

Im Westen nichts Neues?

100 Jahre Pariser Kongreß für Rechtsvergleichung – Gedanken
anlässlich einer Jubiläumskonferenz in New Orleans

Von RALF MICHAELS, Hamburg/Durham; N. C.

I. Einführung

»Les nouvelles sont bonnes.« Mit diesen Worten leitete Rodolfo Sacco, Italiens Altmeister der Rechtsvergleichung¹, die Konferenz in New Orleans ein, zu der das dortige Eason Weinmann Center for Comparative Law und die International Association of Legal Science eingeladen hatten². Die Tagung sollte Klarheit über den Stand der Rechtsvergleichung schaffen, und zwar weniger in konkreten Einzelfragen, als vielmehr bei ihren Grundlagen: Methoden, Zielen, Funktionen. Solche Themen behandelt die praktisch rechtsvergleichende Arbeit selten; sie erfolgt ganz überwiegend pragmatisch, anhand des konkreten Materials. Man hält sich an die Ansicht Zweigerts, daß »Wissenschaften, die sich mit ihrer eigenen Methodenlehre zu beschäftigen Anlaß haben, kranke Wissenschaften sind«, daß die rechtsvergleichende Methode ohnehin »nicht von vornherein in allen Einzelheiten festgelegt, sondern allenfalls als Hypothese formuliert werden kann« und daß (notwendig?) das »methodische Grundprinzip der gesamten Rechtsvergleichung [...] das der Funktionalität« ist³. Für praktische Arbeit ist solcher Pragmatismus oft unentbehrlich – wer autofahren will, muß nicht jedes Mal zuerst von Grund auf

¹ *Rodolfo Sacco*, One Hundred Years of Comparative Law: Tul.L.Rev. 75 (2000) 1159–1176; vgl. auf deutsch *ders.*, Einführung in die Rechtsvergleichung (2001).

² Die Beiträge zum Symposium sind veröffentlicht in: Tul.L.Rev. 75 (2001) 859–1245. Kongreßbericht von *Étienne Picard*: Rev.int.dr.comp. 2001, 209–212.

³ *Konrad Zweigert/Hein Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung³ (1996) 31–33; vgl. dagegen die Kritik an der 2. Auflage von *Jonathan Hill*, Comparative Law, Law Reform and Legal Theory: Oxford J.Leg.Stud. 9 (1989) 101–115; ferner etwa *Bernhard Großfeld*, Rechtsmethoden und Rechtsvergleichung: RabelsZ 55 (1991) 4–15; *Matthias Reimann*, Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte im Dialog: ZEuP 1999, 496–512 (499, 501 N. 18). Einschränkend zum Nutzen der Funktionalität als Vergleichskriterium jetzt *Hein Kötz*, Abschied von der Rechtskreislehre?: ZEuP 1998, 493–505 (504f.).

klären, wie ein Auto funktioniert, um ohne Unfall ans Ziel zu kommen. Aber damit Autos noch besser ans Ziel kommen und (noch) besser Unfälle vermieden werden, ist es ab und zu hilfreich, wenn jemand über diese Funktionen nachdenkt.

Eine solche Beschäftigung mit Grundlagen der Rechtsvergleichung war im Jahre 1900 in Paris aus Anlaß der Weltausstellung erfolgt⁴. Das Jubiläum im Jahre 2000 war also ein idealer Zeitpunkt für die Tagung in New Orleans, die sich so gleichzeitig als Rück-, Gegenwarts- und Vorausschau verstehen ließ: Welche Entwicklungen haben die letzten hundert Jahre gebracht? Wo stehen wir jetzt? Was ist von der Zukunft zu erwarten? Daß diese Jubiläumskonferenz viele tausend Kilometer westlich von Paris stattfand, mag gleichzeitig manchen als erstes Anzeichen einer Änderung erscheinen, nach der auch in der Rechtsvergleichung der Wind nunmehr aus den USA weht⁵.

Über den Stand der Rechtsvergleichung kann man nun bei einer solchen Konferenz gleich in zweierlei Hinsicht etwas lernen. Daß die in Referaten und Diskussionen gegebenen Antworten selbst zu Erkenntnissen beitragen, ist selbstverständlich. Da nun aber die Teilnehmer an einer Konferenz zur Rechtsvergleichung typischerweise selbst sämtlich Rechtsvergleicher sind, kommt es dabei zu einer Selbstbespiegelung, und das so entstehende Bild der Disziplin ist seinerseits von der Perspektive der Rechtsvergleicher geprägt. Damit ergibt sich der zweite, vielleicht noch interessantere Aspekt: Wie Rechtsvergleicher selbst über die Grundlagen ihres Fachs denken, welche Fragen sie für wichtig erachten (und vor allem auch welche sie auslassen), sagt seinerseits vielleicht mehr über den Stand der Rechtsvergleichung als Disziplin aus, als die gefundenen Antworten. Die Themen der Konferenz in New Orleans, die ganz überwiegend den »Mainstream« der Rechtsvergleichung zusammenbrachte, sind insofern exemplarisch auch für den Stand dieses »Mainstreams«. Wie sieht dieser heute aus und wie sieht er sich selbst? Dazu ist ein kurzer Blick in die Geschichte hilfreich.

II. Paris 1900

Nach weitverbreiteter Ansicht, die sich auch in der Ankündigung für die Konferenz in New Orleans fand, wurde die »discipline known as Comparative Law« auf dem Pariser Kongreß 1900 *geboren*. Kann man das wirklich sa-

⁴ Congrès international de droit comparé – Procès-verbaux des séances et documents, I und II (Paris 1905/1907).

⁵ Vgl. *Ugo Mattei*, *Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law*: *Am.J.Comp.L.* 42 (1994) 195–218. Die Tagung in New Orleans war allerdings nicht die einzige Jubiläumstagung: in Paris fand eine Konferenz zum Thema »Variations autour d'un droit commun« statt (die Beiträge sind unter demselben Titel 2001 als Buch sowie einzeln in *Rev.int.dr.comp.* 2000 und 2001 veröffentlicht); in Cambridge organisierten Roderick Munday und Pierre Legrand ein Treffen unter dem Titel »Traditions and Transitions«.

gen? Immerhin wurde bei jenem Kongreß selbst schon die Geschichte der Rechtsvergleichung behandelt⁶. Was ist etwa mit Montesquieus großem Werk vom Geist der Gesetze? Wo sind Namen wie Mansfield, Leibniz, Vico, Amari, Feuerbach, Gans, Zachariae von Lingenthal, Mittermaier, Maine?⁷ Wo die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Gesetzgebung⁸ und – in geringerem Maße – die Rechtsprechung⁹ vor 1900? Kann man Entwicklungen vernachlässigen, die zum Entstehen von Zeitschriften wie etwa in Deutschland der »Kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes«¹⁰ und der »Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaften«¹¹, sowie zur Gründung von rechtsvergleichenden Gesellschaften wie in Frankreich der *Société de législation comparée*¹² führten?

Die Antwort ist: Man kann – sofern man einen ganz bestimmten Begriff von Rechtsvergleichung zugrundelegt. Denn der Pariser Kongreß steht durchaus am Beginn einer Entwicklung, die etwa Constantinesco als die »dritte Periode« der Rechtsvergleichung bezeichnet hat¹³ und die damit bis heute wesentlich definiert, was man unter Rechtsvergleichung versteht: Bis etwa 1900 interessierte man sich zwar durchaus für ausländisches Recht. Aber das Gewicht legte man dabei vor allem auf die Kenntniserlangung, und zwar bei westlichen Rechtsordnungen nur bezogen auf die Gesetzgebung, bei außereuropäischen Rechten im Rahmen außerjuristischer Disziplinen wie der Ethnologie, der Soziologie oder auch der Rechtsgeschichte (als Geschichtswissenschaft). Immerhin wurde das Material häufig durchaus kreativ für rechtspolitische Argumente genutzt; aber erst um 1900 begann man umfas-

⁶ *Frederick Pollock*, *Le Droit Comparé, Prolégomènes de son histoire*, in: Procès-verbaux I (oben N. 4) 248–261; vgl. auch *ders.*, *The History of Comparative Jurisprudence: J.Soc.Comp.Leg.* (2nd ser.) 5 (1903) 74–89.

⁷ Zur Geschichte bis 1900 vgl. *Jean-Léontin Constantinesco*, *Rechtsvergleichung I* (1971) 69–159; vgl. schon *Walther Hug*, *The History of Comparative Law: Harv. L. Rev.* 45 (1931/32) 1027–1070.

⁸ *Helmut Coing*, *Rechtsvergleichung als Grundlage der Gesetzgebung im 19. Jahrhundert: Ius Commune* 7 (1978) 160–178.

