

Rechtstransplantate als Instrument der Rechtsreform und -transformation

Von GEBHARD M. REHM, Hamburg*

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	1
B. Rechtstransplantate in der rechtsvergleichenden Diskussion.	3
I. Begriffsgeschichte	3
II. Erscheinungsformen und aktuelle Bedeutung von Rechtstransplantaten	4
C. Die Transplantabilität von Recht.	10
I. Das Problem	10
II. Der Einfluss externer Faktoren und das Recht	13
1. Recht und natürliche Lebensbedingungen	13
2. Nation und Recht	16
a) Die These	16
b) Nation und Recht: Eine Beziehung von einseitiger Determination?	18
3. Ökonomische Bedingtheit des Rechts?	28
4. Religion und Recht.	30
5. Zwischenfazit	31
III. Das Forschungsprogramm der Rechtsvergleichung	33
D. Rechtstransplantate in Reformstaaten	34
E. Fazit und Ausblick	39
Summary: Transplants as a Tool of Legal Reform	41

A. Einleitung

Mit »Transplantaten« assoziieren wir gemeinhin unangenehme Ereignisse: Krankheiten, die den Ersatz geschädigter Organe durch diejenigen eines zudem zumeist verstorbenen Spenders erfordern. Wir sorgen uns, ob der Körper des Empfängers die transplantierte Niere, Leber oder das Herz an-

* Dieser Artikel ist meinem akademischen Lehrer Professor Dr. Andreas Heldrich, der am 31.10.2007 verstarb, in Dankbarkeit gewidmet.

nimmt. Als einfach gilt eine derartige Operation trotz aller medizinischen Fortschritte nicht. Um Abstoßungsreaktionen zu verhindern, muss das Immunsystem des Patienten geschwächt werden, so dass dieser oft dauerhaft entkräftet und krankheitsanfällig zurückbleibt. Transplantationen sind darum – und wegen des Mangels an Spenderorganen – regelmäßig eher eine Notlösung, die nur gewählt wird, wenn andere ärztliche Behandlungsmethoden keinen Erfolg mehr versprechen. Nicht nur medizinisch muten uns Transplantationen indes unangenehm an, sondern bereiten uns auch ethisches und metaphysisches Unbehagen. Da wir uns mit unserem Tod gemeinhin ungerne auseinandersetzen, scheuen wir eine Entscheidung über unsere Bereitschaft zur Organspende – obwohl wir diese im Notfall von anderen vermutlich gern entgegennehmen. Bestimmte Organe und Körperteile erfüllen zudem mehr als eine rein biologische Funktion im menschlichen Organismus: sie stiften unserer Persönlichkeit Identität. Von der Vorstellung, dass das Herz unsere Gefühle beherbergt, mögen wir uns verabschiedet haben, so dass eine Herztransplantation, Ende der sechziger Jahre des vergangenen Jahrhunderts noch eine medizinische und ethische Sensation, mittlerweile routinemäßig vorgenommen wird. Die Transplantation eines Gesichts, wie sie unlängst in Frankreich vorgenommen wurde, verursacht dagegen immer noch allgemeine Beklemmung.

Diese medizinischen Assoziationen sind zwar nicht eigentliches Thema der folgenden Überlegungen, leuchten aber gewissermaßen deren metaphorischen Hintergrund aus. Bei Rechtstransplantaten geht es um juristische Fragen, allerdings weder die rechtliche Zulässigkeit von Transplantationen¹ noch um die juristischen Konsequenzen einer Handtransplantation, wie sie der US-amerikanische Erfolgsautor John Irving in seinem Roman »The Fourth Hand«² phantasievoll literarisch verarbeitet hat: Die Witwe des verstorbenen Spenders verlangt ein Besuchsrecht bei der transplantierten Hand des durch einen Unfall verstümmelten Empfängers. An dieser Stelle soll es vielmehr um Rechtstransplantate gehen: Inwieweit kann ein Staat sein eigenes Rechtssystem erfolgreich dadurch ergänzen oder fortentwickeln, dass er Anleihen bei einem fremden Rechtssystem macht, also einzelne Regeln, Rechtsinstitute oder ganze Gesetze aus diesem übernimmt? Dieses Phänomen hat in den letzten Jahrzehnten durch die Reformprozesse in China und den Nachfolgestaaten der Sowjetunion erheblich an praktischer Bedeutung gewonnen, weil sich diese Rechtssysteme bei der Neugestaltung ihrer Rechtsordnungen in hohem Maße an westlich-marktwirtschaftlichen Vorbildern orientieren. Es drängt sich daher die Frage auf, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen eine solche Strategie theoretisch wie praktisch von Erfolg gekrönt sein kann. Die nachstehenden Überlegungen

¹ Siehe dazu aber unten N. 6.

² Irving, *The Fourth Hand* (New York 2001).

sind der Versuch einer Antwort. Er gliedert sich folgendermaßen: In einem ersten Schritt wird zunächst erläutert, wie der Begriff des Rechtstransplantats entstanden ist und welche Vorgänge er erfasst (B.). Angesichts der stellenweise hitzig geführten Kontroverse um die Validität der Transplantationsthese wird sodann die Tragfähigkeit des Konzepts, Rechtsordnungen entwickelten sich vor allem durch »Leihgaben« anderer Rechtssysteme, anhand der Haupteinwände in der einschlägigen Diskussion überprüft (C.). Vor dem Hintergrund der dabei gewonnenen Erkenntnisse wird sodann analysiert, inwieweit und unter welchen Umständen gerade die Rechtsordnungen der Transformationsstaaten von Rechtstransplantaten profitieren könnten (D.). Die Untersuchung wird durch ein Fazit und einen Ausblick auf die weitere Entwicklung abgerundet (E.).

B. Rechtstransplantate in der rechtsvergleichenden Diskussion

I. Begriffsgeschichte

Die Metapher des »Legal Transplant« wurde 1974 nahezu gleichzeitig durch den deutsch-britischen Rechtsvergleichler Otto Kahn-Freund³ und durch Alan Watson⁴, der seinerzeit an der University of Edinburgh lehrte, in die Diskussion eingeführt. Wenige Monate nach Erscheinen von Kahn-Freunds Artikel, in dem der Autor übrigens selbst auf die vergleichsweise unerfreulichen medizinischen Assoziationen hinwies,⁵ veröffentlichte Watson ein Buch unter dem Titel »Legal Transplants«, in dem er vorwiegend rechtshistorische Übernahmen fremder Rechtsinstitutionen analysierte. Im Vordergrund stand dabei die Rezeption des *Codex Iuris Civilis* des römischen Kaisers Justinian durch zahlreiche europäische Rechtssysteme⁶. Dagegen

³ Kahn-Freund, On Uses and Misuses of Comparative Law: Mod.L.Rev. 37 (1974) 1 (5); dazu Watson, Legal Transplants and Law Reform: L. Q.Rev. 92 (1976) 79.

⁴ Watson, Legal Transplants, An approach to comparative law (1974; 2. Aufl. 1993).

⁵ Kahn-Freund (oben N. 3) 5.

⁶ Watson weiß allerdings von einer im Lichte des Buchinhaltes fast unglaublichen, (scheinbar) zufälligen Folge zu berichten, die der metaphorische Titel auslöste. Obwohl das Buch nach Watsons eigenen Worten in seiner Erstauflage kommerziell nicht sonderlich erfolgreich war, gelangte es in New York im Jahre 1977 zufällig in die Hände von Dr. Carleton Chapman, einem südafrikanischen Mediziner, der meinte, ein Buch über die rechtlichen Voraussetzungen medizinischer Transplantationen zu erwerben, um kurze Zeit später festzustellen, dass ihn sein erster Eindruck vom Inhalt des Werks getrogen hatte. Der Zufall wollte es aber, dass Chapman gleichzeitig rechtshistorische Interessen pflegte und anscheinend von Watsons Buch so gebannt war, dass er beim Autor anfragte, warum es keine englische Übersetzung der Digesten gebe. Watson, der ursprünglich keine Lust auf eine Reaktion hatte, rang sich auf Rat eines Freundes zu einer Antwort durch und meinte, dass es zwar eine schlechte Übersetzung gebe, eine Neuübersetzung aber mit erheblichem Aufwand, Kosten und geringem Prestige verbunden sein würde. Chapman, Vorsitzender einer Stiftung mit dem Zweck

hatte sich Kahn-Freund mit englischer Rezeption zeitgenössischer US-amerikanischer, australischer und neuseeländischer Rechtsideen beschäftigt. Rechtstransplantat, »Rezeption«⁷, »Rechtstransfer«⁸, »Rechtsimport«⁹ oder wie man auch immer das sachliche Problem der Orientierung an anderen Rechtsordnungen bezeichnen möchte,¹⁰ ist durch Watson und Kahn-Freund allerdings nicht »entdeckt« oder erstmals in seiner Bedeutung erlassen worden. Bereits 1938 notierte der US-amerikanische Rechtswissenschaftler und langjährige Dekan der Harvard Law School, Roscoe Pound:

»History of a system of Law is largely a history of borrowings of legal materials from other legal systems and of assimilation of materials from outside of the law.«¹¹

Selbst wenn Watson und Kahn-Freund den Begriff des Rechtstransplantats »erfunden« haben, decken sich ihre Auffassungen doch keineswegs vollständig oder auch nur überwiegend. Während Kahn-Freund eine Transplantation nur in bestimmten Bereichen einer Rechtsordnung für möglich hält und darum zur Vorsicht bei der Übernahme fremder Rechtsregeln mahnt,¹² weist Watson diesem Phänomen in manchen seiner Veröffentlichungen fast einen Alleinvertretungsanspruch als Erklärungsmuster der Fortentwicklung einer Rechtsordnung zu. Im Folgenden werden daher die in zahlreichen weiteren Publikationen geäußerten Thesen Watsons als dem entschiedensten Verfechter der Transplantationsthese im Vordergrund stehen.

II. Erscheinungsformen und aktuelle Bedeutung von Rechtstransplantaten

Der Begriff des Rechtstransplantats wird seit seiner Einführung in die Diskussion denkbar umfassend verwendet und beschreibt sowohl vertikale

der Unterstützung medizinischer Forschung, initiierte daraufhin eine Neuübersetzung der *Digesten*, die 1985 erschien. Watson führt den nach Erscheinen dieser Übersetzung in den Entscheidungen südafrikanischer Gerichte verstärkt spürbaren Einfluss römischer Rechtsquellen nicht zuletzt auf diese Übersetzung zurück. Zum Ganzen *Watson, Aspects of Reception of Law: Am. J. Comp. L.* 44 (1996) 335 (340f.) (zitiert: *Reception of Law*).

⁷ So der herkömmliche Terminus für die Beschreibung der Übernahme fremder Rechtsideen, vgl. statt aller *Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*² (1967) 124ff.

⁸ Vgl. etwa *Fadé, Rechtstransfer, Ein Beitrag zur Stabilisierung Osteuropas: WM* 1993, 639; *ders.*, *Rechtstransfer nach Osteuropa, Eine Investition in die Zukunft: Wirtschaft und Recht in Osteuropa (WiRO)* 1993, 87.

⁹ Zu diesem ökonomisch geprägten Begriff v. *Münch*, *Rechtsexport und Rechtsimport: NJW* 1994, 3145; siehe auch *Rehm*, *Einige Gedanken zum Rechtsnormexport*, in: *Russland im Kontext der internationalen Entwicklung, FS Boguslawskij* (2004) 679ff.

¹⁰ Ohne dass es sich dabei immer um das gleiche Phänomen handeln müsste, siehe *Wiegand*, *The Reception of American Law in Europe: Am. J. Comp.L.* 39 (1991) 229 (236 N. 14).

¹¹ *Pound, The Formative Era of American Law* (1938) 94.

¹² *Kahn-Freund* (oben N. 3) 26f.

(rechtshistorische) als auch horizontale (rechtsvergleichende) Übernahmen der Ideen und Regeln fremder Rechtssysteme. Dabei verschwimmen die Grenzen zwischen vertikaler und horizontaler Beeinflussung gelegentlich. Die Rezeption des römischen Rechts in Europa lange nach Untergang des römischen Reiches ist ein prägendes Beispiel für eine vertikale Beeinflussung,¹³ wenngleich derartige Vorgänge bereits lange vor unserer Zeitrechnung verbürgt sind.¹⁴ Dass die Türkei Kemal Atatürks das schweizerische Zivilgesetzbuch Wort für Wort übernahm, ragt dagegen als dessen »horizontaler Siegeszug« heraus¹⁵, ebenso wie der französische Code Civil und auch das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch seit deren Geltung nachhaltigen Einfluss auf ausländische Rechtsordnungen ausübten und ausüben.

Die von Kahn-Freund beschriebenen Anleihen in zeitgenössischen Rechtsordnungen eines anderen Staates sind ebenfalls alles andere als singulär. Zahlreiche Staaten Mittel- und Osteuropas,¹⁶ Südamerikas sowie China und weitere Staaten Südasiens befinden sich heute auf einem Reformkurs, der nicht nur das eigene Wirtschafts-, sondern auch das Rechtssystem tiefgreifend umgestaltet. An diesem Prozess sind die unterschiedlichsten Akteure beteiligt. Deutsche wie internationale Anwaltskanzleien entwerfen Gesetzbücher für GUS-Staaten, die Weltbank knüpft Finanzzusagen an die Bereitschaft der betroffenen Staaten, bestimmte Wohlverhaltenskriterien zu erfüllen,¹⁷ zu denen auch die Übernahme bestimmter Prinzipien westlicher Rechtsordnungen zählen kann. Die US-amerikanische Entwicklungsbehörde USAID¹⁸, die Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH¹⁹ und die Stiftung für Internationale Rechtliche Zusammen-

¹³ Dazu etwa *Wieacker* (oben N.7) 124ff.; *Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte (1992) 51 ff.; *Schlosser*, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte³ (2001) 35 ff.

¹⁴ Siehe *Ries*, Verpflanzung von Privatrecht nach Bulgarien, in: *Voyage Est-Ouest de modèles juridiques* (1996) 17f. (Schriftenreihe deutscher Jurastudenten in Genf, 12), der etwa die großflächige Übernahme sumerischen Rechts durch die Babylonier bereits 2000 Jahre v. Chr. erwähnt. Weitere Beispiele aus vorchristlicher Zeit bei *Watson*, Legal Transplants (oben N. 4) 22ff.

¹⁵ Dazu *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts³ (1996) 175f.

¹⁶ Vgl. etwa *Horn/Assmann/Sethe*, Die Neugestaltung des Privatrechts in Mittelosteuropa und Osteuropa – Polen, Russland, Tschechien, Ungarn (2002).

¹⁷ Ausführlich zum sog. *Washington Consensus* (den berühmt-berüchtigten Wirtschafts-idealen des Internationalen Währungsfonds – IWF – und der Weltbank) und seinen Inhalten *Knieper* (in diesem Heft) S. 89 ff.; siehe auch bereits *ders.*, Juristische Zusammenarbeit: Universalität und Kontext (2004) 12f. (zitiert: Universalität).

¹⁸ Zu USAID (United States Agency of International Development) aus Sicht eines Vertreters der Organisation *Hendrix*, USAID Promoting Democracy and the Rule of Law in Latin America and the Caribbean: *Southwestern Journal of Law & Trade in the Americas* 9 (2002/03) 277. Allgemeiner zu Struktur, Inhalten und Praxis US-amerikanischer Rechtsberatung *deLisle*, *Lex Americana?*, *United States Legal Assistance, American Models and Legal Change in the Post-Communist World and Beyond*: *U. Pa. J. Int. Econ. L.* 20 (1999) 179.

¹⁹ Allgemein zur Arbeit der GTZ im Internet unter <www.gtz.de>; zu den Rechtsbera-

arbeit (IRZ)²⁰ beraten die Reformstaaten bei Gesetzgebungsprojekten und der Organisation von Rechtsprechung und Verwaltung. Richter des U.S. Supreme Court werben auf Vortragsreisen engagiert für Rechtsreformen nach dem Vorbild des US-Rechts.²¹ Internationale Institutionen wie die International Financial Corporation (IFC) reisen mit Gesetzentwürfen um die Welt.²² Doch ist dieser Rechtsdialog nicht auf Reformstaaten beschränkt, denen Normen in manchen Rechtsgebieten vollständig fehlen. Auch ausdifferenzierte Rechtssysteme orientieren sich an ausländischen Beispielen: Deutschland, Frankreich, Japan und Südkorea blicken bei der Reform ihres Gesellschaftsrechts bekanntermaßen auf das US-amerikanische Modell.²³ England richtet seine Company Law Reform erneut auch an neuseeländischen und australischen Vorbildern aus.²⁴

Dabei ist die Transplantation nicht auf Gesetze beschränkt, sondern kann selbstverständlich auch in Form von Fallrecht, also in Urteilen erfolgen, wengleich weder Watson noch Kahn-Freund diese ausdrücklich ins Visier nahmen.²⁵ So statuiert die südafrikanische Verfassung, ihrerseits in nicht geringem Maße ein Transplantat des deutschen Grundgesetzes, dass eventuelle Lücken durch Referenzen (und damit Reverenzen) auf ausländische Rechtsordnungen geschlossen werden können und sollen.²⁶ Diese auslän-

tungsprojekten der GTZ in China siehe *Julius* (in diesem Heft) S. 56 und <www.gtz-legal-reform.org.cn>.

