



GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT
GÖTTINGEN

Einführung in die Rechtsvergleichung

Prof. Dr. Ivo Bach

Wintersemester 2020/2021

§ 1 Grundlagen

A. Begriff der Rechtsvergleichung

Die Rechtsvergleichung ist kein Rechtsgebiet, sondern eine Methode wertender und reflektierender juristischer Betrachtung. Das Wesen der Rechtsvergleichung besteht darin, die Inhalte, Ziele und Zwecke einer ausländischen Rechtsordnung in Beziehung mit den Inhalten, Zielen und Zwecken einer anderen Rechtsordnung (meistens der heimischen) in Beziehung zu setzen.

Zu unterscheiden ist die Rechtsvergleichung von der Auslandsrechtskunde, also der bloßen Ermittlung und ggf. Anwendung des ausländischen Rechts mit nur informativem oder deskriptivem Charakter. Die Ermittlung des ausländischen Rechts ist Bestandteil bzw. Voraussetzung der Rechtsvergleichung.

Innerhalb der Rechtsvergleichung unterscheidet man zwischen der sog. „Makrovergleichung“, also dem Vergleich ganzer Rechtsordnungen und der sog. „Mikrovergleichung“, die den Vergleich einzelner Probleme oder Rechtsinstitute zum Gegenstand hat.

B. Methode der Rechtsvergleichung

I. Erster Schritt: Funktionale Fragestellung

Die vergleichende Rechtswissenschaft wendet in aller Regel eine sog. „funktionale Methode“ an: Es wird kein bloßer Normvergleich, sondern ein Funktionsvergleich vorgenommen. Ausgangspunkt ist also nicht eine konkrete Vorschrift, sondern die regelungsbedürftige Situation; zu fragen ist jeweils, wie das Recht den jeweiligen Konflikt umfassend löst.

Dieser funktionelle Ansatz ist deswegen sinnvoll, weil „vergleichbare“ Regelungen oftmals gar nicht existieren. Wer etwa im englischen Recht eine dem § 2100 ff. BGB entsprechende Regelung zur Vor- und Nacherbschaft sucht, wird dort nicht fündig werden. Erfolgversprechender ist es, danach zu fragen, wie der Erblasser nach englischem Recht sicherstellen kann, dass sein Vermögen zunächst einer ersten und anschließend einer zweiten Person zur Verfügung steht. Diese Möglichkeit bietet ihm dort das Rechtsinstitut des trusts (dazu unten mehr).

II. Zweiter Schritt: Ermittlung des ausländischen Rechts

Bei der Ermittlung des ausländischen Rechts ist besonderes Augenmerk darauf zu legen, dass das ausländische Recht so ermittelt wird, wie es sich in der ausländischen Rechtspraxis tatsächlich darstellt. Es genügt nicht, etwa nur einen äußeren Gesetzestext zu ermitteln und diesen zum Ausgangspunkt einer vergleichenden Betrachtung zu machen. Denn häufig stellt

der Gesetzestext von vornherein keine erschöpfende Regelung der Materie dar. Ferner kann er – je nach der ausländischen Rechtspraxis – eng oder weit ausgelegt, analog angewendet bzw. durch Figuren des Richterrechts ergänzt bzw. u.U. sogar völlig abgewandelt werden.

So sah man etwa dem deutschen BGB vor der Schuldrechtsreform nicht an, dass die wesentlichen schuldrechtlichen Vorschriften durch ungeschriebene Rechtsinstitute (insb. die culpa in contrahendo und die positive Vertragsverletzung) ergänzt wurde. Und aus dem Begriff des „sonstigen Rechts“ in § 823 I BGB allein lässt sich nicht entnehmen, dass nach der Rechtsprechung des BGH u.a. das „allgemeine Persönlichkeitsrecht“ oder das Recht am „eingerrichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ o.ä. deliktischen Schutz genießen. Auch die Generalklausel des französischen Deliktsrechts (Art. 1382 c.c.) enthält, für sich betrachtet, keine hinreichend präzise Aussage. Sie erhält ihre notwendige inhaltliche Ausformung allein durch die französische Rechtsprechung (dazu unten § 2 B. IV. 4.). Im englischen Recht existiert zumeist von vornherein keine Vorschrift, vielmehr basiert die englische Rechtsordnung im Wesentlichen auf Fallrecht (dazu unten § 2 A. II.). Und selbst dann, wenn es ausnahmsweise eine gesetzliche Regelung gibt, ist sie oftmals nur vor dem Hintergrund des bestehenden Fallrechts zu verstehen sein.

Schließlich ist bei der Ermittlung des ausländischen Rechts zu berücksichtigen, dass u.a. bestimmte Rechtsquellen eine größere oder auch geringere Bedeutung haben als im heimischen Recht (Beispiel: die Dominanz des „Richterrechts“ im englischen Recht im Verhältnis zur Dominanz des „Gesetzesrechts“ im kontinentaleuropäischen Recht) und dass bestimmten „Rechtshonoratioren“ in den einzelnen Rechtskreisen unterschiedliche Funktion und Stellenwert zukommt (Beispiel: Während die deutschen Gerichte in ihrer Urteilsbegründung auf wissenschaftliche Beiträge Bezug nehmen, ist dies im englischen Recht traditionell gar nicht der Fall. Dies spricht dafür, dass der Einfluss der Wissenschaft auf die praktische Rechtsanwendung in Deutschland tendenziell größer ist als in England).

Unter Umständen muss der Rechtsvergleicher über bestehende Regeln des Gesetzes- oder Richterrechts hinaus auch außerrechtliche Phänomene in die Betrachtung einbeziehen, um zu einem vollen Verständnis des ausländischen Rechts zu gelangen. Zu denken ist etwa an Handelsbräuche, Klauselrecht oder die Verteilung bestimmter Risiken durch die Einschaltung von Versicherungen. So kommt nach englischem Recht grundsätzlich nur bei einem Act of God zu einer Haftungsbefreiung. Dieser Begriff ist enger als derjenige der force majeure und umfasst beispielsweise keine „Eingriffe Dritter“ wie bspw. kriegerische Handlungen. Die englische Rechtspraxis hat auf diese enge Gesetzeslage reagiert: In vielen Verträgen findet sich eine „Force-majeure-Klausel“. Diese vertragliche Haftungsbeschränkung ist grundsätzlich auch in AGB zulässig. Die theoretisch strenge Haftung für alles, was nicht auf einem Act of God beruht, wird dadurch praktisch relativiert.

Ein weiteres Beispiel für eine außerrechtliche Lösung bildet die sog. title insurance. Mangels Grundbuchs ist unter anderem in den U.S.A. ein gutgläubiger (lastenfreier) Erwerb von Grundstücken an sich nicht vorgesehen. Der Erwerber schließt daher in aller Regel eine Versicherung gegen mögliche Rechte Dritter ab. Nebeneffekt: Bei den Versicherungen sind – weil sie jeweils für ein bestimmtes Gebiet ein Monopol besitzen – oftmals alle Übertragungen und Belastungen eines Grundstücks aktenkundig.

Praktischer Hinweis: Optimalerweise arbeitet der Rechtsvergleicher mit den Originalquellen und den im jeweiligen ausländischen Recht gebräuchlichen Hilfsmitteln, also (soweit vorhanden) mit ausländischen Gesetzestexten, ausländischen Gerichtsentscheidungen und der ausländischen wissenschaftlichen Literatur. Für europäische Rechtsordnungen bietet die Plattform „e-justice.europa.eu“ einen guten Ausgangspunkt. Hier finden sich – neben kurzen Einführungen in die verschiedenen europäischen Rechtsordnungen – Links zu den zentralen (und zumeist kostenlosen) Datenbanken der Mitgliedstaaten.

Dennoch wird die Suche nach Primärquellen freilich oft scheitern, weil die Sprachkenntnisse begrenzt oder die ausländischen Quellen nicht zugänglich sind. In diesem Fall kann ein Rückgriff auf deutschsprachige Sekundärliteratur nötig sein. Zu nennen ist hier neben unzähligen Zeitschriftenaufsätzen insbesondere die Loseblattsammlung von Bergmann/Ferid.

Allerdings birgt ein Rückgriff auf Sekundärquellen zum einen die Gefahr, einem Irrtum des Autors jener Literatur aufzusitzen. Zum anderen sind Sekundärquellen oftmals auf einen Ausschnitt der fremden Rechtsordnung beschränkt und beinhalten einen bestimmten, von der konkreten Fragestellung abhängigen Blickwinkel. Dieser Blickwinkel kann für eine andere Frage untauglich sein, so dass letztlich ein Zerrbild entsteht.

II. Dritter Schritt: Vergleich

Im dritten Schritt ist das ermittelte ausländische Recht mit dem heimischen (oder einem anderen ausländischen) Recht in Beziehung zu setzen. Die vergleichende Betrachtung kann sich hierbei auf verschiedene Aspekte beziehen, insbesondere zum einen auf die im jeweiligen Recht erzielten praktischen Ergebnisse und zum anderen auf den im Einzelnen beschrifteten („dogmatischen“) Lösungsweg.

Vielfach stimmen die heimische Rechtsordnung und die ausländische Rechtsordnung in ihren praktischen Ergebnissen weitgehend überein, weichen aber in ihrem Lösungsweg grundlegend voneinander ab. So sind beispielsweise (mindestens) zwei Wege denkbar, um zu gewährleisten, dass dann, wenn ein Ehegatte stirbt, der andere Ehegatte einen Teil seines Vermögens erhält: ein erbrechtlicher und ein güterrechtlicher Weg. Dabei enthält zumindest der güterrechtlich Weg selbst wieder verschiedene Möglichkeiten, das Ziel zu erreichen: Zum einen ein Zugewinnausgleich im Todesfall, zum anderen eine von vornherein bestehende Gütergemeinschaft.

Folgt Rechtsordnung A dem einen und Rechtsordnung B einem anderen Weg, so besteht die Aufgabe der Rechtsvergleichung darin, zu untersuchen, inwieweit beide Wege zum selben Ziel führen und inwieweit sich Unterschiede ergeben.

III. Vierter Schritt: Erklärung und Bewertung

In einem letzten Schritt ist dann die Frage zu stellen, inwieweit sich eventuelle Unterschiede erklären lassen – etwa mit unterschiedlichen politischen, wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Verhältnissen. So erklärt sich der Umstand, dass in China das Erbrecht deutlich restriktiver ist als bei uns unter anderem mit der kommunistischen Grundausrichtung des Landes: Dem Privateigentum kommt dort ein ungleich geringerer Stellenwert zu als hierzulande.

Ein weiteres Beispiel dafür, wie sich der „Kontext des Rechts“¹ auf einzelne Rechtsinstitute auswirkt ist die Ersitzung. Während eine Ersitzung im deutschen Recht nur dann möglich ist, wenn der Besitzer die betreffende Sache in dem Glauben besitzt, Eigentümer zu sein, kann in den USA auch bösgläubiger Besitz zur Ersitzung (adverse possession) führen – jedenfalls bei Grundstücken. Voraussetzung ist hier schlicht, dass jemand ein Grundstück 20 Jahre dauerhaft und offen (also nach außen erkennbar) in Besitz hatte, ohne dass der Eigentümer eingeschritten ist. Diese äußerst besitzerfreundliche Haltung des U.S.-amerikanischen Rechts lässt sich nur mit der Weite des Landes erklären (Ländereien sind kein knappes Gut wie in Europa). Hier verschiebt sich der Fokus des Recht vom Schutz des Eigentümers zum Schutz desjenigen, der das Land besitzt und der es regelmäßig wirtschaftlich nutzt und Früchte zieht (ergänze: was der Eigentümer, dem 20 Jahre nicht aufgefallen ist, dass ein anderer sein Land bestellt, offensichtlich nicht tut).²

C. Funktionen der Rechtsvergleichung

I. Erkenntnisgewinn

Als wissenschaftliche Disziplin dient die Rechtsvergleichung zunächst einmal der Erkenntnis, ohne notwendigerweise zu beanspruchen, auch die konkrete Rechtsanwendung zu beeinflussen. Freilich kann die rechtsvergleichende Betrachtung auch das Verständnis für das eigene Recht fördern.

Ohne die Rechtsvergleichung würde die Rechtswissenschaft die wohl einzige wissenschaftliche Disziplin bilden, die sich dem internationalen Austausch verschließt. Dies ist allenfalls dann gerechtfertigt, wenn man die Rechtswissenschaft auf eine Interpretationswissenschaft der geltenden Gesetze beschränkt (und selbst dann nur insoweit, wie diese Gesetze rein nationalen Charakters sind). Versteht man die Rechtswissenschaft indessen breiter, als Wissenschaft zur „Erforschung von Modellen für die Verhinderung und Lösung sozialer Konflikte“³, so lässt sich eine Beschränkung auf die nationalen Modelle nicht rechtfertigen.

¹ Diese Begrifflichkeit prägt Kischel, Rechtsvergleichung (2015), § 4 Rn. 45 ff., S. 238 ff.

² Vgl. Kischel, Rechtsvergleichung (2015), § 5 Rn. 178, S. 334 f.

³ Zweigert/Kötz, S. 14.

II. Grundlage für Gesetzesvorhaben

1. Nationales Recht

Die rechtspolitische Diskussion und die nationale Gesetzgebung werden durch ausländische Vorbilder angeregt und durch rechtsvergleichende Studien gelenkt. Zur Vorbereitung der Schuldrechtsreform etwa wurde bereits im allerersten Stadium ein rechtsvergleichendes Gutachten des Hamburger Max-Planck-Instituts (für ausl. und int. Privatrecht) eingeholt.⁴ Das 2001 beschlossene Reformgesetz enthält ganz wesentliche Anleihen an das – seinerseits wiederum rechtsvergleichend entstandene – UN-Kaufrecht (CISG).

Auch das sog. Insolvenzplanverfahren nach der deutschen Insolvenzordnung ist in wesentlichen Bereichen dem Reorganisationsverfahren nach dem Chapter 11 des US-amerikanischen bankruptcy code nachgebildet. Hierbei wird – anders als im früheren deutschen Konkursrecht – die Sanierung als entscheidendes Ziel des Verfahrens angesehen.

Auch der Verabschiedung des neuen niederländischen Zivilgesetzbuchs („Nieuw Burgerlijk Wetboek“, NBW) gingen intensive rechtsvergleichende Vorarbeiten voraus (1970-1992).

2. Internationales Einheitsrecht

Geradezu unverzichtbar sind rechtsvergleichende Vorarbeiten bei der Schaffung von internationalem Einheitsrecht (wie etwa dem CISG). Hier dient die Rechtsvergleichung dazu, eine gemeinsame Basis für die Akzeptanz des Regelungsaktes in den potentiellen Vertragsstaaten zu schaffen. Der angestrebte völkerrechtliche Vertrag bzw. dessen Ratifikation durch die Mitgliedstaaten kommt in der Regel nur dann zustande, wenn er auf die bestehenden nationalen Regelungen hinreichend Rücksicht nimmt.

Auch im Rahmen der europäischen Rechtssetzung haben Gesetzgebungsvorhaben größere (politische) Erfolgchancen, wenn die Inhalte der einzelnen nationalen Rechtsordnungen hinreichend berücksichtigt werden. Die Rechtsvergleichung dient hier als Basis für eine Konsensbildung. Der Draft Common Frame of Reference (DCFR) etwa, der als Toolbox künftiger Gesetzesvorhaben auf dem Gebiet des Bürgerlichen Rechts gedacht ist, enthält zu jeder einzelnen Vorschrift einen Anhang mit einer Darstellung entsprechender Regelungen in den einzelnen Mitgliedstaaten.

III. Auslegungshilfe?

1. Nationales Recht

Betrachtet man die in die amtliche Sammlung aufgenommenen Entscheidungen des BGH, so finden sich dort nur ausnahmsweise Bezugnahmen auf das ausländische Recht. Zu nennen

⁴ „Zur neueren Entwicklung des Vertragsrechts in Europa“, abgedruckt in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts I, hrsg. v. Bundesminister der Justiz, 1981.

sind hier etwa der Hinweis auf das englische Recht bei der Frage, inwieweit bei nicht ermöglicher Abtreibung Schadensersatz zu leisten ist (sog. "wrongful life"-Entscheidung),⁵ die Berücksichtigung schweizerischen Rechts bei der Frage, ob im Falle der Verletzung des Persönlichkeitsrechts Geldersatz verlangt werden kann,⁶ sowie ferner die Bezugnahme auf italienisches und schweizerisches Recht bei der Beurteilung des Ausgleichsanspruchs des Handelsvertreters im Todesfall.⁷ Allerdings handelte es sich in allen aufgeführten Entscheidungen um eher ergänzende Erwägungen. Sie beinhalteten im Wesentlichen den Hinweis darauf, dass die vom BGH jeweils gefundene Lösung mit den Ergebnissen in bestimmten anderen europäischen Staaten im Einklang stand, dienen also gewissermaßen eine Rechtsfertigung für das (ohnehin) favorisierte Ergebnis.

In der Tat darf ein im Wege der herkömmlichen Auslegungsmethoden (grammatische, systematische, historische und teleologische Auslegung) erzieltetes Ergebnis nicht auf Basis einer rechtsvergleichenden Untersuchung geändert werden; die Rechtsvergleichung kann also allenfalls – gewissermaßen subsidiär – dann helfen, wenn die herkömmlichen Auslegungsmethoden nicht zu einer eindeutigen Antwort führen. Dann aber spricht in der Tat Vieles dafür, Überlegungen ausländischer Gesetzgeber oder Gerichte zumindest als „persuasive authority“ zur Kenntnis zu nehmen.⁸

Berechtigung hat eine rechtsvergleichende Auslegung insbesondere dann, wenn bestimmte Vorschriften des nationalen Rechts an eine ausländische Regelung angelehnt sind bzw. – wie etwa das deutsche Schuldrecht nach der Schuldrechtsreform – in einem internationalen Kontext gesehen werden müssen, also bereits die Gesetzgebung (s.o.) durch eine rechtsvergleichende Vorarbeit gekennzeichnet war. Da der Richter den Willen des Gesetzgebers ausführen soll, muss er bei der Auslegung grundsätzlich dessen rechtsvergleichende Perspektive übernehmen bzw. – bei der richterlichen Rechtsfortbildung – fortführen. Kurz: Wenn ein Gesetz auf rechtsvergleichender Basis zustande gekommen ist, stellt die Rechtsvergleichung ein Element der historischen Auslegung dar.

2. Internationales Einheitsrecht

Da die Rechtsvergleichung im Vorfeld der Schaffung von internationalem Einheitsrechts eine besonders große Rolle spielt (s.o.), hat sie dort in der Rechtsprechung eine größere Bedeutung als auf der Ebene des unvereinheitlichten ("autonomen") nationalen Rechts. Auch hier gilt, dass dort, wo sich eine Regelung an eine oder mehrere Rechtsordnungen anlehnt, jene Vorbildrechtsordnungen im Rahmen der historischen Auslegung untersucht werden müssen.

Inwieweit auch Regelungen, die keiner Vorbildrechtsordnung entlehnt sind, rechtsvergleichend auszulegen sind, inwieweit die Rechtsvergleichung also als fünfte Auslegungsmethode

⁵ BGHZ 86, 240, 250 f. = NJW 1983, 1371.

⁶ BGHZ 35, 363, 369 = NJW 1961, 2059.

⁷ BGHZ 24, 214, 218. Vgl. ferner BGHZ 39, 124 (132); 86, 240 (250 f.) sowie BGHZ 21, 112, 119 (Verhältnis des § 616 BGB zur Schadensersatzpflicht des deliktisch Verantwortlichen).

⁸ Vgl. von Bar, ZfRV 1994 221, 231.

neben die herkömmlichen vier Methoden⁹ tritt, ist umstritten. Allerdings ist diese Auslegungsmethode praktisch ohnehin kaum umsetzbar: Beim CISG etwa müsste das Recht von mehr als 80 Staaten untersucht und verglichen werden.¹⁰ Hinzu kommen grundsätzliche Bedenken: Bei einer solchen Vielzahl zu vergleichender Rechtsordnungen wird kaum jemals in allen Rechtsordnungen dasselbe gelten. Muss dann im Rahmen der rechtsvergleichenden Auslegung – gewissermaßen demokratisch – demjenigen Ergebnis gefolgt werden, das in den meisten Vertragsstaaten gilt?

In gewissem Maße ist der Blick in andere Vertragsstaaten aber im Einheitsrecht zwingend erforderlich, um den Vereinheitlichungserfolg nicht zu gefährden, nämlich in Bezug auf die Auslegungspraxis ausländischer Gerichte.¹¹ Die Gerichte aus Vertragsstaat A müssen berücksichtigen, wenn die streitgegenständliche Regelung bereits von Gerichten in Vertragsstaat B in einer bestimmten Weise ausgelegt wurde. Hierbei handelt es sich allerdings nicht um Rechtsvergleichung im eigentlichen Sinne.

IV. Bewältigung ausländischer Rechtsinstitute in IPR-Fällen

1. Qualifikation

Das deutsche IPR geht von abstrakt gefassten Anknüpfungsbegriffen aus, denen bestimmte Regelungsfragen zugewiesen werden sollen (z.B. Art. 13 EGBGB: „Ehe“, Art. 14 EGBGB „Ehewirkungen“, Art. 15 EGBGB: „Güterstand“, Art. 17 EGBGB: „Scheidung“). Diese Begriffe sind – soweit sie autonomes deutsches Recht darstellen – naturgemäß vom deutschen Recht geprägt. Deshalb geht die h.M. davon aus, dass grundsätzlich nach den Vorstellungen des heimischen Rechts zu „qualifizieren“ ist (sog. „lex fori-Qualifikation“). Entsprechendes gilt für die Begrifflichkeiten der europäischen Verordnungen zum IPR (Rom I bis III, EuErbVO). Hier sind die Begrifflichkeiten „europäisch“ geprägt.

Probleme entstehen immer dann, wenn das ausländische Recht ein Rechtsinstitut enthält, das dem deutschen (bzw. europäischen) Recht unbekannt ist. Hier stellt sich die Frage, welcher deutschen Kollisionsnorm (EGBGB) das Institut zuzuordnen ist (bzw. in den Anwendungsbereich welcher europäischen IPR-Verordnung das Institut fällt). Zu denken ist etwa an die (im deutschen Recht unbekannt) „Trennung von Tisch und Bett“ und die „Verstoßung“ des islamischen Rechts. Im Rahmen der Qualifikation müssen – durch eine rechtsvergleichende Betrachtung – Sinn, Zweck und Funktion des ausländischen Rechtsinstituts ermittelt werden. Sowohl die Trennung von Tisch und Bett (als Vorstufe zur Scheidung) sowie die Verstoßung nach dem islamischen Recht (weil auch sie zur Lösung des Ehebandes führt) sind daher der Anknüpfungsnorm des Art. 17 EGBGB (bzw. EuErbVO) zuzuordnen. Probleme bereitet immer wieder das Institut der „Morgengabe“ („mahr“).¹²

⁹ Ob und inwieweit der „deutsche“ Auslegungskanon überhaupt bei internationalem Einheitsrecht zum Tragen kommt, ist freilich eine ganz andere Frage. Vgl. hierzu etwa *Gruber*, Methoden des Einheitsrecht, S. 79 ff.

¹⁰ Schlechtriem/Schwenzer/*Ferrari*, Art. 7 Rn. 40.

¹¹ Schlechtriem/Schwenzer/*Ferrari*, Art. 7 Rn. 40.

¹² Siehe dazu lesenswert *Wurmnest*, Die Mähr von der „mahr“. Zur Qualifikation von Ansprüchen aus Brautgabevereinbarungen. *RabelsZ* 71 (2007) 527 ff.

2. Substitution

Von der Qualifikation zu unterscheiden ist die Frage, ob eine inländische Sachnorm auch durch die Vornahme einer Rechtshandlung oder durch ein sonstiges Ereignis im Ausland erfüllt sein kann.

Beispiel: Erfüllt eine Beurkundung durch einen US-amerikanischen Notar (notary public) das Merkmal der notariellen Beurkundung i.S.d. § 311b BGB?

Hier ist zu prüfen, ob der "notary public" seiner Funktion nach dem deutschen Notar (weitgehend) entspricht, insbesondere auch ob der Beurkundungsvorgang vor dem "notary public" denselben Zwecken dient wie die Beurkundung vor einem deutschen Notar.

3. Transposition

Eine rechtsvergleichende Betrachtung ist ferner dann notwendig, wenn ausländische Rechtsinstitute in ein deutsches Rechtsinstitut "überführt" werden müssen.

Beispiel: Ein Pkw wird von Italien nach Deutschland verbracht. In Italien ist an diesem Pkw eine "Autohypothek" italienischen Rechts begründet worden. Was wird aus der "Autohypothek" mit der Verbringung des Pkw nach Deutschland?

Nach Art. 43 EGBGB gilt mit der Verbringung des Pkw nach Deutschland deutsches Sachenrecht. Das deutsche Sachenrecht kennt einen abschließenden Kanon dinglicher Rechte ("numerus clausus der Sachenrechte") und lässt daneben keine weiteren dinglichen Rechte zu. "Hypotheken" bestehen im deutschen Recht nur an Grundstücken.

Die italienische "Autohypothek" muss also in ein vergleichbares deutsches dingliches Recht überführt werden. Ihrer Funktion nach entspricht sie am ehesten dem deutschen Sicherungseigentum. Die "Autohypothek" wird also in Deutschland wie ein Sicherungseigentum behandelt.

4. Anpassung/Angleichung

Wie oben beschrieben, führen oftmals verschiedene Wege zu ein und demselben Ergebnis (Beispiel von oben: Güter- und Erbrecht). Das kann dann praktische Probleme aufwerfen, wenn auf die beiden Wege das Recht unterschiedlicher Staaten anzuwenden ist. So ist es beispielsweise keine Seltenheit, dass Fragen des Güterrechts einem anderen Recht unterliegen als Fragen des Erbrechts. Wenn nun Staat A den erbrechtlichen Weg zum Ziel beschreitet, Staat B hingegen den güterrechtlichen, so ergeben sich dann Schwierigkeiten, wenn auf die erbrechtlichen Fragen dem Recht von Staat B, die güterrechtlichen Fragen hingegen dem Recht von Staat A unterfallen. Nach dem Recht von Staat B wird der überlebende Ehegatte dann nämlich nicht Erbe und nach dem Recht von Staat A steht ihm kein güterrechtlicher Anspruch zu. Es besteht ein sog. Normenmangel. Auftreten kann selbstverständlich auch das umgekehrte Problem einer Normenhäufung

In solch einem Fall greift der IPRler zu einer Behelfslösung, der sog. Anpassung oder Angleichung. Entweder er unterstellt den gesamten Sachverhalt vollständig einer der beiden beteiligten Rechtsordnungen oder er fingiert eine einheitliche Regelung in der Sache.

Spätestens dann, wenn er eine einheitliche Regelung fingiert, muss der IPRler zur Rechtsvergleichung greifen: Er muss untersuchen, inwieweit die beteiligten Rechtsordnungen letztlich zum selben Ergebnis gelangen. Eigentlich setzt die Rechtsvergleichung aber bereits einen Schritt früher an: Sie ist schon notwendig, um zu erkennen, dass überhaupt ein Fall von Normenmangel bzw. -häufung vorliegt.

V. Anwaltliche und gerichtliche Praxis

1. Internationale Rechtsstreitigkeiten

In einer globalisierten Welt wird die Praxis mehr und mehr mit internationalen Sachverhalten konfrontiert, und zwar nicht nur bei großen Wirtschaftsverfahren, sondern auch und gerade im Bereich des Familien- und Erbrechts. Oftmals ist dann nicht deutsches, sondern ausländisches Recht anzuwenden. Hier ist zwar zunächst nur der erste Schritt der Rechtsvergleichung nötig, also die „Auslandsrechtskunde“. Rechtsvergleichende Grundkenntnisse sind aber zumindest förderlich, um einen Sachverhalt zügig überblicken und einordnen zu können.

Hinzu kommt ein weiterer Punkt: Immer dann, wenn Anwalt und Richter aus zwei unterschiedlichen Rechtskulturen stammen, drohen Missverständnisse, weil jeder unterschwellig seine eigenen Rechtsvorstellungen zugrunde legt. Auch hier hilft ein rechtsvergleichendes Grundwissen mitunter weiter.