⁹ *Filippo Ranieri*, *Rezeption und Assimilation ausländischer Rechtsprechung, dargestellt am Beispiel des europäischen Einflusses der französischen Judikatur im 19. Jahrhundert: Ius Commune* 6 (1977) 202–233.

¹⁰ Zu ihr *Heinz Mohnhaupt*, *Rechtsvergleichung in Mittermaiers »Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes« (1829–1856)*, in: *Juristische Zeitschriften: Die neuen Medien des 18.–20. Jahrhunderts*, hrsg. von *Michael Stolleis* (1999) 277–301 (*Ius Commune*, Sonderheft, 128); der Programmaufsatz zur Zeitschrift von *Zachariae* ist nachgedruckt ebd. 527–554.

¹¹ Zu ihrer Geschichte *Otto Sandrock*, Vorwort: *ZvglRWiss.* 89 (1990) 1–7.

¹² Zu ihr und ihrer Geschichte: *Livre du Centenaire de la Société de Législation Comparée* (1999); zu Deutschland *Elmar Wadle*, *Einhundert Jahre Rechtsvergleichende Gesellschaften in Deutschland* (1994).

¹³ *Constantinesco* (oben N. 7) 159.

send, sich Gedanken über einen wissenschaftlichen Umgang mit verschiedenen Rechten zu machen.

Man kann spekulieren, warum die wissenschaftliche Vergleichung die Jurisprudenz später erreichte als andere Disziplinen wie etwa Sprach- und Kulturwissenschaften. Ein Grund mag darin gelegen haben, daß Vergleichung im strikten Sinne einerseits Verschiedenheit, andererseits Gleichartigkeit (das *tertium comparationis*) der Untersuchungsgegenstände voraussetzt. Im klassischen Spannungsverhältnis zwischen potentiell universalem Vernunft- oder Naturrecht einerseits, nationalem positivem Recht andererseits, fiel damit die Rechtsvergleichung zwischen beide Stühle. Natur- und Vernunftrechtler waren – jedenfalls, soweit sie ihr Fach spekulativ betrieben – an der Vergleichung verschiedener Rechtsordnungen ebensowenig interessiert¹⁴ wie die Pandektisten¹⁵, weil es für beide nur eine echte Rechtsgrundlage gab: Vernunft, Natur, christliche Ethik einerseits, römisches Recht andererseits. Fehlte es hier also an der Verschiedenheit unterschiedlicher Forschungsgegenstände, so bezweifelten Positivisten andererseits die Vergleichbarkeit verschiedener Rechtsordnungen – für sie war jeder ausländische Rechtssatz irrelevant, weil er für sie nicht bindend sein konnte (und weil sie mit der Auslegung der neuen Gesetzbücher genug zu tun hatten)¹⁶. So hatte etwa in Frankreich die Kodifikation zur sogenannten *école de l'exégèse* geführt, die als einzige Rechtsgrundlage den Text des Code civil anerkannte¹⁷ und folglich kaum Interesse an fremden Rechtsordnungen hatte. Ebensowenig nutzbar erschien die Rechtsvergleichung für die deutsche Begriffsjurisprudenz¹⁸. Schließlich waren für den englischen Juristen englische Rechtsprechung und englische

¹⁴ Vgl. *Claes Peterson*, Rechtsvereinheitlichung durch Naturrecht?, Zur Frage des Naturrechts in der schulphilosophischen Rechtstheorie des 18. Jahrhunderts: *Quad. fior.* 21 (1992) 7–35.

¹⁵ Allerdings gab es pandektistische wissenschaftliche Systematisierungen etwa des französischen Code Civil, die Crome 1909 zum Ausspruch verleiteten, man habe »den rohen Diamanten genommen und ihn dann geschliffen«. Vgl. *Filippo Ranieri*, Französisches Recht und französische Rechtskultur in der deutschen Zivilrechtswissenschaft heute: eine unwiderrufliche Entfremdung?, in: *Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft?*, hrsg. von *Olivier Beaud/Erk Völkmar Heyen* (1999) 183–196 (187–191).

¹⁶ *James Gordley*, Comparative Legal Research, Its Function in the Development of Harmonized Law: *Am.J.Comp.L.* 43 (1995) 555–567; speziell zum BGB *Reinhard Zimmermann*, Schuldrechtsmodernisierung?: *JZ* 2001, 171–181 (172f.).

¹⁷ Vgl. *Jean-Louis Halpérin*, Histoire du droit privé français depuis 1804 (1996) 45–81 (bespr. von *Heinz-Peter Mansel*: *Z.f. neuere R.Gesch.* 23 [2001] 151–153); *Matthias Gläser*, Lehre und Rechtsprechung im französischen Zivilrecht des 19. Jahrhunderts (1996) 43–133; daneben auch etwa *Alfons Bürgel*, Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert (1991); *Marie-Claire Belleau*, The »Juristes Inquiets«, Legal Classicism and Criticism in early Twentieth-Century France: *Utah L. Rev.* 1997, 379–424; einschränkend *Mikhail Xifaras*, L'École de l'Exégèse était-elle historique?, in: *Wechselseitige Beeinflussungen und Rezeptionen von Recht und Philosophie in Frankreich und Deutschland*, hrsg. von *Jean François Kervégan/Heinz Mohnhaupt* (2001) (Ius Commune, Sonderheft, 144).

¹⁸ Vgl. etwa *Ernst Rudolf Bierling*, Juristische Prinzipienlehre I (1894/1961) 32–35 (33):

Praxis relevant; das Verstehen fremder Rechte erschien ihm »ebenso nutzlos wie für einen Schuhmacher das Erlernen des Schreinerhandwerks«¹⁹.

Spätestens mit dem Pariser Kongreß 1900 wurde die Rechtsvergleichung aus diesem Schattendasein herausgehoben und zur eigenständigen Wissenschaft im Rahmen einer ihrerseits als Wissenschaft verstandenen Jurisprudenz. Eine Hauptverantwortung dafür trugen Raymond Saleilles als Konferenzorganisator und Edouard Lambert als Verfasser des Eröffnungsvortrags²⁰. Sie hofften, mit Hilfe der Rechtsvergleichung die als steril empfundene école de l'exégèse überwinden zu können und gleichzeitig die oben genannten Gegenpole von universellem Naturrecht und partikularem nationalen Recht zu verbinden. Das konnte gelingen, indem man die verschiedenen Rechtsordnungen nicht jeweils isoliert für sich betrachtete, sondern als Vorstufen und Ausprägungen eines Universalrechts, eines *droit commun législatif* (Lambert) bzw. *droit commun de l'humanité civilisée* (Saleilles). Von einem solchen Verständnis her ließen nun Erkenntnisse aus fremden Rechtsordnungen auch normative Folgerungen für das eigene Recht zu, sofern man nachweisen konnte, daß das fremde Recht diesem Universalrecht schon näher war als das eigene. Gleichzeitig ließ die Rechtsvergleichung sich auch dazu nutzen, die besten Lösungen zu finden, die zu diesem Universalrecht beitragen konnten. So verstandene Rechtsvergleichung war echte Rechtswissenschaft, hatte sich von Fächern wie Soziologie und Geschichtswissenschaft emanzipiert – auch wenn, jedenfalls für Saleilles, die Rechtswirkungsforschung und damit die Rechtssoziologie eine entscheidende Rolle spielte²¹.

Als direkt vergleichbar galten allerdings nur Rechtsordnungen auf derselben Entwicklungsstufe. Damit stellte sich ein zweites Problem für den Pariser Weltkongreß: Konnte man das englische und amerikanische Common Law, das weit weniger geordnet erschien als die europäischen Privatrechtsordnungen, sinnvoll in rechtsvergleichende Studien mit einbeziehen? Wer in der Kodifikation eine höhere Stufe des Rechts sah, mußte das bezweifeln²², und in

»für die juristische Prinzipienlehre ist von alledem wenig oder überhaupt kein Nutzen zu erwarten.«

¹⁹ Max Rheinstein, Einführung in die Rechtsvergleichung² (1987) 40.

²⁰ Edouard Lambert, Eröffnungsvortrag, in: Procès-verbaux I (oben N.4) 26–60; Raymond Saleilles, Conception et objet de la science du droit comparé: ebd. S. 167–189; vgl. zuvor schon ders., Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de code civil allemand (1890), und dazu Birte Gast, Der Allgemeine Teil und das Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Urteil von Raymond Saleilles (1855–1912) (2000), bespr. von Ranieri: SavZ/Germ. 118 (2001). Vgl. zu beiden zuletzt auch Carlos Petit: From Paris to the Hague, Edouard Lambert and Droit Commun Législatif, in: History and European Private Law – Development of Common Methods and Principles (1997) 137–150 (Rättshistoriska studier, 21); Christophe Jasmin, Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité: Rev.int.dr.comp. 52 (2000) 733–751.

