

Markesinis, Sir Basil in coop. with *Jörg Fedtke*: *Engaging with Foreign Law*. – Oxford and Portland, Ore.: Hart 2009. XIX, 452 S.

I. »Engaging with Foreign Law« ist ein engagiertes Buch, das provozieren will (S. VII). Ziel der Autoren ist es, ihr Fachgebiet, die Rechtsvergleichung, vor von ihnen erkannten Gefahren zu schützen und der Rechtsvergleichung den ihr gebührenden zentralen Platz unter den juristischen Disziplinen zu erobern. Dies kann aus Sicht der Autoren nur dann gelingen, wenn die Rechtsvergleichung mit dem Ziel unmittelbar praktischen Nutzens fokussiert, fallbezogen und konkret betrieben wird und ihre Forschungsergebnisse ansprechend verpackt werden (u. a. S. 35: »packaging«).

II. Ihre Thesen entwickeln die Autoren in elf Kapiteln, die – offenbar zum besseren Verständnis – zahlreiche Wiederholungen enthalten. Ein besseres Lektorat hätte aber wohl eine deutliche Straffung erreichen können. Die ersten drei Kapitel sind der Analyse des gegenwärtigen, aus Sicht der Autoren bedrohlichen Zustands der Rechtsvergleichung gewidmet. Die Gefahren seien weitgehend selbstverschuldet und ergäben sich aus falschen methodischen Ansätzen. Dabei unterscheiden die Autoren im Kern zwei Fehler, denen sie jeweils ein Kapitel widmen: Die Verknüpfung von Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte (vor allem römisches Recht, erstes Kapitel) und den Einfluss der Critical Legal Studies auf die Rechtsvergleichung (zweites Kapitel). Das dritte Kapitel enthält statistische Informationen zur Zitationshäufigkeit der Werke ausgewählter Rechtsvergleicher aus Deutschland, England, Frankreich, Italien und den USA, die die Thesen der ersten beiden Kapitel unterstützen sollen.

Dem theoretischen ersten Teil folgen Untersuchungen der Bedeutung der Rechtsvergleichung in der gerichtlichen Praxis in ausgewählten Ländern (Kapitel 4–9). Im vierten Kapitel wird die Verwendung rechtsvergleichender Methoden in den Gerichten Südafrikas im Bereich des Verfassungsrechts dargestellt. Betont wird die Bedeutung und Anwendung vor allem des deutschen Rechts, dem der Grundrechtekatalog der südafrikanischen Verfassung in weiten Teilen nachgebildet sei. Das fünfte Kapitel beschreibt den Zustand der praktischen Rechtsvergleichung in Deutschland. Dabei erkennen die Autoren eine große Zurückhaltung der Gerichte, die sie auf eine positivistische Grundhaltung und eine damit verbundene Beschränkung auf die klassischen Auslegungsmethoden zurückführen. Der deutsche Gesetzgeber, der diesen Bindungen nicht unterliege, nutze die Rechtsvergleichung dagegen in starkem Maße. Kapitel sechs analysiert den Widerwillen gegenüber der Rechtsvergleichung in den USA und Frankreich. Die Methode der Rechtsvergleichung werde bei der richterlichen Fortbildung des Rechts in den USA vor allem von der religiösen Rechten und ihren Vertretern im Supreme Court, allen voran Justice Scalia abgelehnt. Ausführlich wird die methodische Grundhaltung des »Originalism« Scalias dargestellt und von den Autoren auch als durchaus kohärent und kraftvoll anerkannt (195 ff.). Der entgegengesetzten, der Rechtsvergleichung aufgeschlossenen Position der liberalen Richter im Supreme Court, die auch von den Autoren unterstützt wird, fehle es dagegen an einer vergleichbar überzeugungskräftig vorgebrachten Theorie. Die schwache Position der Rechtsvergleichung in Frankreich führen die Autoren auf eine allgemeine Verunsicherung der Franzosen