2. Vertragsgestaltung

Geradezu unerlässlich kann die Rechtsvergleichung im Stadium der Vertragsgestaltung sein. So steht es den Parteien im internationalen Rechtsverkehr beispielsweise frei, das anwendbare Recht zu wählen (z.B. Art. 3 Rom I-VO, Art. 22 EuErbVO etc.). Mithilfe rechtsvergleichender Methoden kann hier der Anwalt das ideale Recht für seinen Mandanten ermitteln, also etwa dasjenige Erbrecht, das die favorisierte testamentarische Regelung zulässt, oder dasjenige Vertragsrecht, das die strengsten bzw. großzügigsten Haftungsmaßstab enthält (je nachdem, ob der Mandant Schuldner oder Gläubiger ist).

Von großer Bedeutung ist die Rechtsvergleichung auch auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts. Nach der Rechtsprechung des EuGH können im EU-Ausland gegründete Gesellschaften ihren Verwaltungssitz nach Deutschland verlegen, ohne sich hierbei (vollständig) an das deutsche Gesellschaftsrecht anpassen zu müssen. Dies führt in der anwaltlichen Gestaltungspraxis zu der Frage, ob etwa eine deutsche GmbH gegründet werden soll, oder ob vorzugsweise in England eine englische Limited gegründet werden soll, die sodann ihren Sitz nach Deutschland verlegen kann. Die Vor- und Nachteile dieser jeweiligen Gesellschaftsformen sind letztlich rechtsvergleichend zu ermitteln.

D. Zusammenspiel mit anderen Disziplinen

Im Rahmen des vierten Schrittes der Rechtsvergleichung (Erklärung gefundener Unterschiede) kommt oft anderen Disziplinen der Rechtswissenschaft eine entscheidende Bedeutung zu, insbesondere der Rechtsgeschichte und der Rechtssoziologie. Mit ihrer Hilfe lassen sich nämlich oftmals die Besonderheiten einer Rechtsordnung erklären.

In gewisser Weise beschäftigt sich die Rechtsgeschichte freilich selbst mit Rechtsvergleichung: Zwar wird dort nicht das Recht des einen mit dem eines anderen Landes verglichen, wohl aber wird gewissermaßen – innerhalb einer Rechtsordnung – das geltende Recht mit dem früheren Recht verglichen.

E. Die Rechtskreislehre

I. Der Begriff des Rechtskreises

Unter einem "Rechtskreis" versteht man eine Gruppe von Rechtsordnungen, die in ihren wesentlichen bzw. charakteristischen ("stilprägenden") Merkmalen übereinstimmen. Welche Merkmale entscheidend sind, lässt sich abstrakt kaum festlegen. Maßgebend ist ihre jeweilige Unterscheidungskraft im Einzelfall. Unter anderem folgende Aspekte sind in aller Regel stilprägend.

1. Gesetzesrecht oder Fallrecht

Das wohl stilprägendste Merkmal überhaupt betrifft die Quelle des Rechts. Während auf dem europäischen Kontinent geschriebene Gesetze existieren, sind in England und den U.S.A. weite Teile des Privatrechts unregelt. Die Richter entscheiden von Fall zu Fall und sind – jedenfalls grundsätzlich – an alte Entscheidungen gebunden (dazu ausführlich unten § 2 A. VI. 1.).

Fallrecht wird von Fall zu Fall fortentwickelt; die Regel wird aus dem vorhandenen Fallrecht durch Abstraktion gewonnen. Fallrecht abstrahiert nur so weit, wie es zur Lösung des konkreten Falles nötig ist. Folge: Der Richter ordnet seine Fälle assoziativ (nach Ähnlichkeit). Die Rechtswissenschaft arbeitet in gewisser Weise abstrahierend, in dem sie Entscheidungen nach Themen sortiert.

Gesetzesrecht enthält aus übergeordneten Prinzipien abgeleitete abstrakt-generelle Regeln "auf Vorrat". Die Regel ist als abstrakt formulierte Vorschrift bereits vorhanden. Der Gesetzesjurist ordnet seine Fälle systematisch und konstruktiv, mit Abstraktion auf unterschiedlichen Ebenen. Die Wissenschaft arbeitet konkretisierend, indem sie fragt, wie das Gesetzesrecht auf – zumeist bloß hypothetische – Fallgestaltungen angewendet werden muss.

Dieser Unterschied hat grundlegende staatstheoretische Auswirkungen: Während hierzulande die Legislative das Recht schafft, ist es in England und den U.S.A. die Judikative. Allerdings werden diese theoretischen Unterschiede in der Praxis mehr und mehr nivelliert: In England sind in vielen Bereichen Gesetze entstanden („statute law“, dazu noch unten 2) und

in Kontinentaleuropa spielt Fallrecht immer dort eine Rolle, wo das Gesetz einen unbestimmten Rechtsbegriff enthält oder gar eine Lücke aufweist.

Hinzu kommt, dass trotz der grundlegenden Unterschiede in Denkweise und rechtsdogmatischer Struktur das praktische Ergebnis oft überraschend ähnlich ausfällt.¹³

2. Die "Rechtshonoratioren"

Rechtskreisprägend können die sog. Rechtshonoratioren sein. Unter Rechtshonoratioren werden juristische "Schlüselfiguren" verstanden. Von besonderer Bedeutung sind dabei die Unterschiede in den Richterpersönlichkeiten. Während in Europa und Amerika vornehmlich Berufsrichter oder zumindest Juristen das Richteramt ausüben, sind es in islamisch geprägten Ländern oftmals religiöse Autoritäten. Auch im ostasiatischen Raum wird das Recht oftmals von juristischen Laien gesprochen, z.B. vom Dorfältesten.

Ein weiterer Unterschied in Bezug auf die Rechtshonoratioren betrifft die Rolle der Wissenschaft. Während der BGH sich in nahezu jeder Entscheidung mit den unterschiedlichen in der Wissenschaft vertretenen Ansichten und vorgebrachten Argumenten auseinandersetzt, ist dies in England, aber auch in Frankreich selten bis nie der Fall. Diese Unterschiede in der Rezeption wissenschaftlicher Erkenntnisse wirken sich insofern aus, als die wissenschaftliche Perspektive eine andere ist als diejenige des Gerichts selbst. Während das Gericht auf eine gerechte Lösung des konkreten Einzelfalls zielt, versucht die Wissenschaft – ohne Kenntnis des konkreten Falls – abstrakte Gerechtigkeit herzustellen. Man könnte daher sagen, dass die Beachtung rechtswissenschaftlicher Erkenntnisse durch deutsche Gerichte den Unterschied zum englischen Fallrecht noch verstärkt (und dass dementsprechend die Nichtbeachtung durch die französischen Gerichte den Unterschied mindert).

3. Sozialer Stellenwert des Rechts

Trotz der weitgehenden Rezeption europäischer Gesetzbücher lassen sich etwa China und Japan im "fernöstlichen Rechtskreis" zusammenfassen, weil das (rezipierte) Recht in der Praxis eine nur geringe Rolle spielt; wirkungsvoller sind die Regeln der Sitte. Historische Grundlage ist die konfuzianische Lehre von der umfassenden Harmonie des Universums, in die sich der Einzelne einzufügen hat. Wer ein subjektives Recht geltend macht oder gar einklagt, stört die Harmonie. Das gesellschaftliche Leben wird daher weitgehend nicht von Recht und Gerichtsurteilen, sondern von Sitte und sozialer Missbilligung gesteuert.¹⁴

Noch niedriger ist der Stellenwert des Rechts wohl in Russland; hier ist vielfach von einem regelrechten Rechtsnihilismus die Rede.

¹³ Vgl. auch Zweigert/Kötz, S. 39: "Vermutung für die Ähnlichkeit der praktischen Lösungen"

¹⁴ Vgl. Sanders, Die japanische Rezeption europäischen Zivilrechts, ZEuP 2002, 96

4. Gesetzesauslegung

Die Methoden zur Auslegung von Gesetzen werden ebenfalls – wenn auch nur bedingt – als stilprägend angesehen. So werden Gesetze in England äußerst restriktiv ausgelegt – eine historische oder teleologische Auslegung besitzt bei weitem nicht den Stellenwert, wie dies in Kontinentaleuropa der Fall ist (dazu ausführlich unten § 2 ***). Aber auch auf dem Kontinent gibt es Unterschiede im Detail. So nimmt in Schweden etwa die historische Auslegung eine gewisse Vorrangstellung ein, wohingegen in Deutschland oftmals teleologischen Aspekten ein größeres Gewicht beigemessen wird.

5. Stilprägende Rechtsinstitute

Bestimmte Rechtsinstitute sind derart typisch für eine Rechtsordnung, dass ihr Auftreten in einer anderen Rechtsordnung ein Indiz dafür ist, dass beide Rechtsordnungen ein und demselben Rechtskreis zuzurechnen sind. Jedenfalls können derart übereinstimmende Rechtsinstitute eine aus anderen Gesichtspunkten folgende Rechtskreiseinteilung zusätzlich verstärken.

- Englischer Rechtskreis:
 - Doctrine of stare decisis
 - Jury-Entscheidungen
 - Consideration
 - Trust
 - Personal Representative (im Erbrecht)
- Französischer Rechtskreis:
 - Action directe
 - Konsensprinzip
- Deutscher Rechtskreis:
 - Abstraktionsprinzip
 - Abstrakte Begrifflichkeiten (z.B. Willenserklärung und Rechtsgeschäft)

II. Die Entstehung von Rechtskreisen

1. Ausbreitung eines Rechts

Die Entstehung der Rechtskreise kann die verschiedensten historischen Ursachen haben. Systematisch lässt sich die Verbreitung fremden Rechts in den Formen der Verpflanzung, der Oktroyierung und der Rezeption unterscheiden.

- **Verpflanzung:** Umsiedler leben am neuen Wohnort nach ihrem alten Recht
Beispiel: Besiedlung Nordamerikas und Australiens.

- **Oktroyierung:** Fremdes Recht wird aufgezwungen.
Beispiel: Ausbreitung des code civil im Gefolge der napoleonischen Kriege.
- **Rezeption:** Fremdes Recht wird freiwillig übernommen, und zwar entweder einzelne Regelungen (sog. Teilrezeption; i.d.R. nicht rechtskreisprägend) oder eine ganze Kodifikation bzw. ein ganzes Rechtsgebiet (sog. Globalrezeption; i.d.R. rechtskreisprägend). Meist erfolgt eine Rezeption im Zusammenhang mit politischen und sozialen Umwälzungen.
Beispiele: Unter Atatürk übernimmt die Türkei 1926 das Schweizer Zivilgesetzbuch; in der Meiji-Zeit ab 1868 rezipiert Japan deutsche und französische Gesetzbücher.

2. Modifikationen des übernommenen Rechts

Eine fehlende Akzeptanz bei der Bevölkerung schwächt die rechtskreisbildende Kraft von Rezeption und Oktroi. So hat beispielsweise das Fortwirken islamischer Familienrechtstraditionen in der modernen Türkei dazu geführt, dass "Amnestiegesetzen" zur Heilung nur religiös geschlossener Ehen notwendig wurden.¹⁵ In Japan wurden die rezipierten europäischen Gesetze in ihrer Wirkung maßgeblich durch die gesellschaftliche Missbilligung rechtlicher Auseinandersetzungen beeinflusst.¹⁶

Auch bei grundsätzlicher Akzeptanz des übernommenen Rechts entwickelt sich das "Mutterrecht" in dem "Aufnahmestaat" häufig selbstständig weiter. Insoweit können sich im Laufe der Zeit wieder erhebliche Unterschiede einstellen, und zwar selbst dann, wenn der äußerlich rezipierte Gesetzestext oder ein übernommenes Rechtsinstitut formal beibehalten werden.

Nichtsdestotrotz behält die Mutterrechtsordnung zumeist einen besonderen Stellenwert. U.S.-amerikanische Gerichte rekurrieren auch heute noch oftmals auf englische Entscheidungen. Und auch in der U.S.-amerikanischen Juristenausbildung spielen die grundlegenden englischen Entscheidungen eine maßgebliche Rolle.

3. Aufgabe eines übernommenen Rechts

Die Ausbreitung eines Rechts ist kein irreversibler Prozess. Vielmehr kann es durchaus vorkommen, dass ein Staat das einmal übernommene Recht später wieder aufgibt. Das ist vor allem dann der Fall, wenn es das Recht nicht (freiwillig) rezipiert, sondern oktroyiert worden war. So sind z.B. die Niederlande nach dem Abzug Napoleons vom romanischen zum germanischen Rechtskreis gewechselt.

III. Funktionen der Rechtskreislehre

1. Ordnungsfunktion

Die Bedeutung der Rechtskreislehre besteht darin, die Vielzahl ausländischer Rechtsordnungen zu systematisieren. Weiß man, zu welchem Rechtskreis eine bestimmte Rechtsordnung

¹⁵ Vgl. hierzu StAZ 1976, 99; 1976, 353; 1990, 177.

¹⁶ Vgl. Sanders, Die japanische Rezeption europäischen Zivilrechts, ZEuP 2002, 96.

gehört, so ist man zugleich über die wesentlichen „prägenden“ Merkmale dieser Rechtsordnung informiert.

2. „Arbeitserleichterung“

Im Rahmen einer rechtsvergleichenden Darstellung, die mehrere Rechtsordnungen aus einem Rechtskreis zum Gegenstand hat, empfiehlt es sich häufig, die „Mutterrechtsordnung“ oder eine sonstige dominierende Rechtsordnung aus dem Rechtskreis darzustellen und sodann auf die Besonderheiten der übrigen, ebenfalls dem Rechtskreis angehörenden Rechtsordnungen einzugehen.

3. Auffinden einer „Ersatzrechtsordnung“

Im internationalen Privatrecht erlangt die Rechtskreislehre unter Umständen dann Bedeutung, wenn der Inhalt des eigentlich anwendbaren Rechts nicht festgestellt werden kann. Zwar wendet die Rechtsprechung in diesem Fall in aller Regel „ersatzweise“ das deutsche Recht an.¹⁷ Jedoch soll dann, wenn die Anwendung des deutschen Rechts „äußerst unbefriedigend“ wäre, ersatzweise das dem an sich berufenen Recht nächstverwandte oder das wahrscheinlich geltende Recht zur Anwendung kommen.¹⁸ Um jenes „nächstverwandte“ Recht feststellen zu können, kann auf die Rechtskreislehre zurückgegriffen werden.

IV. Konkrete Einteilung der Rechtskreise

Wie die Rechtsordnungen der Welt sich am besten in Rechtskreise einteilen lassen, ist seit jeher Gegenstand lebhafter Diskussionen.¹⁹ Eine mögliche Einteilung ist die folgende:

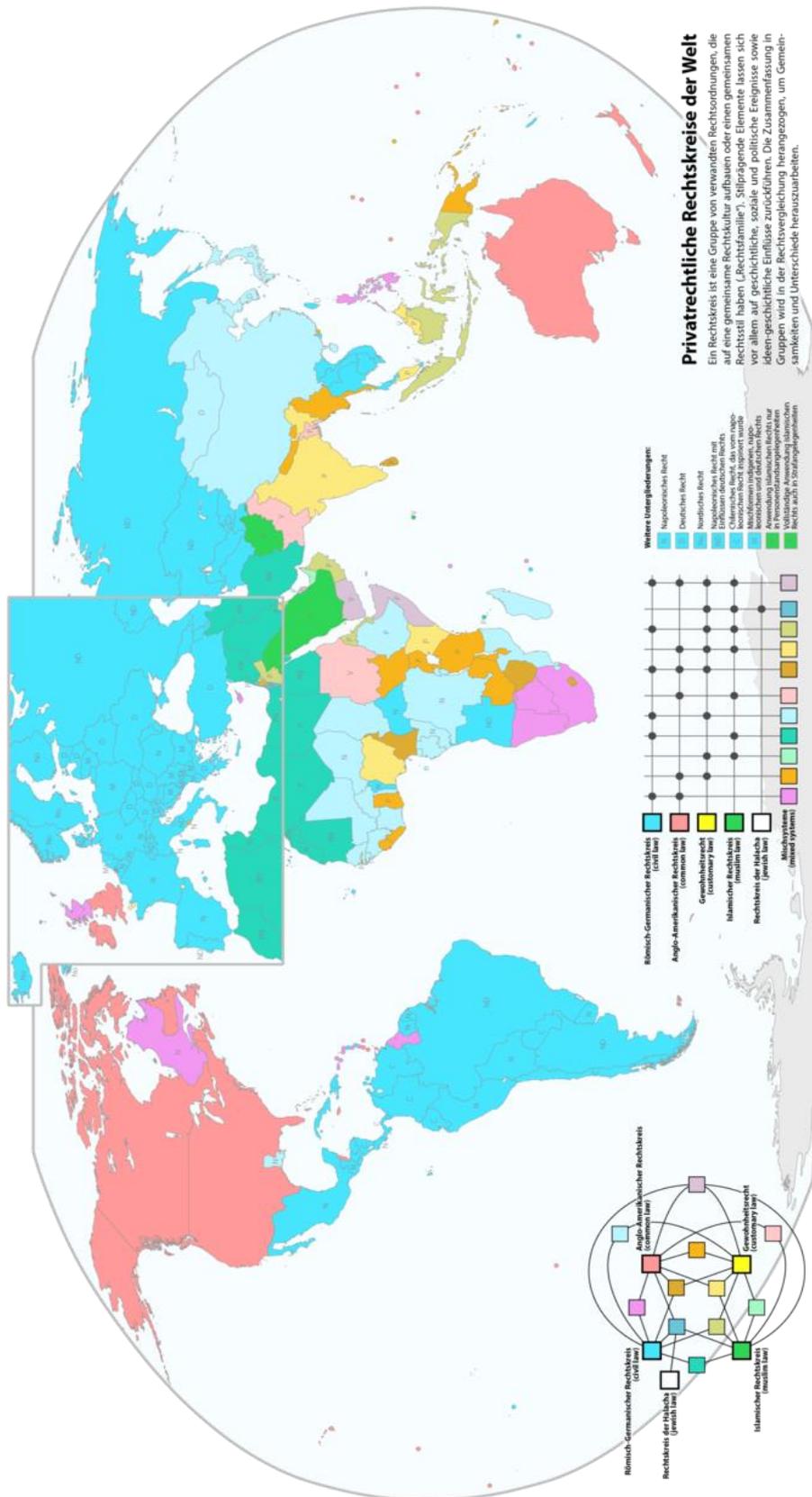
- Civil-Law-Rechtskreis (kontinentaleuropäischer Rechtskreis)
 - Deutscher Rechtskreis
 - Französischer Rechtskreis
 - Nordischer Rechtskreis
- Common-Law-Rechtskreis (englischer Rechtskreis)
- Islamischer Rechtskreis
- [Fernöstlicher Rechtskreis]

Vielfach finden sich sog. Mischrechtsordnungen (vor allem in weiten Teilen Afrikas und Asiens); hier ist eine eindeutige Zuordnung zu einem Rechtskreis nicht möglich. Denkbar ist auch, dass eine bestimmte Rechtsordnung in einzelnen Bereichen (etwa dem Verwaltungsrecht oder dem Familien- und Erbrecht) dem einen Rechtskreis näher steht als dem anderen.

¹⁷ Vgl. etwa BGHZ 69, 387 (= NJW 1978, 496); BGH, NJW 1982, 1215.

¹⁸ Vgl. BGH, NJW 1982, 1215. Eine beachtliche Ansicht in der Literatur fordert sogar, nicht nur im Ausnahme-, sondern vielmehr im Regelfall auf das nächstverwandte Recht zurückzugreifen, so etwa Stein/Jonas/Leipold, § 293 Rn. 66; Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, Rn. 722.

¹⁹ Vgl. zum Streitstand etwa Zweigert/Kötz, § 5, S. 62 ff.



“Map of the Legal systems of the world (de)“ von Maximilian Dörrbecker (Chumwa);

[https://de.wikipedia.org/wiki/Rechtskreis#/media/File:Map_of_the_Legal_systems_of_the_world_\(de\).png](https://de.wikipedia.org/wiki/Rechtskreis#/media/File:Map_of_the_Legal_systems_of_the_world_(de).png)

§ 2 Die Rechtskreise im Überblick

A. Der englische Rechtskreis

(basiert auf: Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, §§ 14 ff.; Kischel, Rechtsvergleichung, § 5; Henrich/Huber, Einführung in das englische Privatrecht; Hay, US-amerikanisches Recht – ein Studienbuch)

I. Historische Grundlagen

1066 bemächtigt sich der normannische Wilhelm (der Eroberer) Englands: Die Angelsachsen werden in der "Battle of Hastings" vernichtend geschlagen.

Die königliche Macht über das unterworfenen Land wird (insbesondere unter Heinrich II., 1154-1189) durch ein straff geordnetes Lehnswesen gefestigt: Aller Grund gehört dem König, er verleiht (Lehen) ihn – gegen Treueschwur, bewaffnete Unterstützung und die Zahlung von Steuern – an seine Gefolgsleute (ca. 1500), die ihn ihrerseits weiterverleihen. So kommt es zu einer enormen Machtzentralisierung beim König. Begünstigend wirkt dabei auch eine gut organisierte Zentralverwaltung. So werden etwa ab 1086 sämtliche Ländereien im sog. Domesday Book erfasst, insgesamt etwa 200.000 Einheiten samt des jeweiligen Lehnsmanns, seiner Arbeitskräfte und Produktionsstätten (Mühlen, Fischteiche etc.). Diesem Lehnswesen entspringt der Umstand, dass das englische Recht bis heute kein Eigentum an Grundstücken kennt, sondern nur ein „interest in land“ (dazu unten VI. 3.)

Außerdem wird ein zentrales königliches Gericht installiert, das in allen die Belange des Königs betreffenden Fragen zuständig ist. Hierzu zählt auch das Lehenswesen als Grundlage der königlichen Steuereinnahmen. Jedenfalls in diesen Fragen entschied das Gericht also auch Streitigkeiten zwischen Untertanen („Schulden bei Schuldnern des Königs“). Im Laufe des 12. und 13. Jhd. entwickelte sich nach und nach eine allgemeine Gerichtsbarkeit mit Sitz beim König in Westminster. Sie bestand aus drei Gerichten:

- dem „Court of the Exchequer“ (zuständig für Geld des Königs, also insbes. Steuern),
- dem „Court of Common Pleas“ (Streitigkeiten der „Untertanen“)
- und dem „Court of the King's Bench“ (zuständig in Fällen mit Beteiligung der Krone in anderen als Steuerangelegenheiten).

Die Richter waren nicht gelehrte Juristen, sondern zunächst adlige Laien aus dem Umfeld des Hofes (curia regis). Bei Bedarf reisten die königlichen Richter auch in die Provinz und sprachen dort Recht („itinerant judges“).

Quelle des Rechts war der König; es gab kein vorgegebenes geschriebenes Recht. Grundlage jeder Entscheidung war der gesunde Menschenverstand ("common sense"). Hieraus resultierte eine "organische", nicht geplante Rechtsentwicklung, die sich ausschließlich an den konkret auftauchenden Bedürfnissen orientierte. Die königlichen Gerichte entschieden also

im Wesentlichen auf Basis ihres Gerechtigkeitsempfindens, das freilich in gewisser Weise durch das normannische (Gewohnheits-) Recht geprägt gewesen sein mag (jedenfalls war die Gerichtssprache zu Beginn nicht Englisch, sondern Französisch, wovon noch heute einige französische Rechtsbegriffe zeugen). Das alte angelsächsische (Gewohnheits-) Recht wurde zwar nicht bewusst zurückgedrängt; es verlor aber mit der Zeit angesichts des überragenden Einflusses der Normannenkönige doch im Wesentlichen seine Bedeutung. Demgegenüber wurde das römische Rechts bewusst abgelehnt, um die Machtposition des Königs nicht zu gefährden („nolumus leges Angliae mutari“).

Mit den königlichen Gerichten konkurrierte die lokale Gerichtsbarkeit des Adels. In der Magna Charta 1215 setzten die Barons zwar durch, dass sich die Krone nicht mehr so sehr in ihre Gerichtsbarkeit einmischte. Gleichzeitig wurde aber der allgemeine Zugang zu den königlichen Gerichten erleichtert, was deren Zuständigkeit und damit auch ihren Einfluss gegenüber der Gerichtsbarkeit des Adels erweiterte. Im Laufe der Zeit ging der Einfluss der lokalen Gerichte des Adels mehr und mehr zurück. Ein Grund dafür war wohl das „modernere“ Verfahrensrecht an den königlichen Gerichten: Während sich die lokalen Gerichte für die Ermittlung streitiger Tatsachen auf ein Gottesurteil (z.B. ein Duell) verließen, kam es vor den königlichen Gerichten zu einer Tatsachenermittlung durch eine Jury.

Im ehe- und familienrechtlichen Bereich kommt es zu parallelen Zuständigkeiten der „ecclesiastical courts“ und damit zu einem gewissen Einfluss des römischen Rechts.

Durch die weitgehende Zentralisierung der Rechtsprechung an den königlichen Gerichten entsteht in England – anders als auf dem Kontinent – schon früh ein landesweit einheitliches (= gemeinsames) Recht, das common law.

II. Das Common Law

Um einen Beklagten vor das königliche Gericht zu rufen, brauchte der Kläger ein Klageformular („writ“), das durch die königliche Kanzlei („chancery“) ausgestellt wurde. Damit wurde der Richter angewiesen, den Beklagten zu laden und die Sache zu verhandeln – und zwar in Bezug auf ein sehr genau bezeichnetes Begehren. Vorgegeben war aber nicht nur das Klageziel (also nach unserem Verständnis der Anspruch des Klägers), sondern auch das Verfahren (z.B. Begutachtung durch 12 Geschworene).

Wurden die writ zunächst individuell ausgestellt, entwickelte sich im Laufe der Zeit standardisierte Formen. Bis Mitte des 12. Jhds hatten sich etwa 75 writs herausgebildet, z.B.

- „Writ of detinue“: Abwehr von Besitzstörungen, Wiedereinsetzung in den Besitz
- „Writ of trespass“: Schadensersatz nach Sachbeschädigung und/oder Körperverletzung durch Gewalt oder Landfriedensbruch
- „Writ of debt“: Klage auf einen von vornherein feststehenden Geldbetrag (z.B. Darlehenssumme oder Mietzins)
- „Writ of covenant“: Klage aus einer gesiegelten Vertragsurkunde

Die Folge dieser Standardisierung war ein starr aktionenrechtliches Denken: ohne „passendes“ writ“ kein durchsetzbarer Anspruch. Insofern weist das alte englische Recht, das gerade eine Übernahme des römischen Rechts abgelehnt hat, eine frappierende Ähnlichkeit mit dem klassischen römischen Recht auf. Das englische Klageformular („writ“) entspricht der „formula“ des römischen Rechts.

Anmerkung: Im deutschen Recht unterscheiden wir streng zwischen dem materiellen Recht einerseits und seiner prozessualen Durchsetzung andererseits. Im Falle eines „aktionenrechtlichen Denkens“ sind demgegenüber das materielle Recht und das Prozessrecht nicht streng zu trennen. Das materielle Recht ist dadurch bedingt, dass es prozessual (in Form eines passenden Klageformulars) durchsetzbar ist.

Allerdings entwickelte die königliche Kanzlei immer neue writs. Hierdurch entstand jedoch ein Konflikt mit dem Adel: Je mehr writs entstanden, umso mehr Verfahren wurden von den lokalen Gerichten des Adels abgezogen. Damit drohte eine gute Einnahmequelle des Adels zu versiegen. Dies sollte durch die Provision of Oxford (1258) und das Statute of Westminster II (1285) abgewendet werden. Durch diese beiden Maßnahmen, die der Adel dem König abringen konnte, wurde es der Chancery grundsätzlich untersagt, selbstständig neue writs zu entwickeln. Notwendig war nun stets die Zustimmung des Parlaments. Allerdings verblieb der Chancery die Möglichkeit, bestehende writs so abzuwandeln, dass sie in ähnlichen Fallgestaltungen („in consimili casu“) Anwendung finden konnten.

