

Sistema Jurídico Latinoamericano y Unificación del Derecho. [Hrsg.:] *David Fabio Esborraz*. – México: Porrúa (2006). VIII, 323 S.

Esborraz, David Fabio: Contrato y Sistema en América Latina. – Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni (2006). 310 S.

Das *Centro di Studi Giuridici Latinoamericani Università di Roma* »Tor Vergata« widmet sich seit vielen Jahren der Erforschung des Privatrechts in den Staaten Lateinamerikas und hat hierzu zahlreiche internationale Konferenzen organisiert und Publikationen herausgegeben. Besonders hervorzuheben sind die Symposien und dazugehörigen Sammelbände zu den drei großen lateinamerikanischen Kodifikatoren *Andrés Bello*¹, *Augusto Teixeira de Freitas*² und *Dalmacio Vélez Sarsfield* sowie zu den neuen Zivilgesetzbüchern Perus (1984) und Brasiliens (2002). Halbjährlich erscheint die Zeitschrift »Roma e America. Diritto Romano Comune«³.

Zwei der jüngeren Publikationen liegen hier zur Besprechung vor: »Sistema Jurídico Latinoamericano y Unificación del Derecho« ist eine Sammlung von 13 Abhandlungen europäischer und lateinamerikanischer Autoren zu Geschichte und Charakter der lateinamerikanischen Rechtsordnungen sowie den Möglichkeiten und Zielen einer Privatrechtsvereinheitlichung. Daraus sollen stellvertretend zwei Beiträge vorgestellt werden, die sich am engsten mit der Thematik beschäftigen⁴: Es sind dies »Sistema y ordenamientos: El ejemplo de América Latina« von *Pierangelo Catalano* (S. 51–74) und »Armonización y unificación del Derecho: Derecho común en materia de obligaciones y contratos en América Latina« von *Sandro Schipani* (209–236). Die Beiträge von *Schipani* und *Catalano* verdienen auch deshalb besondere Aufmerksamkeit, weil beide Autoren (der erste als Direktor des *Centro*, der zweite als Generalsekretär der *Associazione di Studi Latino-Americani*) auf viele Jahre der Forschung in diesem Bereich zurückblicken können. Das zweite hier besprochene Werk, »Contrato y Sistema en América Latina«, ist eine Monographie, die thematisch an den Sammelband anknüpft und eine Untersuchung des Vertragsbegriffs im lateinamerikanischen Kontext unternimmt.

I. Die europäische Rechtsvergleichung schenkt den Rechtsordnungen Lateinamerikas traditionell nur geringe Aufmerksamkeit⁵. Meistens betrachtet sie

¹ Vgl. den Tagungsbericht von *Samtleben* »Andrés Bello e il Diritto Latinoamericano«: *RabelsZ* 46 (1982) 421–424. Siehe auch schon den früheren gemeinsamen Tagungsband zu Bello, Teixeira de Freitas und Sarsfield: *Diritto romano, codificazioni e unità del sistema giuridico latinoamericano*, hrsg. von *Schipani* (1979 [1981]), bspr. von *Samtleben*: *SavZ/Rom.* 100 (1983) 781–783.

² Vgl. den Tagungsbericht von *Samtleben* »Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano«: *RabelsZ* 48 (1984) 591–593.

³ Eine Übersicht über die gegenwärtigen und vergangenen Aktivitäten des *Centro* und die erschienenen Publikationen findet sich unter <<http://www2.uniroma2.it/ateneo/centri/csl/>>.

⁴ Die anderen Beiträge älteren und jüngeren Datums widmen sich vor allem der Bedeutung des römischen Rechts für die lateinamerikanischen Rechtsordnungen und der Rolle der Universitäten.

⁵ Siehe jetzt aber *Kleinheisterkamp*, *Development of Comparative Law in Latin America*, in: *The Oxford Handbook of Comparative Law*, hrsg. von *Reimann/Zimmermann* (2006) 261–