und ihre Unsicherheit über die anzustrebende gesellschaftliche Zukunft Frankreichs zurück (208 ff.). Französische Akademiker machten den Eindruck verschlossen zu sein, »because they feel beleaguered, defensive, afraid to innovate, and, often, even linguistically ill-equipped«. Die Zukunft der Rechtsvergleichung in Frankreich liege bei den Gerichten, die an ausländischen Entwicklungen sehr interessiert seien und sich auch von ihnen beeinflussen ließen. In den Kapiteln sieben und acht führen die Autoren ihren eigenen methodischen Ansatz exemplarisch am konkreten Problem der Staatshaftung vor. Ausgangspunkt ist dabei das englische Recht, das einen allgemeinen Amtshaftungsanspruch zu Unrecht ablehne. Dem englischen Recht wird im siebten Kapitel zunächst das französische Recht gegenübergestellt, das Amtshaftungsansprüche scheinbar nahezu unbegrenzt anerkenne. Eine nähere funktionale Analyse des französischen Rechts zeige dann aber, dass auch in Frankreich Instrumente existierten, um solche Ansprüche vernünftig zu begrenzen. Das achte Kapitel enthält im Wesentlichen eine Besprechung des Urteils *Gorringe v. Calderdale Metropolitan Borough Council*¹, in dem Lord Hoffmann eine Staatshaftung der beklagten Kommune ablehnte. Seine rechtlichen Argumente waren dabei aus Sicht der Autoren nur vorgeschoben (u. a. 255, 257). Die eigentlichen Gründe der Klageabweisung hätten erstens darin bestanden, dass sonst die Entschlussfreudigkeit und Unabhängigkeit der Verwaltung zu stark beschränkt würden. Zweitens – und vor allem – hätte Lord Hoffmann gefürchtet, dass die Anerkennung eines allgemeinen Amtshaftungsanspruchs die öffentlichen Kassen unverträglich belasten würde. Diese Furcht versuchen die Autoren durch einen Vergleich mit der Situation in Deutschland zu widerlegen, wo ein allgemeiner Amtshaftungsanspruch bestehe. Von ihnen ausführlich dargestellte empirische Untersuchungen zeigten aber, dass sich dies kaum zu Lasten der öffentlichen Kassen auswirke. Im neunten Kapitel beschreiben die Autoren die aus ihrer Sicht vorbildliche Anwendung der rechtsvergleichenden Methode im Verfahren *Greator v. Greator*², das eine spezielle Frage der Ersatzfähigkeit von Schockschäden aufwarf und in dem Richter Cazalet sein Urteil ausdrücklich auf die Argumentation des Bundesgerichtshofs in einem vergleichbaren Fall³ gestützt habe. Dabei habe er das von *Markesinis* geschriebene »German Law of Torts«⁴ verwendet, wodurch die Autoren sich in ihrer These bestätigt sehen, dass die Gerichte Rechtsvergleichung vor allem dann betreiben, wenn ihnen die notwendigen Informationen gebrauchsfertig und gut verpackt von der Wissenschaft zur Verfügung gestellt werden.

Das zehnte Kapitel arbeitet die Bedeutung der Rechtsvergleichung in der alltäglichen wirtschaftlichen Praxis umfassend auf und systematisiert die vielfältigen Anwendungsbereiche. Rechtsvergleichung sei etwa nötig, um Produkte in einer Vielzahl von Rechtsordnungen möglichst einheitlich vermarkten zu können, um den günstigsten Unternehmenssitz, Produktionsstandort usw. herauszufinden und um die interne Unternehmensstruktur möglichst grenzüber-

¹ [2004] 1 WLR 1057 (H.L.).

² [2000] 1 WLR 1970 (Q.B.).

³ BGH 11. 5. 1971, BGHZ 56, 163.

⁴ *Greator v. Greator*, [2000] 1 WLR 1970, 1984 (Q.B.).

schreitend einheitlich zu gestalten. Dies wird durch vielfältige Beispiele unterlegt. Im abschließenden elften Kapitel führen die Autoren alle Fäden noch einmal zusammen und gehen auf die (mögliche) Zukunft der Rechtsvergleichung ein, die ihrer Meinung nach nur dann erfolgreich sein wird, wenn sie fallbezogen und unmittelbar nutzbringend arbeitet und ihre Ergebnisse dem Richter gut verpackt präsentiert. Freilich sehen die Autoren auch die Gefahr, die eine neo-konservative isolationistische Haltung nicht nur in den USA für die Rechtsvergleichung bedeuten kann, doch sie hoffen, dass die fortschreitende Globalisierung den grenzüberschreitenden Dialog trotz aller gegenläufigen Bestrebungen weiter wachsen lassen wird.

