

Juristische Kommentare: Ein internationaler Vergleich

Herausgegeben von
DAVID KÄSTLE-LAMPARTER,
NILS JANSEN und
REINHARD ZIMMERMANN

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

*Beiträge zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

133

Mohr Siebeck

Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht

133

Herausgegeben vom
Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Holger Fleischer, Ralf Michaels und Reinhard Zimmermann



Juristische Kommentare: Ein internationaler Vergleich

Herausgegeben von

David Kästle-Lamparter, Nils Jansen
und Reinhard Zimmermann

Mohr Siebeck

David Kästle-Lamparter ist Akademischer Rat a. Z. am Institut für Rechtsgeschichte der Universität Münster.

orcid.org/0000-0002-1437-1932

Nils Jansen ist Direktor am Institut für Rechtsgeschichte der Universität Münster.

orcid.org/0000-0002-3334-7786

Reinhard Zimmermann ist Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht und Professor an der Bucerius Law School, Hamburg.

orcid.org/0000-0003-0348-7929

ISBN 978-3-16-158338-4 / eISBN 978-3-16-158339-1

DOI 10.1628/978-3-16-158339-1

ISSN 0340-6709 / eISSN 2568-6577

(Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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

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

Printed in Germany.

Kommentare zum transnationalen Privatrecht

Grenzen der Entnationalisierung eines nationalen Modells

Ralf Michaels

I. Einleitung.....	395
II. Transnationales Privatrecht.....	396
III. Material.....	399
1. Kommentare zu bindendem transnationalem Privatrecht.....	399
2. Kommentare zu Privatkodifikationen.....	400
3. Kommentare zu Standard Terms.....	402
4. Kommentare zu ausländischem Privatrecht.....	402
IV. Kommentar und Referenztext.....	404
V. Diskursive und institutionelle Bezüge.....	405
VI. Form und Medialität.....	408
VII. Funktionen.....	409
1. Erläuterungsbuch.....	409
2. Wissensspeicher und Wissensfilter.....	410
3. Wissensorganisation, Wissensgestaltung, Kritik.....	411
4. Konkretisierung, Vermittlung, Stabilisation.....	412
5. Recht-Fertigung.....	413
VIII. Kommentare als Referenztexte?.....	414
IX. Schluss: Nationalität und Transnationalität.....	415

I. Einleitung

Der moderne Gesetzeskommentar ist eine primär deutsche Kulturleistung. Kommentare als wissenschaftliche Bearbeitungen von Gesetzestexten, Regel für Regel, Tatbestandsmerkmal für Tatbestandsmerkmal, finden sich ganz hauptsächlich im deutschsprachigen Raum – Deutschland, Österreich, Schweiz – und zu einem kleineren Teil in Nachbarländern wie den Niederlanden, weit weniger in Rechtsordnungen des *common law*. Dieser Kommentar deutscher Prägung ist ein Stück spezifisch deutsche Rechtskultur und drückt zugleich eine nationale Identität aus, die durch einen spezifisch wissenschaftlichen Ansatz an das Recht geprägt ist und so eine Arbeitsteilung ermöglicht zwischen wissenschaftlicher Aufarbeitung und Anwendung des Rechts.

Kästle-Lamparter hat indes in seinem Buch sorgsam gezeigt, dass diese nationale Tradition aus transnationalen Ursprüngen erwachsen ist.¹ Vor dem Nationalstaat waren die Referenztexte der Kommentarliteratur transnational im zugegeben anachronistischen Sinne – vor allem natürlich das *Corpus iuris*, aber auch etwa das *Decretum Gratiani*. Das *Corpus iuris* war ein nichtbindender Rechtstext, der – als „ratio scripta“ – im Mittelalter transnationale Wirksamkeit und Relevanz gerade auch dadurch erlangte, dass er transnational kommentiert und so auf die Gegenwart bezogen werden konnte. Wenn nun das Recht zunehmend wieder transnational wird, bedeutet das vielleicht, dass die spezifisch deutsche Form des Gesetzeskommentars obsolet wird (obwohl die Explosion von BGB-Kommentaren in Deutschland das nicht ganz wahrscheinlich macht). Aber ermöglicht die Transnationalisierung eine Rückkehr zu den Ursprüngen des Kommentars? Dieses Kapitel soll sich unter anderem auch dieser Frage nähern. Nach einer Arbeitsdefinition des Konzepts transnationalen Privatrechts und einer (notwendig unvollständigen) Bestandsaufnahme und Typologie existierender Kommentare zum transnationalen Privatrecht folgt es einer Reihe von Fragen, die *Kästle-Lamparter* und *Jansen* für frühere Projekte entwickelt haben.² Im Ergebnis bedeuten Kommentare zum transnationalen Privatrecht keine Rückkehr in die Vergangenheit; wohl aber liefern sie eine Fülle von Einsichten, die hoffentlich nicht ganz wertlos sind.

II. Transnationales Privatrecht

Der Begriff des transnationalen Privatrechts ist schillernd und vage; er wird mit ganz unterschiedlichen Bedeutungen verwendet.³ Das ist nicht überraschend. Mit transnationalem (Privat-)Recht wird nicht weniger benannt als ein Paradigmenwechsel im (Privat-)Rechtsdenken vom staatlichen Recht zu einem Recht nicht ohne, aber doch jenseits des Staates. Das heutige Recht ist dementsprechend nicht nichtstaatliches, sondern eben transnationales Recht, ein Recht, das Staaten und ihre Grenzen nicht ignoriert oder außen vor lässt, sondern sie vielmehr transzendiert.⁴ Innerhalb dieses Paradigmenwechsels lässt sich auch das staatliche Recht selbst verorten, nunmehr seinerseits verstanden als transnationales Recht (oder ein Teil davon).⁵

¹ *D. Kästle-Lamparter*, Welt der Kommentare, 2016.

² *N. Jansen*, Kommentare in Recht und Religion: Einführung, in: *D. Kästle/N. Jansen* (Hg.), Kommentare in Recht und Religion, 2014, 1–14, 3 f. Zum deutschen Recht wird dieser Fragenkatalog abgearbeitet bei *Kästle-Lamparter*, Welt der Kommentare (Fn. 1).

³ Siehe nur *P. Zumbansen* (Hg.), Oxford Handbook of Transnational Law, im Erscheinen.

⁴ Siehe *R. Michaels*, The Mirage of Non-State Governance, Utah LR 2010, 31–45.

⁵ *R. Michaels*, State Law as a Transnational Legal Order, UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law 1 (2016), 141–160.

Ein so weiter, allumfassender Begriff des transnationalen Privatrechts ist für ein Kapitel über Kommentare zum transnationalen Privatrecht nicht sinnvoll. Es könnte zwar reizvoll sein, das Verhältnis der Transnationalisierung des Privatrechts zur Form des Kommentars insgesamt zu untersuchen – wieweit auch nationale Kommentare transnationales Privatrecht aufnehmen, wie es *Basedow* schon vor über fünfundzwanzig Jahren für den Palandt hinsichtlich des Gemeinschaftsrechts gefordert hat,⁶ wieweit der nationale Kommentar seine Bedeutung verliert oder verändert, und so weiter. Vielleicht können die Erkenntnisse dieses Kapitels solche weitergehenden Überlegungen ermöglichen oder jedenfalls erleichtern. Thema des Kapitels selbst soll aber nicht die Transnationalisierung des Privatrechts insgesamt sein, sondern lediglich jenes Privatrecht, das nicht nationaler Art ist – und auch nicht gemeinschaftsrechtlicher, weil sich dort spezifische Probleme stellen.

Wodurch zeichnet sich das nationale Privatrecht aus, von dem hier transnationales Privatrecht unterschieden werden soll? Drei Eigenschaften nationalen Rechts, das im Kommentar verarbeitet wird, sind hier relevant. Erstens geht es um formales Recht in Form von *Rechtsregeln*. Wo Recht nicht in Regelform daherkommt, kommen Kommentare im engeren Sinne nicht in Frage – dafür muss dann, wie in Lehrbüchern zum englischen Privatrecht, das nicht in Regelform gefasste Fallrecht erst in Regeln übersetzt werden, die dann ihrerseits kommentiert werden können.⁷ Zweitens sind diese bindenden kommentierten Rechtsregeln entsprechend der Nationalisierung des Privatrechts im neunzehnten und zwanzigsten Jahrhundert traditionell *nationaler* Art: Kommentiert wird etwa das (deutsche) BGB, das (schweizerische) Obligationenrecht, und so weiter. Drittens schließlich betrifft der Kommentar traditionell *bindendes* Recht: Das Bedürfnis für die Kommentierung besteht primär darin, dass Rechtsunterworfenen und Rechtsanwender das Recht, das sie befolgen bzw. anwenden sollen, verstehen müssen.

