

Iurium itinera

Historische Rechtsvergleichung und
vergleichende Rechtsgeschichte

Historical Comparative Law and
Comparative Legal History

*Reinhard Zimmermann zum 70. Geburtstag
am 10. Oktober 2022*

Herausgegeben von

Nils Jansen und Sonja Meier

in Verbindung mit

Gregor Christandl, Walter Doralt,
Birke Häcker, Phillip Hellwege,
Jens Kleinschmidt, Johannes Liebrecht,
Sebastian Martens, Jan Peter Schmidt
und Stefan Vogenauer

Mohr Siebeck

ISBN 978-3-16-161486-6 / eISBN 978-3-16-161487-3
DOI 10.1628/978-3-16-161487-3

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.

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen 2022. www.mohrsiebeck.com

© Nils Jansen, Sonja Meier (Hg.); Beiträge: jeweiliger Autor/jeweilige Autorin.

Dieses Werk ist seit 10/2024 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/>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung der jeweiligen Urheber unzulässig und strafbar.

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

Printed in Germany.

Internationales Privatrecht als Rechtsvergleichung

Die kollisionsrechtlich-vergleichende Methode

Ralf Michaels

I.	Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung	150
1.	In der Schule von <i>Ernst Rabel</i>	150
2.	Zusammenhänge	153
3.	Die erste These: Internationales Privatrecht als Rechtsvergleichung	155
4.	Die zweite These: Der Mehrwert des internationalen Privatrechts	156
II.	Das Verstehen ausländischen Rechts	157
1.	Verstehen als Frage der Rechtsvergleichung	157
2.	Verstehen als Frage des internationalen Privatrechts	158
3.	Der Mehrwert des internationalen Privatrechts	160
III.	<i>Law in the books</i> und <i>law in action</i>	161
1.	Das ausländische Recht in der Rechtsvergleichung	161
2.	Das ausländische Recht im internationalen Privatrecht	163
3.	Der Mehrwert des internationalen Privatrechts	163
IV.	Funktionale Rechtsvergleichung	164
1.	Funktionale Methode in der Rechtsvergleichung	164
2.	Funktionale Vergleichung im internationalen Privatrecht	165
3.	Der Mehrwert des internationalen Privatrechts	167
V.	Kulturalistische Rechtsvergleichung	168
1.	Kultur in der Rechtsvergleichung	168
2.	Kultur im internationalen Privatrecht	169
3.	Der Mehrwert des internationalen Privatrechts	170
VI.	Die Formulierung allgemeiner Rechtsbegriffe	171
1.	Allgemeine Rechtsbegriffe in der Rechtsvergleichung	171
2.	Allgemeine Rechtsbegriffe im internationalen Privatrecht	172
3.	Der Mehrwert des internationalen Privatrechts	174
VII.	Die kollisionsrechtlich-vergleichende Methode	175

I. Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung

1. In der Schule von Ernst Rabel

Unter dem Titel „In der Schule von Ludwig Mitteis“¹ demonstrierte *Reinhard Zimmermann* 1999 eindrücklich die wissenschaftlichen Ursprünge *Ernst Rabels*, des „Vater[s] der modernen Rechtsvergleichung in Deutschland“, in der Rechtsgeschichte.² *Zimmermann* verband damit ein Plädoyer für das Zusammenführen von Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung zu einer historisch-vergleichenden Methode.³

In Person und Werk *Rabels* verbindet sich die Rechtsvergleichung nun nicht nur mit der Rechtsgeschichte, sondern auch mit dem internationalen Privatrecht. *Jürgen Basedow* etwa beschreibt bei *Rabel* nach der Entwicklung vom römischen Recht zur Rechtsvergleichung eine weitere Entwicklung zum internationalen Privatrecht,⁴ und *Ulrich Drobnig* weist darauf hin, dass die Rechtsvergleichung bei *Rabel* das gemeinsame methodische Band liefert, das Rechtsgeschichte, Rechtsvereinheitlichung und eben internationales Privatrecht verbindet.⁵ Schon *Rabels* früher bahnbrechender Aufsatz zur Qualifikation,⁶ in dem etwa *Michele Graziadei* die Ursprünge der funktionalen Rechtsvergleichung erblickt,⁷ zeigt

¹ *R. Zimmermann*, „In der Schule von Ludwig Mitteis“ – Ernst Rabels rechtshistorische Ursprünge, *RabelsZ* 65 (2001), 1–38.

² Dazu nach *Zimmermann* ausführlich *T. Utermark*, Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung bei Ernst Rabel, 2005; zu Rabel seitdem auch etwa *D. Coester-Waltjen*, Ernst Rabel: Ein Leben für die Rechtsvergleichung, in: P. Landau/H. Nehlsen (Hg.), *Große jüdische Gelehrte an der Münchener Fakultät*, 2001, 77–96; *S. Hofer*, Rabel, Ernst, in: *Neue deutsche Biographie*, hg. von der Historischen Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Bd. 21 (2003), 64–65; *G. Kegel*, Ernst Rabel, *IPRax* 2007, 1–4; *R.-U. Kunze*, Ernst Rabel und das Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, 1926–1945, 2004; *U. Drobnig*, Die Geburt der modernen Rechtsvergleichung – Zum 50. Todestag von Ernst Rabel, *ZEuP* 13 (2005), 821–831; *O. Lando*, Ernst Rabel (1874–1955), in: *Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin*, 2010, 605–626; *J. Stagl*, Eine Flucht nach Rom: Der geistige Weg Ernst Rabels, *TR* 79 (2011), 533–552; *J. Basedow*, Rabel, Ernst, in: *ders./G. Rühl/F. Ferrari/P. de Miguel Asensio* (Hg.), *Encyclopedia of Private International Law*, 4 Bde., 2017, Bd. 2, 1460–1466.

³ Grundlegend *R. Zimmermann*, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1990; *ders.*, Das römisch-kanonische *ius commune* als Grundlage europäischer Rechtseinheit, *JZ* 1992, 8–20.

⁴ *Basedow*, Rabel (Fn. 2), 1462–1464 (auch zur Entwicklung von römischem Recht und Rechtsvergleichung zum Völker- und Einheitsrecht).

⁵ *Drobnig*, Geburt (Fn. 2), 824, 829.

⁶ *E. Rabel*, Das Problem der Qualifikation, *RabelsZ* 5 (1931), 241–288.

⁷ *M. Graziadei*, The functionalist heritage, in: P. Legrand/R. Munday (Hg.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, 2003, 100–127, 104–106; noch früher (bei Franz Kahn) sieht den Ursprung *M. Gebauer*, Zu den methodischen Ursprüngen funktionaler Rechtsvergleichung – Sachnorm, Kollisionsnorm und Qualifikation, in: *Festschrift für Herbert Kronke*, 2020, 813–833.

diese Verbindung, und *Rabels* spätere Arbeiten zum internationalen Privatrecht sind durchweg von der Rechtsvergleichung beeinflusst. Ihre Krönung fand das Zusammendenken in *Rabels* vierbändiger vergleichenden Studie zum internationalen Privatrecht,⁸ das in Anspruch, Breite und Tiefe seinem historisch-vergleichenden „Recht des Warenkaufs“ nicht nachstand⁹ und dem *Konrad Zweigert* und *Gerhard Kegel* voraussagten, es werde für das internationale Privatrecht des 20. Jahrhunderts die gleiche Bedeutung erhalten wie die Monographien von *Story* und *Savigny* für das neunzehnte.¹⁰

Das hat sich freilich nicht bewahrheitet – weder in den USA,¹¹ noch in Europa. Im Zusammendenken lag *Rabel* nicht mehr im Trend der Zeit nach dem 2. Weltkrieg. Denn nachdem sich die Rechtsvergleichung schon um 1900 von der Rechtsgeschichte zu emanzipieren begann,¹² erfolgte die Emanzipation vom internationalen Privatrecht wenig später. Das 1926 gegründete Kaiser-Wilhelm-Institut, das *Rabel* als Gründungsdirektor leitete, war noch (in Parallele zur Doppelwidmung des Schwesterinstituts „für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht“) eines „für ausländisches und internationales Privatrecht“;¹³ die Bezeichnung hat das Max-Planck-Institut übernommen.¹⁴ In der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts lagen jedenfalls in Deutschland beide Disziplinen noch eng beieinander.¹⁵ Für *Rabel* dürfte sich die Beziehung maßgeblich daraus ergeben haben, dass sich sowohl das von ihm gegründete Münchener Institut für Rechtsvergleichung als auch später das Kaiser-Wilhelm-Institut in intensiver Gutachtenpraxis für Gerichte mit ausländischem Recht im Zusammenhang mit dem internationalen Pri-

⁸ *E. Rabel*, *The Conflict of Laws – A Comparative Study*, Bd. 1–4, 1. Aufl. 1945 ff; Bd. 1–3, 2. Aufl., 1958 ff.

⁹ *E. Rabel*, *Das Recht des Warenkaufs*, 2 Bde., 1936 und 1957; *H. Rösler*, *Siebzig Jahre Recht des Warenkaufs von Ernst Rabel*, *RabelsZ* 70 (2006), 793–805.

¹⁰ *K. Zweigert*, *Die Dritte Schule im internationalen Privatrecht*, in: *Festschrift für Leo Raape*, 1948, 35–53, 45; *G. Kegel*, *Ernst Rabel*, in: *M. Lutter/E.C. Stiefel/M.H. Hoefflich* (Hg.), *Der Einfluß deutscher Emigranten auf die Rechtsentwicklung in den USA und in Deutschland*, 1994, 277–279, 278.

¹¹ *D. S. Clark*, *The Influence of Ernst Rabel on American Law*, in: *Lutter/Stiefel/Hoefflich*, *Einfluß deutscher Emigranten* (Fn. 10), 107–126, 121; allgemeiner zum Mangel rechtsvergleichender Perspektiven im amerikanischen internationalen Privatrecht etwa *M. Reimann*, *A New Restatement – For the International Age*, *Indiana LJ* 75 (2000), 575–589; *R. Michaels*, *The Conflicts Restatement and the World*, *American Journal of International Law Unbound* 110 (2016), 155–160; sowie die Beiträge in *Symposium: Internationalizing the New Conflict of Laws Restatement*, *Duke J. of Comparative and International Law* 27/3 (2017), 349–540.

¹² *S. Vogenauer*, *Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung um 1900: Die Geschichte einer anderen „Emanzipation durch Auseinanderdenken“*, *RabelsZ* 76 (2012), 1122–1154.

¹³ Zur Gründung *Kunze*, *Ernst Rabel und das KWI* (Fn. 2), 47 ff; vgl. *E. Rabel*, *Zur Einführung*, *RabelsZ* 1 (1927), 1–4.

¹⁴ Vgl. *U. Magnus*, *Geschichte des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, 1949–2000*, 2020, 11–14.

¹⁵ *M. Rheinsteil*, *Comparative Law and Conflict of Laws in Germany*, *Univ. Chicago LR* 2 (1935), 232–269, 257 ff.

vatrecht auseinandersetzen mussten.¹⁶ Das entsprach *Rabels* Vorliebe für das Konkrete.

Sind also internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, wie *Michael Martinek* meint, Zwillingsdisziplinen¹⁷ – so wie *Hein Kötz* einmal Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung als Zwillingsgeschwestern bezeichnet hat?¹⁸ Die Disziplinen haben sich auseinandergeliebt.¹⁹ *Th. de Boer* konstatierte ihnen ein „dubioses Verhältnis“,²⁰ und *Jaakko Husa* feiert gar das Schwinden der alten Verbindung.²¹ In der Juristenausbildung gehören beide Fächer in vielen Bundesländern zu unterschiedlichen Wahlfachgruppen. Selbst ein eminenter Kollisionsrechtler wie *Martin Gebauer* meint, das IPR sei zwar auf die Rechtsvergleichung angewiesen, Rechtsvergleichung dagegen ließe sich auch ohne IPR betreiben.²² Und nach *Uwe Kischel* „gibt es zum IPR keine Abgrenzungsschwierigkeiten, keine methodischen Überlappungen, keine gegenseitigen Begehrlichkeiten. Das IPR ist [nicht] vergleichend.“²³

Wirklich? In diesem Artikel wird ein erneutes Zusammendenken beider Disziplinen propagiert, über die Selbstverständlichkeit hinaus, dass beide Diszipli-

¹⁶ *Rheinstein*, *Comparative Law* (Fn. 15), 244 f.