²⁰ Zu ihr *Weckerling* (in diesem Heft) S. 43, allgemein <www.irz.de>.

²¹ *Knieper*, Universalität (oben N. 17) 108, weist dabei auf ein gegenüber Vertretern europäischer Staaten oftmals anzutreffendes Ungleichgewicht und eine ihnen gegenüber von hohen Vertretern US-amerikanischer Institutionen gezeigte Herablassung hin.

²² Allgemein zur Evaluierung der Rechtsberatungstätigkeit internationaler Institutionen *Norton*, International Institutions and the Movement toward Greater Accountability and Transparency, The Case of Legal Reform Programmes and the Problem of Evaluation: *Int. Lawyer* 35 (2001) 1443.

²³ Vgl. zu Frankreich etwa *Conac*, The New French Preferred Shares, Moving towards a More Liberal Approach: *European Company and Financial Law Review* 2005, 487 (490ff.); zu Deutschland statt aller *Fleischer*, Legal Transplants im deutschen Aktienrecht: *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG)* 2004, 1129; zu Südkorea *Kim*, Directors' Duties and Liabilities in Corporate Control and Restructuring Transactions, *Recent Developments in Korea: Oxford U. Comp. L. Forum* 2 (2006) <ouclf.iuscomp.org>, Text zu N. 4.

²⁴ Vgl. *Lembeck*, UK Company Law Reform, Ein Überblick: *NZG* 2003, 956.

²⁵ Auf die Transplantation von Gesetzen scheint *Legrand*, The Impossibility of Legal Transplants: *Maastricht J. Eur. Comp. L.* 4 (1997) 111 (112) Watsons Erwägungen reduzieren zu wollen. Das ist aber schon deswegen falsch, weil die *Digesten*, die im Zentrum von Watsons Überlegungen stehen, nicht nur reines Gesetzesrecht enthalten. Siehe z.B. *Watson*, Reception of Law (oben N. 6) 335ff.

²⁶ Art. 39 (1) (c) der südafrikanischen Verfassung von 1997 lautet: »(1) When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum – (a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; (b) must consider international law; and (c) may consider foreign law.« (Text nach <http://www.servat.unibe.ch/law/icl/sf00000_.html>.)

dischen Autoritäten werden angesichts der Allgemeinheit der Formulierung von Verfassungstexten aber sehr häufig fallrechtlicher Natur sein. Der U.S. Supreme Court, dem *Export* des US-Rechts generell sehr aufgeschlossen, debattiert dagegen erbittert die Legitimität der Begründung eigener Entscheidungen unter Bezugnahme auf fremde Rechtsordnungen und damit eines fallrechtlichen *Rechtsimports*.²⁷ Nicht nur an dieser konkreten Diskussion wird deutlich, dass Rechtsfindung, entgegen hier allenfalls anzudeutenden Tendenzen des Rechtsrealismus, doch auf vergleichsweise formale Argumente gestützt wird. So berufen sich die US-Gegner des *Rechtsimports* u. a. darauf, dass die US-Verfassung angesichts ihrer Präambel durch den Willen des US-amerikanischen Volkes, nicht aber durch eine ausländische Rechtsordnung legitimiert sein könne.²⁸ Das verwischt gleichwohl die sich aufdrängende Unterscheidung, ausländisches Recht nicht als unmittelbare *Rechtsquelle* sondern als bloße *Inspiration* für eine Inkorporation bestimmter Rechtsinstitutionen in das eigene Rechtssystem anzusehen.²⁹ Ausländisches Recht dürfte in den seltensten Fällen einmal als unmittelbar bindend angesehen werden. Zwar erkennt etwa der türkische Oberste Gerichtshof das schweizerische Recht als Rechtsquelle an.³⁰ Selbst in der Türkei als einem rechtsvergleichenden »Sonderfall« entfaltet das schweizerische Recht als »Lückenbüßer« Geltungskraft nur – aber immerhin – dort, wo ausreichende türkische Regelungen fehlen.

²⁷ Vgl. etwa die abweichenden Auffassungen der Richter Rehnquist, Scalia und Thomas in *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304, 325 (2002): »... we have since explicitly rejected the idea that the sentencing practices of other countries could serve to establish the first Eighth Amendment prerequisite, that [a] practice is accepted among our people.« Vgl. auch die Berufung auf eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 573 (2003). Dazu aus französischer Sicht *Canivet*, La convergence des systèmes juridiques par l'action du juge, in: De tous horizons, Mélanges Blanc-Jouvan (2005) 11 (22).

²⁸ Die Präambel der US-Verfassung lautet: »We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America.«

²⁹ Darum hat das Bundesverfassungsgericht sich in seiner Rechtsprechung zur Meinungsfreiheit schon frühzeitig ausdrücklich auf die Entscheidung des U.S. Supreme Court in *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, 327 (1937) mit der berühmten Cardozo-Formel zur Bedeutung der Meinungsfreiheit »the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom« und Art. 11 der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 berufen können, ohne diese ausdrücklich als Rechtsquelle zu adeln; BVerfG 15. 1. 1958, BVerfGE 7, 198 (208). Der Bundesgerichtshof hat kürzlich bemerkenswerterweise Rechtsprechung des kolumbianischen Verfassungsgerichtshofs zur Begründung einer Entscheidung herangezogen; BGH 11. 10. 2006, NJW-RR 2007, 145, mit Anm. *Rehm*, LMK 211665.

³⁰ Unter Verweis auf Art. 1 (2) des türkischen Zivilgesetzbuchs vgl. etwa *Ercan*, Richter und Parteien im Scheidungsverfahren, Eine rechtsvergleichende Studie zum deutschen, schweizerischen und türkischen Recht (2000) 3 mit weiteren Nachweisen; differenzierend *Hirsch*, Rezeption als sozialer Prozess (1981) 129 f.

Dass Rechtsordnungen miteinander in dieser Weise kommunizieren, ausländische Regelungen zum Vorbild wählen, ist also geradezu ein Gemeinplatz.³¹ Gerade vor dem Hintergrund der Arbeitsinhalte der rechtswissenschaftlich ausgerichteten Max-Planck-Institute muss nicht betont werden, dass eine rechtsvergleichende Umschau bei wichtigen Gesetzesvorhaben, insbesondere dann, wenn sie sich auf noch unbekanntes Territorium wagen, die Regel und nicht der Ausnahmefall sein sollten. Der deutsche Gesetzgeber etwa holt regelmäßig – wenn auch möglicherweise immer noch zu selten – den auf rechtsvergleichenden Erwägungen basierenden Rat der Max-Planck-Institute oder anderer Experten insbesondere dann ein, wenn Gesetzgebungsprojekte anstehen, mit denen Neuland betreten werden soll. Die Rechtsordnungen etwa der USA, Frankreichs, der Schweiz, Österreichs, Japans, der skandinavischen Staaten, der Niederlande und vieler weiterer Staaten werden vor solchen Vorhaben daraufhin befragt, welche Lösungen sie für bestimmte Probleme favorisieren.

Übrigens fungieren nicht nur nationalstaatliche Rechtsordnungen als Richtschnur für eine Rechtsreform. Vielmehr wirkt auch das europäische und internationale Recht auf einzelstaatliche Rechtsordnungen ein, ohne dass dies auf völkerrechtliche Inkorporationsbestimmungen wie Art. 25 GG oder Art. 39 (1)(b) der südafrikanischen Verfassung³² beruhte. Viele Konzepte, die in das nationale Recht übernommen werden, entstammen multinationalen Vorbildern. So lehnen sich etwa das chinesische Vertragsgesetz wie auch sein estnisches Gegenstück, selbst soweit sie für rein interne Sachverhalte gelten, außerordentlich eng an die UN-Kaufrechtskonvention³³ an. Zahlreiche Staaten richten sich bei der Kodifikation ihres Internationalen Privatrechts an den Haager Konventionen oder dem Römischen Schuldvertragsübereinkommen³⁴ aus. Die in diesen internationalen Übereinkommen »geronnene« nationale Erfahrung vermag auf diese Weise indirekt und auf neutralere Weise als direkt aus einem anderen nationalstaatlichen Recht Eingang in ein fremdes Rechtssystem finden.

Die begriffsgeschichtlich eher zufällige Weite – und damit gleichzeitig wohl notwendig verbundene Unschärfe – des Transplantationsbegriffs mag eine Ursache für die später derartig kontroverse Debatte um seine metaphorische Überzeugungskraft und die im Einzelnen angemessene Analyse des Phänomens gewesen sein. So räumt Watson ein, dass eine theoretisch über-

³¹ Siehe z.B. *Curry-Summer*, All's well that Ends Registered, *The Substantive and Private International Law Aspects of Non-Marital Registered Relationships in Europe* (2005) 4.

³² Zu deren Text siehe oben N. 26.

³³ Wiener UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. 4. 1980, BGBl. 1989 II 588.

³⁴ BGBl. 1986 II 810.

zeugende Systematisierungsleistung der einzelnen Arten von Rechtstransplantaten noch aussteht.³⁵

Wie auch immer das Transplantationsargument zu bewerten ist, ob als empirisch häufig anzutreffendes Phänomen oder als theoretisch-methodologisch überzeugendes Erklärungsmuster: Watsons und Kahn-Freunds Metapher haben die rechtsvergleichende Methodendiskussion in jedem Falle nachhaltig belebt. Die Analyse von Rechtsordnungen, Gesetzgebung und Rechtsprechung unter dem Gesichtspunkt der Beeinflussung durch fremde Rechtsordnungen ist in aller Munde. In den letzten Jahren sind Rechtstransplantate zu einem Gegenstand zahlreicher Diskussionen und Kriterium vieler Analysen avanciert. Ob im Verfassungsrecht³⁶, Zivilrecht³⁷, Gesellschaftsrecht³⁸, allgemeinen Wirtschaftsrecht³⁹, Arbeitsrecht⁴⁰ oder Umweltrecht⁴¹: Der Transplantationsgedanke wird rechtsgebietsübergreifend fruchtbar gemacht, um ganze Rechtsordnungen oder Teilgebiete bzw. einzelne Regelungen besser in ihrem historischen und systematischen Kontext zu erfassen. Die Literatur beschäftigt sich mit Funktion, ökonomischen⁴², soziologischen⁴³, kulturellen⁴⁴ Erfolgsbedingungen sowie der Typologie⁴⁵ und Wirkungsweise⁴⁶ von

³⁵ *Watson*, Reception of Law (oben N. 6) 335.

³⁶ *Miller*, The Authority of a Foreign Talisman, A Study of U. S. Constitutional Practice as Authority in Nineteenth Century Argentina and the Argentine Elite's Leap of Faith: Am. U.L. Rev. 46 (1997) 1483. Die Rolle von vor allem durch Nichtregierungsorganisationen vermittelten Rechtstransplantaten in Menschenrechtsfragen untersucht *Mertus*, From Legal Transplants to Transformative Justice, Human Rights and the Promise of Transnational Civil Society: Am. U. Int. L. Rev. 14 (1999) 1335.

³⁷ *Ries* (oben N. 14) 17.

³⁸ *Fleischer* (oben N. 23) 1129; *Kanda/Milhaupt*, Re-examining Legal Transplants, The Director's Fiduciary Duty in Japanese Corporate Law: Am. J. Comp. L. 51 (2003) 887; *Gillespie*, Transplanted Company Law, An Ideological and Cultural Analysis of Market-Entry in Vietnam: Int. Comp. L. Q. 51 (2002) 641.

³⁹ *Nichols*, The Viability of Transplanted Law, Kazakhstani Reception of a Transplanted Foreign Investment Code: U. Pa. J. Int. Econ. L. 18 (1997) 1235.

⁴⁰ *Aubert*, La rédaction d'un code du travail pour l'Albanie, in: Voyage Est-Ouest de modèles juridiques (oben N. 14) 1.

⁴¹ *Wiener*, Something Borrowed for Something Blue, Legal Transplants and the Evolution of Global Environmental Law: Ecology L. Q. 27 (2001) 1295.

⁴² Zur ökonomischen Effizienz von Rechtstransplantaten beispielhaft *Mattei*, Efficiency in Legal Transplants, An Essay in Comparative Law and Economics: Int. Rev. L. Econ. 14 (1994) 3.

⁴³ Eine (auch) soziologische Betrachtungsweise wählt *Miller*, A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process: Am. J. Comp. L. 51 (2003) 839. Frühe allgemeine Überlegungen bei *Kocourek*, Factors in the Reception of Law: Tulane L. Rev. 10 (1936) 209; siehe auch *Hirsch* (oben N. 30).

⁴⁴ Ein vehementer Gegner aus rechtskultureller Sicht ist insbesondere *Legrand* (oben N. 25) 111. Kritisch auch *Rosencrantz*, Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law: Int. J. Const. L. 1 (2003) 269, der sich vor allem mit *Millers* (oben N. 36) Arbeiten zu Argentinien und dessen Orientierung am US-Recht auseinandersetzt.

⁴⁵ Siehe etwa *Miller* (oben N. 36) 1483 ff.

⁴⁶ *Z. B. Pistor*, The Standardization of Law and its Effect on Developing Economies: Am. J.

Rechtstransplantaten. Die Konjunktur des Themas ist zweifelsohne auch damit zu erklären, dass im Zuge der fundamentalen politischen und wirtschaftlichen Umwälzungen in den postsowjetischen und -jugoslawischen sowie mittel- und osteuropäischen Staaten⁴⁷ sowie der Reformen in Asien und Lateinamerika⁴⁸ reiches empirisches Material für die Analyse der Erfolgsbedingungen von Rechtstransplantaten in Staaten, die in kürzester Zeit marktkompatible Rechtsordnungen schaffen mussten, zur Verfügung stand. Auch Watsons Unbescheidenheit in Bezug auf die statistische Häufigkeit des Phänomens und die Gültigkeit seines Erklärungsmusters dürfte die Debatte befeuert haben. So schreibt er in Anlehnung an Pound⁴⁹ immerhin:

»In most places at most times borrowing is the most fruitful source of legal change. The borrowing may be from within the system, by analogy – from negligence in torts to negligence in contract, for instance – or from another legal system.«⁵⁰

Auch der auf diese These gegründete weitreichende Anspruch der Rechtstransplantationsanalyse für die Methodik der Rechtsvergleichung, der in manchen Veröffentlichungen nahezu Alleinvertretungsambitionen erreicht, hat seine Gegner auf den Plan gerufen:

»Comparative Law is a study of the connections between systems which have some relationship. As a practical subject Comparative Law is a study of the legal borrowings or transplants that can and should be made; Comparative Law as an academic discipline in its own right is the other side of the coin, an investigation into the legal transplants that have occurred: how, when, why and from which systems have they been made; the circumstances in which they have succeeded and failed; and the impact on them of their new environment.«⁵¹

C. Die Transplantabilität von Recht

I. Das Problem

Die Übernahme fremder Rechtsinstitutionen durch eine Rechtsordnung, also eine Transplantation im Sinne Watsons, scheint auf den ersten Blick

Comp. L. 50 (2002) 97. Eine institutionentheoretische (und daher im engeren Sinne eher politikwissenschaftliche) Analyse findet sich bei *Mamadouh/de Jong/Lalenis*, An Introduction to Institutional Transplantation (2003) 273 (University of Thessaly, Discussion Paper Series, 9 [13]).

⁴⁷ Vgl. zu diesen insbesondere *Ajani*, By Chance and Prestige, Legal Transplants in Russia and Eastern Europe: Am. J. Comp. L. 43 (1995) 93.

⁴⁸ Zu Lateinamerika und dem dort feststellbaren Reformimpetus *Thome*, Heading South but Looking North, Globalization and Law Reform in Latin America: Wisconsin L. Rev. (2000) 691.

⁴⁹ Siehe Text zu N. 11.

⁵⁰ *Watson*, Reception of Law (oben N. 6) 335.