diese als unselbständige Ableger der europäischen »Mutterrechtsordnungen«, deren vertieftes Studium keine interessanten Erkenntnisse verspricht. Wesentlich größerer Beachtung erfreut sich das Recht Lateinamerikas mittlerweile in den USA⁶. Die rezensierten Werke sind, wie auch alle anderen vom *Centro* herausgegebenen Publikationen, vor allem durch das Bemühen geprägt, den hierzulande vorherrschenden Eurozentrismus zu überwinden und den lateinamerikanischen Rechtsordnungen zur Anerkennung als einer eigenen Rechtsfamilie zu verhelfen. Die Autoren stellen zu diesem Zweck verschiedene Charakteristika der lateinamerikanischen Rechtsordnungen heraus: So seien etwa deren Zivilgesetzbücher in noch weitergehendem Maße als die der kontinentaleuropäischen Staaten an das römische Recht angelehnt. Dementsprechend sei der Geist der lateinamerikanischen Kodifikationen und Juristen ein »universeller« und »demokratischer«, im Gegensatz zum »nationalistischen« Geist der Gesetzbücher und Rechtswissenschaften der europäischen Staaten (*Schipani* 215 ff., 222 *Catalano* 63, 65 ff.). In der umfangreichen Rezeption des römischen Rechts und in der romanistischen Ausbildung der lateinamerikanischen Juristen wird die Ursache dafür gesehen, dass die lateinamerikanischen Rechtsordnungen, vom öffentlichen Recht und von einigen Bereichen des Handelsrechts abgesehen, erfolgreich »Widerstand« gegen die »Penetration« des »ultraindividualistischen« nordamerikanischen Rechts leisten konnten (*Catalano* 63, 67). Auch auf die geographischen, wirtschaftlichen, sozialen und politischen Besonderheiten Lateinamerikas wird hingewiesen, ebenso auf bestimmte juristische Phänomene, wie etwa die weit verbreitete rechtliche Anerkennung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft (*Catalano* 61, 68). Eingeräumt wird allerdings auch, dass noch weiter an der Begründung der Identität und der Merkmale des lateinamerikanischen Rechtssystems gearbeitet werden müsse (*Schipani* 222).

Die Liste von Besonderheiten der lateinamerikanischen Rechtsordnungen ließe sich beliebig erweitern. Aufschlussreich sind insbesondere Studien zum »law in action«⁷, die häufig zeigen, in welchem Maße Rechtsvorschriften in diesen Ländern missachtet oder einfallsreich umgangen werden⁸. Umgekehrt gibt es allerdings auch zahlreiche Argumente *gegen* die postulierte Autonomie der lateinamerikanischen Rechtsordnungen: So waren und sind die lateinamerikanischen Zivilgesetzbücher auch heute noch massiv von den europäischen

301; *Diurni*, America Latina, in: Percorsi Mondiali di Diritto Privato e Comparato, hrsg. von *Diurni* (2008) 53–83.

⁶ Vgl. etwa *Merryman/Clark/Haley*, The Civil Law Tradition: Europe, Latin America and East Asia (1994); *Mitrov*, Latin American Law (2004) oder *Oquendo*, Latin American Law (2006).

⁷ Siehe aus dem deutschsprachigen Schrifttum etwa *Gessner*, Recht und Konflikt, Eine soziologische Untersuchung privatrechtlicher Konflikte in Mexiko (1976); *Henckel*, Zivilprozeß und Justizalternativen in Brasilien – Recht, Rechtspraxis, Rechtsstatsachen, Versuch einer Beschreibung (1991), bespr. von *Samtleben*: ZvglRWiss. 92 (1993) 254–256; vgl. ferner die bei *Samtleben*, Menschheitsglück und Gesetzgebungsexport, Zu Jeremy Benthams Wirkung in Lateinamerika: RabelsZ 50 (1986) 451–482 (466 N. 88–94) genannten Beispiele und Fundstellen.

⁸ Kritisch zur weit verbreiteten Vorstellung eines generellen Rechtsversagens in Lateinamerika aber *Esquirol*, The Failed Law of Latin America: Am. J. Comp. L. 56 (2008) 75–124.

Modellen beeinflusst⁹. Das neue brasilianische Zivilgesetzbuch aus dem Jahre 2002 etwa bemüht sich zwar in stärkerem Maße als sein Vorgänger von 1916, auf die soziale Realität des Landes Bezug zu nehmen. Gleichzeitig hat es aber zu einem großen Teil und oft in wörtlicher Übersetzung Vorschriften aus den Kodifikationen Italiens, Portugals und Deutschlands übernommen¹⁰. Die These, dass das neue brasilianische Gesetzbuch zu einer »Stärkung des lateinamerikanischen Rechtssystems« geführt habe (so *Schipani* 210), lässt sich daher mit guten Gründen anzweifeln. Ein ähnliches Bild zeigt sich im Schrifttum: Wer ein lateinamerikanisches Lehrbuch konsultiert, erfährt oft deutlich mehr über die italienische, französische oder deutsche Doktrin als über die einheimische Rechtspraxis¹¹ (auch wenn sich diese Tendenz langsam zu ändern scheint). Wenn das brasilianische Recht dafür gelobt wird, dass es inzwischen über eine sehr gut entwickelte Lehre zum Grundsatz von Treu und Glauben verfügt (*Schipani* 231), so lässt sich einwenden, dass diese vor allem auf einer massiven Rezeption der deutschen Dogmatik beruht¹².