Von dieser Möglichkeit machte die Chancery regen Gebrauch, so dass sich die writs ständig fortentwickelten. So erfasste das „writ of trespass“ in seiner ursprünglichen Form nur das Schadensersatzbegehren des Klägers in Fällen, in denen der Beklagte durch Gewalt (vi et armis) oder Landfriedensbruch (contra pacem) den Besitz oder die körperliche Unversehrtheit des Klägers verletzt hatte. Im Humber Ferry Case (Bukton v Tounesende) von 1348 wurde diese writs auf folgenden Fall ausgedehnt: Der Beklagte, ein Fährmann, hatte sich vertraglich verpflichtet, das Pferd des Klägers über den Fluß Humber zu transportieren. Er hatte seine Fähre jedoch zu schwer beladen, so dass sie sank. Das Pferd des Klägers ertrank. Mit diesem Fall begann eine Entwicklung, das writ of trespass auf Fälle auszudehnen, in denen der Beklagte eine übernommene Verpflichtung (assumpsit) verletzt und dadurch dem Kläger Schaden zugefügt hat.

Trotz dieser kreativen Fortentwicklung einzelner writs kam es im 13. und 14. Jahrhundert zu einem Erstarren des Writ-Systems. In neuartigen Fällen konnte der Kläger daher keinen Rechtsschutz erhalten. So war beispielsweise die Durchsetzung eines vertraglichen Anspruchs nur in Form des writ of covenant oder des writ of debt möglich. Eine Klage auf eine Sachleistung aus einem Vertrag ohne gesiegelte Vertragsurkunde war daher beispielsweise nicht möglich. Auch fehlte es an einer präventiven Rechtsschutzmöglichkeit, also etwa der Möglichkeit, ein Unterlassen anzuordnen.

Hinzu kam, dass auch das Common-Law-Verfahren selbst wenig flexibel war. So wurde beispielsweise dann, wenn der Kläger eine zu hohe Summe eingeklagt hatte, die Klage vollständig abgewiesen. Dasselbe Schicksal drohte einer Klage, die nicht den strengen formellen Anforderungen entsprach.

III. Equity

1. Die Entstehung der Equity

Dies führt dazu, dass sich beim König die Beschwerden und Bitten um ein Eingreifen im Einzelfall häuften. Er leitete diese Gesuche an den Chancellor weiter, der als Beichtvater des Königs (= der Quelle des Rechts) für die Gerechtigkeit der Rechtsprechung moralisch mitverantwortlich war. Wenn dem Chancellor das Gesuch gerechtfertigt erschien, lud er den Beklagten mit einem speziellen writ vor, und zwar unter Androhung einer Strafe bei Nichterscheinen (daher: writ of subpoena). Der Chancellor entschied den Fall dann auf Basis allgemeiner Billigkeitserwägungen (ex aequo et bono; in equity) neu.

Im Laufe der Zeit fing Chancellor an, seine Entscheidungen zu veröffentlichen und in späteren Verfahren als Präzedenzien heranzuziehen. Außerdem wurde ein „Court of Chancery“ gegründet. Die Equity-Regeln verdichteten sich im Laufe ihrer Entwicklung ebenso zu einem Fallrecht wie die Rechtsprechung der Common Law-Gerichte.

Hinweis: Der Begriff „Common Law“ hat mehrere Bedeutungen. Häufig wird er verwendet, um den „Common Law-Rechtskreis“ zu bezeichnen und ihn dem vom römischen Recht geprägten „Civil Law“ gegenüberzustellen. Mit Common law wird in diesem Fall das gesamte anglo-amerikanische Recht bezeichnet. Vorliegend bezeichnet der Begriff des „Common Law“ demgegenüber nur diejenigen Rechtssätze des englischen Rechts, die von der „Equity“ sowie (später) vom Gesetzesrecht (statute law) zu unterscheiden sind.

Das Verfahren unterschied sich stark von dem vor den common law courts: Weil es sich beim Chancellor bis Mitte des 16. Jahrhunderts stets um einen Geistlichen handelte,²⁰ war das Verfahren stark an das inquisitorische Verfahren des kanonischen Rechts angelehnt. Es war deutlich flexibler als das starre Common-law-Verfahren. Beispiel: Klagte der Darlehensgeber auf Darlehensrückzahlung so genügte es im Common—Law-Verfahren, wenn er zum Beweis eine gesiegelte Schuldurkunde vorlegen konnte: Zahlte der Schuldner seine Schuld zurück, musste er daher darauf achten, diese Urkunde ausgehändigt zu bekommen; anderenfalls konnte der Darlehensgeber auf sie gestützt erneut eine Klage gegen den Schuldner anstrengen. Der Kläger wurde mit seinem Einwand, bereits erfüllt zu haben, nicht gehört – der Beweis über das Bestehen oder Nichtbestehen der Schuld war ausschließlich über die Urkunde möglich. Im Equity-Verfahren hingegen konnte der Schuldner einen Zeugenbeweis über die erfolgte Rückzahlung antreten. Das Equity-Verfahren hatte also den offensichtlichen Vorteil, nicht an Formalia gebunden zu sein, und so materielle Gerechtigkeit herstellen zu können. Kehrseite

²⁰ Der erste nicht-geistliche Chancellor war Thomas More im Jahr 1529.

dieses Vorteils war aber ein Verlust an Rechtssicherheit – anders als im Common-Law-Verfahren bestand im Equity-Verfahren die Möglichkeit, den Ausgang des Prozesses durch bestochene Zeugen zu beeinflussen.

Die Durchsetzung der Entscheidung wurde nicht durch eine Vollstreckung ad rem, sondern durch hohe Strafandrohungen (in personam) gesichert.

Wichtigstes Ziel der Equity war die materielle Gerechtigkeit. Deshalb schafft sie u.U. auch dort einen Rechtsbehelf, wo nach dem Common Law kein einschlägiges Klageformular existierte. Im Rahmen der Equity wurde es dem Kläger u.a. ermöglicht, vorbeugenden Rechtsschutz (sog. „injunctions“) in Anspruch zu nehmen. Unter besonderen Umständen, nämlich dann, wenn ein bloßer Schadensersatz in Geld unangemessen erschien, konnte der Kläger den Beklagten ferner zur Naturalerfüllung eines Vertrages (specific performance) zwingen. Das wohl berühmteste Rechtsinstitut der equity ist der sog. trust (dazu unten mehr).

Es bildete sich also gewissermaßen eine zweite Rechtsordnung neben dem Common Law. Allerdings stellte die Equity nur eine Ergänzung zum Common-Law dar; sie enthielt kein eigenes „vollständiges“ Regelwerk. Ohne das Common Law wäre die Equity als Rechtsschicht nicht denkbar gewesen. Demgegenüber hätte das „Common Law“ auch ohne „Equity“ existieren können – wenngleich auch als formalistisches und im Einzelfall sehr unbilliges Recht.

Grundsätzlich sollte das common law durch die Equity nicht abgeändert, sondern nur ergänzt werden. Dieses Verhältnis lässt sich gut am Beispiel der Abtretung illustrieren: Nach common law konnte der Zessionar die abgetretene Forderung nicht als eigenes Recht einklagen, sondern musste im Namen des Zedenten klagen. Dafür brauchte er dessen Zustimmung. Dieses Zustimmungserfordernis konnte nicht „in equity“ aufgehoben werden, wohl aber konnte der Zedent „in equity“ dazu verurteilt werden, seine Zustimmung zu erteilen.

In offenen Konflikt mit dem common law trat die equity indes insofern, als sie dem Beklagten eines Common-law-Verfahrens dadurch half, dass dem Kläger jenes Verfahrens verboten wurde, das Verfahren fortzuführen (sog. anti-suit injunction) oder – wenn das Verfahren bereits beendet war – aus dem erwirkten Urteil zu vollstrecken. König James I bestätigte diese Vorgehensweise („Equity shall prevail“).

Erst mit dem Judicature Act von 1873 wird die getrennte Gerichtsbarkeit abgeschafft und der neu gegründete High Court ermächtigt, sowohl Common-law- als auch Equity-Regeln anzuwenden (und fortzubilden). Allerdings bestand (und besteht bis heute) für Equity-Streitigkeiten eine besondere Kammer: die Chancery Division (siehe unten IV. 2.).

Vorher, im Jahr 1832, war bereits das starre writ-System weitgehend beseitigt worden. Die Verfahrenseinleitung erfolgt heute einheitlich durch das „writ of summons“ (vergleichbar mit der deutschen Ladung).

2. Einige Maximen der Equity

- „Equity will not suffer a wrong to be without a remedy“: Wichtigstes Ziel der Equity ist materielle Gerechtigkeit. Deshalb schafft sie auch dort einen Rechtsbehelf, wo nach dem Common Law kein einschlägiges Klageformular existierte.

- “Equity follows the law”: Equity ist keine eigenständige Rechtsmaterie, sondern bloße Ergänzung bzw. ein Zusatz zum Common Law (s.o.).
- “Equity shall prevail”: Stehen equity und Common Law im Widerstreit, setzt sich die Equity-Regel durch (s.o.).
- “Equity acts in personam”: Ein Urteil aus equity wird durch eine Strafandrohung an den Beklagten gesichert, nicht etwa durch Vollstreckung in den streitbefangenen Gegenstand. Außerdem wirkt das Urteil grundsätzlich nicht gegen Dritte.
- „Equity looks on that as done which ought to have been done“: Grundlage für die Konstruktion des Anspruchs auf specific performance: Der Käufer erwirbt mit Vertragsschluss ein equitable interest an dem Kaufgegenstand; der Verkäufer wird zum trustee.
- “Equity looks to the intent rather than to the form”: Der Zweck ist wichtiger als starrer Formalismus. Beispiel mortgage (Grundstückspfandrecht): Nach Common Law fiel das Eigentum an einem Pfandgegenstand dem Pfandgläubiger zu, wenn der Schuldner die besicherte Forderung nicht bis zum vereinbarten Termin erfüllt und so das Pfandrecht ablöst. Dogmatisch ist die Konstruktion mit einer auflösend bedingten Übereignung vergleichbar. Equity gewährte dem Schuldner unter Umständen das Recht zu einer Auslösung auch nach Ablauf der vereinbarten Frist, weil (und wenn) es dem Gläubiger mit der mortgage nicht um die Chance auf einen dauerhaften Eigentumserwerb, sondern um eine Sicherung seiner Forderung gegangen sei.
- „Delay defeats equity“: Rechte aus equity unterliegen – nach deutscher Terminologie – der Verwirkung.
- “Who comes to Equity must come with clean hands”: Billigkeit wird nur dem gewährt, der sich selbst nicht unbillig verhalten hat.

III. Statute Law

Erst infolge der Auseinandersetzungen zwischen König und Parlament in der Tudor- und der Stuart-Ära entwickelt sich die Vorstellung, dass das Parlament Recht schaffen kann. Dabei waren die Gesetze ursprünglich ausschließlich darauf gerichtet, einzelne common-law-Regeln abzuändern, aufzuheben oder zu ergänzen. Das Ziel einer umfassenden Kodifizierung hat es in England nicht gegeben; hierzu bestand kein Anlass: Anders als auf dem Kontinent, wo man mit der Kodifizierung vor allem die grassierende Rechtszersplitterung beenden wollte, herrschte in England, wie gesagt, auch ohne geschriebene Gesetze ein einheitliches Recht.

Erst später ergab sich die Notwendigkeit, auf die Veränderungen durch industrielle und soziale Entwicklung mit Gesetzen zu reagieren, und damit zusammenhängend ein Bestreben, die Gesellschaft durch Gesetze zu verändern. Es kommt zu Kodifikation von wichtigen Teilgebieten des Rechts (z.B. Sale of Goods Act von 1897). Auch diese Gesetze stehen aber in der Tradition des Common Law; oftmals beschränken sie sich sogar weitgehend darauf, das bestehende common law (geordnet) abzubilden.

Anmerkung: Das durch Gesetzesrecht lediglich bestehendes Richterrecht kodifiziert wird, ist – wenngleich in weitaus geringerer Form – auch dem deutschen Recht nicht fremd. Man denke nur an die Regelungen des AGB-Gesetzes (jetzt §§ 305 ff. BGB), die auf der Rechtsprechung zu § 242 BGB beruhen. Manchmal wird nicht einmal eine Kodifikation der Rechtsprechung angestrebt, sondern man beschränkt sich auf eine allgemeine Bestätigung der Rechtsprechung. So hat das neue Schuldrecht, was die von der Rechtsprechung entwickelte c.i.c., nur eine allgemein gehaltene - relativ aussageleere - "Merzettel-Norm" zustande gebracht (§ 311 BGB). Dem englischen Juristen erschien eine derart allgemein gehaltene Norm kaum hinnehmbar.

Dennoch begegnet das statute law als „Eindringling in das common law“ bis heute einer gewissen Geringschätzung. Hiermit erklärt sich die Tendenz zu einer eher restriktiven Auslegung.

Heute macht sich im Zuge der "Europäisierung" des Rechts zunehmend der Einfluss kontinentaleuropäischen Rechtsdenkens bemerkbar. Dies gilt – im Zuge der Verpflichtung zur Umsetzung europäischer Richtlinien – für die Gesetzgebung, aber auch für die Rechtsprechung. Dort nähert man sich immer mehr der kontinentaleuropäischen Auslegungsmethode an.

IV. Das Gerichtssystem in England

Der Aufbau der Gerichtsbarkeit ist organisch gewachsen und daher nicht so systematisch wie auf dem Kontinent.

1. Inferior courts (County Courts und Magistrates' Courts)

a) County Courts:

- Zuständig für nahezu alle zivilrechtlichen Streitigkeiten, in Grundstücksangelegenheiten und Nachlasssachen jedoch nur bis zu einem Streitwert von 30.000 Pfund.
- Keine rechtsfortbildende Kraft der Entscheidungen

b) Magistrate Courts:

- Zuständig hauptsächlich für strafrechtliche Bagatellsachen (bis 5.000 Pfund (Straßenverkehrsdelikte)), im Zivilrecht u.a. für Unterhaltsansprüche, Sorgerechtsachen, Adoptionen, Vormundschaften etc.
- Zumeist ehrenamtliche (Laien-) Richter, die von einem „law clerk“ (zumeist ein solicitor) beraten werden.
- Keine rechtsfortbildende Kraft der Entscheidungen

2. Superior Courts

a) High Court of Justice

- Zentral in London (Westminster) angesiedelt; daher gibt es keine „örtliche Zuständigkeit“ im Sinne der ZPO. Allerdings gibt es – an Stelle der früheren itinerant judges – örtliche Außenstellen (Assize Courts).
- Allumfassende Zuständigkeit in Zivilsachen, aber mitunter Mindeststreitwert erforderlich (z.B. 15.000 Pfund in vertragsrechtlichen Streitigkeiten, 50.000 Pfund in deliktsrechtlichen Streitigkeiten).
- Besteht aus drei Abteilungen:
 - Queen's Bench Division: insb. Contract und Tort
(in ihr sind zwei weitere Kammern aufgegangen: die Exchequer Division und die Common Pleas Division).
 - Chancery Division: Trusts Erbschaftssachen, Specific Remedies (injunctions, specific performance)
 - Family Division: insb. Scheidung, Vormundschaft
- etwa 100 Richter, davon etwa 70 in der Queen's Bench Division

b) Court of Appeal

- Zuständig für Rechtsmittel gegen Entscheidungen des High Courts
- Sehr beschränkte Überprüfung der Tatsachenfeststellungen; Schwerpunkt auf Rechtsfragen
- 28 Richter

c) Supreme Court (früher: House of Lords)

- Oberste Instanz; zuständig nur bei Zulassung eines Rechtsmittels durch den Court of Appeal oder den Supreme Court selbst.
- Besteht aus lediglich 12 Richtern
- Trifft keine Sachentscheidungen; ein Rechtsmittel wird entweder „dismissed“ oder „allowed“ (und dann an das Vorgericht zurückgewiesen).
- Zusätzlich: Oberste Instanz für Rechtsmittel gegen Entscheidungen aus britischen Übersee-Gebieten und diejenigen Commonwealth-Staaten, die höchste Berufungsinstanz bei der britischen Krone belassen haben (u.a. Bahamas, Cook Islands, Grenada, Jamaica, Saint Vincent und die Grenadines, Tuvalu). Früher war dies die Aufgabe des sog. (Judicial Committee of the) Privy Council.

3. Entscheidungssammlungen

Bis Mitte des 19. Jahrhunderts gab es über 500 private Entscheidungssammlungen, die inzwischen in den sog. „English Reports“ (E.R.) zusammengefasst sind. 1865 begann dann das „modern reporting“ in Form der (halbamtlichen) „Law Reports“, seit 1891 in vier Reihen:

- Appeal Cases (A.C.)
- Chancery Division Cases (Ch.)
- Queen's/King's Bench Division Cases (Q.B. oder K.B.)
- Probate Division Cases (P.).

Daneben bestehen weiterhin private Entscheidungssammlungen (All E.R., W.L.R.).

Zitierbeispiel: *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562.

V. Juristische Berufe in England

1. Anwaltschaft (Solicitors und Barristers)

a) Solicitors

- Primäre Aufgabe: Beratung seiner Mandanten.
- Forensische Tätigkeit ursprünglich allenfalls an den inferior courts, nicht aber an den Superior Courts (dort alleinige Befugnis der Barristers); heute ist eine Qualifizierung zum „solicitor advocate“ möglich, der dann auch an superior courts auftreten darf.
- Bei Verfahren an den Superior Courts leisten Solicitors die Vorarbeiten (inklusive Klageschrift) und übernehmen während des Verfahrens traditionell die Aufgabe als Vermittler zwischen den Mandanten und den Barristers.
- Organisiert in der sog. „Law Society“

b) Barristers

- Nahezu ausschließlich forensische Tätigkeit
- Spezialisten für ein bestimmtes Rechtsgebiet können „Queen's Counsel“ werden
- Organisiert in vier „Inns of Court“ in London (Lincoln's Inn, Inner Temple, Middle Temple, Gray's Inn)

2. Richterschaft

In England gibt es – anders als etwa in Deutschland – keine „reine Justizkarriere“. Richter werden vielmehr grundsätzlich aus dem Kreis der Anwaltschaft (bis 2008: ausschließlich Barrister) gewählt.

3. Ausbildung

Die juristische Ausbildung ist heute in aller Regel zweigeteilt. Sie besteht aus einem universitären Bachelor-Studium (nicht notwendigerweise, aber praktisch regelmäßig: Jura) und einer anschließenden Ausbildung, die von dem jeweiligen Berufsverband reguliert wird. Angehende Solicitor absolvieren einen einjährigen „Legal Practice Course“ (LPC, reguliert von der Law Society), angehende Barrister einen Bar Professional Training Course (BPTC, reguliert von den Inns of Court)

VI. Stilprägende Merkmale des englischen Rechts

1. Doctrine of Stare Decisis

Anders als in Deutschland sind englische Gerichte an die Entscheidungen ranghöherer Gerichte gebunden: „stare decisis et non quita movere“ (bei Entscheidungen bleiben und das

Ruhende nicht bewegen). Die Urteile des Supreme Courts binden also jedes englische Gericht. Die Entscheidungen des Court of Appeal binden die High Courts. Dem liegt die rechtstheoretische Annahme zugrunde, dass die Gerichte durch ihre Entscheidung Recht schaffen – und dieses Recht müssen die anderen Gerichte dann anwenden.

Bemerkenswerterweise gilt die stare decisis doctrine auch für die Gesetzesauslegung, so dass der anfänglich maßgebende Wortlaut des Gesetzes im Laufe der Zeit an Bedeutung verliert und sich die richterliche Tätigkeit auch bei der Anwendung von Gesetzesrecht wiederum auf die Ermittlung von Präjudizien konzentriert.²¹

Die Bindungswirkung einer Entscheidung entfällt, sobald sie „overruled“ wurde, sobald also ein ranghöheres Gericht oder der Gesetzgeber eine gegenteilige Entscheidung getroffen hat.

Eine Bindungswirkung geht nur von den tragenden Urteilsgründen aus (ratio decidendi). Nur die Fallnorm („legal rule“) ist bindend. Obiter dicta, d.h. alles was nicht im eigentlichen Brennpunkt der Entscheidung steht (hilfsweise angebrachte Gründe, allgemeine Bemerkungen über das materielle Recht, Vergleiche mit anderen Rechtsfällen, die den Fall erläutern und illustrieren), sind es nicht.

Ebenfalls nicht bindend sind Tatsachenfragen. Bemerkenswert ist dabei, dass der Begriff der Tatsache im englischen Recht vergleichsweise weit verstanden wird. Vieles, was hierzulande bereits als Rechtsfrage eingestuft würde, gehört in England noch zum Bereich der Tatsache (oftmals ist von sog. secondary facts die Rede). Beispiel:²² Ob ein Verhalten als fahrlässig anzusehen ist, weil es nicht der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt genügt, gilt in England noch als Tatsachenfrage, in Deutschland aber schon als Rechtsfrage.

Hinzu kommt, dass die Bindungswirkung nur insoweit greifen kann, wie der neue Fall dem alten der Sache nach entspricht. Wichtiges Werkzeug für Anwälte wie Richter ist daher das sog. „distinguishing“: Der neue Fall wird auf Merkmale untersucht, die ihn vom Präzedenzfall abheben und die es dementsprechend erlauben, ihn anders zu entscheiden als jenen.

Anmerkung: In Deutschland geht die ganz herrschende Meinung²³ demgegenüber davon aus, dass gerichtliche Entscheidungen – von bestimmten Entscheidungen insbesondere der Verfassungsgerichte abgesehen – über das anhängige Verfahren hinaus keine unmittelbare rechtliche Bindungswirkung haben. Ein Amts-, Land- oder Oberlandesgericht in Deutschland ist an die Rechtsprechung des BGH nicht unmittelbar gebunden. Es hat – die Zurückverweisung im anhängigen Verfahren ausgenommen – grundsätzlich die Möglichkeit, jederzeit eine vom BGH abweichende Rechtsauffassung zu vertreten. Auch aus dem Gleichheitssatz lässt

²¹Vgl. Will, in: David/Grasman, Einführung in die großen Rechtssysteme, Rdnr. 357 (S. 492): Die Befolgung des stare decisis- Prinzips führe dazu, dass „die gesetzlichen Vorschriften rasch in einem Gestrüpp von Gerichtsentscheidungen untergehen, deren Autorität alsbald die des Gesetzestexts selbst verdrängt“.

²² Beispiel nach Kischel, Rechtsvergleichung, § 5 Rn. 50 f.

²³ Abweichend etwa Fikentscher, Methoden des Rechts IV, insbesondere S. 176 f., 202 f.; Bydliński, AcP 188 (1988), 447, 474 f.

sich nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts und der herrschenden Lehre keine unmittelbare rechtliche Bindung der Gerichte an vorangegangene Entscheidungen ableiten.²⁴

Die Gründe dafür, dass sich die unterinstanzliche Rechtsprechung in Deutschland faktisch in ähnlicher Weise wie die englische Rechtsprechung an der oberinstanzlichen Rechtsprechung orientiert, sind im Tatsächlichen zu suchen. Erstens wirkt es in der Begründung nach außen überzeugend, wenn man sich auf eine Autorität wie den BGH berufen kann. Zweitens bedeutet es für den erkennenden Richter regelmäßig einen geringeren Arbeitsaufwand, ein einschlägiges höchstrichterliches Urteil zu ermitteln, als ein kompliziertes Auslegungsproblem von Grund auf neu zu durchdenken. Drittens führt ein von der Rechtsprechung des BGH abweichendes Urteil regelmäßig dazu, dass die unterlegene Partei ein Rechtsmittel einlegen und dadurch letztlich die Aufhebung des Urteils in der nächsten Instanz erreichen wird. Dies würde sowohl die Justiz als auch die Parteien mit einem zusätzlichen Zeit- und Kostenaufwand belasten. Zusätzlich ist es – viertens – für das berufliche Fortkommen des einzelnen Richters nicht zuträglich, wenn seine Urteile von der übergeordneten Instanz aufgehoben werden.

Für die Weiterentwicklung bedeutet die strikte Präjudizienbindung ein gewisses Hindernis, zwar kein unüberwindbares, wohl aber eines, das die Weiterentwicklung erschwert. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass Gerichte auch dann, wenn sie eine Weiterentwicklung vornehmen, versuchen, ihre Vorgehensweise auf Präjudizien zu stützen. Herausragendes Beispiel hierfür ist die Entwicklung der allgemeinen Sorgfaltspflicht (dem heutigen tort of negligence) gegenüber Dritten (also gegenüber Personen, zu denen keine vertragliche Bindung besteht) im Fall *Doneghue v. Stevenenson*.²⁵

May Doneghue hatte in einem Café eine Flasche Ginger Ale bestellt und serviert bekommen, von der sie zunächst etwas in ihr Glas schüttete und austrank. Beim Nachschütten floss dann nicht nur weiteres Ginger Ale in Glas, sondern auch eine – schon teilweise vermoderte – Schnecke. Mangels vertraglicher Beziehungen lehnte der Court of Appeal eine Haftung des Herstellers gegenüber Frau Doneghue ab. Eine deliktsrechtliche Haftung setze voraus, dass eine spezielle Verhaltenspflicht bestehe, die der Schädiger verletzt habe. Eine allgemeine „duty of care“ gegenüber jedermann existiere jedoch gerade nicht.

May Doneghue legte Revision ein und das House of Lords gab ihr Recht. Eine allgemeine duty of care bestehe. Bemerkenswerterweise offenbarte das Gericht in seiner Urteilsbegründung jedoch keineswegs, dass es mit der Entscheidung juristisches Neuland betrat, sondern stützte sich vielmehr auf zwei alte Entscheidungen des Court of Appeal: *Heaven v. Pender* und *Le Lievre v. Gould*. Allerdings hatte der Court of Appeal in *Heaven v Pender* eine solche allgemeine duty of care gerade abgelehnt – nur in einem Minderheitenvotum hatte einer der drei Richter, Lord Esher, sich für eine solche Pflicht ausgesprochen. In der Entscheidung *Le Lievre*

²⁴ BVerfGE 75, 329, 347: (“Beruht die abweichende Entscheidung verschiedener Behörden oder Gerichte zu denselben Rechtsvorschriften auf einer verschiedenartigen Rechtsauslegung, so liegt darin grundsätzlich noch keine Verletzung des Grundrechts der Gleichheit vor dem Gesetz. [...] Selbst eine zweifelsfrei fehlerhafte Gesetzesanwendung begründet noch keinen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz.”).

²⁵ *Doneghue v. Stevenenson* [1932] AC 562 (HL).

v. Gould hatte Lord Esher zwar einen weiteren Richter auf seine Seite ziehen können, aber nur um den Preis, die duty of care an das Erfordernis einer Nähbeziehung zwischen Schädiger und Geschädigtem zu knüpfen (proximity); hinzu kam, dass die Frage der duty of care in *Le Lievre v. Gould* nicht entscheidungserheblich war, so dass es sich nur um ein obiter dictum handelte, das als solches keine Bindungswirkung entfaltet. Mit anderen Worten: Es gab keine Präzedenzen; das House of Lords wich von seiner eigenen langjährigen Rechtsprechung ab, ohne dies offenzulegen.

Diese Verrenkungen waren nur notwendig, weil sich das House of Lords seinerzeit noch an seine eigenen alten gebunden fühlte. Erst 1966, also 30 Jahre nach *Doneghue v. Stevenson*, lockerte das House of Lords den Grundsatz der strikten Selbstbindung. Es gab bekannt:

„Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules.

Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose therefore, to modify their present practice and, while treating former decisions of this house as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so.

In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlement of property, and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law.

*This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House.*²⁶

Demgegenüber ist der Court of Appeal nach wie vor an eigene Entscheidungen gebunden.²⁷ Allerdings gelten zwei Ausnahmen: (1) Die frühere Entscheidung steht im Widerspruch zu einer Entscheidung des Supreme Courts (dann ist diese Entscheidung bindend); (2) es existieren zwei widersprüchliche frühere Entscheidungen (dann darf der Court of Appeal wohl wählen, welcher Entscheidung er folgt).

Anmerkung: Zu widersprüchlichen Entscheidungen kann es v.a. deswegen kommen, weil die englischen Richter nicht von Amts wegen ermitteln, ob es entgegenstehende bindende Altentscheidungen existieren.

Richter am High Court sind zwar grundsätzlich ebenfalls an frühere Entscheidungen gebunden; dieser Grundsatz wird jedoch dadurch weitgehend ausgehöhlt, dass die Möglichkeit besteht, die Entscheidung eines *anderen* Richters zu missbilligen („disapproval“) mit der Folge, jener Entscheidung nicht folgen zu müssen.

²⁶ [1966] 3 All E.R.77.

²⁷ Vgl. *Davis v. Johnson*, [1979] A.C. 264.