Transnationales Privatrecht im hier verstandenen Sinne übernimmt das erste dieser Kriterien. Es geht also auch hier um die Kommentierung von Rechtsregeln. *Calliess* hat vorgeschlagen, jedenfalls im Rahmen des transnationalen Privatrechts auch Kommentare zu ungeschriebenem Recht mit einzubeziehen.⁸ Das machte es schwierig, den Kommentar von anderen Formen wissenschaftlicher Bearbeitung abzugrenzen.⁹ Es ist auch nicht nötig: Für eine Untersuchung des Kommentars ist das transnationale Privatrecht dort besonders interessant, wo es in Regelform vorkommt, ohne eigentlich bin-

⁶ *J. Basedow*, Euro-Zitrone für den Palandt, ZEuP 1 (1993), 456; zu notwendigen „Anpassungsleistungen“ auch *Kästle-Lamparter*, Welt der Kommentare (Fn. 1), 95 f.; zu Tendenzen in letzterer Zeit *loc. cit.*, 296. Allgemein *G.-P. Calliess*, Kommentar und Dogmatik im Recht, in *Kästle/Jansen*, Kommentare in Recht und Religion (Fn. 2), 381–392.

⁷ Siehe dazu *N. Jansen*, The Making of Legal Authority, 2010, 128 ff.

⁸ *Calliess*, Kommentar und Dogmatik in Recht (Fn. 6), 381–392, 381.

⁹ So auch *Kästle-Lamparter*, Welt der Kommentare (Fn. 1), 10.

dendes Gesetz oder Kodifikation zu sein. Nicht in Regeln gefasstes transnationales Privatrecht wie etwa die (ephemere) „*lex mercatoria*“ oder die (oft missverständene) „*Schari'a*“ lassen sich in weiterem Sinne kommentieren. In der hier vorausgesetzten Form des (Regel-)Kommentars ist das indes nur möglich, wenn sie in Regelform daherkommen, also etwa als UNIDROIT Principles¹⁰ oder in Form von Koran und Hadith.¹¹

Transnationales Privatrecht unterscheidet sich von nationalem Privatrecht hinsichtlich des zweiten Kriteriums: Es geht um Recht, das über Grenzen hinaus gilt oder jedenfalls gelten will.¹² Damit ist nicht nur zwischen- und überstaatliches sowie nichtstaatliches Recht umfasst. Zudem soll hier noch ein weiterer Typ Privatrecht als transnational bezeichnet und mitbehandelt werden, nämlich ausländisches Privatrecht. Ausländisches Privatrecht ist selbstverständlich nationales Privatrecht. Der transnationale Charakter resultiert hier aus der Verwendung. So ist lange Zeit etwa englisches Gesellschaftsrecht häufig auch für Gesellschaften in Deutschland zugrunde gelegt worden. Der transnationale Charakter kann sich aber auch schon aus dem Kommentar selbst ergeben, der durch seinen Blick über die Grenze das transnationale Element hinzufügt.

Hinsichtlich des dritten Kriteriums – der bindenden Kraft – muss man unterscheiden. Transnationales Privatrecht kann bindend sein, wie es etwa beim UN-Kaufrecht der Fall ist.¹³ Solches Recht unterscheidet sich wesentlich von nationalem bindendem Recht: Es muss verschiedene Rechtskulturen zusammenbringen, ohne dabei auf einen einheitlichen Regulierungsrahmen zurückgreifen zu können (wie er etwa dem französischen *Code Civil* und dem BGB zur Verfügung stand, die beide jedenfalls germanische und römische Rechtstraditionen zusammen bringen mussten, und wie er auch in geringerem Maße innerhalb der EU besteht). Zudem bedarf es zu seiner Durchsetzung regelmäßig nationaler Institutionen; es fehlt zumeist an einem Höchstgericht wie dem BGH oder der Cour de Cassation, die sowohl Einheitlichkeit in die Auslegung bringen als auch das Recht allgemein fortbilden könnten. All das hat Auswirkungen auf den Kommentar, wie sich zeigen wird.

¹⁰ Dazu unten III.2.

¹¹ Religiöse Rechte könnten als transnationales Recht verstanden werden (R. Michaels, Religiöse Rechte und postsäkulare Rechtsvergleichung, in R. Zimmermann [Hg.], Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung, 2016, 39–101, 56 f. m.w.N.) und daher zum Thema dieses Kapitels gehören. Weil aber gerade im Zusammenwirken von Recht und Religion ganz eigene Probleme auftreten, die zudem anderswo bereits breit aufgearbeitet sind (Kästle/Jansen, Kommentare in Recht und Religion [Fn. 2]), verzichte ich darauf.

¹² Dazu J. Basedow, Internationales Einheitsrecht im Zeitalter der Globalisierung, *RabelsZ* 81 (2017), 1–31.

¹³ Auch europäisches Privatrecht ist transnational, wird hier aber nicht mitbehandelt. Siehe dazu den Beitrag von J. Kleinschmidt, Kommentare im europäischen Privatrecht: Rezeption einer Literaturform, in diesem Band, 361–393.

Häufig ist solches transnationales Privatrecht aber nicht bindend. Nicht-bindend sind zum einen Privatkodifikationen¹⁴ regionaler Art (wie etwa die *Principles of European Contract Law* sowie andere regionale Projekte) oder auch weltweiter Art (wie etwa die UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts*). Nichtbindend sind zum anderen transnationale Standards, die sich – häufig über Einbeziehung als allgemeine Geschäftsbedingungen – so sehr durchgesetzt haben, dass sie sich gegenüber der Parteivereinbarung gewissermaßen objektivieren; Beispiele sind etwa die *Incoterms* oder das *ISDA Master Agreement*.¹⁵

III. Material

Eine Übersicht über Kommentare zum transnationalen Privatrecht in der oben gelieferten Definition zu erlangen ist nicht ganz leicht. Versucht werden soll es trotzdem. Dabei geht es hier weniger um Vollständigkeit und mehr darum, Besonderheiten der verschiedenen Typen zu identifizieren.

1. Kommentare zu bindendem transnationalem Privatrecht

Der erste identifizierte Typus des transnationalen Privatrechts ist internationales Einheitsprivatrecht. Hier steht das UN-Kaufrecht vorman, das in zahlreichen Sprachen kommentiert wurde.¹⁶ Auch das Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im Internationalen Straßenverkehr (CMR) ist sehr häufig kommentiert worden.¹⁷ Zu anderen Texten gibt es etwas weniger Kommentarliteratur.

Eine Besonderheit bei solchen Texten ist nun, dass es häufig einen quasi-offiziellen Kommentar einer verantwortlichen Stelle oder sogar des Rechtsetzers selbst gibt. Soweit ein solcher Kommentar im Entwurfsstadium oder zusammen mit dem Einheitsrechtstext entsteht, so wie der Sekretariatskommentar zum (damals im Entwurf befindlichen) UN-Kaufrecht,¹⁸ geht es da-

¹⁴ Zum Begriff *R. Michaels*, Privatautonomie und Privatkodifikation – Zu Anwendbarkeit und Geltung allgemeiner Vertragsrechtsprinzipien, *RabelsZ* 62 (1998), 580–626; begrifflich ähnlich jetzt *I.S. Jarass*, *Privates Einheitsrecht*, 2019, 8 ff.

¹⁵ *B.K. Jomadar*, *The ISDA Master Agreement – The Rise and Fall of a Major Financial Instrument*, 2007, <<https://ssrn.com/abstract=1326520>>.

¹⁶ *Staudinger/Magnus*, *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Neubearbeitung 2018, XI f. listet über dreißig Kommentare.

¹⁷ Siehe die Liste von Kommentaren und Handbüchern bei *K.-H. Thume* (Hg.), *Kommentar zur CMR*, 3. Aufl., 2013, 1257 ff.

¹⁸ *Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Prepared by the Secretariat (A/CONF. 97/5), in: *Official Records (A/CONF. 97/19)*, 14–66, online: <<https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/a-conf-97-19-ocred-e.pdf>>.

rum, in nicht bindender Form den Willen des Quasigesetzgebers gewissermaßen schon vorher festzustellen.¹⁹ Die Funktion eines quasioffiziellen Kommentars wird auch erfüllt von umfangreichen Präambeln oder erläuternden Berichten.²⁰ All das sind Nachkommen von Kommentierverboten: Kommentare können nicht verboten werden, aber der Rechtsetzer will doch zumindest die Gefahr, missverstanden zu werden, etwas reduzieren. Es gibt eine Reihe von Kommentaren, die von den Autoren des Rechtstextes selbst stammen, wie etwa bei den *Incoterms*.²¹ Das Phänomen ist indes nicht auf transnationales Privatrecht beschränkt. Manchmal kommentiert auch der Gesetzgeber selbst sein eigenes Gesetz (so wie das niederländische Justizministerium beim Obligationenrecht).²² Oder, noch weiter, der Wissenschaftler kommentiert den von ihm selbst entworfenen Gesetzestext, so wie *René David* hinsichtlich des von ihm entworfenen äthiopischen Obligationenrechts.²³

Dass der Rechtsetzer so darauf bedacht ist, die Bedeutung des eigenen Textes durch Kommentierung festzuschreiben, liegt auch daran, dass spätere Textänderungen eines Gesetzgebers zur Klarstellung im transnationalen Privatrecht aus institutionellen Gründen schwer möglich sind. Sofern ein solcher Text später entsteht, wie etwa die Sammlung der Stellungnahmen des CISG *Advisory Council*,²⁴ liegt darin der Versuch, die disparate Rechtsprechung zu bestimmten Fragen ohne Bindungskraft gewissermaßen durch die Schaffung von *focal points* zu vereinheitlichen. So verbinden sich die Funktion eines gesetzgeberischen Auslegungsgremiums, eines Höchstgerichts und eines wissenschaftlichen Kommentars.