²¹ Vgl. Klaus A. Ziegert, Juristische und soziologische Empirie des Rechts: RabelsZ 45 (1981) 51–72 (60–67).

²² Lambert (oben N.20) 49. Vgl. aber später ders., L'enseignement du Droit comparé – Sa

der Tat spielte das Common Law auf dem Kongreß nur eine untergeordnete Rolle. Der mehr soziologisch geprägte Ansatz andererseits, der nicht bloß Rechtstexte, sondern tatsächlich praktiziertes Recht studierte, ermöglichte es, auch das Common Law mit einzubeziehen. Noch entferntere Rechtsordnungen kamen in dieser Form der Rechtsvergleichung allerdings nicht vor; sie wies man getrost der Rechtsethnologie und -anthropologie zu.

Man muß also klar sehen, daß bei allen Unterschieden in Einzelfragen ganz wesentliche Übereinstimmung über zentrale Strukturen herrschte²³. Rechtsvereinheitlichung oder Verbesserung des eigenen Rechts als Ziel der Rechtsvergleichung, Einbeziehung der Rechtsprechung und des Common Law als Objekt der Rechtsvergleichung oder nicht – diese Differenzen bestanden innerhalb eines gemeinsamen Verständnisrahmens, der sich in zwei Grundsätzen festschreiben läßt: Erstens war die Rechtsvergleichung als Rechts-*Wissenschaft* zu etablieren, also weder als Teil außerrechtlicher Disziplinen wie Soziologie oder Ethnologie, noch als bloße Vorarbeit für eigentliche juristische Arbeit durch Sammlung auslandsrechtlicher Fakten. Zweitens lag ihr ein Verständnis des Rechts zugrunde, in dem die Unterschiede zwischen verschiedenen »zivilisierten« Rechtsordnungen – gleich ob zufällig oder durch die Eigenheiten verschiedener Gesellschaften bedingt – langfristig entfallen konnten und würden, so daß ein einheitliches Weltrecht in ferner Zukunft möglich schien.

Grundlegend für diese zwei Gemeinsamkeiten waren wiederum zwei für das 19. Jahrhundert maßgebliche geistesgeschichtliche Überzeugungen: Die erste lag im rationalistischen Glauben an die Objektivität aller Wissenschaften, der sich auch auf das Recht erstreckte und dieses zur (modernen) Wissenschaft machte. Darin allein unterschied man sich allerdings noch nicht von der nationalen Rechtswissenschaft – auch die Exegisten in Frankreich, die Pandektisten in Deutschland, betrieben nach eigenem Verständnis positive Wissenschaft. Für die Rechtsvergleichung war aber ein zweiter Aspekt entscheidend: ihr offenbar von Geschichtsphilosophen wie Herder und Hegel geprägtes Geschichtsverständnis, nach dem verschiedene Kulturen zu unterschiedlichen Zeiten die gleichen Entwicklungsstufen durchlaufen und letztlich auf einen gemeinsamen Endzustand der Weltgemeinschaft hinsteuern. Der Rationalitäts- und Fortschrittsgedanke, der für den Wissenschaftsbegriff des 19. Jahrhunderts so wesentlich war, prägte so ganz wesentlich auch die Rechtsvergleichung.

coopération au rapprochement entre la jurisprudence française et la jurisprudence anglo-américaine (1919).

²³ Es gab auch Gegenstimmen, die aber, betrachtet man die Wirkungsgeschichte des Pariser Kongresses für die Rechtsvergleichung, (zunächst) wenig Einfluß hatten.

III. New Orleans 2000

Das 20. Jahrhundert hat nun, für die Rechtswissenschaft wie für viele andere Disziplinen, mehr Veränderungen, mehr Entwicklungen mit sich gebracht als irgendein anderes zuvor. Die Landkarte der Welt sieht gänzlich anders aus als vor hundert Jahren: an die Stelle einiger europäischer Kolonialmächte, die einen Großteil des Erdballs unter sich aufgeteilt hatten, ist eine Landkarte mit fast ausschließlich selbständigen Staaten auf allen Kontinenten getreten. Riesige Fortschritte in der Wissenschaft haben neue Produktions- und Kommunikationsmechanismen hervorgebracht, die ihrerseits Handel und Wirtschaft verändert haben; die Rolle des Rechts sieht man immer häufiger nicht im Herstellen von ausgleichender Gerechtigkeit zwischen Privaten oder in der Verhaltenssteuerung durch den Staat, sondern in der Gewährleistung optimaler Markt- und Entfaltungsbedingungen.

Auch die genannten geisteswissenschaftlichen Überzeugungen sind zweifelhaft geworden. Der Glaube an die Möglichkeit vollkommener Objektivität und universaler Rationalität in der Wissenschaft, vor allem (aber nicht nur) in den Geisteswissenschaften, ist vielfach Konzeptionen gewichen, die Differenzen zulassen und diese entweder über diskursive Prozesse auszugleichen versuchen oder sie als solche pluralistisch anerkennen. Zugleich stellt man speziell den Charakter der Rechtswissenschaft als einer autonomen Wissenschaft immer wieder in Frage (und zwar sowohl hinsichtlich des Begriffs »autonom« als auch des Begriffs »Wissenschaft«) – so schon früh in Europa Freirechtsschule und Rechtsrealismus, später in den USA die Critical Legal Studies und ihnen nachfolgende von der kritischen Schule inspirierte Theorien, in Europa etwa starke soziologische Strömungen, weltweit die ökonomische Analyse des Rechts, und viele andere Richtungen. Schließlich ist auch das Geschichtsverständnis des 19. Jahrhunderts zweifelhaft geworden – ob die Geschichte auf ein bestimmtes Ziel zusteuert und ob die Menschheit an deren Verwirklichung mitzuarbeiten habe, ist in einer säkularisierten und nachsozialistischen Welt zweifelhaft geworden²⁴. Auch der objektive Begriff des Fortschritts wird von vielen in Frage gestellt und durch den des Paradigmenwechsels ersetzt²⁵.

Betrachtete man im Lichte all dieser Entwicklungen die Mehrzahl der Vorträge und Diskussionen in New Orleans – nicht nur ihre Antworten, sondern vor allem ihre Fragestellungen –, so hätte man dagegen meinen können, die letzten hundert Jahre müßten mehr oder weniger spurlos vorübergegangen sein²⁶. Der Wind mag die Richtung geändert haben und aus Westen wehen,

²⁴ Allerdings nicht völlig; man denke nur an *Francis Fukuyama*, *The End of History* (1992); vgl. auch *Henry Hansmann/Reimier Kraakman*, *The End of History for Corporate Law*: Georgetown L.J. 89 (2001) 439–468.

²⁵ Grundlegend *Thomas Kuhn*, *The Structure of Scientific Revolution* (1962).

²⁶ Ähnliche Analyse zum Stand der Rechtsvergleichung schon bei *Ugo Mattei/Matthias Reimann*, Introduction: Am.J.Comp.L. 46 (1998) 597–606 (597f.).

aber es scheint immer noch derselbe alte Wind zu sein. Denn wie zwei rote Fäden zogen sich zwei Themen durch die Konferenz, die schon in Paris die Delegierten bewegt hatten²⁷ – die Eignung der Rechtsvergleichung für die Rechtsvereinheitlichung und die Vergleichbarkeit von »Civil Law« und »Common Law«. Daß das Recht soweit wie möglich vereinheitlicht werden sollte und daß Vereinheitlichung den eigentlichen »Erfolg« der Rechtsvergleichung darstelle, schien kaum zweifelhaft²⁸; unterschiedliche Ansichten schienen lediglich über den Weg zu bestehen – insbesondere die Frage nach legislatorischen oder nichtlegislatorischen, wissenschaftlichen oder jurisdizientellen Methoden – und über das mögliche Ausmaß, ob also eine vollständige Vereinheitlichung möglich sei, oder ob nicht bestimmte Bereiche doch nur sehr schwierig zu vereinheitlichen seien. Gegenüber 1900 konnte man für die Rechtsvereinheitlichung enorme Fortschritte feststellen: vor allem in der Europäischen Union, aber auch durch internationale Konventionen sowie durch die wissenschaftliche Herausbildung allgemeiner Grundsätze des Rechts. Auch in der zweiten Frage, der Vergleichbarkeit von Common Law und Civil Law, schien man einen Fortschritt gemacht zu haben: nicht nur Vergleichbarkeit, sondern sogar Ähnlichkeit wird mittlerweile ganz weitreichend bejaht²⁹. Anderer Ansicht zu beiden Fragen war – in New Orleans wie auch sonst schon immer – Pierre Legrand, der als zuverlässiger *advocatus diaboli* seine schon bekannten Ansichten darbrachte³⁰ und es so den Vertretern des Mainstream einfach machte, in der Ablehnung seiner Thesen einig zu sein und Differenzen untereinander daneben vernachlässigen zu können.