2. Auslegung von Gesetzesrecht

Die Auslegung der Gesetze erfolgt grundsätzlich restriktiv nach ihrem **Wortlaut bzw. grammatikalischen Sinn** (literal interpretation). In der traditionellen englischen Methodenlehre geht man klassischerweise von einer Darstellung der grammatischen Auslegung aus und zieht andere Auslegungskriterien z.T. gar nicht heran oder sieht in ihnen nur untergeordnete Hilfsmittel zur grammatischen Auslegung.²⁸ Der Grund hierfür liegt wohl unter anderem darin, dass die englischen Gerichte das ungeschriebene Richterrecht (das common law) vor dem Gesetzesrecht bewahren wollten.²⁹

Die **teleologische Auslegung** wird in England skeptisch betrachtet. Insbesondere wird einer Norm kein objektiver Zweck zuerkannt, der vom positiv feststellbaren gesetzgeberischen Willen losgelöst wäre und sich mit der Zeit und dem Wandel von Tatsachenwissen oder Wertvorstellungen u.U. ändern könnte.

Als anerkannte Formen der "subjektiv-teleologischen" Auslegung lassen sich jedoch die sog. "golden rule" und die traditionelle "mischief rule" ansehen. Nach der "golden rule" darf vom Wortlaut abgewichen werden, wenn dieser zu Widersprüchen innerhalb des Gesetzestexts führen würde. Nach der "mischief rule" muss bei der Auslegung von gesetzlichen Bestimmungen "the old law, the mischief and the remedy" berücksichtigt werden. Es ist vom common law (the old law) auszugehen und zu ermitteln, welchem Missstand (mischief) das common law nicht abzuhelpen vermochte. Dann ist zu prüfen welche Abhilfe (remedy) der Gesetzgeber zur Beseitigung des Missstandes angeordnet hat.

Festzustellen ist aber wohl, dass die traditionelle Abneigung gegenüber der teleologischen Auslegung im Zuge der Umsetzung des europäischen Richtlinienrechts zunehmend schwindet – und insbesondere die mischief rule immer breitere Anwendung findet.³⁰

Gegen eine **historische Auslegung**, also insbesondere die Berücksichtigung von Vorarbeiten im Gesetzgebungsverfahren, wurde insbesondere die Wahrung der Kompetenzen des Parlaments angeführt: Der vom Parlament als Ganzes verabschiedete Wortlaut des Gesetzes - nicht die Meinungsäußerung eines einzelnen Ministers oder Abgeordneten im Laufe der Debatte - sollte für die Auslegung maßgeblich sein. So könne ein Parlamentarier zwar mit Teilen der Begründung nicht einverstanden sein, nichtsdestotrotz aber dem Gesetz zustimmen, weil Gegenstand seiner Zustimmung letztlich der Text und nicht die im Parlament gegebene Begründung einzelner Minister oder Abgeordneter sei. Hielte man Erklärungen eines Ministers für relevant, bestünde die Gefahr, dass sich das Parlament - entgegen dem Gewaltenteilungsprinzip - zu einem "verlängerten Arm" der Regierung entwickelte. Ferner wurde auf die praktischen Schwierigkeiten und die Kosten hingewiesen, die für die Parteien und die Gerichte dadurch entstehen, dass nicht nur der bloße Gesetzestext, sondern auch die Parlamentsde-

²⁸ Zur geschichtlichen Entwicklung umfassend Vogenauer, Die Auslegung in England, S. 669 f.; zu der in neueren Zeit zu beobachtenden Angleichung an die kontinentaleuropäische Auslegungstechnik S. 963 ff

²⁹ Vgl. Munday, RhT 14 (1983), 191, 192: "Statute law has for long been regarded by the common lawyer as an unwelcome and inferior intruder into his traditional preserves."

³⁰ Vgl. Vogenauer, Die Auslegung in England, S. 963 ff.

batten und die sonstigen travaux préparatoires zu ermitteln und auszuwerten sein. Die Materialien seien häufig nicht einmal aussagekräftig, sondern mehrdeutig oder gar irreführend. Auch sei zu beanstanden, dass für den normalen Gesetzesadressaten, der keine Kenntnis von den Parlamentsdebatten und den Gesetzesvorbereitenden Materialien habe, der genaue Inhalt des Gesetzes nicht mehr erkennbar sei. Dies sei aber deshalb, weil der Gesetzesadressat sein Verhalten an dem - u.U. sogar strafrechtlich sanktionierten - Gesetzesinhalt auszurichten habe, nicht hinnehmbar. Aufgabe der Gerichte sei es gerade, die Bürger gegen unklare Gesetze zu schützen. Diese Argumentation ist angesichts dessen bemerkenswert, dass das englische Common Law (i.S.v. case law) ja überhaupt nicht systematisch aufgeschrieben und selbst für Juristen kaum zu durchschauen ist.

Allerdings zeichnet sich eine vorsichtige Wende ab. So stellte das House of Lords 1992 in der Entscheidung *Pepper v. Hart*³¹ maßgeblich auf Gesetzesvorbereitende Dokumente und die Parlamentsdebatte ab. Es erklärte, dass es die traditionelle (wenngleich nicht ausnahmslos geltende) Grundregel, dass der Inhalt von Gesetzesvorbereitenden Dokumenten und Parlamentsdebatten bei der Auslegung von Gesetzen auszuscheiden habe, weiter auflockere als bisher. Voraussetzung sei jedoch, dass das Gesetz seinem Wortlaut nach mehrdeutig sei oder zu absurden Ergebnissen führe, und dass die Absicht des Gesetzgebers klar und deutlich aus den Gesetzgebungsmaterialien hervorgehe: "I therefore reach the conclusion, subject to any question of Parliamentary privilege, that the exclusionary rule should be relaxed so as to permit reference to Parliamentary materials where (a) legislation is ambiguous or obscure, or leads to an absurdity; (b) the material relied upon consists of one or more statements by a Minister or other promoter of the Bill together if necessary with such other Parliamentary material as is necessary to understand such statements and their effect; (c) the statements relied upon are clear."³²

Bereits wenige Jahre später ruderte das House of Lords allerdings wieder ein wenig zurück und erklärte, dass die beiden in *Pepper v. Hart* genannten Kriterien restriktiv auszulegen seien.³³

Anmerkung: Anders als in England geht in Deutschland die h.M. grundsätzlich von einer Gleichwertigkeit der vier Auslegungskriterien (grammatische, systematische, historische und teleologische Auslegung) aus.

Das Parlament hat auf die traditionell sehr enge, nur am Wortsinn orientierte Auslegung durch die Gerichte mit einer sehr kasuistischen und detaillierten Gesetzgebung reagiert. Sehr häufig finden sich in englischen Gesetzen schwerfällige und umfangreiche Definitionskataloge, die es den englischen Gerichten unmöglich machen sollen, das Gesetz – unter Berufung auf den nicht (unmittelbar) einschlägigen Wortlaut – unangewendet zu lassen. Allerdings wirkt diese Gesetzgebung auch auf die Rechtsprechung zurück: Gerade weil der Gesetzgeber

³¹ *Pepper v. Hart* [1993] AC 593 (HL). Darstellung von Fall und Vorgeschichte auch bei Vogenauer, Die Auslegung von Gesetzen in England, S. 969 f.

³² *Pepper v. Hart* [1993] AC 593 (HL) 640, per Lord Browne-Wilkinson

³³ *R v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions* [2001] 33 HLR 301, 316 ff.

kasuistische Gesetze geschaffen und hierbei normative Begriffe und Generalklauseln vermieden hat, konnten sich die englischen Gerichte auf eine reine Wortlautauslegung zurückziehen.

Anmerkung: In Deutschland verwendet man in der Gesetzgebung traditionell Generalklauseln und stark normativer Begriffe. Den deutschen Gerichten bleibt etwa angesichts der Norm des § 242 BGB (“Treu und Glauben”) nichts anderes übrig, als einzelne Fallgruppen zu bilden und damit letztlich der Norm ihre eigentliche inhaltliche Prägung zu geben.

3. Die Rolle des Richters im Verfahren

Der Richter spielt im englischen Prozess eine – jedenfalls im Vergleich mit seinem deutschen Kollegen – äußerst passive Rolle. Er steuert die Verhandlung nicht aktiv, sondern beschränkt sich auf die Rolle des Zuhörers. Der Ablauf des Verfahrens liegt vornehmlich in der Hand der Parteien. Bemerkenswert ist dabei, dass vor der mündlichen Verhandlung regelmäßig keine Schriftsätze ausgetauscht werden. Die Strategie der anderen Partei wird also erst in der Verhandlung selbst erkennbar. Erst mit der Woolf-Reform im Jahr 1996 wurde dieses Überraschungsmoment reduziert, indem die Parteien verpflichtet wurden, vorab sog. „skeleton arguments“ auszutauschen.

Vor dem Hintergrund dieser gegnerschaftlichen Prozessform (im Vergleich zur eher inquisitorischen Prozessform auf dem Kontinent) wird die Aufgliederung der Anwaltschaft in (auf Beratung spezialisierte) solicitors und (auf die Gerichtsverhandlung spezialisierte) barristers verständlich: Die Notwendigkeit, vor Gericht spontan auf die Argumente und Beweise der Gegenseite reagieren zu müssen, erfordert völlig andere Fähigkeiten, als die beratende Tätigkeit.

Bemerkenswert ist ferner, dass der Grundsatz „da mihi facta, dabo tibi ius“ in England nicht gilt (jedenfalls nicht in demselben Umfang wie auf dem Kontinent). Vielmehr ist es grundsätzlich Aufgabe der Parteien, das Gericht auf das Recht – sprich: auf Präzedenzfälle – hinzuweisen.

Historisch geht diese gegnerschaftliche Ausgestaltung des Prozesses vornehmlich darauf zurück, dass der Richter selbst ursprünglich nur über die Einhaltung der verfahrensrechtlichen Regeln wachte, wohingegen die Entscheidung in der Sache durch eine Jury gefällt wurde. Später hat der Richter nicht nur die Aufgabe der Jury übernommen, sondern auch ihre passive Rolle als bloßer Zuhörer.

4. Der Trust (früher: use)

„A trust is an equitable obligation, binding a person (who is called a trustee) to deal with property over which he has control (which is called the trust property) for the benefit of persons (who are called the beneficiaries or cestuis que trust), of whom he may himself be one.“

Dem Trust liegt der Gedanke einer Zweiteilung des Eigentums (duality of ownership) zugrunde: der trustee ist der legal owner, der beneficiary der equitable owner.

Mithilfe dieses Konstrukts können Parteien rechtliche Hürden zu überwinden.

Beispiele:

- Bettelorden durften wegen ihres Armutsgelübdes nicht selbst Eigentümer von Klostergrund sein. Daher wurde das Eigentum auf einen trustee übertragen, der es für das Kloster innehatte (*ownership to the use of someone*). Das Kloster war dann als beneficiary zur Nutzung berechtigt.
- Grundstücke konnten nach Common Law nicht zum Gegenstand einer gewillkürten Erbfolge gemacht werden. Um ein Grundstück dennoch der gewünschten Person übertragen „vermachen“ zu können, wurde es an einen trustee veräußert. Solange der Übertragende lebte, behielt er das alleinige Nutzungsrecht; nach seinem Tod musste der trustee das Eigentum dann auf den Erben übertragen.
- Starb der Lehnsmann bevor sein Erbe die Volljährigkeit erreicht hatte, durfte der Lehnsherr den Grund vorübergehend (nämlich bis zur Volljährigkeit des Erben) selbst bewirtschaften. Auch heute noch können Minderjährige kein Eigentum an Grundstücken erwerben. Es bedarf daher weiterhin der Konstruktion eines trusts
- Das englische Recht sieht keine testamentarische Bestimmung eines Vor- und eines Nacherben vor. Auch hier hilft dem Erblasser der trust: Er kann den Vorerben zum trustee und den Nacherben zum beneficiary machen.
- Durch die Übertragung des Vermögens auf einen trustee fällt es im Fall einer Insolvenz des beneficiary nicht in dessen Insolvenzmassen (allerdings fällt das Nutzungsrecht hinein).
- Grundstückseigentümer kann immer nur eine einzelne Person sein; Ehepartner oder nicht-rechtsfähige Personenvereinigungen greifen daher zum trust.

Man spricht in diesen Fällen einer Trust-Vereinbarung von express trusts. Später wurde das Institut des trust auch dann angewendet, wenn die Parteien selbst gar keine Vereinbarung getroffen hatten, sog implied trusts und constructive trusts:

Beispiele:

- Hat der Pfandgläubiger den Pfandgegenstand verwertet und einen über Erlös erzielt, der über die gesicherte Forderung hinausging, so wurde er hinsichtlich des überschießenden Teil automatisch trustee (und der Pfandschuldner dementsprechend beneficiary)
- Im Erbfall wird zunächst der Testamentsvollstrecker – als trustee – Eigentümer des Vermögens des Erblassers. Er befriedigt aus dem Vermögen zunächst die Gläubiger des Erblasser und überträgt den Rest dann an die Erben (beneficiaries).

Kleine Anekdote am Rande: Dass heute nicht mehr der ursprüngliche Begriff use, sondern der Begriff trust verwendet wird, liegt daran, dass Heinrich VIII den use 1535 per Gesetz untersagte, weil er als Instrument zur Steuerersparnis genutzt wurde.

5. Die Consideration

Ein formloser – bzw. genauer: ein nicht in Form eines deeds geschlossener – Vertrag kommt nach englischem Recht nur dann zustande, wenn der Leistung eine Gegenleistung (consideration) gegenübersteht. Ein Schenkungsversprechen ist dementsprechend nicht bindend. Allerdings findet keine Äquivalenzkontrolle statt; ein symbolisches „Pfefferkorn“ (in der Praxis meist eine Münze) genügt für eine „valuable consideration“ (sog. peppercorn theory): A peppercorn does not cease to be a good consideration if it is established that the promisee does not like pepper and will throw away the corn.³⁴

Der wohl berühmteste Fall, in dem ein Gericht einen bindenden Vertrag mangels consideration verneinte, stammt aus dem Jahr 1809. Einige Matrosen waren unterwegs von einem Schiff desertiert; die anderen übernehmen gegen das Versprechen einer Zusatzbezahlung die Mehrarbeit. Das Gericht entschied, dass die Matrosen ohnehin zu jener Mehrarbeit verpflichtet waren – und dass das Versprechen der Zusatzbezahlung dementsprechend ohne consideration erfolgt sei:

„Here, I say, the agreement is void for want of consideration. There was no consideration for the ulterior pay promised to the mariners who remained with the ship. Before they sailed from London they had undertaken to do all that they could under all the emergencies of the voyage. They had sold all their services till the voyage should be completed. If they had been at liberty to quit the vessel at Cronstadt, the case would have been quite different; or if the captain had capriciously discharged the two men who were wanting, the others might not have been compellable to take the whole duty upon themselves, and their agreeing to do so might have been a sufficient consideration for the promise of an advance of wages. But the desertion of a part of the crew is to be considered an emergency of the voyage as much as their death; and those who remain are bound by the terms of their original contract to exert themselves to the utmost to bring the ship in safety to her destined port. Therefore, without looking to the policy of this agreement, I think it is void for want of consideration, and that the plaintiff can only recover at the rate of £5 a month.“³⁵

Eine consideration fehlt auch bei Erlassverträgen.³⁶ Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Schuldner als Gegenleistung für einen Teilerlass, den übrigen Teil bereits vor Fälligkeit zahlt. Keine consideration stellt es demgegenüber dar, wenn der Schuldner die (fällige) Zahlung zunächst verweigert und sich gegen den Teilerlass dazu durchringt, den restlichen (fälligen) Teil zu bezahlen. In solchen Fällen hilft sich die Rechtsprechung aber mitunter mit dem Institut des promissory estoppel (ähnlich unserem venire contra factum proprium)

Auch eine vorvertragliche Haftung scheidet in aller Regel am Fehlen einer consideration. Verspricht ein Hausverkäufer einem Interessenten, ihm das Haus für eine gewisse Zeit zu reservieren und verkauft er es vor Ablauf dieser Frist an einen Dritten, so begründet dies keine Schadensersatzhaftung gegenüber dem Interessenten: There was no consideration given for the undertaking or promise, to whatever extent it may be considered binding, to keep the property unsold until 9 o'clock on Friday morning. [...] But it is clear settled law, on one of the clearest principles of law, that this promise, being a mere *nudum pactum*, was not binding,

³⁴ Chappell & Co Ltd v. Nestlé Co Ltd. [1960] AC 87 (HL) 114, per Lord Somervell.

³⁵ Stilk v. Myrick, [1809] EWHC KB J58, 170 ER 1168

³⁶ Foakes v. Beer, [1884] 9 AC 605.

and that at any moment before a complete acceptance by Dickinson [dem Interessenten] of the offer, Dodds [der Verkäufer] was as free as Dickinson himself.³⁷

6. Interest in land

Im Grundstücksrecht wirkt sich das im 11. Jahrhundert eingeführte strenge Lehnswesen bis heute aus. Zwar ist das Lehnswesen längst abgeschafft und das Königshaus nicht mehr oberster Eigentümer allen Grundes. Dennoch wirkt die feudale Denkweise auch heute noch nach. So kennt das englische Recht bei Grundstücken kein „ownership“; man erwirbt kein Eigentum an einem Grundstück, sondern lediglich ein „interest in land“.

Unterschieden wird dabei zwischen possessory (also besitzenden) und non-possessory interests. Letztere umfassen etwa das Wegerecht, das Schürfrecht oder das Recht zum Abbau von Bodenschätzen.

Possesory interests – auch estate genannt – untergliedern sich wiederum in zeitlicher Hinsicht. Das interest kann etwa auf die Lebenszeit des Inhabers beschränkt sein (life estate) oder auf die Lebenszeit eines Dritten (life estate pur autre vie). Selbstverständlich sind auch andere zeitliche Beschränkungen möglich, etwa auf eine bestimmte Anzahl Tage, Monate oder Jahre). In diesem Fall spricht man von leaseholds (oder leasehold estates). Sie ähneln der Miete oder dem Erbbaurecht im deutschen Recht, sind aber nicht im Vertrags-, sondern im Eigentumsrecht angesiedelt. Es entsteht also nicht nur ein schuldrechtlicher Überlassungsanspruch des Mieters gegen den Vermieter, sondern ein Rechtszustand, der am ehesten mit dem deutschen Eigentumsbegriff übereinstimmt (von der zeitlichen Befristung einmal abgesehen).

Möglich ist aber auch ein zeitlich unbeschränktes interest in land, die sog. fee simple absolute. Der Begriffsteil fee leitet sich dabei vom lateinischen Begriff feudum (= Lehen) ab.

Bemerkenswert ist, dass das Grundstücksrecht auch Aspekte umfasst, die nach deutschem Verständnis dem öffentlichen Baurecht zuzuordnen sind, wie etwa die Möglichkeit des Staates, die Nutzung von Grundstücken bspw. aus Denkmalschutzgründen zu beschränken oder Grundstücke aus Gemeinwohlgründen zu enteignen. Auch dies ist vor dem historischen Hintergrund verständlich: Der Staat – sprich: der König – war Eigentümer des Landes; sein Recht zur Nutzungsbeschränkung oder gar Wegnahme wurde also nicht als Ausfluss seiner allgemeinen Hoheitsgewalt gesehen, sondern als Ausfluss seiner Eigentümerstellung.

VII. Ausbreitung des englischen Rechts

Das englische Recht hat sich im Wesentlichen durch Verpflanzung verbreitet. Zu nennen ist hier insbesondere die Besiedlung Nordamerikas (U.S.A., Kanada), Australiens und Neuseeland.

Ein Oktroi englischen Rechts hat demgegenüber nur in sehr eingeschränktem Maße stattgefunden. Anders als Frankreich hat England in eroberten Gebieten die dort geltende Rechtsordnung nicht durch die eigene ersetzt, sondern grundsätzlich in Kraft gelassen. Nur dort, wo

³⁷ *Dickinson v Dodds* (1876) 2 Ch D 463.

das geltende Recht Lücken aufwies, wurde es durch englisches Recht ergänzt. Hierfür wurde das englische Recht oftmals kodifiziert. So trat etwa in Indien bereits 1872 der „Indian Contract Act“ in Kraft; in ihm sind Rechtsmaterien geregelt, die in England bis heute keine ausschließlich dem Fallrecht unterfallen.

Aus dieser Zurückhaltung erklärt sich beispielweise, dass in dem nordamerikanischen Gebieten Quebec (Kanada) und Louisiana (U.S.A.) bis heute nicht Common Law, sondern französisch geprägtes Civil Law gilt. Beide Gebiete waren ursprünglich von Frankreich besiedelt worden und fielen erst mit dem Pariser Frieden von 1763 an England.

Indien nimmt in gewisser Weise eine Sonderstellung ein. Das – von muslimischen Großmogulen regierte – Land wurde von England zunächst nicht kolonialisiert. Vielmehr kam es nur zu intensiven Handelsbeziehungen. Erst als das Großmogulenreich im 18. und 19. Jahrhundert zerfiel, übernahm England nach und nach die politische Kontrolle.

Bereits 1726 wurden in den drei „Presidency Towns“ (Bombay [heute Mumbai], Madras und Kalkutta) englische Gerichte eingerichtet, die ihre Entscheidungen „according justice and right“, also nach den Regeln des Common Law zu fällen hatten. Später wurden nach und nach auch im übrigen Land englische Gerichte geschaffen, für deren Entscheidungen ein – wohl – anderer Maßstab galt, nämlich „justice, equity and good conscience“ galt. Nicht zuletzt wegen dieser unterschiedlichen Maßstäbe kam es zu einer gewissen Rechtszersplitterung innerhalb Indiens, der durch die Kodifizierung wichtiger Rechtsgebiete begegnet wurde (bspw. Judication Act 1859, Indian Succession Act 1865, Indian Contract Act 1872, Transfer of Property Act 1882, Indian Trusts Act 1882). 1947 wurde Indien unabhängig; viele der englischen Gesetze galten (und gelten) jedoch weiterhin.

Südafrika (bzw. genauer: das Kapland) war im 17. und 18. Jahrhundert eine niederländische Kolonie, so dass dort – wie seinerzeit in den Niederlanden auch – römisches Recht galt (der sog. „usus modernus“), als England es Ende des 18./Anfang des 19. Jahrhunderts in Besitz nahm. Auch hier wahrte England große Zurückhaltung bei der Installierung des eigenen Rechts, so dass Südafrika als einziges Land gilt, in dem das römische Recht fortbesteht – freilich inzwischen gemischt mit Aspekten des Common Law (insb. das Gerichtsverfahren ist stark vom englischen Recht geprägt). Demgegenüber wurden die Niederlande selbst nur wenige Jahre später vom napoleonischen Frankreich erobert – und das römische Recht dort vom code civil abgelöst.

VIII. Besonderheiten des U.S.-amerikanischen Rechts

1. Historische Grundlagen

Anfang des 17. Jahrhunderts begannen englische Auswanderer die Ostküste der heutigen U.S.A. zu besiedeln. Das englische Recht spielte zu Beginn allerdings keine Rolle. Erstens war eine funktionierende Rechtspflege angesichts der vielfältigen Probleme der Siedler von untergeordneter Bedeutung; zweitens waren kaum ausgebildete Juristen unter den Siedlern. Drittens waren die ersten Siedler stark religiös geprägt. Dementsprechend wurden Streitigkeiten oft von einem Geistlichen entschieden – nach dessen eigenen Gerechtigkeitsvorstellungen oder den Vorgaben der Bibel („Law of God“).

Erst im 18. Jahrhundert begann sich eine geordnete Rechtspflege zu entwickeln, die – trotz der zunehmenden Entfremdung vom englischen Mutterland – maßgeblich vom englischen Recht beeinflusst war. Allerdings wurde das englische Recht nicht blind übernommen, vielmehr wurden zahlreiche Änderungen vorgenommen. Zum einen wurde das Recht an die amerikanischen Gegebenheiten angepasst (nicht übernommen wurde bspw. die englische verschuldensunabhängige Haftung des Viehhalters; die Ersitzung von Land wurde durch bloßen Zeitablauf ermöglicht, ohne dass es auf die Gutgläubigkeit des Besitzers ankam). Zum anderen lehnte man – spätestens seit der Unabhängigkeit 1776/83 – all diejenigen Regelungen ab, die vom englischen Feudalsystem geprägt waren (v.a. etliche Regelungen im englischen Grundstücksrecht, aber auch im Familien- und Erbrecht sowie im Prozessrecht). Die Siedler hatten England schließlich zumeist gerade wegen jenes Systems verlassen; sie waren oft radikaldemokratisch, stark religiös gebunden, freiheitsliebend. So wurden etwa sämtliche Beschränkungen des Anwaltsberufs aufgegeben; auch Laien konnten anwaltliche Tätigkeiten ausüben („Deprofessionalisierung der Rechtspraxis“). Selbst Richter mussten nicht notwendigerweise eine juristische Ausbildung absolviert haben. Vor allem aber wurden Richter (zumindest in den meisten Bundesstaaten) nicht mehr länger von der Exekutive eingesetzt, sondern vom Parlament oder sogar direkt vom Volk gewählt (etwas anderes gilt bspw. aber nach wie vor für die Richter am Supreme Court; sie werden vom Präsidenten eingesetzt). Die starke Bedeutung der Rechtsfindung durch eine Jury schwächte die Position des „professionellen“ Richters weiter. Auch die Hemdsärmeligkeit der Anwaltschaft erklärt sich nicht zuletzt aus einer bewussten Abkehr vom englischen System.

Mitte 19. Jahrhunderts fasste in den U.S.A. die Kodifikationsidee Fuß. Hintergrund war nicht zuletzt der Wunsch nach einem anderen Recht als in der alten Heimat (das Fallrecht ist wenig neuerungsfähig). So wurde 1848 in New York eine Zivilprozessordnung in Kraft gesetzt, die später von etlichen anderen Bundesstaaten übernommen wurde (und in der die Unterscheidung zwischen Common Law und Equity aufgegeben wurde). Vor allem in den östlichen Bundesstaaten ebte die Kodifikationsidee aber recht schnell wieder ab; nicht zuletzt deshalb, weil die ausgebildete Anwaltschaft an Einfluss gewann und einer Kodifizierung (und damit einem Verlust an Herrschaftswissen) ablehnend gegenüberstand. Zu einer Kodifizierung des materiellen Zivilrechts kam es daher nur in den westlicheren Bundesstaaten (z.B. in Kalifornien).

2. Föderalistische Rechtsspaltung

Die U.S.A. sind bundesstaatlich organisiert, wobei die Einzelstaaten traditionell weitreichende Gesetzgebungskompetenzen besitzen. Im Privatrecht besteht eine Kompetenz des Bundes lediglich auf den Gebieten des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts, des Insolvenzrechts, des Seerechts, für Regelungen zum Handelsverkehr mit dem Ausland und zwischen einzelnen Staaten.

Auch das Fallrecht macht an den Landesgrenzen halt. Entscheidungen von Gerichten aus einem anderen Bundesstaat werden zwar oftmals als „persuasive authority“ zur Kenntnis genommen; bindend sind sie jedoch nicht.

Insbesondere zwei Versuche sind zu nennen, um die Rechtszersplitterung zu minimieren bzw. zumindest ihre Folgen abzumildern. Erstens gibt das American Law Institute seit 1923 sog. „Restatements of the Law“ heraus; das sind Abhandlungen, in denen das Fallrecht zu jeweils einem bestimmten rechtlichen Bereich (z.B. contract law) in systematischer Form dargestellt wird. Dabei wird in aller Regel die Rechtslage dargestellt, die in den meisten Bundesstaaten gilt, gefolgt von einem Hinweis auf abweichende Regelungen in einzelnen Staaten. Rein äußerlich ähneln die Restatements einem Gesetz mit Kommentierung der einzelnen Vorschriften. Die Restatements genießen zwar hohes Ansehen, sind aber keine eigenständige Rechtsquelle und zeitigen insofern keine Bindungswirkung

Zweitens entwirft die National Conference of Commissioners on Uniform State Laws seit 1892 in verschiedenen Rechtsbereichen Modellgesetze, die den Einzelstaaten zur Annahme empfohlen werden. Das wohl erfolgreichste Beispiel bildet der Uniform Commercial Code (UCC) von 1952, der von praktisch allen Bundesstaaten angenommen wurde.