2. Kommentare zu Privatkodifikationen

Separat zu sehen sind Kommentare zu nicht bindendem transnationalem Privatrecht, insbesondere Privatkodifikationen. Hier kann es nicht mehr darum gehen, den gesetzgeberischen Willen zu ermitteln, weil es keinen Gesetzge-

¹⁹ Zum regelmäßig kommentarähnlichen Aufbau erläuternder Berichte zu Übereinkommen vgl. *K. Linhart*, Internationales Einheitsrecht und einheitliche Auslegung, 2005, 219 f.

²⁰ *U.P. Gruber*, Methoden des internationalen Einheitsrechts, 2004, 178 f.; *Linhart*, Internationales Einheitsrecht (Fn. 19), 212 f., 219 f. und *passim*.

²¹ *International Chamber of Commerce*, Commentary on UCP 600: Article-by-article analysis by the UCP 600 Drafting Group, 2007; *M.F. Sturley et al.*, Rotterdam Rules, 2010, vii. Vgl. auch *F. Eisemann*, Die Incoterms heute und morgen, 1976 – Eisemann war Ehrenpräsident der ICC.

²² The Netherlands Civil Code Book 6 – The Law of Obligations – Draft Text and Commentary (ed. by the Netherlands Ministry of Justice).

²³ *R. David*, Commentary on Contracts in Ethiopia, 1973.

²⁴ *I. Schwenzler* (Hg.), The CISG Advisory Council Opinions, 2017; zur Institution auch etwa *J.D. Karton/L. de Germiny*, Has the CISG Advisory Council Come of Age?, *Berkeley Journal of International Law* 27 (2007), 448–495.

ber im eigentlichen Sinne gibt.²⁵ Dass zu nichtbindenden Rechtstexten gleichermaßen nichtbindende Kommentare erscheinen, bringt Rechtstext und Kommentar näher aneinander und verdient schon daher besondere Beachtung.

Stärker noch als bei Staatsverträgen sind bei Privatkodifikationen die Kommentare selbst schon Teil der Privatkodifikationen. Das ist der Fall beim nationalen Vorbild der meisten Privatkodifikationen, den US-amerikanischen Restatements, die ihren Regeln sowohl sogenannte „comments“ hinzufügen, in denen die Regeln erläutert werden, als auch sogenannte „reporter’s notes“, die das Material nennen und auch ausführen, inwieweit die Regel dem tatsächlich geltenden Recht entspricht. Bei den Diskussionen im American Law Institute, das diese Restatements verantwortet, geht es daher recht häufig darum, ob ein gefundenes Ergebnis in die Regel gehört oder in den *comment*; entschieden wird das anhand der Bedeutung des Ergebnisses. Ein ähnliches Muster mit *comments* und *notes* findet sich bei den PECL (wobei die *notes* anders als beim US Restatement nicht nach Themen, sondern nach Rechtsordnungen gegliedert sind).²⁶ Die UNIDROIT Principles enthalten demgegenüber nur *comments* und keine rechtsvergleichenden *notes*.²⁷ Die *comments* sollen hier integraler Teil des Regelwerks sein.²⁸

Noch überraschender ist im Grunde die Tatsache, dass es auch wissenschaftliche Kommentare von Privatkodifikationen gibt. Das umfangreichste Werk solcher Art ist der Kommentar von *Vogenauer* und *Kleinheisterkamp* (seit der zweiten Auflage nur von *Vogenauer*), der die UNIDROIT Principles auf mehr als 1500 Seiten Regel für Regel sowohl exegetisch als auch rechtsvergleichend kommentiert.²⁹ Andere kürzere Kommentare zu den Principles orientieren sich ganz wesentlich an diesem Werk.³⁰ Hier wird nichtbindendes

²⁵ *Jansen*, Making Legal Authority (Fn. 7), 6 f., spricht deshalb anstatt von Privatkodifikationen von nichtlegislativen Kodifikationen.

²⁶ *O. Lando*, Principles of European Contract Law: An Alternative to or a Precursor of European Legislation?, *RabelsZ* 56 (1992), 261–273, 267.

²⁷ *S. Vogenauer*, Introduction, in: ders. (Hg.), Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2. Aufl., 2015, Rn. 32. Kritisch deshalb etwa *Vogenauer*, *loc. cit.*, Rn. 23; *R. Michaels*, Preamble I, *loc. cit.*, Rn. 4; *R. Zimmermann*, Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription, 2002, 13; *J. Basedow*, Uniform Law Conventions and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, *Uniform LR* 2000, 129, 130 f.

²⁸ *M.J. Bonell*, Transnational Commercial Contract Law: An International Restatement of Contract Law, 3. Aufl., 2005, 62.

²⁹ *Vogenauer*, Commentary on the UNIDROIT Principles (Fn. 27). Vgl. zur Einordnung in die Gattung der Kommentarliteratur insbesondere die Besprechung der ersten Auflage 2005 (hg. von *Vogenauer* und *J. Kleinheisterkamp*) durch *N. Jansen*, *JZ* 2009, 1008 f.

³⁰ *R.B. Bobei*, Concise Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016, 2017; *E.J. Brödermann*, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2018; auch in *P. Mankowski* (Hg.), Commercial Law, 2019, 462–827.

Recht ganz wie bindendes behandelt. Bei anderen Kommentaren, die die Privatkodifikationen mit jeweiligem nationalem Recht vergleichen,³¹ sieht man das Bedürfnis, dem transnationalen Rechtstext einen „touchdown“ durch Rezeption im nationalen Recht zu ermöglichen.

3. *Kommentare zu Standard Terms*

Das wichtigste transnationale Privatrecht findet sich indes wohl nicht in Privatkodifikationen, sondern in *standard terms*. Einige dieser *standard terms*, wie etwa die *Incoterms*, haben eine Fülle von Kommentaren hervorgebracht.³² Auch das *ISDA Master Agreement* ist kommentiert worden.³³ Solche Kommentierungen (die es auch bei nationalen *standard terms* häufig gibt) erfüllen vor allem praktische Bedürfnisse; sie werden meist von Praktikern verfasst und haben typischerweise weniger wissenschaftlichen Anspruch. Behandelt werden praktische Problemfragen; Systematisierung steht demgegenüber häufiger hinten. Die *Incoterms* etwa bestehen im Grunde aus verschiedenen, teils identischen Klauselwerken für verschiedene Verteilungen von Vertragspflichten.³⁴ Die sich ergebenden Redundanzen zwischen unterschiedlichen *Incoterms* werden im Kommentar manchmal schlicht repliziert.³⁵

4. *Kommentare zu ausländischem Privatrecht*

Eine Besonderheit stellen schließlich Kommentare zu ausländischem Privatrecht dar, und zwar nicht nur Übersetzungen von Kommentaren aus dem Ursprungsland. Hier geht es darum, dass das ausländische Gesetz dem inländischen Benutzer nicht nur (etwa durch Übersetzung) zur Kenntnis gebracht sondern auch durch Kommentierung erläutert wird. Die Übergänge sind dabei oft fließend. So enthält etwa eine frühe Übersetzung des deutschen BGB ins Englische,³⁶ die ein chinesischer Jurist (und späterer Justizminister) während eines langjährigen Aufenthalts in den USA herstellte, eine Reihe recht kurzer und allgemeiner Kommentare in Form von Fußnoten (die ein Rezensent in-

³¹ Etwa *D. Busch et al.*, *The Principles of European Contract Law and Dutch Law*, 2002; *D. Busch et al.*, *The Principles of European Contract Law (Part III) and Dutch Law*, 2006.

³² Siehe die Liste bei *B. Piltz/J. Bredow*, *Incoterms*, 2016, XXI f.

³³ Field Fisher Waterhouse, *Commentary on the ISDA Master Agreement*, 2008.

³⁴ Siehe etwa *J. Bredow/B. Seiffert*, *Incoterms 2000*, 2000, 12 f.

³⁵ *Piltz/Bredow*, *Incoterms* (Fn. 32), Vorwort.

