deliktsrecht in den USA *J. Kropholler/J. v. Hein*, From Approach to Rule-Oriented in American Tort Conflicts?, in: J.A.R. Nafziger/S.C. Symeonides (Hg.), *Law and Justice in a Multistate World – Essays in Honor of Arthur T. von Mehren* (Ardsley, NY, 2002), 317 ff., m.w.N.

²²² Näher *J. v. Hein*, Die Neufassung der Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung, RIW 2013, 97, 100 f., m.w.N.

²²³ So aber *Taschner*, ZEuP 2012, 560, 566.

²²⁴ Siehe die oben in Fn. 19 nachgewiesene st. Rspr. des EuGH.

²²⁵ Zum DCFR und zu den PETL siehe oben V.1.a).

eine Spitzenstellung bei der Schaffung von Zukunftstechnologien ein.²²⁶ Die USA, Japan, China, Südkorea – und eben Deutschland. Wer die Regulierung zukünftiger Produktmärkte in Zeiten der Globalisierung innovationsangemessen gestalten will, tut daher gut daran, der Rechtsentwicklung in dieser *Peer Group* besondere Beachtung zu schenken.²²⁷

²²⁶ o.V., Hightech-Patente: Deutschland in der Spitzengruppe, *Der Spiegel* Nr. 48/2015, S. 85.

²²⁷ Vgl. etwa zum chinesischen Deliktsrecht *J. v. Hein*, Kausalität im Deliktsrecht – Eine rechtsvergleichende Skizze im Lichte der Principles of European Tort Law und des chinesischen Deliktshaftungsgesetzes, in: *Festschrift für Ulrich Magnus* (2014), 21 ff., m.w.N.; speziell zur Produkthaftung *J. Binding/C. Eisenberg*, Das neue Produkthaftungsrecht der VR China, *RIW* 2011, 511 ff.; zu Japan *D. Gräwe/K. Sahin*, Produkthaftung in Japan, *ZfRV* 2012, 182 ff.

Schlusswort

Meine Damen und Herren,

über den inneren Zusammenhang zwischen diesem Symposium über „Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung“ und meinem 80. Geburtstag werden zwei Theorien verbreitet. Nach der einen Theorie ist den Direktoren des Instituts zu irgendeinem Zeitpunkt voller Schrecken eingefallen, dass ich bald 80 Jahre alt werden würde, und sie haben geglaubt, dass sich durch dieses Symposium meinem Geburtstag ein gewisser Glanz verleihen lasse. Viel wahrscheinlicher und mir viel sympathischer ist die andere Theorie, nach der die Direktoren zur Abhaltung des Symposiums ohnehin fest entschlossen waren, mein Geburtstag gerade recht kam und sich – ökonomisch gesprochen – im Wege eines „Mitnahmeeffekts“ gut nutzen ließ. Jedenfalls freue ich mich sehr darüber, dass ich am Ende noch einmal aufstehen und mich bei unseren Referenten dafür bedanken darf, dass sie uns den Lustgewinn verschafft haben, der sich immer dann ergibt, wenn man einen interessanten, anspruchsvollen und manchmal auch über schwieriges Gelände führenden Gedankengang mitverfolgen darf. Vieles erschien mir so überzeugend und war noch dazu so klar und einleuchtend ausgedrückt, dass ich mir ständig die Frage gestellt habe, die *Gottfried Benn* zugeschrieben wird: „Was? Das ist von dem? Das müsste doch von mir sein!“ Von anderen Überlegungen fand ich, dass die Referenten mit ihnen das eine oder andere Problem zwar treffend untersucht, einen sichtbaren Erkenntnisfortschritt damit aber nicht produziert und deshalb offenbar jener Methode gefolgt waren, die von *Manuel Neuer*, dem bekannten Torwart der deutschen Fußballnationalmannschaft, wie folgt charakterisiert worden ist: „Man kann alles verstehen – wenn man es nur analysiert.“ Wieder anderes war mir deshalb sofort sympathisch, weil es sich mit den Denktraditionen im Einklang hielt, die mir als einem Mitglied der älteren Schule durchaus vertraut waren. Offenbar haben sich hier die Referenten bewusst oder unbewusst von den Überlegungen leiten lassen, die *Mark Tushnet* einmal wie folgt gekennzeichnet hat:

„Ambitious young scholars, of whom there is rarely an undersupply, have obvious incentives to discover some novel approach. In general, however, the legal academy’s reward

structure requires that novel approaches be ones that the younger scholars' *elders* can appreciate as continuing a tradition with which the elders are associated."¹