Der Diskussion um die Existenz oder Nichtexistenz einer lateinamerikanischen Rechtsfamilie sollte letztlich nicht allzu viel Bedeutung beigemessen werden. Denn es gilt weiterhin der alte Satz *René Davids*, dass jede vorgeschlagene Einteilung der Welt in verschiedene Rechtskreise ihre Berechtigung hat, da jede auf ihre Art willkürlich ist, indem sie von den mit ihr verbundenen Zielen und den dazu gewählten Unterscheidungskriterien abhängt¹³. Ohnehin vermag die Rechtskreislehre nicht mehr als eine grobe Orientierung zu verschaffen¹⁴. Denn ob etwa dem Recht der verschiedenen Mitglieder einer Rechtsfamilie die gleichen Rechtsprinzipien zugrunde liegen, lässt sich nicht deduktiv ableiten, sondern kann immer nur durch eine Mikrovergleiche ermittelt werden¹⁵. Die Anerkennung einer lateinamerikanischen Rechtsfamilie hilft bei der Überwindung gängiger Vorurteile und lenkt den Blick auf die zahlreichen dort herrschenden Besonderheiten. Wie stark aber die Gemeinsamkeiten der lateinamerikanischen Rechtsordnungen untereinander sind und wie groß ihre Selbstständigkeit gegenüber Europa, darüber vermag eine solche Klassifizierung wenig auszusagen.

II. Das zweite große Thema, die mögliche Vereinheitlichung der Rechte der

⁹ Vgl. *Scholl*, Die Rezeption des kontinental-europäischen Privatrechts in Lateinamerika am Beispiel der allgemeinen Vertragslehre in Costa Rica (1999) 34–62.

¹⁰ Ausführlich dazu *J. P. Schmidt*, Zivilrechtskodifikation in Brasilien (2009).

¹¹ Vgl. *Esquirol*, The Fictions of Latin American Law (Part I): Utah L. Rev. 1997, 425 (426–470): »Latin American societies are not European, only their jurists pretend to be« (470). Ähnlich der Vorwurf bei *Garro*, Unification and Harmonization of Private Law in Latin America: Am. J. Comp. L. 40 (1992) 587–616 (610ff.).

¹² Vgl. das grundlegende Werk von *Couto e Silva*, A obrigação como processo (1966; Nachdruck 1976), das sich umfassend auf die Arbeiten von *Larenz*, *Esser* und *Siebert* stützt.

¹³ *David*, Traité élémentaire de Droit Civil Comparé (1950) 222.

¹⁴ Hierzu auch *Kötz*, Abschied von der Rechtskreislehre?: ZEuP 1998, 495–505 = Undogmatisches, Rechtsvergleichende und rechtsökonomische Studien aus dreißig Jahren, hrsg. von *Basedow/Hopt/Zimmermann* (2005) 91–105.

¹⁵ So im gleichen Zusammenhang auch *Fernández Arroyo*, Sobre la existencia de una familia jurídica latinoamericana: Jurisprudencia Argentina 1995-II, 913–930 (930).

lateinamerikanischen Staaten, steht mit dem ersten im direkten Zusammenhang. Denn eine solche Vereinigung soll der Identitätsstiftung dienen, sie wird als »höchster Ausdruck der Autonomie des lateinamerikanischen Rechtssystems« gesehen. Gleichzeitig sollen in Zeiten der Globalisierung die Widerstandskräfte gegenüber »anderen Zentren der Normenproduktion mit größerer Wirtschaftsmacht« gestärkt werden (*Esborraz* 39, ähnlich *Schipani* 232ff.). Vorgeschlagen wird zu diesem Zweck die Ausarbeitung von »Modellgesetzbüchern« (*Schipani* 232f.). Hier setzt die Arbeit von *Esborraz* an, die eine vorbereitende Studie zur Vereinheitlichung des Vertragsrechts in Lateinamerika sein möchte (38ff.).

Seine Untersuchung des in den lateinamerikanischen Zivilkodifikationen geltenden Vertragsbegriffs zeigt verschiedene Unterschiede auf: So sehen einige Zivilgesetzbücher eine Definition des Vertrages vor (etwa der chilenische und der argentinische Código Civil, CC), andere verzichten darauf. Die brasilianische und die peruanische Kodifikation behandeln den Vertrag (wie das BGB) als Unterfall des Rechtsgeschäfts und entwickeln die Vorschriften zur Existenz, Gültigkeit und Auslegung an diesem (63ff.). Weiter zeigt der Autor, dass die überwiegende Zahl der Länder den Vertrag nur mit schuldrechtlichen Wirkungen ausstatten, während etwa der CC Boliviens (1975) und der CC Paraguays (1985) dem Vertrag nach französischem Vorbild unter bestimmten Umständen auch dingliche Wirkungen zuerkennen (107ff.). Einheitlichkeit besteht darin, dass fast alle untersuchten Zivilgesetzbücher dem Prinzip von Treu und Glauben mittlerweile eine zentrale Rolle für die (ergänzende) Auslegung und Durchführung von Verträgen einräumen. Vorreiter war in diesem Punkt einmal mehr der chilenische CC von *Andrés Bello* (122ff.). Schließlich wird auch dem im neuen brasilianischen CC niedergelegten Prinzip der »sozialen Funktion des Vertrages« (Art. 421) bescheinigt, es habe damit dauerhaft die »lateinamerikanische Staatsangehörigkeit« erhalten (137ff.). Hiergegen mag man allerdings einwenden, dass über den genauen Inhalt dieses Prinzips auch in Brasilien keine klaren Vorstellungen bestehen und die betreffende Vorschrift dort z. T. heftig kritisiert wird¹⁶. Schließlich folgt noch eine Untersuchung des Vertragsbegriffs nach seinen verschiedenen Unterformen (143ff.) und den ihn konstituierenden Elementen (191ff.). Hier verdient der Befund besondere Erwähnung, dass die meisten der lateinamerikanischen Kodifikationen nach dem Vorbild des französischen Code civil die »causa« als notwendigen Bestandteil des Vertrages normiert haben.