¹⁷ *M. Martinek*, *Wissenschaftsgeschichte der Rechtsvergleichung und des Internationalen Privatrechts in der Bundesrepublik Deutschland*, in: D. Simon (Hg.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, 1994, 529–619, 534.

¹⁸ *H. Kötz*, *Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?*, *JZ* 1992, 20–22, 20; vgl. *U. Neumann*, *Rechtsphilosophie – Theorie oder praktische Philosophie des Rechts?*, in: O. Behrends/D. von der Pfordten/E. Schumann/C. Wendehorst (Hg.), *Elementa iuris*, 2009, 41–62, 42 („Ist die Rechtsphilosophie eine ‚einfache‘ Schwester der Zwillinge, oder etwa nur eine Cousine?“); sehr kritisch *D. Simon*, *Zwillingsgeschwestern und Stammesbrüder oder What is What?*, *Rechtshistorisches Journal* 11 (1992), 574–579; *K. Lerch*, *Das Verschwinden der Unterschiede*, *Rg* 3 (2003), 38–44, 38.

¹⁹ *B. Fauvarque-Cosson*, *Droit comparé et droit international privé*, *RIDC* 2000, 797–818. Weitgehend separiert die Behandlung beider Disziplinen bei *H. Koch/U. Magnus/P. Winkler von Mohrenfels*, *IPR und Rechtsvergleichung*, 4. Aufl., 2010; *Martinek*, *Wissenschaftsgeschichte der Rechtsvergleichung* (Fn. 17); *T. Pfeiffer*, *Rechtsvergleichung und Internationales Privatrecht in der Berliner Republik – national, europäisch, global*, in: T. Duve (Hg.), *Rechtswissenschaft in der Berliner Republik*, 2018, 147–181.

²⁰ *T. de Boer*, *Internationaal privaatrecht en rechtsvergelijking: een dubieuze relatie*, in: *Festschrift für Jessurun d’Oliveira*, 1999, 3–18.

²¹ *J. Husa*, *Tweet vom 2.11.2020, 13:05 EST*, online: <<https://twitter.com/HusaJaakko/status/1323234896224071680>>: „I’m happy that the old connection between comparative law and int’l private law has faded. This seems to amaze some colleagues but it’s simple. As a comparatist, I embrace pluralism of laws whereas int’l private law sees plurality of laws as a problem that needs to be solved.“ Gerade umgekehrt meinen andere, Rechtsvergleichung wolle traditionell Unterschiede überwinden, während das internationale Privatrecht mit diesen umgehen könne: *B. Fauvarque-Cosson*, *Comparative Law and Conflict of Laws – Allies or Enemies? New Perspectives on an Old Couple*, *AJCL* 49 (2001), 407–427, 409, 413 f.

²² *M. Gebauer*, *Rechtsvergleichung*, in: *Leitgedanken des Rechts*, *Festschrift für Paul Kirchhof*, Bd. 1, 2013, 433–443, § 39 Rn. 13.

²³ *U. Kischel*, *Rechtsvergleichung*, 2015, § 1 Rn. 42.

nen voneinander lernen können. Vielmehr, so die erste These dieses Artikels, muss das internationale Privatrecht disziplinarisch selbst als Rechtsvergleichung verstanden werden. Die zweite These geht noch weiter: Die Einfügung des internationalen Privatrechts bewirkt einen Mehrwert für die Rechtsvergleichung, ganz ähnlich wie die Einfügung der Rechtsgeschichte in die Rechtsvergleichung. Ebenso wie das Zusammengehen von Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung eine neue Methode erzeugt, die historisch-vergleichende Methode, ergibt sich auch hier eine neue Methode: die kollisionsrechtlich-vergleichende Methode.

2. Zusammenhänge

Die wichtigste Gemeinsamkeit: Beide Disziplinen beschäftigen sich mit der Pluralität von Rechten. Der wichtigste Unterschied: Rechtsvergleichung ist eine akademische Disziplin, internationales Privatrecht dagegen positives Recht; Rechtsvergleichung beschäftigt sich mit dem Erkennen, Verstehen und Vergleichen ausländischen Rechts, internationales Privatrecht dagegen mit dessen Berufung, Anwendung und Auslegung. Allenfalls, so könnte man meinen, ergänzen sich beide in einer Art Abfolge – zunächst bestimmt das internationale Privatrecht mit seinem berühmten „Sprung ins Dunkle“ das anwendbare, in dem Zeitpunkt inhaltlich noch unbekannte ausländische Recht; dann liefert die Rechtsvergleichung dessen Inhalt. Ähnlich ist die Aufteilung bei der Gutachtenpraxis – der Richter bestimmt aufgrund des deutschen internationalen Privatrechts, das er als Teil des deutschen Rechts selbst kennen muss, das anwendbare ausländische Recht; der Gutachter liefert sodann Informationen über eben dieses Recht.

Gerade die Gutachtenpraxis zeigt aber, dass die Trennung häufig nicht hundertprozentig aufrecht zu erhalten ist; zudem behandeln Gutachter oft auch, als Serviceleistung, das für Gerichte schwierige internationale Privatrecht mit. Nicht nur daran sieht man zunächst, dass beide Disziplinen einander etwas beizubringen hätten – das internationale Privatrecht in seiner praktischen Befassung mit dem konkreten Fall, die Rechtsvergleichung mit ihrer wissenschaftlich umfassenden und (hoffentlich) theoretisch fundierten Erfassung von Rechtsordnungen und ihren Unterschieden. Die Rechtsvergleichung kann das IPR lehren, die *choice of law* auf rechtsvergleichender Grundlage zu treffen, das internationale Privatrecht kann durch die Vielzahl tatsächlich vorkommender Rechtsfälle dem Rechtsvergleicher noch unbekannte Rechtsfiguren und -probleme im ausländischen Recht näherbringen und auch deren konkrete Anwendungsprobleme manchmal besser vermitteln als die bloße Lektüre ausländischer Materialien.

Indes bestehen auch konkretere Verbindungen. *Rabel* verdanken wir eine erste wesentliche Analyse dreier Arten von Beziehungen zwischen internationalem Privatrecht und Rechtsvergleichung.²⁴ Deren erste – das internationale Privatrecht

²⁴ Vgl. *R. Michaels*, Comparative Law and Private International Law, in: EncPIL (Fn. 2), Bd. 1, 417–424.

als *Objekt* der Rechtsvergleichung²⁵ – ist am wenigsten ergiebig. Das internationale Privatrecht mag offener für Vergleichung sein als andere Disziplinen – sei es, weil Kollisionsrechtler (tatsächlich oder vermeintlich) ohnehin mit Rechtspluralität arbeiten, sei es, weil die Disziplin sich transnational entwickelt hat, sei es, weil im internationalen Privatrecht selbst das ausländische internationale Privatrecht eine Rolle spielen kann, etwa beim Renvoi. Aber IPR-Vergleichung ist im Prinzip nicht fundamental anders als etwa Vertragsrechtsvergleichung.

Wichtiger ist die zweite Verbindung – die Rolle der Rechtsvergleichung für die *Anwendung* des internationalen Privatrechts. Für eine ganze Reihe kollisionsrechtlicher Prozesse ist Rechtsvergleichung unerlässlich; eine „Reduktion des IPR auf sich selbst“ ist abzulehnen.²⁶ Das gilt offensichtlich für diejenigen Institutionen, die Spannungen zwischen Rechtsordnungen überwinden, also etwa Substitution und Angleichung. Es gilt daneben etwa für den erwähnten Renvoi sowie für Qualifikation und *ordre public*, die später behandelt werden; es gilt auch für den bei alternativer Anknüpfung und Günstigkeitsvergleich nötigen Vergleich.²⁷ Und es gilt besonders deutlich im US-amerikanischen Recht, das Rechtskollisionen aufgrund des Inhalts der potentiell anwendbaren Rechte auflöst. Die Feststellung eines *true* oder *false conflict* hängt maßgeblich davon ab, ob die betroffenen Rechte dieselben oder unterschiedliche *policies* verfolgen.²⁸ *Comparative impairment* und *better law* sind offen vergleichende Methoden.²⁹ Will ein Gericht seine Zuständigkeit aufgrund der *forum-non-conveniens*-Doktrin ablehnen, so muss es prüfen, ob es ein *adequate alternative forum* gibt – ohne Rechtsvergleichung geht das nicht.

Am anspruchsvollsten ist schließlich die dritte Verbindung – Rechtsvergleichung als *Grundlage* des internationalen Privatrechts. Schon *Franz Kahn* hatte Ansätze für ein internationales Privatrecht geliefert, das, eben weil es potentiell alle Rechtsordnungen der Welt berufen könnte, seinerseits auf Rechtsvergleichung aufbauen muss.³⁰ *Rabel* entwickelte diesen Gedanken weiter und postulierte ein internationales Privatrecht, das die Differenz zwischen *lex causae* und *lex fori*

²⁵ Monographisch neben *Rabel*, *Conflict of Laws* (Fn. 8), etwa *G. A. L. Droz*, *Regards sur le droit international privé compare*, *Recueil des Cours* 229 (1992), 9–424; *K. A. Sfeir*, *Droit international privé comparé*, 2005; *G. Cuniberti*, *Conflict of Laws – A Comparative Approach*, 2017; vgl. auch *R. Michaels*, *A Global Restatement of Private International Law?*, in: *Festschrift für Herbert Kronke*, 2020, 387–398.

²⁶ *H. Koch*, *Rechtsvergleichung im Internationalen Privatrecht: Wider die Reduktion des IPR auf sich selbst*, *RabelsZ* 61 (1997), 623–646; *Michaels*, *Comparative Law* (Fn. 24), 420–423.

²⁷ *Koch*, *Rechtsvergleichung im IPR* (Fn. 26), 627 ff.

²⁸ *A. T. von Mehren*, *Choice-of-Law Theories and the Comparative-Law Problem*, *AJCL* 23 (1975), 751–758, 755–758.

²⁹ *Michaels*, *Comparative Law* (Fn. 24), 421 f.; *K. Zweigert*, *Zur Armut des Internationalen Privatrechts an sozialen Werten*, *RabelsZ* 37 (1973), 435–452, 441 f.

³⁰ *F. Kahn*, *Bedeutung der Rechtsvergleichung mit Bezug auf das internationale Privatrecht*, in: *ders.*, *Abhandlungen zum internationalen Privatrecht*, Bd. 1, 1928, 491–503; vgl. *Gebauer*, *Methodische Ursprünge* (Fn. 7), 813 ff.

transzendiere und insgesamt rechtsvergleichend aufzubauen sei.³¹ Diesen Ansatz hat *Zweigert* als „dritte Schule im internationalen Privatrecht“ bezeichnet und damit über ihren Ursprung im Qualifikationsproblem hinaus generalisiert.³²

Völlig durchgesetzt hat er sich nicht³³ – sei es, weil die notwendige Rechtsvergleichung zu schwierig und umfangreich wäre, sei es, weil das moderne IPR und die moderne Rechtsvergleichung sich weiterentwickelt und übersehen haben, dass diese Entwicklung parallel erfolgte. Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung sind beide antidogmatisch und funktional geworden. Beide Disziplinen haben ihr Bestreben, apolitisch sein zu müssen, abgeschwächt. In beiden Disziplinen wird die neutrale Beobachterposition durch explizite Positionalität ersetzt: Im internationalen Privatrecht erfolgt das durch Betonung der kollisionsrechtlichen Interessen des Forums und Relativierung des Anspruchs auf Entscheidungseinklang; in der Rechtsvergleichung durch die Erkenntnis des hermeneutischen Vorverständnisses des Rechtsvergleichers. Beide Disziplinen thematisieren die kulturelle Eigenheit des Rechts. Wenn beide Disziplinen einander misstrauisch ansehen, dann auch deshalb, weil sie ein veraltetes Bild voneinander haben.