Auffällig – wenn auch gewiss nicht überraschend – war der Umstand, dass die Referate ganz unterschiedlichen Methoden gefolgt sind. Mancher Vortrag war in erster Linie rechtsdogmatisch angelegt. Er ging also von dem System aus, das den für ein bestimmtes Rechtsgebiet bestehenden Regeln zugrunde liegt, nachdem man sie nach einheitlichen, übergreifenden und durchlaufenden Gesichtspunkten in eine befriedigende Ordnung gebracht hat. Vor diesem Hintergrund wurde dann die Frage gestellt, ob und wie sich der neue Vorschlag in diese bestehende Ordnung einfügt oder ob er eine Ergänzung oder eine Fortbildung dieser Ordnung verlangt. Ich glaube nun allerdings nicht und habe es auch schon oft gesagt,² dass dieser Ansatz – für sich allein genommen – ausreichend sein könnte. Ebenso wenig meine ich freilich, dass man als Jurist die vorhandene systematische Ordnung des Stoffs einfach über Bord werfen kann. Denn niemand wird bestreiten, dass erst sie es ist, die den Stoff für die juristische Praxis beherrschbar und übersichtlich, ferner – wie der Hochschullehrer zu betonen Anlass hat – lehrbar und lernbar macht. Was ist da zu tun? *Friedrich Schlegel* hat in seinen „Schriften zur Literatur“ einmal bemerkt, es sei

„gleich tödlich für den Geist, ein System zu haben und keines zu haben. Er wird sich also wohl entschließen müssen, beides zu verbinden.“³

Wie kann uns Juristen diese „Verbindung“ glücken? Ich glaube, dass sie uns nur gelingen wird, wenn wir uns – wie das auch in vielen Referaten der Fall war – mit der größten Gelassenheit für *alle* Betrachtungsweisen öffnen, auch für die „nichtdogmatischen“. Irgendeine Reihenfolge oder irgendeinen Vorrang gibt es da nicht. Man kann als Jurist in dieser Lage nicht viel anderes tun, als dass man einen für *alles* geöffneten Standpunkt wählt, also mit pragmatischem Gleichmut *alle* Argumente auf sich wirken lässt, die sich aus nichtdogmatischen, also auch aus rechtshistorischen, rechtsökonomischen, rechtssoziologischen und rechtsphilosophischen Erkenntnissen gewinnen lassen, ferner aus der Rechtsvergleichung und aus der sorgfältigen Beobachtung der Wirklichkeit und der herrschenden Wertungen. Dass man auf diese Weise zu Lösungen kommt, die endgültig und für alle Zeit die „richtigen“ sind, glaube ich nicht. Man muss bescheidener sein. Man muss sich mit der Hoffnung begnügen, dass bei Wahl des offenen Standpunkts im freien Wettbewerb der

¹ *Mark Tushnet*, „Everything Old is New Again“: Early Reflections on the „New Chicago School“, *Wisconsin Law Review* 1998, 579, 581. Dieses Zitat verdanke ich *Holger Fleischer*.

² Vgl. dazu und zum folgenden Text *Hein Kötz*, Ein Leben als undogmatischer Jurist, *ZEuP* 19 (2011), 94, 107 f.

³ *Friedrich Schlegel*, *Schriften zur Literatur*, herausgegeben von *Wolfdietrich Rasch* (1972), 30.

Ideen sich unter den meisten früher oder später ein Konsens über die zur Zeit angemessene Lösung herausstellen wird. Mehr können wir nicht erreichen. Das mag zurückhaltend, prunklos und relativistisch klingen. Aber in diesem Punkt halte ich es mit *Grant Gilmore*, der einmal gesagt hat:

„The function of the lawyer is to preserve a sceptical relativism in a society hell-bent for absolutes.“

Hein Kötz

Autorenverzeichnis

Graf-Peter Calliess, Dr. jur., ist Professor für Bürgerliches Recht, internationales und vergleichendes Wirtschaftsrecht sowie Rechtstheorie an der Universität Bremen.

Jan von Hein, Dr. jur., ist Professor für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i.Br.

Eva-Maria Kieninger, Dr. iur., ist Professorin für Deutsches und Europäisches Privatrecht sowie Internationales Privatrecht an der Universität Würzburg.

Ralf Michaels, Dr. jur., LL.M. (Cambridge), ist Arthur Larson Professor of Law an der Duke University, Durham, USA.

Giesela Rühl, Dr. jur., LL.M. (Berkeley), ist Professorin für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Internationales Privat- und Prozessrecht, Europäisches Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Friedrich-Schiller-Universität Jena.

Marc-Philippe Weller, Dr. jur., Licencié en droit (Montpellier), ist Professor für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht, Handelsrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Heidelberg.

Christiane Wendehorst, Dr. jur., LL.M., ist Professorin für Zivilrecht an der Universität Wien.