⁵¹ *Watson*, in: *Comparative Law*⁵, hrsg. von *Schlesinger/Baade/Damaska/Herzog* (1988) 309f.

empirisch nachweisbar. Insbesondere Watson selbst hat hierzu reichlich Material vorgelegt.⁵² Bedeutet dies aber auch, dass sie ein ausschließliches Erklärungsmuster für die Rechtsentwicklung darstellen können⁵³, wie Watson andeutet? Sind Rechtstransplantationen im Übrigen risikolos möglich oder können sie ebenso wie Organtransplantationen fehlschlagen oder gar von vornherein unmöglich sein? Führt die medizinische – Komplikationen andeutende – Konnotation der Metapher in die Irre oder ist sie angemessen? Prägen bestimmte Rechtsgrundsätze ein Rechtssystem derartig, dass – ähnlich wie uns bestimmte Organe als Ausdruck unserer Individualität erscheinen und aus gleichsam metaphysischen Gründen nicht verpflanzt werden können oder sollen – das Empfängerrecht Schaden erlitte, wenn ihm fremdes Recht transplantiert wird? Lässt sich z. B. einfach das deutsche Konzept von Treu und Glauben, wie es in § 242 BGB angedeutet ist und durch die Rechtsprechung und -lehre in bemerkenswerter Weise aufgeladen wurde, mit allen seinen Konsequenzen aus dem deutschen Recht – etwa per europäischer Richtlinie – in das englische Recht übertragen, ohne dort schwerste Zerstörung anzurichten?⁵⁴ Ließe sich im deutschen Recht ein *Trust* mit seiner jahrhundertealten Tradition einführen, ohne dass er möglicherweise tiefgreifende Umgestaltungen erleben oder andernfalls ein unbedeutendes Dasein fristen müsste? Man kann mit guten Gründen zweifeln, dass diese zentralen Rechtsinstitute angesichts ihrer ganz individuellen Entwicklung und Einbettung in die jeweils andere Rechtsordnung verpflanzt werden könnten.

Es überrascht deshalb nicht, dass der Begriff des Rechtstransplantats ebenso wie das von Watson auf dessen Basis definierte Forschungsprogramm der Rechtsvergleichung – die Beschränkung auf Rechtstransplantatforschung – zum Teil heftigen Widerspruch provozierte: »Die Unmöglichkeit von Rechtstransplantaten« ist der Schlüsselartikel eines seiner entschiedensten Antipoden überschrieben.⁵⁵ Die Metapher suggeriere fälschlich, derartige »Operationen« – also die Übernahme einer Institution aus einem anderen Rechtssystem, unabhängig von dessen Verwandtschaftsgrad mit dem eigenen – könnten überhaupt gelingen. Darin liege eine simplifizierende Auffassung von Rechtsvergleichung, die rechtliche Regeln als von historischen, soziologischen und sprachlichen Umständen isolierte bzw. zumindest isolierbare Phänomene betrachte, was ihrer Komplexität nicht im Mindesten

⁵² Insbesondere in *Watson*, Legal Transplants (oben N. 4).

⁵³ Eine solche These würde *Ewald*, Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants: Am. J. Comp. L. 43 (1995) 489 (491), als »Strong Watson« bezeichnen: Transplantate erklären die Rechtsentwicklung ausschließlich, ohne andere Erklärungen zuzulassen.

⁵⁴ Zu diesem Problem *Teubner*, Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Differences: Mod. L. Rev. 61 (1998) 11.

⁵⁵ *Legrand* (oben N. 25) 111.

gerecht werden könne.⁵⁶ Um aussagekräftige Ergebnisse zu liefern, müsse Rechtsvergleichung vielmehr politische, kulturelle, soziologische, historische, anthropologische, linguistische, psychologische und ökonomische Gesichtspunkte einbeziehen.⁵⁷

Der – sachliche – Widerstand gegen die Transplantationsthese ist übrigens erheblich älter als die Transplantationsdebatte selbst. Lange bevor diese von Watson und Kahn-Freund angestoßen wurde, war es unter Theoretikern so unterschiedlicher ideologischer Provenienz wie Montesquieu, Marx, v. Savigny oder Jhering in der Sache anerkannt, dass jede (nationale) Rechtsordnung singulär sei, weil sie jeweils von einer einzigartigen Mischung externer Faktoren (Klima, Kultur, politisches System, so Montesquieu) bzw. einem einzelnen, aber unterschiedlich stark ausgeprägten Faktor (ökonomische Produktionsbedingungen, so Marx) beeinflusst sei. Eine solche »Spiegeltheorie des Rechts« (das Recht reflektiert lediglich externe Kräfte, die auf es wirken)⁵⁸ zumindest in einer Version, die eine ausschließliche Prägung des Rechts durch äußere Einflüsse postuliert, ist offensichtlich inkompatibel mit der Annahme, Recht sei systematisch transplantabel und die meisten (wenn nicht gar alle) Fortentwicklungen einer Rechtsordnung ergäben sich aus derartigen Vorgängen. Treffen die »Spiegeltheorien«⁵⁹ zu, so ist die »Abstoßungsreaktion« der rezipierenden Rechtsordnung gegen ein Transplantat gleichsam programmiert.

Zahlreiche externe Faktoren werden als transplantationsfeindlich ins Feld geführt. Teilweise überschneiden sie sich und sind interdependent. Gleichwohl sollen die einzelnen Einwände der besseren Übersicht halber nachfolgend getrennt – und exemplarisch – auf ihre Berechtigung untersucht werden. Gibt es also Faktoren, die rechtliche Regelungen so eng an ein bestimmtes Volk, eine bestimmte Umgebung oder sonstige Umgebungsbedingungen einer Rechtsordnung knüpfen, dass Recht nicht erfolgreich verpflanzt werden kann? Oder ist diese Behauptung lediglich Ausdruck des Unwillens, den nachhaltigen Erfolg des römischen Rechts in den *Civil-Law*-Rechtssystemen zu akzeptieren? Für manche modernen Rechtswissenschaftler ist das offenbar ein nahezu beleidigendes Phänomen, das Ewald launig-treffend umschreibt als:

⁵⁶ Legrand (oben N. 25) 114.

⁵⁷ Legrand (oben N. 25) 116.

⁵⁸ Begriff von Ewald (oben N. 53) 491.

⁵⁹ Von einer einheitlichen Spiegeltheorie kann angesichts der zahlreichen für relevant gehaltenen externen Einflussfaktoren, denen z.T. Alleingeltungsanspruch beigemessen wird, natürlich nicht die Rede sein. Insofern handelt es sich bei den zitierten Autoren keinesfalls um Mitglieder einer geschlossenen Allianz gegen Watsons These. Sie eint allerdings ihre Überzeugung, dass Recht durch einzelne oder mehrere externe Faktoren geprägt wird.

»... the extraordinary persistence, into the present day, of rules that were first struck upon by a leisured class of slave-holding Italian aristocrats – men who pursued law as a hobby, and who have been dead for nearly two thousand years.«⁶⁰

Zum besseren Verständnis der nachfolgenden Erwägungen sei noch einmal hervorgehoben, dass die Debatte über Rechtstransplantate um zwei aufeinander aufbauende, gelegentlich allerdings (polemisch) miteinander vermischte Fragen kreist:

– Lässt sich – wie Watson behauptet und die Spiegelbildtheoretiker tendenziell ablehnen oder vollständig verneinen – Recht überhaupt transplantieren?

– (Nur) wenn diese Frage zu bejahen ist: Sollte sich die Rechtsvergleichung methodologisch auf die Analyse von Rechtstransplantaten beschränken, weil diese das einzig taugliche Erklärungsmuster für rechtliche Veränderungen darstellen?

II. Der Einfluss externer Faktoren und das Recht

1. Recht und natürliche Lebensbedingungen

Wohl als erster sieht der französische Rechtsphilosoph Charles de Secondat Montesquieu den »Geist der Gesetze« in seinem gleichnamigen Werk durchdrungen von Faktoren wie dem Klima, der Fruchtbarkeit des Bodens, der Größe und der geographischen Lage des Landes⁶¹. Zumindest in ihrer »starken« Version (alleiniges Erklärungsmuster für Veränderungen der Rechtssysteme)⁶² ist die Transplantationsthese mit dieser Betrachtungsweise nicht zu vereinbaren.

Völlig unrecht dürfte Montesquieu kaum haben: Es ist offensichtlich, dass Recht bis zu einem gewissen Grad durch die geographischen und klimatischen Gegebenheiten in seinem Geltungsbereich beeinflusst ist. Die vielzitierten Unterschiede zwischen dem Wasserrecht der regen- und flussreichen nordöstlichen Bundesstaaten der USA und dem der trockenen südlichen und südwestlichen US-Bundesstaaten legen vom Einfluss natürlicher Lebensbedingungen auf das Recht beredtes Zeugnis ab.⁶³ In einer von landwirtschaftlicher Aktivität geprägten Rechtsordnung besteht häufig eine erbrechtliche Präferenz, die Zersplitterung landwirtschaftlicher Eigentumsstrukturen

⁶⁰ Ewald (oben N. 53) 490.

⁶¹ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Livre I, Chap. 3: Des lois positives (1748) (Edition Gallimard 1951) 237.

⁶² Vgl. dazu Ewald (oben N. 53) 491.

⁶³ Kahn-Freund (oben N. 3) 8ff.; Groffeld, *Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung* (1984) 139ff. mit weiteren Beispielen.

durch eine gleichberechtigte Erbfolge von Todes wegen zu vermeiden.⁶⁴ Vorkommen und Häufigkeit bestimmter Tierarten prägen Umfang und Ausgestaltung von Jagdrechten. Gesellschaften, die traditionell hauptsächlich vom Ertrag des Fischfangs leben, entwickeln regelmäßig ausdifferenzierte Fischereirechte. Derartige Eigentumsrechte wie Jagd- und Fischereirechte sind *property rights*⁶⁵ an bestimmten Ressourcen, die insbesondere als Versuch interpretiert werden können, eine Übernutzung der Ressourcen durch Zuweisung an einen Verfügungsberechtigten zu verhindern.⁶⁶ Der Gesetzgeber wird ein Bedürfnis, derartige Rechte auszugestalten, vor allem für solche Ressourcen wahrnehmen, die in seinem Herrschaftsbereich eine ökonomisch besondere Bedeutung haben.

Dass England und die Niederlande ein erheblich reiferes Seehandelsrecht als andere Staaten entwickelt haben, ist vielleicht nicht allein, aber doch maßgeblich auf den geographischen Faktor ihres nahen Zugangs zum Meer und die daraus historisch entstandene wirtschaftliche Ausrichtung zurückzuführen. Bodenschätze sind geographisch ungleich verteilt, so dass es nicht verwundert, dass in Deutschland das Bergrecht einen hohen Entwicklungsstand erreicht hat, während kohlearme bzw. ölfreiche Gesellschaften auf derartige Bestimmungen ohne großen Verlust verzichten können, dafür umgekehrt spezifisch auf Ölförderung zugeschnittene Regeln kennen.

Dass etwa auch das Klima in mehr oder minder großem Ausmaß eine Rechtsordnung prägt, leuchtet angesichts der Wetterabhängigkeit landwirtschaftlichen Anbauerfolges unmittelbar ein. Missernten können zu Verteilungskämpfen innerhalb einer Gesellschaft führen, die das Recht vermeiden bzw. bewältigen muss. Welche ökonomischen Aktivitäten in einer bestimmten Gemeinschaft wirtschaftlich lohnenswert sind, welche Schwerpunkte eine Volkswirtschaft daher setzt und welche Herausforderungen sich einer Rechtsordnung demzufolge primär stellen, hängt mittelbar auch von den klimatischen Bedingungen ab. Das Klima kann dabei auch für vordergründig banale Aspekte des Rechts wie Arbeitszeiten eine Rolle spielen. Während in Deutschland eine garantierte Mittagspause den Zweck haben mag, eine Mindesterholung zu ermöglichen, die innerhalb einer halben Stunde erreichbar – und notfalls auch verzichtbar – sein mag, kann sie in Mittelmeerländern insbesondere für Arbeiten auf freiem Feld lebensnotwendig sein.

Lässt sich aufgrund dieses Zusammenhangs zwischen natürlichen Lebensbedingungen und Recht dessen Transplantabilität widerlegen? Faktoren wie

⁶⁴ Siehe z.B. § 4 Höfeordnung in der Britischen Zone vom 24. 4. 1947, VOB I BrZ 1947, Nr. 3, S. 25; abrufbar unter <http://bundesrecht.juris.de/h_feo/BJNR700330947.html>.

⁶⁵ Im Sinne von Handlungsrechten, zu dieser Bedeutung *Rehm*, Aufklärungspflichten im Vertragsrecht (2003) 51 ff.

⁶⁶ Dazu *Demsetz*, Toward a Theory of Property Rights: Am. Econ. Rev. 57 (1967) 347 (350).

Geographie und Klima waren zu Zeiten Montesquieus aufgrund der damaligen, durch den primären Sektor und den geringeren Technisierungsgrad bedeutsamer für das Recht als das heute noch der Fall ist. Sie wirken sich in einer agrarischen und den natürlichen Lebensbedingungen darum nahezu schutzlos ausgelieferten Gesellschaft stärker aus als in einer technisch weit entwickelten Gesellschaft, die wegen ihrer Konzentration auf den sekundären bzw. tertiären Sektor und ihrer stärkeren Fähigkeit, Umwelteinflüsse technologisch zumindest teilweise zu neutralisieren, in geringerem Ausmaß von solchen Bedingungen abhängig ist. Damit soll nicht geleugnet werden, dass Umweltbedingungen besonders in Staaten der sog. Dritten Welt weiterhin große Bedeutung haben, auch wenn die Unterschiede selbst in diesen Staaten aufgrund fortschreitender Technologisierung zunehmend eingebettet werden. Die Anpassung der Lebensbedingungen zwischen den europäischen Ländern ist in jedem Falle so weit fortgeschritten, dass Geographie und Klima angesichts des technischen Fortschritts in allen Bereichen, etwa verbesserter Anbau- und Düngemethoden, Architektur etc., zudem eine geringere Rolle als noch zu Montesquieus Zeiten spielen, selbst wenn die das Recht prägenden Unterschiede nicht vollständig ausgemerzt sein sollten. Insofern ist es tatsächlich zu einer Vereinheitlichung vieler natürlicher Faktoren gekommen, die das Recht prägen.

Dass natürliche Lebensbedingungen das Recht allgemein untransplantierbar machen, liegt im Übrigen deswegen kaum nahe, weil weite Rechtsbereiche von den natürlichen Lebensbedingungen weitestgehend unabhängig sind. So wirken diese sich allenfalls gering auf die Ausgestaltung des Familienrechts oder des Vertragsrechts aus. Randeinflüsse sind natürlich niemals auszuschließen. So wird es in Russland eher als in Deutschland bedeutsam werden, ob die fehlende Sicherung von Waren auf dem Transport gegen extreme Kälte eine Vertragsverletzung bedeutet. Die meisten Normen des Vertragsrechts sind indes geographie- und klimaunabhängig. Eine internationale Übereinkunft wie das UN-Kaufrechtsübereinkommen wäre andernfalls zum Scheitern verurteilt.

Die Debatte über den Klimawandel und die Abhängigkeit des Baues neuer Kraftwerke vor dem Hintergrund der Emissionshandelszertifikate⁶⁷ als Genehmigungsvoraussetzung zeigt umgekehrt, dass Gesellschaften, und damit Rechtsordnungen, sich nicht in jeder Hinsicht von klimatischen Vorgaben emanzipieren können, sondern diese in ihr Kalkül einbeziehen müssen. Selbst wenn eine hochindustrialisierte Gesellschaft zumindest für ihren ökonomischen Schwerpunkt und die meisten ihrer Bürger für ihren unmit-

⁶⁷ Vgl. beispielhaft die sog. Emissionsrichtlinie der EU (Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 96/61/EG des Rates, ABl. L 275/32).

telbaren Lebensunterhalt nicht mehr von wechselhaften Klimabedingungen abhängig sein mag, so unterstreicht die Klimaschutzdebatte entgegen oberflächlicher Annahme, dass sie auch für industrielle Wirtschaftsstrukturen auf lange Sicht nicht gleichgültig sind. Der Einfluss der natürlichen Lebensbedingungen auf das Recht ist folglich nicht statisch, die Bedeutung des Klimas – die vorübergehend abgenommen haben mag – kann also auch wieder zunehmen. Allerdings beweist das Beispiel auch, dass überhaupt nur durch konzertiertes Handeln und damit gemeinsame Rechtsregeln bestimmte globale Herausforderungen gemeistert werden können. Diese gemeinsamen Rechtsregeln können aber gegebenenfalls auch aus erfolgreichen nationalstaatlichen Vorbildern – und damit Transplantaten – entstehen.

Aus dem Vorstehenden wird deutlich, dass der Einfluss natürlicher Lebensbedingungen und seine Auswirkungen auf die Transplantabilität des Rechts differenziert beurteilt werden müssen. Bei geographie- und klimaabhängigen Segmenten einer Rechtsordnung wird man die Erfolgsaussichten einer Transplantation erheblich skeptischer einschätzen bzw. die Regelung besonders sorgfältig an die Bedingungen des Empfängerrechts anpassen müssen. Ebenso unangemessen wäre es freilich, die Verpflanzung einer Rechtsnorm allein deswegen für pauschal unmöglich zu erachten, weil die umweltbedingten Lebensumstände der Empfängerrechtsordnung sich von denen des Ausgangsrechts unterscheiden. In zahlreichen Lebens- und Rechtsbereichen sind diese weitestgehend irrelevant.