III. Es würde den Rahmen einer Rezension sprengen, auf alle Gedanken dieses Werkes im Einzelnen einzugehen. Daher sollen im Folgenden nur einige Aspekte hervorgehoben werden, die dem Rezensenten besonders wichtig sind. Zuvor möchte der Rezensent freilich betonen, dass er wie die Autoren ein Rechtsvergleicher aus Leidenschaft ist und ihm daher die Zukunft dieses Faches ebenso wie den Autoren am Herzen liegt. Anders als die Autoren glaubt er aber nicht, dass diese Zukunft in einer unbedingten Unterwerfung unter vermeintliche ökonomische Zwänge und der Beschränkung auf eine einzige Methode und ein einziges Ziel der Rechtsvergleichung besteht. Vielmehr wird eine Wissenschaft nur dann auf Dauer erfolgreich sein, wenn sie Vielfalt zulässt, offen für neue Entwicklungen bleibt und sich nicht allein am unmittelbar nachweisbaren wirtschaftlichen Erfolg messen lässt.

1. Zu Beginn ihres Werks untersuchen die Autoren die Gründe für den von ihnen wahrgenommenen Niedergang der Rechtsvergleichung seit dem angeblich Goldenen Zeitalter (2) der 60er Jahre. Dieser Niedergang liege vor allem an einer zu abstrakten, akademischen Orientierung des Faches, die sich in entsprechenden, für die Praxis unbrauchbaren Werken zeige. Beispielhaft für solche abzulehnenden Bücher wird das »Oxford Handbook«⁵ genannt (10), dessen Aufsätze keinen einheitlichen Gedanken enthielten, das unterschiedliche, nicht vereinbare Ideologien offenbare und das zum Großteil bloß bekannte Fakten zusammenfasse. Das »Oxford Handbook« wird auch im weiteren Verlauf des Buches immer wieder scharf kritisiert (z. B. 213 ff., 365 ff.). Den Autoren ist dabei durchaus zuzugeben, dass das »Handbook« keine Lektüre für »billable hours« ist (355). Allerdings war dies ganz offensichtlich auch nicht das Ziel der Herausgeber. Die Kritik der Autoren an Werken wie dem »Oxford Handbook« ist deshalb auch grundsätzlicher: Aus ihrer Sicht ist schon die Aufgabenstellung verfehlt.

Denn für die Autoren gibt es nur einen richtigen Zweck der wissenschaftlichen Rechtsvergleichung: Es gehe darum, konkrete Themenstellungen mit unmittelbarem Praxisbezug vergleichend zu untersuchen, um so dem Richter bei seiner Entscheidungsfindung zu helfen. Nun soll gar nicht bestritten werden, dass dies ein legitimes Ziel der Rechtsvergleichung ist. Allerdings scheint die von den Autoren angestrebte Beschränkung allein auf dieses Ziel unangemessen. Begründet wird der methodische Monismus rein ökonomisch: In

⁵ The Oxford Handbook of Comparative Law, hrsg. von *Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann*. (2006) (Paperback edition, updated 2008).

Zeiten knapper Ressourcen könnten sich rechtswissenschaftliche Fakultäten den Luxus reiner Forschung aus Selbstzweck nicht mehr leisten. Fächer und Fragestellungen, die ihren unmittelbaren Nutzen nicht darlegen könnten, müssten deshalb in einem darwinistischen Ausleseprozess aussortiert werden (so u. a. 48). Besonders das römische Recht betrachten die Autoren als ein solches auszusortierendes Fach, das auch die Rechtsvergleichung mit sich in den Untergang ziehen könnte, wenn die vor allem in England traditionell bestehende Verbindung beider Disziplinen nicht gekappt werde (S. VI).

Nun erscheint bereits die Grundthese, dass Wissenschaft allein im Hinblick auf ökonomische Verwertbarkeit betrieben werden sollte, äußerst bedenklich und wird in Deutschland, soweit ersichtlich, in dieser extremen Form von niemandem vertreten. Selbst wenn man den Autoren aber hierin folgen wollte, so muss es aus kontinentaleuropäischer Perspektive geradezu abwegig erscheinen, allein unmittelbar im konkreten Fall anwendbare Erkenntnisse anzustreben. Wissenschaftliche Arbeit besteht aus kontinentaler Sicht zuvörderst darin, Zusammenhänge aufzuzeigen und größere Gebiete zu systematisieren. Dass ein Bedarf nach solcher Systembildung auch im *Common Law* existiert, zeigt sich etwa an der intensiven Diskussion im noch jungen Rechtsgebiet der »Restitution«. Vor allem aber scheint eine wissenschaftliche Systembildung im Bereich des europäischen Rechts geboten, wo zahlreiche Rechtsquellen auch heute noch eher unverbunden nebeneinanderstehen. Immer neue Rechtsgebiete entstehen, die durch immer kurzlebige Vorschriften geregelt werden. Das europäische Recht befindet sich in einer Art barocken Phase, auf die eine Zeit klassischer Ordnung zwangsläufig folgen wird. Gerade im Bereich der Systematisierung und ordnenden Begriffsbildung im Gemeinschaftsrecht kommt der Rechtsvergleichung aber eine wichtige Funktion zu⁶. Ein tieferes Verständnis der gemeinsamen Grundlagen der europäischen Rechtsordnungen ist freilich ohne die Kenntnis der gemeinsamen Geschichte nicht möglich. Nicht ohne Grund hat die historisch-vergleichende Forschung, die dabei natürlich auch das klassische römische Recht und seine Rezeption miteinbezieht, in den letzten Jahren deshalb besondere Aufmerksamkeit erhalten. Zumindest insoweit man die begriffliche und dogmatische Strenge des (rezipierten) römischen Rechts für die wissenschaftliche Bearbeitung der geltenden *lex lata* fruchtbar macht, wird es deshalb aktuell und lebendig bleiben.