3. Gerichtsorganisation

Auch bei der Gerichtsorganisation macht sich die stark föderative Struktur der U.S.A. bemerkbar: Es gibt in jedem Staat zwei verschiedene Gerichtszweige: die Bundesgerichte und die Gerichte des jeweiligen Bundesstaates.

Die Bundesgerichten (federal courts) sind im Wesentlichen in zwei Fällen zuständig: erstens dann, wenn der Kläger sich auf Bundesrecht stützt (sog. „federal question cases“; zumeist konkurrierende Zuständigkeit; ausschließlich insb. für Insolvenzverfahren und Seerecht) und zweitens dann, wenn die Parteien aus unterschiedlichen Bundesstaaten stammen (sog. diversity cases; konkurrierende Zuständigkeit). Eine Zuständigkeit wegen diversity setzt jedoch voraus, dass der Streitwert 75.000 \$ übersteigt und die Streitsache nicht in die abschließende Zuständigkeit der bundesstaatlichen Gerichte fällt (z.B. Scheidung, Unterhalt, Sorgerecht).

In diversity cases wenden die Bundesgerichte Landesrecht an. Das war allerdings nicht immer so: Zwischen 1842³⁸ und 1938 versuchten die Bundesgerichte ein eigenes Bundes-Fallrecht zu entwickeln, und zwar auch und gerade in denjenigen Gebieten, die der Kompetenz der

³⁸ *Swift v. Tyson*, 41 U.S. 1 (1842).

Bundesstaaten zugeordnet sind. Mit der Entscheidung *Erie Railroad Comp. v. Tompkins*³⁹ haben sie diese Praxis jedoch aufgegeben: Seither wendet jedes Bundesgericht das Recht desjenigen Staates an, in dem es seinen Sitz hat (inklusive der dort geltenden Kollisionsregeln).

Der Rechtsweg vor den Bundesgerichten besteht aus drei Instanzen:

- 1. Instanz: District Courts (1-4 pro Bundesstaat); Entscheidung durch Einzelrichter
- 2. Instanz: Courts of Appeals (11 Circuits, die jeweils mehrere Staaten umfassen + Circuit of D.C. + Federal Circuit); Entscheidung durch Richterbank mit 3 Richtern
- 3. Instanz: U.S. Supreme Court; Entscheidung durch alle 9 Richter

Der U.S. Supreme Court nimmt jedoch nur solche Streitsachen zur Entscheidung an (gewährt „certiorari“) die von grundsätzlicher Bedeutung sind; ob das der Fall ist, beurteilt der Supreme Court nach freiem Ermessen.

Auch der Rechtsweg vor den bundesstaatlichen Gerichten ist – inzwischen – zumeist dreistufig ausgestaltet. Oftmals ist der sogar noch eine weitere Instanz vorgeschaltet, etwa für Bagatellstreitigkeiten, für Verkehrsunfälle oder für bestimmte Familiensachen. An den betreffenden Sondergerichten wirken mitunter juristische Laien als „Friedensrichter“.

Bundesgerichtliche Entscheidungen werden insb. in folgenden Sammlungen veröffentlicht:

- U.S. (Entscheidungen des Supreme Court)
- F., F.2d, F.3d (Entscheidungen eines Court of Appeals)
- F.Supp. (District Courts)

Einzelgerichtliche Entscheidungen werden in den Sammlungen des jeweiligen Staates veröffentlicht. Außerdem werden die wichtigsten in die Restatements of the Law (siehe dazu oben) aufgenommen und in den American Law Reports Annotated (A.L.R.) veröffentlicht. Von großer Bedeutung sind heute vor allem die Datenbanken Lexis und Westlaw.

4. Juristische Berufe

Die Anwaltschaft ist nicht – wie in England – zweigeteilt und weist, abgesehen von der sprichwörtlichen Hemdsärmeligkeit amerikanischer Anwälte, kaum Besonderheiten gegenüber dem deutschen System auf.

Das Gegenteil gilt für Richter: Sie werden in den meisten Bundesstaaten nicht von der Exekutive ernannt, sondern vom Parlament oder direkt vom Volk gewählt. Selbst dort, wo sie von der Exekutive ernannt werden, müssen sie sich oftmals nach Ablauf einer „Probephase“ einer Wahl stellen, dann allerdings zumeist ohne Gegenkandidat.

Die Juristenausbildung erfolgt in Form eines – in aller Regel dreijährigen und stark praxisorientierten – Studiums an einer law school (Universität), abgeschlossen mit einem juris doctor

³⁹ *Erie Railroad Comp. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938).

(J.D.). Voraussetzung für eine Zulassung zur Law School ist ein undergraduate-Studium in einem nicht-juristischen Bereich (oftmals Ökonomie, Soziologie o.ä.). Zur Zulassung zur Anwaltschaft ist zusätzlich zu dem akademischen Abschluss ein sog. Bar Exam (eine Prüfung vor der Anwaltskammer) erforderlich.

5. Stilprägende Merkmale des US-amerikanischen Rechts

a) Jury Trials

Anders als in England, ist die Entscheidung einer Jury in den U.S.A. nicht auf Strafverfahren beschränkt. Vielmehr besteht nach dem 7. Amendment der Verfassung auch in bestimmten (bundesgerichtlichen) Zivilverfahren das Recht auf eine Jury-Entscheidung, und zwar in solchen, die 1791 in England vor den Common Law Courts (also nicht in equity) entschieden worden wären (und deren Streitwert 20 \$ übersteigt). Eine entsprechende Regelung gilt wohl in allen Bundesstaaten außer Louisiana).

Die Jury entscheidet grundsätzlich nur Tatsachenfragen; Rechtsfragen entscheidet der Richter. Allerdings gilt in den U.S.A. – wie in England und anders als bei uns – ein vergleichsweise weiter Tatsachenbegriff.

Bei der Bestellung einer Jury haben beide Parteien das Recht, eine gewisse Anzahl von Kandidaten ohne Grund abzulehnen (peremptory challenge). Außerdem dürfen sie beliebig viele Kandidaten wegen Befangenheit ablehnen (challenge for cause). Ob der Kandidat tatsächlich befangen ist, entscheidet der Richter.

Eine Jury besteht zumeist aus 12 oder 6 Geschworenen. Die Entscheidungen müssen grundsätzlich einstimmig ergehen, was oft zu Schwierigkeiten führt. Einige Bundesstaaten haben das Einstimmigkeitserfordernis daher zumindest ein wenig aufgeweicht (in New York genügt bspw. vielfach eine Mehrheit von 5 der 6 Geschworenen). Bei den Bundesgerichten können sich die Parteien vor und während des Verfahrens darauf einigen, dass die Jury mit einfacher Mehrheit entscheidet.

b) Class action

Bei der class action führt (mindestens) ein Repräsentant einer geschädigten Gruppe ein Verfahren gegen den Schädiger. Das Urteil wirkt dann für und gegen alle Mitglieder der Gruppe (soweit sie nicht vorher erklärt haben, nicht gebunden sein zu wollen, sog. opt out). Diese Klageform ist insbesondere dann interessant, wenn der Schaden bei jedem einzelnen Kläger zu gering ist, um das Kostenrisiko eines Gerichtsverfahrens auf sich zu nehmen.

c) Contingency Fee

U.S.-amerikanische Anwälte dürfen – anders als deutsche – ein erfolgsabhängiges Honorar vereinbaren. Die Aussicht, im Misserfallsfall keinen weiteren Schaden (in Form von Anwalts-honoraren) zu erleiden, fördert selbstverständlich die Klagewilligkeit eines vermeintlichen Anspruchsinhabers. Auch class actions werden in aller Regel auf Contingency-Fee-Basis übernommen.

d) Pre-Trial-Discovery

Die Parteien sind verpflichtet, vorprozessual Auskunft zu geben und alle relevanten Dokumente zur Verfügung zu stellen. Hintergrund ist Folgender: Um überraschende Manöver der Parteien (sog trial by ambush) zu verhindern, müssen die Parteien schon vor der mündlichen Verhandlung alle Beweise offenlegen. Dazu müssen sie sie natürlich auch vorprozessual erheben können.

Die pre-trial-discovery besteht zumeist aus einer Befragung der anderen Partei sowie von Zeugen (sog. deposition bzw. bei schriftlicher Befragung: interrogatory) und einer Aufforderung zur Vorlage sämtlicher relevanter Urkunden (sog. subpoenaing). In der Praxis wird die Pre-Trial-Discovery oftmals als Druckmittel verwendet. Nicht selten steigt in diesem Stadium die Bereitschaft zu einer gütlichen Einigung.

e) Punitive damages

Bei besonders verwerflichem Schädigerverhalten wird außer dem tatsächlichen und immateriellen Schaden auch noch Strafschadensersatz gewährt, also eine Art Privatstrafe, die an den Geschädigten fließt. In einigen wenigen Bundesstaaten (insb. in Texas und Kalifornien) ist der Strafschadensersatz gesetzlich geregelt; in den meisten Bundesstaaten fußt er hingegen nach wie vor auf case law. Nur in wenigen Bundesstaaten ist die Zuerkennung von punitive damages ausgeschlossen, insb. in Louisiana und Washington.

Verschiedene Bundesstaaten haben Höchstgrenzen für die Schadensersatzsumme normiert; mitunter wurden diese Regelungen aber von den Gerichten als verfassungswidrig eingestuft. Zwischenzeitlich hat der Supreme Court in mehreren Entscheidungen⁴⁰ die Höhe des Strafschadensersatzes beschränkt. In der Regel soll sie nicht mehr als das Vierfache der zuerkann-ten comensatory damages (also des tatsächlich erlittenen Schadens) ausmachen. Allerdings kann in Ausnahmefällen, insbesondere bei besonders verwerflichem Schädigerverhalten, auch mehr zugesprochen werden.⁴¹

Aus deutscher Sicht verstößt die Zuerkennung von punitive damages gegen den ordre public. Die betreffenden U.S.-amerikanischen Urteile werden daher in Deutschland insoweit nicht anerkannt und vollstreckt, wie die ausgeurteilte Summe einen Strafschadensersatz darstellt

⁴⁰ BMW of North America Inc v. Gore, 517 U.S. 559 (1996); Philip Morris USA Inc v. Williams, 549 U.S. 246 (2007)

⁴¹ Vgl. TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp., 509 U.S. 443 (1993).

(bzw. genauer: insoweit wie die Strafschadensersatzsumme über dasjenige hinausgeht, was hierzulande als Schmerzensgeld mit Genugtuungsfunktion zuerkannt würde).⁴²

⁴² Vgl. BGHZ 118, 312 = NJW 1992, 3096.

B. Der französische Rechtskreis

I. Historische Grundlagen

1. Ancien régime

Mit der Eroberung Galliens durch die Römer erhält auch hier zunächst für etwa 500 Jahre das römische Recht Einzug. In den südfranzösischen Gebieten hält sich das römische Recht sogar weit über das Ende des Römischen Reiches (476) hinaus – und wurde unter den Westgoten sogar partiell kodifiziert (Lex Romana Wisigothorum). Im Norden verliert das römische Recht jedoch schnell an Bedeutung und wird durch fränkisches Gewohnheitsrecht ersetzt, das im Wesentlichen nur mündlich überliefert wurde.

Die Zeit nach dem Ende des Römischen Reiches ist also gekennzeichnet durch eine Rechtsspaltung zwischen Süd und Nord, die sich zwar immer weiter abschwächt, aber im Prinzip während des ganzen „ancien régime“ andauert. Im Norden herrscht ungeschriebenes Gewohnheitsrecht („droit coutumier“); im Süden hält sich das in geschriebenen Quellen vorliegende römische Recht („droit écrit“), allerdings letztlich ebenfalls auf der Grundlage gewohnheitsmäßigen Gebrauchs und ohne systematische und wissenschaftliche Durchdringung.

Auch im Süden herrscht – später – nämlich eine gewisse Reserviertheit gegenüber dem römischen Recht, und zwar wegen dessen Nähe zur Kaiseridee. Da sich der deutsche Kaiser als Herrscher des „Heiligen Römischen Reiches“ versteht und konsequent das römische Recht als das gleichsam vorgegebene Recht des Reiches ansieht, fürchtet man in Frankreich eine zu starke Annäherung an das Reich, wenn man sich ebenfalls dem römischen Recht unterstellt. Dies gilt umso mehr, als sich der deutsche Kaiser als Nachfolger Karls des Großen sieht, dessen Reich ja Gebiete Frankreichs wie Deutschlands umfasste. Römisches Recht wird in Frankreich daher nur aufgrund seiner gewohnheitsrechtlichen (und später zurückgedrängten) Geltung im Süden sowie auf Grund seiner im Einzelfall überlegenen Qualität herangezogen; anders als in Deutschland gilt es also nicht „ratione imperii“ sondern „imperio rationis“.

Mit der Zeit bildeten sich in den einzelnen Territorien – sowohl im Norden als auch im Süden – unterschiedliche Gewohnheitsrechte heraus (ca. 60 regionale und über 300 örtliche).

Ab 1454 erfolgt – auf Befehl von König Karl VII – eine umfassende Aufzeichnung aller Gewohnheitsrechte. Ziel ist es auch hier, das Vordringen des römischen Rechts zu verhindern. Eine bessere Verfügbarkeit des eigenen Rechts und im Anschluss daran eine Angleichung der unterschiedlichen coutumes soll die Autorität des eigenen Rechts stärken.

Angesichts dieser Aufgabe erlebt die Rechtswissenschaft, insbesondere die Rechtsvergleichung, im 16. Jahrhundert eine erste Blütezeit. Sie ist eng verbunden mit den Namen Dumoulin und Coquille, die sich um eine Systematisierung und Analyse der allen Coutumes gemeinsamen Rechtsprinzipien auf rechtsvergleichender Basis bemühten – mit dem Ziel eines gemeinsamen französischen Rechts.

Neben der Rechtsvergleichung erlebte auch die IPR-Wissenschaft eine Blüte: Solange nämlich das Ziel eines einheitlichen französischen Rechts nicht erreicht war, mussten die Kollisionen aufgelöst werden, die das Nebeneinander verschiedener Coutumes mit sich brachte. Auch hier war Dumoulin – neben d'Argentré – die prägende Gestalt.

Mehr als die Aufzeichnungen trug jedoch ein anderer Umstand zu Rechtsvereinheitlichung bei: die Stärke der Pariser Coutume. Sie wurde bereits 1510 aufgezeichnet und entwickelte sich – getragen von einem starken Pariser Juristenstand – zur führenden Coutume des Landes, die auch in den anderen Territorien herangezogen wurde, wenn die eigene Coutume dort Lücken aufwies.

Hinzu kam, dass der König im 17. Und 18. Jahrhundert zahlreiche königliche Verordnungen (Ordonnances) erließ, mit denen einzelne Gebiete für ganz Frankreich einheitlich geregelt wurden, z.B. das Handelsrecht (1673), das Seerecht (1681), das Schenkungsrecht (1731) und das Testamentsrecht (1735).

2. Droit intermédiaire

Während der Aufklärungszeit im 17. und vor allem im 18. Jahrhundert kam es tatsächlich zunehmend zu einer Vereinheitlichung und Herausbildung abstrakter Rechtsprinzipien im Sinne eines Vernunftrechts durch Systematisierung und begriffliche Schärfe. Prägend waren hier Domat und Pothier.

Nach der Revolution wurde sehr schnell ein Übergangsrecht („droit intermédiaire“) geschaffen, das vom Zusammentreten der Assemblée Constituante (verfassungsgebende Versammlung) an bis zur Übernahme der Staatsgewalt durch Napoléon galt. Das „ancien droit“ und die mit ihm verbundene Staats- und Sozialordnung wurden radikal abgeschafft. Leitprinzip war nun das Menschen- und Gesellschaftsbild der Aufklärung (Voltaire, Diderot, Rousseau: liberté, égalité, fraternité). Auch wenn die Schaffung eines einheitlichen Zivilgesetzbuches von Anfang erklärtes Ziel der Revolution war, erfolgte die Gesetzgebung zunächst durch einzelne inhaltlich begrenzte Dekrete.

- Entschädigungslose Aufhebung aller (feudalen) Grundstücksbelastungen
- Verbot fideikommissarischer Substitution
- Abschaffung der noblesse de robe
- Erbrecht basierend auf dem Gedanken der Gleichberechtigung (kein Vorrecht für Männer oder Erstgeborene), Einschränkung von Testier- und Schenkungsfreiheit (auf 10 % des Nachlasses)
- Einstufung der Ehe als bürgerlich-rechtlicher Vertrag, inklusive „Kündigungsrecht“ (bei „incompatibilité d’humeur ou de caractère“)
- Aufhebung der elterlichen Gewalt über Volljährige
- Weitgehende Gleichstellung von Mann und Frau
- Weitgehende Gleichstellung nicht-ehelicher Kinder
- Strikte Gewaltenteilung: Verbot der Rechtsfortbildung und sogar der Rechtsauslegung durch Gerichte
- Revolutionskalender und -uhrzeiten auf Basis des Dezimalsystems !

Auch ein einheitlicher „Code de lois civiles communes à tout le royaume“ wurde in Angriff genommen, konnte aber vor Napoleons Machtübernahme nicht fertiggestellt werden.

3. Code Napoleon

Nach nur einem Jahr an der Macht setzte Napoléon 1800 eine Kommission aus vier Praktikern (zwei Vertretern des droit coutumier und zwei Vertreter des droit écrit) zur Schaffung eines neuen einheitlichen Zivilgesetzbuches ein. Nach nur vier Monaten legte die Kommission bereits einen Entwurf vor. Nach 102 Beratungen im Staatsrat (conseil d'état), davon 57 unter dem Vorsitz Napoleons (der selbst maßgeblichen Einfluss nimmt), wird 1803 und 1804 der „Code Civil des Français“ in 36 Einzelgesetzen verabschiedet.

Inhaltlich lehnt sich der Code Civil stark an das vorrevolutionäre Recht an: Das Vertragsrecht und das Güterrecht entstammen beispielsweise nahezu vollständig dem droit écrit, das Familien- und Erbrecht ist weitgehend der Pariser coutume entlehnt. An den wichtigsten Neuregelungen des droit intermédiaire wird zwar festgehalten, allerdings teilweise nur in abgeschwächter Form.

- Aufhebung feudaler Grundstücksbelastungen
- Abschaffung der noblesse de robe
- Gleichheitliche Erbteilung, allerdings mit einer deutlich geringeren Einschränkung der Erb- und Testierfreiheit.
- Zivilehe mit Scheidungsmöglichkeit – allerdings unter verschärften Voraussetzungen für eine Scheidung
- Zustimmungspflichtigkeit der Eheschließung, wenn Bräutigam unter 25 und Braut unter 21 (danach Erfordernis einer dreimaligen „sommation respectueuse“)
- Einschränkung der Gleichstellung von Mann und Frau
- Verbot fideikommissarischer Substitution
- Recht (und Pflicht) der Gerichte zur Gesetzesauslegung – allerdings zunächst recht beschränkt (siehe unten III. 1.)

II. Das Gerichtssystem

Auch das französische Recht sieht drei gerichtliche Instanzen vor.

- Ausgangsinstanz ist abhängig vom Streitgegenstand und -wert
 - Tribunal de grande instance (insgesamt 160 Gerichte)
zuständig für alle Streitigkeiten, die keinem der anderen Gerichte zugewiesen sind; Entscheidung durch Kammern mit je drei Richtern oder durch Einzelrichter)

- Tribunal d'instance (insgesamt 302)
zuständig für vermögensrechtliche Streitigkeiten von 4.000 bis 10.000 € Streitwert; Streitigkeiten aus Verbraucherkreditverträgen, Wohnraumleitungsverträgen, Unterhalt etc.; Entscheidung durch Einzelrichter,
- Jurisdiction de proximité (insgesamt 302)
zuständig für vermögensrechtliche Streitigkeiten mit Streitwert unter 4.000 €; keine Berufsrichter, sondern Richter auf Zeit, in der Regel Juristen; bei schwierigen Rechtsfragen „Vorlage“ an das Tribunal d'instance)
- Tribunal de commerce (Handelsgericht; insgesamt 136)
keine Berufsrichter, sondern gewählte Kaufleute
- Conseil de prud'hommes (Arbeitsgerichte; insgesamt 210)
- Tribunal de sécurité sociale (Sozialgerichte, insgesamt 115)
- Cour d'appell (insgesamt 30)
zuständig für (fast) alle Berufungen gegen die Urteile der erstinstanzlichen Gerichte; Streitwertgrenze: 4.000 €; Entscheidung durch Kammern mit je 3 Berufsrichtern)
- Cour de Cassation
zuständig für Revision gegen alle Urteile, gegen die sonst kein Rechtsmittel (mehr) zur Verfügung steht (also auch gegen Urteile mit einem Streitwert unter 4.000 €); Entscheidung durch Kammern mit je fünf oder drei Berufsrichtern; insgesamt 6 Kammern (3 allg. Zivilkammern, 1. Handelskammer, 1 Arbeits- und Sozialkammer, 1 Strafkammer)
keine Entscheidung in der Sache, sondern Rückverweisung an die Vorinstanz; zunächst keine Bindungswirkung gegenüber der Vorinstanz (bei nochmaliger Revision: Entscheidung durch die assemblée plénière (Großer Senat), diesmal mit Bindungswirkung für die Vorinstanz); Ausnahme bei eilbedürftigen Entscheidungen: cassation sans renvoi durch die assemblée plénière (direkte Sachentscheidung); Möglichkeit der Vorlage einer abstrakten Rechtsfrage durch ein Untergericht (saisine pour avis)

III. Juristische Berufe

1. Richterschaft/ Staatsanwaltschaft

Die Richter (magistrats du siège) sind Staatbeamte (fonctionnaires) mit bestimmten Garantien (z.B. Unabsetzbarkeit). Die Staatsanwälte (Magistrats du parquet; Ministère public) agieren als Vertreter der Executive vor den ordentlichen Gerichten. Sie sind ebenfalls Staatsbeamte. Ihre Hauptaufgabe besteht in der Verfolgung von Straftaten, jedoch können sie unter bestimmten Umständen auch im Zivilprozess auftreten.

2. Anwaltschaft

Neben Greffiers (Urkundenbeamte, Rechtspfleger), Huissiers du justice (Gerichtsvollzieher), notaires zählen die Anwälte zu den Hilfspersonen der Rechtspflege (auxiliaires de justice). Bis 1871 herrschte in Frankreich – ähnlich wie in England – eine Trennung zwischen Avoué (Anwalt zur Parteivertretung und Vornahme der Prozesshandlungen) und Avocat (Anwalt zur mündlichen Vertretung der Argumente der Partei vor Gericht).

Anwälte genießen in Frankreich verhältnismäßig hohes Ansehen. Sie gelten als Vertreter des Bürgertums und als Verteidiger der in der französischen Revolution erworbenen Freiheitsrechte.

3. Juristenausbildung

Die universitäre Ausbildung verläuft zweistufig: Zunächst erfolgt ein dreijähriges Grundstudium, das mit dem Bachelor (die frühere „Licence“) abschließt. Anschließend folgt das Masterstudium. Es ist grundsätzlich auf zwei Jahre angelegt, jedoch besteht die Möglichkeit bereits nach einem Jahr eine Prüfung zum Master I (die frühere „Maîtrise“) abzulegen. Nach dem zweiten Jahr folgt dann der Master II.

Für die wichtigsten juristischen Berufe ist eine weitere berufsorientierte Zusatzausbildung notwendig. Nach dem Universitätsstudium trennen sich die Wege des zukünftigen Richters und des zukünftigen Anwalts; es existiert also keine Ausbildung zum „Einheitsjuristen“. Richter (und Staatsanwälte) absolvieren eine zweijährige Ausbildung an der École Nationale de la Magistrature in Bordeaux, Anwälte eine 18-monatige Ausbildung an einer École des Avocats. Am Ende steht hier der Erwerb des Certificat d’Aptitude à la Profession d’Avocat (CAPA).

IV. Stilprägendes

1. Methode der Gesetzesauslegung

Wie erwähnt war die Rolle des Richters im droit intermédiaire insofern stark eingeschränkt, als das Gesetz nur anwenden, nicht aber auslegen durfte. Bei Zweifelsfragen musste er sich an die Legislative wenden.

Dieses Auslegungsverbot hat zwar keinen Eingang in dies Gesetze Napoleons mehr gefunden. Im Gegenteil:

Art. 4

Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.

Allerdings waren die Gerichte für die Auslegung auf die sog. méthode exégétique beschränkt: Ziel der Auslegung war es, den historischen Willen des Gesetzgebers zum Zeitpunkt der Gesetzgebung zu ermitteln. Das Gesetz abweichend vom historischen Gesetzgeberwillen fortzuentwickeln galt als Eingriff in die Gewaltenteilung. Man ging davon aus, dass der Code civil grundsätzlich für alle Fragen eine Regelung enthalte. Falls das Gesetz in einer bestimmten Frage unklar sei, müsse auf die travaux préparatoires, hilfsweise auf die logischen Argumentationsformen (argumentum a fortiori, argumentum e contrario) zurückgegriffen werden. Die Notwendigkeit einer richterlichen Fortentwicklung und Anpassung des Rechts an gewandelte Umstände und die Möglichkeit einer Lückenhaftigkeit des Gesetzes i.e.S. wurden abgelehnt. Der Richter sei nichts anders als der Mund des Gesetzes, der den Inhalt des Gesetzes für den konkreten Fall ausspreche.

Basis dieser Beschränkung war wohl

Art. 5

Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.

Eine Abkehr von der méthode exégétique wurde um die Jahrhundertwende (vom 19. zum 20. Jahrhundert) durch das vielbeachtete Werk François Génys eingeleitet.⁴³ Génys wandte sich insbesondere gegen die Vorstellung, der Gesetzgeber habe alle rechtlich relevanten Fragen erkannt und geregelt.⁴⁴ Der méthode exégétique warf er vor, auch dann einen gesetzgeberischen Willen bzw. eine aus dem Gesetz unmittelbare ableitbare Lösung zu konstruieren,

⁴³ Génys, Méthode d'interprétation, 1. Aufl. 1899, 2. Aufl. 1919, Band I und II. Ausführlich zur Lehre Génys: Fikentscher, Methoden des Rechts I, S. 456 f.;

⁴⁴ Génys, Méthode d'interprétation I, Nr. 35 (S. 70 f.); vgl. zusammenfassend auch Nr. 89 (S. 203) („... il faut renoncer, même sous notre régime de codification, à trouver dans la loi écrite une source complète et suffisante de solutions juridiques.“).

wenn ein solcher Wille bzw. eine solche Lösung eindeutig nicht vorhanden seien. An die Stelle des „fétichisme de la loi écrite et codifiée“⁴⁵ setzte Génys für den Fall, dass das Gesetz keine Regelung enthalte, die von ihm so genannte „libre recherche scientifique“. Die durch die libre recherche scientifique gefundene Lösung sei nicht mehr aus dem Gesetz abgeleitet. Grundlage der Lösung seien historische und tatsächliche Umstände und die Natur der Sache. Ferner sei das Ergebnis auf rational nachvollziehbare, aber auch auf einem individuellen Gerechtigkeitsgefühl beruhende Ermessens- und Billigkeitsüberlegungen zu stützen: Es sei nicht zu bestreiten, dass das Element der „équité“ einen wesentlichen Platz in einer Methodenlehre einnehmen könne. Dem Richter sei bei alledem ein Ermessensspielraum, ein „pouvoir discrétionnaire“ zuzubilligen.

Die heutige französische Rechtsprechung und Lehre sieht nach häufiger anzutreffenden Formulierung einen „Kompromiss“ zwischen der méthode exégétique und der Konzeption Génys vor und kommt damit letztlich der deutschen Rechtsprechungspraxis recht nahe.

Im Grundsatz unbestritten hat die Gesetzesauslegung auch nach der französischen Lehre zunächst einmal das Ziel, den Willen des Gesetzgebers festzustellen. Darüber hinaus ist aber anerkannt, dass dem Richter die Aufgabe zukommt, das Recht an veränderte tatsächliche oder auch rechtliche Umstände anzupassen. Hierbei wird auf das mittlerweile hohe Alter des Code civil hingewiesen. Hervorgehoben wird ferner, dass der Richter bei Generalklauseln sowie bei unklaren und lückenhaften Regelungen verpflichtet ist, die anwendbare Regel selbst zu entwickeln. Weit verbreitet ist die sogenannte historisch-evolutive Methode. Ausgegangen wird von dem Willen des historischen Gesetzgebers. Zugleich wird dieser gesetzgeberische Wille aber in die Gegenwart projiziert: Der maßgebliche gesetzgeberische Wille sei so zu bestimmen, wie er sein würde, wenn das Gesetz jetzt erlassen würde.