2. Nation und Recht

a) Die These

Montesquieu hielt die Entlehnung fremder Rechtsvorstellungen neben den bereits diskutierten geographischen und witterungsbedingten Gründen vor allem deshalb für nahezu unmöglich bzw. ihr Gelingen für puren Zufall, weil sie zu stark von nationaler Identität abhängig seien:

»Les lois politiques et civiles ... de chaque nation doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites, que c'est un grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre.«⁶⁸

Einer der dezidiertesten Gegner der Transplantationsthese und damit zeitgenössischen Hauptantipoden Watsons, der an der Sorbonne lehrende Rechtswissenschaftler Pierre Legrand, stützt seine Behauptung, eine Transplantation von Recht sei unmöglich, mit ähnlichen Erwägungen auf den nach seiner Ansicht nahezu unlösbaren Zusammenhang von Nation und

⁶⁸ »Die politischen und bürgerlichen Gesetze ... jeder Nation müssen dem Volk eigen sein, für die sie gemacht sind, so dass es ein großer Zufall ist, wenn diejenigen einer Nation für die einer anderen Nation passen«; *Montesquieu* (oben N. 61) 237.

Recht. Dieser Zusammenhang verwandle jede Rechtsregel in eine inkorporierte kulturell determinierte Figur, die sich selbst von gleichlautenden Regeln anderer Staaten notwendig unterscheide, weil jede Nation aufgrund ihrer kulturellen Sozialisation mit dieser Regel einen anderen Inhalt verbinde. Der konkrete Norminhalt lasse sich erst aus dem kulturellen Umfeld der Norm erschließen.⁶⁹ Angesichts dieser spezifisch national bzw. kulturell bedingten Bedeutung könne eine Regel auch nicht unverändert gleichsam von einer Rechtsordnung in eine andere »reisen«. Sie nehme vielmehr »unterwegs« zwingend einen anderen Charakter an.⁷⁰ Jeder Bürger – so die These Legrands – werde durch die Rechtsauffassung seiner Nation während seiner Sozialisation unvermeidlich geprägt, sie durchdringe unbewusst sein Denken. In der Zuspitzung sei darum ein englischer Jurastudent schon ein *common lawyer* im Werden, bevor er sich überhaupt für das Rechtsstudium entschieden habe⁷¹. Da aber jede Interpretation einer Rechtsregel notwendig subjektiv sei, werde das Verständnis einer Rechtsregel unvermeidlich auch von diesem national geprägten kulturellen Hintergrund determiniert. Dieser nationale Hintergrund werde von einer in jeder Nation unterschiedlichen, jeweils aber ungleichen Verteilung sozialer und kultureller Macht bestimmt, so dass er sich notwendig von Nation zu Nation unterscheide.⁷² Legrand kann damit als einer der Vertreter einer »starken Spiegeltheorie«⁷³ angesehen werden, die nicht nur die Bedeutung externer Faktoren für die Herausbildung des Rechts hervorhebt, sondern das Recht durch diese als vollständig determiniert betrachtet. Eine Rechtstransplantation als rechtsimmanente Veränderung und unveränderte Übertragung einer Regel von einem Rechtssystem in ein anderes muss ihm undenkbar erscheinen.

In eine ähnliche Kategorie (Nation bzw. Volk als wesentlicher externer Faktor für die Herausbildung des Rechts) sind Friedrich Carl v. Savigny⁷⁴ oder Eugen Ehrlich⁷⁵ einzuordnen, welche die Geltungskraft des Rechts – wenn auch aus unterschiedlichen Motiven – weniger aus seiner schriftlichen Anordnung als vielmehr aus der historisch bedingten Verwurzelung und Verankerung im Rechtsempfinden des jeweiligen Volkes ableiten (»Volksgeist«). Ob sie aber diesen Zusammenhang ähnlich vehement und absolut wie Legrand behaupten, muss füglich bezweifelt werden.

⁶⁹ Legrand (oben N. 25) 116.

⁷⁰ Legrand (oben N. 25) 117.

⁷¹ Legrand (oben N. 25) 114f.

⁷² Legrand (oben N. 25) 115.

⁷³ Demgegenüber postuliert eine schwache Spiegeltheorie den Einfluss externer Faktoren, hält diesen aber nicht für ausschließlich. Vielmehr sind auch rechtsimmanente Veränderungen möglich; dazu Ewald (oben N. 53) 493f.

⁷⁴ Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (1814).

⁷⁵ Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts⁴ (1989).

b) Nation und Recht: Eine Beziehung einseitiger Determination?

Zwischen Nation und Recht bzw. Staat und Recht bestehen unleugbar vielfältige Verbindungen und gegenseitige Abhängigkeiten. Die These der engen Verknüpfung von Nation und Recht, wie sie insbesondere von Legrand vertreten wird, wirkt daher auf den ersten Blick recht überzeugend. Allerdings leidet sie daran, dass der Begriff der Nation sehr schillernd ist und insbesondere Legrand ihn als Chiffre für eine Vielzahl von Elementen zusammenzufassen scheint, die nicht zwingend nationenspezifisch sind. Allerdings werden dabei nicht einmal alle denkbaren Verbindungen berücksichtigt. Um die Argumentationslinien deutlich aufzuzeigen, müssen zunächst einmal die unterschiedlichen Ebenen der Debatte genauer voneinander geschieden werden, um zu untersuchen, wie stark die Verbindungen zwischen diesen unterschiedlichen Aspekten des Nationenbegriffs tatsächlich ausgeprägt sind.

Was macht also eine Nation aus? Einigkeit wird man im Hinblick auf die etymologische Bedeutung des Begriffs herstellen können, der aus dem lateinischen Begriff »*natio*«, also »Geburt, Volksstamm, Gattung, Sippschaft«⁷⁶ abgeleitet ist.⁷⁷ Auf der etymologischen Ebene zeichnet sich eine Nation also durch den Begriff der gemeinsamen Abstammung aus; das entspricht auch der Bedeutung des Begriffs in seiner antiken und mittelalterlichen Verwendung.⁷⁸ Später ist vor allem die Einheit von Tradition, Geschichte, Sprache und Kultur hervorgehoben worden. Ein wichtiges Element des Nationenbegriffs ist seit der Französischen Revolution in der Bildung eines Staates als der Struktur, in der sich eine Nation idealtypisch politisch und rechtlich organisiert. Gleichwohl ist der Begriff der Nation nicht deckungsgleich mit dem des Staates, da er eine Reihe weiterer Elemente in sich aufnimmt, die in unterschiedlichen Nationen und Staaten zudem verschieden stark ausgeprägt sein können.⁷⁹ Nation und Staat sind daher nicht zu verwechseln, wenngleich der staatliche und der nationale Einfluss angesichts der Deckungsgleichheit beider gelegentlich kaum auseinandergehalten werden kann. Allerdings muss eine Nation nicht stets in den Grenzen eines Staates organisiert sein oder überhaupt einen solchen haben. Wo verlaufen aber die Verbindungslinien zwischen Nation und Recht? So decken sich Staaten- und Nationengrenzen nicht notwendig. Das ist insofern bedeutsam, als regelmäßig der Staat, nicht die Nation, für die Rechtsetzung verantwortlich ist. Manche Staaten wie die frühere UdSSR beherbergen mehrere Nationen (im Sinne rassistischen Ursprungs und gemeinsamer Geschichte, Sprache und

⁷⁶ Langenscheidts Großwörterbuch Lateinisch²², Teil I (1984) Stichwort »*natio*«.

⁷⁷ Brockhaus-Enzyklopädie²¹ (2006) Stichwort »Nation«.

⁷⁸ Brockhaus-Enzyklopädie (vorige Note).

⁷⁹ Vgl. dazu *Bußmann*, Staatslexikon Recht Wirtschaft Gesellschaft⁷ (1987) Stichwort »Nation«.

Kultur), andere Nationen sind auf mehrere Staaten verteilt (Deutschland vor der Wiedervereinigung). Welche Sozialisation hat hier den Vorrang? Umgekehrt verteilen sich manche Nationen auf mehrere Staaten oder ihnen fehlt, wie den Palästinensern oder Kurden, überhaupt ein einheitlicher Staat. Den Geist welcher Gesetze nimmt der junge Mensch hier auf?

(1) *Rechtsetzungskompetenz.* – Die meisten Nationalstaaten sind schon auf einer formaljuristischen Ebene heutzutage trotz aller Internationalisierungsbestrebungen immer noch in sehr weitem Umfang Träger der Gesetzgebungs- und Rechtsetzungsgewalt. In einem Nationalstaat herrscht damit regelmäßig ein weitgehend einheitliches Recht. Für dessen Ausgestaltung liegt nahe, dass die Rechtsetzungsorgane (hier im weiteren Sinne einschließlich der Rechtsprechung verstanden) die besonderen Eigenheiten und Präferenzen der jeweiligen Nation berücksichtigen.

Indes sind nationale Grenzen und damit der Zuschnitt von Staaten als Trägern der Gesetzgebungskompetenz stetem Wandel unterworfen. Staaten gewinnen und verlieren Territorien. Damit verändert sich auch der Zuschnitt des Staatsvolkes. Passt für die »neuen Staatsbürger« das neue Recht automatisch nicht mehr? Vor allem aber ist der Nationalstaat nur eine Ebene, auf der Gesetzgebungskompetenz angesiedelt ist. Auch heute im – möglicherweise ausgehenden – Zeitalter der Nationalstaaten deckt sich die Rechtsetzungskompetenz nicht überdies zwingend mit nationalen Grenzen. Das mag für das napoleonische und spätere zentralistisch organisierte Frankreich zutreffen. Es stimmt aber weder für föderal organisierte Staaten wie die USA und Deutschland, bei denen zwar nur landsmannschaftliche Unterschiede unvermeidlich sein mögen, indes kaum jemand von einer kalifornischen und New Yorker Nation bzw. einer nordrhein-westfälischen und sächsischen Nation sprechen würde. Rodolfo Sacco hat in seiner Untersuchung über die von ihm so bezeichneten *Legal Formants* eindrucksvoll dargelegt, dass selbst innerhalb eines gesetzesbasierten Rechtssystems keineswegs das Gesetz die allgemeingültige Regel für einen bestimmten Interessenkonflikt bereitstellt, sondern selbstverständlich das Fallrecht, die Lehrmeinungen und die sonstige Praxis berücksichtigt werden müssen und möglicherweise gar nicht eine einzige Regel existiert.⁸⁰ Vielmehr – so die These Saccos – existierten in jedem Rechtssystem unterschiedliche Typen von Regeln, deren Hierarchie nicht in jeder Situation genau definierbar sei.⁸¹ Dass es in jedem Rechtssystem nicht nur eine »goldene« Rechtsregel für jeden Konflikt gibt, weiß jeder einigermaßen realistische Jurist. Mit der von Legend postulierten Einheit von Nation und Rechtsbewusstsein ist Saccos Annahme freilich nur schwer vereinbar. Umgekehrt unterminiert seine Theorie der »Legal Formants« – also der Mehrschichtigkeit und Gleichzei-

⁸⁰ Sacco, *Legal Formants*: Am.J.Comp.L. 39 (1991) 1 (21).

⁸¹ Sacco (vorige Note) 21f.

tigkeit von Rechtssätzen innerhalb eines gegebenen Rechtssystems – aber auch die Überzeugungskraft der Transplantationstheorie Watsons. Denn wenn eine Rechtsnorm – vor dem Hintergrund von Watsons Untersuchungen zum römischen Recht⁸² typischerweise eine gesetzliche bzw. zumindest abstrakt formulierte Regel – nicht einmal in einem konkreten Rechtssystem unzweideutige Geltung beanspruchen kann, so nährt dies Zweifel daran, wie eine Rechtsnorm transplantierbar sein kann, ohne ihre ursprüngliche Bedeutung einzubüßen oder zumindest zu verändern. Wenn indes eine Regel mit der Einführung im fremden Rechtssystem ihre Bedeutung wesentlich verändert, so verliert der Transplantationsgedanke an Überzeugungskraft.

(2) *Nation als allgemeine Sozialisationseinheit.* – Nationale Werte finden dabei auch unbewusst Eingang in die Rechtsetzung und -praxis, weil Rechtsfindung ein zu komplexer und von zu vielen Faktoren beeinflusster Prozess ist, als dass sich jeder daran Beteiligte stets in vollem Umfang über seine eigenen Motive vergewissern könnte oder würde. Insofern fließen in die Rechtsfindung stets auch Wertvorstellungen ein, die in einer bestimmten sozialen Gruppe, wie sie eine Nation darstellt, eine besondere Rolle spielen und die sie von anderen sozialen Gruppen auf der gleichen Ebene unterscheiden. Die Sozialisation in dieser Gruppe bleibt nicht ohne Rückwirkung auf das Recht. Viele Nationalstaaten blicken zudem mittlerweile auf eine zumindest im Hinblick auf die Dauer eines menschlichen Lebens derartig lange Geschichte zurück, dass sich national geprägte Rechtsauffassungen herausgebildet haben, mit denen die allgemeine und juristische Sozialisation aufgefüllt wird. Selbst bei identischem Normtext können sie darum möglicherweise der jeweiligen Regel eine besondere Bedeutung verleihen, die von der von anderen Nationen geübten Praxis regelmäßig abweichen wird. Selbst wenn man bezweifelt, dass sich eine nationale Mentalität endgültig definieren lässt, und insbesondere in Deutschland der Begriff der Nation bzw. des Volkes und möglicher »nationaler Identität« immer noch auf ein gewisses Unbehagen stößt, ist doch unverkennbar, dass sich in verschiedenen Nationen unterschiedliche Wertehierarchien herausbilden. Diese hängen auch mit bestimmten sozialpsychologischen Befindlichkeiten, die etwa aus historischen Ereignissen entstanden sind, zusammen. So ist die im Vergleich etwa zu südeuropäischen Staaten besonders ausgeprägte Ablehnung von Inflation in Deutschland vor allem auch aus der Erfahrung der Währungskrisen 1923 und nach Kriegsende bis zur Währungsreform 1948 entstanden und ist bis zu einem gewissen Grade damit auch psychologisch bedingt. Solche Unterschiede lassen sich konstatieren, ohne dass an sie ein Überlegenheitsanspruch geknüpft wird.

⁸² Insbesondere in *Watson, Legal Transplants* (oben N. 4).

Gleichwohl kann von einer vollständigen Kongruenz von Nation und Recht schon deswegen keine Rede sein, weil die »Gemeinschaft« der Nation nur eine soziale Gruppe von vielen ist. Selbst wenn sie in manchen Staaten eine sehr bedeutsame rechtssoziologische Ebene darstellt, so ist sie doch selbst in Staaten wie Frankreich, die durch lange Tradition, im Wesentlichen einheitliche Staatssprache und eine stark zentralistisch verankerte Rechtsetzungskompetenz geprägt sind, nicht die einzig bedeutsame Einheit. Daneben stehen Kirchen, landsmannschaftliche Verbindungen, Familien und sonstige Ebenen, auf denen die Sozialisation und Wertprägung erfolgt.

Zudem sind Nationalstaaten historisch vergleichsweise junge Erscheinungen. Daher lässt sich eine allgemeingültige Aussage über den unabänderlichen Zusammenhang zwischen Nation/Staat und Recht schwerlich außerhalb bestimmter historischer Gegebenheiten treffen. Für die meisten Staaten Westeuropas und Nordamerikas mag die Analyse Legrands für das ausgehende 20. Jahrhundert zutreffen. Doch galt etwa die Verknüpfung von Recht und Staat/Nation bereits im 18. Jahrhundert, als weder Frankreich noch Italien, Deutschland oder Belgien eine echte staatliche Einheit kannten oder gar als Staat überhaupt existierten, nicht. Viele Nationalstaaten wachsen überhaupt erst an der sich langsam herausbildenden Rechtseinheit.

Außerdem muss sich die allgemeine Kritik Legrands an Watson, die nationale Identität als rechtsbeeinflussenden Faktor zu ignorieren bzw. zu unterschätzen, den Einwand gefallen lassen, dass die im frühen Mittelalter das römische Recht rezipierenden Staaten Fürstentümer waren, die aufgrund geschichtlicher Zufälligkeiten in zersplitterten Nationen, nicht aber entlang nationaler Grenzen entstanden waren. Interessanterweise zieht etwa Voltaire die Grenzen des möglichen Geltungsanspruchs von Recht auch völlig anders als Legrand über 200 Jahre später. Während Voltaire von den Bewohnern einzelner französischer Regionen spricht,⁸³ hat Legrand die Unterschiede etwa zwischen Frankreich und Großbritannien oder den USA im Auge.⁸⁴ Dies zeigt schon, dass der Begriff der Nation selbst in der »Grande Nation« nicht für alle Zeiten festliegt, sondern historischen Veränderungen unterliegt.

(3) *Nation als juristische Sozialisationseinheit.* – Ein gewisser Vereinheitlichungseffekt entsteht auch dann, wenn auf der Ebene der Nation nicht nur die allgemeine Sozialisation über Bildungseinrichtungen und Massenmedien etc. erfolgt, sondern insbesondere auch juristische Wissensvermittlung stattfindet. Dabei sollte die scheinbare Autonomie nicht-national organisierter Bildungsinstitutionen nicht über den Vereinheitlichungsdruck hinwegtäuschen, der durch nationale Rechtseinheit erzeugt wird. So mögen die deutschen Bundesländer ebenso wie die US-amerikanischen Universi-

⁸³ Voltaire, *Essai sur les mœurs et l'esprit des nations* (1756).