³⁶ *The German Civil Code. Translated and annotated with an Historical Introduction and Appendices* by *C.H. Wang*, 1907. Vgl. dazu *M. Dittmann*, *Das Bürgerliche Gesetzbuch aus Sicht des Common Law*, 2001, 190-195. Allgemein zum Autor *O. Spiermann*, *Judge Wang Chung-hui at the Permanent Court of International Justice*, *Chinese Journal of International Law* 5 (2006), 115-128; *Yu, Wei-xiung*, *Wang Chung-hui yu Jindai Zhongguo* [Wang Chung-hui und das moderne China], 1987.

haltlich scharf kritisierte).³⁷ Ähnlich allgemein ist ein englischer Kommentar zum japanischen Zivilgesetzbuch aus derselben Zeit.³⁸ Etwas umfangreicher ist die Kommentierung in den von 1927 bis 1939 entstandenen Bänden der Reihe „Die Zivilgesetze der Gegenwart“, die auch (bewusst kurze) rechtsvergleichende Hinweise enthalten.³⁹ Kürzer und nicht rechtsvergleichend ist die Kommentierung in einer deutschsprachigen Ausgabe des spanischen Zivilgesetzbuchs, in der auf Urteile spanischer Gerichte hingewiesen wird.⁴⁰ Die Autoren gehören manchmal der Ursprungsrechtsordnung an, häufiger aber der Zielrechtsordnung – und manchmal kommentieren auch italienische Juristen ein georgisches Gesetzbuch auf Englisch.⁴¹

Mehr für die Praxis gedacht sind Kommentare zum englischen *Companies Act*.⁴² Der Hintergrund für diese Praxis besteht darin, dass seit der Centros-Rechtsprechung des EuGH vielfach auch in Deutschland englisches Recht als Gesellschaftsstatut gewählt wurde. Ebenso zu werten sind ausländische Kommentare zu *Takeover Codes*.⁴³ Besonderes Interesse verdient indes ein neuer voluminöser englischsprachiger Kommentar zum BGB.⁴⁴ Der Kommentar ist einerseits für Benutzer konzipiert, die weder die deutsche Sprache noch das deutsche Recht beherrschen und betont daher funktionelle Grundzüge und vergleichende Einsichten.⁴⁵ Andererseits betonen die Herausgeber aber auch, ihr Werk sei in Form und Inhalt ganz wie ein deutscher Kommentar und exportiere daher auch ein Stück deutsche Rechtskultur (und „law made in Germany“).⁴⁶

³⁷ E.J. Schuster, A Chinese Commentary on the German Civil Code, *Journal of the Society of Comparative Legislation* 8 (1907), 247–249, 248 f.

³⁸ J.E. De Becker, *Commentary on the Commercial Code of Japan*, 3 Bde., 1913. De Becker praktizierte als Anwalt in Yokohama und heiratete, für die damalige Zeit ganz ungewöhnlich, eine Japanerin.

³⁹ Vgl. R.-U. Kunze, Ernst Rabel und das Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, 1926–1945, 2004, 153–155.

⁴⁰ W. Sohst, *Das spanische Bürgerliche Gesetzbuch*, 6. Aufl., 2019.

⁴¹ A. Borroni (Hg.), *Commentary on the Labour Code of Georgia*, 2014.

⁴² A. Schall (Hg.), *Companies Act*, 2014. Auf Anmerkungen beschränkt ist die Kommentierung in K. Degenhardt (Hg.), *Companies Act 2006*, 2010.

⁴³ G. Apfelbacher et al., *German Takeover Law: A Commentary*, 2002; G. Nyström et al., *The Swedish Takeover Code – An Annotated Commentary*, 2017 (hier wird in der Tat die Dreiteilung des US Restatement in Rule-comment-note (oben III.2) repliziert).

⁴⁴ G. Dannemann/R. Schulze (Hg.), *German Civil Code – Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*, Bd. 1: Books 1–3, 2020.

⁴⁵ G. Dannemann/R. Schulze, Introduction, in: dies., *German Civil Code (Fn. 44)*, Rn. 63.

⁴⁶ Dannemann/Schulze, Introduction (Fn. 45), Rn. 64.

IV. Kommentar und Referenztext

Im transnationalen Privatrecht ist das Verhältnis zwischen Kommentar und Referenztext ein Besonderes. Eine erste Besonderheit liegt darin, dass transnationales Privatrecht oft in mehreren Sprachversionen vorliegt. Die meisten Kommentare ignorieren das und beziehen ihre Kommentierung auf die übersetzte Fassung, weisen dann aber innerhalb der Kommentierung darauf hin, wenn die Sprache relevant wird. Manchmal wird die englische Originalfassung aller Normen mit abgedruckt, gefolgt von der Übersetzung.⁴⁷

Daneben stellt sich die Frage, wie umfassend der Referenztext kommentiert werden soll. Ihrer Natur gemäß beschränken sich solche Texte oft nicht auf Regeln: Sie haben zudem Präambeln, manchmal umfassende erläuternde Berichte, zum Teil sogar (wie die UNIDROIT Principles) ihre eigenen Kommentare und Anmerkungen. All das wird regelmäßig für bindend erklärt. Die Kommentarliteratur nimmt das nur teilweise auf. Präambeln werden oft kommentiert – sogar sehr umfangreich dort, wo ihnen eine wichtige Rolle zukommt. Im Kommentar von *Vogenauer* zu den UNIDROIT Principles etwa umfassen die beiden Kommentierungen der Präambel insgesamt 119 Seiten, während die meisten einzelnen Regeln auf nur wenigen Seiten kommentiert werden.⁴⁸ Erläuternde Berichte und auch interne Kommentare werden regelmäßig allenfalls innerhalb der Kommentierung einzelner Vorschriften kommentiert – freilich verzichten auch die Regelsetzer selbst oft auf den Abdruck dieser Kommentare.

Teilweise passt die traditionelle Form der Kommentierung nicht zur Struktur des transnationalen Privatrechts. Zu Redundanzen bei den *Incoterms* wurde schon oben berichtet.⁴⁹ Manchmal löst sich die Kommentierung von der Systematisierung und ähnelt durch eigene Struktur eher einem Lehrbuch.⁵⁰ Ähnlich ist es in Kommentaren zum Schiedsrecht, die unterschiedliche Regelungen verschiedener Institutionen in ihrer Konkordanz zusammenstellen und gemeinsam kommentieren. Insgesamt ist das Verhältnis zum Referenztext häufig etwas laxer als im deutschen Recht, was teilweise an der geringeren Bindungskraft liegen mag, teilweise aber auch daran, dass ausländische Wissenschaftler nicht der deutschen Kommentarkultur entstammen.

⁴⁷ So etwa *J. Ramberg/J. Herre*, *Internationella köplagen (CISG) – En kommentar*, 4. Aufl., 2016.

⁴⁸ *Michaels*, Preamble I (Fn. 27), 31–109 (79 Seiten); *M. Scherer*, Preamble II, in: *Vogenauer*, *Commentary on the UNIDROIT Principles*, (Fn. 27), 110–149 (40 Seiten). Länger als acht Seiten sind sonst nur drei Kommentierungen: Art. 1.6 (Interpretation and supplementation) mit 24 Seiten; Art. 1.7 (Good Faith and fair dealing) mit 21 Seiten; Art. 2.1.6 (Mode of acceptance) mit 15 Seiten.

⁴⁹ Oben III.3.

⁵⁰ *Ramberg/Herre*, *Internationella köplagen (CISG)* (Fn. 47).

V. Diskursive und institutionelle Bezüge

Wenn es stimmt, dass der Kommentar Bezüge herstellt zwischen dem Gesetzgeber (dessen autoritativer Text kommentiert wird), Rechtsprechung (deren Praxis maßgeblich eingeht) und Wissenschaft (die das geltende Recht systematisiert, Auslegungen vorschlägt, und ihrerseits auch oft für die Kommentierung verantwortlich ist), dann stellen sich im transnationalen Privatrecht Besonderheiten für alle drei Instanzen.

Ein Gesetzgeber fehlt im transnationalen Privatrecht. Selbst bindendes Privatrecht wie das UN-Kaufrecht wird nicht durch einen Gesetzgeber erlassen, sondern in staatsvertraglicher Form vereinbart. Schon wegen dieser völkerrechtlichen Verankerung des Einheitsrechts kommt der Wissenschaft eine besondere Bedeutung zu.⁵¹ Ähnlich ist es bei *standard terms*. Nichtbindende Privatkodifikationen schließlich sind selbst Produkte der Rechtswissenschaft; die wissenschaftsinterne Ausdifferenzierung in Quasigesetzgeber und Kommentator kann indes zur Legitimisierung der Privatkodifikation beitragen.

Bei der Rechtsprechung stellen sich ebenfalls Sonderprobleme. Zum einen ergeht Rechtsprechung zu transnationalem Privatrecht, das sich durchgesetzt hat – wie das UN-Kaufrecht – in unterschiedlichen Rechtsordnungen. Aufgabe gerade auch des Kommentars ist es hier, diese Rechtsprechung nicht nur zu sammeln, wie das für wichtige Texte des transnationalen Privatrechts geschieht,⁵² sondern auch in die Systematik des Kommentars aufzunehmen. In einigen Kommentaren wird der Zugang gerade auch zu ausländischen Quellen ermöglicht.⁵³ Andere Kommentare zitieren ausschließlich nationales Recht und behandeln damit das transnationale Recht, als wäre es Teil des nationalen; das mag oft daran liegen, dass sowohl Autoren als auch Adressaten Rechtsanwälte sind.⁵⁴ Bisweilen wird versucht, dies dadurch zu kompensieren, dass ausländische Rechtsprechung in separaten Länderberichten zusammengefasst wird.⁵⁵ Wirkliche Transnationalität wird so nicht erreicht.