3. Die erste These: Internationales Privatrecht als Rechtsvergleichung

Alle diese Ansätze bleiben wichtig, aber alle diese Verbindungen sind insofern unzureichend, als sie die Fächer weiterhin als separat verstehen und der Rechtsvergleichung letzten Endes eine bloße Unterstützungsfunktion für das internationale Privatrecht zugestehen. Die historisch-vergleichende Methode *Zimmermanns* ist in ihrem interdisziplinären Anspruch ambitionierter: Hier dient nicht die Rechtsgeschichte der Rechtsvergleichung (oder andersherum), sondern beide Fächer werden vereint. Das Gleiche wird hier als erste These für internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung vorgeschlagen. Internationales Privatrecht bedient sich nicht lediglich der Rechtsvergleichung – es ist selbst Rechtsvergleichung. Man könnte auch von angewandter Rechtsvergleichung sprechen,³⁴ sofern man dabei das Missverständnis vermeidet, dass Rechtsvergleichung und Anwendung separat seien.

Die Unterscheidung zwischen Praxis (IPR) und Wissenschaft (Rechtsvergleichung) ist artifiziell. Im inländischen Recht treffen wir sie nicht: der rechtswissenschaftlich-dogmatische und der rechtspraktische Zugang zum eigenen Recht sind methodisch weitgehend identisch. Warum sollte es beim ausländischen Recht anders sein? Warum sollte dessen praktische Ermittlung und Anwendung nicht gleichzeitig Wissenschaft sein? Die kritische Theorie nennt die in der praktischen

³¹ *Rabel*, Qualifikation (Fn. 6); *ders.*, Conflict of Laws I² (Fn. 8), 54–66.

³² *Zweigert*, Dritte Schule im IPR (Fn. 10), 35 ff.

³³ Kritisch schon *H. Lewald*, Eine „Dritte Schule im internationalen Privatrecht“?, NJW 1949, 644–647.

³⁴ So *Michaels*, Comparative Law (Fn. 24), 424.

Arbeit gründende Theorie Praxis.³⁵ In dem Sinne ist das IPR praktische Rechtsvergleichung, die Technik des internationalen Privatrechts andererseits lässt sich selbst als eine Theorie verstehen.³⁶ Kollisionsrechtler und mit ausländischem Privatrecht konfrontierter Richter betreiben, so die These, notwendig Rechtsvergleichung. Wenn sie das eigene Recht mit dem fremden verbinden, *lex fori* und *lex causae* zusammenbringen, so betreiben sie Vergleichung von Rechten. Wenn sie ausländisches Recht anwenden und damit ins heimische Recht einfügen, bewirken sie einen *legal transplant*. Rechtsvergleichung ist für sie notwendig.

Damit ist nicht gemeint, dass das IPR der universalistischen und apolitischen Rechtsvergleichung entspricht, die *Rabel* und später *Zweigert* für die Behandlung internationalprivatrechtlicher Probleme vorschlugen. IPR kann unilateral sein und, zumal als regulatorisches, auch konkrete politische Ziele verfolgen. Aber das gilt für die Rechtsvergleichung ebenso. Was Rechtsvergleichung auszeichnet, die Verbindung von Rechten innerhalb einer Pluralität; das ist ein vergleichender und gleichzeitig kollisionsrechtlicher Akt.

4. Die zweite These: Der Mehrwert des internationalen Privatrechts

Die zweite These ist provokativer. Ebenso wie die historisch-vergleichende Methode sich als teils überlegene Form der Rechtsvergleichung anbietet, liefert auch kollisionsrechtliche Rechtsvergleichung einen Mehrwert gegenüber der wissenschaftlichen Rechtsvergleichung. Insofern es in der Rechtsvergleichung darum geht, das ausländische Recht so exakt wie möglich zu erfassen, kann das der Kollisionsrechtler als Anwender ausländischen Rechts bisweilen besser als der wissenschaftliche Rechtsvergleicher, der auf seine Beobachterposition beschränkt ist. Insofern es in der Rechtsvergleichung darum geht, die Perspektiven des eigenen und des fremden Rechts zusammenzubringen, gelingt das im Prozess des internationalen Privatrechts konkreter als in der wissenschaftlichen Rechtsvergleichung. Wo es um die Theoretisierung des Verhältnisses von Rechten zueinander geht, so liegt die beste Formulierung dieses Verhältnisses oft nicht in den Theorien der Rechtsvergleicher, sondern in den Techniken und der Dogmatik des internationalen Privatrechts.

Natürlich kann das internationale Privatrecht nicht alles besser als die traditionelle Rechtsvergleichung. In der Gerichtswirklichkeit ist angewandtes internationales Privatrecht häufig schlechte Rechtsvergleichung, oft sogar schlechtes internationales Privatrecht. Und selbst das beste internationale Privatrecht bleibt immer fallbezogen, kann also nicht in dem Sinne allgemein sein wie die wissenschaftliche Rechtsvergleichung. Trotzdem hat die kollisionsrechtliche Rechtsvergleichung auch einen Mehrwert gegenüber der wissenschaftlichen Rechtsver-

³⁵ B. E. Harcourt, *Critique and Praxis*, 2020.

³⁶ Siehe z. B. R. Michaels, *Post-critical Private International Law: From Politics to Technique*, in: H. Muir Watt/D. P. Fernández Arroyo (Hg.), *Private International Law and Global Governance*, 2014, 54–67; allgemeiner zum Recht als Technik R. Michaels/A. Riles, *Law as Technique*, in: *Oxford Handbook of Law and Anthropology*, 2022, 860–878.

gleichung, und die wissenschaftliche Rechtsvergleichung würde davon profitieren, nicht nur die historische, sondern auch die kollisionsrechtliche Perspektive zu integrieren.

Soweit die zwei Thesen *in abstracto*. Lassen sie sich erweisen? Es folgen fünf Anwendungsbeispiele und eine kurze Bewertung.

II. Das Verstehen ausländischen Rechts

1. Verstehen als Frage der Rechtsvergleichung

Eine Kernfrage der Rechtsvergleichung betrifft das Verstehen des ausländischen Rechts. Früher meinte man, die Beschreibung des ausländischen Rechts sei nicht Rechtsvergleichung, sondern „nur“ Auslandsrechtskunde: ohne Vergleich keine Rechtsvergleichung.³⁷ Auslandsrechtskunde sei allenfalls Vorstufe zur Rechtsvergleichung,³⁸ sie schaffe dieser nur ihr Material.³⁹

Dieses Material ist allerdings ohne weiteres nicht leicht zu verstehen. Rechtsvergleicher weisen zu Recht darauf hin, dass das Verständnis des ausländischen Rechts so einfach nicht sei und selbst nicht nur rechtsvergleichende Vorkenntnisse erfordere, sondern „auf mehreren Ebenen von der Rechtsvergleichung angeleitet“ werde.⁴⁰ Traditionell erwirbt man dieses Wissen oft durch nationale Berichterstatter, Experten ihrer Rechtsordnung, die freilich ihr latentes Wissen über ihr eigenes System nicht immer teilen können.

Noch weiter geht die postmoderne Rechtsvergleichung.⁴¹ Die von der klassischen Rechtsvergleichung geforderte Neutralität wird von ihr als unerreichbare Illusion angesehen: Der Rechtsvergleicher kann seine Positionalität gegenüber dem fremden Recht nicht überwinden und den Abstand zum fremden Recht allenfalls dadurch verringern, dass er sich soweit wie möglich in das ausländische Recht und seine Kultur einfühlt.⁴² Lokales Recht kann nur der Einheimische

³⁷ M. Rheinstein, Einführung in die Rechtsvergleichung, 2. Aufl., 1987, 22; kritisch schon die Besprechung von H.-J. Sonnenberger, RabelsZ 39 (1975), 564–569, 565 f.

³⁸ H.-J. Bartels, Methode und Gegenstand intersystemarer Rechtsvergleichung, 1982, 68 mit Verweis auf K. Zweigert/H. Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 1. Aufl., Bd. 1, 1971, 43.

³⁹ Ähnlich („Rohstoffe“) J.-L. Constantinesco, Rechtsvergleichung, Bd. 2, 1972, 141.

⁴⁰ Kischel, Rechtsvergleichung (Fn. 23), § 1 Rn. 4.

⁴¹ Etwa P. Legrand, La comparaison des droits expliquée à mes étudiants, in: ders. (Hg.), Comparer les droits, résolument, 2009, 209–244; J. Schacherreiter, Das Verhängnis von Ethnozentrismus und Kulturrelativismus in der Rechtsvergleichung, RabelsZ 77 (2013), 272–299; G. Frankenberg, Comparative Law as Critique, 2016; kritisch A. Peters/H. Schwenke, Comparative Law beyond Post-Modernism, ICLQ 49 (2000), 800–834; D. Richers, Postmoderne Theorie in der Rechtsvergleichung?, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 67 (2007), 509–540, 526.

⁴² V. Grosswald Curran, Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law, AJCL 46 (1998), 43–92.

wirklich verstehen; dem Rechtsvergleicher ist ein *going native* nie vollständig möglich.⁴³ Günter Frankenberg propagiert stattdessen ein *distancing and differencing*: „distancing/differencing calls on the comparatist to decenter her worldview and to consciously establish subjectivity and context in the comparative space, that is, to take into account the observer’s perspective. Only then may the comparatist be able to transgress the borders and the pull of the familiar/accustomed/own system and experience and perceive the differences ‘out there’.“⁴⁴

Damit ist indes der Rechtsvergleicher als Beobachter gegenüber dem Teilnehmer nicht unbedingt im Nachteil. Der Beobachterblick von außen kann latente Elemente freilegen, die dem Teilnehmer selbst nicht auffallen, weil sie ihm selbstverständlich erscheinen.⁴⁵ Letztlich will man weder – kulturalistisch – dem Teilnehmer am fremden Recht ein überlegenes Verständnis dieses Rechts zugestehen, noch – ethnozentrisch – glauben, der Rechtsvergleicher verstehe das Recht deshalb besser, weil er es gewissermaßen neutral betrachte. Gute Rechtsvergleichung, wie gute anthropologische Feldforschung, ist Kollaboration zwischen Rechtsvergleicher und *local informant*,⁴⁶ die einander nicht nur „gütig [...] korrigieren“,⁴⁷ sondern gemeinsam Bedeutung erzeugen.

2. Verstehen als Frage des internationalen Privatrechts

Verstehen ausländischen Rechts ist auch im internationalen Privatrecht ein wesentliches Element. Hier stellen sich die Fragen praktisch, die der Rechtsvergleicher theoretisch und akademisch beantworten muss. Und auch die angedeuteten theoretischen Differenzen finden ihr Ebenbild in der Praxis des internationalen Privatrechts.

Die Parallele zur Auslandsrechtskunde ist im internationalen Privatrecht die *fact doctrine* – die (überkommene) Theorie, nur inländisches Recht sei Recht; ausländisches Recht sei bloße Tatsache und prozessual so zu behandeln. Werner Goldschmidt, der Doyen des argentinischen internationalen Privatrechts,⁴⁸ unter-

⁴³ G. Frankenberg, *Stranger than Paradise: Identity & Politics in Comparative Law*, Utah LR 2 (1997), 259–274.

⁴⁴ Frankenberg, *Comparative Law* (Fn. 41), 74.

⁴⁵ J. Q. Whitman, *The neo-Romantic turn*, in: Legrand/Munday, *Comparative Legal Studies* (Fn. 7), 312–344, 331 („Is it not possible that Europeans are in some sense wrong about their own system?“), 334 („Participants in a legal system are unusually poor informants“).

⁴⁶ A. Riles, *From Comparison to Collaboration: Experiments with a New Scholarly and Political Form*, *Law and Contemporary Problems* 78 (2015), 147–183; E. Schmidt-Aßmann, *Zum Standort der Rechtsvergleichung im Verwaltungsrecht*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 78 (2018), 808–862, 862.

⁴⁷ So K. Zweigert/H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl., 1996, 35.