⁸⁴ Legrand (oben N. 25) 118.

täten den juristischen Ausbildungskanon selbst bestimmen können. Die bundesgesetzlich definierten Staatsexamensanforderungen und der Inhalt der Anwaltsexamina der wichtigen US-Bundesstaaten setzen der Freiheit der Ausbildung nicht zu vernachlässigende Grenzen. Wenn gleichzeitig der fachlich-wissenschaftliche Diskurs ebenfalls vor allem auf nationaler Ebene geführt wird, liegt hierin ein starker Identifikationsfaktor in Bezug auf juristische Werte, Methoden und Denkweisen. Trennlinien resultieren insbesondere auch daher, dass Rechtsausbildungssysteme unterschiedliche Empfänger im Auge haben. Während etwa die englische oder US-amerikanische Ausbildung sich traditionell vor allem an den praktischen Bedürfnissen der Anwälte ausrichtet,⁸⁵ orientiert sich die kontinentaleuropäische Tradition stärker an der theoretischen Durchdringung des Rechts in wissenschaftlicher Weise. Rechtskulturelle Unterschiede allerdings, also die Frage, wie Juristen in einem gegebenen Rechtssystem üblicherweise zu ihren Entscheidungen gelangen, welchen Einfluss bestimmte juristische Berufe haben, ob sich Rechtsanwender vorrangig an Gesetzen oder Fällen orientieren etc., dürften durchaus einen starken Einfluss darauf haben, ob ein Rechtstransplantat gelingt oder nicht.

Gleichwohl erscheint die Vorstellung, dass jeder Staatsbürger – wie Legrand behauptet – den Geist seiner Rechtsordnung während seiner Sozialisation verinnerlicht, zu pauschal. So wirft sie die Frage auf, wie Juristen, die im Geiste des deutschen Rechts geschult wurden, nach ihrer Emigration z. T. zu eminent einflussreichen Vertretern ausländischer Rechtsordnungen werden konnten. Haben Rabel, Rheinsteins und Kahn-Freund selbst in ihrer neuen ausländischen Heimat sich nicht auf andere Rechtsregeln einstellen können? Und wie steht es mit den nicht in Deutschland oder in typisch deutscher Weise sozialisierten Bürgern der Bundesrepublik? Atmen Migranten bzw. Einwanderer den gleichen Rechtsgeist? An Savignys behauptetem Volksgeist sind jedenfalls erhebliche aktuelle Zweifel anzumelden, wenn er nicht jedenfalls in Bezug auf das BGB gar eine Schimäre ist. Selbst wenn der Code Civil für einen Franzosen ein identitätsstiftendes Gesetzeswerk sein mag,⁸⁶ gilt dies schon nicht mehr in Deutschland, wo das Bürgerliche Gesetzbuch unter Juristen als gelungen gelten mag, aber wenig Popularität genießt. Die am 1. 1. 2002 in Kraft getretene Schuldrechtsreform hat in Deutschland nur die eingeweihten Kreise, nicht aber die breite Öffentlichkeit interessiert – und wenn, dann allenfalls in Bezug auf politisch vordergründig interessante Chiffren wie Verbraucherschutz.

⁸⁵ Dazu z. B. *Schiemann*, Aktuelle Einflüsse des deutschen Rechts auf die richterliche Fortbildung des englischen Rechts: *EuropaR* 2003, 17 f.

⁸⁶ Siehe z. B. *Mazeaud*, Faut-il avoir peur d'un droit européen des contrats, in: *De tous horizons* (oben N. 27) 308 (321).

(4) *Nation und politische Identität.* – Eine Nation bildet darüber hinaus nicht nur rechtlich, sondern häufig auch in Bezug auf ihr politisches (über die engeren verfassungsrechtlichen Kautelen hinausgehend) einheitliches System eine Schicksalsgemeinschaft. Recht ist damit auch eine Funktion der politischen Umstände. Diesen Faktor dürfte etwa Kahn-Freund im Auge gehabt haben, als er auf die Bedeutung systemprägender Unterschiede etwa zwischen Kommunismus und Kapitalismus und auf die Inkompatibilität der durch sie geprägten Rechtsordnungen hinwies.⁸⁷ Es liegt durchaus nahe, dass Recht in politikrelevanten Bereichen nur in Staaten verpflanzt werden kann, deren politisches System – wie auch immer dieses zu charakterisieren ist – eine gewisse Nähe zum Recht des Ursprungsstaates aufweist. Auch politische Strukturen – die z. T. ohnehin eng mit verfassungsrechtlichen Vorgaben verwoben sind – beeinflussen damit vermutlich die Transplantabilität von Recht.

Allerdings sind derartige politische Abweichungen – und damit der Ausschluss der Transplantation – nicht in Stein gemeißelt, wie der Zusammenbruch der Sowjetunion bewiesen hat, der Kahn-Freund noch als nahezu undenkbar erschienen sein muss. Die Geschichte ist nicht an ihrem Ende angelangt. Dass nicht jede Rechtsvorstellung in jedes Rechtssystem übertragen werden kann, versteht sich von selbst. Auch Watson hat dies nicht behauptet.

(5) *Nation und kulturelle Einheit.* – Die schärfste Kritik an der Transplantationsthese basiert darauf, dass Recht von Kultur abhängig und deren Produkt sei. Es könne daher nur im Lichte seiner Beziehungen zur nationalen Kultur verstanden werden.⁸⁸ Dass Recht selbst auch Kultur ist, ist ein Gedanke, der insbesondere in Frankreich mit dem Terminus des *Code Civil* als der zivilen Verfassung Frankreichs gern hervorgehoben wird. Recht sei zu stark sprachlich und kulturell bedingt, so argumentieren sie, als dass ein erfolgreicher Rechtstransfer gelingen könnte. Das Vorverständnis jedes Juristen, ja jedes Menschen, sei von seiner Sprache und seiner allgemeinen juristischen Sozialisation viel zu stark geprägt, als dass er fremde Regeln so verstehen könne, wie sie in der Ausgangsrechtsordnung gemeint seien.⁸⁹

Es ist daher grundsätzlich falsch, so muss man daraus wohl folgern, sich bei der Reform des eigenen Rechtssystems an fremden Rechtsvorstellungen zu orientieren. Wenn rechtliche Regeln nicht nur der Buchstabe im Gesetzbuch ist, sondern stets auch die Beziehung zur jeweiligen Kultur, so ist es ausgeschlossen, eine Regel sinnvoll aus einem fremden Rechtskreis zu übernehmen, ohne die Kultur und die Sprache mit zu übernehmen. Selbst das dürfte angesichts der vielfältigen Bezüge des Rechts wohl nicht gelingen.

⁸⁷ Kahn-Freund (oben N. 3) 8.

⁸⁸ Legrand (oben N. 25) 115 ff.

⁸⁹ Legrand (oben N. 25) 115.

Legrand bezeichnet Rechtstransplantation als den Transfer einer buchstäblich »*meaningless form of words*«. ⁹⁰

Bestandteil von (Rechts-)Kultur ist die vorherrschende Mentalität der ihr angehörenden Menschen. Diese Mentalität mag religiös geprägt sein, so dass den angelsächsischen Völkern – insbesondere den USA – schon von Max Weber eine besonders auf den Erwerb gerichtete Mentalität bescheinigt wurde. ⁹¹ Die etwa zwischen *common law* (eher protestantisch geprägte Länder) und *civil law* (vergleichsweise stärker katholisch beeinflusst) bestehenden rechtskulturellen Unterschiede beruhen womöglich also nicht nur auf einer mehr oder weniger zufälligen Tradition, sondern haben sich als Ausdruck einer tieferreichenden sozialpsychologischen Disposition der Völker entwickelt. Nicht umsonst sieht auch Montesquieu die Lebensart des Volkes, aber auch ihre Religion, ihre Neigungen, ihre Sitten, ihre Gepflogenheiten als prägend für die im jeweiligen Staat geltenden Gesetze an. ⁹²

Allerdings scheint die These der Abhängigkeit eines Rechtssystems von der Kultur und Mentalität eines Volkes sowohl theoretisch wie praktisch fragwürdig. So sind eine Reihe von Völkern mit protestantischer Mentalität und einer langen Seehandelsgeschichte, wie etwa die Niederlande oder die skandinavischen Staaten, keineswegs der *common-law*- näher als der *civil-law*-Rechtstradition. Auch wäre die Rolle der etwa während der Naziherrschaft aus Deutschland nach England oder in die USA emigrierten Juristen nur schwer zu erklären. Obwohl sie in einem in puncto Mentalität doch deutlich unterschiedlichen Rechtssystem aufgewachsen waren, konnten sie erheblichen Einfluss auf das Rechtssystem ihres Aufnahmestaates ausüben. ⁹³ Stärker scheint der Einfluss historisch eher zufällig gewachsener Institutionen, wie insbesondere das etwa in Frankreich aufgrund zahlreicher Missbräuche vor der Französischen Revolution ausgeprägte Misstrauen gegenüber Richtern, die zur gleichen Zeit in England ein sehr großes Ansehen besaßen und nach wie vor besitzen. Auch deutsches Recht beeinflusst in nicht zu unterschätzendem Umfang Rechtssysteme mit anderen geistigen und philosophischen Wurzeln, ⁹⁴ wie ja umgekehrt der gleiche Prozess zu beobachten ist.

Dass die Kulturen so unterschiedlich sein sollten, dass eine Transplantation völlig ausgeschlossen ist, wie Legrand meint, erscheint auch deswegen zweifelhaft, weil unterschiedliche Kulturen auch außerhalb des Rechts nicht völlig inkompatibel miteinander sind. Mozart wird in Japan verehrt, ebenso wie Gabriel García Marquez' »magischer Realismus« viele Anhänger in

⁹⁰ Legrand (oben N. 25) 120.

⁹¹ Weber, Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus, in: Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie I (1988) 17 ff.

⁹² Montesquieu (oben N. 61) 238.

⁹³ Vgl. etwa die Beschreibung der Biografien bei Beatson/Zimmermann, Jurists Uprooted (2004).

⁹⁴ Schieman (oben N. 85) 17 ff.

Deutschland findet. Die modernen elektronischen Medien bewirken weitere kulturelle Konvergenz und schaffen damit die Basis für Übernahme fremder rechtlicher Regeln in das eigene System.

(6) *Nation und Sprache*. – Einen großen Anteil an der Rechtsfindung besitzt zweifelsohne die Sprache. Insbesondere spezifische Begriffe eines jeden Rechtssystems sind derartig mit Bedeutung aufgeladen, dass es kaum denkbar ist, sie ohne Bedeutungsverlust in eine fremde Sprache zu übersetzen.

Ob man gleichwohl so weit gehen kann, dass Sprache ein unüberwindliches Hindernis für ein Rechtssystem sein muss, erscheint fragwürdig. Zum einen bedeutet die gleiche Sprache nicht zwingend, dass keinerlei Bedeutungsunterschiede auftreten könnten. Zwischen den USA und England bestehen im Hinblick auf den gleichen Rechtsbegriff erhebliche Bedeutungsunterschiede. Gleichzeitig ist es ein Gemeinplatz, dass die Rechtssprache und die Umgangssprache eines Landes sich so erheblich unterscheiden, dass keine Rede davon sein kann, dass die Sprache förmlich den Inhalt des Rechts determiniert, selbst wenn dieser natürlich nur über Sprache kommuniziert werden kann. Darüber hinaus legen eine Reihe multilingualer Rechtssysteme wie etwa die Schweiz oder Kanada Zeugnis davon ab, dass der Inhalt des Rechts nicht notwendig divergieren muss, weil ein Gesetz oder eine Gerichtsentscheidung in eine fremde Sprache übersetzt werden muss. Im Gegenteil trägt diese Übersetzungsnotwendigkeit möglicherweise sogar dazu bei, dass bei der ursprünglichen Redaktion etwa von Gesetzen sorgfältiger gearbeitet wird, um keine unübersetzbaren Formulierungen zu wählen. Auch die Europäische Union vermag trotz ihrer großen Sprachdivergenz eine bei allen verbleibenden Unterschieden einigermaßen einheitliche Rechtsordnung zu schaffen.

Gleichwohl bleibt zweifelsohne der Einwand, dass die Übernahmefähigkeit von Rechtsnormen stark von den sprachlichen Möglichkeiten abhängig ist. Die Beispiele für die Probleme der Übersetzung bestimmter Rechtsbegriffe in eine fremde Sprache sind Legion. Ein deutscher Jurist assoziiert bei Treu und Glauben nicht das Gleiche wie ein englischer Anwalt, der von *good faith* hört. Eine überzeugende Übersetzung von »Rechtsgeschäft« ist nur schwer zu finden. In der Praxis können aus dieser Gefahr irreführender Übersetzungen ganz erhebliche Schwierigkeiten entstehen. Wer sich einmal mit den unterschiedlichen Sprachversionen europäischer Rechtsakte beschäftigt hat, weiß, dass selbst die spezialisierten und routinierten Brüsseler Übersetzer nicht alle derartigen Probleme zufriedenstellend bewältigen können.

Diese Bedenken gelten nicht nur für das primäre Gesetzes- oder Fallmaterial, sondern auch für die einschlägige Sekundärliteratur, ohne die eine einigermaßen sichere Erfassung der Rechtslage und damit eine echte Rechtstransplantation nur schwer möglich ist. Für den fortbestehenden Einfluss deutscher Rechtskultur in China erweist es sich etwa als vorteilhaft, dass tai-

wanesische Juristen deutsche Primär- und Sekundärliteratur bereits in die chinesische Sprache übersetzt haben und sich somit auch chinesische Juristen ohne Deutschkenntnisse vergleichsweise leicht einen Überblick über den Inhalt des deutschen Rechts verschaffen können. Das Konzept des »Palandt« dagegen dürfte trotz aller Vorteile für inländische Benutzer international eher schaden.⁹⁵ Umgekehrt sind die Wertungskriterien US-amerikanischer oder englischer Entscheidungen aufgrund ihrer Anschaulichkeit leichter zu erfassen, als dies bei den kryptischen französischen oder vergleichsweise stark dogmatisch geprägten deutschen Entscheidungen der Fall ist.⁹⁶ Ganz grundsätzlich dürfte ein gesetzesbasiertes Rechtssystem besser als ein richterrechtliches in der Lage sein, schnellen Zugriff auf seine Regeln zu ermöglichen. Ein »Schönfelder« erwirbt sich leichter als 500 Bände der U.S. Supreme Court Reports. Elektronische Rechtsdatenbanken dürften diesen Unterschied in der Zukunft allerdings noch stärker relativieren. Die Ermittlung der Umwelt des Rechts, der wahren Bedeutung einer Rechtsregel, fällt unter diesen Umständen gegebenenfalls leichter, als Legrand dies wahrhaben will.

Andererseits stellt sich das Sprachproblem in unterschiedlichen Rechtsgebieten in unterschiedlicher Schärfe. Dort wo es wie im Wirtschafts- und Vertragsrecht, mehr oder minder diktiert von den Bankenzentren London und New York, mit der englischen Sprache eine *lingua franca* und zumindest mittlerweile sehr ähnliche Strukturen gibt, dürfte es leichter zu bewältigen sein als in Rechtsgebieten, wo es an einer derartigen Vereinheitlichung fehlt. Immerhin ist in diesen Bereichen aufgrund der weltweit ähnlich strukturierten Transaktionen auch der kulturelle Hintergrund – kulturell hier im weiteren Sinne gemeint – ähnlich geworden. Ein Unternehmenskauf läuft heute praktisch universell nach den gleichen Regeln ab. So ist es US-amerikanischen oder britischen Rechtsanwaltskanzleien gelungen, das ihnen vertraute »US-amerikanische« bzw. »englische« Recht in zahlreichen wirtschaftsrelevanten Bereichen zum weltweiten Standard zu küren.⁹⁷ Das gilt nicht nur für die englische Sprache, in der Verträge über Unternehmenskäufe bzw. -fusionen (*Mergers & Acquisitions*) üblicherweise abgefasst werden, sondern auch für die diesen Verträgen zugrundeliegenden Rechtskonzepte. Faktisch ist damit eine weitgehende Transplantation insbesondere US-ame-

⁹⁵ Kritisch zur Unzugänglichkeit der deutschen akademischen Debatte und deutscher Gerichtsentscheidungen für ausländische Beobachter *Coester/Markesinis*, Liability of Financial Experts in German and American Law, An Exercise in Comparative Methodology: Am. J. Comp. L. 51 (2003) 275 (306f.); *Markesinis*, Foreign Law and Comparative Methodology (1997) 361.

⁹⁶ *Markesinis* (vorige Note) 359ff.