In anderen Bereichen schien sich in der Rechtsvergleichung wenig mehr geändert zu haben – auch der Kongreß in New Orleans war ein echter Wissenschaftskongreß. Zwar widmete man sich dem Thema »Comparative Law and Legal Practice«, aber auch hier saßen auf dem Podium nur Rechtswissenschaftler³¹. Das Thema »Comparative Law and Law-Making« wurde ebenfalls

²⁷ Vgl. *David S. Clark*, Nothing New in 2000?, *Comparative Law in 1900 and Today*: *Tul.L.Rev.* 75 (2001) 871–912.

²⁸ Kritisch war der Beitrag von *Tony Weir*, der leider in der *Tul.L.Rev.* nicht abgedruckt wurde. Anderer Ansicht auch *Pierre Legrand* (dazu Text bei N.30).

²⁹ Vgl. allein in *ZEuP Reinhard Zimmermann*, Der europäische Charakter des englischen Rechts: *ZEuP* 1993, 4–51; *James Gordley*, Common law und civil law: eine überholte Unterscheidung: ebd. 498–518; *Kötz* (oben N.3) 497–504; *Klaus Peter Berger*, Auf dem Weg zu einem europäischen Gemeinrecht der Methode: *ZEuP* 2001, 4–29 (17–20); anderer Ansicht *Geoffrey Samuel*, System und Systemdenken, Zu den Unterschieden zwischen kontinental-europäischem Recht und Common Law: *ZEuP* 1995, 375–397.

³⁰ *Pierre Legrand*, The Return of the Repressed: Moving Comparative Legal Studies beyond Pleasure: *Tul.L.Rev.* 75 (2001) 1033–1051. Vgl. zuvor *ders.*, Fragments on Law-as-Culture (1999); *ders.*, Le droit comparé (1999); in dieser Zeitschrift: *ders.*, Bespr. von Bernhard Großfeld, Kernfragen der Rechtsvergleichung (1996): *RabelsZ* 62 (1998) 314–324.

³¹ Aus der Anwaltschaft dagegen etwa die Mehrzahl der Beiträge in: *The International Practice of Law – Liber Amicorum for Thomas Bär and Robert Karrer* (1997); *Peter Herbel*, Der internationale Unternehmensjurist – ein vaterlandsloser Geselle?, in: *Schuldrecht*,

nicht etwa von Abgeordneten, Ministerialbeamten oder gar hauptamtlichen Richtern bestritten, sondern von Professoren, die sich mit den Professoren im Auditorium darüber einig waren, daß Praktiker viel von ihrem Fach lernen könnten. (Leider waren nur wenige Praktiker gekommen, um sich das zu Herzen zu nehmen.) Insofern kann es nicht überraschen, daß ein weitgehend autonomes Verständnis der Rechtswissenschaft als Wissenschaft vorherrschte; ein eigenständig rechtspraktisches Verständnis der Rechtsvergleichung konnte sich nicht recht entwickeln.

Mehr Neuerungen konnte man sich vom Thema »Comparative Law and New Subjects« versprechen. Was dann als »New Subject« auftauchte, war aber ein überraschend alter Hut: Verfassungs- und Verwaltungsrecht³². Während die Verwaltungsrechtsvergleiche tatsächlich ein eher selten behandeltes Gebiet ist³³ (das auch in New Orleans allenfalls gestreift wurde), gibt es jedenfalls Verfassungsvergleiche schon seit Aristoteles³⁴; weltweit ist kaum eine Verfassung ohne Vergleiche entstanden, und schon beim Pariser Kongreß 1900 waren dem Thema eine Vielzahl von Beiträgen gewidmet³⁵. Daß öffentliches Recht als »New Subject« behandelt wurde, läßt eher Schlüsse auf das zugrundeliegende Verständnis der Rechtsvergleichung zu: Neu ist das öffentliche Recht nämlich als Objekt der Rechtsvereinheitlichung oder -angleichung³⁶. Das ist nicht überraschend, denn Angleichung und Vereinheitli-

Rechtsvergleiche und Rechtsvereinheitlichung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, hrsg. von *Ingeborg Schwenzer* (1999) 1–19; *Hanns-Christian Salger*, Die Internationalisierung der Anwaltschaft – eine Betrachtung aus deutschem Blickwinkel: ebd. 89–106; sowie die Beiträge in: Eur. J.L. Reform 2 (2000) 391–775.

³² Vgl. dazu nur aus letzter Zeit *Christian Starck*, Rechtsvergleichung im Öffentlichen Recht: JZ 1997, 1021–1030; *Clifford Larsen*, The Future of Comparative Law: Public Legal Systems, Hastings Int.Comp.L.Rev. 21 (1998) 847–863; *Reiner Grote*, Rechtskreise im öffentlichen Recht: AöR 126 (2001) 10–60; vorher aber schon etwa die Beiträge zum Thema »Vergleiche im öffentlichen Recht« in: ZaöRV 24 (1964) 391–471. Zur Geschichte *Michael Stolleis*, Nationalität und Internationalität: Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht des 19. Jahrhunderts (1998).

³³ Schon die preußischen Verwaltungsreformen waren aber auf rechtsvergleichende Untersuchungen gegründet: *Lorenz von Stein*, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts mit Vergleichung der Literatur und Gesetzgebung von Frankreich, England und Deutschland (1870).

³⁴ *Aristoteles*, Politik⁸, übersetzt und hrsg. von *Olof Gigon* (1998) 2. Teil (1261a 25–30): »Da wir uns vorgenommen haben, zu untersuchen, welches von allen die beste staatliche Gemeinschaft ist für Menschen, die imstande sind, möglichst nach Wunsch zu leben, so müssen wir auch die anderen Staatsverfassungen in Betracht ziehen, sowohl diejenigen, welche in manchen Staaten [...] im Gebrauch sind, als auch diejenigen, welche von einzelnen vorgeschlagen worden sind, damit sich zeige, was an ihnen richtig und brauchbar ist.«

³⁵ *Maurice Deslandres*, Observations sur la fonction de la science du Droit comparé par rapport au Droit public, in Procès-verbaux I (oben N. 4) 355–364; *F. Larnaude*, Législation comparée et Droit public: ebd. 364–380; ferner mehrere Berichte zu zwei Einzelfragen: »Régime parlementaire et principe représentatif«: ebd. II 223–385, und »La représentation proportionnelle«: ebd. II 385–484.

³⁶ Vgl. noch *Lambert* (oben N. 20) 47: »Dans le cercle du droit comparé, instrument

chung öffentlichen Rechts setzt wohl ein der privatrechtlichen Weltgesellschaft entsprechendes öffentlichrechtliches Konzept voraus. Dieses läßt sich entweder in Staatenbünden finden – die Europäische Union (EU) ist das Paradebeispiel, aber auch die Welthandelsorganisation (WTO) bedeutet eine Annäherung – oder aber in der Binsenweisheit der Globalisierungsdebatte, daß Staaten immer mehr den gleichen ökonomischen Zwängen unterliegen wie Private und so ihren Status als souveräne und autonome Entscheider immer mehr verlieren³⁷. Eine entsprechend dem alten Verständnis auf Rechtsvereinheitlichung gerichtete Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht³⁸ kann daher erst dann »unpolitische«, reine Rechtswissenschaft sein, wenn man, entsprechend dem neoliberalen Globalisierungsverständnis, diesen Souveränitätsverlust aus der politischen in eine wirtschaftliche, von faktischen Notwendigkeiten und objektiv funktionellen Faktoren bestimmte, quasi-private Ebene verschiebt.

Wären die Fragestellungen der Rechtsvergleichung klar, so hätte es beim Thema »Comparative Law and education« nur um technische Fragen der Vermittlung gehen sollen. Diese ist traditionell ein Problem – Markesinis hat einmal, gerade im Hinblick auf die Ausbildung, die Rechtsvergleichung als »a subject in search of an audience« bezeichnet³⁹. Sah man allerdings in New Orleans, wie ausgerechnet bei diesem Thema die Meinungen auseinandergingen, so hatte man geradezu das umgekehrte Gefühl einer »audience in search of a subject«. Rechtsvergleichung als eigenes Fach oder als Methode jeder juristischen Disziplin, Fallmethode oder Institutionenvergleich, überblicksartige Darstellung einiger weniger Rechtsordnungen, Vergleich der Lösung von Einzelfragen in vielen Rechtsordnungen oder vertiefte Untersuchung bestimmter Probleme in wenigen Rechtsordnungen, Beschränkung auf nationale Rechtsordnungen oder Einbeziehung auch supranationalen Rechts – all das wurde vorgeschlagen und diskutiert. Hinter all diesen Konzepten verbergen sich nun Fragen auch zum Verständnis der Rechtsvergleichung, ihrer Methode und ihren Zielen, die zuvor kaum thematisiert wurden. Zudem kann man hier schon deshalb nicht alle verschiedenen Ansätze gleich bewerten, weil schon der Zeitmangel in der Ausbildung Präferenzen und Entscheidungen nötig macht. Ein wenig blitzte also auf, was man hätte diskutieren können.

d'unification ou de rapprochement, droit commun législatif, ne rentre que le seul droit privé.»