⁴⁸ Zu ihm M. J. A. Oyarzábal, *Das Internationale Privatrecht von Werner Goldschmidt: In Memoriam*, *RabelsZ* 72 (2008), 601–619; *ders.*, Goldschmidt, Werner, in: *EncPIL I* (Fn. 2), 852–861.

schied plastisch: Im eigenen Recht sei der Richter Architekt, im fremden dagegen Fotograf.⁴⁹

Wie die Rechtsvergleichung weiß auch das internationale Privatrecht, dass einfaches Fotografieren – das Äquivalent zur Auslandsrechtskunde – nicht reicht⁵⁰ – schon weil ausländisches Recht gleichzeitig sowohl Recht als auch Tatsache ist und weil es Lücken und Unklarheiten hat, die der Richter klären muss.⁵¹ Es gibt zwar (wenige) Richter, die der Ansicht sind, das Verständnis des ausländischen Rechts sei kein Problem. *Richard Posner* etwa meinte einmal, französisches Recht zu verstehen, sei für ihn als US-Richter einfach: „judges are experts on law“.⁵² Aber (*US*) *law* ist eben nicht dasselbe wie (*French*) *law*, wie seine Kollegin *Diane Wood* ihm in derselben Entscheidung entgegenhielt: „Exercises in comparative law are notoriously difficult, because the U.S. reader is likely to miss nuances in the foreign law, to fail to appreciate the way in which one branch of the other country’s law interacts with another, or to assume erroneously that the foreign law mirrors U.S. law when it does not.“⁵³ Klassische Argumente aus der Rechtsvergleichung also, unmittelbar für das IPR relevant gemacht.

Praktische Folge ist, dass der Grundsatz des *iura novit curia* nicht genauso gilt: Der Richter darf sich etwa über ausländisches Recht durch Experten informieren.⁵⁴ Unterschiede bestehen insofern, als im deutschen Recht der Experte durch den Richter benannt wird und oft ein deutscher Wissenschaftler ist⁵⁵ (ein „Refugium“ der gemeinrechtlichen Aktenversendung),⁵⁶ während im englischen Recht, entsprechend der lange geltenden *fact doctrine*, der Experte als (partei-benannter) Zeuge firmiert und bevorzugt aus dem Berichtsstaat kommt.⁵⁷

⁴⁹ *W. Goldschmidt*, *Suma del derecho internacional privado*, 2. Aufl., 1961, 92.

⁵⁰ Kritisch zu Goldschmidt etwa *G. Kegel/K. Schurig*, *Internationales Privatrecht*, 9. Aufl., 2004, 506.

⁵¹ Ausführlich *N. Jansen/R. Michaels*, *Die Auslegung und Fortbildung ausländischen Rechts*, *Zeitschrift für Zivilprozess* 116 (2003), 3–55.

⁵² *Bodum USA, Inc v. La Cafetiere, Inc*, 621 F.3d 624–640 (2010), 633.

⁵³ *Bodum USA, Inc v. La Cafetiere, Inc* (Fn. 52), 639.

⁵⁴ *Y. Nishitani*, *General Report*, in: dies. (Hg.), *Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence?*, 2017, 3–60, 24 f.

⁵⁵ *R. Hübner*, *Ausländisches Recht vor deutschen Gerichten*, 2014, 307 ff.

⁵⁶ So *A. Spickhoff*, *Die neue Sachverständigenhaftung und die Ermittlung ausländischen Rechts*, in: *Festschrift für Andreas Heldrich*, 2005, 419–437, 419; zur Geschichte zuletzt *B. Centner*, *Iura novit curia in internationalen Schiedsverfahren*, 2019, 33–82.

⁵⁷ Zum englischen Recht *R. Fentiman*, *Foreign Law in English Courts*, 1998; *V. Ruiz Abou-Nigm*, *United Kingdom: The Traditional Approach to Foreign Law in Civil Litigation in the Legal Systems of the United Kingdom*, in: *Nishitani*, *Foreign Law* (Fn. 54), 361–374, 368–371; zu den USA *P. Hay*, *The United States: The Use and Determination of Foreign Law in Civil Litigation in the United States*, in: *Nishitani*, *Foreign Law* (Fn. 54), 397–420, 406 f. Für die historische Herleitung aus der *fact doctrine* etwa *O.C. Sommerich/B. Busch*, *Expert Witness and the Proof of Foreign Law*, *Cornell Law Quarterly* 38 (1952–1953), 125–160, 127–129; *A.R. Miller*, *Federal Rule 44.1 and the „Fact“ Approach to Determining Foreign Law*, *Michigan LR* 65 (1967), 613–750, 617–624.

Freilich kann der Experte über das Grundproblem des Verständnisses nicht hinweggehen. Das IPR kann sich postmoderne Theorie insofern nur eingeschränkt leisten, weil es konkrete Fälle lösen muss.⁵⁸ Immerhin finden sich – innerhalb der dogmatischen Debatten – ganz ähnliche Ideen. „The Court sitting here decides from the evidence of persons skilled in that law, and decides as it would if sitting in Belgium“, formulierte *Sir Herbert Jenner* schon 1841⁵⁹ und kombinierte so das Einfühlen in das ausländische Recht („sitting in Belgium“) mit der Unmöglichkeit, die eigene Position zu überwinden („the court sitting here“). *Differencing and distancing avant la lettre!* Und das kann auch hier von Vorteil sein. *Rudolph Schlesinger*, als Experte in einem Schiedsverfahren gefragt, ob er wirklich glaube, mehr über französisches Recht zu wissen als ein Professor aus Frankreich, antwortete keck und überzeugend: „No, but I can explain it to the tribunal better.“⁶⁰

In dieser Verbindung praktiziert denn auch das internationale Privatrecht das, was in der Rechtsvergleichung die Kollaboration von Vergleicher und *local informant* ist, als Zusammenspiel von *lex fori* und *lex causae – for de judgement* und *for de raisonnement*.⁶¹ Seine Aufgabe ist eben nicht, das ausländische Recht deskriptiv richtig abzubilden, sondern normativ richtig zu entscheiden.⁶² Und die Kollaboration mit dem fremden Recht (und seinem Richter) findet zwar im Prozess nicht real statt, wohl aber virtuell – *Gian Paolo Romano* spricht für das Renvoi-Problem von *co-fors de judgement virtuel* und der Notwendigkeit eines *co-raisonner*.⁶³

3. Der Mehrwert des internationalen Privatrechts

Insofern praktiziert das IPR also recht präzise das, was in der Rechtsvergleichung Methode oder Theorie ist. Sein epistemischer Mehrwert liegt darin, dass es das, was in der wissenschaftlichen Rechtsvergleichung ungefähr bleiben kann, konkret dogmatisch umsetzen muss. Das etwas vage *differencing and distancing*

⁵⁸ Siehe aber etwa *H. Muir Watt*, Foreign Life-Forms and Law's Ethics of Difference (A View from Private International Law), *Journal of Comparative Law* 12 (2017), 161–186; *dies.*, Legal encounters with alterity in post-monist mode, in: J. L. Fabra-Zamora (Hg.), *Jurisprudence in a Globalized World*, 2020, 26–53; etwas anders *E. Jayme*, Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne, *Recueil des Cours* 251 (1995), 19–267; *M.-P. Weller*, Die Datumtheorie – Die „personne plurielle“ der Postmoderne als Herausforderung des binären IPR, in: M. Gebauer/H.-P. Mansel/G. Schulze (Hg.), *Die Person im Internationalen Privatrecht*, 2019, 53–84.

⁵⁹ *Collier v. Rivaz*, (1841) 2 Curteis 855, 863.

⁶⁰ *R. S. Summers*, Professor Schlesinger's Memories, and a Bit More, *Cornell Law Forum* 28/2 (2001), 10–17, 17.

⁶¹ *Droz*, Regards (Fn. 25), 351–374; *A. Bucher*, Le for de raisonnement, in: Festschrift für Georges A. L. Droz, 1996, 41–50.

⁶² *Jansen/Michaels*, Auslegung und Fortbildung (Fn. 51), 23, 34 ff.

⁶³ *G. P. Romano*, Le dilemme du renvoi en droit international privé – La thèse, l'antithèse et la recherche d'une synthèse, 2014, 52 Fn. 142.

muss es konkret ausfüllen. Der Richter muss konkret entscheiden, ob er einem Gutachten zum ausländischen Recht glauben will – oder, schlimmer, er muss, wie im Fall des venezolanischen Schiffspfandrechts,⁶⁴ unter verschiedenen Gutachten auswählen und so ganz praktisch erkennen, dass es eine objektive Erkenntnis hier nicht geben kann. Er muss durch Qualifikation differenzieren, was zum *for de judgement* und was zum *for de raisonnement* gehört.⁶⁵ Er muss das Unentscheidbare entscheiden.⁶⁶

Hinzu kommt ein Weiteres: Da der Richter im IPR das ausländische Recht nicht nur erkennen, sondern auch anwenden muss, kann er sich nicht auf die abstrakte Beschreibung des geltenden Materials beschränken – er muss auch die konkrete Fallnorm bilden,⁶⁷ das ausländische Recht also weiter konkretisieren als es der Rechtsvergleicher typischerweise tun würde.⁶⁸ Das ist kein unwesentlicher Unterschied. Wenn wir davon ausgehen, dass die Wirklichkeit des Rechts sich in seiner konkreten Anwendung zeigt, dann erkennt nur der Richter das (ausländische) Recht wirklich vollständig. Denn der Rechtsvergleicher löst eben in der Regel keine Fälle, und wenn er es tut, dann nur hypothetisch und oft, wie etwa im *Common-core*-Projekt, nur hypothetische Fälle. IPR verhält sich insofern zur Rechtsvergleichung ein wenig wie experimentelle zu theoretischer Physik: Letztere erzeugt Hypothesen, aber überprüft werden diese erst im Experiment oder der konkreten Anwendung.

III. *Law in the books* und *law in action*

1. *Das ausländische Recht in der Rechtsvergleichung*

Soweit zum Beobachter, nun zum Objekt: was ist eigentlich Recht, was ist ausländisches Recht? Nur wenige Rechtsvergleicher würden das ausländische Recht noch auf Gesetzestexte beschränken, wie es die *législation comparée* des 19. Jahrhunderts tat. Die moderne Rechtsvergleichung bevorzugt das *law in action*.⁶⁹

⁶⁴ Dazu *J. Samtleben*, Der unfähige Gutachter und die ausländische Rechtspraxis, NJW 1992, 3057–3062.

⁶⁵ *Jansen/Michaels*, Auslegung und Fortbildung (Fn. 51), 23 f.

⁶⁶ Vgl. *J. Derrida*, Gesetzeskraft – Der „mystische Grund der Autorität“, 1990.

⁶⁷ Zur Fallnorm *W. Fikentscher*, Eine Theorie der Fallnorm als Grundlage von Kodex- und Fallrecht (code law and case law), Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung 1980, 161–174; *K. Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., 1992, 137–140.

⁶⁸ Gegen Fallnormorientierung in der Rechtsvergleichung ausdrücklich etwa *B. Großfeld*, Rechtsmethoden und Rechtsvergleichung, RabelsZ 15 (1991), 1–16, 15.

⁶⁹ *R. Pound*, Law in Books and Law in Action, American LR 44 (1910), 12–36; *K. H. Neumayer*, Fremdes Recht aus Büchern, fremde Rechtswirklichkeit und die funktionelle Dimension in den Methoden der Rechtsvergleichung, RabelsZ 34 (1970), 411–425; *A. Heldrich*, Sozialwissenschaftliche Aspekte der Rechtsvergleichung, RabelsZ 34 (1970), 427–442; *M. Reimann*, The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century, AJCL 50 (2002), 671–700, 679 f.; *Kischel*, Rechtsvergleichung (Fn. 23), § 1 Rn. 6.

Insoweit damit die Rechtsprechung gemeint ist, erscheint das zu eng. Gewiss – in der Rechtsprechung konzentriert sich das Recht, hier wird entschieden. Gleichzeitig beschränkt sich aber die Rechtswirklichkeit nicht auf das, was in Gerichten geschieht: Bestimmte Fragen erreichen die Gerichte gar nicht, das gelebte Recht unterscheidet sich vom angewandten Recht. Will man das ausländische Recht in seiner Gänze erfahren, muss man weiter gehen. *Rabel* betonte den „Zusammenhang des Rechts mit Boden, Klima und Rasse, mit geschichtlichen Schicksalen der Völker [...], mit religiösen und ethischen Vorstellungen.“⁷⁰ *Zweigert* und *Kötz* fordern die Einbeziehung von Phänomenen jenseits der traditionellen Rechtsquellen – allgemeine Geschäftsbedingungen, kaufmännische Sitte, schließlich gänzlich außerrechtliche Mechanismen.⁷¹ Die von *Kischel* vertretene „kontextuelle Rechtsvergleichung“ „weigert sich [...], die vielschichtige, komplexe Realität in Form eines Modells zu vereinfachen und zu reduzieren, sondern fordert im Gegenteil eine möglichst vollständige Einbeziehung aller einschlägigen rechtlichen und nichtrechtlichen Faktoren und Erkenntnisse.“⁷² Noch weiter geht *Pierre Legrand*: „Il n’y a pas de hors-texte“, zitiert er *Jacques Derrida*,⁷³ mit der Folge, dass alles zum Recht gehört und der Rechtsvergleicher gar nicht mehr mit dem Ermitteln aufhören kann: „a comparativist will fail to realize the presence of traces of French colonial politics haunting the French statute on religious dress at school unless he is in a position to apply a sound knowledge of French history, French politics, French philosophy, French society, French international affairs, in sum, of French culture.“⁷⁴

Spätestens hier wird klar, dass die Theorie Forderungen aufstellt, die die Praxis unmöglich erfüllen kann. Der Rechtsvergleicher kann nicht mehr als sich bemühen; er muss irgendwo aufhören (und tut das auch).⁷⁵ Aber wo? Jede pragmatische Entscheidung bleibt hier letztlich unbefriedigend.