Tatsächlich hat die Cour de Cassation das Recht erheblich – auch über seinen Wortlaut hinaus – fortgebildet. Da französische Urteile in der Regel nur sehr kurz und fallbezogen begründet sind, ist das rechtsfortbildende Element für den ausländischen Betrachter allerdings häufig nur schwer zu erkennen.

In der französischen Rechtswissenschaft ist in diesem Zusammenhang eine umfangreiche Debatte um die Frage entstanden, ob die französische Rechtsprechung als Rechtsquelle (source du droit) anzusehen ist. Mitunter wird das Richterrecht als besonderer Anwendungsfall der coutume (also des Gewohnheitsrechts) angesehen. Vertreten wird auch, dass der Gesetzgeber das Richterrecht durch sein (zustimmendes) Schweigen legitimiere oder dass es sich um ein an das Gesetzesrecht „angelehntes“ Recht handele.

2. Der Urteilsstil französischer Gerichte

Französische Urteile, insbesondere Entscheidungen der Cour de Cassation, sind für den Leser oftmals nur schwer zu verstehen, und zwar nicht nur für den Fremden, sondern durchaus auch für den Französischen. Das liegt zum einen an dem gewohnungsbedürftigen sprachlichen Stil: Das gesamte Urteil besteht aus einem einzigen Satz: „Das Gericht [...] verwirft die

⁴⁵ Génys, Méthode d'interprétation I, Nr. 35 (S. 70) („Et d'abord, j'entends m'attaquer à ce fétichisme de la loi écrite et codifiée....“).

Kassationsbeschwerde“ bzw. „Das Gericht [...] kassiert und annulliert das Urteil und verweist die Sache zurück.“ Der gesamte – ohnehin meist kryptische – Sachverhalt und die gesamten Entscheidungsgründe werden mit Halbsätzen eingefügt, die zumeist mit der Formulierung „attendue que“ oder „cosiderant que“ eingeleitet werden.

Zum anderen enthält sich das Gericht zumeist jeglicher Mitteilung der eigenen Beweggründe. Es finden sich weder Argumente noch werden Präjudizien zitiert. Erst Recht keine Beachtung wird dem Schrifttum geschenkt. Das Urteil soll – wohl – den Eindruck erwecken, als ergebe sich das gefundene Ergebnis unzweifelhaft und unmittelbar aus dem Gesetz selbst.

Eine wissenschaftliche Beschäftigung mit den Urteilen ist damit äußerst schwierig; die Rechtsfortbildung leidet. Vielleicht liegt es daran, dass die cour de cassation alljährlich einen Jahresbericht verfasst, in dem sie Reformvorschläge für den französischen Gesetzgeber formuliert.

3. Das Konsensualprinzip

Das Konsensualprinzip betrifft die dogmatische Struktur des Veräußerungsvorgangs. Positivrechtliche Grundlage ist

Art. 1583 c.c.

Elle [sc. La vente] est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.

Allein der Kaufvertrag überträgt (ohne Übergabe!) das Eigentum an der Kaufsache. Keine Unterscheidung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft.

Allerdings muss das Konsensprinzip in wichtigen Fällen Ausnahmen zulassen. Beim Gattungskauf und beim Kauf herzustellender Sachen kann das Eigentum zwangsläufig erst übergehen, wenn der geschuldete Gegenstand konkretisiert bzw. hergestellt ist.

Im Gegensatz zum Konsensprinzip steht das Trennungsprinzip (Trennung von Verpflichtungsgeschäft und Übertragungsakt) und das Abstraktionsprinzip (zusätzlich zum Trennungsprinzip ist der Übertragungsakt in seiner Wirksamkeit vom Verpflichtungsgeschäft unabhängig).

Beide Prinzipien haben sich aus dem Traditionsprinzip der römischen titulus-modus-Lehre entwickelt. Nach dieser Lehre bedarf es für eine Übereignung zweierlei: einen „titulus“, also eines Rechtstitel, der den Anspruch auf die betreffende Sache begründet (z.B. ein Vertrag oder ein Testament) und einen „modus“, regelmäßig die Übergabe (traditio) der Sache.

Im deutschen Recht wurde das modus-Element aufgewertet: Die bloße tatsächliche Übergabe wurde um das Element einer (dinglichen) Einigung ergänzt – und diese Einigung in ihrer Wirksamkeit dann isoliert vom Grundgeschäft betrachtet.

Demgegenüber wurde in Frankreich das *modus-Element* abgewertet: In einem ersten Schritt verzichtete man auf das Erfordernis einer tatsächlichen Übergabe und ließ die Begründung eines Besitzkonstituts genügen. In einem zweiten Schritt ging man davon aus, dass ein solches Besitzkonstitut regelmäßig im Kaufvertrag (implizit) mitvereinbart sei. In einem dritten Schritt verzichtete man dann ganz auf das – praktisch bereits unbedeutende – *modus-Element*.

Das Konsensprinzip hat zur Folge, dass es dem Eigentumsübergang regelmäßig an „Publizität“ fehlt

4. Die deliktsrechtliche Generalklausel

Art. 1240 c.c.

Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.

Art. 1241 c.c.

Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

Voraussetzungen eines deliktsrechtlichen Schadensersatzanspruchs sind „faute, causalité, und dommage“. Dabei entspricht der Begriff der „faute“ nicht mit demjenigen des Verschuldens nach deutscher Terminologie. Vielmehr handelt es sich eher um eine Form der Recht- bzw. Pflichtwidrigkeit. Auch sie wird wohl regelmäßig durch den zugefügten Schaden indiziert und entfällt nur, wenn ein Rechtfertigungsgrund vorliegt (der dann allerdings auch in der Selbstgefährdung durch den Geschädigten bestehen kann). Ein Verschuldenselement weist die *faute* (nur) insofern auf, als höhere Gewalt (*force majeure*) einen Rechtfertigungsgrund darstellt. Damit dürften die Unterschiede zum deutschen Recht nicht allzu groß sein: Eine Schädigung, die nicht auf höherer Gewalt beruht dürfte im deutschen Recht in aller Regel als fahrlässig einzustufen sein.

Ein grundlegender Unterschied zum deutschen Recht besteht darin, dass das französische Recht nicht zwischen der Schädigung eines absoluten Rechts und einer „bloßen Vermögensverletzung“ unterscheidet. Allerdings ist die Rechtsprechung hier verschiedentlich um eine Begrenzung bemüht, etwa durch das Postulat eines „*intérêt juridiquement protégé*“ (das aber wiederum das Vermögen umfasst) und vor allem durch die Einschränkung der Schaden müsse „*certain et direct*“ auf die *faute* zurückzuführen sein. Damit wird ein Ersatzanspruch für solche Schäden ausgeschlossen, die nur mittelbar auf das Verhalten des Schädigers zurückzuführen sind. Derjenige, der einen Unfall verursacht, haftet also auch nach französischem Deliktsrecht, nicht für den entgangenen Gewinn desjenigen, der in einem durch den Unfall verursachten Stau steht und dadurch einen wichtigen Geschäftstermin verpasst.

Art. 1243 c.c.

Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fut égaré ou échappé.

Art. 1244 c.c.

Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction.

Die eher programmatische Ankündigung der (in Art. 1385, 1386 C.c. geregelten) Haftung für Tiere und Gebäude wurde von der Rechtsprechung zu einer allgemeinen Gefährdungshaftung für Sachen ausgebaut (arrêt jand'heur). Im deutschen Recht gibt es demgegenüber keine allgemeine Generalklausel für Gefährdungshaftung (allerdings erreicht man oft dasselbe Ergebnis über eine besonders strenge Verkehrssicherungspflicht).

5. Die „action directe“

Bei der „action directe“ handelt es sich um einen Durchgriffsanspruch gegen den Schuldner eines Vertragspartners. Es kommt also letztlich zu einer Durchbrechung der Relativität vertraglicher Schuldverhältnisse (die an sich auch das französische Recht kennt und die in Art. 1199 c.c. sogar ausdrücklich normiert wird).

Die Möglichkeit einer action directe ordnet Art. 1341-3 c.c. an – allerdings nicht etwa generalklauselartig, sondern nur für solche Fälle, in denen eine spezielle Regelung es anordnet. Derartige Regelungen sind jedoch zahlreich. So ist eine action directe bspw. für folgende Ansprüche bzw. genauer: Anspruchsketten vorgesehen:

- Geschädigter gegen Versicherer des Schädigers
- Käufer gegen Lieferanten des Verkäufers
- Eigentümer gegen Untermieter (Art. 1753 c.c.)
- Subunternehmer gegen Auftraggeber (und umgekehrt) (Art. 1994 c.c.)
- Bauarbeiter gegen Bauherrn (Art. 1798 c.c. i.V.m. Arbeitsrecht)

Die französische action directe war das rechtspolitische Vorbild für den Direktanspruch des Geschädigten gegen den Haftpflichtversicherer im deutschen Recht.

6. Die „Astreinte“

Bei der von der französischen Rechtsprechung entwickelten „astreinte“ handelt es sich um eine Privatstrafe. Danach kann das Gericht, wenn es den Schuldner zur Erfüllung in natura

verurteilt, gleichzeitig eine Anordnung dahin treffen, dass der Schuldner für jeden Tag, den er säumig bleibt, eine bestimmte Summe des Geldes als „astreinte“ an den Kläger zu zahlen hat. Die Summe fließt also (anders als im deutschen Recht etwa das Ordnungsgeld bei der Vollstreckung von Ansprüchen auf Unterlassung, § 890 ZPO, oder auf Vornahme einer unvertretbaren Handlung, § 888 ZPO) nicht der Staatskasse zu.

Dies beruht darauf, dass die astreinte von den Gerichten entwickelt wurde und zunächst – im Ergebnis – auf den entstandenen Schaden begrenzt war. Damit fehlte es der astreinte freilich an Durchschlagskraft. 1959 stellte die cour de cassation die astreinte deswegen auf eine neue Grundlage, nämlich den einer Privatstrafe.⁴⁶ Auch sie fließt aber weiterhin ausschließlich dem Kläger zu.

7. Die „cause“

Art. 1108 c.c. a.F

Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention: Le consentement de la partie qui s'oblige; sa capacité de contracter; un objet certain qui forme la matière de l'engagement; une cause licite dans l'obligation.

Art. 1131 c.c. a.F.

L'obligation sans cause ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.

Bis zur Reform im Jahr 2016 setzte jede Vertragspflicht – und damit beim Kauf oder der Schenkung auch ein Eigentumsübergang (s.o.) – eine „cause“ voraus. Zwar ist diese Voraussetzung mittlerweile abgeschafft. Dennoch verdient sie es, an dieser Stelle noch – gewissermaßen postum – kurz dargestellt zu werden. Zum einen hat sie das Vertragsrecht des code civil seit seinem Inkrafttreten mehr als 200 Jahre lang maßgeblich geprägt; zum anderen ist sie in etlichen „Tochterrechtsordnungen“ (wie etwa im belgischen Recht) noch sehr lebendig.

Bemerkenswert ist dabei im Ausgangspunkt, dass der cause eine andere Bedeutung zukommt als der consideration im englischen Recht. Während dort letztlich eine Gegenleistung verlangt wird (und sei es auch nur ein Pfefferkorn, s.o.), genügt im französischen Recht auch eine intention libérale, ein animus donandi. Die cause nimmt also nicht wie die consideration letztlich die Funktion einer Formvorschrift ein. Ohnehin kommt der cause mehr als eine Funktion zu. Welche Funktionen genau das sind, ist bzw. war auch in der französischen Rechtswissenschaft lebhaft umstritten.

Die allgemeinen Aussagen über die cause zeigen aber doch eine auffällige Parallele zu der causa des Bereicherungsrechts, dem einzigen Regelungsbereich, in dem sie im BGB eine Rolle spielt. Die „cause“ im Code civil ist der konkrete Zweck des Geschäfts (in Abgrenzung zu den

⁴⁶ Cass civ. 20.10.1959, D. 1959, 537.

bloßen Motiven). Im deutschen Bereicherungsrecht hat sie ebenfalls die Bedeutung Zweck (z.B. wird der Erfüllungszweck bei § 812 I 1 (1) BGB als „causa solvendi“ bezeichnet). Daneben hat sie im BGB die Bedeutung Rechtsgrund, d.h. sie ist der rechtfertigende Grund für das Behaltendürfen der Leistung. Aber auch diese Funktion klingt im französischen Recht an: die cause erklärt und rechtfertigt (!) die Begründung einer Verpflichtung durch den Parteiwillen.

Sowohl die causa des deutschen Bereicherungsrechts als auch die cause des Code civil haben daher eine Doppelfunktion; sie sind gleichzeitig Zweck und rechtfertigender Grund. Der Unterschied ist, dass das französische Recht diese Funktion auch bei den Verträgen (die ja im deutschen Recht auch als „kausale Geschäfte“ bezeichnet werden) berücksichtigt und normiert, während sie das deutsche Recht nur noch bei den auf den Verträgen aufbauenden Leistungen kennt. Die gemeinsame Grundlage ist – auf höherer Abstraktionsebene – der Grundsatz, dass jede Zuwendung eine causa, also einen rechtfertigenden Grund braucht. Zugewendet werden kann ein Vermögensgegenstand durch Leistung (so im BGB), aber auch ein Anspruch durch vertragliche Verpflichtung (so im Code civil). In beiden Fällen hat die Zuwendung keinen Bestand, wenn sie ihren Zweck verfehlt und deswegen keine causa hat.

Weitere Anwendungsbeispiele: Wenn der verfolgte Zweck sittenwidrig ist, kann er die Zuwendung nicht rechtfertigen; dies wird in Art. 1108, 1131 c.c. ausdrücklich angesprochen. IN Deutschland ergibt sich dasselbe Ergebnis aus § 138 BGB.

Im synallagmatischen Vertrag verpflichtet sich jede Vertragspartei (d.h. sie wendet der anderen einen Anspruch zu) zu dem Zweck, von der anderen Partei im Gegenzug den Anspruch auf die Gegenleistung zu erhalten. Entfällt der Anspruch auf diese Gegenleistung, so verliert das eigene Versprechen seinen Zweck. Der dem Vertragspartner zugewandte Anspruch hat keinen rechtfertigenden Grund mehr und erlischt; im deutschen Recht folgt dies aus §§ 326 I, 275 I BGB. Auch das BGB folgt also den Grundgedanken der causa-Lehre, spricht es - anders als der Code civil - nur nicht ausdrücklich aus.

V. Ausbreitung des französischen Rechts

1. Europäische Eroberungen

Seine weite Verbreitung verdankt der Code Civil insbesondere der militärischen Expansion Frankreichs. In den bereits vor 1804 eroberten Gebieten trat der Code Civil automatisch in Kraft. Das gilt insbesondere für Belgien und Luxemburg (seit 1797), die linksrheinischen deutschen Gebiete (seit 1801; Frieden von Lunéville), die heutigen Schweizer Kantone Genf und Jura.

Mit der Erweiterung des französischen Machtbereichs durch die napoleonischen Feldzüge erweiterte sich auch der Geltungsbereich des Code Civil: auf Baden, Frankfurt, Westfalen, Hamburg und Bremen (1806/07), und die französisch dominierten Partikularstaaten Italiens (1805-1809) und auf die Niederlande (1810)

In einigen dieser Gebiete galt der Code Civil auch nach dem Rückzug der Franzosen fort, so etwa in Belgien und Luxemburg.

De facto galt er auch in den Niederlanden weiter, wo zwar 1838 ein neues eigenes Gesetzbuch (Burgerlijk Wetbook) in Kraft gesetzt wurde. Dieses orientierte sich aber (inhaltlich) stark am Code Civil. Erst 1992 wurde es durch das Nieuw Burgerlijk Wetbook ersetzt, das rechtsvergleichend zustande gekommen war und daher Elemente vieler anderer Rechtsordnungen enthält.

Auch in den italienischen Partikularstaaten kam es nach Erlangung der Unabhängigkeit zur Einführung jeweils eigener Rechte und schließlich 1865 zu einem einheitlichen italienischen Gesetzbuch, dem codice civile. Sowohl die Regelungen der Partikularstaaten als auch der codice civile stehen zwar sehr stark unter dem Einfluss des französischen Code Civil, brechen aber – wegen des großen Einflusses der katholischen Kirche – vor allem im Familien- und Erbrecht mit dem französischen Vorbild. So war eine Scheidung (bis 1970) ausgeschlossen; es gab nur eine Trennung von Tisch und Bett. Allerdings wurde die Ehe auch in Italien zunächst als zivilrechtlicher Vertrag angesehen (nur eben ohne Kündigungsmöglichkeit); erst 1929 kam auf Druck der Kirche die Möglichkeit einer kirchlichen Ehe mit bürgerlich-rechtlichen Wirkungen hinzu. Seit 1942 hat Italien jedoch einen neuen codice civile, der sich stärker vom französischen Vorbild gelöst hat.

Mangels Eroberung durch Frankreich war der Code Civil selbst in Spanien nie in Kraft. Der Código Civil von 1889 (der freilich bis heute nicht in ganz Spanien gilt) lehnt sich jedoch – zumindest im schuldrechtlichen Bereich – stark an die französischen Regelungen an; das Konsensprinzip wurde aber beispielsweise nicht übernommen. Im Familien- und Erbrecht diente jedoch primär das kastilische Recht als Vorbild.

2. Kolonialismus

Infolge der Kolonialisierungen des 19. und 20. Jahrhunderts fand der Code Civil auch in Afrika und im Nahen Osten (zumindest vorübergehend) weite Verbreitung. In den Maghreb-Staaten wurde jedoch nur das französische Schuldrecht eingeführt. Im Familien- und Erbrecht galt und gilt jedoch weitgehend islamisches Recht (Ausnahme: Algerien).

In Ägypten, Syrien und dem Libanon wurden in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts jeweils Kodifikationen geschaffen, die sich stark am französischen Recht orientierten, dieses aber hier und da anhand islamische Wertungen korrigierte.

Südlich der Sahara gehörten insbesondere folgende (heutigen) Staaten zum französischen Kolonialreich: Senegal, Mauretanien, Mali, Niger, Guinea, Burkina Faso, Elfenbeinküste, Benin, Kamerun, Togo, Gabun, Republik Kongo, Zentralafrikanische Republik und Madagaskar. Hier galt das französische Recht jedenfalls für Franzosen; für sie bestand auch eine eigene französische Gerichtsbarkeit. Für die Einheimischen galt grundsätzlich weiterhin das jeweilige Stammesrecht, wobei ihnen die Möglichkeit einer Art „opt in“ gewährt wurde. Sie konnten beispielsweise für Eheschließungen das französische Recht wählen. Von dieser Möglichkeit wurde aber wohl nur in sehr geringem Umfang Gebrauch gemacht. In den meisten afrikanischen Staaten wurde nach der Unabhängigkeit die Zweiteilung des Rechts abgeschafft und ein einheitliches System geschaffen, das sich in einigen Bereichen (v.a. Handels- und Arbeitsrecht) am französischen Recht orientiert.

Hinzu kommen die Belgischen Kolonien im heutigen Burundi, Ruanda und der Demokratischen Republik Kongo, in denen – mittelbar – letztlich ebenfalls französisches Recht galt.

Auf dem (nord-) amerikanischen Kontinent macht sich der französische Kolonialismus heute noch dadurch bemerkbar, dass in Louisiana (U.S.A.) und Quebec (Kanada) ein weitgehend an das französische Recht (vornehmlich an die Pariser Coutume) angelehntes (kodifiziertes!) Recht gilt.

Daneben wurde der Code Civil – als freiheitliches Revolutionswerk – in vielen südamerikanischen Staaten zum Vorbild der eigenen Kodifikationen genommen, nachdem die Unabhängigkeit von Spanien erreicht war, so etwa in Haiti (1825), Bolivien (1830) und Mexiko (1870/84). Auch das chilenische Gesetzbuch (1855) lehnt sich an den Code Civil an, wenn auch in deutlich geringerem Maße.

C. Der „deutsche“ Rechtskreis

I. Historische Entwicklung bis zu den großen Gesetzeswerken

Im deutschsprachigen Raum herrschte zu Beginn der Neuzeit eine ähnliche Ausgangssituation wie in Frankreich: Germanische Stammesrechte existierten neben Resten römischen Rechts; weitgehende Rechtszersplitterung; neben einigen Rechtsbüchern (Sachsenspiegel, Schwabenspiegel) wenig geschriebenes Recht; Verfall der Rechtskultur im materiellen wie im Verfahrensrecht.

Die schwerfällige Lehensverfassung des deutschen Reichs und das Engagement der Kaiser in Italien verhinderten das Entstehen einer starken königlichen Zentralgewalt; stattdessen erstarkten die Territorialfürsten und Städte. Konsequenterweise entwickelte sich keine zentrale, das Recht vereinheitlichende Gerichtsbarkeit (wie in England). Auch gab niemand einen Anstoß, die deutschen Rechte schriftlich zu fixieren (wie in Frankreich), wodurch sie Gegenstand wissenschaftlicher Reflexion und rechtsvergleichender Vereinheitlichung hätten werden können. Auf den zunehmenden Handel und Verkehr reagierten allenfalls die Handelsstädte mit modernen Stadtrechten.

Relativ spät, dann aber umso wirkungsvoller setzte sich das römische Recht durch. Zunächst nur durch Studium an den oberitalienischen Universitäten zugänglich, wurde es im 14. Jahrhundert Lehrgegenstand an den neugegründeten deutschen Universitäten.

Der Universalitätsanspruch des römisch-deutschen Kaisers bediente sich des römischen Rechts: Es gilt im Reich nicht nur „imperio rationis“ (wie in Frankreich), sondern „ratione imperii“. Kaiser Lothar II. soll bereits 1135 dekretiert haben, dass die (neu entdeckten) Digesten offizielles Recht des Reiches seien („Lothar-Legende“)

Tatsächlich erfolgte die Übernahme langsam und gewohnheitsrechtlich. In die Gerichte und Verwaltungen der Städte und Territorialfürstentümer rückten im römischen Recht geschulte Juristen ein. Sie ersetzten die Schöffen, die das *alte* Recht finden sollten (und auch noch konnten), und wendeten, wenn sie das örtlich geltende alte Recht nicht feststellen konnten, das ihnen vertraute römische Recht an.

Die gelehrten Juristen entwickelten aus dem Corpus Juris, unter dem Einfluss überkommener Orts- und Stammesbräuche, einen umfassenden „*usus modernus pandectarum*“ als des Reiches „gemeines Recht“ (das allerdings gegenüber konkreten lokalen Vorschriften subsidiär blieb).

Erst 1495 wurde mit dem Reichskammergericht ein festes mit Berufsrichtern besetztes einheitliches Gericht für das gesamte Reich geschaffen. Vorher gab es lediglich königliche Kammergerichte, die jedoch erstens keinen festen Sitz hatten, sondern mit dem König umherzogen und zweitens kaum Zuständigkeiten besaßen, weil sich viele Territorialherren eine „*privilegia de non evocando et de non appellando*“ sichern konnten.

Gegenüberstellung der Rechtsentwicklung in Deutschland und Frankreich	
Deutschland	Frankreich
Römisches Recht gilt „ratione imperii“	Römisches Recht gilt „imperio rationis“
Örtliche Gewohnheiten sind schwer nachweisbar => Dominanz des geschriebenen (römischen) Rechts	Institut der „enquête par turbe“ zum Nachweis von Gewohnheitsrecht
Lokale Gewohnheiten sind nicht schriftlich fixiert.	Ab 1454 schriftliche Fixierung der Gewohnheitsrechte auf königlichen Befehl.
Schwache Zentralgewalt; zersplitterte Gerichtsorganisation, da partikulare Gerichtshoheit; kleine Gerichte mit schlecht ausgebildeten Richtern.	Starke Zentralgewalt; machtvolle königliche Gerichte; ab Anfang des 14. Jh. „Parlement de Paris“ (Recht ist Machtausübung)
Ängstliche Richter schicken die Akten an die Universitäten („Aktenversendung“)	Selbstbewusste Richter suchen aus den vorhandenen Regeln das Beste heraus und entwickeln es selbst weiter
Folge: Dominanz der Universitäten	Emanzipation der Gerichte von den Universitäten
Rechtsprägende Kraft der (romanistischen) Rechtswissenschaft	Rechtsprägende Kraft der Gerichte: Präzedenzfälle, „arrêts de règlement“
Das römische Recht wird zum „Gemeinen Recht“	Es entwickelt sich ein „droit commun coutumier“

II. Naturrecht und Aufklärung

Mit der Aufklärung wuchs die Erkenntnis, dass das Recht nicht uralte, vorgegebene und damit auch über dem Herrscher stehend, sondern aktueller Ausfluss staatlicher Macht ist: Quod principi placuit, legis habet vigorem (Ulpian); Auctoritas, non veritas facit legem (Hobbes). Es kam vermehrt zu einer Gesetzgebung im modernen Sinne und eines ihr dienenden Juristenstandes.

Die Naturrechtler (z.B. Pufendorf, Thomasius, Christian Wolff) entwickeln - allerdings aufbauend auf einem vom römischen Recht geprägten Grundverständnis - ein dogmatisches System, indem sie aus zentralen Vernunftsatzen deduktiv ein theoretisches Regelungsgebäude entwickeln. Die Folge war ein Gewinn an Abstraktionshöhe, an begrifflicher Schärfe und sys-

tematischer Klarheit, freilich oft um den Preis der Lebensfremdheit (z.B. Ehe als Vertrag einseitig kündbar). Das Ideal einer transparent gegliederten systematischen Rechtsordnung fördert die Kodifikationsidee.

III. Die großen Kodifikationen

1. Das preußische Allgemeine Landrecht

Angestoßen von Friedrich II. dem Großen tritt (nach jahrelangen Vorbereitungen) 1794 das Allgemeine Preußische Landrecht (A.L.R.) in Kraft. In ca. 19.000 Paragraphen will es praktisch das gesamte soziale Leben regeln. Das A.L.R. zeichnet sich vor allem durch eine extreme Kasuistik im einzelnen aus. Genau das hatte Friedrich II. zwar schon an dem ihm vorgelegten Entwurf des Gesetzes kritisiert („Es ist aber sehr dicke, und Gesetze müssen kurz und nicht weitläufig seindt.“) Gefruchtet hat seine Kritik aber offenbar nicht.

Der äußere Aufbau des A.L.R. folgt Pufendorfs Idee von der „Doppelnatur des Menschen“ (Mensch als Einzelner und als Mitglied der Gemeinschaft). Die Gliederung spiegelt die ständische Ordnung des preußischen Staates wider. Inhaltlich enthält das ALR Aufgeklärt-fürsorgliche, aber letztlich obrigkeitstaatliche und jedenfalls *nicht egalitäre* Regelung.

Hervorzuheben ist die strikte Bindung des Richters an den Wortlaut des Gesetzes:

„... und es soll von dem bestimmten Zeitpunkte an kein Collegium, Gericht oder Justizbedienter sich unterfangen, diese älteren Gesetze und Verordnungen auf die vorkommenden Rechtsangelegenheiten [...] anzuwenden; oder auch nur das neue A.L.R. nach besagten aufgehobenen Rechten und Vorschriften zu erklären oder auszudeuten; am allerwenigsten aber von klaren und deutlichen Vorschriften der Gesetze, auf den Grund eines vermeinten philosophischen Raisonnements, oder unter dem Vorwande einer aus dem Zwecke und der Absicht des Gesetzes abzuleitenden Auslegung, die geringste eigenmächtige Abweichung, bey Vermeidung Unserer höchsten Ungnade und schwerer Ahndung, sich zu erlauben; vielmehr soll wenn in ein oder anderem Falle über den Sinn und die richtige Auslegung einer der neuen Vorschriften Zweifel entstehen, oder irgend ein Richter keine hinlängliche Bestimmung eines zu seiner Entscheidung gelangenden Falles in dem A.L.R. anzutreffen vermeinen möchte, alsdann lediglich nach den Vorschriften § 46-50 der Einleitung zu dem gegenwärtigen A.L.R. verfahren werden.“⁴⁷

Die genannten Art. 46 bis 50 ALR lauten folgendermaßen:

§ 46. Bey Entscheidungen streitiger Rechtsfälle darf der Richter den Gesetzen keinen andern Sinn beylegen, als welcher aus den Worten, und dem Zusammenhange derselben, in Beziehung auf den streitigen Gegenstand, oder aus dem nächsten unzweifelhaften Grunde des Gesetzes, deutlich erhellet.