³⁷ Popularisiert etwa durch *Thomas L. Friedman*, *The Lexus and the Olive Tree, Understanding Globalization* (1999); deutsch: *ders.*, »Globalisierung verstehen – Zwischen Marktplatz und Weltmarkt« (1999). Eine differenziertere neue Analyse des Verhältnisses von Globalisierung und Recht ist *Klaus Günther/Shalini Randeria*, *Recht, Kultur und Gesellschaft im Prozeß der Globalisierung* (2001), im Internet unter <www.suchprozesse.de>.

³⁸ Ob Rechtsvereinheitlichung und -angleichung im *Privatrecht* unpolitisch ist, soll hier offenbleiben.

³⁹ *Basil Markesinis*, *Comparative Law, A Subject in Search of an Audience: Mod.L.Rev.* 53 (1990) 1–21.

IV. Ungestellte Fragen

Hat sich also wirklich in den letzten hundert Jahren in den Grundlagen der Rechtsvergleichung fast nichts geändert? Dieser Eindruck wurde in New Orleans bisweilen vermittelt – nicht so sehr, was die Antworten betrifft, wohl aber die Fragestellungen. Indes ist das vielleicht nicht verwunderlich, wenn man sieht, wie sehr die Struktur von klassischen, durch Paris vorgegebenen Ansätzen geprägt war. So handelte es sich bei den Rednern – wie in Paris 1900 – ausnahmslos um »white men«, die, bis auf zwei japanische Professoren mit US-amerikanischen Abschlüssen und einen Südamerikaner, auch sämtlich aus Europa oder Nordamerika stammten. Lediglich eine chinesische Delegation verteilte unaufgefordert ein paar Blätter zur Rechtsvergleichung in China, hielt eine nicht vorgesehene Ansprache und wurde höflich ignoriert. Andere Länder außerhalb der westlichen Welt waren offiziell gar nicht vertreten.

So gesehen erscheint auch verständlich, warum die akademische Frage nach Unterschieden und Gemeinsamkeiten zwischen Civil Law und Common Law eine so wichtige Position einnahm: Aus der Sicht des Tagungsorts, in der Mischrechtsordnung Louisiana gelegen⁴⁰, erscheint sie traditionell wichtig. Nachdem mittlerweile eine Fülle von Abhandlungen zur Frage existiert, mag man aber zweifeln, ob nicht andere Fragen wichtiger werden. Erstens ist zweifelhaft, inwieweit »Civil Law« und »Common Law« überhaupt (noch) einheitliche Konzepte beschreiben, ob nicht die Unterschiede zwischen den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen einerseits, zwischen englischem und US-amerikanischem Recht sowie dem Recht ehemaliger Commonwealth-Länder andererseits, entgegenstehen. Selbst im Rahmen des europäischen Privatrechts kann man zudem zweifeln, ob das Verhältnis zwischen Civil Law und Common Law nicht in der Bedeutung hinter dem Verhältnis des über lange Zeit gewachsenen »herkömmlichen« Privatrechts einerseits und dem marktorientierten Ansatz der Europäischen Gemeinschaft andererseits zurücksteht⁴¹. Blickt man schließlich über Europa und die USA hinaus auf das Verhältnis zwischen westlich geprägten Rechtsordnungen und »radikal anderen« Rechtstraditionen⁴², so rücken Civil und Common Law stark zueinander⁴³, und es stellen sich wesentlich größere Probleme. Diese

⁴⁰ *Vernon Palmer*, Louisiana – Microcosm of a Mixed Jurisdiction (1999).

⁴¹ Vgl. nur *Christian Joerges*, European challenges to private law: on false dichotomies, true conflicts and the need for a constitutional perspective: *Leg.Stud.* 18 (1998) 146–166 (149–152); *George A. Bermann*, Comparative Law in the New European Community: *Hastings Int.Comp.L.Rev.* 21 (1998) 865–869; ferner *Daniela Canoso*, The Missing View of the Cathedral, The Private Law Paradigm of European Legal Integration: *Eur.L.J.* 3 (1997) 3–32. Anderer Ansicht *Jürgen Basedow*, The Renaissance of Uniform Law: European Contract Law and its Components: *Leg.Stud.* 18 (1998) 121–145 = *Europarättslig Tidskrift* 2 (1999) 44–71.

⁴² *John H. Barton u. a.*, Law in Radically Different Cultures (1983).

⁴³ Vgl. etwa *Ugo Mattei*, Three Patterns of Law, Taxonomy and Change in the World's Legal Systems: *Am.J.Comp.L.* 45 (1997) 5–44.

Rechtstraditionen, die in New Orleans die Stelle des Außenseiters hätten übernehmen können wie in Paris das Common Law, kamen fast nicht vor. Für einige Bereiche der Rechtsvergleichung – insbesondere etwa die europäische Rechtswissenschaft und –vereinheitlichung – mögen sie tatsächlich entbehrlich sein. Insgesamt auf diese Rechtsordnungen als Objekt der Vergleichung zu verzichten⁴⁴, wäre aber nur dann vertretbar, wenn man dem Ansatz Lamberts folgte und nur Rechtsordnungen auf der gleichen Entwicklungsstufe oder mit gemeinsamer Geschichte vergliche. Eine solche beschränkte Rechtsvergleichung droht indes, zirkulär zu werden – die Erkenntnis von Gemeinsamkeiten ist logische Folge dessen, daß man von Anfang an nur Gleiches zur Vergleichung zugelassen hat.

Auch der zweite aus Paris übernommene Aspekt – die Eignung und Bestimmung der Rechtsvergleichung für die Rechtsangleichung und Rechtsvereinheitlichung – wird (jedenfalls außerhalb der Konferenz) längst nicht allgemein geteilt. Pierre Legrand ist hier zwar der Bekannteste aber bei weitem nicht der einzige, der sich für Pluralismus ausspricht – sei es wegen (und zugunsten) kultureller Eigenheiten⁴⁵ bzw. unter Berufung auf postmodernes Gedankengut⁴⁶, zugunsten eines Wettbewerbs der Rechtsordnungen⁴⁷, oder aus Gründen nationaler Souveränität bzw. in Europa des Subsidi-

⁴⁴ Eine neuere Ausnahme ist *H. Patrick Glenn*, *Legal Traditions of the World* (Oxford 2000). Vgl. auch *Nora V. Demleitner*, *Combating Legal Ethnocentrism*, *Comparative Law Sets Boundaries: Arizona State L.J.* 31 (1999) 737–762; *Comparative Law in Global Perspective*, hrsg. von *Ian Edge* (2001); gegen eurozentrische Rechtsvergleichung auch *Matthias Reimann*, *Stepping out of the European Shadow, Why Comparative Law in the United States Must Develop its Own Agenda: Am.J.Comp.L.* 46 (1998) 637–646.

⁴⁵ *Bernhard Großfeld*, *Kernfragen der Rechtsvergleichung* (1995); *Hugh Collins*, *European Private Law and the Cultural Identity of States: Eur.Rev. Priv.L.* 3 (1995) 353–365; *Comparing Legal Cultures*, hrsg. von *David Nelken* (1997); *Mark van Hoecke/Mark Warrington*, *Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law: Int.Comp.L.Q.* 47 (1998) 495–536; *Klaus Schurig*, *Europäisches Zivilrecht: Vielfalt oder Einerlei?*, in: *FS Großfeld* (1999) 1089–1111; *The Harmonisation of European Private Law*, hrsg. von *Mark van Hoecke & François Ost* (2000); *Carol Harlow*, *Voices of Difference in a Polyphonic Community, The Case for Legal Diversity Within the European Union* (2000) (Harvard Jean Monnet Working paper 3/00); *Glenn* (vorige Note) 318–338. Vgl. schon die Beiträge in: *Monismus oder Pluralismus der Rechtskulturen?*, hrsg. von *Peter Sack u. a.* (1991) (Rechtstheorie, Beiheft 12).