Hinzu kommt ein weiteres: Egal, wie weit der Rechtsvergleicher das ausländische Recht erforscht, er dringt nie wirklich völlig ein. Letzten Endes ist der Gegensatz zwischen *law in the books* und *law in action* nicht zu überwinden. Was da als *law in action* bezeichnet wird, ist schließlich auch *law in the books*, nur eben in anderen Büchern: Entscheidungssammlungen, vielleicht Lehrbücher, vielleicht sogar, für den Kontext, allgemeinere Bücher zu Geschichte und Kultur des fremden Landes.

⁷⁰ *E. Rabel*, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung (1924), in: *ders.*, Gesammelte Aufsätze III, 1967, 1–21, 5.

⁷¹ *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (Fn. 47), 37.

⁷² *Kischel*, Rechtsvergleichung (Fn. 23), § 3 Rn. 201, vgl. § 4 Rn. 45 ff; *ders.*, La méthode en droit compare – L’approche contextuel, RIDC 2016, 907–926.

⁷³ *P. Legrand*, Siting Foreign Law: How Derrida Can Help, *Duke J. of Comparative and International Law* 21 (2011), 595–626, 608.

⁷⁴ *Legrand*, Siting Foreign Law (Fn. 73), 611, siehe auch die zum Ende hin offene Liste relevanter Faktoren: 626 ff.

⁷⁵ Vgl. *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (Fn. 47), 35.

2. Das ausländische Recht im internationalen Privatrecht

Wiederum stellen sich dieselben Fragen, die die Rechtsvergleichung theoretisch bewegen, praktisch im internationalen Privatrecht. Auch hier reicht ja die bloße Ermittlung des Gesetzestextes nicht aus, wie der BGH regelmäßig klarstellt: „Zu ermitteln und anzuwenden ist [...] das Recht, wie es der Richter des betreffenden Landes auslegt und anwendet.“⁷⁶ Auch das internationale Privatrecht interessiert sich also statt des *law in the books* für das *law in action*, verstanden als Rechtsprechung.

Was aber, wenn diese nicht ausreicht – zum Beispiel, weil sie nicht einschlägig ist oder allein keine exakten Antworten gibt? Im oben erwähnten Bodum-Fall definierte *Judge Posner* ausländisches Recht im Folgenden (jedenfalls in diesem Zusammenhang) als „an abundance of published materials, in the form of treatises, law review articles, statutes, and cases [...] to provide neutral illumination of issues of foreign law.“⁷⁷ Zu diesen hat der Richter sicherlich Zugang – entweder selbst oder mithilfe von Gutachtern. Aber er muss ja noch mehr ermitteln. Wiederum *Judge Wood*: „There will be many times when testimony from an acknowledged expert in foreign law will be helpful, or even necessary, to ensure that the U.S. judge is not confronted with a ‘false friend’ or that the U.S. judge understands the full context of the foreign provision.“

3. Der Mehrwert des internationalen Privatrechts

Wiederum hat sich also ergeben: das internationale Privatrecht operationalisiert die methodisch-theoretischen Diskussionen aus der Rechtsvergleichung ohne Verlust an Differenzierung durch die Praxis. Wo liegt hier sein Mehrwert?

Der erste Mehrwert besteht in der Konkretisierung auf den Einzelfall, bedingt durch die Präzision der Fragestellung. Die Fragestellung des Rechtsvergleichers ist meist allgemein. Selbst wo er nicht Makro-, sondern Mikrovergleichung betreibt, fragt er doch abstrakt: Welche Widerrufsrechte haben Verbraucher bei der Internetbestellung; in welcher Reihenfolge werden die Gläubiger bei einer Insolvenz befriedigt, usw.? Das internationale Privatrecht fragt insofern genauer: Es geht um die Widerrufsrechte einer bestimmten Verbraucherin bei einer bestimmten Internetbestellung; es geht um konkrete Gläubigerinnen in einer bestimmten Insolvenz mit einer bestimmten Masse. Die dadurch zu findende Lösung ist enger (nämlich nur auf den bestimmten Fall bezogen), gleichzeitig aber auch weiter (weil sie, als reale Entscheidung, alle relevanten Hintergrundfaktoren mitberücksichtigen muss) und dadurch genauer und konkreter.

⁷⁶ BGH, IPRax 2002, 302–304, 303 = IPRspr. 2001, Nr. 1.

⁷⁷ *Bodum USA, Inc v. La Cafetiere, Inc* (Fn. 52), 633. Anderswo vertritt Posner einen pragmatischen Rechtsbegriff, der Gesetzestexte und Präzedenzfälle nicht für sehr wichtig hält; siehe etwa *R. Posner, Reflections on Judging*, 2013, und die Kritik von *M. N. Berman, Judge Posner’s Simple Law*, Michigan LR 113 (2015), 777–807.

Der zweite Mehrwert lässt sich mit einem Gedicht von *Michael Ende* illustrieren, in dem ein Mann den Versuch, einen Apfel umfassend zu beschreiben, nach ein paar Tausend Seiten aufgibt, weil es kein Ende geben kann: „denn schließlich gehörte er selber dazu,/der all dies beschrieb,/und der Markt und das Geld und Adam und Eva und ich und du/und Gott und die ganze Welt.“⁷⁸ Man erinnert sich an *Legrand* und das notwendige Scheitern solcher umfassenden Beschreibungen. Man erkennt aber auch ein anderes Problem, das auch bei *Legrand* besteht: Die Beschreibung, und sei sie noch so umfassend, bleibt Objektivierung, erfasst das Recht nicht wirklich in seinem Leben.⁷⁹ *Endes* Mann löst das Problem praktisch: „Er begnügte sich indessen/damit, den Apfel zu essen.“ Das kann der Rechtsvergleicher nicht. Wer es kann und sogar muss, ist der Kollisionsrechtler bei der Anwendung ausländischen Rechts.

Hier liegt ein wesentlicher Mehrwert des IPR gegenüber der Rechtsvergleichung. Es betreibt echteres „comparative law in action“ als es der Rechtsvergleicher jemals könnte. Der Rechtsvergleicher nämlich steht auch zum *law in action* nur als Beobachter. Erst der Richter, der dieses ausländische Recht auch anwenden muss, wird zum Teilnehmer. Das internationale Privatrecht verbindet also die beiden Positionen des Beobachters und des Teilnehmers, die in der Rechtsvergleichung zu Spannungsverhältnissen führen. Der Richter ist Beobachter des ausländischen Rechts, wenn er es ermittelt; er ist Teilnehmer am ausländischen Recht, wenn er es anwendet, und beide Positionen sind untrennbar miteinander verbunden.

IV. Funktionale Rechtsvergleichung

1. Funktionale Methode in der Rechtsvergleichung

Als führende Methode in der Rechtsvergleichung gilt immer noch die sogenannte funktionale Methode, die (neben anderen) *Rabel* etablierte und *Zweigert* zum Standard erhob.⁸⁰ Rechtsnormen und -institutionen werden dabei nicht dogmatisch, sondern funktional verstanden, als Lösungen von Problemen. Das soll Vergleichbarkeit erleichtern: während Rechtsordnungen sich in ihrer Dogmatik unterscheiden, müsse das Recht überall die gleichen Probleme lösen. Vergleichbar seien nun (nur) die Antworten verschiedener Rechtsordnungen auf diese gleichen Probleme; diese Antworten seien nicht identisch, sondern funktionsäquivalent.

⁷⁸ *M. Ende*, Der wirkliche Apfel: Hommage an Jacques Prévert, in: *ders.*, Die Schattennähmaschine, 1982.

⁷⁹ *L. Siliquini-Cinelli*, Experience vs. knowledge in comparative law: critical notes on Pierre Legrand's „sensitive epistemology“, *International Journal of Law in Context* 16 (2020), 443–458.

⁸⁰ *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (Fn. 47), 31 ff.; *R. Michaels*, The Functional Method of Comparative Law, in: *M. Reimann/R. Zimmermann* (Hg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2. Aufl., 2019, 345–390.

Darüber hinaus soll die Funktionalität zusätzlich als Wertungskriterium dienen können. Funktionalität soll also, etwas selbstwidersprüchlich, zugleich dazu dienen, Gleichwertigkeit (Äquivalenz) zu erkennen und die gleichwertigen Rechtsinstitute dann als unterschiedlich zu bewerten.

Nicht nur dafür ist die funktionale Methode kritisiert worden. Darüber hinaus wird als zweifelhaft empfunden, ob unterschiedliche Rechtsordnungen wirklich gleiche Probleme haben. Im Funktionalismus sieht man zudem eine versteckte Teleologie und hält damit die funktionale Methode für tendenziell konservativ. Und die Reduktion von Rechtsregeln auf ihre Funktion führe dazu, dass sowohl die symbolische Bedeutung einer Rechtsregel als auch ihr Zusammenhang mit dem (rechtlichen und kulturellen) Kontext aus den Augen gerate.

2. Funktionale Vergleichung im internationalen Privatrecht

Funktionale Vergleichung findet man nun auch im internationalen Privatrecht. Ein besonders anschauliches Beispiel liefert eine bekannte Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 1992.⁸¹ Es ging um die Anerkennung eines kalifornischen Schadensersatzurteils in Deutschland. Der Beklagte brachte vor, die Anerkennung des Urteils verstoße in mehrerlei Hinsicht gegen den deutschen *ordre public* (§ 328 (1) Nr. 4 ZPO): Die Zuerkennung von *contingency fees*, also erfolgsabhängigen Anwaltsgebühren, sei mit Grundsätzen deutschen Rechts unvereinbar. Gleiches gelte für die Tatsache, dass das kalifornische Urteil in einer Pauschalsumme Ersatz für zukünftige Schäden zuspreche, während im deutschen Recht grundsätzlich nur tatsächlich entstandener Schaden ersetzt werden könne. Vor allem aber verstoße die Zuerkennung von Strafschadensersatz gegen den Grundsatz des deutschen Rechts, dass Schadensersatz kompensatorisch sei und Strafe dem Strafmonopol des Staates zugehöre.

Der *ordre public* wird traditionell nicht der Rechtsvergleichung zugeordnet. Zu Unrecht: *Ordre-public*-Prüfung ist Rechtsvergleichung.⁸² Sie erfordert einen Vergleich zwischen dem ausländischen Urteil einerseits und Grundsätzen des deutschen Rechts andererseits. Genauer: Sie ist funktionale Rechtsvergleichung,⁸³ insofern sie nicht das ausländische Urteil abstrakt (dogmatisch) überprüft, sondern vielmehr auf das konkrete Ergebnis seiner Anerkennung schaut.

⁸¹ BGHZ 118, 312–351 (1992) = IPRspr. 1992, Nr. 218b. Als Rechtsvergleichung gelobt auch von Koch, Rechtsvergleichung im IPR (Fn. 26), 642 („in vorbildlicher Weise“); J. Basedow, Hundert Jahre Rechtsvergleichung – Von wissenschaftlicher Erkenntnisquelle zur obligatorischen Methode der Rechtsanwendung, JZ 2016, 269–280, 278 („kleine Dissertation über die funktionale Einordnung der verschiedenen Arten von Schadensersatz“).

⁸² U. Drobnič, Rechtsvergleichung in der deutschen Rechtsprechung, RabelsZ 50 (1986), 610–630, 619 f.