⁵¹ In der umfangreichen Literatur zur einheitlichen Auslegung von Einheitsrecht fehlen indes regelmäßig Erwägungen zur systematisierenden Rolle der Wissenschaft; oft wird ihr Beitrag auf die Erstellung von vergleichenden Rechtsprechungsberichten beschränkt. Kurz immerhin *J.A. Bischoff*, Auslegung des internationalen Einheitsrechts, in: J. Basedow/K. J. Hopt/R. Zimmermann (Hg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, 2009, 126–130.

⁵² Siehe etwa die Ermittlungen zu einzelnen Texten bei *Linhart*, Internationales Einheitsrecht (Fn. 19).

⁵³ *Schlechtriem/Schwenzer* zum CISG; *Vogenauer* zu den PICC.

⁵⁴ Etwa *R. Herber/H. Piper*, CMR, 1996 (dort findet sich ein Angang mit kurzen Berichten zum innerstaatlichen Recht ausgewählter europäischer Staaten). Größere Beschränkung auf deutschsprachige Quellen etwa bei *W. Witz/H.-C. Salger/M. Lorenz*, Internationales Einheitliches Kaufrecht, 2. Aufl., 2016 (die Autoren sind deutsche Rechtsanwälte).

⁵⁵ So in *Thume*, Kommentar zur CMR (Fn. 17), 995 ff.

Kommentare zum ausländischen Recht, die sich – wie die meisten – auf Rechtsprechung aus dem kommentierten Recht beschränken, sind dabei nur beschränkt hilfreich: Wer einen Kommentar zum spanischen Zivilgesetzbuch auf Deutsch lesen muss, wird regelmäßig auch die Rechtsprechung nicht im spanischen Original lesen können. Hilfreicher wäre es, verstärkt auf in die Zielsprache übersetzte Materialien hinzuweisen (soweit diese existieren); das ist aber natürlich besonders anspruchsvoll.

Weitere Besonderheiten ergeben sich daraus, dass transnationales Privatrecht mehrere Rechtsordnungen und mehrere Sprachen verbindet. Letzteres führt dazu, dass einige Kommentare – oft ohne große Änderungen – in mehreren Sprachen erschienen sind, so etwa zum UN-Kaufrecht *Bianca/Bonell* in Italienisch und Englisch, *Schlechtriem/Schwenzer* sogar in fünf verschiedenen Sprachen (Deutsch, Englisch, Spanisch, Portugiesisch, Türkisch), ebenso zu den nichtbindenden *Incoterms Eisemanns* Kommentierung in Deutsch, Französisch und Spanisch.⁵⁶ Damit wird nicht nur ein weiterer Adressatenkreis erreicht. Zudem besteht die (nicht immer genutzte) Möglichkeit, jedenfalls stilistisch, ab und zu sogar inhaltlich auf Besonderheiten einzugehen.

Anders als der nationale Kommentar, der auf einer einheitlichen Rechtskultur aufbauen kann, muss der Kommentar zum transnationalen Privatrecht Unterschiede zwischen nationalen Rechtskulturen überwinden und zudem transnationales und jeweiliges nationales Recht miteinander verbinden. Gerade weil es ein Desiderat für transnationale Rechtstexte ist, neutrale Begriffe zu benutzen, die nicht einer bestimmten Rechtskultur entstammen, muss der Kommentator hier eine Erklärungsleistung erbringen, die im nationalen Kontext jedenfalls gegenüber ausgebildeten Juristen weniger unabdingbar ist.

Noch ungewöhnlicher ist das Verhältnis zwischen Kommentar und Referenztext beim nichtbindenden transnationalen Privatrecht. Hier fehlt es an der aus dem nationalen Recht bekannten Rollenteilung zwischen institutionell legitimiertem Rechtsetzer einerseits und wissenschaftlichem Kommentator andererseits. Herstellung des Referenztextes und Herstellung des Kommentars sind beides wissenschaftliche Tätigkeiten, teilweise unter Beteiligung derselben Personen. Es ist nicht überraschend, wenn einige nichtbindende Texte ihren eigenen Kommentar haben.⁵⁷ Überraschender ist vielleicht die Kommentierung nichtbindender Texte wie der UNIDROIT Principles durch Andere. Im Grunde handelt es sich hier um Wissenschaft über Wissenschaft. Vorbilder gibt es natürlich – auch bei Digestenkommentatoren kommentieren Juristen die Texte anderer Juristen –, aber das rechtfertigt sich doch jedenfalls

⁵⁶ F. Eisemann, Die Incoterms – Zur Klauselpraxis des internationalen Warenhandels – Allgemeine Einführung und Kommentar, 1976; ders., Usages de la vente commerciale internationale – Incoterms, 1. Aufl., 1972 (3. Aufl., 1988); ders., Incoterms – Los usos de la venta comercial internacional, 2. Aufl., 1985.

⁵⁷ Oben III.2.

durch den erheblichen Zeitraum, der zwischen Verfassen und Kommentieren vergangen ist. Die Kommentierung des nichtbindenden Rechtstextes behandelt diesen im Grunde als etwas Verbindlicheres, als er wirklich ist.

Kommentarverbote gibt es im transnationalen Privatrecht (selbstverständlich) nicht.⁵⁸ Die solchen Verboten zugrundeliegende Sorge, dass ein Kommentar nämlich die Autorität des Referenztextes selbst untergraben und dessen Bedeutung verändern könnte – eine Sorge, die sich von Justinian hin zu Napoleon finden lässt⁵⁹ – besteht im transnationalen Privatrecht in besonderer Weise, weil Rezeption und Kommentierung typischerweise im nationalen Kontext erfolgen. Insofern stellt das für das Einheitsrecht charakteristische Gebot autonomer Auslegung⁶⁰ ein partielles funktionales Äquivalent zum Kommentierverbot dar: Kommentierung ist nicht verboten, aber die nationalisierende Kommentierung wird wenigstens erschwert. Andererseits ist die Sorge des transnationalen Rechtsetzers oft weniger, dass sein Recht falsch ausgelegt wird, als dass es schlicht ignoriert wird. Insofern wird ihm der Kommentar oft eher nützlich sein: Man kann sagen, dass die Kommentierung den nichtbindenden Text nicht nur nicht schwächt sondern in seiner Bedeutung sogar verstärkt.⁶¹ *Michael Joachim Bonell*, der Hauptinitiator der UNIDROIT Principles, zeigte sich ursprünglich recht reserviert gegenüber dem großen Kommentar zu den Principles – auch weil diese dem Referenztext gegenüber nicht immer unkritisch sind.⁶² Mittlerweile ist er wohl ganz froh über diese wissenschaftliche Verarbeitung.

Trotzdem bleiben in der Rezeption, soweit man das sehen kann, Referenztext und Kommentar weitgehend getrennt. Die UNIDROIT Principles einerseits werden in der Praxis, wenn überhaupt, zwar als Referenztexte herangezogen aber nur selten ihrerseits der Auslegung unterworfen.⁶³ Der Kommentar zu den UNIDROIT Principles dient daher, soweit man sehen kann, zwar vielen als rechtsvergleichendes Kompendium, spielt aber kaum eine Rolle für die Auslegung der Principles selbst. Das gleiche gilt für die offiziellen *comments*, die auch fast keine Rolle spielen.

⁵⁸ Oben III.1.

⁵⁹ *H.-J. Becker*, Kommentier- und Auslegungsverbote, in: A. Erler *et al.* (Hg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 1. Aufl., Bd. 2, 1978, 963–974; *S. Vogenauer*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, Bd. 1, 2001, 581 ff.

⁶⁰ *Basedow*, Internationales Einheitsrecht im Zeitalter der Globalisierung (Fn. 12), 20 f.

⁶¹ Ebenso *Calliess*, Kommentar und Dogmatik (Fn. 6), 391.

⁶² *M.J. Bonell*, Bespr. von Vogenauer/Kleinheisterkamp (Fn. 29), Uniform LR 13 (2009), 415–417, 416 f. Dass der Autor eines quasilegislativen Textes selbst einen Kommentar dieses Textes rezensiert, ist etwas skurril.

⁶³ *Michaels*, Preamble I (Fn. 27), Rn. 108 ff.