2. Die Autoren, die eine stärkere Rolle der Rechtsvergleichung bei der Auslegung und Fortentwicklung der *lex lata* durch die Gerichte fordern, unterlassen es leider, ihre rechtsmethodischen Grundannahmen im Zusammenhang darzustellen. Auch wird an keiner Stelle des Werkes der Einsatz der rechtsvergleichenden Methode näher gerechtfertigt. Im Gegenteil stellen die Autoren lediglich die ablehnende Haltung Scalias ausführlich dar (195 ff.). Der Wert der Rechtsvergleichung scheint ihnen offensichtlich und ihr Einsatz daher nicht weiter begründungsbedürftig. Diese Haltung erklärt sich aus ihrer weitgehenden Missachtung der jeweiligen nationalen Methodenlehren, ja der Bedeutung

⁶ Dazu näher S.A.E. Martens, Rechtsvergleichung und grenzüberschreitende Jurisprudenz im Gemeinschaftsrecht, in: Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2009 (2010) 27 (41 ff.)

juristischer Argumentation überhaupt. Denn die juristische Argumentation und Begründung von Fallentscheidungen mit Rechtsquellen werden von ihnen als bloß vordergründig denunziert, die die wahren Sachargumente in den schwierigen Fällen regelmäßig bloß verdeckten (etwa 255 ff.). Wenn Rechtsfragen aber nicht juristisch gelöst werden könnten, sondern letztlich rein politische Fragen wären, müsste die Rechtswissenschaft und mit ihr die Rechtsvergleichung die Arbeit einstellen. Dies werden auch die Autoren nicht wollen.

3. Die Autoren lehnen abstrakt-allgemeine und spekulative Arbeiten ab und wollen stattdessen konkret und detailbezogen vorgehen (S. VI). Leider finden sich in ihrem Werk aber immer wieder äußerst allgemeine Passagen ohne Belege und recht eigenwillige generalisierende Thesen, etwa wenn sie die Abneigung der Franzosen gegenüber der Rechtsvergleichung auf die »appearance of the American fast food industry on some of their most famous avenues« zurückführen (188).

Nähere Aufmerksamkeit in methodischer Hinsicht verdient ihre Argumentation mit der statistisch ausgewerteten Zitierhäufigkeit der Werke von Rechtsvergleichern im dritten Kapitel. Die von ihnen vorgelegten Zahlen sollen die geringe Bedeutung des römischen Rechts belegen und außerdem zeigen, dass nur praxisorientierte Forschung von den Gerichten wahrgenommen wird. Letzteres lässt sich aus den präsentierten Zahlen zwar nur bedingt herauslesen, soll hier aber gar nicht bestritten werden. Der ersten These muss dagegen deutlich widersprochen werden. Zum einen ist es kaum verwunderlich, dass römisch-rechtliche Arbeiten in den ausgewerteten Praktikerzeitschriften nicht zitiert werden. Zum anderen aber verkennen die Autoren vollkommen die Langzeitwirkung solcher Werke. Die von ihnen kritisierten Bücher *Tony Honorés* zu »Ulpian« und »Tribonian« etwa werden sicher noch gelesen werden, wenn die Namen anderer, heute als »relevant« betrachteter Autoren längst in Vergessenheit geraten sind.