⁹⁷ Eine sehr instruktive Untersuchung zu diesem Phänomen und dem Erfolg der englischen Rechtssprache findet sich bei *Hill/King*, Symposium »Law &«: Philosophical, Psychological, Linguistic and Biological Perspectives on Legal Scholarship, I: Law and Language, How Do German Contracts Do as Much With Fewer Words?: Chicago-Kent. L. Rev. 79 (2004) 889.

rikanischen Kautelarrechts gelungen. Dieser Erfolg beruht paradoxerweise darauf, dass das US-amerikanische Recht (genauer: das Recht der Einzelstaaten) im Streitfall für die Vertragsparteien so wenig kalkulierbar scheint, dass sie Rechte und Pflichten vertraglich so präzise und umfassend wie möglich festzulegen versuchen.⁹⁸ Demgegenüber befürchten Vertragsparteien in Ländern mit Kodifikationstradition offenbar weniger Rechtsunsicherheit und können sich von vornherein auf von der Kodifikation abweichende Regelungen beschränken. Ob das *common law* tatsächlich weniger kalkulierbar ist als das Recht der Länder mit Kodifikationstradition, soll an dieser Stelle nicht näher erörtert werden. Auffällig ist indes, dass Verträge in *common-law*-Ländern typischerweise erheblich ausführlicher als in Ländern mit Kodifikationstradition formuliert sind.⁹⁹ Gerade in Deutschland erscheint Kürze und Abstraktheit von Rechtstexten als ein wesentliches Ideal.

Auch Verträge zwischen Parteien aus verschiedenen Staaten – zumindest historisch und nach wie vor in zahlreichen Rechtsbereichen, die nicht durch internationales Einheitsrecht wie die UN-Kaufrechtskonvention (CISG) oder vereinheitlichtes Kollisionsrecht wie das Römische Schuldvertragsübereinkommen vom 19. 6. 1980 geprägt sind – unterliegen einer ähnlichen Rechtsunsicherheit. Eine gewisse in jeder nationalen Rechtsordnung unvermeidliche materiellrechtliche Rechtsunsicherheit wird in dieser Situation durch die kollisionsrechtliche Rechtsunsicherheit und die Möglichkeit der Vertragsparteien, *forum shopping* zu betreiben, noch vergrößert.

Um diese Unwägbarkeiten zu verringern, können die Parteien zumeist die Anwendbarkeit einer bestimmten Rechtsordnung wählen. Doch häufig wollen sie sich nicht auf eine Rechtsordnung einlassen, deren Regeln sie nicht oder nur unzureichend kennen. Eine vertragliche »Kodifikation« von Rechten und Pflichten ist eher vorhersehbar bzw. auch neutraler. Gekoppelt mit der Verbreitung der englischen Sprache, der zumindest seit der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts dominierenden wirtschaftlichen Position von US-Investoren und einer besonderen Leistungskraft des US-Kapitalmarkts, hat die bedeutend größere Erfahrung von *common-law*-Rechtsanwälten im Kautelarbereich dem US-Recht ermöglicht, den Rechtsberatungsmarkt in großen Wirtschaftstransaktionen zu dominieren. Das zeigt gleichzeitig, dass Rechtstransplantate nicht notwendig darauf beruhen, dass das übernommene Recht qualitativ besser wäre.¹⁰⁰ Es kann schlichtweg sein, dass es be-

⁹⁸ Von der Schaffung einer eigenen autonomen Rechtsordnung *inter partes* spricht *Döser*, Anglo-amerikanische Vertragsstrukturen in deutschen Vertriebs-, Lizenz- und sonstigen Vertriebsverträgen: NJW 2000, 1451 (1453).

⁹⁹ *Hill/King* (oben N. 97) 889 ff. Zu den Unterschieden zwischen typischen deutschen und *common-law*-Verträgen vgl. auch *Döser* (vorige Note) 1451 ff.

¹⁰⁰ Siehe auch *Hill/King* (oben N. 97) 886. Anderer Ansicht sind zweifelsohne *La Porta/Lopez de Silanes/Shleifer/Vishny*, Law and Finance: J. Pol. Econ. 106 (1998) 1113.

stimmten ökonomischen oder sozialen Bedürfnissen besser entspricht oder aufgrund bestimmter Machtverteilung durchgesetzt werden kann.

Wenn Legrand recht hätte und die Nation und ihre Kultur die wesentlichen Triebkräfte der Rechtsentwicklung sind, so schürt dies notwendig Zweifel, wie internationale Konventionen, etwa auch über universelle Geltung von Menschenrechten, auch nur annähernd gleiche Bedeutung in unterschiedlichen Staaten erlangen können. Wer darauf repliziert, dass solche Konventionen nicht in allen Mitgliedstaaten einheitlich ausgelegt werden, muss sich allerdings auch die Frage gefallen lassen, in welchem Nationalstaat Gesetze stets einheitlich ausgelegt werden. Sacco dokumentiert diese Vielschichtigkeit in beeindruckender Weise.¹⁰¹

Analysiert man im Ergebnis die Enge der Verbindung zwischen Nation und Recht, so drängen sich unbestreitbare Verbindungslinien auf. Gleichwohl ist die Verbindung in vielerlei Hinsicht nicht automatisch. Die Nation ist aus den vorstehenden Gründen kein Faktor, der es erlauben würde, eine abschließende Aussage über das jeweilige Rechtssystem zu treffen. Innerhalb einer Nation herrschen *unterschiedliche* Rechtsauffassungen. Ebenso überschreiten gewisse Rechtsauffassungen die Nationengrenzen. Internationale Konventionen, die nicht tiefergreifende Konflikte schlechter als nationale Rechtssysteme lösen müssen, wären sonst undenkbar. Der von Legrand betonte unauflösbare Zusammenhang von Nation und Recht – zumindest in der von ihm eingenommenen radikalen Position – ist jedenfalls fragwürdig.

3. Ökonomische Bedingtheit des Rechts?

Schon Montesquieu maß der ökonomischen Struktur eines Volkes Bedeutung für seine Rechtsordnung bei: die Gesetze müssten die »Lebensart des Volkes, der Arbeiter, Jäger oder Hirten« berücksichtigen, »sein Wohlstand, seine Zahl, sein Handel« prägen die Gesetze.¹⁰² In noch stärkerem Maße postulierte Karl Marx eine Abhängigkeit von Wirtschaft und Recht: Recht sei bloßer Überbau und damit Resultat der Produktionsverhältnisse und damit des Wirtschaftssystems an sich:

»In der gesellschaftlichen Produktion ihres Lebens gehen die Menschen bestimmte, notwendige, von ihrem Willen unabhängige Verhältnisse ein, Produktionsverhältnisse, die einer bestimmten Entwicklungsstufe ihrer materiellen Produktivkräfte entsprechen. Die Gesamtheit dieser Produktionsverhältnisse bildet die ökonomische Struktur der Gesellschaft, die reale Basis, worauf sich ein juristischer und politischer Überbau erhebt und welcher bestimmte gesellschaftliche Bewußtseinsformen entsprechen. Die Produktionsweise des materiellen Lebens

¹⁰¹ Sacco (oben N. 80) 21 ff.

¹⁰² Montesquieu (oben N. 61) 238.

bedingt den sozialen, politischen und geistigen Lebensprozeß überhaupt. Es ist nicht das Bewußtsein der Menschen, das ihr Sein, sondern umgekehrt ihr gesellschaftliches Sein, das ihr Bewußtsein bestimmt.«¹⁰³

Die von Ronald Coase¹⁰⁴ und Richard Posner¹⁰⁵ maßgeblich begründete Ökonomische Analyse des Rechts postuliert zwar keine derartige, geradezu zwangsläufige Bedingtheit des Rechts vom Wirtschaftssystem, nutzt aber ebenfalls wirtschaftswissenschaftliche Erwägungen, um Rechtsnormen zu bewerten. Dass Zusammenhänge zwischen dem Rechts- und Wirtschaftssystem eines Staates bestehen, ist offensichtlich, wenngleich die marxistische Annahme einer nur einseitigen Wirkung der sog. Produktionsverhältnisse auf das Rechtssystem zu eng erscheint. Selbst wenn rechtliche Regelungen sehr häufig auf Veränderungen der Lebensverhältnisse stärker reagieren als dass sie diese prägen mögen, ändert dies doch nichts daran, dass umgekehrt die Einräumung einer Rechtsgarantie die wirtschaftlichen Lebensverhältnisse umfassend zu beeinflussen vermag. Ein neu eingeführtes Rechtsinstitut – etwa die in Art. 42 des chinesischen Sachenrechtsgesetzes vom 16. 3. 2007 enthaltene Eigentumsgarantie und der Schutz vor entschädigungslosen Enteignungen – vermag ein verändertes Bewusstsein und eine Verbesserung der Rechtslage für den individuellen Berechtigten zu schaffen, auch ohne dass sich die Wirtschaftsordnung prinzipiell verändert hätte. So wurde in der chinesischen wie auch in der internationalen Öffentlichkeit erheblich sensibler auf Fälle von erzwungenen Enteignungen reagiert, nachdem das Gesetz in Kraft getreten war.¹⁰⁶ Auch das Grundgesetz hat bei seinem Inkrafttreten in verschiedener Hinsicht (Berufsfreiheit, Eigentumsgarantie, Sozialstaatsklausel, allgemeine Handlungsfreiheit) Einfluss auf die Gestaltung des Wirtschaftssystems gehabt, ohne dass diese Veränderungen lediglich Rückkopplungen wirtschaftlicher Veränderungen gewesen wären. Selbst wenn eine Korrelation zwischen Wirtschaftssystem und Rechtsordnung besteht, ist dies doch keine Einbahnstraße.

Dennoch wirft diese Korrelation die Frage auf, ob und inwieweit die Transplantation von Rechtsnormen davon abhängig ist, inwieweit die Wirtschaftsstrukturen zwischen Ausgangs- und Empfängerrechtsordnung möglich ist. Betrachtet man die rechtshistorischen Rezeptionen, die Watson beschrieb, so lässt sich insoweit keine spezifische Verbindung zwischen Wirtschafts- und Rechtssystem erkennen. Dagegen deuten die von Kahn-Freund

¹⁰³ Marx, Zur Kritik der Politischen Ökonomie, hrsg. vom Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der SED (Berlin 1978) Vorwort, S. 8f. (Marx-Engels-Werke, XIII).

¹⁰⁴ Siehe vor allem seinen bahnbrechenden Aufsatz: Coase, The Problem of Social Cost: The Journal of Law & Economics (J.L. Econ.) 1960, 1.

¹⁰⁵ Stellvertretend für zahlreiche Veröffentlichungen siehe sein Lehrbuch: Posner, Economic Analysis of Law (1. Aufl. 1972; 6. Aufl. 2003).

¹⁰⁶ Statt aller Lorenz in SPIEGEL Online vom 3. 4. 2007, <www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,475403,00.html>.

genannten Beispiele eher darauf hin, dass Rechtstransplantation vor allem zwischen Staaten mit ähnlichen Wirtschaftssystemen stattfindet. Das gilt etwa auch für den Siegeszug der Rechtsform der GmbH, der bis vor wenigen Jahren zu verzeichnen war.¹⁰⁷

Dass indes nicht jedes Gesetz ohne Berücksichtigung des konkreten ökonomischen Umfeldes, also der Bedürfnisse in einer konkreten Rechtsordnung transplantiert werden kann, versteht sich auch von selbst. Ein Land, das kaum über industrielle Produktion in nennenswertem Umfang verfügt, braucht auch sicherlich kein Leasing-Gesetz, wie es offenbar rund um die Welt in der gleichen Form angeboten wird, gleichgültig welchen Entwicklungsstand der konkrete Staat hat.¹⁰⁸ Allerdings haben diese Unterschiede in den letzten Jahrzehnten stark abgenommen. Das gilt insbesondere für die für Kahn-Freund zentralen, systemprägenden Unterschiede zwischen Kapitalismus und Kommunismus, die nach seiner Ansicht Rechtstransplantate weitgehend verhinderten. Offen kommunistische Rechtsordnungen finden sich nur noch selten. Kuba und Nordkorea haben geringe Bedeutung und selbst wenn die chinesische Verfassung die eigene Rechtsordnung als sozialistisch bezeichnet, muss man doch fragen, ob diese Charakterisierung in der Realität noch zutrifft. Marktwirtschaftliche Prinzipien und Vertragsfreiheit haben sich mehr oder minder weltweit durchgesetzt, zahlreiche Staaten haben im Vergleich zur noch vor wenigen Jahrzehnten herrschenden Situation mittlerweile einheitliche oder vergleichbare Produktionsmethoden, Lebensstandards und ähnliche Lebensumstände entwickelt, so dass zumindest in wirtschaftsnahen Rechtsbereichen die »Abstoßungsreaktionen« weniger drastisch ausfallen dürften, als dies noch vor 1989 der Fall gewesen wäre.

4. Religion und Recht

Religion ist ohne Zweifel ein weiterer bedeutender Faktor, der auf das Recht einwirkt. In manchen – keineswegs nur muslimischen¹⁰⁹ – Staaten sind etwa das Familien- und Erbrecht, häufig aber auch das Strafrecht stark religiös geprägt. Auch das Vertragsrecht kann am Rande von religiösen Regeln, wie etwa dem muslimischen Zinsverbot, betroffen sein.

Im Familien- und Erbrecht scheinen solche Unterschiede nicht unüberwindlich, obwohl der religiös-kulturelle Faktor auf das Rechtsbewusstsein nicht zu unterschätzen ist. Selbst wenn die Türkei 1926 das schweizerische ZGB *in toto* übernommen hat, wurden gerade in ländlichen Gebieten keineswegs sofort alle Normen des Eherechts auch in der Praxis angewendet.

¹⁰⁷ Dazu *Lutter*, Zur Entwicklung der GmbH in Europa und in der Welt: GmbHRdsch. 2005, 1.

¹⁰⁸ *Knieper*, Universalität (oben N. 17) 25.

¹⁰⁹ Vgl. z. B. den Sachverhalt in BGH 11. 10. 2006 (oben N. 29).

Die obligatorische Zivilehe hat sich nur langsam – wenn überhaupt vollständig – durchgesetzt.¹¹⁰ Kulturelle und sozialpsychologische Ähnlichkeiten, wie etwa die vorherrschende Anschauung einer Gesellschaft von den Pflichten, die das Individuum gegenüber der Gemeinschaft treffen, können allerdings die Akzeptanz einer Rechtsregel erhöhen und damit eine Rechts transplantation erleichtern. So ist z. B. vorstellbar, dass Rechtsregeln, die Ausdruck einer starken Betonung individueller Rechte sind – eine Kategorie, der etwa *punitive-damages*-Regeln zugeordnet werden können – in Ländern schwer vermittelbar sind, die stärker das Wohl der Gemeinschaft in den Vordergrund stellen, wie das zumindest nach einer verbreiteten Einschätzung für eine Reihe asiatischer Länder gilt. Sofern eine gemeinsame Rechts tradition besteht, dürften kulturelle Unterschiede eine geringere Bedeutung haben. Hier mag das Rechtsgefühl der Bevölkerung und der Berufsträger für Weiterentwicklungen des eigenen Rechts empfänglicher sein.

5. Zwischenfazit

Betrachtet man die Einwirkung externer Faktoren auf das Recht, so lässt der bisherige Überblick über die Korrelation unterschiedlicher Umstände mit dem Recht darauf schließen, dass das Recht weder völlig durch einen Einzelnen noch durch die Gesamtheit der Faktoren vollständig geprägt wäre. Transplantate erscheinen damit im Hinblick auf keinen der ins Feld geführten Einwände prinzipiell unmöglich. Die gegen eine Transplantation geäußerten Bedenken greifen in mehr oder minder starker Intensität auch innerhalb eines Rechtssystems, das über die Zeit tiefgreifenden Veränderungen unterliegt und eine Anpassung der Rechtssubjekte erfordert. Wer die Transplantabilität von Recht pauschal negiert, der leugnet auch die Fähigkeit eines geographisch, nationalstaatlich, religiös oder in sonstiger Weise abgegrenzten Rechtssystems, Veränderungen nicht nur auf dem Papier, sondern auch in der Rechtswirklichkeit und für das Verhalten der ihm unterworfenen Rechtssubjekte zu bewirken.