⁴⁷ Friedrich II, Patent wegen Publication des neuen allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten, S. 201.

§. 47. Findet der Richter den eigentlichen Sinn des Gesetzes zweifelhaft, so muß er, ohne die prozeßführenden Parteyen zu benennen, seine Zweifel der Gesetzcommissiön anzeigen, und auf deren Beurtheilung antragen.

§. 48. Der anfragende Richter ist zwar schuldig, den Beschluß der Gesetzcommissiön bey seinem folgenden Erkenntniß in dieser Sache zum Grunde zu legen; den Parteyen bleiben aber die gewöhnlichen Rechtsmittel dagegen unbenommen.

§. 49. Findet der Richter kein Gesetz, welches zur Entscheidung des streitigen Falles dienen könnte, so muß er zwar nach den in dem Gesetzbuche angenommenen allgemeinen Grundsätzen, und nach den wegen ähnlicher Fälle vorhandnen Verordnungen, seiner besten Einsicht gemäß, erkennen.

§. 50. Er muß aber zugleich diesen vermeintlichen Mangel der Gesetze dem Chef der Justitz so fort anzeigen.

Diese Begrenzung der richterlichen Auslegungs- und Rechtsfortbildungsmöglichkeiten ist kein naturrechtlich-methodisches Anliegen, sondern der Versuch, die Rechtsfindung durch die Schöffen zu ersetzen durch die Rechtsprechung eines inhaltlich auf das Gesetz eingeschworenen Richters.

2. Das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (ABGB)

In Österreich setzte Kaiserin Maria Theresia bereits 1753 eine Kommission ein, die sich allerdings – anders als in Preußen – auf die Kodifizierung des Privatrechts beschränkte. Auch hier stand nicht zuletzt das Ziel im Hintergrund, die Rechtszersplitterung zu überwinden und so die Einheit des Landes zu stärken.

Ein erster, stark dem Vernunftrecht verhafteter, Entwurf von 1766 (Codex Theresianus) wurde als zu lang und lehrbuchartig verworfen. Nach längeren Beratungen legte Zeiller 1808 einen neuen Entwurf vor, der die konzeptionelle Klarheit des Vernunftrechts mit einem Sinn fürs Praktische und Bewährte verbindet und insbesondere die Schwerfälligkeit des ALR vermeidet. 1811 trat das darauf aufbauende ABGB in Kraft.

Auch das ABGB lässt die politische Feudalordnung unangetastet. So heißt es zwar in § 16 ABGB, jeder Mensch habe „angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte und [sei] daher als eine Person zu betrachten.“ Dennoch wurde das Institut der „Gutsuntertänigkeit“ nicht aufgehoben. Das Verhältnis zwischen den Gutsbesitzern und den Gutsuntertanen wurde vielmehr aus dem ABGB ausgeklammert und ausdrücklich den „politischen Vorschriften“ der einzelnen Provinzen überlassen.

Ein ähnliches Auseinanderfallen von Theorie und Praxis, von Schein und Sein, zeigt sich bei der Frage, inwieweit die Auslegung und Fortbildung des Rechts den Gerichten überlassen sein sollte. § 7 ABGB gewährte den Gerichten diese Freiheiten in der Theorie. In der Praxis herrschte aber noch knapp 50 Jahre eine äußerste Zurückhaltung; die Gerichte beschränkten

sich auf eine streng exegetische Auslegung des Gesetzestexts. Hinzu kam, dass viele offene Fragen durch Einzelgesetze geregelt wurden.

Vor diesem Hintergrund wird das ABGB rückblickend mitunter als anachronistisch eingestuft: Es passt nicht in das restaurativ-spätabsolutistische Österreich nach 1815, sondern war seiner Zeit voraus.

In den Jahren 1914-1916 kam es zu grundlegenden Reformen des ABGB, die sich stark am BGB orientierten und dem ABGB ein neues Gepräge gaben.

Besondere Merkmale des ABGB sind

- die Geltung der Titulus-modus-Lehre (Trennungs-, aber kein Abstraktionsprinzip),
- eine objektive Rechtsgeschäftslehre, die von der extremen Willenstheorie der Pandektisten unberührt geblieben ist (bezeichnenderweise orientierte sich der BGH in seinen Entscheidungen zum potentiellen Erklärungsbewusstsein an österreichischen Autoren, vgl. etwa BGHZ 109, 177: Bydlinki und Kramer).

3. Das BGB

Anfang des 19. Jh. entwickelte sich in Abkehr vom Naturrecht die historische Rechtsschule, die das Recht als etwas organisch aus dem Volke Herausgewachsenes ansieht (Parallele zur Romantik!). Nicht der Gesetzgeber gestaltet das wahre Recht, sondern der „Volksgeist“ (Recht als geschichtlich gewordene Kulturerscheinung).

Die konsequent gesetzgebungs- und damit auch kodifikationsfeindliche Einstellung zeigte sich nicht zuletzt in dem berühmten Streit zwischen Thibaut und Savigny 1814 um den Nutzen und Schaden eines einheitlichen deutschen Zivilgesetzbuchs: Savigny kritisierte jede Gesetzgebung als unorganisch-gewaltsam.

Philosophisch besierte diese Abkehr von der Kodifikationsidee nicht zuletzt auf der Erkenntniskritik Kants, die Zweifel daran begründete, dass die Vernunft allein in der Lage sei, abstrakte und allgemeingültige ethische Normen zu entwickeln. Hinzu kam natürlich der egalitäre Charakter der potentiellen Vorbildkodifikationen aus Frankreich und Österreich. Beide waren Savigny als Vertreter einer konservativen Epoche äußerst zuwider.

Savigny sieht im römischen Recht das historische Recht schlechthin. Diese Idealisierung der Antike führt zu einer – den usus modernus überspringenden und daher tatsächlich völlig unhistorischen! – Suche nach dem ursprünglichen Sinn der römischen Quellen. Folge ist eine inhaltlich neue Rezeption, die formal mit dem Dogmatismus des Vernunftrechts verbunden wird.

Während die gescheiterte Revolution von 1848 das Ideal eines einheitlichen deutschen Zivilgesetzbuchs anstrebte, sieht die Reichsverfassung von 1871 nicht einmal eine Gesetzgebungszuständigkeit des Reiches vor. Erst nach einer Verfassungsänderung von 1873 (Lex Miquel-Lasker) entsteht ab 1874 auf der theoretischen Grundlage der Pandektenwissenschaft das BGB in seiner bekannten Begrifflichkeit und Abstraktionshöhe.

Typische Merkmale des BGB sind unter anderem

- die Existenz eines Allgemeinen Teils („vor die Klammer gezogene“ Grundbegriffe des gesamten Zivilrechts)
- eine äußerst präzise, aber wenig volkstümliche Formulierung
- strikt Begrifflichkeit
- Trennungs- und Abstraktionsprinzip beim Veräußerungsgeschäft
- Typenbildung im Deliktsrecht

4. Das Schweizer Zivilgesetzbuch

Die politisch-soziale Sonderstellung der Schweiz verhindert bis ins 18. Jh. sowohl die Rezeption des römischen Rechts als auch eine organisierte Rechtsvereinheitlichung; es bleibt beim örtlichen Gewohnheitsrecht.

Nach den Napoleonischen Kriegen geben sich einzelne Kantone Zivilgesetzbücher, beeinflusst teils durch den Code civil (Genf, Waadt, Wallis, Tessin), teils durch das ABGB (Bern), teils auch durch die deutsche Pandektenwissenschaft (Zürich).

Das immer dringendere Bedürfnis nach Rechtseinheit führt 1881 zur Schaffung des „Obligationenrechts“, das sich an deutsche HGB anlehnt (für den Handel ist Rechtsvereinheitlichung immer am wichtigsten).

1884 beauftragt der Schweizer Juristenverein den Basler Professor Eugen Huber mit einer vergleichenden Darstellung der Schweizer Partikularrechte. Im Jahr 1898 kam es zu einer Verfassungsänderung, mit der die Gesetzgebungskompetenz im Zivilrecht von den Kantonen auf den Bund übertragen wurde. Bereits zwei Jahre später, im Jahr 1900, konnte Huber auf Basis seiner rechtsvergleichenden Arbeiten einen Entwurf eines Zivilgesetzbuchs (ZGB) vorlegen, das 1907 verabschiedet wurde und 1912 in Kraft trat.

Das ZGB baut auf der Pandektenwissenschaft auf, vermeidet aber die exzessive Abstraktheit, Technizität und Volksferne des BGB. Die Sprache ist klar, die Regelung oft bewusst unvollständig (viele Generalklauseln). Ausschlaggebend dafür waren im Wesentlichen zwei Gründe: Erstens waren die meisten Richter gewählte Laien. Ihnen sollte kein Gesetzbuch von großer wissenschaftlicher Präzision vorgesetzt werden, sondern eines, das seiner Rolle als volkstümlicher Richter gerecht wurde. Dementsprechend wurde ihm in Art. 1 ZGB ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt, bei Lücken im Gesetz „nach der Regel [zu] entscheiden, die er selbst als Gesetzgeber aufstellen würde“. Zweitens sollte Raum für kantonale Besonderheiten verbleiben. Oftmals wird es dem Richter daher anheimgestellt, Einzelfragen anhand des Ortsgebrauchs zu entscheiden.

„[Der Richter] wird freier sein, als er es heute dort ist, wo man ihm zumutet, alles und jedes, und wäre es auch mit den bedenklichsten Interpretationskünsten, aus dem Gesetze abzuleiten. Würdiger aber waltet er seines Amtes, wenn solche Kunststücke ihm nicht zugemutet werden. Er soll erkennen dürfen, dass das gesetzte Recht seine Lücken hat, die keine Auslegung auszufüllen vermag. Und hat er dieses festgestellt, so spricht er sein Urteil auf Grund nicht der Lückenlosigkeit des Gesetzes, wohl aber der Lückenlosigkeit der Rechtsordnung und

setzt den Rechtssatz voraus, den er im Zusammenhang mit aller übrigen Rechtsordnung als Gesetzgeber für das Richtige halten würde.“

Eugen Huber, Civilgesetzbuch, S. 37

IV. Ausbreitung der deutschsprachigen Kodifikationen

Das preußische A.L.R. blieb – wohl vor allem wegen seiner Schwerfälligkeit und seines Konservatismus – ohne große Ausstrahlungskraft.

Das ABGB mit seiner emanzipatorischen naturrechtlichen Rationalität war zwar als „modernes“ Gesetzbuch durchaus mit dem Code civil vergleichbar, gewann aber ebenfalls keine große Ausstrahlung. Das lag vor allem daran, dass Österreich anders als das napoleonische Frankreich keine Länder erobert hat. Einer freiwillige Rezeption – wie der code civil sie in Lateinamerika erfahren hat – dürfte insbesondere der fehlende revolutionäre Charakter des ABGB entgegengestanden haben.

So blieb das Einflussgebiet des ABGB vor allem auf Polen, Tschechien und den Balkan beschränkt. Hier wurde es jedoch spätestens nach dem Zweiten Weltkrieg durch sozialistische Gesetzbücher ersetzt.

Das Schweizer ZGB ist insbesondere von der Türkei unter Atatürk rezipiert worden. Ziel Atatürks war es, das gewachsene islamische Recht durch säkulare Regelungen abzulösen. Dass dabei das Schweizerische Recht zum Vorbild genommen wurde, lag wohl zumindest auch daran, dass der damalige Justizminister in der Schweiz Jura studiert hatte. Gegenüber dem deutschen BGB hatte das ZGB zudem den Vorteil der leichteren Verständlichkeit. Auch gab es eine französische Sprachfassung, die in der lange Zeit französisch besetzten Türkei verständlicher gewesen sein mag.

Allerdings konnten sich vor allem die Regelungen zur Eheschließung im Volk nie richtig durchsetzen. Dass viele Ehen weiterhin nach religiösem Ritus geschlossen wurden, und dementsprechend vor dem Gesetz ungültig waren, führt zu gewaltigen Problemen, insbesondere hinsichtlich des rechtlichen Status der aus diesen Ehen hervorgehenden Kinder. *** wurden daher Amnestiegesetze erlassen, die den religiös geschlossenen Ehen nachträglich Wirksamkeit verliehen.

Auch das BGB ist nur von wenigen Staaten übernommen worden. Dies dürfte zum einen an seinem Charakter als stark begrifflich geprägtes „wissenschaftliches“ Gesetzbuch, zum anderen aber natürlich auch daran, dass die meisten Staaten schon vor Deutschland ein Gesetzbuch geschaffen hatten. Das BGB konnte dann nur noch bei späteren Reformvorhaben eine Vorbildfunktion erfüllen (was es durchaus auch hier und da getan hat).

Übernommen haben das BGB nur die Staaten des Fernen Ostens: Japan, Süd-Korea, Thailand und – zumindest vorübergehend – China.

In Europa orientiert sich vor allem das griechische Zivilgesetzbuch stark am BGB. Außerdem hat sich nach dem Zusammenbruch der Sowjetunion unter anderem Litauen stark am BGB orientiert

D. Der nordische Rechtskreis

Zwischen den nordischen Staaten Schweden, Finnland, Norwegen, Dänemark bestanden letztlich während des gesamten Mittelalters enge politische und kulturelle Beziehungen.

- Finnland war vom 12./13. Jahrhundert bis 1809 Teil des Schwedischen Reiches
- Norwegen und Island unterstanden vom 14. Jahrhundert bis 1814 (Norwegen) bzw. 1918 (Island) der dänischen Krone
- Von 1814 bis 1905 gehörte Norwegen zum Schwedischen Reich
- Kalmarer Union von 1397-1523

Ab dem 12. Jahrhundert wurden regionale, altgermanische Rechte aufgezeichnet und mit dem Erstarren der Zentralgewalt vereinheitlicht. In Schweden gab es bereits im 14. Jh. ein einheitliches Land- und Stadtrecht. Das hatte zur Folge, dass – anders als in Deutschland – kein Bedürfnis für eine globale Rezeption des römischen Rechts bestand.

Im 30-jährigen Krieg gerieten die nordischen Staaten erstmals in engen Kontakt mit Mitteleuropa. Die (seinerzeit neuen) schwedischen (Ober-)Gerichte wurden mit gelehrten Berufsrichtern besetzt, die in Deutschland studiert hatten und dementsprechend im römischen Recht (*usus modernus pandectarum*) ausgebildet worden waren. Römischrechtliche Einflüsse beschränkten sich jedoch auf die im alten Recht nicht geregelten Gebiete (insb. Vertrags-, Pfand-, Gesellschafts-, Konkursrecht).

Bereits im 17. Jahrhundert wurden in Dänemark (1683) und Norwegen (1687) umfassende Gesetzbücher erlassen, die das gesamte Privat-, Straf- und Prozessrecht jeweils für das ganze Land vereinheitlichten. Die Unterschiede zwischen Landrecht und Stadtrecht wurden weitgehend abgeschafft. Schweden zog 1734 nach. Bei allen drei Gesetzen dominierte das alte Recht: Die Gesetzbücher sind in einer volkstümlichen Sprache gehalten; der extreme Systematisierungskult des Naturrechts schlägt nicht auf sie durch. Allerdings weisen sie – insofern ähnlich dem ALR – eine Reihe von kasuistischen Einzelfallregelungen auf. Bemerkenswerterweise sind auch die römisch-rechtlichen Einflüsse äußerst gering, wohl weil die Verbindungen zum Rest Europas zu jener Zeit bereits wieder merklich abgeklungen waren. Formal gelten alle drei Gesetze heute noch; die eigentliche Erkenntnisquelle ist freilich das darauf aufbauende Fallrecht der Gerichte.

Viele Regelungen sind außerdem zwischenzeitlich ersetzt worden – und zwar insbesondere unter dem Eindruck der französischen Revolution. Liberale Impulse durch den Code Civil führten zu zahlreichen Einzelreformen, mit denen die nordischen Rechte bereits früh die Emanzipation der Frau durchführten.

- Mündigkeit auch unverheirateter Frauen
- Eheschließung unabhängig von Zustimmung des Vaters
- Gleichberechtigtes Ehegüterrecht
- Egalitäres Erbrecht

Seit dem Ende des 19. Jh. Besteht eine systematische gesetzgeberische Zusammenarbeit der nordischen Staaten. In dem Bemühen um Rechtsvereinheitlichung entstanden seither zahlreiche moderne und gedanklich eigenständige Einzelgesetze, z.B. Wechselgesetz (1880), Seerecht (1891), Kaufgesetz (1905), Vertragsgesetz (1915), Verbraucherkaufgesetz (1973), Verbraucherkreditgesetz (1979).

Viele dieser Gesetze enthalten äußerst fortschrittliche Regelungen, die im Übrigen Europa erst sehr viel später Platz gegriffen haben.

- Schutz vor unbilligen Vertragsklauseln (§ 36 Vertragsgesetz, 1975)
- Einwendungsdurchgriff bei drittfinanzierten Geschäften (1979)
- Verbraucherschutzbehörde mit Verbraucherombudsmann (1970)
- Gleichberechtigung der Frau
- Zerrüttungs- statt Verschuldensprinzip
- Gleichbehandlung ehelicher und nichtehelicher Kinder

E. Das chinesische Recht

I. Historisch Entwicklung

Das chinesische Recht war (und ist teilweise immer noch) stark vom Konfuzianismus geprägt. Danach ist es oberstes Ziel eines jeden Menschen, die gesamte kosmische Harmonie in einem Gleichgewicht zu halten – diese Harmonie also vor allem nicht durch falsches Verhalten gegenüber anderen Menschen zu stören, sondern durch richtiges Verhalten (li) zu fördern. Diesem Ziel können Gesetze nicht ansatzweise gerecht werden, weil sie notwendigerweise abstrakt sein müssen und keine Rücksicht auf die vielfältigen Beziehungsgeflechte der Menschen untereinander nehmen können. Vielmehr ist es Aufgabe jedes einzelnen, sein Verhalten einer natürlichen Ordnung zu unterwerfen und seine eigenen Interessen im Zweifel zurückzustellen.

Dieser Philosophie läuft insbesondere eine Rechtsdurchsetzung im Wege eines Gerichtsverfahrens diametral zuwider. Ist eine Disharmonie eingetreten, so darf sie nicht durch den Kampf ums Recht verschärft, sondern muss durch den Versuch einer gütlichen Einigung beseitigt werden.

Bemerkenswerterweise konnten sich diese konfuzianischen Grundsätze unmittelbar nach Konfuzius' Tod (479 v. Chr.) zunächst nicht durchsetzen. Vielmehr gewannen zunächst die sog. Legisten die Oberhand, denen zufolge sich richtiges Verhalten nur durch strafbewehrte Gesetze erzwingen lasse. Ihren Höhepunkt erreichte die legistische Philosophie in der Qin-Dynastie (221 bis 207 v. Chr.). Die konfuzianischen Lehren lebten erst in der Han-Dynastie (206 v. Chr. bis 220 n. Chr.) wieder auf. Zwar gab es auch jetzt noch Gesetze (falu), aber deutlich zurückhaltender – und gewissermaßen als notwendiges Übel. Die Gesetze beschränkten sich auf das Verwaltungsrecht und das Strafrecht (Sanktionierung besonders schwerwiegender Störungen der kosmischen Harmonie; Strafmaß gestaffelt nach sozialer Stellung von Täter und Opfer). Das Privatrecht blieb ganz überwiegend unregelt. Zwar standen kaiserliche Gerichte zur Verfügung; sie wurden aber in aller Regel nicht angerufen. Wenn die Parteien den Streit ausnahmsweise tatsächlich einmal nicht selbst im Wege einer gütlichen Einigung beilegen konnten, wurde ein außergerichtlicher Schlichter angerufen (Familienoberhaupt, Dorfältester etc). An dessen Schlichtungsspruch oder Kompromissvorschlag waren die Parteien zwar rechtlich nicht gebunden; allerdings genügte in aller Regel der soziale und moralische Druck, den jener Schlichtungsspruch auslöste.

1911 zerfiel – nicht zuletzt aufgrund europäischer Landnahmen – das chinesische Kaiserreich und es entstand eine Republik, die in den ersten 15 Jahren jedoch vor allem von Kriegen zwischen rivalisierenden Gruppen geprägt war. Erst mit dem Sieg der Guomingdan unter Chiang Kai-Shek (1926) stellte sich Frieden ein – wenngleich zunächst nur für ein paar Jahre. In dieser Zeit wurde eine Privatrechtskodifikation nach deutschem (und schweizerischem) Vorbild geschaffen und in Kraft gesetzt; es sollte sogar ein Wissenschaftszweig nach dem Vorbild der deutschen „historischen Rechtsschule“ begründet werden. Kurz darauf versank das Land jedoch wieder im Krieg (gegen die Japaner und zwischen den Guomingdan und den Kommunisten).

Mit Hilfe der sowjetischen Roten Armee gelang den Kommunisten der Sieg; 1949 gründeten sie die Volksrepublik China. Die (von den U.S.A. unterstützten) Guomingdan flüchteten nach Taiwan; die Japaner zogen sich zurück. Die Kommunisten hoben alle Gesetze aus der Guomingdan-Zeit auf. Zwar war ursprünglich geplant, zumindest auf dem Gebiet des Prozess- und des Strafrechts neue, eigene Gesetze zu schaffen. Spätestens mit Beginn der Kulturrevolution wurden diese Pläne aber aufgegeben; es kam zu einer offenen Rechtsfeindschaft der Staats- und Parteiführung unter Mao.

Erst unter Deng Xiaoping (ab 1976) wurden die Rechtssetzungsvorhaben wieder aufgenommen. Bereits Anfang der 80er Jahre traten ein Strafgesetzbuch, eine Straf- und eine Zivilprozessordnung in Kraft. Es folgten etliche Einzelgesetze. Das wichtigste (zumindest das bemerkenswerteste) unter ihnen waren die „Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts“ vom 12.4.1986 (156 Paragraphen in 9 Kapiteln: Grundprinzipien; Natürliche Personen; Juristische Personen; Zivilrechtshandlungen und Vertretung; Zivilrecht; Zivile Haftung; Klageverjährung; Fälle mit Auslandsberührung; Ergänzende Regelungen). Zu den wichtigsten Prinzipien gehören die Privatautonomie, die Gleichberechtigung der Parteien und das Gebot von Treu und Glauben.

Später folgten etliche speziellere (und daher vorrangige) Gesetze, unter anderem zum Vertragsrecht (1999), zum Deliktsrecht (2009) zum Sachenrecht (2007) und zum IPR (2010).

Inzwischen wurden die verschiedenen Spezialgesetze zu einem einheitlichen Chinesischen Zivilgesetzbuch konsolidiert, das zum 1.1.2021 in Kraft getreten ist. Es ähnelt in seinem Aufbau dem deutschen BGB, insbesondere insofern, als ihm ein erstes Buch mit Allgemeinen Regeln vorangestellt ist. Auch die übrigen Bücher weisen starke Parallelen zum BGB auf: Buch 2 behandelt das Sachenrecht, Buch 3 das Vertragsrecht (wobei auch in einem ersten Kapitel die Allgemeinen Vorschriften enthalten sind und in einem weiteren Kapitel dann Sonderregeln zu einzelnen Vertragstypen folgen). Buch 4 normiert eine Vielzahl „ziviler Rechte“, wie etwa das Recht auf körperliche Unversehrtheit, das Recht am eigenen Namen, das Recht auf Privatheit, das Recht an persönlichen Informationen etc. Die Regelungen zur Haftung für eine Verletzung dieser Rechte (also letztlich die allgemeine deliktsrechtliche Haftungsnorm) findet sich indes nicht in diesem Buch 4, sondern bereits im Allgemeinen Teil des chinesischen ZGB (Buch 1). Die Bücher 5 und 6 enthalten schließlich das Familien- und das Erbrecht.

II. Überblick über das heutige chinesische Recht

(basiert auf: Eberl-Borges, Zum Stand des chinesischen Privatrechts, in: Eberl-Borges/Wang, Erbrecht in der VR China)

1. Auslegungsbefugnis des Obersten Volksgerichts

Zur Auslegung der Gesetze sind nach Art 67 IV der chinesischen Verfassung an sich der nationale Volkskongress und sein Ständiger Ausschuss berufen. Der Ausschuss hat seine Befugnis jedoch 1981 an das Oberste Volksgericht delegiert. Die vom Obersten Volksgericht vorgenommenen Auslegungen haben Gesetzesrang (und oftmals auch Gesetzesform).

2. Vertragsrecht

Auch das alte Vertragsrecht aus der Guomingdan-Zeit wurde mit der Machtübernahme der Kommunisten und der Gründung der Volksrepublik China aufgehoben. Anders als beim Prozessrecht war beim Vertragsrecht zunächst auch keine Neuregelung vorgesehen: Der Vertrag selbst wurde als Symbol des Kapitalismus grundlegend abgelehnt. Auch hier trat mit der Öffnung durch Deng Xiaoping ein Umdenken ein.

Nach zahlreichen Einzelgesetzen trat 1999 ein vergleichsweise modernes Vertragsgesetz in Kraft, das sich stark an das deutsche Recht anlehnte und das 2021 dann weitgehend unverändert in Buch 3 des chinesischen ZGB überführt wurde. Erst mit diesem Vertragsgesetz wurde in China die allgemeine Vertragsfreiheit (wieder-) eingeführt. Zwar gilt sie auch heute nur unter der Einschränkung, dass jeder Vertrag unwirksam ist, der das gesellschaftliche öffentliche Interesse schädigt. Abstrakt betrachtet ist diese Einschränkung allerdings letztlich auch dem deutschen Recht bekannt: Auch bei uns sind sittenwidrige Verträge nichtig (§ 138 BGB).

Bemerkenswert ist, dass das 1999er Vertragsgesetz im Bereich des Leistungsstörungenrecht seinerseits vom Vorbild des BGB abwich und sich eher am CISG (das in China seit 1988 gilt) orientierte. Auch hier hat sich zwischenzeitlich indes ein weitgehender Gleichlauf eingestellt, weil auch das deutsche Recht im Rahmen der Schuldrechtsreform die Regelungssystematik des CISG übernommen hat. Insofern hat China gewissermaßen die deutsche Schuldrechtsreform antizipiert. Ein wesentlicher Unterschied liegt freilich nach wie vor darin, dass die vertragliche Schadensersatzhaftung im chinesischem Recht verschuldensunabhängig ausgestaltet ist und nur bei höherer Gewalt entfällt (Vorbild: Art. 74 und 79 CISG).

3. Deliktsrecht

Das Deliktsrecht wurde erst 2009 gesetzlich geregelt und 2021 in Buch 7 des ZGB überführt. Mit knapp 100 Artikeln ist das chinesische Deliktsrecht deutlich detaillierter (und kasuistischer) als das deutsche. Es enthält zahlreiche Spezialregelungen zu einzelnen Deliktstypen (Produkthaftung, Haftung für Verkehrsunfälle, Haftung für medizinische Fehlbehandlung, Arbeitgeberhaftung, Haftung für Umweltverschmutzung, Tierhalterhaftung, Haftung für Kernenergieanlagen etc.).

Insgesamt erscheinen die chinesischen Regelungen tendenziell vergleichsweise geschädigtenfreundlich. Dies dürfte auch damit zusammenhängen, dass es in China bis heute an einem funktionierenden (flächendeckenden) Sozialversicherungssystem fehlt.

Besonders bemerkenswert erschienen zwei Regelungen: Nach Art. 1186 ZGB kann der Schaden dann, wenn weder den Schädiger noch den Geschädigten ein Verschulden trifft, auf beide Parteien verteilt werden. Nach Art. 1207 ZGB schuldet derjenige, der wissentlich ein fehlerhaftes Produkt herstellt, dem Geschädigten nicht nur eine Entschädigung, sondern ist zusätzlich zur Zahlung eines Strafschadensersatzes verpflichtet. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass Art. 148 II Lebensmittelsicherheitsgesetz eine solche Strafschadensersatzhaftung bei fehlerhaften Lebensmitteln sogar für den Fall anordnet, dass den Hersteller kein Verschulden trifft (also letztlich im Rahmen einer Gefährdungshaftung).