⁸³ Basedow, Hundert Jahre Rechtsvergleichung (Fn. 81), 278 f.

Das BGH-Urteil zeigt das deutlich. Ein Erfolgshonorar war jedenfalls 1992 als solches abstrakt mit dem deutschen Recht unvereinbar.⁸⁴ Erst 2006 forderte das Bundesverfassungsgericht dessen teilweise Zulassung,⁸⁵ die in § 4a RVG, kodifiziert wurde;⁸⁶ das Gesetz zur Förderung verbrauchergerechter Angebote im Rechtsdienstleistungsmarkt lockert das Verbot weiter.⁸⁷ Der BGH argumentierte stattdessen funktional: Betroffen sei der Beklagte nur insofern, als das Erfolgshonorar in den zu zahlenden Schadensersatz eingeht; diese Kostenübertragung entspreche aber funktional der Kostentragungspflicht des § 91 ZPO. Dass die Beträge im US-amerikanischen Recht höher sind, stand weder dem *ordre public* noch der Funktionsäquivalenz als solcher im Wege – Funktionsäquivalenz bedeutet Gleichwertigkeit und nicht Ergebnisidentität.

Funktional argumentierte der BGH auch hinsichtlich der pauschalen Ersetzung zukünftiger (und daher im Entscheidungszeitpunkt hypothetischer) Kosten: Die Zuerkennung wahrscheinlicher zukünftiger Kosten erfülle dieselbe Funktion wie das deutsche Recht, die vollständige Ersetzung des Schadens. Das deutsche Recht erreicht dieses Ergebnis nur auf anderem Wege: Der Richter erlässt ein Grundurteil, auf das sich dann die verletzte Partei beim Eintreten späterer Schäden berufen kann. Dieser im US-amerikanischen Recht nicht gangbare Weg ist funktionsäquivalent.

Besonders erhellend ist schließlich die funktionale Analyse des Strafschadensersatzes. Der BGH nutzt dabei eine Erkenntnis der funktionalen Rechtsvergleichung, die manchmal übersehen wird: dass nämlich Rechtsinstitute multifunktional sein können, also gleichzeitig mehr als eine Funktion erfüllen können.⁸⁸ Der Strafschadensersatz im US-amerikanischen Recht erfüllt eine ganze Menge von Funktionen, von denen einige Funktionsäquivalente im deutschen Zivilrecht finden – der Ausgleich für Anwaltskosten, die nach dem US-amerikanischen Kostenrecht jede Partei selbst zu tragen hat, sowie der Ausgleich immaterieller Schäden. Andere Funktionen dagegen – die Straffunktion, nach dem BGH auch die Präventivfunktion⁸⁹ – finden Äquivalente nur außerhalb des Zivilrechts, nämlich im Strafrecht. Ihre Erfüllung durch das Zivilrecht ist aus diesem Grunde *ordre-*

⁸⁴ Vergleichend dazu etwa *J. Schepke*, Das Erfolgshonorar des Rechtsanwalts, 1998; *M. Kilian*, Der Erfolg und die Vergütung des Rechtsanwalts, 2003; *D. Baetge*, Erfolgshonorare wirtschaftlich betrachtet, *RabelsZ* 73 (2009), 669–682.

⁸⁵ BVerfGE 117, 163–202 (2006).

⁸⁶ Dazu *M. Kilian*, Das Gesetz zur Neuregelung des Verbots der Vereinbarung von Erfolgshonoraren, *NJW* 2008, 1905–1910.

⁸⁷ Gesetz vom 10.8.2021, BGBl. 2021 I, 3415–3419. Dazu *M. Kilian*, Anwaltliche Erfolgshonorare? Eine evidenzbasierte Annäherung, *NJW* 2021, 445–449; *F. Skupin*, Das neue Rechtsdienstleistungsrecht – Anwaltliche Erfolgshonorare und neue Pflichten für Legal Techs, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht* 2021, 368–370.

⁸⁸ *Michaels*, Functional Method (Fn. 80), 376.

⁸⁹ Dazu zweifelnd *V. Behr*, Strafschadensersatz im deutschen Recht, *Zeitschrift für das Juristische Studium* 2010, 292–296 m. w. N.

public-widrig. Das OLG Düsseldorf als Vorinstanz hatte, auf einer solchen Analyse aufbauend, den Betrag des Strafschadensersatzes um den *ordre-public*-widrigen Teil gekürzt.⁹⁰ Der BGH hielt eine solche Berechnung ohne genauere Anhaltspunkte im Urteil für nicht möglich.

3. Der Mehrwert des internationalen Privatrechts

Worin liegt nun hier der Mehrwert des internationalen Privatrechts? Kann es insbesondere die Kritik an der funktionalen Methode überwinden? Nun, es kann sie zumindest beantworten.

Eine Antwort betrifft die Frage, ob unterschiedliche Rechtsordnungen wirklich mit denselben Problemen konfrontiert sein können. Diese Frage erhält ausnahmsweise eine praktische Antwort. Denn in der *ordre-public*-Prüfung muss ja der BGH implizit genau denselben Fall mit denselben Parteien hypothetisch für das deutsche Recht lösen. Und das heißt für ihn auch: Er muss ganz konkret beurteilen, inwieweit die Probleme sich in beiden Rechtsordnungen wirklich gleich stellen. Das ist nur eingeschränkt der Fall: Das Kompensationsproblem stellt sich unterschiedlich je nachdem, wie stark sozialstaatliche Hilfen einspringen; das Präventionsproblem hängt davon ab, wie stark das Strafrecht funktioniert.

Das Problem, dass Teleologie in die Rechtsvergleichung hineingezaubert würde, stellt sich für den Kollisionsrechtler ebenso nicht. Denn das Arbeiten mit teleologischen Argumenten ist für den Teilnehmer am Recht alltäglich und auch legitim, denn juristische Argumentation ist immer auch teleologisch.

Das angebliche Problem der funktionalen Rechtsvergleichung, Rechtsinstitute auf ihre Funktion zu reduzieren und dadurch ihrer Einbettung in den nationalen kulturellen und rechtlichen Rahmen zu berauben, ist für den Kollisionsrechtler keines. Für ihn ist die Herauslösung des kalifornischen Urteils aus dem kalifornischen Gesamtzusammenhang nicht eine methodische Schwäche, sondern eine adäquate Beschreibung der Situation der Anerkennung eines ausländischen Urteils. Das IPR konzeptualisiert dieses Herausreißen und Neueinführen im *ordre public* zum einen mit dem Erfordernis des Inlandsbezugs, zum anderen damit, dass der *ordre public* sich auf die Anerkennung im Inland stützt.

Hinzu kommt ein weiterer Mehrwert des IPR, der sich gerade in der BGH-Entscheidung zeigt: eine Erkenntnis für die Grenzen der funktionalen Rechtsvergleichung. Für *Zweigert* lag die Funktionalität aller Rechtsvergleichung zugrunde – sie diene sowohl der Herstellung von Vergleichbarkeit als auch der Beurteilung der Unterschiede. In der BGH-Entscheidung wird dagegen klar: die funktionale Vergleichung beschränkt sich darauf, Funktionsäquivalenz zu erkennen. Sie klärt damit das Feld für die normative Beurteilung; diese selbst muss anders erfolgen. Konkret: Dass der Strafschadensersatz bezüglich seiner Straf- und Präventionsfunktion den deutschen *ordre public* verletzt, liegt das nicht daran, dass

⁹⁰ OLG Düsseldorf, Versicherungsrecht 1991, 1161–1163 = IPRspr. 1992, Nr. 218a.

es keine Funktionsäquivalente im deutschen Recht gäbe, sondern daran, dass diese nicht im Zivilrecht liegen.

Damit wird schließlich auch in der praktischen Entscheidung klar, dass die funktionale Methode nicht die Funktion isoliert und die dogmatische Hinführung ignoriert oder dass sie nur für Identität und nicht für Differenz Sinn hätte. Tatsächlich nämlich macht die funktionale Vergleichung des Strafschadensersatzes klar, wo die dogmatischen Unterschiede liegen, und ermöglicht damit zu entscheiden, wo die Differenz für die Anerkennung zu groß ist.

V. Kulturalistische Rechtsvergleichung

1. Kultur in der Rechtsvergleichung

Oft als Gegenstück zur funktionalen wird die kulturalistische Rechtsvergleichung behandelt.⁹¹ Recht wird in der Kultur eines Landes verortet und gleichzeitig selbst als kulturelles Konstrukt erkannt. Rechtsinstitute sollen nicht als funktionale Antworten auf Probleme verstanden werden, sondern als Erzeugnisse und Ausdrücke lokaler Kulturen und Werte. Statt der Abstraktion von Rechtsinstituten auf ihre Funktionalität wird *thick description* angestrebt, statt der Separierung von Instrumenten aus der Gesellschaft ihre Einfügung, statt der Suche nach Gleichheit geht es um Differenz und Identität.

Im Allgemeinen ist die Kultur (wieder) im Kern der Rechtsvergleichung angekommen; fast niemand leugnet ihre Bedeutung. Gleichzeitig ist das Konzept der Kultur in der Rechtsvergleichung nicht ohne Probleme. Ein erstes Problem betrifft die Frage, was eigentlich unter Kultur verstanden werden soll und wie sich der Begriff zu dem des Rechts verhält. Beschreibt man Recht als Kultur, hat man zunächst einmal nur Begriffe ausgetauscht und droht zudem, was am Recht speziell ist außer Acht zu lassen.

Ein zweites Problem liegt in der Essentialisierung von Kultur. Wenn Rechtsvergleicher die Kultur des *common law* im Unterschied zu derjenigen des *civil law* beschreiben wollen, verfallen sie oft in Stereotype.⁹² Noch schlimmer wird es beim Vergleich mit außereuropäischen Rechtsordnungen wie dem islamischen Recht: Der Rechtsvergleichung droht *legal orientalism*, die Mystifizierung des islamischen Rechts als ganz anders, womit weder der Eurozentrismus überwunden noch das ausländische Recht wirklich eigenständig verstanden werden kann.⁹³

⁹¹ R. Michaels, Rechtskultur, in: J. Basedow/K.J. Hopt/R. Zimmermann (Hg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Bd. 2, 2009, 1255–1259; P. Mankowski, Rechtskultur, 2016; Kischel, Rechtsvergleichung (Fn. 23), § 4 Rn. 27 ff.; R. Zimmermann, Einleitung, in: ders. (Hg.), Der Einfluss religiöser Vorstellungen auf die Entwicklung des Erbrechts, 2012, 1–6.

⁹² Dagegen etwa R. Zimmermann, England und Deutschland – Unterschiedliche Rechtskulturen?, 2019.

⁹³ J. Strawson, Islamic Law and English Texts, Law & Critique 6 (1995), 21–38; T. Ruskola, Legal Orientalism, 2013; L. Salaymeh, Deutscher Orientalismus und Identitätspolitik: Das Bei-

Interne Spannungen innerhalb von Kulturen werden unterschätzt, Kultur wird als statisch verstanden.

Wird also Kultur nach innen als zu homogen verstanden, so droht andererseits drittens die Gefahr, Kulturen nach außen hin als abgeschlossen zu verstehen. Wer französische und englische Rechtskultur miteinander vergleicht, läuft Gefahr zu übersehen, wie viele Menschen und Ereignisse zwischen beiden Kulturen situiert sind, wie schwierig solche Kulturen voneinander abzugrenzen sind. Wer fragt, wie Einwanderer aus arabischen Staaten muslimische und deutsche Kultur miteinander verbinden, übersieht mit diesem Gegensatz schon, inwiefern es ganz spezifische deutsch-muslimische Kulturen gibt, die sich nicht einer national oder religiös geprägten Kultur zuordnen lassen, sondern im Zwischenbereich erscheinen.