Vielmehr handelt es sich durchaus um eine Beziehung der gegenseitigen Beeinflussung, nicht aber der einseitigen Determination zwischen den genannten externen Faktoren und dem Recht. Damit ist aber auch gleichzeitig klar, dass die genannten Faktoren durchaus in nicht zu vernachlässigender Intensität Einfluss auf das Recht haben und dieses ohne ihre Berücksichtigung nicht korrekt erfasst werden kann. Transplantation von Recht erscheint also grundsätzlich möglich, doch bedarf ihre Umsetzung einer genauen Analyse der in den beteiligten Rechtssystemen wirkenden Faktoren, ohne deren Berücksichtigung die Transplantation misslingen wird. Anders

¹¹⁰ Ausführlich dazu *Hirsch* (oben N. 30) 90 ff.

als von Legrand suggeriert, wird man dabei auch eine sachgerechte und nach Rechtsgebiet unterschiedliche Gewichtung der jeweiligen Umstände vornehmen müssen. So wird die Religion im Empfängerstaat im Bereich der Wirtschaftsgesetze vergleichsweise weniger Gewicht als die ökonomische Ausgangslage – Industriestruktur, vorhandene Branchen, Unternehmensgröße etc. – haben müssen. Hingegen werden im Bereich des Familien- und Erbrechts zwar auch ökonomische Gesichtspunkte eine Rolle spielen, doch wird hier der Religion und (rechts-)kulturellen Unterschieden eine relativ größere Bedeutung beigemessen werden. Im Bereich des Vertrags-, Sachen- und allgemeinen Wirtschaftsrechts, das im Vordergrund der Debatte um Rechtstransplantate in Transformationsstaaten steht und das nach dem weitgehenden Zusammenbruch des Kommunismus aber international einheitlich weitestgehend vom kapitalistischen Modell des Strebens nach möglichst einfacher Gestaltung von Rechtsbeziehungen und Güterausaustauschen geprägt ist, dürften die von Legrand hervorgehobenen Faktoren weniger stark als vielmehr eine bestimmte Qualität des Rechts den Erfolg einer Rechtstransplantation bestimmen. Transplantate können, wenn sie richtig eingesetzt werden, angesichts des in ihnen enthaltenen Erfahrungsschatzes und einer gewissen Richtigkeitsgewähr für die gewählte Lösung dem Gesetzgeber eines Transformationsstaats die Arbeit erheblich erleichtern. Diese »Einfachheit« der Übernahme verbucht Watson darum wohl nicht zu Unrecht als einen der Hauptgründe und -vorteile für das Vorkommen von Rechtstransplantaten.¹¹¹

Der Legrandsche Blick auf die Nation bzw. den Staat als Hauptquelle von Recht ist demgegenüber historisch wie sachlich extrem verkürzt. Insbesondere scheint er das zentralisierte Frankreich des späten 20. Jahrhunderts als Maßstab für die Funktionsfähigkeit von Rechtstransplantaten gewählt zu haben. Dass sich aus der in vielerlei Hinsicht allerdings historisch, politisch und kulturell singulären französischen Konstellation keine für Rechtstransplantate allgemein gültigen Aussagen ableiten lassen, dürfte auf der Hand liegen. Legrand genießt dabei in der französischen Rechtswissenschaft zumindest *de facto* großen Rückhalt. Das Ende 2005 veröffentlichte Projekt zur Reform des französischen Schuldrechts, der Català-Entwurf, dient bekanntermaßen auch der Abwehr europäischer Vereinheitlichungsbestrebungen im Bereich des Schuldrechts. Allerdings ist man sich nicht sicher, ob diese Abwehrreaktion statt auf Zweifeln an Rechtstransplantaten nicht eher auf den teilweise mit extremen Formulierungen geäußerten Vorbehalten beruht (dabei war von der Wiederkehr totalitärer und faschistischer Rechtsdurchsetzung die Rede).¹¹² Ähnlich lässt sich die bereits erwähnte, momentan am U.S. Supreme Court geführte Debatte einordnen. Bekanntermaßen streiten

¹¹¹ Watson, Reception of Law (oben N. 6) 335.

¹¹² Siehe die Nachweise in N. 27.

sich dessen Richter darüber, inwieweit eine rechtsvergleichende Auslegung zulässig ist, also Rechtsprinzipien zivilisierter Rechtsordnungen zur Begründung eigener Urteile herangezogen werden können.¹¹³ Die bisherige Mehrheit steht einer solchen Rezeption im Fallrecht ablehnend gegenüber, auch wenn die Wortwahl etwas weniger drastisch als in Frankreich ausfällt. Das ist umso erstaunlicher, als – wie erwähnt – U. S. Supreme-Court-Richter umgekehrt nicht müde werden, das eigene Rechtssystem als Vorbild anzupreisen. Der Präsident des Delaware Supreme Court scheut sich nach Berichten von Anwälten etwa nicht, vor europäischen Unternehmensvertretern in London für eine (Re-)Inkorporation nach dem Recht von Delaware¹¹⁴ zu werben, weil diese Rechtsordnung allen Alternativen weit überlegen sei. Im Ergebnis scheinen die Spiegeltheorien mittlerweile fast auf einer chauvinistischen Einschätzung der Einzigartigkeit der US-amerikanischen bzw. französischen¹¹⁵ Rechtsordnung zu beruhen.

III. Das Forschungsprogramm der Rechtsvergleichung

Welches Forschungsprogramm die Rechtsvergleichung haben sollte, ist neben der Frage der Transplantabilität von Recht an sich der zweite Aspekt der Transplantationsdebatte. Die Fragestellung nach der Rolle von Rechts transplantaten unterscheidet sich von der von Watson und Legrand zu diesem Aspekt geführten Debatte. Ihr Streit betrifft nämlich vor allem methodologische Fragen der Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte, also das Problem, inwieweit die Entwicklung einer Rechtsordnung mehr oder minder umfassend mit dem Begriff des Rechtstransplantats erfasst werden kann. Roscoe Pound sprach davon, dass die gesamte Rechtsgeschichte »*legal borrowing*« sei, für Legrand sicherlich ein Horrorgemälde. Die Analyse der Rezeption des römischen Rechts in Europa ist allerdings zunächst einmal ein wissenschaftliches, ein hermeneutisches Problem, nicht so sehr eine rechtspolitische Frage.

Allerdings ergibt sich die Antwort auf die Frage nach einer Forschungsbeschränkung auf Transplantationsvorgänge schon aus der ersten Antwort, nämlich dass Recht sich zwar sehr häufig, aber keineswegs ausschließlich in dieser Form entwickelt. Selbst wenn es also nicht möglich sein sollte, in jeder rechtsvergleichenden Studie alle von Legrand genannten externen Faktoren zu untersuchen, so ist es jedenfalls doch wünschenswert, sie in der für

¹¹³ *Mazeaud* (oben N. 86) 309; zum Problem der »richterlichen Globalisierung« auch *Baudenbacher*, *Judicial Globalization, New Development or Old Wine in New Bottles: Texas Int. L. J.* 38 (2003) 505.

¹¹⁴ Zu deren Vorteilen *Romano*, *The Genius of American Corporate Law* (1993).

¹¹⁵ Die im Falle von Legrand angesichts seiner frankokanadischen Herkunft allerdings Anlass zu mancherlei psychologischen Spekulationen böte.

das konkrete Problem notwendigen Gewichtung zu berücksichtigen. Das schließt nicht aus, auch andere Wirkungen von Rechtstransplantaten in einem Rechtssystem zu berücksichtigen, bzw. die Blickrichtung auf solche Rechtsimporte zu ändern, wie dies etwa Gunther Teubner tut: Orientiere man sich an einer fremden Rechtsordnung, so werde nicht das fremde Rechtsphänomen übernommen, sondern dieses werde in das eigene Rechtssystem und seine Eigenheiten eingegliedert, ändere damit auch seine Bedeutung und Wirkung. So kritisiert Teubner, dass man allenfalls von *legal irritants* statt von *legal transplants* sprechen könne: das Organ entwickle im fremden Rechtsorganismus ein Eigenleben, so dass es mit dem Ursprungsorgan nur noch wenig gemein habe.¹¹⁶ Der in das englische Recht kraft europäischen Rechts zumindest teilweise eingegangene Gedanke von Treu und Glauben etwa habe dort eine andere Bedeutung erlangt als im kontinentaleuropäischen Recht und sei für das englische Recht *legal irritant*, den es in Anpassungsreaktionen gewissermaßen verarbeiten müsse.¹¹⁷ Es scheint richtig, in diesem Zusammenhang eine gewisse Methodenvielfalt in der Rechtsvergleichung zuzulassen und so auch die Diskussion zu bereichern, anstatt von vornherein ein Methodenmonopol zu postulieren, wie es LeGrand und in etwas geringerem Umfang auch Watson tun.

Allerdings ist die Frage nach dem Forschungsprogramm der Rechtsvergleichung für das Thema, inwieweit Rechtstransplantate zur Rechts transformation beitragen können, nur von untergeordneter Bedeutung. Diesem Problem sei noch einmal nähere Aufmerksamkeit gewidmet.

D. Rechtstransplantate in Reformstaaten

Welche Konsequenzen können wir aus den Erwägungen über die Transplantabilität von Recht für die Entwicklung der Reformstaaten ziehen? Es ist offensichtlich, dass sich die Frage, ob Rechtstransplantate möglich oder unmöglich sind, nicht wie manche behaupten, pauschal beantworten lässt. Es liegt im Lichte der Geschichte und aktuellen Herausforderungen der Transformationsländer durchaus nahe, dass ihre Neuorientierung eine Transplantation in besonderer Weise erfordert, weil angesichts der politischen Neuorientierung das zuvor geltende Recht dessen Anforderungen nicht mehr erfüllen konnte.

Es ist faktisch unbestreitbar, dass sich Rechtssysteme an gewissen Vorbildern orientieren. Das erscheint aber auch substanziell von vornherein nicht als falsche Strategie. Viele Staaten verfügen nicht über genügend fachkundige Juristen und sonstige Experten, um geeignete und ausgewogene Ge-

¹¹⁶ Teubner (oben N. 54) 11.

¹¹⁷ Teubner (oben N. 54) 11 ff.

setze zu entwerfen. Gerade nach dem Zerfall der Sowjetunion und Jugoslawiens sind zahlreiche Rechtssysteme entstanden, denen die entsprechende personelle Ausstattung fehlt, um schnell die zahlreichen Lücken in der eigenen Rechtsordnung zu schließen. Aus manchem Staat wird berichtet, dass Studenten der Rechtswissenschaften die Aufgabe der Anpassung des Rechts an den europarechtlichen *acquis communautaire* zu erfüllen versuchen.

Gleichwohl sind für Analyse und Erfolgsaussichten von Rechtstransplantaten differenzierte Erwägungen notwendig, die sich an verschiedenen Faktoren orientieren müssen. Es liegen dabei keine Belege für die von großem Sendungsbewusstsein einiger Theoretiker getragene These vor, dezidiert nicht nur einzelne Rechtsinstitute, sondern sogar eine ganze Rechtsfamilie wie die des *common law*, ungeachtet der konkreten Anwendungsvoraussetzungen, der kontinentaleuropäischen Rechtsfindung für ökonomisch überlegen zu halten.¹¹⁸ Inwieweit derartige Pauschalurteile angesichts der anerkanntermaßen bislang schwerlich ausgereiften Maßstäbe, des notwendig langfristigen Beurteilungshorizonts für die Funktionsvoraussetzungen von Rechtstransplantaten und mangels einschlägiger empirischer und langfristig angelegter Studien mehr als bloße, ideologisch eingefärbte Hypothesen mit allenfalls oberflächlicher Plausibilität sind, muss an dieser Stelle offenbleiben.

Diesem Ressourcenmangel verwandt ist ein anderer bedeutsamer Grund für Rechtsrezeption bzw. für Rechtstransplantate. Gleichgültig ob sein Rechtssystem gesetzes- oder fallrechtsbasiert ist, entwickelt sich doch jedes Rechtssystem letztlich anhand einer kritischen Masse von Fällen. Erst diese vermögen eine rechtliche Regel zu verifizieren, zu falsifizieren oder gegebenenfalls zu modifizieren. Das kann – wie die Entwicklung so mancher Rechtsinstitute zeigt – ein langwieriger Prozess sein, für den einige wenige Fälle in vielen Jahrzehnten nicht genügen. Nicht umsonst orientieren sich die Schweiz und Österreich, Länder zweifellos mit einer ungewöhnlich hohen Konzentration qualifizierter Juristen, in auffälligem Maß an ausländischer, insbesondere auch deutscher Rechtsprechung und Literatur. Bei

¹¹⁸ Abgesehen davon, dass völlig offenbleibt, inwieweit der Erfolg des *common law* in seinen Heimatrechtsordnungen nicht auf spezifischen institutionellen, (rechts-)kulturellen und sonstigen Rahmenbedingungen beruht, die nicht hinreichend analysiert sind, aber einen vergleichbaren Erfolg in anderen Ländern möglicherweise verhindern würden (Rolle und Qualität von Richtern, Anwälten und Rechtswissenschaftlern; ökonomischer Entwicklungsstand; Qualität juristischer Literatur; ökonomische Mentalität der Rechtssubjekte: Risikobereitschaft vs. Paternalismuserwartung), unterschlagen derartige pauschale, notwendig reduktionistische Erklärungsansätze den zumindest historisch nicht zu vernachlässigenden Einfluss der *civil-law*-Rechtsordnungen auf das *common law*. Zu diesem Einfluss exemplarisch *Watson, Chancellor Kent's Use of Foreign Law*, in: *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World 1820–1920*, hrsg. von *Reimann* (1993) 45, sowie eine Reihe weiterer Beiträge in diesem Sammelband. In eine ähnliche Richtung *Langbein, Chancellor Kent and the History of Legal Literature: Colum. L. Rev.* 93 (1993) 547.

anderen, noch kleineren Staaten dürfte das Bedürfnis nach dieser kritischen Masse noch erheblich größer sein.

In vielen Fällen ist eine Rechtstransplantation darum vermutlich schlichtweg alternativlos. Sich an einem ausländischen Vorbild zu orientieren, erscheint immer noch erfolversprechender, als auf dem Reißbrett eine völlig neue rechtliche Lösung zu entwickeln, deren Angemessenheit in der Praxis noch nicht getestet ist. Zumindest kann ein solches ausländisches Rechtsinstitut eine entwicklungsfähige Ausgangslage begründen.

Ein entscheidender Faktor für das Gelingen eines Rechtstransplantats ist zunächst einmal die Ausgangslage, nämlich das Motiv der Rezeption bzw. Transplantation bzw. ihr Bedarf. Bedarf kann einerseits wie in manchen Reformstaaten darauf beruhen, dass es aufgrund politischer Umbrüche an einschlägigen Rechtsnormen etwa für marktwirtschaftliche Wirtschaftsvorgänge (allgemeines Zivilrecht, aber etwa auch Kartellrecht) vollständig fehlt, gewissermaßen also ein Vakuum existiert. Bedarf kann andererseits aber nicht nur in den Reformstaaten Ost- und Mitteleuropas und den Nachfolgestaaten der Sowjetunion, sondern auch in entwickelten Industrienationen bestehen, weil man feststellt, dass Lösungsvarianten ausländischer Rechtssysteme überlegen sind. Das Vorbild des US-amerikanischen Gesellschaftsrechts wurde bereits erwähnt, das des Kapitalmarktrechts und der historisch etwas länger zurückliegende Vorgang der Entwicklung des deutschen Kartellrechts lassen sich in diesem Zusammenhang ebenfalls nennen. Allerdings geht es hier nicht nur um die Übernahme von Gesetzen oder Rechtsprechung, sondern auch um die Rezeption von Handelsstandards. Hier wird es darum gehen, inwieweit überhaupt eine rechtliche Regelung erforderlich ist, bzw. warum – etwa angesichts einer völlig unterschiedlichen Rechtstradition, anderer Industriestruktur oder der Umsetzungsmöglichkeiten bestimmter Rechtsnormen auf institutioneller Ebene – gegebenenfalls Anpassungen notwendig sind. Die Situation in Transformationsstaaten ist üblicherweise keine *tabula rasa*, wie leider häufig fälschlich angenommen wird. Vielmehr wird das Recht geprägt durch die Rechtstradition, vor allem aber auch durch die existierenden Streitbeilegungsmechanismen oder die in den Köpfen der Bevölkerung verankerten Kriterien von »richtig und falsch«, die auf religiösem oder sonstigem weltanschaulich motiviertem Urteil beruhen mögen.

Eine wichtige Rolle spielt trotz der häufig vertretenen Konvergenzthese im Hinblick auf *common law* und *civil law* außerdem die Frage, ob ein Rechtsinstitut aus einem fall- oder einem gesetzesrechtsbasierten System übernommen wird. Zumindest wird das rezipierende Rechtssystem sehr sorgfältig zu erwägen haben, wie es die Transplantation vornimmt. Eine Kaskade von Leitentscheidungen, die von einem bestimmten rechtspolitischen Geist durchdrungen sind, lassen sich nicht ohne Weiteres in gesetzliche Formen gießen. Das muss nicht heißen, dass das transplantierte Recht inhaltlich

nicht verändert werden dürfte. Vielmehr wird der Rezeptionsstaat in vielen Fällen die Notwendigkeit sehen, nationale, regionale oder lokale Besonderheiten zu berücksichtigen. Soweit eine solche Berücksichtigung bewusst erfolgt, ist sie vollkommen legitim. Sie dürfte der Legrandschen These sogar entgegenkommen. Auch medizinisch gesehen sind Transplantationen niemals problemfrei möglich. Diesen Anspruch sollte auch der Rechtsreformer nicht stellen. Doch nur weil Recht in bestimmten historischen Situationen und an einem bestimmten Ort niemals gleich sein wird, heißt dies nicht, dass Rechtstransplantation überhaupt niemals möglich wäre. Und kein Rechtssystem, gleich welchen Staates, dürfte so perfekt ausgestaltet sein, dass es am ausländischen Vorbild nicht noch lernen könnte.