VI. Form und Medialität

Bei der Form der Kommentare zum transnationalen Privatrecht ergeben sich nur wenige Besonderheiten gegenüber Kommentaren zum nationalen Privatrecht. Ebendiese Ähnlichkeit selbst macht aber eine Besonderheit aus. Der moderne Kommentar deutscher Prägung entstammt ja wesentlich dem Umgang mit der Kodifikation.⁶⁴ Seine Übertragung auf das bindende Einheitsrecht wie etwa das UN-Kaufrecht ist insofern noch einigermaßen unproblematisch, als das UN-Kaufrecht selbst in Form und Funktion in die europäische Kodifikationstradition einzuordnen ist. Das gilt in eingeschränktem Maße natürlich auch für Restatements wie die US Restatements oder PECL und UNIDROIT Principles.⁶⁵ Mangels Gesetzeskraft sind solche Privatkodifikationen aber keine echten Kodifikationen – es lässt sich sagen, dass sie die Form der Kodifikation ausleihen, so dass etwas von der Legitimität legislativer Kodifikationen auf sie abfärbt. Ihr Geltungsanspruch entspringt also nicht nur ihrer Qualität sondern ganz wesentlich auch ihrer Form.⁶⁶ Diese Legitimierung durch Form erweitert sich nun durch den Kommentar: Wenn der Kommentar zu den UNIDROIT Principles seinen nichtbindenden Referenztext behandelt „as we would treat a binding contract law“,⁶⁷ rückt er sie dadurch einem solchen bindenden Recht näher.⁶⁸ Anders gesagt: Wenn Recht das ist, was Juristen als Recht behandeln, so ist die Behandlung der Privatrechtskodifikation als Recht, die durch die Kommentierung erfolgt, ein weiterer Schritt der „Recht-Fertigung“.⁶⁹

Dabei ergibt sich die Legitimität von Referenztext einerseits und Kommentierung andererseits durch Ausdifferenzierung, die formal dargestellt wird. Das gilt auch bei bindendem Recht. Bemerkenswerterweise legen *Dannemann* und *Schulze* in ihrem neuen Kommentar zum BGB die vom Bundesjustizministerium im Internet veröffentlichte Übersetzung zugrunde, obwohl diese (anders als der deutsche Text) selbst nicht offiziell oder bindend ist, und obwohl in der Kommentierung die Übersetzung vereinzelt kritisiert und ver-

⁶⁴ Dazu *T. Henne*, Die Entstehung des Gesetzeskommentars in Deutschland im 19. und 20. Jahrhundert, in: *Kästle/Jansen*, Kommentare in Recht und Religion (Fn. 2), 317–329, 323–329; *Kästle-Lamparter*, Welt der Kommentare (Fn. 1), 209 ff.

⁶⁵ *N. M. Crystal*, Codification and the Rise of the Restatement Movement, Washington LR 54 (1979), 239–273; *Jansen*, Making Legal Authority (Fn. 7).

⁶⁶ *Jansen*, Making Legal Authority (Fn. 7).

⁶⁷ *S. Vogenauer/J. Kleinheisterkamp*, Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), 2009, viii.; wiederabgedruckt in *Vogenauer* (Fn. 27), x.

⁶⁸ *Jansen*, Bespr. von Vogenauer/Kleinheisterkamp (Fn. 29), 1008–1009, 1009; *Kästle-Lamparter*, Welt der Kommentare (Fn. 1), 97 f.

⁶⁹ *Jansen*, Making Legal Authority (Fn. 7), 75 f.; *Calliess*, Kommentar und Dogmatik (Fn. 6), 291 f.; *Kästle-Lamparter*, Welt der Kommentare (Fn. 1), 98.

bessert wird.⁷⁰ Die Überzeugung, dass der Kommentator den Text so zu nehmen hat, wie er ist, zwischen Referenztext und Kommentierung streng zu trennen, war hier offenbar wichtiger als das Bedürfnis, dem fremdsprachigen Benutzer den Text des BGB durch eine eigene Übersetzung so richtig wie möglich nahezubringen.

VII. Funktionen

In vielerlei Hinsicht erfüllen Kommentare zum transnationalen Privatrecht die gleichen Funktionen wie jene zum nationalen Privatrecht. Wenn hier der Fokus besonders auf Eigenheiten liegt, soll das nicht darüber hinwegtäuschen. Zudem finden sich hier naturgemäß die größten Unterschiede zwischen den verschiedenen Typen transnationalen Privatrechts.

1. Erläuterungsbuch

Eine erste Funktion des Kommentars ist die des Erläuterungsbuchs.⁷¹ Diese verändert sich beim transnationalen gegenüber dem nationalen Privatrecht in zweierlei Hinsicht.

Einerseits ist insbesondere bei nichtbindendem Recht die Erläuterung insofern weniger wichtig, weil der Text nur Referenz ist, aber nicht bindet. Ein gesetzgeberischer Wille, der ermittelt werden müsste, besteht nicht. Die UNIDROIT Principles etwa werden in der Regel in der Praxis als Referenzpunkte oder als Gesetzgebungsvorbilder herangezogen.⁷² Ihre Auslegung dagegen scheint in der Praxis fast vollständig irrelevant zu sein. Kommentare werden zu diesem Zweck offenbar nicht herangezogen.

Andererseits wird, insoweit es doch auf die Auslegung ankommt (also insbesondere bei bindendem Privatrecht) die Erläuterungsfunktion wichtiger. Während der Kommentar zum nationalen Privatrecht bei seinem Benutzer rechtskulturelle Vorprägung und Ausbildung im kommentierten Recht voraussetzen kann, ist das beim transnationalen Privatrecht seltener der Fall. Der Kommentar muss also der Benutzerin ein Recht erklären, das nicht ihr eigenes ist; er muss darüber hinaus unter Umständen den Text auch noch rechtsvergleichend einordnen. Deshalb erfolgt manchmal Vergleichung des transnationalen Privatrechts mit nationalem Recht.⁷³ (Das ist insbesondere so

⁷⁰ Dannemann/Schulze, Introduction (Fn. 45), Rn. 65.

⁷¹ Kästle-Lamparter, Welt der Kommentare (Fn. 1), 312.

⁷² R. Michaels, The UNIDROIT Principles as Global Background Law, Uniform LR 19 (2014), 643–668, 654 f, 656 f.

⁷³ D.K. Srivastava/G. Minkang, Tort Law in China – Commentary on the Tort Law of the People's Republic of China with Insights from the Common Law, 2013; siehe auch

bei Kommentaren zum ausländischen Recht.)⁷⁴ Teilweise erfolgt die Vergleichung implizit (man erkennt den nationalen Hintergrund des Autors oder den des präsumtiven Lesers).

Insoweit der Text auf rechtsvergleichender Vorarbeit beruht, kommt die Notwendigkeit hinzu, ihn rechtsvergleichend zu erklären. Oft finden sich in der Kommentierung auch unterschiedliche Sprachvarianten, insbesondere zur Behandlung von Unklarheiten, wenn nicht eine Sprachvariante primär ist. Bei einem derartigen Erklärungsbedürfnis überrascht es nicht, wenn jedenfalls für einige Texte der Kommentar immer noch die Ausnahme darstellt gegenüber einer nicht einzelregelbezogenen, allgemeineren lehrbuchartigen Einführung.

2. *Wissensspeicher und Wissensfilter*

Kommentare dienen als Wissensspeicher und Wissensfilter – sie entscheiden mit, was bewahrt und was vergessen wird. Im transnationalen Privatrecht hat das eine besondere Bedeutung. Einerseits ist insbesondere der transnationale Hintergrund vieler Referenztexte für den Benutzer nicht greifbar und nicht intuitiv. Beim UN-Kaufrecht etwa erstaunt den unbefangenen Beobachter das Fehlen einer Regelung über die Zinshöhe. Die meisten Kommentare verweisen auf die Uneinigkeiten zwischen den Parteien bei den Verhandlungen, wobei teilweise keine Gründe genannt werden,⁷⁵ teilweise das Schwergewicht auf die Opposition islamischer Länder gelegt wird⁷⁶, teilweise zudem auch auf unterschiedliche politische Vorstellungen westlicher Staaten abgestellt wird⁷⁷ und teilweise eine Fülle von Gründen genannt wird.⁷⁸ Die Entstehungsgeschichte

etwa *Witz/Salger/Lorenz*, Kaufrecht (Fn. 54), V, siehe etwa Art. 21 Rn. 1 (Vergleich mit § 150 BGB).

⁷⁴ Eigenartig insofern *E. Braun* (Hg.), German Insolvency Code, 2. Aufl., 2019: Nach einer Einleitung finden sich weitere kurze Länderberichte, inkl. Glossarium und Abdruck relevanter Gesetzestexte, mit weitgehend einheitlichen Titeln nach der Kommentierung bestimmter Vorschriften: nach Art 19 InsO („Requirements for Commencement of Bankruptcy Proceedings“); nach Art. 55 InsO („Insolvency Estate and Classification of Creditors“); nach Art. 79 InsO („Insolvency Administrators and Creditor Bodies“); nach § 128 InsO („Performance“); nach § 147 InsO („Avoidance in Insolvency“); nach § 168 InsO („Realisation“); nach § 173 InsO („Assets Subject to Rights to Separate Satisfaction“); nach § 186 („Acceptance of Claims“); nach § 269 InsO („Insolvency Plan“); nach § 269i InsO („Group Insolvency Law“); nach § 285 („Self-Administration“); nach §§ 312–314 (aufgehoben) („Consumer Bankruptcy“); nach § 334 InsO („Deceased’s Estate“); nach § 358 InsO („International Insolvency Law“).