4. Sachenrecht

Wie der Vertrag wurde auch das Privateigentum in der Zeit zwischen 1949 und 1978 als kapitalistisches Element abgelehnt. Bestehendes Privateigentum wurde in Volks- oder zumindest Kollektiveigentum überführt. Dementsprechend war ein Sachenrecht weitgehend überflüssig. Heute ist das Privateigentum hingegen sogar in der Verfassung verankert (Art. 13). Eine Ausnahme gilt allerdings nach wie vor für Grundstücke (allerdings gibt es dingliche Nutzungsrechte, die dem deutschen Erbbaurecht ähneln).

Das Sachenrechtsgesetz ist 2007 in Kraft getreten, allerdings nach einem langen, kontroversen Gesetzgebungsverfahren. Es kennt drei verschiedene Eigentumsformen: das Privateigentum, das Kollektiveigentum und das Volkseigentum, wobei detailliert geregelt ist, welche Gegenstände in welches Eigentumskategorie fallen.

Davon abgesehen, folgt das chinesische Sachenrecht nicht selten dem deutschen Vorbild (die deutsche GTZ war im Gesetzgebungsverfahren beratend tätig). So wurde beispielsweise eine Grundbuch eingeführt und mit öffentlichem Glauben ausgestattet. Nicht ganz klar ist, ob das chinesische Sachenrecht nur dem Trennungs- oder auch dem Abstraktionsprinzip folgt. Auch die dinglichen Sicherungsrechte ähneln ihren deutschen Vorbildern, wobei folgende Besonderheiten bemerkenswert erscheinen: Eine Sicherungsübereignung wird ausdrücklich zugelassen; Hypotheken können auch an bestimmten beweglichen Gegenständen begründet werden; außerdem können sämtliche aktuellen und künftigen Vermögensgüter eines Betriebs mit einer Hypothek belastet werden (floating charge).

5. Familienrecht

Im Bereich des Familienrechts bestand schon zu Maos Zeiten, genauer: seit 1950, ein Gesetz, das 1981 und dann noch einmal 2001 reformiert wurde. Gerade durch die letzte Reform wurde die individuelle Freiheit gestärkt: Seither ist beispielsweise die Vereinbarung einer Gütertrennung zulässig. Auch kann die Ehe durch Privatscheidung aufgehoben werden.

Beherrschendes Merkmal des chinesischen Familienrechts ist (bzw. war) aber die Ein-Kind-Politik (die freilich nicht dem Zivilrecht, sondern dem öffentlichen Recht zuzurechnen ist). Wegen der daraus resultierenden Überalterung der Bevölkerung (die Geburtenrate liegt in China derzeit bei 1,55 Kindern pro Frau) wurde diese Politik aber mittlerweile gelockert. Zunächst wurde ein zweites Kind erlaubt, wenn beide Eltern selbst Einzelkinder waren; ab 2013 genügt es dann, wenn ein Elternteil Einzelkind war. Seit dem 1.1.2016 darf jede Familie zwei Kinder haben. Aus der Ein-Kind- ist also inzwischen eine Zwei-Kind-Politik geworden.

6. Erbrecht

Das Erbgesetz stammt aus dem Jahr 1985 und ist Gegenstand von Reformbestrebungen. Das bisherige Recht enthält – im Vergleich zum deutschen Recht – folgende Besonderheiten:

Gesetzliche Erben sind nur der Ehegatte, die Kinder und die Eltern des Erblassers (Erben erster Ordnung) sowie Geschwister und Großeltern (Erben zweiter Ordnung). Ist kein solcher Erbe vorhanden, fällt das Vermögen des Erblassers dem Fiskus zu. Allerdings können solche Personen einen Teil des Nachlasses erhalten, die vor dessen Tod Leistungen (Unterhalt, Pflege) an den Erblasser erbracht haben.

Zwar besteht eine weitgehende Testierfreiheit; sie ist aber insofern eingeschränkt als der Erblasser solche Erben (besonders) bedenken muss, die arbeitsunfähig sind und in finanziellen Schwierigkeiten leben.

F. Das japanische Recht

Die japanische Kultur stand lange unter dem Einfluss der chinesischen. Das schlug sich auch in der Gesetzgebung nieder, die ähnlich wie in China äußerst zurückhaltend ausfiel. Auch in Japan wurde zwar im Laufe der Zeit ein Gerichtssystem etabliert; auch hier blieb es aber im zivilrechtlichen Bereich weitgehend ungenutzt; Streitigkeiten wurden außergerichtlich im Wege der gütlichen Einigung oder notfalls einer „privaten“ Schlichtung beigelegt.

Das änderte sich erst im 19. Jahrhundert infolge eines starken westlichen Einflusses. 1880 traten zunächst ein Strafgesetzbuch und eine Strafprozessordnung in Kraft, die sich stark am französischen Recht orientierten. Auch der erste Vorschlag für ein Zivilgesetzbuch basierte wesentlich auf dem französischen Vorbild; er wurde aber im Gesetzgebungsverfahren abgelehnt. Der nächste Entwurf (1898) war dann stark vom deutschen BGB geprägt. Dies lag wohl vor allem daran, dass das BGB zu diesem Zeitpunkt gerade das jüngste und damit (vermeintlich) modernste Zivilgesetzbuch der westlichen Welt war. Auch die Zivilprozessordnung (1890) bildete mehr oder weniger eins zu eins ihr deutsches Pendant nach.

Allerdings trafen die deutschen Regelungen in Japan auf eine völlig andere Kultur als in Deutschland. Während Deutschland in jener Zeit vom Liberalismus geprägt war; blühte in Japan weiter der Feudalismus. Es herrschte nicht etwa freies Unternehmertum; vielmehr wurden die meisten Unternehmen vom Kaiser gegründet und auf die (ehemaligen) Feudalherren übertragen. Und auch in der Streitbeilegung herrscht(e) nach wie vor eine gewisse Gerichtsferne. Die Gründe hierfür sind vielschichtig. Der Hauptgrund ist wohl – wie in China – weltanschaulicher Natur; auch in Japan fanden und finden die konfuzianischen Lehren großen Anklang. Diese Lehren stehen nicht nur einem streitigen Verfahren entgegen, sondern in gleicher Weise einer Streitbeilegung aufgrund rein abstrakter Regelungen, die der sozialen Stellung etc der Streitparteien keine (oder zumindest kaum) Beachtung schenken. Zum anderen dürfte aber auch ein praktischer Grund eine Rolle spielen: Das japanische Gerichtssystem gilt als schwerfällig und überlastet; eine außergerichtliche Streitbeilegung birgt daher oftmals auch den ökonomischen Nutzen einer schnelleren Rechtssicherheit.

Eingang ins Gesetzesrecht haben diese Unterschiede indes nur an wenigen Stellen gefunden. Ein herausragendes Beispiel ist die Möglichkeit einer Privatscheidung; eine gerichtliche Scheidung ist nur für den (Ausnahme-) Fall vorgesehen, dass sich die Ehepartner nicht einigen können. In der Regel fungiert der Trauzeuge als Mediator/Schlichter (übrigens auch schon während der Ehe).

Bemerkenswert ist, dass sogar die 1889 eingeführte Verfassung ein deutsches Vorbild besaß, nämlich die preußische Verfassung von 1850. Sie wurde jedoch 1946 von einer neuen Verfassung abgelöst, die maßgeblich von U.S.-amerikanischen Vorstellungen beeinflusst war (und ist).

Auch das Straf- und Zivilprozessrecht wurden an das amerikanische Vorbild angepasst. Im materiellen Zivilrecht kam es hingegen – abgesehen vom Familienrecht – kaum zu Änderungen (was wohl nicht zuletzt an einem mangelnden Vorbild im U.S.-Recht gelegen haben dürfte). Allerdings prägte das U.S.-Vorbild fortan den Umgang mit dem Gesetz; die streng dogmatische Auslegung wich einer eher pragmatisch-praxisorientierten.

G. Der islamische Rechtskreis (Scharia, der „rechte Weg“)

Basiert auf: Wiedensohler, Grundbegriffe des islamischen Rechts, RabelsZ 1971, 632 ff.; Yassari, Die Rechtsquellen des islamischen Rechts; eine Einführung; ZfRV 1999, 103 ff.;

I. Historische Entwicklung

Um 570 wurde Mohammed in Mekka geboren. Ab 609 offenbarte sich ihm (dem islamischen Glauben zufolge) Allah – was er zunächst nur seinem familiären Umfeld, später dann einem größeren Bekanntenkreis verkündete und schließlich in der Öffentlichkeit predigte. Als sein monotheistischer Glaube anfangs, erste Verbreitung zu finden, wurde er verfolgt und floh 620 aus Mekka nach Yathrib (das heutige Medina). Dort gelang es ihm, weitere Anhänger für seinen Glauben zu finden.

Mohammed war aber nicht nur Oberhaupt der muslimischen Gemeinde, sondern auch Richter/Schlichter und – vermehrt – Feldherr. Er unterwarf mehrere benachbarte Stämme und versuchte auch immer wieder, seine Heimatstadt Mekka zu erobern, was ihm schließlich 630 gelang. Bis zu seinem Tod am 8.6.632 hatte sich der Islam über die gesamte arabische Halbinsel ausgebreitet.

Sein Tod wurde für den Islam allerdings insofern zur Bewährungsprobe als er keinen Sohn und (wohl) nur eine einzige Tochter (Fatima) hinterließ (alle anderen Kinder waren wohl bereits vor Mohammeds Tod gestorben). Aus dem Streit um seine Nachfolge als Kalif, also als Oberhaupt der muslimischen Gemeinde, ging sein enger Vertrauter (und Vater seiner jüngsten Frau Aisha) Abdallah Abu Bakr hervor. Ihm gelang es in den folgenden zwei Jahren (bis zu seinem Tod 634), ein Auseinanderbrechen des Islam zu verhindern – vor allem auf militärische Art: In den Ridda-Kriegen unterwarf er die abtrünnigen Stämme und band sie an den Islam (unter seinem Kalifat).

Zu seinem Nachfolger als Kalif bestimmte er Umar ibn al Chattab, der sich als ausgezeichneter Feldherr erwies. In den 10 Jahren bis zu seinem Tod (644) eroberte er zunächst Palästina, Syrien und Mesopotamien, später Ägypten.

Nachfolger Umars wurde 644 Uthman ibn Affan, ein Umayyade (und Ehemann von zwei – zu diesem Zeitpunkt wohl bereits verstorbenen – Töchtern Mohammeds). Sein Vater war einer der schärfsten Widersacher Mohammeds in Mekka gewesen. Unter Uthman kam die militärische Expansion zum Erliegen. Sein Hauptverdienst liegt wohl in der abschließenden Redaktion des Korans. 656 wurde Uthman beim Gebet in Medina ermordet.

Zum Nachfolger wird Ali ibn Abi Talib gewählt, ein Vetter Mohammeds und der Ehemann von Mohammeds Tochter Fatima (die bereits 632, kurze Zeit nach ihrem Vater, gestorben war). Er wurde jedoch nicht von allen akzeptiert, insbesondere Aisha, Mohammeds jüngste Frau, und der Umayyade Mu'awiya leisteten Widerstand. 660 gründete Mu'awiya in Damaskus ein Gegenkalifat. Es kam zu Auseinandersetzungen.

661 wurde Ali ermordet; Mu'awiya konnte die Macht übernehmen. Die Anhänger Alis erkannten ihn jedoch nicht an. Es kam zum Schisma: Die Anhänger Alis (Schiat Ali = Schiiten) zogen sich in den Süden des heutigen Irak zurück. Die übrige islamische Welt (die Sunniten) folgte der Herrschaft des Mu'awiya; es begann die umayydische Dynastie, die bis 749 fort-dauern sollte und in der gewaltige Landgewinne des Islam zu verzeichnen waren: Armenien, Karthago, die iberische Halbinsel.

Der weltliche Herrschaftsstil der Umayyiden löste allerdings unter der religiösen Elite Widerstand aus, der schließlich zum Sturz der Umayyiden und zur Herrschaft der Abbasiden führt (749 bis 1258).

1258 eroberten die Mongolen das gesamte Abbasidische Reich; im 15. Jahrhundert übernahmen die Osmanen. Ein Jahr nach dem Ende des Osmanischen Reiches (1923) wurde auch das Kalifat beendet: mit dem türkischen Gesetz 431 vom 3.3.1924.

II. Die vier Wurzeln des islamischen Rechts

Im 8. Jahrhundert begründet Abu Hanifa die vier Wurzeln des islamischen Rechts.

1. Koran

Allahs Offenbarungen gegenüber Mohammed hat dieser in den 114 Suren des Koran aufgezeichnet. Die hierin enthaltenen Ge- und Verbote gelten als unmittelbar geoffenbartes göttliches Recht und grundlegende Quelle des islamischen Rechts.

Freilich handelt es sich beim Koran nicht um ein systematisches „Gesetzbuch“, sondern eine Sammlung von Einzelregeln, in denen rechtliche mit religiösen und moralischen Geboten verwoben sind. Die religions- und sozialpolitische Zielsetzung ist vor dem Hintergrund der damaligen Stammesgewohnheitsrechte zu sehen.

2. Sunna (Verhalten Mohammeds)

Aber nicht nur das, was Mohammed im Koran aufgeschrieben hat, wird als göttliches Recht angesehen, sondern auch das, was er zu Lebzeiten gesagt oder getan hat. Diese Worte und Handlungen waren freilich zunächst nur mündlich überliefert und wurde erst später aufgeschrieben (in der sog. „Hadith“). Viele der Überlieferungen dürften freilich historisch nicht – oder zumindest nicht ganz – korrekt sein: Wie immer, wenn Geschehnisse nur mündlich überliefert werden, wächst die Überlieferung von Generation zu Generation. Dies hatte den Vorteil großer Flexibilität: Viele überkommene Rechtsbräuche ließen sich so in das islamische Recht integrieren. Dogmatisch möglich war dies mit dem Argument, Mohammed habe den betreffenden Brauch selbst angewendet.

Bei den Schiiten umfasst die Sunna auch das, was an Äußerungen und Handlungen der Imame, also der Nachfolger Mohammeds, überliefert ist (wobei die Anzahl der Imame je nach Schule innerhalb des schiitischen Islams zwischen 5 und 12 schwankt).

3. Idjma (Konsens der Rechtsgelehrten)

Aber auch die Sunna enthält selbstverständlich kein geschlossenes Rechtssystem. Auch ließ sie sich irgendwann nicht mehr beliebig erweitern. Dort, wo Lücken bleiben, können diese dadurch geschlossen werden, dass innerhalb der islamischen Gemeinde bzw. zumindest zwischen den Rechtsgelehrten ein Konsens erzielt wird, die sog. Idjma.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass sich schon während der Umayyiden-Dynastie an vier Orten des Kalifats Rechtsschulen herausbildeten, die aufkommende Rechtsfragen mitunter unterschiedlich beantworteten – nämlich stets vor dem Hintergrund der lokalen Rechtsgewohnheiten. Die Idjma wurde daher letztlich dahingehend erweitert, dass auch ein Konsens zwischen den Rechtsgelehrten einer Schule ausreicht. Stützen konnte sich diese Erweiterung auf eine Äußerung Mohammeds: „Meinungsverschiedenheiten in meiner Gemeinde sind ein Zeichen der Güte Allahs.“ Die Rechtsschulen erkennen sich daher gegenseitig als legitim an.

Folgende vier Rechtsschulen sind zu unterscheiden:

- Die hanafitische Rechtsschule, benannt nach Abu Hanifa (gest. 767), Kufa/Irak, (heute z.B. in Ägypten, Jordanien);
- Die malekitische Rechtsschule, benannt nach Malik Ibn Abas (gest. 795), Medina/Saudi-Arabien (heute z.B. Maghreb-Staaten);
- Die schafiiitische Rechtsschule, benannt nach Al Shafi'i (gest. 820), Medina/Saudi-Arabien und Fustat (= Kairo)/Ägypten (heute z.B. in Malaysia und Indonesien);
- Die hanbalitische Rechtsschule, benannt nach Achmed Ibn Hanbal (gest. 855), Bagdad/Irak (heute z.B. Saudi-Arabien)

Ob die Idjma auch im schiitischen Islam eine eigene Rechtsquelle darstellt, ist umstritten. Jedenfalls ist ihre Bedeutung hier ungleich geringer, weil immer auch die Ansicht der Imame Teil des Konsenses sein muss (und deren Ansicht ohnehin schon – allein – im Rahmen der Sunna relevant wird).

4. Qiyas, „Analogieschluß“

Qiyas, die vierte und letzte Wurzel des islamischen Rechts stellt weniger eine Quelle als vielmehr ein Methode dar, nämlich die Methode des Analogieschlusses. Regelungen, die sich aus den ersten drei Wurzeln ergeben, können auf neue Sachverhalte angewendet werden, wenn dieser neue Sachverhalt eine hinreichende Ähnlichkeit mit dem geregelten aufweist.

III. Die Unwandelbarkeit als typisches Problem eines religiösen Rechts

Zu Mohammeds Zeiten war das islamische Recht durchaus fortschrittlich, mitunter geradezu revolutionär – auch und gerade hinsichtlich der Stellung der Frau. Im vor-islamischen Recht war beispielsweise der Ehevertrag letztlich nichts anderes als ein Kaufvertrag: Der Mann zahlte an die Familie der Frau eine Summe Geld (oder übergab Kostbarkeiten). Die Frau

selbst, war nicht Subjekt, sondern lediglich Objekt dieses Geschäft; der Ehevertrag kam zwischen dem künftigen Ehemann und dem Vater der Frau zustande. Im islamischen Recht kommt der Ehevertrag hingegen zwischen dem Mann und der Frau zustande, auch wenn die Frau zumindest der Einwilligung ihres Vaters bedarf. Auch erhält die Frau seither den Brautpreis (die sog. Morgengabe) – und nicht ihre Familie. Das war schon insofern revolutionär, als Frauen (wohl) überhaupt kein eigenes Vermögen haben konnten. (Dazu passt es freilich nicht so recht, dass Mohammeds erste Ehefrau Chadidscha eine reiche mekkanische Kauffrau gewesen sein soll.)

Zudem erhielten Frauen ein – wenn auch beschränktes – Erbrecht.

Und selbst in Sachen Polygamie war das islamische Recht – vergleichsweise! – frauenfreundlich: Zwar war es dem Ehemann weiterhin erlaubt, mehrere Frauen gleichzeitig zu „besitzen“, aber immerhin wurde die zulässige Polygamie auf vier Frauen (gleichzeitig) beschränkt. Dabei wurde die Polygamie nicht als per se nachteilig für die Frau angesehen. Immerhin war die Anzahl der Männer durch Kriege und andere Auseinandersetzung im Vergleich zur Anzahl der Frauen stark gesunken. Dass ein Mann mehrere Frauen heiraten konnte, bedeutete damit auch, dass er mehrere Frauen versorgte.

Bemerkenswert ist, dass das islamische Recht der Frau verbietet, einen nicht-muslimischen Mann zu heiraten, wohingegen es einem Mann unter Umständen erlaubt ist, eine nicht-muslimische Frau heiraten (Christin, Jüdin). Dabei behandelt der Koran selbst Männer und Frauen in dieser Hinsicht gleich:

„Und heiratet nicht heidnische Frauen solange sie nicht gläubig werden! Eine gläubige Sklavin ist besser als eine heidnische Frau, auch wenn diese euch gefallen sollte. Und gebt nicht gläubige Frauen an heidnische Männer in die Ehe, solange diese nicht gläubig werden. Ein gläubiger Sklave ist besser als ein heidnische Mann, auch wenn dieser euch gefallen sollte.“

Sure 2 Vers 221

Hauptproblem jedes religiös fundierten Rechts sind die zwangsläufig auftretenden Spannungen zwischen der Unwandelbarkeit göttlichen Rechts und den Anforderungen einer sich ändernden Welt.

Während zunächst die beiden Rechtswurzeln Sunna und Idjma es vermochten, eine gewisse Fortbildung des Koran zu rechtfertigen, trat recht bald eine völlige Erstarrung ein: Irgendwann endet eben die Möglichkeit einer Überlieferung neue Aspekte „hinzuzufügen“. Und auch irgendwann sind alle übrigen Rechtsfragen durch Konsens geklärt – und damit ebenfalls mit göttlicher Autorität abschließend geregelt. Einer weiteren Diskussion sind sie dadurch entzogen.

Allerdings finden sich immer wieder Wege, die alten Regeln zwar formal zu beachten, im Ergebnis aber letztlich doch von ihnen abzuweichen. Solche juristische „Tricks“ (hiyal; Singular: hila) werden gemeinhin wohl als zulässig erachtet. Folgende Beispiele erscheinen nennenswert:

Verstoßung (talaq): Das Recht zur Verstoßung steht an sich nur dem Mann, nicht aber auch der Frau zu. Um der Frau ebenfalls faktisch ein Verstoßungsrecht zuzubilligen, wird mitunter auf das Vertragsrecht zurückgegriffen: Die Frau kann z.B. bei Eingehung der Ehe bevollmächtigt werden, als Stellvertreterin des Mannes aufzutreten und sich selbst zu verstoßen. Eine weitere Möglichkeit besteht darin, dass der Mann bei Eingehung der Ehe eine bedingte Verstoßung für den Fall erklärt, dass ein von der Frau nicht gewünschtes Ereignis eintritt, z.B. eine neue Heirat des Mannes.

Schutz vor einer willkürlichen Verstoßung durch den Mann erhält die Frau übrigens oftmals durch das Institut der Morgengabe (maar). Dabei handelt es sich an sich um eine Zuwendung des Mannes an die Frau anlässlich der Eheschließung. In der modernen Praxis wurde die Morgengabe unter anderem dahingehend ausgebaut, dass ein Teil der Morgengabe für den Fall einer Scheidung versprochen wird. Ist dieser Teil hoch genug, hält das den Mann faktisch von einer Verstoßung der Ehefrau ab.

Und selbst, wenn eine solche Morgengabe nicht vereinbart ist, genießt die Frau unter Umständen einen gewissen Schutz: Nach islamischem Recht ist die Frau dazu verpflichtet, dem Mann zu dienen und die Kinder groß zu ziehen. Der Mann ist verpflichtet für den Unterhalt zu sorgen. Kann er das nicht in ausreichendem Maße und muss die Frau daher auch arbeiten, so muss er ihr bei einer Scheidung das von ihr erwirtschaftete Geld zurückzahlen.

Legitimanerkennung („iqrar“): Ein in „Sünde“ (bspw. außerhalb einer bestehenden Ehe) gezeugtes Kind ist illegitim. Erkennt jedoch ein Mann das Kind „als legitim“ an, werden die näheren Umstände dieser Legitimität nicht mehr untersucht.

Zinsverbot: Nach islamischem Recht ist es verboten, für ein Darlehen Zinsen zu verlangen. Dieses Verbot kann durch einen „Doppelterverkauf“ umgangen werden: Der Darlehensgeber verkauft dem Darlehensnehmer einen Gegenstand auf Kredit. Anschließend kauft er den Gegenstand zu einem niedrigeren Preis zurück, den er in bar bezahlt. Die bar gezahlte Summe stellt letztlich das gewährte Darlehen dar; die Differenz zwischen erstem und zweitem Kaufpreis bildet die Zinsschuld des Darlehensnehmer.

Polygamie: Der Koran gibt eindeutig vor, dass die Möglichkeit des Mannes zur Polygamie besteht. In Sure 4, Vers 3 heißt es : „... so nehmt euch zu Weibern, die Euch gut dünken, (nur) zwei oder drei oder vier; und so ihr (auch dann) fürchtet, nicht billig zu sein, heiratet nur eine ... Solches schützt euch eher vor Ungerechtigkeit.“ In Tunesien (seit 1957) und in Marokko

(seit 2003) ist Polygamie dennoch inzwischen (weitgehend) verboten – und zwar unter Verweis auf genau diese Sure. Das Argument: Eine gleiche Behandlung mehrerer Frauen sei in der heutigen Zeit nicht mehr möglich.

In den meisten anderen islamischen Ländern ist Polygamie zwar erlaubt, aber selten. Das liegt nicht zuletzt daran, dass eine Eheschließung sehr teuer ist (oftmals das zehnfache bis zwanzigfache eines durchschnittlichen Monatslohns)

Unzulässigkeit von außerehelichem Geschlechtsverkehr: Ein bemerkenswertes Mittel zur Eindämmung des außerehelichen Geschlechtsverkehrs kennt das schiitische Recht: die Ehe auf Zeit (Mut'a-Ehe oder Sighe-Ehe). Zulässig ist jede Zeitvereinbarung zwischen 30 Minuten und 99 Jahren. Zwischen zwei Ehen auf Zeit muss eine Pause (idda) liegen von zwei Menstruationsperioden liegen.

III. Modernisierung (-versuche)

Im 19. Jahrhundert kam es – auch infolge des zunehmenden Kontakts mit dem Westen – kam in der islamischen Welt zunehmend der Wunsch nach einer Modernisierung des Rechts auf.

Wegen der Unveränderlichkeit des bestehenden Rechts war das zunächst einmal aber nur dort – mehr oder weniger – problemlos möglich, wo noch keine Regelungen existierten: im Handelsrecht. Hier konnte das westliche Recht übernommen werden – Vorbild war insbesondere der französische code de commerce und das französische Seehandelsrecht.

Im osmanischen Reich wurde außerdem zwischen 1869 und 1876 das bestehende Vermögensrecht in einem Zivilgesetzbuch (Mecelle) kodifiziert.

Schwierigkeiten bereiteten jedoch Reformen des Familien- und Erbrechts, weil hier viele „unveränderbare“ Vorgaben bestanden. Einen geschickten Ansatz verfolgte 1917 das Osmanische Reich bei der Schaffung eines Familiengesetzbuchs: Man kodifizierte nicht einfach die Regelungen der an sich befolgten hanifitischen Rechtsschule, sondern suchte aus allen Rechtsschulen diejenige Regelung aus, die am modernsten erschien.

Bemerkenswert ist an dieser Stelle erneut, dass die Türkei unter Kemal Atatürk 1926 vollständig mit dem islamischen Familienrecht brach und das Schweizer ZGB in Kraft setzte.

Einen weitgehenden Bruch mit den islamischen Traditionen hat zuletzt Marokko unternommen. Hier ist 2003 ein neues Familienrecht (Moudawana) in Kraft getreten, das Mann und Frau weitgehend gleichstellt (gleiche Rechte und Pflichten, Frau kann Ehemann selbst auswählen, Unzulässigkeit der Verstoßung, weitgehender Ausschluss der Polygamie, etc). Bemerkenswert ist diesbezüglich der Versuch, alle neuen Regeln religiös zu begründen und ihre Konformität mit dem bestehenden islamischen Recht zu rechtfertigen.

H. Sonstige religiöse Rechte

I. Christentum

Das christliche- insbesondere das im Mittelalter vielfach unmittelbar anwendbare kanonische- Recht hat die europäischen Rechtsordnungen stark beeinflusst, ist aber schließlich so mit den nationalen Rechten verschmolzen, dass es keine rechtskreisprägende Kraft entwickelt hat.

Christlicher Einfluss ist heute vor allem bei familienrechtlichen Rechtsinstituten spürbar, z.B. bei der Eheschließung (Ehekonsens der Partner, Form), der Ehetrennung (und dem hierzu parallelen Verbot der Scheidung), der rechtlichen Stellung nichtehelicher Kinder („Illegitimität“ und Legitimation nach früherem Recht).

II. Hinduismus

Der Hinduismus ist eine Religion mit bestimmten sozial-philosophischen Grundüberzeugungen (Seelenwanderung, Kastenwesen), aber ohne klare dogmatisch-theologische Grundsätze. Die nicht überschaubare Menge heiliger Schriften lässt lokalen Gewohnheiten, aber auch der individuellen Auslegung weiten Spielraum. Folge: Relativ geringe Widerstandskraft gegenüber den mit der britischen Kolonialherrschaft eindringenden europäischen Rechtsvorstellungen und gegen die Anpassung. Heute ist (nur!) das Familien- und Erbrecht in Indien kodifiziert.

II. Buddhismus

Noch stärker spürbar ist diese „Schwäche“ beim Buddhismus: Nur dem Jenseits zugewandt, hat er weltliches Recht nicht beeinflussen können, wohl auch nicht beeinflussen wollen.

Das Vakuum wurde aufgefüllt von Weltanschauungen, die nicht dem Buddhismus i.e.S. zugeordnet werden (z.B. Konfuzianismus).