Selbstverständlich genügt auch die Übernahme einer bloßen Rechtsnorm durch einen Staat nicht, gleiche Verhältnisse wie im Herkunftsstaat zu erreichen. Auch insofern führt die Metapher vom Rechtstransplantat auf den ersten Blick in die Irre. Vielmehr erfordert eine letztlich erfolgreiche Transplantation z. B. auch, Strukturen in Form von Behörden und Gerichten aufzubauen, die das Recht durchsetzen können, und ein entsprechendes Rechtsbewusstsein in der Bevölkerung zu schaffen. Damit geht einher, dass die Multiplikatoren, also sowohl Juristen allgemein als aber vor allem auch Rechtslehrer, sorgfältig in der Anwendung des transplantierten Rechts geschult werden. Schon Maitland wusste: »Taught law is tough law.«¹¹⁹ Und wir wissen, dass die Rezeption des römischen Rechts im Wesentlichen über die oberitalienischen Universitäten erfolgte, nicht aufgrund der nationalen kulturellen Eigenheiten der Rezipienten. Ohne die Vermittlung des Rechts in der Lehre, die allen Rechtsanwendern, also nicht nur Studenten, sondern auch Richtern und Verwaltungsbeamten zugänglich sein muss, über die Publikation von Gerichtsentscheidungen und die Inspiration der rechtswissenschaftlichen Debatte bis zur Förderung des Dialogs mit ausländischen Juristen, kann eine echte Transplantation nicht gelingen. Die praktischen Erfahrungen, wie sie etwa die GTZ und die IRZ gewonnen haben, sind für die Analyse der Bedeutung dieser Umstände im Einzelfall von größtem Wert. Es wäre wünschenswert, solche entsprechenden Erfahrungen praktisch noch stärker der Öffentlichkeit in publizierter Form zugänglich zu machen.

In bestimmten Rechtsgebieten ist – wie bereits erwähnt – eine Transplantation vermutlich eher möglich als in anderen bzw. herrscht ein stärkerer Vereinheitlichungsdruck als in anderen Bereichen. Auch deswegen haben sich mittlerweile vergleichsweise einheitliche Standards im Gesellschaftsrecht oder dem Bilanzrecht herausgebildet. Global tätige Unternehmen haben einen stärkeren Harmonisierungsbedarf, als dies der einzelne Bürger im Familien- und Erbrecht verspüren würde. Selbst dort aber führt etwa die Mobilität der Unionsbürger zumindest im europäischen Rahmen dazu, dass

¹¹⁹ Maitland, *English Law and the Renaissance* (1901) 18.

im Wege der Transplantation oder auch auf andere Weise gemeinsame Rechtsprinzipien und -regeln entstehen. Ein Indiz für die internationale Harmonisierung ist auch die Zunahme internationaler Konventionen, die als Vorbilder benutzt werden und eine neutralere Quelle für bestimmte Rechtsgrundsätze sein können, als dies eine nationale Kodifikation wäre. So dürfte ein an diese aus internationaler Erfahrung und Zusammenarbeit gewonnenen Grundsätze gekoppelter Rechtstransfer für einen Staat eher akzeptabel sein als die ausschließliche Orientierung an einem nationalen Rechtssystem. Normen des Schuld- und Sachenrechts eignen sich – zumindest bei einigermaßen ähnlichen wirtschaftlichen Verhältnissen – vermutlich besser zur Transplantation als möglicherweise religiös geprägte Normen des Familien- und Erbrechts.

Der rezipierende Staat sollte dabei die Angebotspalette anderer Rechtsordnungen weitgehend ausschöpfen. Sicher ist das nicht in allen Fällen realistisch. Wenn in einem Staat eine Vorentscheidung zugunsten einer Kodifikation im kontinentaleuropäischen Sinne gefallen ist, wird ein *common-law*-Rechtssystem etwa im Bereich des Sachenrechts nur schwer zu integrieren sein, selbst wenn nicht ausgeschlossen ist, dass zumindest bestimmte Rechtsideen zum Zuge kommen. Der rezipierende Staat sollte sich bewusst sein, dass sich die Staaten, aus denen er Rechtsnormen übernehmen will, in einer Konkurrenzsituation befinden. Aus der Diskussion im Internationalen Gesellschaftsrecht ist ja etwa bekannt, dass Rechtsnormen möglicherweise erkenntnisfördernd als Angebot eines bestimmten Rechtsetzers an Gesellschaftsgründer verstanden werden können, das mit Parallelangeboten konkurriert.¹²⁰ Diese Situation sollte der rezipierende Staat für sich nutzen.

Das bedeutet gleichzeitig, dass Rechtstransplantation nicht blinder Rechtsexport einer bestimmten Rechtsidee sein sollte. Vielmehr sollte sie sich an den konkreten wirtschaftlichen, politischen und kulturellen wie sprachlichen Gegebenheiten orientieren, bereits bestehende rechtskulturelle Verbindungen berücksichtigen und sie nicht ignorieren. Auch in Reformstaaten werden bestimmte Gegebenheiten vorgefunden, die in die Überlegung, welches das jeweils »beste Recht« ist, einzubeziehen sind. Rechtsberatung in den Transformationsstaaten sollte daher nicht auf einen »imperialistischen« und chauvinistischen Transfer der eigenen Rechtsordnung setzen, sondern Bedürfnisse des Empfängerstaats und die dortigen Umstände zu

¹²⁰ Vgl. nur die Debatte um die Bedeutung des US-Bundesstaates Delaware als Inkorporationsstandort von Gesellschaften, die hier nur angedeutet werden kann. Dazu umfassend etwa *Romano*, *The Genius of American Corporate Law* (1993). Ausgelöst wurde die aktuelle Debatte vor allem von *Cary*, *Federalism and Corporate Law, Reflections Upon Delaware*: Yale L. J. 88 (1974) 663. Sein frühester bedeutender Gegenspieler war *Winter*, *State Law, Shareholder Protection, and the Theory of the Corporation*: J. Leg. Stud. 6 (1977) 251. Allgemeiner *Eidenmüller*, *Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa*: ZIP 2002, 2233; umfassend *Kieninger*, *Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt* (2002).

definieren versuchen. Das kann zur Konsequenz haben, dass man auf eigene Vorstellungen verzichtet, weil offensichtlich ist, dass sie im Empfängerstaat nicht zu einer Verbesserung der Rechtspflege führen würden. So wurde bei der Beratung der GTZ zum chinesischen Sachenrechtsgesetz relativ frühzeitig darauf verzichtet, das Trennungs- und Abstraktionsprinzip des deutschen Sachenrechts als Maß aller Dinge anzusehen. Vielmehr standen praktische Erwägungen zur Notwendigkeit von Registern im Vordergrund, um dringend benötigte Rechtssicherheit zu schaffen. Auch Rechtsvorstellungen aus anderen Ländern (etwa kürzere Verjährungsfristen für den Eigentumsherausgabeanspruch), die für die spezifische Situation Chinas für passender gehalten wurden als das deutsche Pendant, flossen so in die Beratung ein. Für den Erfolg einer Transplantation erscheint es wichtig, dass sie nicht als schematische und mechanische Eins-zu-eins-Übertragung stattfindet, sondern Rücksicht auf die Verhältnisse im Empfängerstaat genommen wird. Das bedeutet auch gleichzeitig, eine Transplantation so zu gestalten, dass sie für die Zukunft möglichst entwicklungsfähig ist. Insofern sind die Mahnungen Legrands, auch wenn sie ihrerseits unnötig absolut formuliert sind, durchaus ernst zu nehmen. Umgekehrt ist anzuerkennen, dass Watson auch für Transformationsstaaten mit seiner Forschung einen wesentlichen Beitrag geleistet hat, wie ein Rechtssystem methodologisch überzeugend weiterentwickelt werden kann.

Die Erfolgchancen einer Rechtstransplantation sind angesichts der zunehmenden Konvergenz der Wirtschaftssysteme, politischer Strukturen, zu einem guten Teil aber auch der Kulturen im historischen Vergleich gestiegen. Darin liegt kein Widerspruch zur These Legrands, vielmehr berücksichtigt diese Ansicht die von ihm geäußerte Kritik. Den Ausschlag für die Erfolgchancen einer Transplantation einer Rechtsinstitution in einem Reformstaat gibt aber die Sorgfalt, mit der eine Rechtsreform betrieben wird. Die blinde Übernahme eines Rechtssystems wegen politischer Erwägungen kann ebenso falsch sein wie der Versuch, aus vielen unterschiedlichen Rechtssystemen einen tauglichen Kompromiss zu »basteln«. Entscheidend muss sein, eine für die spezifischen ökonomischen, kulturellen, aber auch rechtskulturellen und sprachlichen Bedürfnisse eines Landes taugliche Lösung zu finden.

E. Fazit und Ausblick

Rechtstransplantate, also die Übertragung von einzelnen Rechtsnormen, -institutionen oder ganzen Regelungswerken von einer Rechtsordnung in eine andere, sind ein historisch und faktisch häufig zu beobachtender Prozess. Rechtssysteme nutzen auf diese Weise die Ideen und Erfahrungen anderer Rechtsordnungen offenbar relativ häufig, um ihre eigenen Regel-

werke weiterzuentwickeln. Dieses vor allem von Watson analysierte Phänomen wird von einer Reihe von Rechtswissenschaftlern bestritten, welche die Transplantabilität von Recht mit dem Argument bestreiten, dass Recht zu stark von spezifischen nationalen und kulturellen Faktoren beeinflusst sei, als dass es in andere Rechtssysteme übertragen werden könnte. Betrachtet man diese Faktoren näher, so ist nicht zu leugnen, dass Recht kein freischwebendes Normsystem ist, sondern von Umständen wie kultureller Identität, Sprache, nationalen Werten und Sozialisation abhängig ist. Allerdings erscheint die Annahme, dass Recht darum von vornherein untransplantierbar sei, zu weitgehend. Je nach Rechtsgebiet, konkreter Materie, Sozialisation der Adressaten einer Rechtsregel etc. kann diese durchaus erfolgreich in fremde Rechtssysteme transferiert werden. Eventuell entstehende Bedeutungsunterschiede sind nicht zwingend größer als Divergenzen, wie sie auch in der Ausgangsrechtsordnung etwa bei der Anwendung der Regel durch unterschiedliche Gerichte auftreten. Selten wird übrigens ein Jurist eine völlig neue Rechtsregel »erfinden«, fast immer wird er sich an Bekanntem und Erprobtem orientieren – insbesondere wenn es um ein ganzes Gesetzeswerk geht.

Für die Transformationsstaaten wie die Nachfolgestaaten der UdSSR bzw. deren Satelliten oder für China, die aufgrund kurzfristiger, aber tiefgreifender politischer, wirtschaftlicher und sozialer Veränderungen ihre Rechtsordnung an die neuen Umstände anpassen können, stellt sich daher die Frage, inwieweit sie diese Herausforderung durch Rückgriff auf die Rechtssysteme etwa Westeuropas oder der USA meistern können. Eine solche Strategie ist nicht in jedem Falle zum Scheitern verurteilt. Allerdings bedarf sie einer genauen Analyse der zur Verfügung stehenden Vorbilder im Hinblick auf die Struktur des Rechts, die institutionellen Rahmenbedingungen in den beiden beteiligten Rechtssystemen und die Möglichkeiten zur Implementierung des Rechts. Transplantation kann dabei nicht bedeuten, dass eine Rechtsnorm ohne Berücksichtigung der konkreten politischen, kulturellen und wirtschaftlichen Hintergründe blind übernommen würde. Vielmehr ist es notwendig, zunächst den konkreten Bedarf des jeweiligen Transformationsstaates zu ermitteln und dann unter Berücksichtigung seiner Rechtstradition und gegebenenfalls unter Rückgriff auf mehrere existierende Lösungen aus verschiedenen Staaten einen angemessenen Kompromiss zu erarbeiten. Dabei ist aber zu bedenken, dass es nicht genügt, eine Rechtsnorm etwa mit Gesetzeskraft zu versehen. Sie muss auch in Unterricht und Praxis umgesetzt werden. Das Gesetz bleibt toter Buchstabe, wenn nicht versucht wird, es in den Köpfen und Entscheidungen der Betroffenen, also in der Rechtswirklichkeit zu verankern. Die Verabschiedung als Gesetz ist dabei oft nur der erste Schritt, der weitere Folgeschritte erfordert.

Für die Transformationsstaaten bedeutet dies, dass Rechtstransplantate mit großer Sorgfalt und in enger Beratung mit den Vertretern ausländischer Rechtsordnungen erwogen und gegebenenfalls ausgestaltet werden sollten. Auf der Seite der Berater setzt ein Erfolg von Rechtstransplantation die Bereitschaft voraus, nicht die unveränderte Umsetzung eigener Rechtsvorstellungen im Empfängerland zu fordern, sondern für eine Modifikation im Lichte der Erfahrungen anderer Staaten offenzubleiben. Wenn die in der Formulierung oft übertriebenen, gleichwohl in der Sache heilsamen Bedenken der Spiegeltheoretiker in der Weise praktisch beachtet werden, dass Recht nur eingebettet in ein konkretes sprachliches, politisches, wirtschaftliches und soziales Umfeld existieren kann, so kann ein Transformationsstaat viel gewinnen. Neben einer Versachlichung der Debatte unter Aufgabe von Alleinvertretungsansprüchen und der Zulassung einer Gewichtung unterschiedlicher Erfolgsfaktoren ist zu hoffen, dass die in der Beratung von Rechtsreformtätigen Institutionen versuchen, ihre gewonnenen Erfahrungen noch stärker als bisher zu teilen, um die realen Erfolgsbedingungen der Rechtstransplantation genauer definieren zu können. Außerdem steht ein nachvollziehbar definiertes Kriterium, mit dem der Erfolg von Rechtstransplantaten wirklich gemessen werden könnte, bislang aus. Auf bloße, empirisch nicht gestützte Behauptungen wie die These von der Überlegenheit des *common law* an sich sollte daher einstweilen verzichtet werden.

Jedenfalls erweist sich die Transplantationsthese Watsons als eine für die rechtsvergleichende Wissenschaft starke Inspiration. Ganz unabhängig von ihrer Validität stellt die Analyse der Rechtsentwicklung in den Transformationsstaaten eine Herausforderung an die Rechtsvergleichung, der sie sich stellen sollte, wenn sie nicht nur als theoretische Wissenschaft abgestempelt werden will.

Ein Rechtstransplantat jedenfalls, bei dem zuvor sorgfältig untersucht wird, inwieweit es im Empfängerstaat Erfolg haben kann, räumt die Chance ein, dass die Operation dem Patienten Besserung verschaffen wird.

Summary

TRANSPLANTS AS A TOOL OF LEGAL REFORM

The term legal transplant, coined by the legal scholars Alan Watson and Otto Kahn-Freund in 1973, describes the phenomenon of reception of laws by a foreign legal system. This concept has since been used as a tool of analysis in comparative law in order to explain a number of similarities in various legal systems, in particular those having been influenced by Roman law. It is widely accepted and visible that legal systems can and do profit from adopting rules inspired by foreign legal systems.

However, the assumption of legal rules or institutions being transplantable has been attacked with the argument that legal rules are an outcome of external factors such as climate, national culture, language, economy and religion and therefore cannot be successfully transplanted to a different legal system without in fact changing their content. The metaphor of transplantation therefore is deemed to be invalid. Given the fact that numerous legal systems in the wake of the Soviet Union's breakdown as well as the legal systems of many other countries have undertaken a reform of their laws in accordance with western models, this controversy warrants an analysis of the transplantability of legal rules. A closer look at the relation of certain external factors and the law does not confirm the assumption that law is so closely related to a nation or cultural heritage that it would be inconceivable to transfer legal rules to a different national context. Contrary to some claims made, nations are too different a sociological unit to explain a total uniformity of laws for a particular legal system. To the contrary, the identity of a state and nation is a rather recent historical concept that may explain certain parallel developments in law, but does not allow a full explanation of the development of the law in a particular country. Even though certain external factors such as culture, language and political structure do strongly influence the law of a particular country, their influence does not conclusively explain how the law develops. This does, *mutatis mutandis*, explain why legal rules can be transferred to legal systems with a different legal, historical, economic and cultural background than that of the country of origin.

It therefore does not seem to be a forlorn strategy for reform countries to model their laws after rules adopted in other countries. However, this strategy requires a very diligent analysis of the factors relevant in the country of adoption and the country of origin of certain legal rules. Beyond the simple adoption of a certain rule in a statute, a successful transplantation has to take into account the institutional structures and conditions, the real application of the laws and the teaching of law. Otherwise, the transplantation would just be an adjustment of law in the books without having a real effect on the legal situation in the recipient country.

Countries trying to reform their legal system are therefore well-advised to look at other countries' rules in order to find efficient solutions for the legal problems they might be facing because of sudden political changes. But since not every practical solution is an appropriate means, the recipient country and the advising institution should have a close look at the political, economic and social factors which determine the transplantability of laws.