⁷⁵ *Witz/Salger/Lorenz/Witz*, Kaufrecht (Fn. 54), Art. 78 Rn. 1; *Herber/Czerwenka*, CMR (Fn. 54), Art. 78 Rn. 6; *Staudinger/Magnus* (Fn. 16), Art. 78 Rn. 12; *K.H. Neumayer/C. Ming*, Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises – Commentaire, 1993, Art. 78 Rn. 2.

⁷⁶ *G. Reinhart*, UN-Kaufrecht, 1991, Art. 78 Rn. 4.

⁷⁷ *Schlechtriem/Schwenzer/Bacher* (Fn. 53), Art. 78 Rn. 2.

⁷⁸ *Bianca/Bonell*, Art. 78 Rn. 1.4.

macht einen großen Einfluss islamischer Länder (die wenn überhaupt die Regelungen zu Zinsen insgesamt ablehnten) eher unwahrscheinlich;⁷⁹ ein wenig betreiben Kommentare hier daher wohl auch Mythenbildung.

Darin zeigt sich zugleich die Gegenfunktion des Kommentars als Wissensfilter. Wichtig ist hier insbesondere das Ausfiltern nationaler Hintergründe bestimmter Regelungen, zum Nutzen autonomer Auslegung. Die Autoren der UNIDROIT Principles verzichteten ganz bewusst auf rechtsvergleichende Hintergrundinformationen, gerade um einen Rückgang auf die nationalen Quellen zu verhindern.⁸⁰ Ob das nützlich ist, mag man bezweifeln; wer es verneint, wird hoffen, dass ein Kommentar diese Genese und auch die Unterschiede zu nationalem Recht wiederherstellt.⁸¹

3. Wissensorganisation, Wissensgestaltung, Kritik

Kommentare zum transnationalen Privatrecht haben eine besondere Aufgabe in der Wissensorganisation und -gestaltung. Die dem deutschen Rechtskreis entlehnte Form des Kommentars selbst nähert den Referenztext im Verständnis dem deutschen Recht an. Kommentare aus dem *common-law*-Bereich sehen anders aus: Regelmäßig ist die Systematik in der Kommentierung weniger stringent;⁸² manche bestehen zu allergrößtem Teil aus Entstehungsgeschichte; manchmal wird ein Text nicht nach Artikeln sondern nur nach Kapiteln kommentiert.⁸³ Insgesamt geht es hier stärker um Zugang zu als primär angesehenen Quellen (Materialien, Rechtsprechung) als um eigenständige wissenschaftliche Kommentierungsleistung, was unterschiedliche Verständnisse von Recht und Dogmatik widerspiegelt. Ähnlich ist es bei der inneren Ordnung der Kommentierung: Deutsche Kommentatoren systematisieren die Kommentierung, solche aus dem *common law* listen oft eher einzelne Punkte auf.⁸⁴

⁷⁹ Ausführlich *A.F. Zoccolillo, Jr.*, Determination of the Interest Rate under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: General Principles vs. National Law, *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration* 1 (1997), 3–43. Hinzu kommt, dass die herrschende Meinung dann, wenn das Kollisionsrecht auf ein Recht mit Zinsverbot verweist, die Zinshöhe nicht bei null ansetzt, sondern stattdessen auf die Kreditkosten verweist; *Staudinger/Magnus* (Fn. 16), Art. 78 Rn. 17.

⁸⁰ *M. J. Bonell* (Fn. 28) 49.

⁸¹ *Vogenauer*, Introduction (Fn. 27), Rn. 23; *Michaels*, Preamble I (Fn. 27), Rn. 4.

⁸² Zum Beispiel *Y. Baatz et al.*, *The Rotterdam Rules: A Practical Annotation* 2009, siehe z. B. die Kommentierung zu Art. 6.1.

⁸³ *M. F. Sturley et al.*, *The Rotterdam Rules* (Fn. 21). Ganze Kapitel werden indes einzeln auch in Deutschland kommentiert, so im Historisch-Kritischen Kommentar zum BGB.

⁸⁴ Vergleiche etwa die Inhaltsverzeichnisse von *Vogenauer/Vogenauer* (Fn. 27), Art. 1.6 einerseits, *Vogenauer/Anderson* (Fn. 27), Art. 2.1.6, insb. unter III., andererseits.

Ähnliche Unterschiede finden sich schließlich auch bei der Bereitschaft von Kommentatoren, Meinungen zu äußern. Stärker als beim nationalen Recht geht es bei nichtbindendem oder ausländischem Recht zuvörderst um Zugang, nur nachrangig um Meinungsbildung. Dementsprechend ist auch die Zahl der Praktikerkommentare besonders groß. Wo Kommentare Meinungen äußern, können sie gerade im transnationalen Privatrecht deshalb erfolgreich sein, weil der Gesetzgeber wenig Änderungsmöglichkeiten hat. Kritik am Referenztext ist deshalb besonders wertvoll: Bei Staatsverträgen kann sie der Ratifizierung entgegenstehen, bei nichtbindendem Recht der Überzeugungskraft einer Vorschrift. Umgekehrt ist es sicherlich auch ein Verdienst der Kommentare zum UN-Kaufrecht, dem Vorurteil in der Praxis entgegenge wirkt zu haben, das UN-Kaufrecht sei erstens zu unklar und zweitens zu käuferfreundlich.

4. Konkretisierung, Vermittlung, Stabilisation

Die wichtigste Funktion des Kommentars zum transnationalen Privatrecht ist wohl die Konkretisierung des Textes. Bei nationalen Kodifikationen, die aus einer bestimmten Rechtstradition herkommen, kann auf diese Tradition bei der Konkretisierung zurückgegriffen werden; etwaige Verbote im Gesetzestext können das erfahrungsgemäß nicht verhindern.⁸⁵ Kodifikationen gehen damit unterschiedlich um. Bei transnationalem Privatrecht geht es dagegen typischerweise gerade darum, sich von solchen Traditionen loszulösen. Damit ist die Aufgabe der Konkretisierung hier besonders wichtig, die potentielle Rolle für Kommentare daher bedeutend.⁸⁶ Im UN-Kaufrecht ist das mittlerweile in beeindruckender Weise in der Kommentarliteratur geschehen. Bei anderen Texten, für die eine Fülle an Rechtsprechung fehlt, ist hier die Konkretisierung weitaus schwieriger zu leisten ohne die Gefahr, dass Kommentatoren doch wieder in nationale Stereotypen verfallen.

Konkretisierung heißt indes im transnationalen Privatrecht nicht nur Auslegung des Referenztextes, sondern zudem Herstellung des Anschlusses an den nationalen Kontext, innerhalb dessen der Text angewandt werden muss. Zudem ergibt sich die Notwendigkeit, den Anschluss an das nationale Recht (insbesondere das Prozessrecht) herzustellen. Das geschieht teilweise durch Vergleichung mit nationalem Recht, teilweise durch Darstellung der nötigen Besonderheiten. Überhaupt müssen Kommentare zum transnationalen Privatrecht längere Brücken bauen: zu fremder Rechtskultur und zu ausländischem Recht.

⁸⁵ Siehe nur zum BGB HKK/*Zimmermann*, Bd. 1, 2003, Einleitung 1, Rn. 13 ff.; zum französischen Code Civil *M. Ascheri*, A Turning Point in the Civil-Law Tradition: From *ius commune* to Code Napoléon, Tulane LR. 70 (1996), 1041–1051.

⁸⁶ Zu weitgehend allerdings *Jansen*, Bespr. von Vogenauer/Kleinheisterkamp (Fn. 29), 1008 f.: Die UNIDROIT Principles würden erst durch die im Kommentar geleistete Dogmatisierung zu praktisch anwendbarem Recht.

Transnationales Recht gilt teilweise nicht von selbst (nichtbindendes Recht), wird teilweise von der Praxis nicht selbstverständlich herangezogen (bindendes Recht) oder wird gefürchtet (ausländisches Recht). Damit hat der Kommentar oft auch die wichtige Funktion, die Anwendung des Rechtstextes überhaupt erst attraktiv zu machen, eine extreme Form der Stabilisierung der Autorität des Textes.⁸⁷ Umgekehrt bietet sich die Kritik des Textes transnationalen Privatrechts besonders an, da dieses ja ohne Wahl regelmäßig nicht automatisch gilt; die Kritik wirkt hier also weniger auf den Gesetzgeber ein und mehr auf den Rechtsnutzer. Schließlich ist die Erneuerungsfunktion besonders wichtig bei Staatsverträgen, die schwer legislativ geändert werden können: eine Funktion der dogmatischen Aufarbeitung,⁸⁸ die im Kommentar punktgenau geleistet werden kann. Teilweise ist hier allerdings noch große Zurückhaltung zu sehen, so etwa bei der bereits genannten Zinshöhe im UN-Kaufrecht, für die die Mehrheit weiter die Rechtsfortbildung mit Hinweis auf die bewusste Lücke bei der Verabschiedung ablehnt, obwohl die damaligen Gründe mittlerweile entfallen sind.⁸⁹ Vielleicht wird hier unbewusst der Staatsvertrag als weniger wissenschaftsnah und damit veränderbar angesehen als die nationale Kodifikation, die oft als zeitbezogenes und daher veränderbares Restatement angesehen wird.