⁴⁶ *Janet E. Ainsworth*, *Categories and Culture, On the »Rectification of Names« in Comparative Law: Cornell L.Rev.* 82 (1996) 19–42; *Alessio Zaccaria*, *Il diritto privato europeo nell'epoca del postmodernismo*, in: *Mélanges Fritz Sturm II* (Liège 1999) 1311–1333; *J.H.M. van Erp*, *Europees Privaatrecht: Postmoderne dilemma's en keuzen, Naar een methode van adequate rechtsvergelijking* (1999) (englische Version in: *Electronic J. Comp. L.* 3.1, <www.law.kub.nl/ejcl>); *Erik Jayme*, *Rechtsvergleichung – Ideengeschichte und Grundlagen – Von Emerico Amari zur Postmoderne* (2000); *Ugo Mattei/Anna Di Robilant*, *The Art and Science of Critical Scholarship: Postmodernism and International Style in the Legal Architecture of Europe: Tul.L.Rev.* 75 (2001) 1053–1092 (der Artikel entspricht nicht Matteis Vortrag in New Orleans).

⁴⁷ *Anthony Ogus*, *Competition Between National Legal Systems, A Contribution of*

diaritätsprinzips. Vertreter eines juristischen Pluralismus hat es schon immer gegeben⁴⁸. Sie schlicht als rückständig einzustufen, wird nicht nur dem teilweise (nicht immer) hohen theoretischen Niveau ihrer Beiträge gerecht. Vor allem drückt sich in der Gegenüberstellung »rückschrittlicher« und »fortschrittlicher« Ansätze noch immer das genannte Hegel/Herdersche Geschichtsverständnis und der Fortschrittsgedanke des 19. Jahrhunderts aus, die mittlerweile jedenfalls zweifelhaft erscheinen und von denen Befürworter der Rechtsangleichung sich nicht unnötig abhängig machen sollten. Häufig argumentiert man daher für die Rechtseinheit mit funktionellen Argumenten: sie soll Transaktionskosten vermindern können. Aber dieses Argument bedarf genauer Prüfung von Nutzen und Kosten der Rechtsangleichung⁴⁹, und seine Berechtigung kann vielleicht auch nicht nur von Rechtsvergleichern (als einer nicht notwendig repräsentativen Gruppe aller Betroffenen) allein überprüft werden. Die Frage nach Einheit/Vielheit sollte also weiterhin als offen gelten⁵⁰.

Viele der genannten Beschränkungen beruhen auf dem kontinentaleuropäisch geprägten Verständnis der Rechtswissenschaft als autonomer Disziplin, als Wissenschaft (»science«)⁵¹. Auch das ist ein bei weitem nicht allgemein geteiltes Konzept. Die klassische Rechtsvergleichung scheint insofern, ganz entgegen ihrem Selbstverständnis, noch weit konservativer als sonstige Teile der Rechtswissenschaft. Das soziologische Element etwa, auf das man noch lange nach Saleilles große Hoffnungen setzte und das den Rechtsrealismus schon Anfang des Jahrhunderts prägte, bleibt bei der Rechtsvergleichung vielfach oberflächlich⁵². Comparative Law and Economics⁵³ gilt noch als neu-

Economic Analysis to Comparative Law: *Int.Comp.L.Q.* 48 (1999) 405–418; ähnlich auch in New Orleans der Beitrag von *H. Patrick Glenn*, *Comparative Law & Legal Practice, On Removing the Borders: Tul.L.Rev.* 75 (2001) 977–1002. Ausführlich dazu *Eva-Maria Kieninger*, *Institutioneller Wettbewerb und Binnenmarkt* (2001).

⁴⁸ Vgl. schon auf dem Pariser Kongreß den Beitrag von *André Weiss*, *Rôle, fonction et méthode du droit comparé dans le domaine du droit civil*, in *Procès-verbaux I* (oben N. 4) 347–354 (350f.), seinerseits unter Berufung auf Montesquieu.

⁴⁹ Noch immer klassisch *Paul Neuhaus/Jan Kropholler*, *Rechtsvereinheitlichung – Rechtsverbesserung?: RabelsZ* 45 (1981) 73–89; *Hein Kötz*, *Rechtsvereinheitlichung – Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele: RabelsZ* 50 (1986) 1–17.

⁵⁰ Die notwendige Koexistenz von Identität und Differenz (gerade auch) für die Rechtsvergleichung betonen *Vivian Grosswald Curran*, *Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law: Am.J.Comp.L.* 56 (1998) 43–92; *Ruth Sefton-Green*, *Compare and Contrast: monstre à deux têtes: Global Jurist Advances* 1/3 (2001) <www.be-gress.com/gj>.

⁵¹ *Xavier Blanc-Jouvan*, *Centennial World Congress on Comparative Law: Opening Remarks: Tul.L.Rev.* 75 (2001) 859–864 (863); *Konstantin Kerameus*, *Comparative Law and Comparative Lawyers: Opening Remarks: ebd.* 865–870 (866).

⁵² *Michael Martinek*, *Wissenschaftsgeschichte der Rechtsvergleichung und des Internationalen Privatrechts in der Bundesrepublik Deutschland*, in: *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, hrsg. von *Dieter Simon* (1994) 529–619 (552f.) mit weiteren Nachweisen. Positiver *Dieter Martiny*, *Rechtskultur – Berührungspunkte zwischen Rechtsso-*

es Fach, obwohl die ökonomische Analyse des Rechts schon viele Jahrzehnte alt ist und die von vielen ihrer Vertreter verwendeten wirtschaftswissenschaftlichen Methoden ihrerseits vielen Ökonomen schon lange als völlig veraltet gelten⁵⁴. Schon die ökonomische Theorie fehlte aber in New Orleans fast völlig. Andere Nachbardisziplinen der Rechtswissenschaft blieben – bis auf die Rechtsgeschichte, die traditionell eng mit der Rechtsvergleichung verknüpft ist⁵⁵ – ebenfalls ausgespart. So gibt es Ansätze, die Rechtsvergleichung mit Rechtsphilosophie bzw. Jurisprudence zu verbinden⁵⁶. Daß das Verhältnis zwischen Rechtsvergleichung und Kulturstudien oder Anthropologie mehr Bedeutung hat, wurde bereits gesagt. Daneben bestehen auch von der Kritischen Schule beeinflusste Ansätze⁵⁷. Schließlich fehlte fast allen Beiträgen in

ziologie und Rechtsvergleichung, in: *Soziologie des Rechts*, FS Blankenburg (1998) 421–430.

⁵³ *Richard Posner*, *Law and Legal Theory in England and America* (1996); *Ugo Mattei*, *Comparative Law and Economics* (1997); *Anthony Ogus*, *Economic Analysis and Comparative Law*, in: *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon* (1999) 169–178 (bespr. von *Remien*, *RabelsZ* 65 [2002] 161–163).

⁵⁴ *Mario Rizzo*, *The Mirage of Efficiency: Hofstra L.Rev.* 8 (1980) 641–658. In der US-amerikanischen Rechtswissenschaft ist der Trend zu »behavioral law and economics« erkennbar; man ersetzt den »rational man« durch ein mit Hilfe soziologisch-psychologischer Untersuchungen ermitteltes realistischeres Menschenbild; vgl. *Christine Jolls/Cass Sunstein/Richard Thaler*, *A Behavioral Approach to Law and Economics: Stanford L.Rev.* 50 (1998) 1471–1550; *Russell B. Korobkin/Thomas S. Ulen*, *Law and Behavioral Science, Removing the Rationality Assumption from Law and Economics: Cal.L.Rev.* 88 (2000), 1051–1144; *Behavioral Law and Economics*, hrsg. von *Sunstein* (2000); überblicksartig und kritisch *Tanina Rostain*, *Educating Homo Economicus: Cautionary Notes on the New Behavioral Law and Economics Movement: L. Soc.Rev.* 34 (2000) 973–1006.

⁵⁵ Vgl. nur die Beiträge in: *ZEuP* 1999, 494–641.

⁵⁶ *John Bell*, *Comparative Law and Legal Theory*, in: *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems*, FS Robert Summers (1995) 23–31; *Arthur Kaufmann*, *Vergleichende Rechtsphilosophie – am Beispiel der klassischen chinesischen und der klassischen abendländischen Rechtskultur*, in: FS Werner Lorenz (1991) 635–648; *William Ewald*, *Comparative Jurisprudence (I): What Was it Like to Try a Rat?: Penn.L.Rev.* 143 (1995) 1889–2149; *ders.*, *Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants: Am.J.Comp.L.* 43 (1995) 489–510; *William L. Twining*, *Law in Context: Enlarging a Discipline* (1997); *ders.*, *Globalisation and Legal Theory* (2000); *Geoffrey Samuel*, *Comparative Law and Jurisprudence: Int.Comp.L.Q.* 47 (1998) 817–836; *Mark van Hoecke*, *Ius commune en rechtstheorie: wat heeft de rechtstheorie te bieden aan de rechtsvergelijking?*, in: *Liber amicorum Walter van Gerven* (2000) 149–164.