4. Die Autoren wenden sich gegen die Fesseln politischer Korrektheit, die aus ihrer Sicht die Freiheit der Rede und Forschung zu stark einschränkt (u. a. 3, 46). Obwohl ihnen der Rezensent dabei im Ausgangspunkt durchaus zuzustimmen vermag, übertreiben die Autoren es in ihrem Eifer bei ihrer Polemik und übersehen, dass es Dinge gibt, die »man nicht tut«, wie es in Hamburg heißt. Beispielhaft sei hier auf die Charakterisierung des »Oxbridge Dons« zur Zeit der großen englischen Rechtsvergleicher *Gutteridge, Hamson, Lipstein, Lawson, Honoré, Nicholas* und *Rudden* eingegangen. Die Autoren zitieren zustimmend *Noel Annans* Buch »The Dons«, das allgemein »homosexuality, prevalent loneliness [...] and wit only barely less developed than egos« aufgedeckt habe (20). Zwar beeilen sich die Autoren zu betonen, dass diese Beschreibung auf die erwähnten englischen Rechtsvergleicher nicht zutrefte, aber diese Distanzierung wird dann durch mehrdeutige Formulierungen im Folgenden wieder relativiert. Die Rechtsvergleicher hätten in dieser Atmosphäre gelebt, die »far-too-frequently resulted in unhappy lives being led in the loneliness of private College rooms« und dies habe zu einem »serious deficit of written work« geführt (21). Die Autoren schreiben »with concrete examples in mind [...] though names, of course [sic], are best left to the imagination of the readers since each will easily have his own candidates« (21).

IV. »Engaging with Foreign Law« soll die Disziplin der Rechtsvergleichung neu beleben und ihr die ihr zustehende Wertschätzung und Bedeutung verschaffen. Dies Bestreben der Autoren ist anerkennenswert. Die Art der Umsetzung hat den Rezensenten jedoch nicht zu überzeugen vermocht. Die geforderte Beschränkung auf *eine* Methode und *einen* Zweck der Rechtsvergleichung ist zu eng und die völlige Unterwerfung unter ökonomische Zwänge abzulehnen. Leider fehlt eine klare Begründung dafür, warum der Methode der Rechtsvergleichung bei der Anwendung und Fortbildung der *lex lata* die von den Autoren postulierte Rolle zukommt, und der rechtstheoretische Hintergrund bleibt insgesamt unbefriedigend vage. Stilistisch ist das Buch von teils überpointierten Formulierungen geprägt.

Hamburg

SEBASTIAN A. E. MARTENS

Forum Shopping in the European Judicial Area. Edited by *Pascal de Vareilles-Sommières*. – Oxford and Portland, Ore.: Hart 2007. XIV, 242 S. (Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law. Vol. 7.)

Will man friedlichen englischen Juristen – vornehmlich Kollegen mit einem Schwerpunkt im Internationalen Privatrecht – die Zornesröte ins Gesicht treiben, dann lasse man, und sei es auch nur beiläufig, eines der folgenden Worte fallen: *Gasser*, *Turner*, *Owusu* oder *West Tankers*. Diese unscheinbaren Namen stehen für vier Entscheidungen, die der Europäische Gerichtshof (EuGH) in den Jahren 2003 bis 2009 zum europäischen Zivilverfahrensrecht, (nunmehr) der Brüssel-I-Verordnung¹, erlassen hat – vier Entscheidungen, die, um es so vorsichtig wie möglich zu formulieren, auf den britischen Inseln nicht allzu positiv aufgenommen wurden: Von einem »systematic dismantling« des *common law* war die Rede², von »months of infamy«³, in denen die Entscheidungen ergingen. Die Entscheidungen wurden gar mit mittelmäßigen James-Bond-Filmen verglichen: »You know the outcome, but do not know exactly how 007 will overcome the latest plan for global domination. You check your watch, hoping that he will get on with it before last orders at the bar. So it is here, but in reverse. The common law deploys its latest weapon to defeat a perceived attempt to pervert the course of justice, but it is defeated by the greater might of European Community law. The only reason to read to the end is to see exactly how the deed is done and the corpse disposed of.«⁴

¹ Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. 12. 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. 2001 L 12/1. Die Entscheidungen in *Gasser* (unten N. 5), *Turner* (unten N. 6) und *Owusu* (unten N. 8) ergingen noch zum Brüsseler EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. 9. 1968, BGBl. 1998 II 1412.

² *Hartley*, The European Union and the systematic dismantling of the common law of conflict of laws: Int. Comp. L. Q. 54 (2005) 813–828.

³ *Briggs/Rees*, Civil jurisdiction and judgments⁴ (2005) S. V.

⁴ *Dickinson*, *West Tankers: Another One Bites the Dust*, Conflictflaws.net, abrufbar unter <conflictflaws.net/2009/dickinson-on-west-tankers-another-one-bites-the-dust/>.