5. *Recht-Fertigung*

Eine letzte Funktion besteht vielleicht nur beim transnationalen Recht. Transnationales Privatrecht, häufiger als nationales, wird oft von der Rechtsprechung ganz ignoriert. Das galt lange für das UN-Kaufrecht, das regelmäßig von Parteien abgewählt und auch sonst oft trotz der Anwendungspflicht von Gerichten ignoriert wurde. Es gilt immer noch für die UNIDROIT Principles, die trotz einer Fülle wissenschaftlicher Veröffentlichungen immer noch von Gerichten praktisch nie, von Schiedsgerichten ausgesprochen selten angewandt werden.⁹⁰ Hier entsteht ein Teufelskreis: Eben weil wenig Rechtsprechung existiert, weichen Parteien dem Text aus, so dass auch keine Rechtsprechung entstehen kann. Beim UN-Kaufrecht hat sich mittlerweile, auch durch die Leistung von Kommentaren, ein genügendes Maß an Rechtssicherheit gebildet.

Damit ergeben sich spezifische Funktionen für Kommentare zum transnationalen Privatrecht. Eine ist die Zugangsfunktion. So gibt es Kommentare,

⁸⁷ Vgl. *Kästle-Lamparter*, Welt der Kommentare (Fn. 1), 327.

⁸⁸ Zum Beispiel *U.P. Gruber*, Methoden des internationalen Einheitsrechts (Fn. 20).

⁸⁹ Für Anwendung des Art. 7.4.9 UNIDROIT Principles siehe etwa Nachweise in C. Brunner/B. Gottlieb (Hg.)/*M. Feit*, Commentary on the UN Sales Law (CISG), 2019, Art. 78 Rn. 12 m.w.N., Rn. 11 Fn. 2876; vorsichtiger mangels einheitlicher Kriterien Schlechtriem-Schwenzer/*K. Bacher* (Fn. 53), Art. 78 Rn. 28.

⁹⁰ Siehe *R. Michaels*, Global Background Law (Fn. 72).

die sich weitgehend auf Zugang zu den Materialien beschränken, was wohl (anders als bei nationalem Recht) nicht nur an der Neuheit der Texte liegt.⁹¹ Eine weitere ist die Werbefunktion. Der Kommentator wirbt für die Relevanz des Textes (und damit mittelbar auch wieder für die seines Kommentars).⁹² Eine dritte ist die Legitimierungsfunktion. Der Kommentar legitimiert den Referenztext: Indem er ihn wie geltendes Recht behandelt, macht er ihn zum potentiell geltenden Recht. Insofern hat *Calliess* recht: Insbesondere der Kommentar zum transnationalen Privatrecht hat nicht nur dienende Funktion, er fertigt selbst Recht.⁹³

VIII. Kommentare als Referenztexte?

Eine letzte Rolle des Kommentars, die *Jansen* und *Kästle-Lamparter* entwerfen, ist die als autoritatives Referenzwerk: „Der Kommentar wird faktisch zur Rechtsquelle.“⁹⁴ Für die Digesten, die zum Zeitpunkt der Rezeption Jahrhunderte alt waren, mag die *Glossa ordinaria* eine solche Rolle gespielt haben,⁹⁵ für die Kommentare zum deutschen BGB als Produkte der im deutschen Rechtskreis hochgeschätzten Rechtswissenschaft mag teilweise ähnliches gelten – insbesondere dort, wo ein bestimmter Kommentar eine Alleinstellung hat.⁹⁶

Im transnationalen Privatrecht gibt es diese Funktion weit weniger. Gewiss haben einige Kommentare großen Einfluss. Aber bei bindendem Privatrecht in Form von Staatsverträgen besteht, soweit ersichtlich, größere Hemmung als bei Kodifikationen, der wissenschaftlichen Behandlung durch einen Kommentar eine autoritative Stellung beizumessen. Bei nicht bindendem Privatrecht andererseits, seien es Privatkodifikationen oder *standard terms*, beruht die

⁹¹ *H. M. Holtzmann/J. E. Neuhaus*, A Guide to the UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration – Legislative History and Commentary, 1989; *H. M. Holtzmann et al.* (Hg.), A Guide to the 2006 Amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Legislative History and Commentary, 2015; weitgehende Beschränkung auf Materialien als Referenz auch in *P. Binder*, International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions, 3. Aufl., 2010.

⁹² Siehe etwa *Brödermann*, UNIDROIT Principles (Fn. 30), zur Empfehlung der PICC.

⁹³ *Calliess*, Kommentar und Dogmatik (Fn. 6), 392; *Kästle-Lamparter*, Welt der Kommentare (Fn. 1), 98.

⁹⁴ *Kästle-Lamparter*, Welt der Kommentare (Fn. 1), 333.

⁹⁵ Vgl. *S. Lepsius*, Auflösung und Neubildung von Doktrinen nach der Glosse – Die Dogmatik des Mittelalters, in: G. Essen/N. Jansen (Hg.), Dogmatisierungsprozesse in Recht und Religion, 2010, 55–94, 75 f.

⁹⁶ Zur Bedeutung des Palandt etwa *Kästle-Lamparter*, Welt der Kommentare (Fn. 1), 334; zur Bedeutung von Azo im Mittelalter („Chi non ha Azzo, non vada al palazzo“) *E. Landsberg*, Ueber die Entstehung der Regel *Quicquid non agnoscit glossa, nec agnoscit forum*, Diss. Bonn, 1879.

Geltung des Rechts auf privatautonomer Setzung und damit dem Willen von Parteien, den man, selbst wenn er oft nur hypothetisch ist, kaum durch die Auslegung in einem Kommentar ersetzen kann.

Die Autorität insbesondere von Kommentaren zu nichtbindendem transnationalem Privatrecht liegt anderswo. Wenn der Referenztext selbst nicht bindend ist, löst sich der Kommentar unter Umständen in der Bedeutung und wird eigenständiges Rechtsvergleichungskompodium, wie es etwa für den Kommentar von *Vogenaue*r zu den UNIDROIT Principles der Fall ist. Die Autorität eines solchen Kommentars ist dann die eines wissenschaftlichen Werkes in besonderer Form.

IX. Schluss: Nationalität und Transnationalität

Was lässt sich zum Schluss sagen? Kommentare zum transnationalen Privatrecht sind häufig. Trotz der bestehenden Unterschiede zwischen den kommentierten Referenztexten sowie zwischen den Kommentierungen lassen sich doch eine Menge von Besonderheiten gegenüber Kommentierungen nationaler Kodifikationen feststellen. Diese sagen viel aus, nicht nur über die Realität des Kommentars als transnationales Phänomen und die Realität des transnationalen Privatrechts. Sie zeigen umgekehrt auch auf, wie sehr der aus dem deutschen Rechtskreis bekannte Kommentar ein spezifisch deutsches Phänomen ist, das sich spezifisch in der deutschen Rechtskultur mit ihrer spezifischen Rolle für Gesetzgebung, Rechtsprechung und Wissenschaft gebildet hat, und nicht ohne weiteres in den transnationalen Raum übertragbar ist.

Dass der Kommentar trotzdem den Schritt in das transnationale Privatrecht geschafft hat, bedeutet nicht eine völlige Transnationalisierung des Kommentars. Insgesamt bleibt der Kommentar weitgehend, wenn auch nicht länger ausschließlich, ein deutsches Phänomen, freilich eines, das exportiert wird.⁹⁷ Die meisten Kommentare zum transnationalen Privatrecht sind deutsch oder aus dem Deutschen übersetzt, oder beruhen bevorzugt auf Autoren aus dem deutschen Rechtskreis. Kommentare zum ausländischen Recht andererseits sind mehrheitlich entweder deutsche Kommentare oder Kommentare zum deutschen Recht. Erst in letzter Zeit nimmt diese Vorrangstellung etwas ab.

Knüpft trotzdem – im „postnationalen Zeitalter“ – der Kommentar zum transnationalen Privatrecht damit wieder an die Tradition des Kommentars zum transnationalen im „pränationalen“ Mittelalter an? Wohl eher nicht. Im Mittelalter waren bestimmte Referenztexte – etwa die *Digesten* – universell akzeptiert: Dogmatik musste sich im Verhältnis zu ihnen entwickeln. Das ist für heutiges transnationales Privatrecht nicht mehr der Fall: Bindendes Recht wird als kontingent verstanden, nichtbindende Privatkodifikationen als immer

⁹⁷ *Kästle-Lamparter*, *Welt der Kommentare* (Fn. 1), 96.

nur vorläufig. Der Kommentar hat hier häufig die bescheidenere Hauptfunktion, in einer als unübersichtlich empfundenen globalen Rechtsrealität Ordnung herzustellen oder zumindest vorzutäuschen. Insofern ist er, wie die Kommentare des Mittelalters und des frühen 20. Jahrhunderts, ein Kind seiner eigenen Zeit.