2. Kultur im internationalen Privatrecht

Welche Rolle spielt nun Kultur im internationalen Privatrecht? Lässt sich der *conflict of laws* als Kampf der Kulturen verstehen?⁹⁴ Lange Zeit war die Antwort eher nein. Die Idee gleichwertiger Rechtsordnungen basierte auf der Annahme einer weitgehend gleichen europäischen Kultur; kulturelle Unterschiede und Besonderheiten wurden in die Ausnahmeklausel des *ordre public* verschoben und dadurch minimiert. Dem hat etwa *Erik Jayme* ein explizit kulturelles IPR entgegengesetzt, in dem die kulturelle Identität, vermittelt durch die Anknüpfung an die Nationalität, rechtlich durchgesetzt werden kann.⁹⁵

Beide Aspekte lassen sich an den Diskussionen zur kollisionsrechtlichen Behandlung sogenannter Kinderehen zeigen.⁹⁶ Ein aus Syrien geflüchtetes Paar wurde in Deutschland getrennt, weil die Behörden seine in Syrien geschlossene Ehe nicht für wirksam ansehen wollten: Die Ehefrau war bei der Eheschließung erst vierzehn Jahre alt gewesen. Grundsätzlich ist auf materielle Ehevoraussetzungen wie die Ehemündigkeit nach Art. 13 (1) EGBGB das Heimatrecht der Nupturienten anwendbar; das war hier das syrische Recht, nach dem die Eheschließung wirksam war. Die Anwendung ausländischen Privatrechts steht allerdings unter dem Vorbehalt der *ordre-public*-Klausel des Art. 6 EGBGB: Es ist nicht anzuwenden, wenn seine Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. Zur

spiel Ignaz Goldziher, in: dies./Y. Schwartz/G. Shahar (Hg.), *Der Orient: Imaginationen in deutscher Sprache*, 2019, 140–157.

⁹⁴ K. Kreuzer, *Clash of civilizations und Internationales Privatrecht*, *Rechtswissenschaft* 2010, 143–183; L. Gannagé, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits des cultures*, 2013.

⁹⁵ Jayme, *Identité culturelle* (Fn. 58); ders., *Die kulturelle Dimension des Rechts – ihre Bedeutung für das Internationale Privatrecht und die Rechtsvergleichung*, *RabelsZ* 67 (2003), 211–230; ders. (Hg.), *Kulturelle Identität und internationales Privatrecht*, 2003; ders., *Zugehörigkeit und kulturelle Identität: Die Sicht des internationalen Privatrechts*, 2012.

⁹⁶ N. Yassari/R. Michaels (Hg.), *Die Frühehe im Recht: Praxis, Rechtsvergleich, Kollisionsrecht, höherrangiges Recht*, 2021.

Ehemündigkeit hatten deutsche Gerichte bislang unterschiedlich geurteilt; in diesem Fall kamen Oberlandesgericht wie auch Bundesgerichtshof zum Ergebnis, dass die Anwendung nicht am *ordre public* scheiterte.⁹⁷ Der Gesetzgeber hielt ein solches Ergebnis für inakzeptabel und änderte das Gesetz dergestalt, dass im Ausland von Ausländern vor dem 18. Lebensjahr geschlossene Ehen aufzuheben, vor dem 16. Lebensjahr geschlossene unwirksam sind.⁹⁸

Diese Reform erfolgte entgegen der fast einheitlichen Kritik der deutschen Wissenschaft des internationalen Privatrechts. Tatsächlich war die vorherige Regelung aus der Perspektive kulturalistischer Rechtsvergleichung weit besser zu rechtfertigen gewesen. Die Anwendung des Heimatrechts entspricht der Idee, dass Statusfragen wie diejenige der Ehe zum Kulturkreis der Eheschließenden gehört und daher grundsätzlich diesem zur Bewertung überlassen werden sollten. Der Richter muss hier also einerseits die Verhaftung im Kulturkreis dadurch bestimmen, dass er die Staatsangehörigkeit als Anknüpfungspunkt ermittelt, und andererseits den Inhalt des ausländischen Rechts ermitteln und dieses anwenden – was bedeutet, dass er sich in die ausländische Kultur hineinversetzen muss. In der Anwendung des *ordre public* andererseits ist der Richter dann verpflichtet, durch Vergleich der Anwendung des syrischen Rechts mit den Grundsätzen des deutschen Rechts dessen Akzeptabilität zu bestimmen. Konkret ist das die Frage, inwiefern die Lösung des ausländischen Rechts mit inländischen Werten zu vereinbaren ist.

Die Lösung des Gesetzgebers, die eine Einheitslösung für In- und Ausländer anordnet, bewirkt dagegen eine eurozentrische Rechtsvereinheitlichung, die aus kulturalistischer Perspektive suspekt ist, weil sie westliche Vorstellungen auch dem ausländischen Kulturkreis aufzwingt.⁹⁹ Das traditionelle internationale Privatrecht sieht das mit demselben Misstrauen, das die kulturalistische Rechtsvergleichung der Rechtsvereinheitlichung entgegenbringt – dass sie nämlich kulturelle Unterschiede einplaniert, anstatt das sachnächste Recht zu belassen.

3. Der Mehrwert des internationalen Privatrechts

Welchen Mehrwert bringt nun das internationale Privatrecht gegenüber der kulturalistischen Rechtsvergleichung? Erstens befasst es sich mit rechtlichen oder kulturellen Normen nicht abstrakt, sondern anhand konkreter Personen und Sachverhalte und kommt damit der inneren Fragmentierung der Kultur näher. So kann es etwa erkennen, dass ein anlässlich einer muslimischen Verlobung gegebenes Geschenk bei Scheitern der Ehe zurückzugeben ist, obwohl das islamische Recht eine solche Rückgabepflicht allgemein nicht voraussieht, wenn es in der spezi-

⁹⁷ OLG Bamberg, IPRspr. 2016, Nr. 107; BGH, FamRZ 2019, 181–188 = IRspr. 2019, Nr. 129.

⁹⁸ Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen vom 17.7.2017, BGBl. 2017 I, 2429–2433.

⁹⁹ Vgl. H. Horii, A blind spot in international human rights framework: a space between tradition and modernity within the child marriage discourse, *International Journal of Human Rights* 24 (2020), 1057–1079; M.E. John, *Child Marriage in an International Frame*, 2021.

fischen Gemeinschaft dieser Eheleute anders ist.¹⁰⁰ Damit entkommt es der Versuchung, die ausländische Kultur als eine Einheit zu essentialisieren.

Zweitens ist das internationale Privatrecht potentiell eher als die Rechtsvergleichung in der Lage, Konflikte zwischen verschiedenen Werten, insbesondere kulturellen einerseits und universellen andererseits, aufzulösen. So stellt sich etwa das Spannungsverhältnis zwischen Geschlechtergleichberechtigung einerseits und Respekt für kulturelle Autonomie andererseits, das als theoretisches seit Jahrzehnten ungelöst ist, im internationalen Privatrecht als ein konkretes, das für den konkreten Fall aufgelöst werden muss, aber gerade wegen der Beschränkung auf den konkreten Fall auch aufgelöst werden kann.¹⁰¹

Und schließlich gelingt es dem internationalen Privatrecht oft besser als der Rechtsvergleichung zu erfassen, dass sich Fälle und Personen nicht im einen oder anderen Recht, sondern zwischen den Rechten befinden. Die aus Syrien Geflüchteten erleben an ihren eigenen Personen den Konflikt zwischen der Kultur ihres Heimatlandes, die in unvollständiger Form in der Gemeinschaft von Syrern in Deutschland weitergelebt wird, und der Kultur des Aufnahmestaates Deutschland, mit der sie notwendig konfrontiert werden. Die damit verbundenen komplizierten Prozesse kann eine Rechtsvergleichung, die Kulturen miteinander vergleicht, nur ungenau erfassen; allenfalls erkennt sie Mischkulturen. Der *ordre public* ermöglicht dagegen mit dem Inlandsbezug eine Bewertung, wie stark der Sachverhalt mit der deutschen im Gegensatz zur syrischen Kultur verbunden ist.

VI. Die Formulierung allgemeiner Rechtsbegriffe

1. Allgemeine Rechtsbegriffe in der Rechtsvergleichung

Ein Postulat der funktionalen Rechtsvergleichung besteht darin, „eine eigene Systematik und eigene Systembegriffe zu entwickeln“.¹⁰² Begriffe, die aus einer bestimmten Rechtsordnung stammen, so der Gedanke dahinter, sind bewusst oder unbewusst mit einem nationalen Verständnis verbunden und daher nicht neutral. Zudem sind solche Begriffe dogmatisch und nicht funktional; sie erlauben es daher allenfalls sehr unscharf, die Funktionalität auszudrücken, die der Vergleichung zugrunde liegt. Besonders wichtig sind neutrale Begriffe bei der Rechtsvereinheitlichung, damit eine autonome Auslegung möglich wird.

Freilich gibt es Probleme. Einerseits ist fraglich, inwieweit ein Funktionsbegriff wirklich völlig unabhängig von dogmatischen Begriffen formuliert werden kann. Denn auch das Recht formuliert ja oft funktional. Die Kategorie des Ver-

¹⁰⁰ So die Kritik an *Uddin v. Choudhury*, [2009] EWCA (Civ) 1205, von *J. Bowen*, How Could English Courts Recognize Shariah?, Univ. St. Thomas LJ 7 (2010), 411–435, 433.

¹⁰¹ Dazu *K. Knop/R. Michaels/A. Riles*, From Multiculturalism to Technique: Feminism, Culture, and the Conflict of Laws Style, Stanford LR 64 (2012), 589–656.

¹⁰² *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (Fn. 47), 43; *Kischel*, Rechtsvergleichung (Fn. 23), § 3 Rn. 186.

braucherschutzrechts etwa hat im europäischen Kontext einen funktional definierten Namen, und doch versteckt sich dahinter etwas anderes als in den USA. Ein neutraler Funktionsbegriff müsste sich daher auch von den Funktionsbegriffen nationaler Rechtsordnungen trennen lassen.

Und andererseits ist es nur eingeschränkt möglich, mit einem reinen Funktionsbegriff eine Rechtsnorm adäquat zu beschreiben. Denn der Rechtsvereinheitlicher muss Rechtsbegriffe formulieren, die juristisch operationalisiert werden können. Rechtsnormen, die lediglich die Funktionen aufzählen, an denen sich der Richter orientieren muss, wie etwa § 6 (2) des *Restatement (2d), Conflict of Laws*, haben sich als wenig praktisch erwiesen. Aber auch für die wissenschaftliche Rechtsvergleichung können Funktionsbegriffe immer nur partiell treffend sein. Wenn etwa die *consideration* einerseits, Formvorschriften andererseits, als „Seriositätsindizien“ bezeichnet werden,¹⁰³ so fördert das zwar das vergleichende Verständnis der betroffenen Normen, wird ihnen aber notwendigerweise nicht vollständig gerecht – Seriositätsindiz ist (bewusst) kein rechtsdogmatischer Begriff.

Ein Grund liegt in einer Schwäche der herkömmlichen funktionalen Rechtsvergleichung. Indem sie Rechtsregeln als Antworten auf Probleme formuliert, postuliert sie eine Priorität der Probleme (und damit der Funktionserfordernisse) vor den rechtlichen Lösungen. Tatsächlich entstehen aber Probleme und ihre Lösungen typischerweise synchron: Oft ist es erst die Beobachtung des Funktionierens einer Rechtsregel, die auf das zugrundeliegende Problem verweist.

2. Allgemeine Rechtsbegriffe im internationalen Privatrecht

Im internationalen Privatrecht findet sich das Problem allgemeiner Rechtsbegriffe vor allem beim Institut der Qualifikation.¹⁰⁴ Schon die Entdeckung des Qualifikationsproblems bei *Etienne Bartin* und *Kahn* entstammte einer rechtsvergleichend erlangten Erkenntnis, dass nämlich Rechtsunterschiede zwischen Rechtsordnungen dazu führen, dass sich die Institute des ausländischen Rechts nicht einfach unter die Systembegriffe des eigenen Rechts subsumieren lassen. Aus den beteiligten Sachrechten gezogene Lösungen stellten sich als nicht brauchbar heraus: Die Qualifikation nach der *lex fori* scheitert dort, wo eine ausländische Rechtsnorm nicht unter die eigenen Rechtsbegriffe passt, die Qualifikation nach der *lex causae* daran, dass die ausländische Systematik nicht einfach dem eigenen Recht aufgepfropft werden kann.¹⁰⁵ Die vorgeschlagene Lösung, die IPR-Vereinheitlichung, ließ sich lange Zeit nur sehr eingeschränkt verwirklichen und löst auch nicht alle Probleme.¹⁰⁶

¹⁰³ *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (Fn. 47), 382 ff.; *H. Kötz*, Seriositätsindizien, in: HWBEuP II (Fn. 91), 1397–1400; *ders.*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl., 2015, 68 ff.; *Zimmermann*, Obligations (Fn. 3), 477, 507.