⁵⁷ *Günter Frankenberg*, *Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law: Harv.Int.L.J.* 26 (1985) 411–455; Symposium: *New Approaches to Comparative Law: Utah L. Rev.* 1997, 255 ff.; siehe auch *P.G. Monateri*, »Everybody's Talking«, *The Future of Comparative Law: Hastings Int.Comp.L.Rev.* 21 (1998) 825–846; *Esin Öricü*, *Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition* (1999) (die den Begriff ausdrücklich weiter fassen will als die Critical Legal Studies; vgl. S. 13), auch in *Electronic J.Comp.L.* 4.1 (2000) <<http://law.kub.nl/ejcl>>; teilweise auch *G.P. Fletcher*, *Comparative Law as a Subversive Discipline: Am.J.Comp.L.* 46 (1998) 683–700; *Horatia Muir-Watt*, *La fonction subversive du droit comparé: Rev.int.dr.comp.* 52 (2000) 503–527.

New Orleans wie auch sonst in vielen rechtsvergleichenden Arbeiten jegliche Berücksichtigung eines politischen Elements, verstanden als Anerkennung von echten Entscheidungsmöglichkeiten und der Ergebnisrelevanz von politischen Machtverhältnissen und Entscheidungsstrukturen⁵⁸. Über Nutzen und Berechtigung all dieser Ansätze mag man geteilter Meinung sein. Vor allem fehlt bei allem theoretischen Niveau dieser neuen Ansätze häufig die Rückbindung an praktische Rechtsvergleichung; Kritiker herkömmlicher und Proponenten neuer Methoden verzichten viel zu häufig darauf, zu zeigen, wie ihre Methoden praktisch angewandt werden können und zu welchen – vielleicht neuen – Ergebnissen sie führen. Das mag es für die klassische Rechtsvergleichung leichter machen, diese Entwicklungen zu ignorieren. Aber ihre Existenz zeigt, daß die Autonomie der Rechtswissenschaft auch für die Rechtsvergleichung keine Selbstverständlichkeit mehr sein kann und der Begründung bedürfte, und jedenfalls eine solche Begründung hätte man sich von einer Grundagentagung erwünscht⁵⁹.

Dementsprechend herkömmlich sind auch die gewählten Anwendungsgebiete der traditionellen Rechtsvergleichung. Noch immer scheint sich die Rechtsvergleichung ganz überwiegend mit Fragen des klassischen Privatrechts zu befassen: Vertragsschluß, deliktische Haftung, ein wenig Sachenrecht. Es wäre vielleicht lohnend, darüber nachzudenken, woran das liegt – ob sich vielleicht das Instrumentarium der klassischen Rechtsvergleichung für andere Rechtsgebiete weniger eignet und welche anderen Instrumente das leisten könnten. Diese methodische Frage wird sich auf kurz oder lang schon deshalb stellen, weil in den genannten »klassischen« Bereichen mittlerweile ein sehr hoher vergleichender Kenntnisstand erreicht ist (wenn auch nicht zwangsläufig zugleich eine große Ähnlichkeit)⁶⁰ und der Blick notwendig auf andere Bereiche fallen muß. Das gleiche gilt für die Konzentration auf (nationale) Privatrechte. Der Vorschlag von Matthias Reimann, den Blick weg von den nationalen Rechtsordnungen zu erweitern und etwa auch das Recht der WTO zu berücksichtigen⁶¹, erntete wenig Verständnis. Allein das Recht der EU kam etwas besser weg, wenn auch hauptsächlich als Ergebnis

⁵⁸ Vgl. *Frances Olsen*, The Drama of Comparative Law: Utah L.Rev. 1997, 275–280; *David Kennedy*, New Approaches to Comparative Law: Comparativism and International Governance: Utah L.Rev. 1997, 546–637 (606–614, 622–629); *Jennifer Windner*, Comparative Politics and Comparative Law: Am.J.Comp.L. 46 (1998) 739–749. Einen doch sehr allgemeinen Zusammenhang zwischen politischem System und der Gestaltung nationalen öffentlichen Rechts formuliert *John C. Reitz*, Political Economy as a Major Architectural Principle of Public Law: Tul.L.Rev. 75 (2001) 1121–1157.

⁵⁹ Ausführliche Gegenkritik jetzt bei *Anne Peters/Heiner Schwenke*, Comparative Law Beyond Post-Modernism: Int. Comp.L.Q. 49 (2000) 800–834.

⁶⁰ Vgl. etwa zum europäischen Deliktsrecht *Nils Jansen*, Auf dem Weg zu einem europäischen Haftungsrecht: ZEuP 2001, 30–65.

⁶¹ *Matthias Reimann*, Beyond National Systems, A Comparative Law for the International Age: Tul.L.Rev. 75 (2001) 1103–1119.

der Rechtsvergleichung⁶², weniger als ihr Objekt. Um diese einzubeziehen, bedürfte es vielleicht einer mehrdimensionalen und damit komplizierteren Rechtsvergleichung, die dann aber für die hybride Mehrebenenstruktur des heutigen Rechts angemessener wäre⁶³.

V. Zur Zukunft der Rechtsvergleichung

Wird das kommende Jahrhundert nun »die Ära der Rechtsvergleichung«⁶⁴? Noch 1985 sprach Günther Frankenberg vom Cinderella-Komplex der Rechtsvergleicher, die sich mißverstanden und verachtet fühlten und meinten, ihre Bedeutung für die Rechtswissenschaft werde von den Kollegen nicht genügend gewürdigt⁶⁵. Tatsächlich hat die langjährige untergeordnete Bedeutung der Rechtsvergleichung die Disziplin in eine eigenartige Zwitterstellung gebracht: Einerseits war ihr Einfluß auf die Rechtspraxis, jedenfalls außerhalb der Gesetzgebung der westlichen Staaten, eher gering; das wirkte sich auch auf ihre Stellung innerhalb der Rechtswissenschaft aus. Andererseits konnte sie sich gerade deshalb auch weitgehend unbelastet vom Druck der Praxis in einer Art biologischer Nische eingraben und vielfach die methodischen Ansätze von 1900 mit sich tragen, weil sie sie – außer in Einzelfragen – nicht an der Welt erproben mußte.

Dieses Schattendasein ist seit einigen Jahren vorbei; Rechtsvergleichung ist *en vogue*⁶⁶. Nicht nur hat sich die sonstige Rechtswissenschaft in weit stärkerem Maße als bislang der Rechtsvergleichung angenommen und widmet vielen Themen rechtsvergleichende (oder wenigstens auslandsrechtliche) Seitenblicke. Auch in der Praxis ist die Vergleichung wichtig geworden; sie wird von Gesetzgebern (etwa in den osteuropäischen Transformationsstaaten) und Richtern⁶⁷ in zunehmendem Maße genutzt. Schließlich ist auch die Rechtsangleichung und -vereinheitlichung in Europa und weltweit wesentlich von der Rechtsvergleichung inspiriert worden. Das ist Grund für ein neues Selbstvertrauen der Disziplin, wie es in New Orleans zu spüren war.

⁶² Peter Schlechtriem, EC Directives, Common Principles, and Law Reforms: Tul.L.Rev. 75 (2001) 1177–1183.

⁶³ Vgl. Annelise Riles, Wigmore's Treasure Box: Comparative Law in the Era of Information: Harv.Int.L.J. 40 (1999) 221–283 (276–280).

⁶⁴ T. Koopmans, Comparative Law and the Courts: Int.Comp.L.Q. 45 (1996) 545–556 (556).

⁶⁵ Frankenberg (oben N. 57) 418 ff.; einschränkend *ders.*, Stranger than Paradise, Identity and Politics in Comparative Law: Utah L.Rev. 1997, 259–274.

⁶⁶ Vgl. die Länderberichte in: Rev.int.dr.comp. 51 (1999) 745–1071; erweitert auch als *L'avenir du droit comparé – Un défi pour les juristes du nouveau millénaire* (2000).

⁶⁷ The Use of Comparative Law by Courts, hrsg. von Ulrich Drobnig/Sjef van Erp (The Hague 1999).