Der Autor kommt zu dem Ergebnis, dass die lateinamerikanischen Rechtsordnungen in den von ihm untersuchten Fragen ein hohes Maß an Homogenität aufweisen und die Voraussetzungen für eine Rechtsvereinheitlichung oder Schaffung eines »Modellvertragsgesetzbuches« günstig seien (235ff.). Dazu lässt sich im Anschluss an die obige Diskussion anmerken, dass dieser Befund zwar für den Vertragsbegriff die weitgehende Einheit der lateinamerikanischen Rechtsordnungen bestätigt, nicht aber deren Eigenständigkeit gegenüber den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen: Denn würde man diese in die Untersuchung mit einbeziehen, so dürften sich die Unterschiede und Gemeinsam-

¹⁶ Dazu *Schmidt* (oben N. 10) 471ff.

keiten letztlich im gleichen Rahmen bewegen. Abschließend bietet der Autor verschiedene Definitionen des Vertragsbegriffs betreffend die von ihm untersuchten Bereiche an (240 ff.). Diesen letzten Schritt mag man aus dem Grunde für gefährlich halten, dass solche Begriffsbestimmungen immer die Gefahr der Unvollkommenheit und der Starrheit mit sich bringen. Texte wie die »Principles of European Contract Law« oder die »UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts« haben jedenfalls nicht ohne Grund auf vergleichbare Definitionen verzichtet.

Unternehmungen zur Rechtsvereinheitlichung in Lateinamerika haben vor allem im Bereich des Internationalen Privatrechts eine lange Tradition¹⁷, die Erfolge sind allerdings bescheiden geblieben. Dabei wäre, wie *v. Rauchhaupt* schon 1955 feststellte¹⁸, eine Rechtsvereinheitlichung in Lateinamerika viel einfacher zu erreichen als in Europa: So gibt es dort weder sprachliche Barrieren noch den Gegensatz *civil law* – *common law*. Zudem basieren die verschiedenen Rechtsordnungen in weiten Teilen auf identischen Quellen. Das praktische Bedürfnis für eine Rechtsvereinheitlichung dürfte allerdings gerade angesichts dieser geringen Unterschiede nicht besonders groß sein. Hinzu kommt, dass die Handelsbeziehungen der lateinamerikanischen Staaten untereinander auch nach der Gründung von Integrationsbündnissen wie der Andengemeinschaft oder des MERCOSUR nur einen geringen Teil des Gesamtvolumens ausmachen. Unter diesen Umständen stellt sich die Kosten-Nutzen-Frage einer Rechtsvereinheitlichung noch drängender als in Europa. Wie gezeigt, verbinden die hier untersuchten Werke mit einer Rechtsvereinheitlichung aber auch nicht den Abbau von Handelshemmnissen, sondern die Stärkung der lateinamerikanischen Rechtsidentität.

Dass der Rezensent nicht immer mit der Herangehensweise oder den Ansichten der Autoren übereinstimmt, soll nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sich bei den vorgestellten Werken um wertvolle und anregende Beiträge zur Erforschung der lateinamerikanischen Rechtsordnungen handelt, die zudem eine Fülle weiterführender Literatur erschließen. Es bleibt zu hoffen, dass das *Centro* und seine Mitarbeiter sich auch künftig so engagiert wie bisher dem Studium eines Themas widmen, das in der europäischen Rechtsvergleichung insgesamt größere Aufmerksamkeit verdient.

Hamburg

JAN PETER SCHMIDT

¹⁷ Ausführlich *Samtleben*, Internationales Privatrecht in Lateinamerika (1979).

¹⁸ *Von Rauchhaupt*, Vergleich und Angleichbarkeit der Rechte Süd- und Mittelamerikas: RabelsZ 20 (1955) 121–143.