¹⁰⁴ *S. Bariatti*, Classification (characterization), in: EncPIL I (Fn. 2), 357–365.

¹⁰⁵ Näher *Kegel/Schurig*, IPR (Fn. 50), 336–343.

¹⁰⁶ *C. Goetzke/R. Michaels*, Characterisation, in: P. Beaumont/J. Holliday (Hg.), *A Guide to Global Private International Law*, 2022, 31–45.

Der bedeutende Fortschritt in der Analyse des Qualifikationsproblems, der sich aus *Rabels* berühmtem Aufsatz ergab, bestand nun nicht in dessen eigener Lösung, aufgrund universaler Rechtsvergleichung „die für alle Rechtsordnungen passenden speziellen Statuten aufzusuchen und allgemein gültig zu formulieren.“¹⁰⁷ Das kann man für unpraktikabel halten; man kann auch in Frage stellen, ob Kollisionsnormen wirklich in der Weise universell sein müssen.¹⁰⁸ Wesentlich war vielmehr *Rabels* vorhergehende Erkenntnis, dass es sich bei der Qualifikation selbst um einen Vergleichsprozess handelt: Qualifikation ist „der Vergleich der kollisionsrechtlichen Begriffe mit den Begriffen anderweitiger Ordnungen.“¹⁰⁹

Dass Qualifikation *notwendig* Rechtsvergleichung ist, ist nicht allen offensichtlich. *Peter Mankowski* etwa meinte, das IPR müsse autonom „seinen Begriffen selber seine Inhalte geben“, die Rechtsvergleichung könne die dazu nötigen Kriterien nicht liefern.¹¹⁰ Aber autonome Qualifikation erfordert Unabhängigkeit von der materiellen *lex fori*, nicht Unabhängigkeit vom materiellen Recht insgesamt. Schon bei *Rabel* kamen autonome Qualifikation und Rechtsvergleichung zusammen: Wie später *Zweigert* für die Rechtsvergleichung sprach er „[f]ür das System des internationalen Privatrechts“ von der „Notwendigkeit, eigene Begriffe zu bilden.“¹¹¹ Tatsächlich ist die für die Qualifikation notwendige Bewertung der kollisionsrechtlichen Interessen durch die Kategorien der Rechtsvergleichung notwendig bedingt.¹¹² Wenn nämlich die Kollisionsnorm, gemäß *Klaus Schurig's* Bündelungsmodell, die berufenen Sachnormen aller Rechtsordnungen zusammenfasst, dann wird das Kriterium, aufgrund dessen das erfolgt, automatisch zum *tertium comparationis*, *notwendig* zum rechtsvergleichenden Begriff.¹¹³ Anders gesagt: Ohne Rechtsvergleichung ist autonome Qualifikation konsistent nicht möglich.

Auch *Schurig* setzt allerdings die Rechtsvergleichung in Kontrast zur notwendigen autonomen Interessenwertung, die die kollisionsrechtlichen Interessen aus Sicht des Forums bewerte und also nicht von der Rechtsvergleichung abhängig sei.¹¹⁴ Indes besteht der Gegensatz nur dann, wenn man – wie noch *Rabel* – die Rechtsvergleichung als neutral und damit objektiv, vielleicht sogar wertfrei, ansieht. Moderne Rechtsvergleichung ist nicht so gebunden: Sie akzeptiert die

¹⁰⁷ *Rabel*, Qualifikation (Fn. 6), 253; vgl. *C. Bernasconi*, Der Qualifikationsprozess im Internationalen Privatrecht, 1997, 167 ff.

¹⁰⁸ Zu beiden Kritiken *C. v. Bar/P. Mankowski*, Internationales Privatrecht, Bd. 1, 2. Aufl., 2003, § 7 Rn. 162 f.

¹⁰⁹ *Rabel*, Qualifikation (Fn. 6), 253.

¹¹⁰ *v. Bar/Mankowski*, IPR I (Fn. 108), § 7 Rn. 164, 166.

¹¹¹ *Rabel*, Qualifikation (Fn. 6), 282.

¹¹² So schon *K. Schurig*, Kollisionsnorm und Sachrecht, 1981, 222 ff.

¹¹³ Das übersieht *Mankowski*, wenn er meint, das (von ihm befürwortete) Bündelungsmodell beschreibe nur das Ziel, nicht aber den Weg dahin: *v. Bar/Mankowski*, IPR I (Fn. 108), § 7 Rn. 142; *Mankowski*, Das Bündelungsmodell im Internationalen Privatrecht, in: *Liber Amicorum Schurig*, 2012, 159–179, 162.

¹¹⁴ *Schurig*, Kollisionsnorm und Sachrecht (Fn. 112), 223.

Positionalität des Rechtsvergleichers und verzichtet auch auf das Postulat der Wertfreiheit. In diesem modernen Sinne ist die autonome Qualifikation also echte Rechtsvergleichung, nur eben explizit aus Sicht des Forums.

Auf Seiten der Kollisionsnorm führt die Qualifikation zur Herausbildung allgemeiner Begriffe – solcher Begriffe nämlich, die die relevanten Sachnormen zusammenbringen. Bei *Rabel* ist das *tertium comparationis* die Funktion; und in der Tat kann man sich schwer vorstellen, welche andere Methode die notwendige Gleichheit bei Aufrechterhaltung dogmatischer Verschiedenheit erreichen könnte. Hier also liegt die rechtsvergleichende Bildung allgemeiner Rechtsbegriffe auf funktionaler Ebene, wie sie *Zweigert* Jahrzehnte nach *Rabel* formulierte. Bei *Rabel*, wie später bei *Zweigert*, sind diese Begriffe universell und daher auch mögliche Grundlage für die Rechtsvereinheitlichung (im IPR für *Rabel*, potentiell im materiellen Recht für *Zweigert*).

3. Der Mehrwert des internationalen Privatrechts

Worin besteht der Mehrwert des internationalen Privatrechts in dieser Frage? Erstens operationalisiert die Qualifikation eine Frage, die die Rechtsvergleichung schwer lösen kann; diejenige nämlich nach dem *tertium comparationis*. *Zweigert*s Behauptung, als *tertium comparationis* komme überhaupt nur die Funktion in Frage,¹¹⁵ ist in Zweifel gezogen worden.¹¹⁶ Einerseits könnten auch andere Aspekte dienen – zum Beispiel könne man selbst in der funktionalen Rechtsvergleichung statt der Funktion auch die dogmatische Figur konstant setzen.¹¹⁷ Andererseits sei der Begriff der Funktion nicht neutral.

Das internationale Privatrecht kann zur Beantwortung dieser Fragen beitragen. So findet etwa die Idee, dogmatische Begriffe invariant zu stellen, ihre Grenzen darin, dass solche Begriffe überhaupt nicht universal sein können, weil es die betreffenden Rechtsinstitute nicht sind. Das ist eine Erfahrung, die sich im IPR ganz konkret stellt, wenn die Qualifikation *lege causae* oder *lege fori* scheitert: die Begriffe des einen Sachrechts passen nicht für ein anderes. Wissenschaftliche Rechtsvergleichung braucht nicht auf Einheit zu bestehen; kulturalistische Vergleichung verzichtet oft darauf. Das IPR indes kann das nicht, solange es allseitige Kollisionsnormen ausbildet.

Andererseits ist die Tatsache, dass Funktionen nicht neutral sind, sondern auf Wertungen beruhen, im internationalen Privatrecht bereits eingebaut. Wenn autonome funktionale Qualifikation auf kollisionsrechtlichen Interessen beruht, so sind das immer zugleich die kollisionsrechtlichen Interessen aus der Sicht des Forums. Das Forum formuliert also Begriffe, die zwar potentiell universell sind

¹¹⁵ *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (Fn. 47), 33.

¹¹⁶ Siehe etwa *N. Jansen*, Comparative Law and Comparative Knowledge, in: Reimann/Zimmermann, Comparative Law (Fn. 80), 291–319, 299 f.

¹¹⁷ *Michaels*, Functional Method (Fn. 80), 372 m. w. N.

und sein müssen, in ihrer Ausrichtung aber nicht wissenschaftlich neutral sind, sondern explizit auf der Wertung durch das Forum beruhen.

Zweitens beantwortet die Formulierung neutraler Systembegriffe jedenfalls teilweise ein Problem, das sich der wissenschaftlichen Rechtsvergleichung stellt – dass nämlich die neutralen, funktional begründeten, Begriffe ihrerseits dogmatisch formuliert werden sollen. Im IPR ist das der Fall: Die kollisionsrechtlichen Begriffe sind dogmatische Begriffe, gehören aber einer anderen Ebene an als die sachrechtlichen und müssen daher auch anders ausgelegt werden.

VII. Die kollisionsrechtlich-vergleichende Methode

Die Beispiele haben die doppelte These, das internationale Privatrecht sei selbst Rechtsvergleichung und habe einen Mehrwert gegenüber der theoretischen Rechtsvergleichung, hoffentlich plausibel gemacht, selbst wenn ein Beweis nicht geführt werden kann. Zudem hat sich hoffentlich gezeigt, dass in der komplexen Rechtsdogmatik des internationalen Privatrechts Grundfragen der Rechtsvergleichung auf hohem auch theoretischem Niveau verhandelt und operationalisiert werden. Dass dem Kollisionsrechtler die Theorie, die er durch die Anwendung seiner rechtlichen Instrumente notwendig durchschreiten muss, oft nicht bewusst ist, steht dem nicht entgegen: Die Differenzierung ergibt sich hier aus der Praxis selbst, nicht erst aus der Reflexion über diese Praxis.

In letzterem liegt der allgemeine Mehrwert des internationalen Privatrechts. Gerade weil dem Kollisionsrechtler die Rechtsvergleichung notwendig immanent ist, vollzieht er sie im Idealfall auf natürlichere und gradlinigere Weise als der Rechtsvergleicher es könnte. Der Rechtsvergleicher ist von seinem Material (den Rechten) wie auch den davon betroffenen Personen distanziert und muss versuchen, diese Distanz durch Reflexion zu überwinden. Der Kollisionsrechtler hingegen hat diese Distanz erst gar nicht: Er muss die Rechte zueinander und zu den Personen ins Verhältnis setzen und eine Entscheidung treffen. Viele Probleme der Rechtsvergleichung ergeben sich so gesehen erst dann, wenn man die Rechtsvergleichung von ihrer Praxis im internationalen Privatrecht abtrennt.

Konkret ergibt sich ein Mehrwert des internationalen Privatrechts in jedenfalls fünf Hinsichten. Erstens ist dem Kollisionsrechtler immer bewusst, dass er innerhalb der eigenen Perspektive (der *lex fori*) verhaftet ist, dass Rechtsvergleichung immer aus einem hermeneutischen Vorverständnis erfolgt. Zweitens erfasst der Kollisionsrechtler das ausländische Recht in seiner konkreten Situation und ist insofern näher dran als der Rechtsvergleicher. Drittens kann der Kollisionsrechtler sich nicht auf die abstrakte Gegenüberstellung beschränken: er muss ausländisches und eigenes Recht zusammenbringen und insofern praktisch vergleichen. Viertens ergibt sich aus der Pflicht des Richters zur Entscheidung, dass er Beobachter- und Teilnehmerperspektive miteinander verbindet. Fünftens operiert der Kollisionsrechtler im Raum zwischen den Rechtsordnungen, er transzendiert also die Separierung zwischen Rechten.

Was folgt? Keineswegs soll die theoretische Rechtsvergleichung durch das internationale Privatrecht ersetzt werden. Wohl aber ist das internationale Privatrecht als Rechtsvergleichung anzuerkennen, die einen Mehrwert bringt. Ebenso wie es der Rechtsvergleichung genutzt hat, die historische Perspektive einzubeziehen, sollte die Rechtsvergleichung die Perspektive des internationalen Privatrechts einbeziehen und dadurch eine gemeinschaftliche Disziplin wiedererkennen: parallel zur historisch-vergleichenden Methode die kollisionsrechtlich-vergleichende Methode. Jedenfalls in der Schule von *Ernst Rabel* sollte das fast selbstverständlich sein.