Aber dieses Selbstvertrauen herrscht nicht überall. Zweifler bescheinigen der Rechtsvergleichung eine Midlife Crisis⁶⁸, geboren aus der Erkenntnis, daß die Zukunft unsicher und die Eignung der alten Methoden, sie zu meistern, zweifelhaft geworden sind. Tatsächlich führt die bloße Tatsache, daß die Welt zusammenwächst, ja keineswegs von selbst zu goldenen Zeiten für die Rechtsvergleichung. Vielmehr steht sie im Wettbewerb mit anderen Disziplinen, und ob sie diesen mühelos siegreich beenden kann, bleibt abzuwarten. Die vieldiskutierte Globalisierung etwa führt ja häufig nicht zu einem fruchtbaren Dialog verschiedener Rechtskulturen, sondern schlicht zur Amerikanisierung des Rechts in der Welt⁶⁹ (wobei natürlich das US-Recht seinerseits auf einem Dialog verschiedenster Kulturen und Ansätze beruht, also in gewisser Weise klassische Fragen der zwischenstaatlichen Rechtsvergleichung innerhalb einer Rechtsordnung reproduziert). Auch die etwa unter dem Dach der WTO entstehende internationale Rechtsordnung ist zum großen Teil keineswegs ein Ergebnis der Rechtsvergleichung, sondern scheint vielmehr teilweise schlicht die nationalen Regelungen des Stärkeren umzusetzen oder auf unsystematischen, politisch bedingten Kompromissen zwischen verschiedenen solchen Regelungen zu beruhen. Methodisch ist diese Blindheit für andere Rechtsordnungen nicht viel anders als der Positivismus des 19. Jahrhunderts. Auch die genannte Gegenrichtung, das Vernunft- oder Naturrecht, taucht bei der Rechtsvereinheitlichung in kaum veränderter Form wieder auf, wenn man (scheinbar) beste Lösungen abstrakt kreiert, ohne die reichen Erfahrungen praktisch bestehender Rechtsordnungen zu nutzen.

Die Rechtsvergleichung, die Verschiedenheit und Gemeinsamkeiten zugleich behandelt, droht da wieder, in der Mitte zerdrückt zu werden. Dabei hätte sie Wichtiges beizutragen, gerade wenn sie, wie sich abzeichnet, enger mit anderen Disziplinen wie etwa dem Internationalen Wirtschaftsrecht zusammenwächst⁷⁰: Sie kann nicht nur die Fülle verschiedener bestehender Ansätze präsentieren – das ist Auslandsrechtskunde, die schon 1900 als unwissenschaftlich abgelehnt wurde und mit den heutigen Informationsmöglichkeiten kaum noch einer Spezialdisziplin bedarf. Was die Rechtsvergleichung hier beitragen könnte, sind ihre Erfahrungen und Vertrautheit etwa mit dem Auf-

⁶⁸ *Edith Z. Friedler*, Shakespeare's Contribution to the Teaching of Comparative Law, Some Reflections on The Merchant of Venice: Louisiana L.Rev. 60 (2000) 1087–1102 (1087); ähnlich *Örücü* (oben N. 57) 4: »Comparative law is, dare I say it, still in a sorry state in 1999«.

⁶⁹ Vgl. *Ugo Mattei*, An Opportunity not to Be Missed, The Future of Comparative Law in the United States: Am.J.Comp.L. 46 (1998) 709–718.

⁷⁰ Bezeichnend ist etwa der Schritt der *ZvglRWiss.* zu einem »Archiv für internationales Wirtschaftsrecht«, vgl. *Sandrock* (oben N. 11); vgl. ferner *Richard M. Buxbaum*, Die Rechtsvergleichung zwischen nationalem Staat und internationaler Wirtschaft: *RabelsZ* 60 (1996) 201–236.

einandertreffen verschiedener Rechtskulturen und -systeme, ihre Erkenntnisse, inwieweit Unterschiede und Gemeinsamkeiten zufällig oder kulturbedingt sind, ihre vergleichenden Einsichten in das komplizierte Verhältnis zwischen konkreter Falllösung und deren systematisch-dogmatischer Herleitung, zwischen Rechtsregeln und Funktionen.

Es spricht daher einiges dafür, daß die Rechtsvergleichung sich in der Tat Klarheit über ihre Methoden, Ziele und Funktionen (und deren Angemessenheit für die heutige Welt) verschaffen sollte. In einer zusammenwachsenden Welt liegen die Probleme der Rechtsvergleichung weniger als früher im Zugang zu Informationen über fremde Rechtsordnungen (als den *Objekten* der Rechtsvergleichung) und mehr in deren Verarbeitung, also in der Frage der angemessenen Erkenntnis und Beschreibung wie auch der Vergleichung⁷¹ (als den *Prozessen* der Rechtsvergleichung). Man mag dabei nicht nur zweifeln, ob Einigkeit über Methoden und Ziele, wie sie in Paris als Ziel der Rechtsvergleichungswissenschaft zum ersten Mal angestrebt wurde und noch in New Orleans genannt wurde⁷², überhaupt möglich ist, sondern ob sie überhaupt wünschenswert ist. Nicht nur kann ein Methodenpluralismus, ganz ähnlich wie der Pluralismus der Rechtsordnungen, den eigenen Blick erweitern, sollte also gerade von Rechtsvergleichern begrüßt werden. Außerdem ist sehr wahrscheinlich, daß die verschiedenen Fragen, die sich der Rechtsvergleichung stellen, auch verschiedene methodische Ansätze erfordern. Wo etwa durch gemeinsame Prägung historisch bedingt ähnliche Grundüberzeugungen bestehen, wie etwa in Europa durch römisches Recht und Christentum, funktioniert Rechtsvergleichung eben anders als zwischen Gesellschaften, wo das nicht der Fall ist. Die Rechtsvereinheitlichung hat als normative Disziplin notwendig andere Methoden als eine deskriptive Rechtsvergleichung. Man mag daher ersterer vorwerfen, daß sie die Erkenntnisse der letzteren nicht ernstnimmt, aber es ist sinnlos zu verlangen, daß sie deren Methoden übernimmt. Schließlich können auch die alten Streitfragen der Rechtsvergleichung vielleicht zu interessanteren Ergebnissen führen, wenn man statt der Vorzüge für die eine oder die andere darauf mögliche Antwort die Struktur dieser Fragen selbst und der durch sie erzeugten Gegensätze untersucht. So läßt sich der abstrakte und etwas sterile Streit, ob verschiedene Rechtsordnungen »gleich« bzw. »ähnlich« oder »verschieden« sind, fruchtbarer nutzen, wenn man sich klarzumachen versucht, hinsichtlich welcher Kriterien das eine oder andere Attribut sinnvoll verwandt werden kann, so daß die Anerkennung einer fremden Rechtsordnung als *gleichzeitig* ähnlich und unterschiedlich sie besser zu verstehen ermöglicht. Auch der Streit um

⁷¹ Dazu zuletzt *Marie-Laure Izorche*, Propositions méthodologiques pour la comparaison: Rev.int.dr.comp. 2001, 289–325.

⁷² *Blanc-Jouvan* (oben N. 51) 863: »The more progress a science makes, the more crucial it becomes to reach a bare consensus on its goals and methods.«

die Ähnlichkeit von Civil Law und Common Law etwa ist vielleicht nicht mehr als solcher interessant, wohl aber insofern, als die Konstituierung einer Identität für jeden dieser beiden Rechtskreise ja ganz weitgehend gerade durch die Abgrenzung vom anderen erfolgt, so daß das »Civil Law« gerade konstitutiv ist für das »Common Law« und umgekehrt – und die gegenseitige Abhängigkeit dieser beiden Begriffe wiederum die Marginalisierung solcher Rechtsordnungen begründet, die zu keinem der beiden gehören. Letztlich kann man so vielleicht auch vermeiden, über der Vergleichung verschiedener Rechte zu vergessen, daß weltweit wohl der größere Gegensatz zwischen rechtlich regulierten Bereichen einerseits und vom Recht nicht erreichten Bereichen andererseits besteht, also eine Rechtsvergleichung nötig wäre, die auch das Nicht-Recht als Objekt einbezieht⁷³.

Das alles sind nur mögliche Fragestellungen. Wenn ein Mainstream der Rechtsvergleichung, der einen Großteil der Konferenz in New Orleans bestimmte, sich weniger mit den Grundlagen der Rechtsvergleichung schlechthin befaßt, sondern lediglich mit denen eines ganz bestimmten, seit 1900 nicht wesentlich veränderten Verständnisses der Rechtsvergleichung, muß dieses Verständnis nicht per se ungeeignet sein. Die traditionelle Rechtsvergleichung konnte in der Vergangenheit bedeutende Erfolge verbuchen, denen ihre Kritiker bislang noch wenig konkrete Ergebnisse ihrer eigenen Ansätze entgegenzusetzen vermögen. Aber gerade deshalb würde man sich eine Grundlagendiskussion wünschen, die anhand von Alternativen die Eignung dieses traditionellen Verständnisses auch für neue Fragen überprüft, damit die Rechtsvergleichung nicht Gefahr läuft, wieder irrelevant zu werden. Einem solchen Dialog verweigert sich aber die traditionelle Rechtsvergleichung noch weitgehend. So erhält der Ausspruch Rodolfo Saccos – »Les nouvelles sont bonnes« – jedenfalls für den Mainstream eine zwiespältige Bewertung. Gut mögen viele der Neuigkeiten sein, über die in New Orleans gesprochen wurde. Aber neu, das waren sie nicht.

⁷³ Mögliche rechtssoziologische Grundlagen bei *Brian Z. Tamanaha*, A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism: Electronic J.Comp.L.27 (2000) 296–321.

